وقائع البحوث المشاركة

في الموتمر القانوني الدولي الثالث

تحت شعار

تحقيق السلم الاجتماعي الوسائل والتحديات

1445هـ - 2024م

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

جامعة كربلاء ـــ وجامعة بابل ـــ والجامعة العراقية ـــ وكلية الشرطة - مركز الدراسات الاستراتيجية

ISBN : 978-9922-21-808-3

عناوين البحوث

الذكاء الاصطناعي ودوره في مكافحة الجريمة..... 5
المواجهة التشريعية لجريمة أثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق..... 17
التحقيق الجنائي الرقمي ودوره في كشف الجرائم المستحدثة..... 33
تأثير استخدام أدلة الاثبات بالوسائل العلمية الحديثة على حقوق الأنسان..... 46
تأثيرات الجرائم العابرة للوطنية على الأمن القومي..... 59
تقييم آثار البطالة على السلم الوطني..... 70
سبل مكافحة التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب اشارة الى دور الامم المتحدة..... 82
عقدة العقدين (تداعيات غزو العراق ومسارات بناء الدولة الوطنية بعد العام 2003)..... 95
دور الادعاء العام في الدعوى الادارية - تطبيقية في ضوء دور المدعي العام امام محكمتي القضاء الاداري وقضاء الموظفين . 110
الحماية الدولية للمقدسات الدينية القران الكريم نموذجا..... 157
السلطة وإدارة التنوع المجتمعي في العرق بعد عام 2003. 166
دور الادارة في الحد من الظواهر الدخيلة على الاخلاق والاداب العامة..... 176
دور الانتخابات في تعزيز السلم الاجتماعي..... 189
عنوان البحث-" دور وسائل الضبط الاداري بحماية السلم المجتمعي من الإرهاب الفكري "..... 199
مدى فاعلية الحماية الجنائية للبيانات الشخصية في القانون العراقي (دراسة مقارنة)..... 220
تملك الأجنبي للعقار في العراق الواقع والطموح..... 231
التنظيم القانوني للايـــــصـــــــاء الالـــكـــــتـــرونـــــــــي- دراسة مقارنة..... 247
حق المتعاقد في العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني..... 264
دور الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي في تحقيق السلم الاجتماعي..... 280
مبررات العدول عن الحيادية الى الموضوعية في الاسناد..... 298
دراسة في إطار القانون الدولي الخاص..... 298
مفهوم واساس حق المستهلك بالعدول عن العقد..... 314
دور المصارف الاسلامية في تحقق السلم الاجتماعي من خلال التكافل..... 329
التنظيم القانوني للاختصاص القضاء الدولي بالعلاقات الخاصة الدولية..... 335
التأمينُ الإلزاميُّ من الأخطاء في المجال الطبيّ "دراسة تحليليَّة مُقارنة"..... 342
المعالجات التشريعية للترخيص بالعمل للعمالة الاجنبية في ظل قانون الإقامة العراقي الجديد المرقم 76 لسنة 2017 المعدل ... 363
أثر الرضا بالجريمة في جرائم الاموال على المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون..... 375
حماية حقوق الاقليات في العراق وتأثيره على السلم الاجتماعي..... 386
المسؤولية الجنائية الناتجة عن استخدام الذكاء الاصطناعي والتقنيات الالكترونية..... 399
استقلال جهاز الادعاء العام وأثره في تحقيق السلم الاجتماعي (دراسة مقارنة)..... 411
إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة..... 433
المعاملات الربوية في القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة في الفقه الأمامي)..... 444

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

إثر التعامل بالمال الثقافي في تحديد القانون الواجب التطبيق..... 452
لتكييف القانوني للانتهاكات اللاإنسانية على غزة..... 482
دور الاختبارات البيولوجية المستخدمة للأثبات الجنائي في تحقيق السلم المجتمعي..... 498

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المحور الأول

المحور الأمني

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الذكاء الاصطناعي ودوره في مكافحة الجريمة

Artificial intelligence and its role in combating crime

العقيد المدرس الدكتور تكليف عواد عبيد
مدير قسم التحقيق الجنائي / كلية الشرطة

إيقاع العقاب بحق الجاني الأمر الذي ينعكس إيجاباً على السلم المجتمعي كون الجريمة تؤدي الى زعزعة الأمن، وعليه فقد تطورت وسائل التحقيق وطرق المحافظة على الأمن خصوصاً على الجانب الالكتروني وتحديداً في مجال الذكاء الاصطناعي، فهنالك مجالات واسعة لعمل الذكاء الاصطناعي في وزارة الداخلية على الجانب الأمني وهذا ما يندرج تحت مسمى المدن الذكية التي تعمل على أستخدم الذكاء الاصطناعي في مجال كاميرات المراقبة التي يكون لها القدرة الكبيرة على تحليل الصور والفيديوهات وتحديد وجوه المطلوبين قضائياً وتنبيه مركز السيطرة بذلك ، وكذل تأشير المخالفات المرورية عن طريق كاميرات المراقبة الذكية. كما يمكن لوزارة الداخلية أن تعمل بالذكاء الاصطناعي في مجال الطائرات الذكية (طائرات بدون طيار) للمراقبة الجوية ومتابعة المجرمين ورصد أماكم تواجدهم والقضاء عليهم الأمر الذي ينعكس إيجاباً على الوضع الأمني داخل المجتمع الأمر الذي يحقق السلم المجتمعي.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في المسائل الاتية

1- وضع معالجات سريعة للتطورات الحاصلة في الجريمة كون الكثير من الجرائم المستحدثة هي متطورة لا يمكن مكافحتها بالطرق العادية مالم تكن هنالك طرق متطورة توازي التطور الحاصل فيها.
2- يضع الحلول والمعالجات السريعة مما يقلل الجهد والوقت خصوصا في مجال البحث عن المجرمين المطلوبين وملاحقتهم.
3- له أهمية كبيرة في التوصل الى خيوط الجريمة من خلال التحقيق الجنائي الذي يعتمد بالدرجة الاساس على وسائل الذكاء الاصطناعي مثل كاميرات المراقبة الذكية والاجهزة المتطورة لكشف الحقيقة وبرامج التعقب والمتابعة.

أهداف البحث

1- ضرورة التعرف على ماهية الذكاء الاصطناعي ومراحل تطوره وتاريخه.
2- الكشف عند دور الذكاء الاصطناعي في التحقيق الجنائي وحفظ الأمن ومكافحة الجرائم المستحدثة.
3- الكشف عن الجرائم الالكترونية عن طريق الذكاء الاصطناعي.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث فيما يلي

1- وجود بعض الجرائم قد يصعب السيطرة عليها بالطرق العادية لذلك يتوجب اللجوء الى الذكاء الاصطناعي لمكافحتها مثل جرائم المخالفات المرورية ومكافحتها وكذلك ملاحقة المجرمين عن طريق كاميرات المراقبة الذكية.
2- بعض الجرائم لا يمكن تعقب مجرميها بالطرق العادية أما لوعورة الطريق أذا كانت المناطق جبلية أو وجود زحمة مرورية أو كثافة سكانية مما يتطلب اللجوء الى الطرق الالكترونية البديلة التي تعتمد على الذكاء الاصطناعي مثل الطائرات بدون طيار أو برامج التعقب الذكية.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

منهج البحث

في هذا البحث سنعتمد على المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال وصف بعض الجرائم التي تحتاج الى معالجات سريعة عن طريق الذكاء الاصطناعي مما يعكس بالدرجة الاساس على أمن واستقرار المجتمع في الوقت الراهن.

تقسيم البحث

سنقسم هذا البحث على ثلاثة مطاليب: سنتناول في المطلب الأول ماهية الذكاء الاصطناعي ونتطرق في المطلب الثاني الى ودوره في التحقيق الجنائي، أمّا المطلب الثالث سنتطرق في الى دور الذكاء الاصطناعي في حفظ الأمن

Abstract

The aim of this research is to know the importance of artificial intelligence in developing criminal investigation processes and maintaining security in a way that leads to the discovery of the crime in the least time and the least effort for the purpose of imposing punishment on the perpetrator, which has a positive impact on societal peace because crime leads to destabilization of security, and accordingly methods have been developed. Investigation and ways to maintain security, especially on the electronic side, specifically in the field of artificial intelligence. There are wide areas for artificial intelligence work in the Ministry of Interior on the security side, and this falls under the name of smart cities that work on using artificial intelligence in the field of surveillance cameras that have a great ability to analyze Photos and videos, identifying the faces of those wanted judicially and alerting the control center of that, as well as marking traffic violations through smart surveillance cameras.

The Ministry of Interior can also work with artificial intelligence in the field of smart aircraft (drones) for air surveillance, following up on criminals, monitoring their whereabouts, and eliminating them, which will reflect positively on the security situation within society, which will achieve societal peace.

Based on the above, we will divide this research into two sections: In the first section, we will discuss the nature of artificial intelligence and address its definition and role in criminal investigation. As for the second section, we will address the role of artificial intelligence in maintaining security and its effects on civil peace.

المطلب الأول

ماهية الذكاء الاصطناعي

العالم على أعتاب ثورة جديدة وكبيرة ستغير الحياة البشرية يقودها الذكاء الاصطناعي، فهي ثورة على مختلف المستويات الأمنية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها، لأن تطبيقات الذكاء الاصطناعي وتتزايد بصورة يصعب حصرها، فهي تقريباً تدخل في كل المجالات الإنسانية ، والى الان لم يتم وضع تصور أو تقييم موضوعي لتداعيات هذه التطبيقات، خاصة مع انقسام هذه التطبيقات ما بين مدنية وأخرى أمنية، واختلاف تداعياتها في كل منها، بل يمكن القول إن بعض التطبيقات للذكاء الاصطناعي، والتي من المفترض

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أن تجعل حياة الأفراد أسهل وأسرع، قد يتم توظيفها في التجسس عليهم وتعقبهم [1].

سابقاً اقتصرت دراسة الذكاء البشري لفترة طويلة على علماء النفس، ولكن التقدم والتطور السريع في جميع فروع العلوم في النصف الأخير من القرن الماضي أدى إلى مساهمة وتلاحم علوم كثيرة مثل علوم البيولوجي، والرياضيات، والفيزياء والحاسبات، والفلسفة واللغويات في دراسة ومحاكاة نظم الذكاء الإنساني وتطويرها، فلقد راود الباحثين الأمل في انتقال أساليب الذكاء الفطري والخبرة المكتسبة للإنسان إلى نظم البرمجة للحاسبات لكي يمكن الاستفادة بها في كثير من شتى مجالات الحياة المختلفة، والتي تتطلب قدراً من الذكاء والخبرة اللازمة لمسايرة التطور في التطبيقات الأمنية والصناعية وغيرها [2].

ولقد شهدت العقود الماضية، تسارعاً في وتيرة التغير نحو الاقتصاد المعرفي، إذ إن إنتاج المعرفة كان من أولويات المنظمات العاملة في دول العالم المختلفة؛ كون المعرفة من الأساسيات لتحريك النمو الاقتصادي في الدول المختلفة، وأن الاعتراف بالمعرفة كموجود جوهري غير ملموس، شكل مجموعة تحديات أمام إدارة المعرفة، مما دفع لإعادة ترتيب أولوياتها، كما أن التطور المعرفي لدول العالم أجمع نتج عنه استحداث العديد من التطبيقات التكنولوجية المفيدة ومنها تطبيقات الذكاء الاصطناعي التي أسفرت عن إمكانات وتدفقات هائلة في المعلومات نحو المنظمات[3].

لذلك يعد الذكاء الاصطناعي من أهم الأدوات التي يعتمد عليها الإنسان في تحقيق أهدافه بصورة أفضل عن طريق المساهمة في زيادة نسب ومؤشرات التطور والنمو فهو يكسب الإنسان الفطنة التي تمكنه من تحسين مكانته الاجتماعية، كما أنه يساعده في تعزيز قدرته على اتخاذ القرارات الهامة والصائبة بالاستناد إلى مشاركة الآخر وتفعيل مساهمته في إيجاد البدائل، وذلك من خلال البحث عن أكبر قدر من المعلومات والمعطيات والأفكار التي تساعد المرء على تكوين رؤية واضحة حول الحاضر وكيفية تحقيق الأهداف في المستقبل [4].

وبناء على ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف الذكاء الاصطناعي، وفي الفرع الثاني نتطرق الى خصائص الذكاء الاصطناعي.

الفرع الأول

تعريف الذكاء الاصطناعي

لم يوجد تعريف مناسب للذكاء الإنساني فقد اختلف العلماء حول تعريف الذكاء فمنهم من عرفه حسب وظيفته وغايته ومنهم من عرفه حسب بنائه وتكوينه ومنهم من عرفه تعريفا إجرائيًا، الأمر الذي يكشف عن صعوبة شديدة في وضع تعريف شامل للذكاء البشري وإن كان هناك اتفاق واضح حول وظائفه الحيوية وأهميته.

---

[1] إشادي عبد الوهاب، وإبراهيم الغيطاني، وسارة يحيى: فرص وتهديدات الذكاء الاصطناعي في السنوات العشر القادمة، تقرير المستقبل، ملحق يصدر مع دورية اتجاهات الأحداث، العدد ٢٧، مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، أبو ظبي، ٢٠١٨م، ص٢.

[2] أحمد كاظم: الذكاء الاصطناعي، قسم هندسة البرمجيات، كلية تكنلوجيا المعلومات، جامعة الامام جعفر الصادق، بغداد، 2012، ص4.

[3] د. أحمد عادل جميل، ود. عثمان حسين عثمان إمكانية استخدام تقنيات الذكاء الصناعي في ضبط جودة التدقيق الداخلي دراسة ميدانية في الشركات المساهمة العامة الأردنية"، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الحادي عشر بعنوان ذكاء الأعمال واقتصاد المعرفة، جامعة الزيتونة الأردنية، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، عمان، الفترة من ٢٣-٢٦ أبريل ٢٠١٢م، ص ٢٤٠.

[4] صلاح عبد القادر النعيمي: المدير القائد والمفكر الاستراتيجي - وفن مهارة التفاعل مع الآخرين، دار إثراء للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٨م، ص ١٧١.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

يعرف الذكاء اصطلاحًا بأنه قدرة الفرد على فهم وإدراك حقيقة الأشياء، وهو عملية معالجة البيانات والمعلومات الخام والمكتسبة من الحواس قبل تفسيرها وتحويلها إلى معلومات مفهومة ومفيدة للإنسان، وهو القدرات العقلية التي يستخدمها الفرد لمواجهة المواقف الحياتية الجديدة، كما يعرف بأنه السلوك الإنساني الذي ينتج عنه حل المشكلات والتكيف مع البيئة، وتكوين المفاهيم العقلية والتعلم من خلال الأحداث والمواقف المختلفة [5].

ويعرف الذكاء الاصطناعي: بأنه دراسة كيفية توجيه الحاسوب لأداء أشياء يؤديها الإنسان بشكل أفضل من خلال بناء آلات تؤدي مهاما تتطلب قدرًا من الذكاء الإنساني فهو مجال عالمي يصلح لجميع التوجيهات يعتمد على البحث عن أساليب برمجية متطورة للقيام بأعمال تشابه تلك الأساليب التي يعتمد عليها الذكاء البشري، وهو بذلك علم يبحث بالدرجة الأولى في تعريف الذكاء البشري وتحديد أبعاده ومن ثم محاكاة بعض خواصه بشكل مناسب [6].

كما يعرّف بأنه: "محاكاة لذكاء الإنسان، وفهم طبيعته عن طريق عمل برامج للحاسوب، قادرة على محاكاة السلوك الإنساني المتسم بالذكاء، ويوجد الذكاء الاصطناعي حالياً في كل مكان حولنا، بداية من السيارات ذاتية القيادة والطائرات المسيرة بدون طيار وبرمجيات الترجمة أو الاستثمار وغيرها الكثير من التطبيقات المنتشرة في الحياة [7].

وبدورنا نعرف الذكاء الاصطناعي على أنه: مجموعة من الأساليب والطرق الجديدة في برمجة الأنظمة والتي يمكن أن تستخدم لتطوير أنظمة تحاكي بعض عناصر ذكاء الإنسان وتسمح لها بالقيام بعمليات استنتاجية عن حقائق وقوانين يتم تمثيلها في ذاكرة الحاسب، ولا يمكن أن نقول بأن الذكاء الصناعي هو برامج الكمبيوتر التي تحاكي طريقة تفكير البشر، حيث إن العلماء في هذا المجال لم يتمكنوا من الوصول إلى ذلك حتى الآن. وتجدر الإشارة هنا إلى أن الذكاء الاصطناعي يعرف اليوم بالذكاء الاصطناعي الضيق أو الضعيف، وذلك لقيامه بمهام محدودة فقط، الأمر الذي جعل تطوير ذكاء اصطناعي عام وقوي هدفًا على المدى البعيد للعديد من الباحثين، فبينما يستطيع الذكاء الاصطناعي الضيق التغلب على البشر في أي مهمة محددة، يستطيع الذكاء الاصطناعي العام التغلب على البشر في أي مهمة إدراكية وحسية.

الفرع الثاني

خصائص الذكاء الاصطناعي

يتسم الذكاء الاصطناعي بعدة خصائص أهمها:

أولاً: الاستقلالية:

الاستقلالية هي أحد أكثر الخصائص المميزة للذكاء الاصطناعي، إذ يمكن له أداء مهام معقدة دون تحكم بشري أو حتى إشراف مباشر من جانب شخص ما.

وتعني هذه الخاصية أن بعض الأنظمة التي كانت فيما مضى مجرد آليات أصبحت اليوم مستقلة وذكية، وهذه الاستقلالية تتطور بصورة مستمرة. حيث تعد من أهم خصائص تقانات الذكاء الاصطناعي المميزة لها، هو استقلاليتها عن المستخدم أو من تخضع لسيطرته، وتتمثل الاستقلالية في قدرتها على القيام بإجراء معين أو الاستجابة له من دون تدخل بشري، إذ تمتلك القدرة على التعرف

---

[5] عباس، فيصل: الذكاء والقياس النفسي في الطريقة الاعتيادية، دار المنهل اللبناني مكتبة رأس النبع، بيروت، ٢٠٠٤م، ص5.

[6] محمود، تائر والعطيات صادق: مقدمة في الذكاء الصناعي، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦م، ص ١٢ - ١٤.

[7] أحمد ماجد: الذكاء الاصطناعي بدولة الامارات العربية المتحدة، إدارة الدراسات والسياسات الاقتصادية، وزارة الاقتصاد، أبو ظبي، مبادرات الربع الأول ٢٠١٨م، ص ١٦.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

على حدث ما، ومن ثمّ الاستجابة باتخاذ إجراء أو قرار مستقل غير خاضع لإشراف أحد من خلال قدرتها على التعلم الآلي [8].

إلا أن هذه الاستقلالية تكون بمستويات متغيرة، بحسب ما يتم منحها لأي تقنية من تقنيات الذكاء الاصطناعي من قبل المصمم أو المبرمج ، فكلما ازداد الذكاء والقدرة على التفاعل، ازدادت الخيارات المتاحة، ومن ثم الاستقلالية في اتخاذ القرارات والإجراءات أو الاستجابة لها، لذا يجب التفريق بين التقانات المستقلة التي تتمتع بالذكاء، وبين التقانات الذكية المبرمجة التي لا تتمتع بالاستقلالية، ومن ثم ليس لها خيارات، كونها مبرمجة على مسارات معينة للعمل وفقها ، ومما تقدم يتضح أن هذه التفرقة لها أهمية في تحديد المسؤول جنائياً عن الجرائم التي تقع بواسطة تقانات الذكاء الاصطناعي، لكون الاستقلالية تجعل سلوكيات هذه التقانات غير متوقعة، عن طريق جمع أجزاء المعلومات والتصرف دون توجيه بشكل منفرد ومستقل[9].

ثانياً: أمكانية التنبؤ:

يعد التنبؤ من خصائص الذكاء الاصطناعي والتي تشكل تحدياً للنظام القانوني، التي تتمثل بقدرتها على التنبؤ والتكيف، من خلال الخوارزميات ودقة البيانات التي تمت برمجتها فيها ، والتي تقوم باستخدامها في التنبؤات المستقبلية بحيث تستطيع تقانات الذكاء الاصطناعي بواسطة هذه الخوارزميات والبيانات التنبؤ وإيجاد حلول للمشكلات التي تتعامل معها، كما في أنظمة برامج الحاسوب، المتمثلة بقدرة هذه البرامج على تصحيح الأخطاء الإملائية الموجودة في الكتابة، أو القدرة على التنبؤ بما سيكتبه المستخدم، كما في نظام محرك البحث (Google)، وينطبق ذات الشيء على المركبات ذاتية القيادة، إذ يمكن للأنظمة المتطورة التحكم في المركبة، واتخاذ جميع القرارات (حيث يوجد الكثير من الأنظمة الذكية التي تتميز بالإبداع أو على الأقل إن الإجراءات التي تتخذها تلك الأنظمة هي ذات طابع إبداعي، ومظهر من مظاهر التفكير[10].

ثالثاً: التعلم الآلي:

التعلم الآلي يمتاز به الذكاء الاصطناعي وهو أن يتعلم ويتكيف مع محيطه دون أي تدخل بشري. يمتلك الذكاء الاصطناعي القدرة على اكتساب البيانات والمعلومات بصفة تعليمية تمكن من وضع قواعد استخدامات تلك المعلومات. وتعد القدرة على التعلم، إحدى مميزات السلوك الذكي، فإذا كان التعلم لدى البشر يتم عن طريق الملاحظة والاستفادة من الأخطاء، فإن تقانات الذكاء الاصطناعي تعتمد على استراتيجيات للتعلم تمكنها من التعلم الآلي تلقائياً دون تدخل بشري والتعلم التلقائي لدى تقانات الذكاء الاصطناعي يتم عن طريق تطوير خوارزميات تسمح لها بامتلاك خاصية التعلم، فتصبح أكثر دقة في التنبؤ بالنتائج دون القيام ببرمجتها، عن طريق استخدام نهجاً تكرارياً يدعى (التعلم العميق) يمكنها من تعلم أداء المهام، من خلال جولات لا حصر لها من التجربة والخطأ، بإعطاء أمثلة متعددة للتصرفات الصحيحة، وأمثلة متعددة لتصرفات الخطأ [11].

ونرى بأن التعلم الآلي: يعني القدرة على تجميع وتحليل البيانات والمعلومات والربط بينهما بعلاقة ما، مما يساهم في الانتشار الأوسع لقدر أكبر من البيانات اللامتناهية التي يعجز عنها الإنسان الطبيعي.

رابعاً: التفكير والادراك:

يتمتع الذكاء الاصطناعي بادراك واسع وقاعدة معرفية تساهم في حل المشكلات وتقديم البدائل والاحتمالات، وبذلك فأن تقانات

---

[8] ناهدة الحموري: مدى كفاية التنظيم القانوني السائد للتعامل بأجهزة الذكاء الاصطناعي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي العشرون لكلية الحقوق بجامعة المنصورة للمدة من ٢٣ - ٢٤ مايو ٢٠٢١م، ص ١٧.

[9] علاء عدنان حماد محمد: المسؤولية الجنائية الناشئة عن أستخدام تقانات الذكاء الاصطناعي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة تكريت، 2022، ص28.

[10] علاء عدنان حماد محمد: المصدر السابق ص29.

[11] قتيبة مازن عبد المجيد: استخدام الذكاء الاصطناعي في تطبيقات الهندسة الكهربائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى الاكاديمية العربية في الدنمارك، ٢٠٠٩م، ص ١٤.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الذكاء الاصطناعي قادرة على التفكير والإدراك [12]، بحيث تستطيع التفكير وايجاد حلول للمشاكل التي تواجهها، عن طريق اختيار الحلول التي تبدو ملائمة من بين عدة احتمالات فتكون قادرة على الاستجابة السريعة بشكل مرن، ودقة عالية في ضوء ما يتم تغذيتها من معطيات وما لديها من قواعد معرفية وخبرات سابقة من خلال تخزين جميع الحلول الممكنة [13].

أما بالنسبة لقدرتها على الإدراك، فتتم عن طريق ما يسمى بتصوير الآلة، وذلك عن طريق استخدام تقانات الذكاء الاصطناعي لمدخلات من أجهزة الاستشعار، المتمثلة بالكاميرات، والميكروفونات والسونار وغيرها من المدخلات الأخرى، لاستخلاص جوانب العالم الخارجي عن طريق قدرتها على تحليل المدخلات، ومن ثم التعرف على الوجوه عن طريق الصور، والتعرف على الكلام، والتعرف على الأشياء، ويمكن رؤية هذه القدرات بالفعل في الروبوتات الذكية، والسيارات ذاتية القيادة، والطائرات ذاتية القيادة، وبرامج أجهزة الحاسوب الذكية [14].

المطلب الثاني

دور الذكاء الاصطناعي في التحقيق الجنائي

التطورات السريعة في مجال الذكاء الاصطناعي خلقت نظام يحاكي الجهاز العصبي البشري وبالأخص الخلايا العصبية، وذلك من خلال بناء نماذج عصبية اصطناعية لها خواص مشابهة للخلايا العصبية الحية، بهدف صنع آلة ذكية قادرة علي التعلم واكتساب المعرفة وحل المشكلات التي تواجهها في المستقبل بشكل تلقائي، وبعد ذلك الأمر من أهم الصعوبات التي تواجه الباحثين في الذكاء الاصطناعي، وتعرف الخلية العصبية الاصطناعية بأنها : تقنيات حسابية مصممة المحاكاة الطريقة التي يؤدي بها العقل البشري مهمة محددة ، وذلك عن طريق معالجة ضخمة موزعة على التوازي ومكونة من وحدات معالجة بسيطة، لها خاصية عصبية تمكنها من تخزين المعرفة العلمية والمعلومات التجريبية لتجعلها متاحة للمستخدم وذلك عن طريق ضبط أوزان الروابط التي تربط الخلايا العصبية ببعضها البعض [15].

حيث يسهل الذكاء الاصطناعي الكثير من المهام وخصوصاً في الشق الأمني، حيث تساهم برمجيات الذكاء الاصطناعي في تصنيف المجرمين بسهولة وموضوعية بعيداً عن الأهواء الشخصية، ودراسة وتحديد المناطق الأكثر خطورة والمسببة لزيادة نسبة الجريمة بها، مما يساعد في وضع حلول لتجنب ذلك وتقليل المخاطر بصورة كبيرة، وإنجاز المهام القضائية ومساعدة العدالة في طرق الإثبات الجنائي، وفحصها وتحديد الحقيقي منها والمزور بسهولة ويسر، مما يترتب على ذلك في النهاية تحقيق العدالة والمساواة ويمكن لتقنيات الذكاء الاصطناعي المساعدة في النظام الجنائي، من خلال تحديد الجاني المرتكب الحقيقي للواقعة، حيث تستطيع عن طريق برمجتها المعقد.

ومن خلال استخدام خوارزميات معينة كشف الغموض في أي واقعة، عن طريق المعطيات التي تحصل عليها، فمن خلال تصويرها لمسرح الجريمة ودراسة الحالة الصحية للمتهم بارتكابها، تستطيع إثبات مدي قدرته على ارتكاب السلوك المكون للجريمة

---

[12] د. عمرو إبراهيم محمد تأثير تطور تقنيات الذكاء الاصطناعي على عمل الشرطي لمواجهة الحروب النفسية بحث مقدم للمؤتمر السنوي العشرون لكلية الحقوق بجامعة المنصورة للمدة من ٢٣ - ٢٤ مايو ٢٠٢١م، ص ١٠.

[13] د. أحمد محمد فتحي الخولي: المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لتطبيقات الذكاء الاصطناعي، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية - جامعة الأزهر، مج ٣٦، ع ٢، ٢٠٢١، ص ٢٣٣-٢٣٢.

[14] خالد ممدوح إبراهيم: التنظيم القانوني للذكاء الاصطناعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٢٢، ص 40.

[15] د. علي بشار الشريف: تطبيقات الذكاء الاصطناعي على الشبكات الاصطناعية، جامعة تشرين، اللاذقية، 2012، ص7.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

من عدمه، وذلك بصورة أكثر دقة من البشر [16].

وبناء على ما تقدم نقسم هذا المطلب على فرعين: نتناول في الفرع الأول دور الذكاء الاصطناعي في التعرف على السلوك البشري، وفي الفرع الثاني نتناول توظيف الذكاء الاصطناعي في مجال التفتيش للحصول على الدليل.

الفرع الاول

دور الذكاء الاصطناعي في التعرف على سلوك المجرمين

وفي مجال التعرف على السلوك البشري، تطورت برامج الذكاء الاصطناعي إلى درجة أنها تتعلم اليوم كيفية التنبؤ بالتفاعلات مع البشر، إذ صمم مختبر الذكاء الاصطناعي وعلوم الحاسوب في معهد ماساتشوستس للتقنية خوارزمية حللت أكثر من ٦٠٠ ساعة من مقاطع الفيديو في موقع يوتيوب بهدف دراسة السلوك البشري، وأصبحت الخوارزمية بعدها قادرة على التنبؤ الصحيح بأفعال البشر بنسبة ٤٣% من عينات الاختبار، أي أقل قدرة من قدرة البشر بنسبة ٢٨% فقط [17].

ويعمل الذكاء الاصطناعي على تحليل البيانات الضخمة" للأفراد، أي الكميات الهائلة من المعلومات الشخصية والمهنية التي يمكن تحليلها للوقوف على التطورات التي تطرأ على أنماط سلوك الإنسان وتفاعلاته، وهذه البيانات معقدة للغاية، وهو ما يساعد على فهم عميق للمجتمعات، الأمر الذي يتيح مزيداً من القدرة على مراقبة السلوك البشري الجمعي والفردي، والتنبؤ بتوجهاتها المستقبلية [18]. وبالرغم من عدم دقة التنبؤ في هذا الوقت، إلا أنه مع تطور وتحسين تقنية تعرف الآلة قد نصل إلى نسبة عالية من الدقة تجعلنا نستخدم هذه التقنية يوماً ما في التنبؤ الصحيح بأفعال البشر، مما نعتقد أنه سوف يساهم بشكل كبير في تحسين مستوى الأمن المجتمعي [19].

ويرى الباحث أن هنالك الكثير من الامثلة التي تعمد على تدخل الذكاء الاصطناعي في مجال معرفة سلوك البشر حيث وجدت أجهزة كشف الكذب وكذلك أجهزة وكاميرات التعرف على الوجه من بين الالاف فهذه التنقية بحد ذاتها يكون لها الدور الكبير في الوصول الى مرتكبي الجريمة والحد منها والتي تسهل بدورها إجراءات التحقيق من أجل الوصول الى الحقيقة خصوصا أن التطورات الالكترونية المتعمدة على الذكاء الاصطناعي لم تقف عند هذا الحد بل هنالك صناعات أخرى ستدخل قريبا تكون مهمتها الوصول للحقيقة عن اجراءات التحقيق مثل وجود كاميرات خاصة لكشف الكذب سيتم قريبا في مطارات بعض الدول المتقدمة.

الفرع الثاني

توظيف الذكاء الاصطناعي في مجال التفتيش للحصول على الدليل

وهنا نشير إلى عدة نماذج للمستحدثات الأمنية لتقنيات الذكاء الاصطناعي في مجال إجراء التفتيش للحصول علي الدليل الجنائي والعلمي على سبيل المثال وهي:

أولاً:- في مجال التحريات وكشف الأدلة في قضايا الإرهاب والمخدرات والأسلحة، وكذلك الجثث المدفونة رادار قياس الأرض تقوم تلك التقنية بقياس التغيرات في طبقات الأرض ما يصل إلى ٢.٥ متر من سطح الأرض، عن طريق قياس تسجيل انعكاس الموجات الكهرومغناطيسية بشكل منتظم، لكشف الأشياء المدفونة تحت الأرض مثل المخدرات والأسلحة والمفرقعات وكذلك جثث

---

[16] الدكتور فايق عوضين محمد تحفة: حدود أستبعاد أدلة تقنيات الذكاء الاصطناعي الجنائية والعلمية المتحصلة بطرق غير مشروعة (دراسة مقارنة بين النظامين الانجلوسكسوني واللاتيني) مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، العدد91، يوليو2020، ص673.

[17] د. سعيد خلفان الظاهري: الذكاء الاصطناعي القوة التنافسية الجديدة، مركز استشراف المستقبل ودعم اتخاذ القرار، شرطة دبي، العدد (٢٩٩)، دبي، نشرة شهر فبراير ٢٠١٧م، ص7.

[18] شادي عبد الوهاب، ابراهيم الغيظاني، سارة يحيى: المصدر السابق، ص12.

[19] د. سعيد خلفان الظاهري: الذكاء الاصطناعي القوة التنافسية الجديدة، المصدر السابق ص8.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

القتلى.

ويستعين بتلك التقنية فريق التحريات والأدلة الجنائية والطب الشرعي والمتخصصون الذين يحتاجون إلى إجراء تحقيقات واستكشاف الأدلة تحت سطح الأرض بدون الحاجة إلى الحفر أو التنقيب، ويتميز ذلك النظام بسرعة ودقة البحث بكبسة زر، حيث يقلل من الوقت المستغرق في كشف الأدلة، بالإضافة إلى تقليل الموارد البشرية العاملة في هذا المجال، فضلا عن نقله الصور بسهولة إلى الحاسب الآلي ودمجها في تقارير مصورة، بالإضافة إلى استخدامه في كثير من الأجواء خاصة في الأماكن التي يصعب فيها عمليات الحفر والتنقيب [20].

ثانياً:- وهناك ما يعرف بالرادار المحمول لكشف ما وراء الحوائط : حيث تم الاستعانة به في العديد من الدول للكشف عن الحركة من خلال الجدران الصلبة بشكل سري بالقيام بدور فعال من خلال جدران المنازل لمعرفة ما إذا أي شخص في الداخل و تعمل هذه التكنولوجيا من خلال موجات الراديو للكشف عن الحركة حتى اكتشاف التنفس البشري من مسافة أكثر من ٥٠ قدماً ، وتكلفة الجهاز الواحد في حدود ٦٠٠٠ دولار أمريكي ، ويمكن تركيب هذه الأجهزة علي الطائرات بدون طيار للاستعانة بها في مراقبة الأوكار التي يختبئ فيها الإرهابيون في المناطق الوعرة و الجبلية والمغارات.[21]

ثالثاً: - أنظمة الكاميرات الذكية ودورها في منع الجريمة تسعى الدولة إلى الاستعانة بكل ما تقدمه التكنولوجيا في مجال الجريمة، ومن هذه الآليات وضع كاميرات مراقبة للشوارع والميادين والمنشآت المهمة.. إلخ، ليس لمراقبة الناس وإنما لتقديم الخدمة لهم من خلال رصدها وتسجيلها للأحداث على مدار الساعة عن طريق كاميرات المراقبة، وقبل كل ذلك فهي من عوامل منع وقوع الجريمة، فبمجرد معرفة أن المكان مغطي بالكاميرات يتراجع الجاني عن ارتكاب الجريمة.

وهناك ما يعرف بالكاميرات الحرارية المتطورة للرؤية الليلية: تستخدم بكفاءة في الطرق والمناطق في حالة الظلام الدامس، ولها القدرة على تحديد الأشخاص والسيارات والحيوانات من على بعد يصل إلى أربعة أضعاف مدي رؤية المصابيح الأمامية، كما أن لها قدرة على الكشف التلقائي، وإصدار التنبيهات ويتم تركيبها في دوريات الشرطة التي تعمل في المناطق النائية [22].

رابعاً:- في مجال الكشف عن الهوية باستخدام بصمات الأصابع في المطارات والمنافذ والأكمنة وعلي الطرق السريعة فيتم تحديد هوية الأشخاص المشتبه فيهم علي الطرق السريعة باستخدام تقنيات للكشف عن بصمات الأصابع، ومقارنتها مع البصمات المجهولة والمرفوعة من أماكن الحوادث المجهولة، والتي تم تسجيلها علي الحاسب الآلي للمعمل الجنائي ، حيث تقوم التقنية الحديثة بطبع بصمة الشخص علي جهاز أكبر قليلاً من الحاسب المحمول ، ويتم التحقق من البيانات من خلال قاعدة البيانات المركزية للشرطة والمعمل الجنائي والفحص السريع، وتمكن الشرطة من تمييز الأشخاص المطلوبين أثناء وجودهم بالمطارات و بالطرق والمنافذ والأكمنة دون اصطحابهم لأقسام الشرطة ، ويتم الرد في غضون ثوان معدودة ، يمكن الاستفادة من تلك التقنية في ضبط المطلوبين لأحكام قضائية في قضايا قتل وسرقة وغيرها.[23]

المطلب الثالث

دور الذكاء الاصطناعي في حفظ الأمن

يعد الركيزة الأساسية لاستخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي في عمل أجهزة الشرطة، هو الاستباقية المعلوماتية والاستنتاج الذي

---

[20] الدكتور فايق عوضين محمد تحفة: المصدر السابق، ص 681.

[21] فايق عوضين محمد تحفة: استخدامات تقنيات الذكاء الاصطناعي بين المشروعية وعدم المشروعية "، بحث بمجلة المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، مجلد ٦٤ عام ٢٠٢١، ص28.

[22] د. سعيد خلفان الظاهري: الذكاء الاصطناعي القوة التنافسية الجديدة، المصدر السابق ص8.

[23] الدكتور فايق عوضين محمد تحفة: المصدر السابق، ص 680.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

يقوم بتحديد أماكن الجناة وسرعة الوصول إليهم وتحديد الأزمات المستقبلية داخل المجتمعات، وذلك عند الدمج بين نظم المعلومات والأنظمة الحديثة والتي تحوي قوالب بيانات السكان وجغرافية الأماكن المتصلة بأنظمة المعلومات الشرطية، ومن هنا يقوم الذكاء الاصطناعي بمعرفة الخوارزميات الرياضية بعمليات حسابية واستنتاجية لخدمة الأغراض الأمنية والمحافظة على الخبرات البشرية المتراكمة ونقلها للآلات الذكية.

كما يستخدم الذكاء الاصطناعي لمعالجة الداتا الأمنية الرقمية من الناحية الأمنية سوف يضع الخطوط العريضة للأجهزة المعنية بمكافحة الإرهاب.

كما تساهم الأنظمة الذكية في المجالات التي يصنع فيها القرار، فهذه الأنظمة تتمتع بالاستقلالية، والدقة والموضوعية، وبالتالي تكون قراراتها بعيدة عن الخطأ، والانحياز والعنصرية، أو الأحكام المسبقة، أو حتى التداخلات الخارجية، أو الشخصية الاستعانة ببرامج التنبؤ والتحليل الذكية وخواص التحليل الجنائي الرقمي كما يمكن استخدام برامج تحديد المواقع ونظم المعلومات الجغرافية سوف يصل بالتكاملية المعلوماتية لأجهزة الأمن في الاستنتاجات الأمنية لحفظ الأمن التنبؤي وتحقيق الاستباقية الأمنية. كما أصبح تطور الجرائم يُمثل تحدياً كبيراً لجميع أجهزة الأمن في العالم كله، الأمر الذي يستدعي ضرورة البحث عن التقنيات الحديثة المعتمدة على الذكاء الاصطناعي، وبالتالي فأن للذكاء الاصطناعي دور مهم في إجراءات التحقيق وبالتالي القضاء على الجريمة الأمر الذي يعود على حفظ الأمن وتحقيق السلم المجتمعي.

وبناء على ما تقدم سنقسم هذا المطلب على فرعين: نتناول في الفرع الأول دور الذكاء الاصطناعي في حفظ الأمن، أما الفرع الثاني سنتطرق فيه الى دوره في مجال مراقبة ومتابعة المجرمين.

الفرع الاول

دور الذكاء الاصطناعي في محاربة الجريمة

إن انتقال الجرائم التقليدية إلى طابعها العلمي المستحدث الذي يسخر التقنيات العالية والذكاء الاصطناعي والمعلومات الرقمية في التخطيط والتنفيذ والقضاء على آثار الجريمة، لا يشكل معضلة قانونية حقيقية من حيث التجريم والعقاب أو من حيث تصنيف الأنماط وتحديد العناصر والأركان كما يعتقد البعض فحسب، بل تكمن المعضلة الحقيقية التي تفرزها ظاهرة الجرائم المستحدثة في صعوبة عمليات الرصد والمتابعة وتعقيدات الاكتشاف والضبط، ومخاطر جمع الأدلة والتحقيق مع فئة المجرمين الأذكياء، بجانب ضعف التشريعات الشكلية، وتخلف القواعد العامة للأدلة [24] .

وتقوم بعض الجهات الشرطية حالياً باستخدام الذكاء الاصطناعي وتقنياته المختلفة في محاربة الجريمة وذلك للتنبؤ باحتمال وقوع الجرائم والاستعداد لها وتحسين زمن الاستجابة من خلال تكثيف وتوزيع الدوريات في الأماكن الأكثر عرضة لحدوث الجرائم [25].

ونرى بأن للذكاء الاصطناعي دور كبير في محاربة الجريمة خصوصاً في بعض الحالات التي تتطلب السرعة في الاجراءات مثل معالجة المجاميع الارهابية في المناطق الوعرة عن طريق الطائرات المسيرة التي تعمل بالذكاء الاصطناعي الأمر الذي يعود بالنتيجة على تحقيق الامن والسلم المجتمعي.

---

[24] د. محمد الأمين البشرى الأساليب الحديثة للتعامل مع الجرائم المستحدثة من طرف أجهزة العدالة الجنائية، محاضرة مقدمة في الحلقة العلمية تحليل الجرائم المستحدثة والسلوك الإجرامي المنعقدة خلال الفترة من ١٧/١١/٢٠١١-١٩م، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١١م، ص ٦.

[25] د. سعيد خلفان الظاهري: الذكاء الاصطناعي القوة التنافسية الجديدة، المصدر السابق ص 6- 7.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الفرع الثاني

دور الذكاء الاصطناعي في مجال مراقبة ومتابعة المجرمين

أن الطرق التقليدية في متابعة ومراقبة المجرمين لم تكن تجدي نفعاً وذلك لتطور الاساليب لدى المجرمين في التخفي عن انظار السلطات فأصبح من الضروري أن يتم مراقبتهم بوسائل متطورة تعتمد بالدرجة الاساس على الذكاء الاصطناعي مما يسهل عملية المتابعة وسرعة الاجراء بذلك كمل مراقبة برامج التواصل الاجتماعي الخاص به لمعرفة تحركاتهم، كما يمكن المراقبة عن طريق الكاميرات الذكية والطائرات المسيرة التي تعمل بالذكاء الاصطناعي. وبالتالي فأن توظيف الذكاء الاصطناعي لتحليل بيانات شبكات التواصل الاجتماعي فهناك العديد من تطبيقات الذكاء الاصطناعي، التي تستخدم من قبل مواقع التواصل الاجتماعي لمواجهة الظواهر السلبية، سواء تمثلت في مكافحة المحتوى المتطرف على الإنترنت، أو محاولة منع الانتحار عبر موقعها [26]. وهناك اهتمام متزايد من قبل الجهات الأمنية في استخدام التحليل الاجتماعي لتحليل بيانات شبكات التواصل الاجتماعي لاكتشاف احتمالية وقوع أعمال الشغب والمظاهرات في منطقة ما [27] حيث تتجه المجتمعات المعاصرة نحو مرحلة جديدة من مراحل نموها الاجتماعي والاقتصادي، مصحوبة بأنماط سلوكية مستحدثة تسندها المعلومات والبيانات الإلكترونية. ومن المؤكد أن العالم مقبل على أكثر وأخطر مما نشهده اليوم بفضل تطور البيئة العالمية للتقنية العالية التي يعيش فيها الإنسان Global High Technology Environment للمعلومات المعاصر. فالحاسب الآلي كمحور لهذه البيئة لم يعد استخدامه قاصراً على الميادين العلمية والحسابية البحتة، بل أصبح الحاسب الآلي وتقنياته الحديثة عنصراً أساساً في كافة المعاملات والأنشطة التي يقوم بها الإنسان [28].

ومن خلال ما تقدم نرى أن الذكاء الاصطناعي له دور كبير في مكافحة الجريمة وذلك من خلال الاجهزة المتطورة التي تعتمد على الذكاء الاصطناعي مثل أجهزة كشف الكذب وكذلك كاميرات المراقبة الذكية التي تتعرف على وجوه المجرمين من بين الاشخاص الامر الذي يحد من ارتكاب الجريمة وكذلك السرعة في العثور على الجناة من أجل أنزال العقاب بحقهم الامر الذي يعود استتباب الامن المجتمعي ، كما أن بعض الكاميرات المرورية التي تراقب المخالفات المرورية وتضع الغرامات المالية الخاصة بكل عقوبة الأمر الذي يمنع المخالفات المرورية، وبالتالي نرى أن يم أدخال التكنلوجيا في أغلب مفاصل وزارة الداخلية مما يسهم في تحقيق الأمن والاستقرار.

الخاتمة

في نهاية البحث الذي تناولنا فيه موضوعاً مهماً وحيوياً ، وخاصة في هذا العصر الحديث الذي تغيرت فيه أنماط الجريمة وظهور أنواع حديثة من الإجرام لم تكن معروفة من قبل ، و ظهور نوعية جديدة من المجرمين الذين يعتمدون علي التقنيات العلمية الحديثة متمثلة فيما يعرف بتقنيات الذكاء الاصطناعي، كوسيلة في ارتكاب جرائمهم، وتخلو صحائف الحالة الجنائية لديهم من وجود سوابق ، الأمر الذي بات ضرورياً أن تستعين الأجهزة الأمنية بالأجهزة الفنية المتطورة بتقنيات الذكاء الاصطناعي، لاستخلاص الدليل الذي يعتبر الأداة الرئيسية الصامتة على ارتكاب المتهم جريمته أو أنه برئ منها .

وعليه توصلنا الى أبرز النتائج والتوصيات وكالاتي:

---

[26] د. سعيد خلفان الظاهري: الذكاء الاصطناعي القوة التنافسية الجديدة، المصدر السابق ص 7.

[27] د. محمد الأمين البشرى الأساليب الحديثة للتعامل مع الجرائم المستحدثة من طرف أجهزة العدالة الجنائية، محاضرة مقدمة في الحلقة العلمية تحليل الجرائم المستحدثة والسلوك الإجرامي المنعقدة خلال الفترة من19-17- 2011م، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١١م، ص5.

[28] د. سعيد خلفان الظاهري: الذكاء الاصطناعي القوة التنافسية الجديدة، المصدر السابق ص 6- 7.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أولاً: - النتائج:

1- للذكاء الاصطناعي مجالات مختلفة في العمل الشرطي والأمني، وهذا غالباً يندرج تحت استراتيجية المدن الذكية، والتي من ضمن أهدافها استخدام التقنيات المتطورة مثل الذكاء الاصطناعي؛ لضمان أمن وسلامة السكان في المدينة.

2- من تقنيات الذكاء الاصطناعي هي كاميرات المراقبة الذكية التي لديها القدرة على تحليل الصور والفيديو لاكتشاف أماكن تواجد المشبوهين أو المطلوبين والأمور غير الطبيعية وتنبيه مركز التحكم مباشرة، واستخدام تقنية تعلم الآلة في مجال الأمن الإلكتروني، واستخدام الطائرات الذكية بدون طيار (سمارت درون) للمراقبة الجوية، وكذلك تطبيقات التنبؤ الشرطي.

3- هناك عدة تقنيات للذكاء الاصطناعي في مجال إجراء التفتيش للحصول علي الدليل الجنائي أو العلمي، منها ما يعرف برداد قياس الأرض لكشف الأدلة في قضايا الإرهاب والتفجيرات والمخدرات والأسلحة، وكذلك الجثث المدفونة، وهناك ما يعرف بالرادار المحمول لكشف ما وراء الحوائط للكشف عن الحركة من خلال الجدران الصلبة بشكل سري من خلال موجات الراديو للكشف عن الحركة حتى اكتشاف التنفس البشري، وهناك ما يعرف أيضاً بنقار الخشب، والذي يستخدم عن بعد في حالات المراقبة السمعية والتنصت من خلال) حوائط وأسقف، وأبواب.. إلخ)، وتستخدم هذه التقنيات في العمليات التكتيكية في إنقاذ الرهائن ومكافحة الإرهاب.

ثانياً: التوصيات:

1- تطوير وسائل المراقبة الأمنية باستخدام أنظمة الذكاء الاصطناعي وأنظمة الأمن الإلكتروني تماشياً مع تطور وسائل الاتصالات الحديثة وما تمثله من تهديد للأمن القومي الإلكتروني، مع تطبيق أساليب تحليل البيانات وتحليل سلوك مستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي وشبكة الإنترنت لمعرفة التوجهات المتطرفة للعناصر المتشددة.

2- ضرورة إنشاء مختبر جنائي متطور يتضمن تقنيات الذكاء الاصطناعي لاسيما نظم الخبرة الأولية لأغراض التعامل مع الآثار المادية التي يمكن الحصول عليها في مسرح الجريمة الإلكترونية.

3- أهمية عمل الجهات الحكومية والمواطنين من أجل منع استغلال الشبكات العنكبوتية في ارتكاب الجرائم الإلكترونية ومواجهة التحديات المستقبلية الناجمة عن استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي بما يحقق الأمن والأمان للمجتمعات.

4- ضرورة التدقيق في اختيار الأشخاص القائمين بإجراءات الضبط والتحقيق، وإخضاعهم لدورات تدريبية وتثقيفية مستمرة حول كيفية تحصيل الأدلة الجنائية والعلمية بتقنيات الذكاء الاصطناعي، وفقاً للقنوات القانونية الصحيحة على نحو يضمن تدارك تعرضها للاستبعاد فيما بعد.

المصادر

أولاً: - الكتب:

1. أحمد كاظم: الذكاء الاصطناعي، قسم هندسة البرمجيات، كلية تكنلوجيا المعلومات، جامعة الامام جعفر الصادق، بغداد، 2012.
2. صلاح عبد القادر النعيمي: المدير القائد والمفكر الاستراتيجي - وفن مهارة التفاعل مع الآخرين، دار إثراء للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٨م.
3. عباس، فيصل: الذكاء والقياس النفسي في الطريقة الاعتيادية، دار المنهل اللبناني مكتبة رأس النبع، بيروت، ٢٠٠٤م.
4. محمود، تائر والعطيات صادق: مقدمة في الذكاء الصناعي، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦م.
5. أحمد ماجد: الذكاء الاصطناعي بدولة الامارات العربية المتحدة، إدارة الدراسات والسياسات الاقتصادية، وزارة الاقتصاد، أبو ظبي، مبادرات الربع الأول ٢٠١٨م.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

6. خالد ممدوح إبراهيم: التنظيم القانوني للذكاء الاصطناعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٢٢.
7. د. علي بشار الشريف: تطبيقات الذكاء الاصطناعي على الشبكات الاصطناعية، جامعة تشرين، اللاذقية، 2012..

ثانياً: المصادر الاخرى:

8. علاء عدنان حماد محمد: المسؤولية الجنائية الناشئة عن أستخدم تقانات الذكاء الاصطناعي، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة تكريت، 2022.
9. قتيبة مازن عبد المجيد: استخدام الذكاء الاصطناعي في تطبيقات الهندسة الكهربائية، رسالة ماجستير مقدمة إلى الاكاديمية العربية في الدنمارك، ٢٠٠٩م.
10. د. أحمد عادل جميل، ود. عثمان حسين عثمان إمكانية استخدام تقنيات الذكاء الصناعي في ضبط جودة التدقيق الداخلي دراسة ميدانية في الشركات المساهمة العامة الأردنية"، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الحادي عشر بعنوان ذكاء الأعمال واقتصاد المعرفة، جامعة الزيتونة الأردنية، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، عمان، الفترة من ٢٣-٢٦ أبريل ٢٠١٢م.
11. ناهدة الحموري: مدى كفاية التنظيم القانوني السائد للتعامل بأجهزة الذكاء الاصطناعي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي العشرون لكلية الحقوق بجامعة المنصورة للمدة من ٢٣ - ٢٤ مايو ٢٠٢١م.
12. د. عمرو إبراهيم محمد تأثير تطور تقنيات الذكاء الاصطناعي على عمل الشرطي لمواجهة الحروب النفسية بحث مقدم للمؤتمر السنوي العشرون لكلية الحقوق بجامعة المنصورة للمدة من ٢٣ - ٢٤ مايو ٢٠٢١م.
13. د. أحمد محمد فتحي الخولي: المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لتطبيقات الذكاء الاصطناعي، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية - جامعة الأزهر، مج ٣٦، ع ٢، ٢٠٢١.
14. فايق عوضين محمد تحفة: استخدامات تقنيات الذكاء الاصطناعي بين المشروعية وعدم المشروعية "، بحث بمجلة المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، مجلد ٦٤ عام ٢٠٢١.
15. د. سعيد خلفان الظاهري: الذكاء الاصطناعي القوة التنافسية الجديدة، مركز استشراف المستقبل ودعم اتخاذ القرار، شرطة دبي، العدد (٢٩٩)، دبي، نشرة شهر فبراير ٢٠١٧م.
16. إشادي عبد الوهاب، وإبراهيم الغيطاني، وسارة يحيى: فرص وتهديدات الذكاء الاصطناعي في السنوات العشر القادمة، تقرير المستقبل، ملحق يصدر مع دورية اتجاهات الأحداث، العدد ٢٧، مركز المستقبل للأبحاث والدراسات المتقدمة، أبو ظبي، ٢٠١٨م.
17. الدكتور فايق عوضين محمد تحفة: حدود استبعاد أدلة تقنيات الذكاء الاصطناعي الجنائية والعلمية المتحصلة بطرق غير مشروعة (دراسة مقارنة بين النظامين الانجلوسكسوني واللاتيني) مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، العدد91، يوليو2020.
18. د. محمد الأمين البشرى الأساليب الحديثة للتعامل مع الجرائم المستحدثة من طرف أجهزة العدالة الجنائية، محاضرة مقدمة في الحلقة العلمية تحليل الجرائم المستحدثة والسلوك الإجرامي المنعقدة خلال الفترة من ١٧-١٩/١١/٢٠١١م، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠١١م.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المواجهة التشريعية لجريمة أثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق

العميد الدكتور
احمد عبد القادر خلف محمود
كلية الشرطة

المقدمة

تعد جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء احدى انتهاكات القيود الواردة على مبدأ الحرية الذي يعد من المبادئ الاساسية التي جاءت بها الدساتير ونصت عليها التشريعات الوطنية، حيث اعلنت الحرية وقررتها في اروع مظاهرها، فقررت حرية التفكير وحرية الاعتقاد وحرية الرأي.

فحرية الرأي ليست مطلقة، انما هي حرية مقيدة بعدم العدوان وعدم اساءة الاستعمال، وحرية القول او الفعل في الحدود التي وضعتها التشريعات تعود دون شك على الافراد والدولة بالنفع والامن العام، وتؤدي الى العيش في جو من الاخاء والحب والاحترام بين الافراد والهيئات وتقضي على النعرات الشخصية والطائفية.

ونتيجة لهذا الانتهاك نستطيع بيان مدى صلاحية نظرية الحرية المقيدة، حيث تنقسم التشريعات الى قسمين: قسم يرى حرية القول دون قيد الا فيما يمس النظام العام، حيث لا يعير اصحاب هذا الاتجاه للأخلاق اي اهتمام، وهذا يؤدي الى التباغض والتنابذ والقلاقل والاعتداء على الثوابت وعدم استقرار الدول والمجتمعات، ويرى القسم الثاني تقييد حرية الرأي في كل ما يخالف رأي الحاكم.

وعند الجمع ما بين النظريتين لا بد من الجمع بين الحرية والتقييد، اذ لا يمكن التسليم بالحرية على اطلاقها ولا بالتقييد على اطلاقه، فالقاعدة الاساسية هي حرية الرأي والقيد هو كل ما يمس الاخلاق والآداب والنظام العام بما في ذلك الامن العام. فاذا منع القائل من الخوض فيما يمس هذه الاشياء، وراعى تلك القيود، فقد منع من الاعتداء ولم يحرم من اي حق، لان الاعتداء لا يمكن في اي حال من الاحوال ان يكون حقاً.

واستنادا الى نظرية الحرية بشعبها الثلاث (التفكير، والاعتقاد، والقول)، حرصت القوانين العقابية على تجريم كل فعل من شانه المساس بأحد القيود الواردة عليها، حيث عاقب المشرع العراقي في المادة (200) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل من اثار شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق، واعتبر فعله من الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي بقوله "... ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من حرض على قلب نظام الحكم المقرر في العراق او على كراهيته او الازدراء به او حبذ او روج ما يثير النعرات المذهبية او الطائفية او حرض على النزاع بين الطوائف والاجناس او اثار شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق".

وتعد جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق صورة من صور جريمة اثارة الفتن اذا استخدم الجاني العنف والتهديد واذا ارتكب هذا الفعل تحقيقا لغايات ارهابية، حيث عاقب عليها المشرع العراقي تحت وصف الجريمة الارهابية في الفقرة الرابعة من المادة الثانية من قانون مكافحة الارهاب رقم 13 لسنة 2005 بقوله "تعد الافعال الآتية من الافعال الارهابية: ... 4- العمل بالعنف والتهديد على اثارة فتنة طائفية او حرب اهلية او اقتتال طائفي وذلك بتسليح المواطنين او حملهم على تسليح بعضهم بعضا وبالتحريض او التمويل".

اهمية البحث

تعد جريمة اثارة الكراهية من أخطر الجرائم ذات الطابع الانساني واكثرها انتشارا في المجتمعات نظرا للاختلافات الجنسية، او الاثنية، او العرقية، او الدينية، ولارتباطها بحق الافراد في التعبير عن آرائه وافكاره بحرية تامة، ومع ان حرية الرأي والتعبير تعد ركيزة اساسية من ركائز الديمقراطية وتندرج ضمن حقوق الانسان وحرياته، وان لكل فرد حق التعبير عن الافكار وتلقيها ونقلها الى الاخرين. الا ان ارسال المعلومات والافكار لا تكون بلا حدود، حيث تتولى التشريعات الجنائية رسم حدود خطاب الكراهية وحرية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التعبير.

اشكالية البحث

تكمن اشكالية البحث في بيان مدى العلاقة الوثيقة بين اثارة الكراهية وخطاب الكراهية الذي يتجه حتما الى تحفيز مشاعر الحقد والضغينة تجاه جماعة معينة بسبب العرق او العقيدة او الجنس مما يؤدي الى الانتهاكات الجماعية لحقوق الانسان، وبالتالي امكانية اعتباره اداة لتحفيز المشاعر واثارتها وتوجيهها في اتجاه معين.

اهداف البحث

يهدف البحث الى بيان النصوص القانونية التي سنتها الدولة واليات مواجهتها للتخفيف من انتهاكات حقوق الانسان التي تفرزها افعال اثارة الكراهية، ومحاولة التصدي لخطاب الكراهية الذي لا يتحقق الا بتشديد العقاب على مرتكبي جرائم التحريض على الكراهية ونشر ثقافة التسامح والحوار، واختصار معاني الكراهية في سياق قانوني واضح.

منهجية البحث

نعتمد في هذه الدراسة المنهج التحليلي، وذلك بتفسير النصوص القانونية التي تجرم التمييز العنصري وخطاب الكراهية، وبيان موقف المشرع العراقي من افعال اثارة الكراهية بمختلف صورها، ونقد تلك النصوص، ومن ثم استنباط الاحكام القانونية ذات العلاقة.

هيكلية البحث

سنقسم دراستنا على فصلين، نتناول في الفصل الاول الإطار المفاهيمي لجريمة اثارة الكراهية في مبحثين: نتناول في المبحث الاول تعريف جريمة اثارة الكراهية وفي المبحث الثاني الطبيعة القانونية لجريمة اثارة الكراهية. اما الفصل الثاني فيخصص لبحث الاحكام العامة والخاصة لجريمة اثارة الكراهية والبغضاء بين سكان العراق مقسما الى مبحثين: الاحكام العامة لجريمة اثارة الكراهية والبغضاء بين سكان العراق عنوانا للمبحث الاول، والاحكام الخاصة لجريمة اثارة الكراهية والبغضاء بين سكان العراق عنونا للمبحث الثاني، ونختمها بخلاصة ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات.

الفصل الاول

الإطار المفاهيمي لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء

تعد جريمة اثارة شعور الكراهية من الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، حيث نص عليها المشرع العراقي في المادة (200) في فقرتها الثانية من قانون العقوبات العراقي، بقوله (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات او بالحبس كل من حبذ او روج أيا من المذاهب التي ترمي الى تغيير مبادئ الدستور الاساسية او النظم الاساسية للهيئة الاجتماعية او الاقتصادية او لهدم اي نظام من النظم الاساسية للهيئة الاجتماعية متى كان استعمال القوة او الارهاب او اية وسيلة اخرى غير مشروعة ملحوظا في ذلك.

ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من حرض على قلب نظام الحكم المقرر في العراق او على كراهيته او الازدراء به او حبذ او روج ما يثير النعرات المذهبية او الطائفية او حرض على النزاع بين الطوائف والاجناس او اثار شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق).

المبحث الاول

تعريف جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق

يتطلب تعريف جريمة اثارة الكراهية والبغضاء بين سكان العراق الوقوف عل المعنى اللغوي والاصطلاحي للجريمة وذلك في المطلب الاول، ومن ثم بيان الطبيعة القانونية للجريمة في المطلب الثاني.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الاول

المعنى اللغوي والاصطلاحي لجريمة اثارة الكراهية والبغضاء بين سكان العراق

اثارة اسم، اثارة مصدر اثار، الجمع اثارات. وقيل اثارة الغضب: الدفع بالمرء الى الغضب، اثارة الاهتمام: جلب الرغبة والاهتمام قصد تعرف شيء معين، اثارة الرأي: تحريض الرأي العام ليثور، اثارة ذهنية: احداث مسببات لتحريك الذهن، اثارة لا شعورية: اثارة لا يشعر بها الانسان، والاثارة الذاتية: اثارة عضو ما بفاعليته الخاصة. وفيما يتعلق بموضوع البحث، اثارة الكراهية: الدفع بالمرء الى الكراهية، وتتحقق بكل صور الدفع بالقول والكتابة للتأثير على افكار الآخرين [29].

وعليه فأن للإثارة معان عدة منها اللغوي والاخر اصطلاحي، وبحدود المعنى اللغوي للأثارة فأن كلمة (اثارة) مشتقه من الاصل الثلاثي ثور وثار الشيء ثوراً وثؤوراً وثوراناً وتثور. واثار اعصابه هيجه واغضبه، واثار انتباهه اثار اهتمامه: لفت نظره واسترعاه [30]. أما في الاصطلاح فان لها معاني عدة حسب موضع الاستدلال فيها، فهي تعني انفعال، وفي علم النفس تعني التحفيز واستنهاض الهمة [31]. ولم يرد لها في القانون تعريف واضح المعالم وانما ذكرت في ابواب مشابهة لها مثل الاستفزاز والحض والتحريض.

والكراهية في اللغة مصد كره بضم الكاف وكره بكسر الكاف، وتعني الحقد، المقت، والغضب، كره يكره كراهية، وكره الشيء بفتح الكاف وكسر الراء: مقته ولم يحبه، او ابغضه، ونفر منه.

وهناك تلازم بين معنى الكراهية ومعنى البغضاء، حيث تعني البغضاء كراهية ومقت شديد "اثار البغضاء بيهم، وكثرة العتاب تورث البغضاء. ومفرد بغض بضم الباء مصدر بغض بفتح الغين والضاد، وبغض بكسر الغين وفتح الضاد، وهو كره واشمئزاز، ضد حب.

والبغضاء شدة البغض، وهي الكره الشديد وخيل ما نستند اليه قول الله تعالى في سورة آل عمران الآية (118) "قد بدت البغضاء من افواههم".

فالكراهية، او الكره، او البغض، او البغضاء، او المقت، ماهي الا مشاعر سلبية يصاحبها اشمئزاز شديد، ومشاعر انسحابيه يصاحبها نفور وعداوة او عدم تعاطف مع الآخرين، وهي تعزز الرغبة في عزل او نقل او تدمير الشيء المكروه. وهذه المشاعر السلبية غالبا ما تبنى على الخوف من غرض معين او شخص معين او ماضي سلبي نتج عن التعامل مع ذلك الفرد او الشخص، ويمكن للناس ان يشعروا بتلك المشاعر والافكار والنزاع الذهني المعقد التي تستلزم الكره [32].

ويستخدم لفظ "الكراهية" اما للمبالغة في وصف شيء لا يطيقه الشخص او لا يعجبه. او لوصف اجحاف او حكم مسبق او تصب او ادانة تجاه فئة او طبقة او مجموعة من الناس.

اما سكان، فهو اسم، جمع ساكن بكسر الكاف [33]، سكان العراق ساكنوه، قاطنوه السكان الاصليون. ووفقا للمعنى السابق تقع الجريمة إذا كانت الجهة المستهدفة من يقطن في اقليم جمهورية العراق، سواء استهدف السلوك الجرمي جماعة من سكان العراق او فئة معينة منه، بغض النظر عن الجنسية او الدين او المذهب. ويشمل سكان العراق المواطنين وغير المواطنين، فكل من سكن العراق من حاملي جنسيته وغيرهم من الاجانب يدخل في حكم سكان العراق.

وترتبط افعال اثارة الكراهية والبغضاء ارتباطا وثيقا بتعريف الامن، وللمعنى اللغوي للأمن إثر بارز على تحديد الافعال الماسة

---

(29) . www.arabdict.com

(30) . سالم روضان الموسوي، جريمة اثارة الفتن الطائفية، دراسة تحليلة مقارنة، مكتبة الصباح، بغداد،2015، ص 141.

(31) . المرجع السابق ص 142- 143.

(32) . ar.m.wikipedia.org

(33) . www.almaany.com

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

بأمن الدولة الداخلي، فالأمن في اللغة[34]: أمن أماناً وأمنة بمعنى اطمأن، فهو آمن وأمين أمن: أي سلم منه وله الناس، واستأمن: طلب الأمنة والعهد والحماية والطمأنينة وسكون القلب، وهو المعنى المقصود في نطاق الأمن الداخلي والأمن بالنسبة للأفراد [35].

وأمن أمناً: وثق به، أما أمن على ماله عند فلان من الناس: اتخذه أميناً عليه، وأمن: صدق ووثق وركن، أمن: أمانة: فهي ضد خان وجمعها أمناء [36]. ولذلك يعرف الأمن بأنه الاطمئنان والهدوء والسكينة والسلام على النفس والمال والأعراض [37]، ومن مفهوم المخالفة فان اي فعل من شأنه اثارة الكراهية يهدر او يهدد أحد تلك المجالات يعد فعلا ماسا بأمن الدولة الداخلي. وهي تلك الافعال التي تنطوي على الاعتداء على النظام الداخلي للدولة والمساس بالأمن والاستقرار الذي يتمتع به الناس [38].

واستنادا الى ما تقدم ذكره، ان الافعال الماسة بأمن الدولة الداخلي بصورة الدفع الى الكراهية والبغضاء بين سكان العراق تشمل كل خطر أو تهديد بالخطر داخلياً لأركان الدولة أو مصالحها الأساسية، وما يستجد منها من افعال تهدد المصالح ولم تكن معروفة من قبل، وكل فعل من شانه ان يهدد أركان الدولة ومصالحها الأساسية السياسية والاقتصادية والاجتماعية [39]. ويستند مفهوم الدفع الى الكراهية إلى فكرة الخطر الذي يهدد الدولة من جهة الداخل، ووصف الفقه الخطر الداخلي بانه ما يمس او يهدد بنيان الدولة وهيكلها الدستوري. وعرف القضاء الخطر الداخلي بأنه "الخطر الذي ينجم أو يتولد عن الحرب الأهلية، والأحكام الأخرى وصفته بأنه ناجم عن الثورة أو الهياج".

وارتبط الخطر الداخلي في بعض المفاهيم مع الخطر الخارجي، لا سيما التعريف الذي قدمه بعض الفقهاء بمناسبة تعريفه للخطر الخارجي بأنه "الخطر الذي يؤثر مباشرة على شخصية الدولة أو قوة الأمن في مواجهة علاقاتها مع غيرها من الدول"، وتعريف بعض الأحكام القضائية للخطر الخارجي بأنه الخطر القومي الناشئ عن حرب أهلية، او الخطر الوشيك الوقوع والناشئ عن الحرب الأهلية [40]0

المطلب الثاني

خصائص جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق

يعد الاختصاص العيني أحد الاستثناءات الواردة على مبدأ اقليمية القانون الجنائي والذي يراد به وفقا للمادة (9) من قانون العقوبات العراقي "يسري هذا القانون على كل من ارتكب جريمة خارج العراق: 1- جريمة ماسة بأمن الدولة الخارجي، او الداخلي، او ضد نظامها الجمهوري، او سنداتها المالية المأذون بإصدارها قانونا او طوابعها او جريمة تزوير في اوراقها الر سمية...".

ويترتب على الاخذ بالاختصاص العيني سريان القانون الجنائي استثناءً على جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق بصفتها احدى الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، وبتعبير آخر سريان احكام قانون العقوبات على كل جريمة تمس المصالح الحيوية للدولة بغض النظر عن جنسية مرتكبها او مكان ارتكابها.

واساس مبدأ عينية القانون الجنائي هو اهمية المصلحة التي اهدرتها جريمة اثارة الكراهية والبغضاء او عرضتها للخطر، وهو على خلاف المبدأ الاساس او الاصل الذي يحكم سريان القانون الجنائي من حيث المكان، والذي يقصد به سريان احكام قانون العقوبات

---

[34] معجم المنجد في اللغة والعلوم، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ص12 0

[35] مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، جمهورية مصر العربية، ص 116 0

[36] لسان العرب، ابن منظور، المجلد الأول، بيروت للطباعة والنشر، 1995، ص 1210 0

[37] مجلة الأمن العام، المجلة العربية للعلوم، السنة 23، العدد 90 ،1980، ص 64 0

[38] أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات القسم الخاص، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة ،1992، ص 67. وعبد الفتاح الصيفي، جرائم الاعتداء على أمن الدولة وعلى الأموال، دار النهضة العربية، بيروت، 1972، ص9

[39] محمد الفاضل، الجرائم الواقعة على أمن الدولة، مرجع سابق - ص62

[40] . عبد المهيمن بكر، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، 1975 - ص2.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

على جميع الجرائم التي ترتكب على الاقليم الخاضع لسيادة الدولة بغض النظر عن جنسية الفاعل وسواء هددت مصلحة الدولة التي وقعت فيها الجريمة او مصلحة دولة اجنبية اخرى.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء

اختلف الفقه حول طبيعة جرائم أمن الدولة من جهة الداخل بشكل عام والذي ينعكس بدوره على جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق، فمنهم من يستند إلى المعيار الشخصي في إسباغ الصفة السياسية على الافعال التي تمس امن الدولة الداخلي[41]، ومنهم من يستند إلى المعيار الموضوعي[42].

المطلب الاول

المعيار الشخصي

ووفقا للمعيار الشخصي يعتد بالباعث على ارتكاب الجريمة، فتكون الجريمة سياسية إذا كان الباعث الدافع لارتكابها سياسياً، وبالتالي فإن الأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى التوسع في الجريمة السياسية[43].

ولكون الباعث لا يعد ركناً في الجريمة، وليس له قيمة قانونية إلا حيث يعتد به القانون صراحة، والقانون لم يمنح الباعث السياسي أي قيمة في هذا الصدد[44] فلا يصلح أن يكون معياراً لتحديد ماهيتها، كما أن الباعث شعور داخلي للجاني يصعب التثبت منه، وإن كان البعض يستند إلى هذا المعيار، فيرى أن الجريمة تعد سياسية إذا كان الغرض منها سياسيا[45].

ووفقا للبنيان القانوني لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق، لا يمكن التسليم نهائيا بارتكابها وفقا لباعث سياسي، ولا يمكن تبرير معاملة مرتكبيها بمن يرتكب الافعال الماسة بأمن الدولة من جهة الداخل بشكل عام، فلا يتحقق مع اثارة شعور الكراهية مبررات الرفق والتسامح وسمو البواعث والأهداف السامية التي يسعى إليها الجاني الساسي، وبالتالي لا يجزم بوصفها من قبيل الجرائم السياسية.

المطلب الثاني

المعيار الموضوعي

يستند المعيار الموضوعي إلى المصلحة محل الحماية الجنائية التي تضار أو تتهدد بالضرر من الفعل الجرمي، وهو الرأي الراجح في الفقه لتحديد الجريمة السياسية، فتكون الجريمة سياسية متى كان الحق المعتدى عليه يتعلق بكيان الدولة[46]، والحق يجب أن يكون حقاً من الحقوق التي تمتلكها الدولة بوصفها سلطة عامة، كحق الاستقلال وسلامة أراضي الدولة أو حق الدولة في نظامها الدستوري. وترجيح المعيار الموضوعي على المعيار الشخصي لاستناد الاول إلى المصلحة محل الحماية، واستناد الثاني إلى البواعث والدوافع. بالإضافة إلى أن المشرع لم يمنح الباعث السياسي أية قيمة قانونية في هذا الصدد وأن الحق المعتدى عليه في المعيار

---

[41] علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، ج أول، 1938، ص83.

[42] فوزية عبد الستار، قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة. 1992، ص40.

[43] عبد الرحيم صدقي، الإرهاب السياسي والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص69

[44] مأمون سلامه، الأحكام العامة لجرائم أمن الدولة، مرجع سابق، ص7.

[45] مأمون محمد سلامة، القسم العام، مرجع سابق، ص210.

[46] مأمون محمد سلامة – مرجع سابق – ص10، د. يسر أنور علي – شرح قانون العقوبات – النظرية العامة القاهرة – دار النهضة العربية – 1986 – ص53

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الموضوعي أكثر دقة وانضباطاً في الكشف عن خطورة المجرم[47].

وقد اخذ المشرع العراقي بالمعيار الشخصي عنما نص في الفقرة (أ) من المادة (21) من قانون العقوبات العراقي بمناسبة تعريفه للجريمة السياسية بقوله "الجريمة السياسية هي الجريمة التي ترتكب بباعث سياسي..."، واخذه بالمعيار الموضوعي بقوله "... او تقع على الحقوق السياسية العامة او الفردية، وفيما عدا ذلك تعتبر الجريمة عادية".

ولان جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق لا يمكن تصور وقوعها بدافع شريف، وانما الدافع الدنيء جزء لا يتجزأ منها، ولان المشرع العراقي اورد عدة استثناءات على الجريمة السياسية بقوله في ذات المادة "... ومع ذلك لا تعتبر الجرائم التالية سياسية ولو كانت قد ارتكبت بباعث سياسي: 1- الجرائم التي ترتكب بباعث اناني دنيء، 2- الجرائم الماسة بأمن الدولة الخارجي، 3- جرائم القتل والشروع فيها، 4- جريمة الاعتداء على حياة رئيس الدولة، 5- الجرائم الارهابية، 6- الجرائم المخلة بالشرف كالسرقة والاختلاس والتزوير وخيانة الامانة والاحتيال والرشوة وهتك العرض"، نجد ان جريمة اثارة الكراهية والبغضاء بين سكان العراق استثناء على الجريمة السياسية.

الفصل الثاني

الاحكام العامة والخاصة لجريمة اثارة الكراهية

تتميز جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق بأحكام خاصة تميزها عن غيرها من الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والتي تقتضي منا البحث بعد بيان الاحكام العامة لها والتي تشترك بها هذه الجريمة عن غيرها من الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي والتي سنتناولها في مبحثين، وعلى النحو الاتي بيانه.

المبحث الاول

الاحكام العامة لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق

يراد بالأحكام العامة لجريمة اثارة الكراهية احكام التجريم والعقاب، اي السياسة التي تنتهجها المشرع العراقي في تجريم افعال الاثارة او الدفع الى الكراهية والبغضاء وذلك في المطلب الاول، وشرح الاحكام الخاصة لهذه الجريمة وهي المتعلقة بالبنيان القانوني للجريمة وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الاول

احكام التجريم والعقاب

إن الخطر والضرر يمثلان النتيجة غير المشروعة في المفهوم القانوني لجريمة اثارة الكراهية والبغضاء وليس المادي، والنتيجة في هذا المفهوم هي الآثار التي يحدثها السلوك الإجرامي بالمصالح محل الحماية في صورة الضرر أو التهديد به، ولذلك فإن المشرع يجرم السلوك، لما قد يؤديه هذا السلوك من ضرر أو تهديد للمصلحة المحمية[48].

وجرائم الضرر هي تلك التي يتطلب فيها المشرع اهدار بالمصلحة وذلك عند حوث الكراهية او الفتنة بين سكان العراق، حيث يتمثل الضرر في حدث مادي ملموس مترتب على هذا السلوك. أما جرائم الخطر فهي تلك الجرائم التي لا يتطلب فيها المشرع حدوث هذا الضرر، بل يكتفي بارتكاب سلوك يترتب عليه خطر بالمصلحة محل الحماية، وهو ما يسمى بجرائم السلوك وفقاً للمعيار المادي للجريمة وهي السمة للجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي ووفقاً للبنيان القانوني لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان

---

[47] عبد الفتاح الصيفي – قانون العقوبات اللبناني – جرائم الاعتداء على أمن الدولة وعلى الأموال – ص25، د. نجاتي سيد أحمد – الجريمة السياسية – ص 94. د. أحمد جلال عز الدين – مرجع سابق – ص 65.

[48] د. رمسيس بهنام – مرجع سابق – ص37.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

العراق [49].

واستنادا الى ما تقدم، يكون الضرر فعلياً أو مفترضاً، والأول يعني احتمال حدوث الضرر من السلوك، والثاني يعني أن هناك سلوكاً ذا مواصفات معينة يشكل خطراً بالمصلحة المحمية، وتكتمل الجريمة به ولو انتفى الخطر [50].

ولذلك تدخل المشرع بالتجريم في جرائم اثارة شعور الكراهية على الأفعال التي تقع قبل حدوث الضرر مكتفياً بالسلوك الاجرامي الذي يهدد المصلحة بوقوع الضرر لأهمية المصلحة المحمية في هذه الجرائم، ويطلق عليها الفقه الإيطالي الجرائم المبكرة الإتمام، وفيها لا ينتظر المشرع تحقق النتيجة، فهو يتدخل بالعقاب قبل حدوثها، وبمجرد استشعار الخطر بالمصلحة المحمية، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي [51].

ويراد بالخطر "حالة كامنة في الفعل وناتجة عنه، تصلح لإحداث ضرر جسيم لشخص أو لشيء ما أو كليهما، بهدف تقويض استقرار المجتمع وتوازن مصالحه، سواء استخدم العنف او لا، لإخافة النفوس أو لبث الرعب فيها بما يحدثه من أضرار جسيمة تدمر أو تزلزل قواعد الاستقرار والأمن في المجتمع او مجرد الدفع الى شعور يهدد تلك القواعد" [52].

ومن سمات الخطر والتي اخذها المشرع بنظر الاعتبار في صياغة النصوص الجنائية، في المادة (200) من قانون العقوبات العراقي التجريد والوضوح.

والخطر يكون مجردا، أي ان المشرع افترض وجوده من مجرد إتيان السلوك المحدد بالنص، أما الخطر الملموس فهو الذي تتحقق به الجريمة ويرتبط وجودها بوجوده متى ما كان داخلا في نموذجها القانوني، وبذلك فإن الخطر الإرهابي كنتيجة يترتب مرة على السلوك ومرة أخرى في السلوك وفقا لما يحدده المشرع في النص. وبمعنى آخر أن الخطر قد يتحقق بذات السلوك كنتيجة لما فيه من خطر، وقد يترتب على السلوك كنتيجة، وتتحقق النتيجة في الحالتين بمجرد ارتكابه.

واستنادا الى ما تقدم، وفي نطاق الصياغة القانونية السليمة لمواجهة جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق، في ان الجريمة تعد ذات خطر أذا ورد في نص تجريمها صراحة على النتيجة الخطرة المتجسدة بالسلوك، فإذا ما أغفل النص ذلك فلا نكون أمام جريمة ذات خطر، أما إذا كانت عوامل حدوث الضرر متساوية مع عوامل منعه ويؤدي السلوك الإجرامي إلى إثارة شعور من نوع خاص متجسد بالكراهية او البغضاء فإن الخطر هنا يكون متوقعا.

وقد اعتد المشرع العراقي بالخطر بنوعيه الحال والمتوقع، واعتد بصورة الضرر المحتمل الذي يهدد المصلحة المحمية، إذ لا يشترط في الخطر تحقق الضرر، بل يكفي احتمال حدوثه بغض النظر عما إذا كان الخطر مجردا أي مفترضا في السلوك يتحقق بمجرد ارتكابه أو ملموسا واقعيا يتداخل مع السلوك الموجود في الأنموذج القانوني للجريمة، وهكذا يتحقق بالصورة التي نص عليها المشرع في النص. وبتعبير آخر ان الخطر كنتيجة للسلوك الإجرامي بما يتضمنه عند الاعتداء على المصلحة المحمية، أما خطرا حالا أو خطرا متوقعا، ويكون الخطر حالا إذا كانت عوامل حدوث الضرر طاغية على العوامل الحائلة دون حدوثه ويتحقق ذلك إذا أدى الدفع الى الكراهية إلى اثارة الفتن بين سكان العراق [53].

---

[49] أحمد فتحي سرور – القسم الخاص – مرجع سابق – 356.

[50] مأمون محمد سلامة – الأحكام العامة – مرجع سابق – ص18. د. عبد المهيمن بكر – جرائم أمن الدولة – مرجع سابق – ص53هـ

[51] عبد المهيمن بكر – جرائم أمن الدولة – مرجع سابق – ص32.

[52] اردلان نور الدين محمود، رسالة ماجستير احكام الجرائم الماسة بأمن الدولة في القانون والشريعة الإسلامية، بأشراف أ0 د0 مصطفى إبراهيم الزلمي، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، 2006، ص16 0

[53] حيدر علي نوري، الجريمة الإرهابية دراسة في ضوء قانون مكافحة الإرهاب رقم 14 لسنة 2005، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ط1، 2013، ص194 0

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وتترك مسألة تقدير احتمال تحقق الضرر كأثر للسلوك من عدمه إلى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وفقاً لمعيار موضوعي يتعلق بطبيعة السلوك والوسيلة المستخدمة في إحداثه والمصلحة المحمية ونوعها، اذ لم يعتد المشرع بالمعيار الشخصي القائم على أساس اعتقاد الإرهابي ووجهة نظرة.

وعدم مشروعية الجرائم الخطرة لا يستند إلى تعريض الحقوق والمصالح المحمية للخطر فحسب، بل إلى تداخل الخطر مع السلوك حتى يعد عنصرا من عناصره، ويتعين على القاضي إثبات وجود الخطر عند تطبيق نص التجريم.

والفرق بين الخطر والضرر هو فرق كمي، لأن الخطر ضرر لم يستفحل أمره ولم يبلغ مدى في جسامته، ولا يخرج الخطر في جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء كنتيجة عن الخطر بمفهومه العام إلا بما يتميز به من عناصر وما يتصف به من سمات مكنت المشرع في بعض الاحوال من الخروج عن المبادئ العامة.

وتتعدد الأخطار المهددة لأمن الدولة الداخلي، لتعدد مصدرها، ويترتب على ذلك أن التشريعات العقابية في هذا المجال يجب أن تتسم بالمرونة في الصياغة، وذلك لأن دائرة الخطر أوسع من دائرة التجريم[54]، ولكن مع الالتزام بقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات. وهذا ما أدى إلى أن طبيعة جرائم اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق في أصلها وماهيتها غير محددة المعالم، ولذلك جاءت المواد التي تعاقب عليها مرنة تتسع للعديد من المدلولات[55]، وإن كان البعض قد انتقد الصياغة المرنة لاعتقاده أنها تخالف مبدأ الشرعية[56].

وفي مجال صياغة النصوص القانونية الخاصة بجرائم امن الدولة بوجه عام، وجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بشكل خاص، يحقق معيار الضرورة والتناسب التكامل بين مقتضيات المحافظة على الأمن والنظام العام وحماية حقوق الانسان.

فالسلطة التقديرية للمشرع في تحديد الضرورة والتناسب في تجريم افعال اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق وإنزال العقاب على مرتكبيها ليست مطلقة، وانما تحدها الغايات التي استهدفها الدستور، لان السلطة التشريعية لا تمارس اختصاصها الا في حدود الدستور، والضرورة والتناسب يكونان معا معيارا دستوريا يتعين الالتزام به.

وقد أكد الاعلان العالمي لحقوق الانسان سنة 1948 على معيار الضرورة والتناسب في مجال التجريم والعقاب، اذ لم يجيز استخدام القسوة او الوحشية او الحط من الكرامة الانسانية في العقوبات، ولم يسمح بالاعتداء على الحقوق الاساسية او التعسف في التدخل فيها. وانعكس هذا المعيار في المادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية سنة 1966، فاكر مبدأ عدم خضوع أحد لعقوبات قاسية او غير انسانية او حاطه بالكرامة، ولم يجز المساس بحرية أحد مالم تكن هناك اسباب تدعو الى ذلك وفقا للإجراءات المنصوص عليها.

واكد على ضابط الضرورة الاتفاقية الاوربية لحماية حقوق الانسان، اذ وضحت في المواد 8-11 من هذه الاتفاقية في مجموعها ان ممارسة الحقوق والحريات يمكن ان تخضع لشروط او قيود او جزاءات ينص عليها القانون.

واستنادا الى ما تقدم، تمكن للمشرع من وضع القواعد التي تنظم حرية نقل الافكار والآراء، ووضع الجزاءات المناسبة على من يتجاوز على حدود هذه الحرية او يغالي في استعمالها، وعلى نحو يضمن فاعليتها او توازنها مع غيرها من القواعد والمبادئ ذات القيم الدستورية. وفي مجال تجريم من اثار شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق تحقق هذا التناسب واتفق مع الاهداف والمقاصد التي استهدفها الدستور من وراء حماية الحقوق والحريات وسائر القيم التي ينص عليها.

وعليه فأن الجزاء الجنائي لجريمة اثارة شعور الكراهية لا يكون مخالفا للدستور طالما لم يخل بالتعادل بين مداه وطبيعة الجريمة

---

[54] محمود إبراهيم إسماعيل – الجرائم المضرة بأمن الدولة من جهة الخارج في قانون العقوبات المصري والتشريع المقارن – 1987 – ص76، د. مأمون محمد سلامة – الأحكام العامة – مرجع سابق – ص30.

[55] صلاح نصار- جرائم أمن الدولة – بدون – القاهرة – 1968- ص11.

[56] عبد الفتاح الصيفي – المرجع السابق – ص15 هامش 1.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التي تعلق بها، وبالتالي لم تفقد الحقوق والحريات جوهرها ومحتواها لدى المشرع، ولم يخل المشرع باي حال من الاحوال بالمقاصد التي استهدفها الدستور. وكلما كان الجزاء مقررا لضرورة ومتناسبا مع الافعال التي اثمها المشرع او منعها، متصاعدا مع خطورتها، كان موافقا للدستور.

المطلب الثاني

احكام التمييز بين جريمة اثارة شعور الكراهية عن الجرائم المشابهة لها

تتميز جريمة اثارة شعور الكراهية بين سكان العراق عن جريمة الكراهية هو ان الاخيرة وان ارتكبت بباعث دنيء، الا انها تعني "كل فعل جرمي مقصود يقع على الاشخاص او ممتلكاتهم بسبب انتمائهم الفعلي او المفترض لفئة اجتماعية معينة، حيث يستهدف الجاني ضحيته بسبب الدين، او المعتقد، او اللون، او العرق، او الاصل القومي، وهذا الفعل الجرمي يمكن ان يكون قتلا، او ايذاء، او سرقة، او تخريبا، او اغتصابا، او تهديدا، او غير ذلك من الافعال المجرمة قانونا" [57].

وتتحقق جريمة الكراهية وفقا للتعريف السابق بكل فعل مجرم بموجب نصوص القوانين العقابية العامة والخاصة، وسواء مس هذا الفعل حق الانسان في الحياة او حقه في السلامة البدنية، او مس حق الانسان في امواله او حقه بعدم المساس بعرضه او اعتباره. فهي جر ائم متكاملة من حيث البنيان القانوني لها الا ان الدافع الى ارتكابها هي الكراهية لفئة اجتماعية معينة او التعصب لهذه الفئة او ضدها. اما جريمة اثارة الكراهية فلا تتحقق الا بسلوك الاثارة ومن باب اولى التحريض على الكراهية ليس ضد فرد معين وانما ضد فئة او جماعة من سكان العراق. حيث لا تتطلب جريمة اثارة الكراهية بين سكان العراق اعتدادا بصفة المجني عليه وبتعبير آخر لا تتطلب ركنا مفترضا، وهذه الصفة تتعلق بالعراق، او الدين، او اللون، او الاصل الوطني، او الجنس، على خلاف جريمة الكراهية حيث ان صفة المجني عليه الفعلية او المفترضة التي اعتقد الجاني توافرها هي التي جعلته محلا للجريمة.

وعليه جريمة الكراهية هي جريمة تقليدية الا ان اضافة عنصرين وهما صفة الضحية من حيث الانتماء الى فئة اجتماعية معينة، ودافع الكراهية لدى الجاني لهذه الفئة، هو الذي يجعل من الفعل الجرمي مصنفا كجريمة كراهية.

وتجرم التشريعات الغربية جريمة الكراهية بقوانين خاصة، على خلاف التشريعات العربية حيث لم تورد الاخيرة ذكرا لجريمة الكراهية بالمفهوم الذي حدد مسبقا.

ولم ينص المشرع العراقي على جرائم الكراهية ولم يفرد لها نصوصا خاصة، واكتفى بالاعتداد بالباعث الدنيء واخرج الجرائم التي ترتكب بباعث اناني دنيء من نطاق الجرائم السياسية وذلك في الفقرة (أ) من المادة (21) من قانون العقوبات، واعتر الباعث الدنيء ظرفا مشددا للقوبة في الفقرة الاولى من المادة (135) من قانون العقوبات والتي جاء فيها (مع عدم الاخلال بالأحوال الخاصة التي ينص فيها القانون على تشديد العقوبة، يعتبر من الظروف المشددة ما يلي: 1- ارتكاب الجريمة بباعث دنيء...).

ويثور تساؤل هام حول مدى اعتبار الدفع الى الكراهية والبغضاء بين سكان العراق تعبيرا عن الرأي؟

ان الاجابة على هذا التساؤل يقتضي منا بيان مفهوم حرية الر أي إذا سلمنا جدلا بعدم وجود نصوص تجرم افعال الدفع الى الكراهية.

فيراد بحرية الرأي "الامكانيات المتاحة لكل إنسان بأن يحدد بنفسه ما يعتقد أنه صحيح في مجال ما " [58]، وبتعبير آخر ان الانسان حر في التفكير وابداء الرأي ضمن الحدود القانونية"[59]، وهي وفقا لهذا المعنى من أهم الحريات التي تضفي عليها الحماية من قبل الدساتير والقوانين الجنائية، فهي من الاسس الدستورية التي يقوم عليها المجتمع، حيث اتجهت اغلب الدساتير الديموقراطية

---

[57]. نقلاً عن: منال مروان منجد، جرائم الكراهية، - دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 15، العدد1، 2018، ص174.

[58] نقلا عن: د. احمد رشاد طلحون حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية، ط1 ايتراك للنشر والتوزيع القاهرة ١٩٩٨ ص٢٠٣.

[59] عبد الهادي عباس حقوق الانسان، ج3، دار الفاضل دمشق، ١٩٩٥، ص ١٠٣.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

والمواثيق الدولية على حماية حرية الرأي التي تكون في نطاقها المشروع [60]، كونها ذات اهمية كبيرة في التوجيه والانتقاد لتحقيق مصلحة الجماعة. وهي من الاسس القانونية التي تستند اليها الانظمة الديموقراطية والتي تتكفل بحمايتها.

الا ان حرية التعبير عن الر أي تأخذ وصف الجريمة إذا تخطت حدودها التي رسمها لها الدستور والقانون، وان اساءة استعمال الانسان لحرية الرأي تحول هذه الحرية إلى جريمة تستوجب قيام المسؤولية الجنائية عنها [61]، وتتحقق بوسائل العلانية والتعبير كالقول، أو الايماء، أو النشر، أو الإفشاء.. [62]، وغيرها من الوسائل التي تكون صالحة في التعبير عن المشاعر والافكار مما تؤثر في المتلقي والمستمع لذا ان حقيقة السلوك الاجرامي في جرائم الرأي ذو مضمون نفسي يتمثل في إظهاره الى العلن بوسائل العلانية ويعاقب عليها القانون بسبب تأثيرها في نفوس الآخرين [63]. وهي من الجرائم العمدية.

. واختلف الفقهاء في تحديد طبيعة جرائم الرأي نفسها بين الطبيعة السياسية والطبيعة العادية، فاتجه فريق من الفقه الى ان جرائم الرأي لا تصلح بذاتها ان تكون ذات طبيعة سياسية [64] بل ان لها ذاتية مستقلة وكياناً خاصاً بها تختلف عن الجرائم المنصوص عليه في القانون الجنائي، ذلك ان جرائم الرأي من الجرائم القولية اي لا ترتكب بفعل مادي على خلاف الجرائم المنصوص عليها في القانون الجنائي التي تتطلب نشاطا مادياً [65].

وعلى العكس من الاتجاه السابق، ذهب فريق الى القول بان بعضاً من جرائم الرأي تعد ذات طبيعة سياسية استنادا الى طبيعة حق المعتدى عليه فإذا وقعت جريمة الرأي على النظام السياسي او الحاكم عدت من الطبيعة السياسية، اما اذ كان الرأي او التعبير واقعاً على الافراد او بهدف تدمير او تشويه سمعة النظام الاقتصادي او استغلال وسائل الاعلام للدفع الى البغضاء او الكراهية بين افراد الشعب تعد من الجرائم العادية [66].

المبحث الثاني

الاحكام الخاصة لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق

يتطلب البحث في الاحكام الخاصة لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق بيان النموذج القانوني لها، ويعد النموذج القانوني ضرورة من ضرورات الصياغة المجردة للقاعدة القانونية، ومعناه "صورة الفعل"، او "حالة الفعل أو وصف الفعل".

ولغرض الحفاظ على الوحدة الوطنية والسلم المجتمعي، يوجه المشرع اوامره ونواهيه بواسطة القواعد المجرمة الى افراد الجماعة في نص المادة (200) من قانون العقوبات، محدداً لهم نطاق نشاطهم المشروع ومحافظاً في الوقت نفسه على المصالح

---

[60] نصت المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على " لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود".

[61] رمسيس بنهام النظرية العامة للقانون الجنائي، ط ٣، منشأة المعارف الاسكندرية ،١٩٩٧، ص٤٩١.

[62] المادة (3/19) من قانون العقوبات العراقي المرقم (111 لسنة 1969 المعدل).

[63] محمود عودة سليمان الحماية الدستورية لحرية الرأي وأثرها في تحديد نطاق جرائم الرأي في الاعلام التقليدي والالكتروني بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين المجلد ١٥ ,العدد ٢, ٢٠١٣ , ص١٢١.

[64] علا ابراهيم الشريف، ماهية الجريمة السياسية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا / جامعة النجاح الوطنية فلسطين، ٢٠١٣، ص١٨٩, نقلا عن: د. سامي المالكي، السلطة السياسية ووضع الصحافة المكتوبة في تونس بدون دار نشر١٩٥٥، ص٣٥٣.

[65] ضياء عبد الله الجابر و د. خالد خضير دحام و م. عادل كاظم مسعود احكام المسؤولية الجزائية عن جرائم الصحافة في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق كلية القانون - جامعة كربلاء السنة السادسة، العدد١، ٢٠١٤، ص92.

[66] ينظر: عبد الحميد الشواربي، الجرائم السياسية - اوامر الاعتقال وقانون الطوارئ، مرجع سابق، ص٧٧.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الأساسية اللازمة لبناء المجتمع ونمائه.

ويتطلب البحث في النموذج القانوني للجريمة، بيان نمط السلوك المادي المعاقب عليه بوصفه أثارة لشعور غير مشروع، لأنه ينتهك مصلحة الوحدة الوطنية والسلم الاجتماعي او يهددها بالخطر، وذلك في المطلب الاول تحت عنوان المتطلبات المادية لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق

ولما كانت المسؤولية الجنائية بموجب نص المادة (200) من قانون العقوبات لا تنهض الا بتوافر الخطر بمعناه الواسع، فأننا نؤثر أن يتضمن المطلب الثاني المتطلبات المعنوية لجريمة أثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق.

المطلب الاول

المتطلبات المادية لقيام جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق

لا يأمر المشرع أو ينهي عن اي سلوك تحت ذريعة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق، أنما يأمر أو ينهي عن السلوك الذي يهدد كيان المجتمع وسلامة افراده بالخطر وان لم يهدر هذا السلوك تلك المصالح. ولكون أفعال الانسان وضروب نشاطه في الدفع الى الكراهية لا تتناهى، فأن المشرع يصطنع نموذجاً مجرداً للسلوك غير المشروع ويضمنه قاعدة جنائية، وهذا هو النموذج القانوني للجريمة. ليكون كل فعل من افعال الاثارة او الدفع غير المشروع في القانون الجنائي عندما يتطابق مع النموذج القانوني في قاعدة جنائية مجرمة في هذا النطاق، سواء تلك الواردة في المادة (200) من قانون العقوبات العراقي، أو الواردة في المادة (2/ 4) من قانون مكافحة الارهاب رقم 13 لسنة 2005.

ولكون السلوك الاجرامي في جريمة أثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق يأخذ صور متعددة ونماذجه في الواقع العملي لا تقع تحت الحصر، يعمل المشرع على ضبط حدوده مجرداً في القاعدة المجرمة. وهكذا عندما يتكلم الفقه عن النموذج القانوني لجريمة أثارة شعور الكراهية والبغضاء، فإنما يقصد الكلام عن النموذج القانوني للسلوك بالمعنى الواسع، أو ما أصطلح الفقه على تسميته بالركن المادي في جريمة أثارة الشعور بالكراهية. ووفقا للبنيان القانوني لجريمة اثارة شعور الكراهية لا بد وان يكون السلوك ايجابياً ذلك ان الانسان يتوسل بنشاطه الايجابي في اثارة شعور الكراهية، ومن اجل هذا يكتسب السلوك قيمته السببية من قدرته على احداث النتيجة الممنوعة، ويصبح محل اعتبار في القانون أي يصبح سبباً في الجريمة.

والاعتداء في جريمة اثارة شعور الكراهية يشذ عن القاعدة العامة ويخرج عن حدودها، فهو اعتداء لا بد وان يتم بسلوك ايجابي اي بالفعل دون الامتناع.

وتتعدد صور السلوك الاجرامي المكون للركن المادي لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء على وفق احكام المادة (200) من قانون العقوبات العراقي. ويعد الدفع او الاثارة السلوك المادي البحت الذي يتحقق به الر كن المادي للجريمة سواء كان بإتيان فعل مادي يتمثل بحركة مادية او بالكتابة او بسلوك ذات مضمون نفسي كالتحريض.

وعبر المشرع العراقي على السلوك التعبيري او السلوك المادي ذي المضمون النفسي بلفظ (من اثار) بوصفه أحد صور السلوك الاجرامي المكون للركن المادي للجريمة موضوع البحث، حيث يتمثل السلوك التعبيري بالدفع وهو معنى الاثارة او الحث او الحض التحريض على الكراهية والبغضاء من باب اولى، وتندرج هذه المصطلحات بحسب الرأي الراجح في الفقه الجنائي ضمن النشاط التحريضي (67).

ويراد بالتحريض على الكراهية خلق فكرة المقت بين فئات المجتمع ثم تدعيم هذه الفكرة بينهم كي تتحول الى تصميم. وبمعنى اخر عرف بانه نشاط ذو طبيعة نفسية يتوجه به المحرض الى ذهن الاخرين (68). والتحريض عند البعض هو الدفع، وهو الاغراء،

---

(67) . احمد علي المجذوب، التحريض على الجريمة – دراسة مقارنة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1970، ص 11. وسعد ابراهيم الاعظمي، مرجع سابق، ص 85. وعودة يوسف سلمان الموسوي، مرجع سابق، ص 98.

(68) . فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 534.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

او الايحاء، او التوجيه، او الدعوة، او التشجيع، وكل صورة من صور اثارة فكرة الكراهية او تعزيزها إذا كانت في ذهن المخاطبين ابتداءً (69).

اما الصورة الاخرى من صور النشاط التحريضي الذي يستهدف اثارة شعور الكراهية او البغضاء الواردة في المادة (200) فهي تتحقق ايضا بالحث. وهذه الصورة تتحقق سواء كان الجاني هو من خلق فكرة الكراهية او اقتصر دوره على تحسينها وتحبيبها او تشجيعها. ومن الجدير بالذكر ان جريمة اثارة شعور الكراهية او البغضاء بين سكان العراق قد تقع عن طريق الاعلام بخطاب الكراهية، وذلك عندما يكون السلوك الاجرامي المكون للركن المادي لها سلوكا تعبيريا ذا مضمون نفسي سواء اكان بصورة الحمل او الحث على البغضاء، او كان السلوك التعبيري نشاطا تحريضيا موجها الى اذهان من يريد المحرض التأثير فيهم بغية دفعهم لارتكاب اي عمل من شأنه ان يؤدي الى اثارة الفتن او الحرب الاهلية.

ويكفي ان يحقق السلوك "العدوان" على المصلحة القانونية، سواء تحقق هذا العدوان بذات السلوك أو بالأثر المادي المترتب عليه. الا ان الجريمة لا تقع بمجرد حيازة ما يثير الكراهية والبغضاء وتطبق احكام المادة (210) من قانون العقوبات بدلا من احكام المادة (200)، وفي هذا الصدد قضت المحكمة الجنائية المركزية بإدانة المتهم وفق احكام المادة (210) الشق الثاني من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل وتحديد عقوبته بمقتضاه وصدر القرار بالاتفاق استنادا لأحكام المادة 182/ أ بقولها "لدى التدقيق والمداولة وسير التحقيق والمحاكمة الحضورية الجارية بان وقائع القضية تتلخص بانه بتاريخ 5/ 3/ 2010 تم القبض على المتهم في محافظة نينوى قضاء سنجار وتم ضبط كتب ومطبوعات محرضة على الفتنة الطائفية واشاعة البغضاء بين المواطنين والدعوة الى القتل والتكفير لأبناء الشعب العراقي بكافة طوائفه وقوميات وهي من الكتب والمطبوعات التي لا يجوز حيازتها وتداولها حيث اجابت وزارة الثقافة دار الكتب والوثائق بكتابها المؤرخ في 28/ 9/ 2010 بان الكتب المضبوطة ذات توجه طائفي وتروج للفكر الوهابي ومن شأنها اثارة النعرات الطائفية بين المسلمين ويمنع بيعها وشراءها في الاسواق المحلية وان الادلة المتحصلة في القضية هي افادة المخبر السري وافادات الشهود المفرزة القابضة المدونة في مرحلة التحقيق من انه تم القبض على المتهم وضبطت بحوزته اسلحة كما تم ضبط عدد من الكتب التي تحرض على التكفير ومحضر الضبط واجابة ووزارة الثقافة وان المتهم اعترف بعائديه الكتب المضبوطة له وهما شرح كشف الشبهات والتعليقات المباركات على كشف الشبهات والبيان نواقض الاسلام والآيات البينات في تحريم دعاء الاموات، حيث ان المتهم قد حاز بسوء نية مطبوعات معدة للتوزيع والنشر والاطلاع عليها من شأنها القاء الرعب بين الناس والحاق الضرر بالمصلحة العامة وان الادلة المتحصلة في القضية تكفي للإدانة وفق احكام المادة (210) الشق الثاني من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل..."(70).

وتعد النتيجة في جريمة أثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العر اق من نتائج "الخطر" طالما ان الحدث بالمعنى المادي شيء آخر غير السلوك، أي واقعة أخرى منفصلة. وتعد النتيجة وفقاً للتصوير القانوني نفس السلوك مقدراً تقديراً شرعياً طالما منظوراً اليها من زاوية الحماية التي يكفلها الشارع للمصالح القانونية، وسواء حقق السلوك "أثر" أو لم يحقق هذا الأثر فهو "حدث" في المعنى القانوني طالما يهدد مصلحة قانونية أو يعرضها للخطر.

وجريمة أثارة شعور الكراهية والبغضاء لا تقوم الا بوجود مصلحة قانونية هي موضوع الحماية الجنائية فيها قد أهدرت أو هددت بالخطر، وهذا العدوان لا تحققه الا واقعة تأتلف من محض سلوك مادي أو من باب أولى سلوك يؤدي الى حدث. والحدث وفقاً لهذا المعنى لا يتصور الا ان يكون اثراً طبيعياً ينفصل عن السلوك محدثاً تغييراً في العالم المحسوس. ولكون الحدث فكرة طبيعية، تعد النتيجة في جريمة أثارة الكراهية من نتائج "الخطر" لا من نتائج الضرر، طالما ان وقوعها لا يتطلب القضاء على المصلحة محل

---

(69) . عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الاشتراك بالتحريض وموضعه من النظرية العامة للمساهمة الجنائية – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 1958، ص 71.

(70) . قرار المحكمة الجنائية المركزية، مجلس القضاء الاعلى، بغداد/ الكرخ/ ه1، 207/ ج1/ 2011، قرار غير منشور.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الحماية القانونية قضاءً تاماً. ومع ان الفقه قد حصر نطاق البحث في رابطة السببية في الجرائم المادية أو الجرائم ذات النتيجة واستبعدها في جرائم الخطر، الا ان ذلك لا يمنع من القول بوجوب التثبت من تحقق الخطر في سلوك الفاعل، طالما ان الخطر حالة واقعية ذات آثار مادية ينشأ عنها احتمال حدوث ضرر بالمصلحة المحمية.

المطلب الثاني

المتطلبات المعنوية لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق

جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق جريمة عمدية لا تقع الا بطريق الخطأ العمدي، ويكفي لقيام تحقق الركن المعنوي فيها توافر القصد الجنائي العام، ولا يشترط لتحققها توافر قصد جنائي خاص.

وللقصد الجنائي العام عنصرين، عنصر العلم وعنصر الارادة، ويعد عنصر العلم العنصر المميز لفكرة العمد ويقصد به سبق تمثل الواقعة الاجرامية والنتائج المترتبة عليها، او هو بتعبير آخر التصور الحقيقي للشيء على نحو يتطابق مع الواقع. ويراد بعناصر الواقعة الاجرامية كل ما يتطلب القانون لإعطاء واقعة الدفع الى الكراهية او البغضاء وصفها الذي يضفيه عليها المشرع ويميزها عن غيرها من الوقائع المشروعة وغير المشروعة.

اما الارادة فهي النشاط النفسي الذي يتجه الى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة، ويشمل مجال الارادة في القصد الجنائي ارادة السلوك والنتيجة عندما يشترط القانون حدوث نتيجة معينة.

ولكون جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق من جرائم السلوك المجرد، يكفي اتجاه الارادة فيها الى تحقيق السلوك المكون للجريمة بصرف النظر عن النتيجة بمعناها المادي. ومن ثم يمكن القول بتوافر القصد الجنائي المباشر بتوجيه ارادة الجاني الى الدفع الى الكراهية او البغضاء باي سلوك مادي. وعندما يكون السلوك الاجرامي المكون للجريمة سلوكا ماديا ذا مضمون نفسي فأنه يكفي اتجاه ارادة الجاني الى اتيان النشاط التعبيري ذي المضمون التحريضي وان كان موضوع التحريض لا يمكن ان يتحقق الا في المستقبل او ان تحققه يتطلب توافر شرط معين او حدوث واقعة محددة (71).

وتجسدت سياسة المشرع في تجريم الافعال الماسة بأمن الدولة الداخلي والتي ترتكب بدوافع ارهابية في الخروج به عن القواعد العامة في التجريم والعقاب، والخروج على القواعد يتم بالخروج على مبدأ الشرعية والأخذ بمبدأ المسؤولية المفترضة وتجريم الأعمال التحضيرية التي تنم عن خطورة إذا ما ترجمت تلك الخطورة على صعيد الواقع.

ويرى جانب من الفقه ان المشرع العراقي قد توسع في مفهوم الخطر الإرهابي، فتارة يعتبره في السلوك الإجرامي وتارة أخرى يترتب على السلوك، وتارة يحدد السلوك الإجرامي المؤدي إليه على سبيل المثال، وتارة أخرى على سبيل الحصر، ولعل الذي دفع بالمشرع العراقي إلى هذا السبيل في التجريم ، رغبته في توسيع مفهوم الجريمة الإرهابية ومعناها ونماذجها حتى تشمل جميع الأفعال التي ترتكب تحقيقا لغايات إرهابية، وقد جرمت القوانين العقابية المقارنة الخطر الإرهابي تبعا للسلوك الإجرامي الإرهابي مع اختلاف بعضها عن بعضها الآخر في المعالجة (72)، وتطبيقا لذلك نص الفقرة الرابعة من المادة الثانية من قانون مكافحة الارهاب رقم 13 لسنة 2005 والتي جاء فيها (تعد الافعال الاتية من الافعال الارهابية 4- العمل بالعنف والتهديد على اثارة فتنة طائفية او حرب اهلية او اقتتال طائفي وذلك بتسليح المواطنين او حملهم على تسليح بعضهم بعضا وبالتحريض او التمويل).

وعليه تعد جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق الجرائم الارهابية إذا وقعت تحقيقا لغايات ارهابية وبصورة جريمة اثارة الفتن الطائفية.

---

(71) . عودة يوسف سلمان الموسوي، مرجع سابق، ص 146.

(1)د0 حيدر علي نوري، الجريمة الإرهابية دراسة في ضوء قانون مكافحة الإرهاب رقم 14 لسنة 2005، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ط1، 2013، ص201 0

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الخاتمة

شهدت البشرية عبر عصور التأريخ صوراً واشكالاً مختلفة من افعال التحريض على الكراهية وفي مقدمتها اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق الذي أصبح اليوم محط اهتمام كافة الدول التي وقعت ضحية لأفعاله او تلك التي تتخذه شعاراً سياسياً لتبرر ما تقوم به من افعال تخالف مواثيق حقوق الانسان. وما بين الاجرام الموجه الى النشاط العقلي والقدرات الذهنية للأفراد والجماعات بهدف التأثير السلبي عليها أو شل قدراتها، وجدنا خطورة لا تقل عن غيرها في ذلك الموجه ضد الافكار او المعتقدات الخاصة بإحدى الطوائف او الجماعات.

وخلصنا في تلك الدراسة الى بعض النتائج والتوصيات، نوجزها بالآتي:

الاستنتاجات

شك في ان المصالح المحمية في تجريم افعال الاثارة او الدفع الى الكراهية والبغضاء تمثل أحد اهم مصالح الأفراد في المجتمع وأحد مصالح الدولة العليا، الأمر الذي يقتضي تحديد مفهوم هذه المصالح المحمية بتجريم من يثير او يدفع الى مقت أو كراهية فئة لفئة خرى من سكان العراق، المحمي منها بشكل صريح أو ضمني، بغية تحديد إطار قانوني لها ومن ثم رسم سياسة جنائية كفيلة بتوفير الحماية الفعالة لها.

تكمن أهمية البحث في محاولة تحديد سياسة جنائية واضحة تأخذ بنظر الاعتبار أهمية المصالح المحمية بتجريم جميع صور الاثارة والتحريض، وذلك من خلال بيان نطاق هذه المصالح ومن ثم اضفاء الحماية عليها في نص عقابي واحد أو أكثر.

اتضحت اشكالية الدراسة في ذاتية جريمة اثارة شعور الكراهية، وفي أمكانية استيعاب هذا المصطلح القانوني للعديد من الافعال المجرمة تحت مسميات عديدة وفقاً لقانون العقوبات او وفقاً للقوانين العقابية الخاصة. فضلاً عن شموله لأنماط خطيره استناداً الى نوع النشاط الموجه اليه العمل الارهابي كالإرهاب الفكري والارهاب العقائدي.

يهدف البحث الى دعوة المشرع الى أعادة صياغة النصوص العقابية الخاصة بمواجهة الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي الارهاب، وايجاد تأطير قانوني للحقوق والحريات التي تنتهك بأفعال اثارة الكراهية وبمختلف صوره. فضلاً عن تحديد البيان القانوني لجريمة اثارة شعور الكراهية وبيان اركانها الذي يعد أحد اهداف البحث المعتبرة وذلك للوقوف عند مفهوم الكراهية والبغضاء من جهة وعلاقتها بالفتن الطائفية من جهة اخرى، وبيان طبيعته القانونية، الى جانب بيان المصالح المحمية بالتجريم.

لم نجد اشارة صريحة لمصطلح الاثارة في التشريعات العقابية العامة منها او الخاصة، والذي انعكس بدوره على عدم ايجاد تعريف جامع مانع لإثارة الكراهية والبغضاء متفق عليه من قبل فقهاء القانون الجنائي.

يعد خطاب الكراهية صورة من صور الارهاب الذي تنص عليه اغلب تشريعات مكافحة الارهاب، له ذاتية تميزه عن الارهاب المادي، واركان تحدد النموذج القانوني له.

المقترحات

اولاً: ضرورة تعديل النصوص الجنائية الخاصة بالجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، وتحديد مصطلح الاثارة تحديداً دقيقاً وعلى النحو الذي يشمل جميع انواع الدفع الى الكراهية.

ثانياً: الغاء اللوائح والانظمة الداخلية الصادرة من مؤسسات الدولة والتي من شأنها تكريس حرية الرأي على حساب ام الدولة والسلم المجتمعي .

ثالثاً: اعداد دراسات خاصة وعقد مؤتمرات قانونية من شأنها التعريف بخطاب الكراهية وبيان مخاطر هذا النوع من الارهاب إذا كان الغرض منه اثارة الفتن وتمزيق الوحدة الوطنية وتهديد أمن واستقرار الدول من جهة، وعلى أمن واستقرار الافراد في الدولة الواحدة من جهة أخرى.

رابعاً: حث مؤسسات الدولة ومنظمات المجتمع المدني على توعية وتبصير الأفراد بخطورة اثارة الشعور بالكراهية والبغضاء

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

على حقوق وحريات الأفراد

اولا: المراجع

1. معجم المنجد في اللغة والعلوم، المطبعة الكاثوليكية، بيروت.
2. مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، جمهورية مصر العربية.
3. لسان العرب، ابن منظور، المجلد الأول، بيروت للطباعة والنشر، 1995.

ثانيا: الكتب القانونية

4. احمد رشاد طلحون حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية، ط1 ايتراك للنشر والتوزيع القاهرة ١٩٩٨.
5. احمد علي المجذوب، التحريض على الجريمة – دراسة مقارنة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1970.
6. أحمد فتحي سرور - قانون العقوبات القسم الخاص - ط4 - دار النهضة العربية - القاهرة - 1992.
7. أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات القسم الخاص، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة ،1992.
8. حيدر علي نوري، الجريمة الإرهابية دراسة في ضوء قانون مكافحة الإرهاب رقم 14 لسنة 2005، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ط1، 2013.
9. حيدر علي نوري، الجريمة الإرهابية دراسة في ضوء قانون مكافحة الإرهاب رقم 14 لسنة 2005، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ط1، 2013.
10. رمسيس بنهام النظرية العامة للقانون الجنائي، ط ٣، منشأة المعارف الاسكندرية ،١٩٩٧.
11. رمسيس بنهام النظرية العامة للقانون الجنائي، ط ٣، منشأة المعارف الاسكندرية ،١٩٩٧.
12. سالم روضان الموسوي، جريمة اثارة الفتن الطائفية، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الصباح، بغداد،2015.
13. سامي المالكي، السلطة السياسية ووضع الصحافة المكتوبة في تونس بدون دار نشر١٩٥٥.
14. صلاح نصار- جرائم أمن الدولة – بدون – القاهرة – 1968.
15. عبد الحميد الشواربي، الجرائم السياسية، اوامر الاعتقال وقانون الطوارئ، منشأة المعارف الاسكندرية ٢٠٠٠.
16. عبد الفتاح الصيفي - جرائم الاعتداء على أمن الدولة وعلى الأموال - دار النهضة العربية - بيروت - 1972
17. عبد المهيمن بكر - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة - بدون - القاهرة - 1975.
18. عبد الهادي عباس حقوق الانسان، ج3، دار الفاضل دمشق، ١٩٩٥.
19. علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، ج أول، 1938.
20. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
21. فوزية عبد الستار، قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة. 1992.
22. محمد الفاضل - الجرائم الواقعة على أمن الدولة - ج1 - جامعة دمشق – 1963.
23. محمود إبراهيم إسماعيل – الجرائم المضرة بأمن الدولة من جهة الخارج في قانون العقوبات المصري والتشريع المقارن – 1987.
24. نجاتي سيد أحمد – الجريمة السياسية.
25. يسر أنور علي – شرح قانون العقوبات – النظرية العامة القاهرة – دار النهضة العربية – 1986.

ثالثا: الرسائل والاطروحات

26. اردلان نور الدين محمود، رسالة ماجستير احكام الجرائم الماسة بأمن الدولة في القانون والشريعة الإسلامية، بأشراف أ0

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

د0 مصطفى إبراهيم الزلمي، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، 2006.

27. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، الاشتراك بالتحريض وموضعه من النظرية العامة للمساهمة الجنائية – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 1958.
28. علا ابراهيم الشريف، ماهية الجريمة السياسية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا / جامعة النجاح الوطنية فلسطين، ٢٠١٣.

رابعا: المجلات

29. ضياء عبد الله الجابر و د. خالد خضير دحام و م. عادل كاظم مسعود احكام المسؤولية الجزائية عن جرائم الصحافة في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق كلية القانون - جامعة كربلاء السنة السادسة، العدد١، ٢٠١٤.
30. مجلة الأمن العام، المجلة العربية للعلوم، السنة 23، العدد 90 ،1980.
31. محمود عودة سليمان الحماية الدستورية لحرية الرأي وأثرها في تحديد نطاق جرائم الرأي في الاعلام التقليدي والالكتروني بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين المجلد ١٥ ,العدد ٢, ٢٠١٣.
32. منال مروان منجد، جرائم الكراهية، - دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 15، العدد1، 2018.

خامسا: القوانين والقرارات والاعلان

33. قانون العقوبات العراقي المرقم (111 لسنة 1969 المعدل).
34. قرار المحكمة الجنائية المركزية، مجلس القضاء الاعلى، بغداد/ الكرخ/ ه1، 207/ ج1/ 2011، قرار غير منشور.
35. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

المواقع الالكترونية

36. ar.m.wikipedia.org
37. www.almaany.com
38. www.arabdict.com

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التحقيق الجنائي الرقمي ودوره في كشف الجرائم المستحدثة

م .د مثنى لفتة عطية

الملخص

مع بداية الالفية الثالثة، وفي ضل تطور تكنولوجيا الاتصالات والاجهزة الرقمية الحديثة، أصبح هناك عهداً جديداً من الجرائم تسمى بالجرائم الرقمية التي تستدعي ايجاد وسائل تحقيقية مختلفة جذرياً عن سابقاتها في الجرائم التقليدية. ومن الجدير بالذكر، ان الجرائم المعلوماتية تمتلك مسرح جريمة يختلف عن الجرائم التقليدية اذ ان خصائصه تفرض تحديات جديدة تخص جمع وتأمين الأدلة الرقمية والحفاظ على الخصوصية، فضلاً عن ضمان اتباع الاجراءات القانونية في عمليات التحقيق واستحصال الادلة. نظراً لحداثة التعامل مع هكذا جرائم فان جموح السلطة التحقيقية في البحث عن الادلة الرقمية دون تقييد، فضلاً عن انتهاك خصوصية بيانات الافراد، اضافةً الى عدم وجود اطر وتعليمات قانونية واضحة للاعتراف بالأدلة الرقمية واثبات حجيتها هي اشكاليات تحول دون تقنين اجراءات التحقيق الجنائية. وفقاً لذلك، تهدف الدراسة للتعرف على التحديات الخاصة بالتحقيق في الجرائم المعلوماتية المستحدثة، مفهوم وخطوات التحقيق الجنائي الرقمي وابراز دوره في مكافحة تلك الجرائم وبيان ادواته، دور الذكاء الاصطناعي وقدرته على دعم الياته، استعراض تطبيقات حقيقية او محتملة للجرائم المعلوماتية وكيفية اثباتها، كتابة تقارير فعّالة توثق عملية التحقيق وعرض النتائج. خلصت الدراسة الى ان وجود خبراء تحقيق وقضاة متخصصين كفوئين ضرورة حتمية لمواجهة التحديات الجديدة في مكافحة الجرائم الرقمية وكذلك وجود اليات واضحة في تحصيل الادلة الرقمية تقود الى زيادة قوة الدليل الثبوتية، بالإضافة الى ان تسخير امكانيات الذكاء الاصطناعي سيمثل رقماً صعباً في العملية التحقيقية. كما اوصت الدراسة الى وجوب التنسيق المشترك ما بين السلطة القضائية وخبراء التحقيق الجنائي الرقمي لوضع اليات محددة وخارطة طريق لعمل القضاة والمحققين والتأكيد على ادخالهم في دورات تخصصية في كيفية استحصال الادلة والتعامل مع القضايا الرقمية بالإضافة الى اقرار القوانين والتعليمات المتعلقة بهذا الصدد.

الكلمات المفتاحية: التحقيق الجنائي الرقمي، الجرائم الالكترونية او المعلوماتية، الطب الشرعي الرقمي، الذكاء الاصطناعي.

مقدمة

مع تزايد معدل الجرائم الإلكترونية بشكل مثير للقلق في جميع أنحاء العالم، تبرز هناك حاجة ماسة لمكافحتها في الوقت المناسب وبفعالية أكبر خصوصاً مع اتساع انتشار تكنولوجيا الاجهزة المحمولة وتطبيقات التواصل الاجتماعي. علاوة على ما سبق، مع تطور الإمكانات الجديدة في علم الذكاء الاصطناعي وقدرته على اجراء العديد من العمليات بصورة ذكية تصعب على عمليات التحقيق الجنائي الرقمي اقتفاء أثرها. من الجدير بالذكر، ان تلك الجرائم تنوعت لتشمل العديد من التخصصات والمجالات التي لها صلة باستخدام التكنولوجيا فمنها ما هو متركز على شبكات الانترنت ومنها ما هو متركز على المضايقات والابتزاز عبر وسائل التواصل الاجتماعي. وتشكل الجرائم المعلوماتية (السيبرانية) تحدياً خطيراً للمواطن، ورجل الأمن، ورجل القضاء، لما تُحدث من مخاطر وتهديدات للجانب الاقتصادي، والجانب الأمني، وحيث إن مرتكب هذا النوع من الجرائم في اغلب الاحيان يتميز بقدر عال من العلم، والثقافة، والحرفية التي بدورها تصعب مهمة المحققين في البحث والتقصي عن ادلة رقمية تثبت تورطهم في ارتكاب جريمة ما[1]. من جهة اخرى، وبالتحديد من الناحية القانونية والاجرائية فان المشرع العراقي لم يتطرق إلى مسألة الدليل الرقمي، وذلك بسبب عدم وجود قانون ينظم الجوانب الموضوعية والإجرائية لهذا النوع من الأدلة، بل رجع الى القواعد العامة في قانون أصول المحاكمات الجزائية التي أدلة الإثبات الجنائي وهي الإقرار، وشهادة الشهود، ومحاضر التحقيق، والمحاضر والكشوف الرسمية الأخرى، وتقارير الخبراء، والفنيين، والقرائن، والأدلة الأخرى المقررة قانونا [2].

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تعريف التحقيق الجنائي الرقمي (Digital Criminal Investigation)

ان معظم التشريعات الجنائية لم تضع تعريفاً محدداً للتحقيق كون مهمة وضع التعريفات هي ليست من أعمال المشرع القانوني وانما من اختصاص الفقهاء. في احيان اخرى، تجد المشرع يضع بعض التعريفات في مقترحات القوانين والقوانيين المصادق عليها وغايتها هي ليست أغراضاً علمية محضة، بل يقصد من ورائها ترتيب آثار قانونية بحتة. تجد هناك العديد من التعريفات قد عرفت التحقيق الجنائي الرقمي وبصورة اشمل بـ " الإجراءات التي يقوم بها مأموري الضبط القضائي أو المحققين عبر العالم الافتراضي لضبط الجريمة الإلكترونية والتثبت من أدلتها ومعرفة فاعلها تمهيداً لإحالتهم للمحاكمة" [3] بناءً على ما سبق، نلاحظ هناك تخصص احترافي للمحقق الجنائي الرقمي مقارنةً بالمحقق الجنائي التقليدي ولذلك يوجد من يخلط ما بين تعريف التحقيق الجنائي الرقمي وتعريف الطب الشرعي الرقمي الذي يعتبر جزء من مهام التحقيق الجنائي الرقمي الذي سيتم تفصيله في مواضيع لاحقة. يعتبر الطب الشرعي الرقمي هو ركيزة اساسية ضمن اجراءات التحقيق الجنائي في الجرائم المعلوماتية للحصول على ادلة رقمية ذات موثوقية عالية تستتبع الالتزام بسلسلة من الضوابط والتعليمات للحصول عليها.

نظرة عامة حول الطب الشرعي الرقمي

يختلف الطب الشرعي الرقمي عن الطب الشرعي التقليدي اختلافاً جذرياً الأ انه يتشابه معه من ناحية الغرض حيث لكلا العلمين الغرض نفسه اذ يعد الطب الشرعي الرقمي مجالًا متخصصًا في التحقيق الجنائي الرقمي الذي يتعامل بشكل خاص مع استخراج الأدلة الرقمية وتحليلها تمهيداً لتقديمها الى الجهات ذات العلاقة للبت في قضية جنائية ما.

لمحة تاريخية عن الطب الشرعي الرقمي (Digital Forensics)

يعتبر علم الطب الجنائي الرقمي علم حديث نسبياً مقارنةً بغيره من العلوم الجنائية الاخرى ويرجع السبب في ذلك الى حداثة صناعة الحاسوب بشكله الحالي وفقاً لإمكانيات متطورة تفوق سابقاتها من المحاولات البسيطة في السنين المنصرمة. شهد عقد السبعينيات من القرن العشرين ظهور العديد من الانشطة الاجرامية المرتبطة بإساءة استخدام الحاسوب الامر الذي ادى الى تنامي الاهتمام بالطب الجنائي الرقمي، ولكن تم التعامل مع تلك الانشطة التي تنطوي على الحواسيب باستخدام القوانين القائمة في تلك الدول. من الجدير بالذكر، ان ازدياد جرائم الحاسوب التي ترتكب في العديد من الدول دفعها الى التفكير في اصدار تشريعات تخص تجريم بعض النشاطات المرتبطة بإساءة استخدام الحاسوب وحددت عقوبات لها وكانت من اولى تلك البلدان هي السويد التي اصدرت قانوناً يجرم بعض الممارسات التي ترتبط بالحاسوب في ابريل عام 1973م، تلتها بعد ذلك دول اخرى منها الولايات المتحدة الامريكية عام 1973م والمانيا عام 1977م اما فيما يخص كل من فرنسا والدنمارك والنرويج والنمسا فكانت في عام 1978[4]. عام 1978م تم الاعتراف بجرائم الحاسوب لأول مرة في فلوريدا ضمن قانون يجرم بعض الافعال التي لها صلة بأجهزة الكمبيوتر حيث تضمن تشريعات شملت حذف او تعديل البيانات غير المصرح به على نظام الحاسوب[5, 6]. أعقب ذلك العديد من الخطوات الجادة في سن القوانين والتشريعات منها القانون الاتحادي الأمريكي للحواسيب وإساءة استعمال الكمبيوتر في عام 1986، والتعديلات الأسترالية على الجرائم في عام 1989، وقانون إساءة استخدام الكمبيوتر البريطاني في عام 1990. على هذا الاساس، بدأت الاوساط الاكاديمية بدراسة الحالات واستخدام مصطلح الطب الشرعي الحاسوبي بشكل صريح في الابحاث العلمية في عام 1992 م تبعها إنشاء المنظمة الدولية للأدلة الحاسوبية (IOCE) في عام 1995م، والتي بدأت بدورها في تقديم التوصيات بشأن المعايير المتعلقة بهذا التخصص المستحدث. مع أوائل العقد الأول من القرن الحادي والعشرين، أصبح هناك تعامل واضح مع مطلح الطب الشرعي الحاسوبي بصفته موضوعاً اساسياً بين وسائل انفاذ القانون حيث بدأت محاولات توحيد الاجراءات القياسية وشرعت منظمات مثل الرابطة الدولية لأخصائي التحقيق الحاسوبي (IACIS) والمعهد الوطني للمعايير والتكنولوجيا (NIST) في تقديم إرشادات وأفضل الممارسات للتحقيقات الرقمية. في عام 2002، نشرت مجموعة العمل العلمية المعنية بالأدلة الرقمية (SWGDE) كتاباً بعنوان "أفضل الممارسات في الطب الشرعي الحاسوبي" يتحدث فيه عن الطب الشرعي الرقمي وأليات وأدوات [7].مع نضوج علم الطب الشرعي الرقمي، تطورت هذه المبادئ التوجيهية وأفضل الممارسات ببطء إلى معايير وأصبح هذا المجال تحت رعاية هيئات محددة تنظم

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تعليمات واسس قياسية لعلوم الطب الشرعي في البلدان المتطورة. استمرت تلك المحاولات لتطوير الادوات الخاصة بجمع وتحليل البيانات وتوسيع اهتمامات الطب الشرعي الى يومنا هذا ليشمل أكثر من تخصص بدأً من الحاسوب، الاجهزة المحمولة والخوادم والوسائط الرقمية، الحوسبة السحابية، إنترنت الأشياء (IoT)، سلسلة الكتل وما الى ذلك.

تعريف الطب الشرعي الرقمي (Digital Forensics):

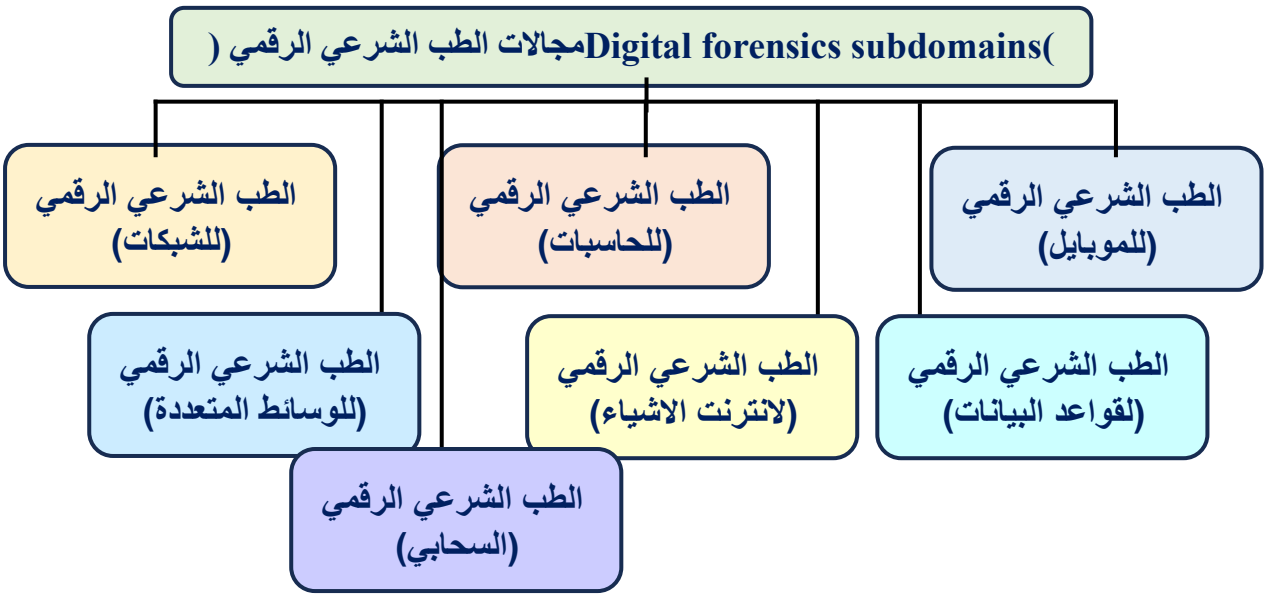
وهو فرع من فروع العلوم الجنائية الذي يتميز بان له طابعه الخاص المرتبط بالعلم والتكنولوجيا الرقمية بالإضافة الى امتلاكه ادواته ومميزاته التقنية المعقدة التي تمتلك القدرة على الاسترداد والبحث عن المواد الموجودة على الاجهزة الرقمية والتي غالبا ما تتعلق بجرائم الحاسوب أو جرائم الهواتف المحمولة [8].

هذا ويعرف ايضاً بانه ذلك الفرع من فروع علم الطب الشرعي الذي يَعنى بتحديد وتجميع وتحليل الادلة الرقمية المتعلقة بقضية جنائية محددة والتي تمتلك قيمة قانونية اثباتية في كافة الاجهزة الالكترونية (وسائط الخزن – الانظمة التشغيلية – الشبكات – التطبيقات) بهدف تقديمها بشكل يمكن الجهات ذات العلاقة من اعتمادها كأدلة ذات حجية قانونية مقبولة تساعد للوصول الى هدف التحقيق [9].

وبمعنى اشمل، ممكن تعريف الطب الشرعي الرقمي بان تطبيق الهندسة وعلوم الحاسب الالي بكافة اشكالها على المشكلة القانونية لاستخراج وجمع الادلة القانونية ليتم فحصها وتحليلها وتقديمها الى المحكمة لاستخدامها في اجراءات التقاضي في المحاكم المختصة [8].

مجالات الطب الشرعي الرقمي

بالعودة إلى أصل الطب الشرعي الرقمي في أواخر التسعينيات، عندما تم إجراء الطب الشرعي الحاسوبي من قبل موظفي إنفاذ القانون ذوي الخبرة في مجال الحاسبات، اكتسب ذلك المجال اهتمامنا منقطع النظير ليصبح جزءًا مهمًا من أي تحقيق. إلى جانب الاستخدام المتزايد للإنترنت والأجهزة المحمولة والتطورات التكنولوجية الأخرى، ظهرت مجالات فرعية مختلفة للطب الشرعي الرقمي مثل: الطب الشرعي المحمول، والطب الشرعي السحابي، والطب الشرعي للشبكات، والطب الشرعي لإنترنت الأشياء (IoT) لمواجهة تحديات التعامل مع مختلف أنواع البيانات وتقنيات التحليل في جوانب مختلفة من المجال التقني الافتراضي. على الرغم من أن طبيعة المعلومات التي يتم فحصها في نطاقات فرعية مختلفة باستخدام ادوات الطب الشرعي الرقمي، فإن مسألة الخصوصية تشكل مصدر قلق في كل نطاق فرعي تقريبًا. فيما يلي، نقدم نظرة عامة على بعض مجالات الطب الشرعي الرقمي وكما موضح في الشكل (3):



الشكل (3): مجالات الطب الشرعي الرقمي

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اولاً: الطب الشرعي الرقمي (للحاسبات): يركز الطب الشرعي الحاسوبي على إجراءات الحصول على المعلومات المتعلقة بالحاسوب وتحليل تلك المعلومات بما في ذلك البيانات، الملفات، القرص الصلب، الملفات المخزنة في وسائط التخزين، القرص الصلب، الخ[10]. يشتمل الطب الشرعي للحاسبات على العديد من اجراءات الفحص وهي فحص القرص الصلب والذاكرة وفحص ملفات النظام وتستهدف تلك الاجراءات عملية استخراج محتوى ملف أو استعادة محتويات ملف محذوف للوصول الى ادلة جرمية الكترونية تقود الى فاعل الجريمة.

ثانياً: الطب الشرعي الرقمي (لقواعد البيانات): يَعنى الطب الشرعي للشبكات بالتعامل مع التحقيقات المتعلقة بالشبكات السلكية اللاسلكية وقد تنطوي على تتبع الهجمات الكترونية التي تستهدف الشبكات الخارجية والداخلية من خلال التركيز على نقاط الضعف الكامنة في الشبكة وآلية الاتصال. وتتركز تلك التحقيقات على العديد من الاجراءات التي تتعلق بتحديد الهوية، الرصد والمتابعة لحركة البيانات عبر الشبكة، تحليل، واعادة بناء احداث الشبكة للبحث عن ادلة جرمية دامغة تقود الى مصدر الهجمات السيبرانية الامنية بطريقة تحافظ على سلامة البيانات .

كما يتعامل الطب الشرعي للشبكة مع كل من البيانات الديناميكية أو الثابتة اعتمادًا على وقت استخراج البيانات قبل او بعد انقطاع الاتصال بالشبكة من متصفحات او خوادم الويب لجمع المعلومات والايميلات المستخدمة في الاتصال او اي دليل اخر له صلة بالجريمة المعلوماتية التي تتطلب السرعة بالإنجاز لضمان عدم مسحها من قبل المهاجم وقد تتعدى تلك التحقيقات الى استخدام اليات وتقنيات الطب الشرعي الرقمي السحابي (الذي سيتم تفصيله لاحقاً) إذا كانت الجريمة حدثت باستخدام البيئة السحابية. توجد العديد من الأدوات لتحليل الشبكة التي توفر وظائف مهمة مثل تتبع حركة مرور البيانات عبر الشبكة (Traffic Sniffing) وأنظمة كشف التسلل (IDS)، وتحليل البروتوكول (Protocol Analysis)، وإدارة الأحداث الأمنية (SEM) [11, 12].

ثالثاً: الطب الشرعي الرقمي (للموبايل): يعنى هذا المجال من الطب الشرعي باستخراج الأدلة الرقمية من الأجهزة المحمولة (الهاتف النقال، التابلت، ... الخ من الاجهزة التي تمتلك انظمة تشغيل واجهزة خزن داخلية)[13]. تنقسم عمليات الطب الشرعي المتعلقة بهذا المجال إلى ثلاث مراحل هي: الاستيلاء، الاستحواذ، والفحص/التحليل. ان هذا المجال بدأ يأخذ اهتماماً واسعاً نظراً للطلب المتزايد على خدمات الهاتف المحمول وزيادة عدد المستخدمين بالإضافة الى التطورات المختلفة التي تمت ملاحظتها في تقنيات الهاتف المحمول وانتشار لتطبيقات تكنولوجيا انترنت الاشياء التي تتطلب هذا الجهاز بشكل اساسي.[14]

رابعاً: الطب الشرعي الرقمي (للوسائط المتعددة): يتضمن الطب الشرعي للوسائط المتعددة محاولات الاستكشاف، التحليل واسترجاع المعلومات حول الوسائط المتعددة مثل الصور، والصوت، والفيديو، والنص. على وجه التحديد، هو تحليل محتوى الوسائط المتعددة الرقمية لإنتاج الأدلة التي تسهم في الوصول الى الفاعل الرئيسي .[10]

تجرى عمليات التحقيق على الصور باعتبارها أحد جوانب الطب الشرعي للوسائط المتعددة من خلال تحليل صحة البيانات وسلامتها للكشف عن عمليات التزوير أو التلاعب بالإضافة إلى تتبع تاريخ الصورة. في الطب الشرعي الصوتي، يتم تطبيق أدوات وتقنيات الهندسة الصوتية ومعالجة الإشارات الرقمية لدراسة البيانات الصوتية كجزء من إجراءات قانونية أو للتحقيقات المدنية أو الجنائية[15]. من جهة اخرى تركز التحقيقات الخاصة بالأفلام المرئية (مقاطع فيديو لأفراد او لاي شيء له علاقة بالجريمة الالكترونية) على فحص مقطع الفيديو ومقارنته وتقييمه لأغراض التحقيق.

خامساً: الطب الشرعي الرقمي (لقواعد البيانات): ان من اهم المهام الرئيسية الذي يهتم بها هذا المجال من الطب الشرعي هو استخراج المعلومات والادلة الثبوتية من أنظمة قواعد البيانات[16]. يتعلق هذا المجال بصورة رئيسية بدراسة البيانات الوصفية وتطبيق بعض تقنيات التحقيق الجنائية الرقمية لدراسة سجلات قواعد البيانات، المخططات، بنية البيانات، نظام الملفات، محرك التخزين، وما إلى ذلك وقد تشمل تلك التحقيقات ايضاً الفحص والتحقق من صحة الطوابع الزمنية المتعلقة بتحديثات السجلات والبيانات والتحقق من صحة إجراء المستخدم .[17]

سادساً: الطب الشرعي الرقمي) لأنترنت الاشياء :((IoT) يعد الطب الشرعي لإنترنت الأشياء مجالًا فرعيًا جديدًا نسبياً مقارنة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

بالمجالات الاخرى من التحقيقات الجنائية. دعت الحاجة الى هذا المجال من مجالات الطب الشرعي الرقمي الزيادة في كل من أجهزة إنترنت الأشياء المتنوعة وازدياد حالات الجرائم الإلكترونية المتعلقة بهذه الأجهزة أيضًا قابلية تلك التكنولوجيا في تمكين الاتصال من آلة إلى آلة وهو ما يدعى بـ (M2M) بواسطة تكنولوجيا إنترنت الأشياء الامر الذي يجعل من التحكم في مثل هكذا تكنولوجيا سلاحاً ما بين الشركات المحلية او ربما يتعدى ذلك الى الجانب الحروب الاقليمية والدولية. يختص هذا المجال بتحديد، استخراج، تحليل المعلومات والأدلة من البنى التحتية لإنترنت الأشياء من الأجهزة مثل الأجهزة القابلة للارتداء، والأجهزة الصغيرة (التي تمتلك قابيله الاتصال)، وأجهزة الاستشعار، الاجهزة المتصلة بالسيارات، لأغراض التحقيق. تشتمل عمليات الطب الشرعي في (IOT) على ثلاثة مستويات من الطب الشرعي وهي، الطب الشرعي على مستوى الجهاز، والطب الشرعي على مستوى الشبكة، والطب الشرعي على مستوى السحابة.

اجراءات الطب الشرعي الرقمي الأساسية:

بشكل عام، هناك خمس عمليات محددة في التحقيق الجنائي الرقمي هي:

اولاً: تحديد المعلومات الداعمة لأثبات او نفي الجريمة: تحديد الادلة والمعلومات التي لها صلة بالجريمة من غير فرق إذا كانت تلك المعلومات توكد او تدحظ الحالة.

ثانياً: جمع المعلومات الداعمة لأثبات او نفي الجريمة: تعتبر من اهم الاجراءات التي تخص جمع المعلومات والادلة من الاجهزة الرقمية بأساليب متفق عليها مسبقاً لضمان سلامة الادلة.

ثالثاً: فحص المعلومات: فحص المعلومات والبيانات التي تم جمعها تمهيداً لتحليلها لاحقاً.

رابعاً: تحليل المعلومات: تتمثل بتحليل المعلومات التي ستستخدم كدليل رقمي لدعم او نفي اي فرضية.

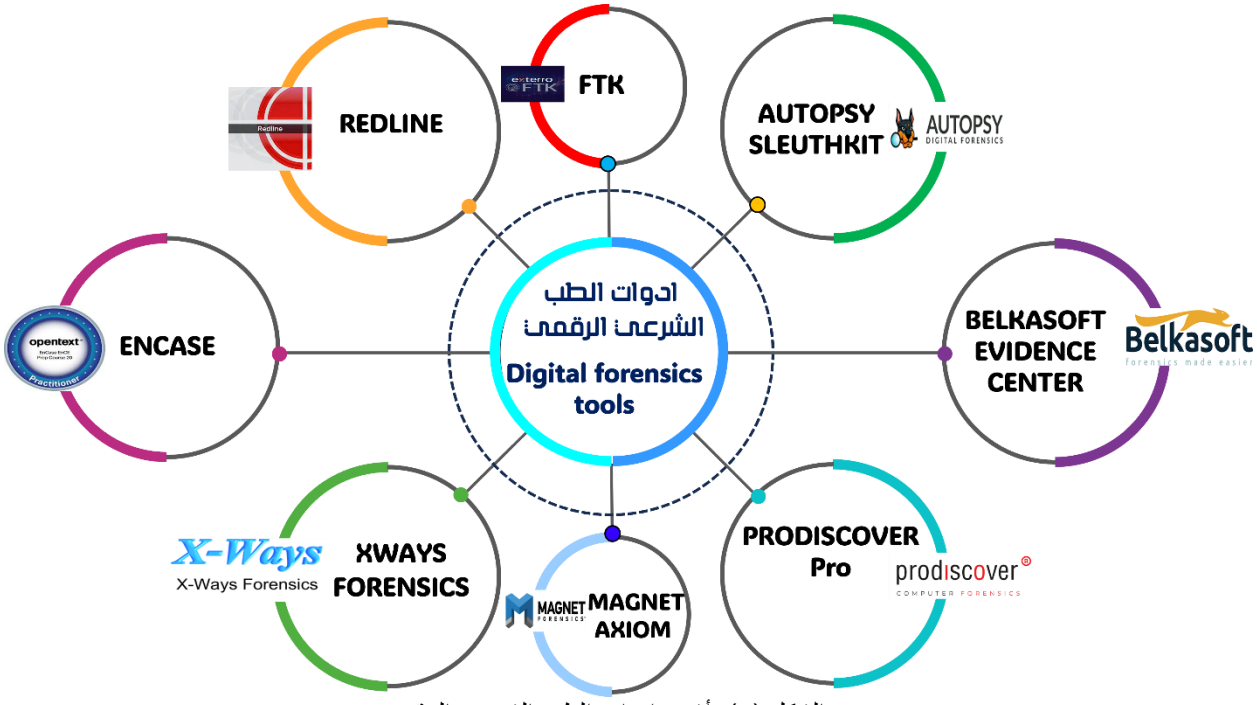
خامساً: عرض المعلومات: تتمثل بعرض نتائج التحليل على شكل تقارير الى الاطراف المستفيدة.

ادوات الطب الشرعي الرقمي

مع مرور الوقت وفي عصر الأجهزة والتقنيات الذكية، تنوعت طبيعة الجرائم الإلكترونية ضمن حدود العالم الافتراضي من خلال العديد من الوسائط لاسيما حدوثها باستخدام تطبيقات التواصل الاجتماعي [18]. تندرج هذه الجرائم مثل (السرقة الفكرية، التجسس سرقة الممتلكات، تسرب المعلومات، المضايقات عبر وسائل التواصل الاجتماعي، التصيد الاحتيالي، الحرمان من الخدمات (DoS)، والتشهير عبر الإنترنت) ضمن الهجمات الأكثر شيوعا في الوقت الحاضر. بشكل عام، كما ذكر سابقاً يهتم الطب الشرعي الرقمي بأجراء التحقيق في تلك الجرائم ويكون وفقاً لأربع عمليات وهي حفظ البيانات، استخراجها، تحديدها وتشخيصها بدقة، تحليلها، وانتهاءً بكتابة التقرير النهائي ولتنفيذ تلك الخطوات او العمليات يستوجب وجود ادوات فعالة لتسهيل وظيفية المحقق الجنائي الرقمي

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

نوجز أشهرها بالآتي وتوضيحها في الشكل (2):



الشكل (2): أشهر ادوات الطب الشرعي الرقمي

أولاً :Autopsy Sleuth Kit: توفر مجموعة تحليل صور القرص واستعادة مميزات الملفات كما توفر للمحقق امكانية تحليل كمية كبيرة من بيانات النظام ويتم استخدامه على نطاق واسع من قبل وكالات إنفاذ القانون، الفاحصين العسكريين وكذلك الشركات. تسمح هذه الاداة بدمج وحدات إضافية لتحليل الملفات ومعرفة المحتويات وبناء الأنظمة الآلية[19]. ان ما يميز هذه الاداة بالإضافة إلى ما سبق، يمكن دمجها مع المكتبة الرقمية لطيف واسع من أدوات الطب الشرعي والاستخدام المباشر لسطر الأوامر للعثور على الأدلة الثبوتية التي تتعلق بالجريمة. ان هذه الاداة مجانية وتدعم أنظمة التشغيل Windows و Linuxو OS Xوأنظمة الأخرى بالإضافي الى امتلاكها العديد من المهام منها تحليل السجلات والبريد الالكتروني ولها امكانية دعم انظمة الاندرويد.

ثانياً :EnCase: تعتبر هذه الاداة من اهم وأشهر الادوات الخاصة بالتحقيق في الجرائم الالكترونية المستخدمة على نطاق واسع في العالم اذ تستخدم من قبل المحققين في اجهزة انفاذ القانون وبنسبة 90 بالمائة لتميزها بتحليل البيانات ولطيف واسع من الاجهزة لامتلاكها القدرة على معالجة الأدلة بشكل أسرع بنسبة تصل إلى 75 بالمائة من الادوات المنافسة، وهو ما تم إثباته في الاختبارات العملية للباحثين باستخدام ملفات الأدلة الواقعية. علاوة على ذلك، تمتلك هذه الاداة الثقة من قبل الكثير من المحاكم لقدرتها على اعادة بناء البيانات وتحليل القرص واستعادة كلمات المرور للتأكد من دقة الادلة بالإضافة الى امتلاكها واجهة برمجة التطبيقات (API)الكاملة التي تتيح أتمتة مهام المحقق الشائعة وتحسين كفاءة المحقق الجنائي الرقمي .[20]

ثالثاً :FTK: انشئت هذه الاداة من قبل (Access Data Group) كأداة لتسهيل مهمة التحقيق الجنائي الرقمي وتمتلك ذات الشهرة التي تمتلكها سابقتها كم تتميز بسرعتها في البحث والتقصي عن اي معلومة تتعلق بالتحقيق. هناك أكثر من 130000 هيئة ادارية ومكاتب المحاماة تستخدم هذه الاداة وتتركز مهام هذه الاداة على فحص أجهزة الكمبيوتر والشبكات والهواتف المحمولة كما تمتاز ايضاً بالعديد من المزايا منها (توفير بيانات الشبكات، نقل البيانات، الكشف عن الادلة، النسخ الصوري للقرص الصلب، استعادة كلمات المرور).

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

رابعاً :Magnet Axiom: تمتلك هذه الاداة القدرة على استرداد وتحليل البيانات الخاصة باي قضية تحتاج الى التحقق في مكان واحد كما تمتلك القدرة على فحص الأدلة الرقمية من مصادر متعددة مثل الهاتف المحمول والسحابة والحواسيب والمركبات الذكية، جنبًا إلى جنب مع عمليات الاستخراج التابعة لجهات خارجية، كل ذلك في ملف حالة واحد. كما يمتلك القدرة على كشف التاريخ الكامل لملف أو اي دليل اخر لبناء القضية وإثبات النية وتوفير الدعم الفني لأحدث الأجهزة والمصادر. اضافة الى ما سبق، له امكانية فحص البيانات مفتوحة المصدر وبيانات حساب المستخدم من المصادر السحابية مثلWhatsApp) (Google ، وما الى ذلك من تطبيقات التواصل الاجتماعي وقدرة الاكتشاف تلقائيًا للصور المحتملة ان تكون محتوى غير مشروع وفق جداول زمنية محددة لضمان سرعة التحقيق مثل إساءة معاملة الأطفال والمخدرات والأسلحة باستخدام أدوات التعلم الآلي والذكاء الاصطناعي[21.]

خامساً :X Belka soft Evidence Center:هي أداة رائدة من (Belka soft) لأجهزة الكمبيوتر والأجهزة المحمولة وذاكرة الوصول العشوائي والطائرات بدون طيار وصور السيارات والسحابة. تمتلك هذه الاداة القدرة في الحصول على الادلة الرقمية المتنوعة بطريقة سليمة من الناحية الجنائية من مجموعة واسعة من الأجهزة المحمولة وأجهزة الكمبيوتر وتحليلها، تشغيل مهام تحليلية متنوعة، إجراء عمليات بحث على مستوى الحالة، وضع علامات مرجعية على العناصر، وانتهاءً بإنشاء التقارير .[22].

سادساً :ProDiscover Pro: هي أداة تتناول مجموعة واسعة من سيناريوهات الجرائم الإلكترونية التي يوجهها المحققين الجنائيين وشركات الاستشارات المتعلقة بالطب الشرعي الرقمي والاستجابة للحوادث من خلال مراحل الالتقاط والحفظ والتحليل وإعداد التقارير. تعمل تلك الاداة على تحديد الملفات والأقسام المخفية بالإضافة إلى جمع البيانات ومعلومات الاتصال بمنصات التواصل الاجتماعي باستخدام.[23](RemoteAgent™)

سابعاً :Redline: هي عبارة عن مجموعة أدوات أخرى توفر إمكانات التحقيق للمحققين الجنائيين والجهات ذات العلاقة للعثور على علامات النشاط الضار من خلال تحليل الذاكرة والملفات وتطوير ملف تعريف لتقييم التهديدات. يمكن لـ (Redline) إجراء التدقيق وجمع الادلة الخاصة بالعمليات المشغلة وبرامج التشغيل بمختلف انواعها من الذاكرة، نظام الملفات البيانات التعريفية، بيانات التسجيل، سجلات الأحداث، معلومات الشبكة، الخدمات والمهام وسجل الويب. تدعم هذه الاداة العديد من اصدارات انظمة التشغيل مثل ويندوزXP ، ويندوز فيستا، ويندوز 7، ويندوز 8 (32 بت و64 بت)، وويندوز10.[24]

ثامناً :X-Ways Forensics: تعد بيئة عمل متقدمة لمحققي ومختصي الطب الشرعي للكمبيوتر تمتاز هذه الاداة بعملها بشكل سريع لاكتشاف الملفات المحذوفة ولا يستهلك الموارد ولا تحتاج الى قطع عتاد متطورة ويعتمد على قواعد بيانات بسيطة وسهلة التعامل. كما تمتلك العديد من المميزات منها لها القابلية للوصول الكامل الى الاقراص الصلبة، الصور، بصمات ومعلومات الملفات، واستنساخ الاقراص الصلبة، استعادة كلمات المرور .

دور التحقيق الجنائي الرقمي في مكافحة الجرائم المعلوماتية المستحدثة:

يلعب التحقيق الجنائي دورًا متزايد الأهمية في مكافحة الجرائم المعلوماتية المستحدثة في مجموعة واسعة من السيناريوهات، والقضايا الجنائية، والقضايا المدنية، وقضايا الأمن الوطني من خلال تطبيق اجراءات الطب الشرعي الرقمي اضافة للعديد من المراحل الأولية لتحديد الجريمة والرد عليها، بما في ذلك تحديد هوية المشتبه به، والمقابلات، والإجراءات القانونية. وهذا الدور سيتم تبيانه من ناحية تطبيق المبادئ الشرعية في سياق الجرائم الرقمية والتقنيات الرقمية (الطب الشرعي الرقمي). يعتبر هذا الفرع من العلوم التحقيقية خياراً اساسياً ومهمًا في مكافحة الجرائم المعلوماتية المستحدثة فضلا عن دوره في التحقيقات الخاصة في بعض الشركات عند وجود شكوك أو علامات استفهام عن تسريب الوثائق أو اختراق الخصوصية ويكمن دوره واهميته في النقاط التالية:

اولاً: يتيح التحقيق الجنائي الرقمي متمثلاً بإجراءات الطب الشرعي الرقمي تحليل الأدلة الرقمية والمعلوماتية، مثل سجلات الأنشطة على الإنترنت والبيانات المخزنة على الأجهزة الإلكترونية بكافة اشكالها وفحص الاجهزة الرقمية توفير دلائل قوية تستخدم في محاكمة الجناة على ان تكون الاجراءات وفق تعليمات متفق عليها من قبل جميع الجهات ذات العلاقة.

ثانياً: يمكّن الطب الشرعي الرقمي من تحديد هوية الجناة وكيفية تنفيذ الجريمة من قبلهم من خلال تحليل الأنشطة والاثار الرقمية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وتحديد الأنماط والمعلومات الضرورية لأثبات وتوثيق الجرائم المعلوماتية، مثل الهجمات السيبرانية والاختراقات الإلكترونية والاحتيال عبر الإنترنت.

ثالثاً: يساعد الطب الشرعي الرقمي بشكل كبير في توثيق الأدلة الرقمية بطريقة قانونية وشرعية ويعتبر هذا التوثيق جوهريًا لسلامة الأدلة وضمان قبولها في المحكمة وأن تكون عملية جمعها تتم وفقًا للإجراءات القانونية.

رابعاً: يساهم الطب الشرعي الرقمي في تقديم الشهادات الرقمية في المحكمة لدعم الجهات الأمنية والقضائية وتسهيل فهم الأدلة من قبل القضاء بشكل يتوافق مع التعليمات النافذة في هذا الخصوص لمكافحة التهديدات الرقمية.

دور الذكاء الاصطناعي وقدرته على دعم اليات التحقيق الجنائي الرقمي في الجرائم المعلوماتية المستحدثة:

ان تطورات الذكاء الاصطناعي لديها دور كبير في تحسين وتطوير العديد من مجالات الطب الشرعي الرقمي ويكمن هذا الدور في العديد من الاجراءات وكما موضح في ادناه:

أولاً: تحليل البيانات الضخمة: يمكن للذكاء الاصطناعي ان يحسن من اداء عمليات المعالجة والتحليل المجراة على البيانات الضخمة بشكل فعال في الجرائم الرقمية مما يساعد في اكتشاف الأنماط والاتجاهات غير الطبيعية والتي يمكن أن تكون مفيدة في التحقيق.

ثانياً: التعرف على الصور والصوت: بالإمكان استخدام تقنيات التعرف على الصور والصوت التي تعتمد على الذكاء الاصطناعي في عمليات البحث والتحقق في الادلة (متعددة الوسائط) وهذا يمكن أن يساعد في تحليل الملفات كالصور ومقاطع الفيديو والصوت، وبالتالي توفير معلومات ذات قيمة قانونية تخدم الجانب التحقيقي وقد تدمج هذه التقنيات مع التطبيقات ومنصات الطب الشرعي الرقمي لزيادة فاعليتها.

ثالثاً: التحليل التنبؤي: القدرة على استخدام نماذج التعلم الآلي لتحليل السلوكيات الرقمية يساعد في توقع الأنشطة المستقبلية واكتشاف الأنماط المشبوهة الامر الذي يساعد المؤسسات وشركات استشارات الطب الشرعي الرقمي والشركات الخاصة بتحديد مدى التزام المؤسسات بسياسات الامن السيبراني في اداء مهامها وابداء المشورة بشكل دقيق.

رابعاً: التحليل اللغوي: يمكن للذكاء الاصطناعي فهم وتحليل اللغة الطبيعية، مما يساعد في فحص الرسائل الإلكترونية، وسجلات المحادثات، ووسائل التواصل الاجتماعي لاكتشاف أدلة قد تكون ذات صلة بالجريمة الالكترونية.

خامساً: الروبوتات الذكية: يمكن استخدام الروبوتات الذكية لتنفيذ المهام البسيطة والمتكررة في التحقيقات الجنائية الرقمية بشكل اوتوماتيكي مما يساعد في تحرير المحققين للعمل على مهام أكثر تعقيدًا.

سادساً: أمان البيانات: الذكاء الاصطناعي يمكن استخدامه لتعزيز أمان البيانات وحمايتها من التلاعب، والوصول غير المصرح به، وهو أمر حيوي للحفاظ على صحة وسلامة الأدلة الرقمية.

سابعاً: تسريع التحقيقات: باستخدام تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي، يمكن تسريع عمليات التحقيق بشكل كبير من خلال التحليل الذكي للبيانات وتحديد المعلومات الرئيسية بسرعة.

ثامناً: التعاون بين الأنظمة: يمكن للذكاء الاصطناعي تعزيز التفاعل بين مختلف أنظمة التحقيق الجنائي، مما يسهم في مشاركة البيانات مع الجهات ذات العلاقة وتحسين فعالية التحقيق.

استعراض بعض التطبيقات للجرائم المعلوماتية المستحدثة وكيفية اثباتها:

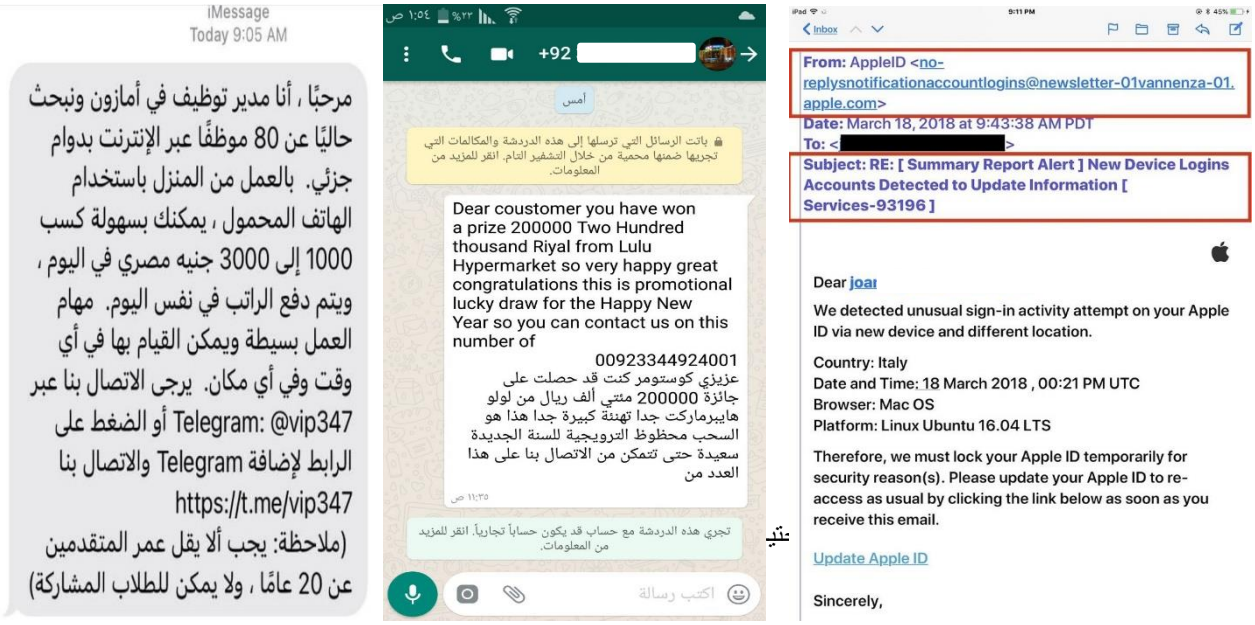
نستعرض في هذا المطلب بعض الأنواع من الجرائم المعلوماتية المستحدثة الشائعة المحتملة الحدوث وكيفية استخدام الطب الشرعي الرقمي للتحقيق بها وجمع الأدلة في السياقات القانونية والأخلاقية:

اولاً: هجمات التصيد الاحتيالي (Phishing Attacks): محاولات لخداع الأفراد لتقديم معلومات حساسة، مثل بيانات اعتماد تسجيل الدخول أو التفاصيل المالية، من خلال التظاهر بأنهم كيان جدير بالثقة وهذا النوع من الجرائم ظهر بشكل واسع في الآونة الاخيرة حيث استغل المجرمون قلة ثقافة المستخدمين للتكنولوجيا بالإضافة الى حداثة بعض التقنيات الخاصة ببطاقات الائتمان والتعامل المالي الالكترونية بعد اعتماد بطاقات الكي كارد ومثيلاتها في اوساط المستفيدين من الموظفين الحكوميين وغيرهم من شركات القطاع

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الخاص والمختلط.

اجراءات الطب الشرعي الرقمي: التحقيق في معلومات رسائل البريد الإلكتروني، وتحليل مواقع التصيد الاحتيالي، وتتبع أصل رسائل البريد الإلكتروني التصيدية، وكذلك متابعة ارقام الهواتف الخاصة بمنتحلي صفة الشركات البنكية المالية الالكترونية التي تم استخدامها لاستدراج الضحايا واقناعهم بإعطاء معلومات عن بطاقاتهم الائتمانية بحجة فوزهم بجائزة مالية او تم اختيارهم لرحلة مجانية معينة او تم قبولهم في قرعة للاقتراض، او المنح المالية، او اي تسهيلات مالية، او نفعية اخرى.



ثانياً: هجمات البرامج الضارة وبرامج الفدية (Malware and Ransomware Attacks): برنامج ضار مصمم لتعطيل أنظمة الحاسوب أو إتلافها أو الوصول إليها بشكل غير مصرح به مثل برامج الفدية التي تقوم بتشفير الملفات على نظام الضحية وتطلب مبالغ مادية (عادةً بالعملة المشفرة) مقابل مفتاح فك التشفير لاسترداد الملفات.

الطب الشرعي الرقمي: تحليل كود البرامج الضارة، والتحقيق في نواقل العدوى، وتتبع مدفوعات الفدية باستخدام تحليل (Blockchain).

ثالثاً: خروقات البيانات (Data Breaches): الوصول غير المصرح به إلى البيانات الحساسة من المؤسسات وسرقتها، غالبًا لتحقيق مكاسب مالية أو لكشف المعلومات سرية او خاصة.

الطب الشرعي الرقمي: فحص ملفات السجل، وحركة مرور الشبكة، والأنظمة المخترقة لتحديد نقطة دخول الاختراق، ومدى اختراق البيانات، والأطراف المسؤولة عن الاختراق.

رابعاً: سرقة الهوية (Identity Theft): الاستخدام غير المصرح به للمعلومات الشخصية لارتكاب عمليات احتيال أو أنشطة إجرامية أخرى.

الطب الشرعي الرقمي: تتبع البصمة الرقمية للهوية المسروقة، وفحص سجلات الاتصالات، وتحليل المعاملات المالية لتحديد هوية مرتكب الجريمة او فحص جهاز المشتبه به والبحث عن اي إثر يقود الى دليل الكتروني ويكون ذلك من خلال منصات الطب الشرعي الرقمي الموضحة انفاً .

خامساً: الاحتيال عبر الإنترنت (Online Fraud): توجد هناك مخططات مختلفة لخداع الأفراد أو المؤسسات لتحقيق مكاسب مالية، بما في ذلك عمليات الاحتيال عبر الإنترنت والاحتيال على بطاقات الائتمان.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الطب الشرعي الرقمي: التحقيق في المعاملات عبر الإنترنت، وتتبع قنوات الاتصال، وتحليل المستندات الرقمية لتحديد الأنشطة الاحتيالية بالإضافة الى مفاتحة هيئة الاعلام والاتصالات للطلب من شركات الاتصال اعطاء اي معلومات (معرفة عائديه رقم هاتف محدد اشترك بعملية الاحتيال، التعرف على مضمون الاتصالات والاطلاع على الرسائل) بعد اخذ موافقة القاضي المختص.

سادساً: جرائم اخرى ذات صلة بالجرائم التقليدية: قد تكون هناك جرائم تقليدية معينة مثل جرائم السرقة والقتل وجرائم السب والشتم وتكون هناك الحاجة لمعرفة فيما إذا كان الشخص المشتبه به قد استخدم جهاز الهاتف في اتمام العملية او تمت جريمة السرقة بوجود كاميرات مراقبة.

الطب الشرعي الرقمي: البحث والتقصي عن ادلة الكترونية باستخدام منصات او برامج الطب الشرعي الرقمي) اتصال – رسائل – استخدام حساب تواصل اجتماعي – مواد الفيديو مستخلصة من اجهزة التسجيل الفيديو الرقمي (DVR) الخ (والتحفظ عليها تمهيداً لتحليلها وتقديمها للجهة ذات العلاقة لدحض او اثبات الجريمة.

كتابة تقارير فعالة توثق عملية التحقيق لغرض (اثبات او دحض) الجرائم المستحدثة

هناك العديد من مهام تقع على عاتق المحقق الجنائي الرقمي لكن بشكل عام تكون مهمة المحقق في كل الأحوال جمع الحقائق معتمداً على الوسائل العلمية والفنية من اجل بلوغ خمسة اهداف وكالاتي:

- كشف غموض الجريمة بغرض اثبات حقيقتها ووقوعها.
- معرفة هوية المتهم وتحديد مكان للقبض عليه.
- تحضير الأدلة للإثبات ضد المتهم وتقديمه للمحاكمة.
- التقنيات المستخدمة في ارتكابها.

الاسباب والدوافع المحتملة لارتكابها منذ نشؤها والتفكير بها والتحضير لها معتمداً على ادلة ووقائع تخص الجريمة.

اضافة الى ما سبق، واحدة من المهام الرئيسية للمحقق الجنائي الرقمي هي كتابة تقارير واضحة فعالة توثق اجراءات جمع الاستدلالات المتعلقة بالجريمة الإلكترونية وفقاً لأطار عمل متفق عليه ما بين السلطة القضائية والسلطات التحقيقية الجنائية الرقمية. ان اهم الامور التي تذكر في التقارير الخاصة بالجرائم الالكترونية قد تكون امور عامة تجدها في اغلب القضايا وهي رقم الدعوى او الطلب المقدم من قبل القاضي الى خبراء التحقيق في الجرائم الالكترونية ونوع وطراز الجهاز المرسل محل القضية والرقم التسلسلي للجهاز وكذلك غرض البحث او التحري. من جهة اخرى، هناك تفاصيل تخص القضية ذاتها وقد تختلف من قضية او اخرى وتتحدد تلك التفاضل بناءً على اسأله القاضي المرفقة بطلب بيان الراي مثل تفريغ القرص الصلب، تفريغ اجهزة الهاتف النقال، تفريغ (NVR-DVR) او اي اجهزة الكترونية اخرى تتوفر الامكانية لفحصها واسترداد البيانات منها. على سبيل المثال، هناك قضية سرقةٍ ما في احد البيوت مقرونة بجريمة قتل وتتوفر كاميرات مراقبة داخل البيت يرسل جهاز التسجيل الرقمي (DVR) الى خبير الادلة الجنائية لاستخلاص بعض المعلومات المتعلقة بتوقيت محدد وفي يوم محدد وتحديد فيما اذا كان احد الموجودين بالحادث له صلة بجريمة القتل وحسب صور محددة او في بعض الاحيان يرسل الاشخاص المشتبه بهم الى خبراء الادلة لأخذ بعض الصور للمشتبه بهم للتحقق منها من خلال فحص المادة الفيديو المستخرجة من الجهاز اعلاه وفي هذه الحالة يتضمن التقرير معلومات تفصيلية دقيقة في حال وجود ما يشير الى تواجد المشتبه به من عدمه. هناك حالات اخرى ايضاً مثل تفريغ جهاز الهاتف النقال والاستعلام فيما إذا تم مراسلة رقم محدد او اي حساب اخر من حسابات التواصل الاجتماعي وبيان التوقيتات معززاً بصور الرسائل او اي صور اخرى تدين الفاعل وبهذه الحالة يجب تفصيل معلومات دقيقة في التقرير المرسل على ان يحتوي التقرير تواقيع حية للجنة الخبراء في التحقيق في الادلة الالكترونية المشكلة بالتحقيق في كل قضية. ومما سبق، يتضح انه ليس هناك نمط معين للتقارير وبالتحديد الامور التفصيلية في متن التقرير، بل لكل قضية تقريرها الخاص وحسب اسالة المحكمة او القاضي او الجهة المستفيدة.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

معوقات وتحديات التحقيق الجنائي الرقمي في الجرائم المعلوماتية المستحدثة:

هناك العديد من المعوقات والتحديات التي تواجه التحقيق الجنائي الرقمي ومنها ما هو متعلق بالجانب التشريعي القانوني ومنها ما هو متعلق بالإجراءات الجزائية وطريقة استحصال الدليل الالكتروني ومنها ما هو متعلق بالإجراءات الفنية وقدرتها على مجارات التطور في تكنولوجيا المعلومات واخفاء الاثر بالإضافة الى تحديات تخص التدريب والتأهيل الخاص بالجهات القضائية (القضاة) او الجهات التحقيقية (الخبراء والمحققين الجنائيين) وايضاً مسالة التوعية والارشاد وعليه نجمل بعض الامور التي تخص ما ذكر انفاً وكالاتي:

اولاً: حماية الخصوصية: التحول إلى الطب الشرعي الرقمي يثير قضايا حول حماية خصوصية البيانات الامر الذي يتطلب وجود إطارًا قويًا لضمان سرية وخصوصية المعلومات.

ثانياً: التحقق من صحة الأدلة: يتعين التأكد من أن الأدلة الرقمية التي يتم جمعها وتحليلها بواسطة التكنولوجيا هي صحيحة وموثوقة.

ثالثاً: تقنيات التلاعب: قد تواجه التحقيقات الشرعية التحديات المتعلقة بتقنيات التلاعب بالأدلة الرقمية، مما يتطلب تطوير تقنيات للتحقق من صحة البيانات.

رابعاً: التدريب والتأهيل: يحتاج فريق الطب الشرعي الرقمي بالإضافة الى الجهات ذات العلاقة الاخرى إلى التدريب المستمر لفهم واستخدام التكنولوجيا الحديثة بشكل صحيح وفعال لتكوين فهم دقيق للأدلة المقدمة للوصول الى الجاني.

خامساً: تحديات قانونية: تطرأ تحديات قانونية فيما يتعلق بقبول الأدلة الرقمية في المحكمة، وقد تكون هناك حاجة إلى إجراء تعديلات في القوانين والسياسات القانونية لتكييفها مع التقنيات الجديدة.

سادساً: التكلفة والبنية التحتية: تطبيق التكنولوجيا الحديثة يتطلب استثمارًا كبيرًا في البنية التحتية التكنولوجيا، مما قد يكون تحديًا في بعض الأماكن.

سابعاً: فقدان المعلومات: نظراً لتطور التكنولوجيا الحديثة في مسح الاثار والادلة التي تقود للجاني فهناك احتمال وارد لفقدان المعلومات عن طريق استخدام الوسائل التي تتعلق بمسح البيانات او تشفيرها لضمان عدم الوصول لها وادانه الفاعل الرئيس في الجرائم المعلوماتية .

النتائج والتوصيات

من خلال ما تقدم من البحث يمكن الوصول إلى النتائج والتوصيات وكالاتي:

النتائج

مع التطور التكنولوجي الحاصل في العالم في شتى المجالات واضافة مجالات اخرى ممكن ان تكون وسيلة جديدة لاقتراف الجرائم المعلوماتية مثل انترنت الاشياء(IoT) ، الطائرات المسيرة(Drones) ، تطبيقات التواصل الاجتماعي المختلفة، وتكنولوجيا الذكاء الصناعي كل هذه المتغيرات تستدعي ايجاد وسائل تحقيق مختلفة جذرياً عن سابقاتها في الجرائم المعلوماتية التقليدية لعجزها في مجاراة نسق التطور الحاصل في طريقة التنفيذ او التخطيط، فضلاً عن التعقيد في اثبات وقوعها.

نظراً لحداثة التعامل مع المعطيات الجديدة في التحقيق في الجرائم المعلوماتية المستحدثة فان جموح السلطة التحقيقية في البحث عن الادلة الرقمية دون تقييد، فضلاً عن انتهاك خصوصية بيانات الافراد، اضافةً الى عدم وجود اطر وتعليمات قانونية واضحة هي تحديات مهمة يجب ان تواجَهْ بحلولٍ ناجعة. وجود إطار واضح لإجراءات الطب الشرعي الرقمي في الاستدلال الجنائي يلعب بشكل خاص دورًا هامًا في اثبات حجية الادلة الرقمية المقدمة للقاضي والمُتعلقة بالوقائع محل التحقيق أو المُحاكمة .

ان وجود خبراء تحقيق وقضاة متخصصين كفوئين للتحقيق في الجرائم المعلوماتية ضرورة حتمية لمواجهة التحديات الجديدة في مكافحة الجرائم الرقمية.

ان تعاون وتواصل الجهات التحقيقية المباشر مع السلطة القضائية يسهم بشكل كبير في صياغة خارطة طريق واضحة خصوصاً

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

في الجرائم المعلوماتية لتمتعها بخصائص تختلف عن غيرها من الجرائم التقليدية .

ان غياب التشريعات القانونية الخاصة بالجرائم المعلوماتية وتكييف المواد القانونية في القوانين الاخرى مثل قانون العقوبات العام رقم (111) لسنة 1969غير كافي لمكافحة تلك الجرائم خصوصاً مع تطور ادوات الجرائم وتنوعها في الوقت ذاته .

يمكن أن يلعب الذكاء الاصطناعي دورًا حاسمًا في تحسين كفاءة وفعالية أدوات التحقيق الجنائي الرقمي وتعزيز قدرة الجهات القانونية على مكافحة الجريمة الرقمية.

التوصيات:

تحديث مختبرات الادلة الجنائية الرقيمة في الاجهزة ذات العلاقة وايجاد منصات ذات مصداقية عالية ومدعومة بتكنولوجيا الذكاء الاصطناعي لاسترجاع وتحليل البيانات للإسهام في مكافحة الجرائم المعلوماتية المستحدثة .

ايلاء موضوع التدريب والتأهيل الاهمية القصوى وارسال السلطات التشريعية والقضائية والتنفيذية المكلفين بالواجبات الثلاثة (التشريع، اتخاذ القرار والحكم، التحقيق) في دورات كلٌ حسب تخصصه للمساهمة الفاعلة في مكافحة الجرائم المعلوماتية المستحدثة.

اجراء التعاون المشترك والتواصل المباشر لغرض مناقشة ايجاد اليات واضحة وفق إطار عمل متفق عليه في تحصيل الادلة الرقمية لزيادة قوة الادلة الثبوتية وضمان صحة وسلامة الاحكام القضائية بالإضافة الى مراجعة العمليات والتحقق من فاعلية الإجراءات المتبعة.

السعي الى ايجاد قانون يُنظِّم المسائل المتعلقة بالجرائم الالكترونية بسبب الازدياد المضطرد في المخالفات والجرائم التي تمارس من خلال الانترنيت والاجهزة الالكترونية وتطبيقات التواصل الاجتماعي بجميع اشكالها والعمل على احتواء تلك التشريعات على مواد قانونية وعقوبات تتناسب وجسامة الفعل المرتكَب.

ايلاء موضوع التوعية والتدريب لكافة المؤسسات والافراد من مستخدمي الحاسب الالي وخدمة الانترنت والعاملين على انظمة وقواعد البيانات في المؤسسات الحكومية والخاصة بضرورة اتخاذ وسائل الحماية المناسبة لأنظمتهم وبياناتهم المعلوماتية، وتغيير وترقية نظم الحماية بصورة مستمرة.

المصادر:

1 . الحجار, ع. إ., & بشير, ف. خ. م. (2021). الأدلة الرقمية وإثبات الجرائم السيبرانية: ما بين التأصيل والتأويل. مجلة جامعة الاستقلال للأبحاث, 129. https://doi.org/10.36554/1796-006-001-005

2. Abdel-aly Mousa Mustafa Karim Hadi, M. (2019). Means of Proving the Crime of Harassment by Means of Telecommunications. Journal of University of Babylon for Humanities.

3. خالد علي نزال. (2022). الجنائي التحقيق في الجرائم الالكترونية.

4. محمد بن نصير محمد السرحاني, (2004), مهارات التحقيق الجنائي الفني في جرائم الحاسوب والانترنت

5. Casey, Eoghan. (2010). Digital Evidence and Computer Crime. Academic.

6. School of Law Student. (2010). https://student.law.miami.edu/policies/information-technology/florida-computer-crimes-act/.

7. ALJASEM, B. E. (2021). حجية الأدلة الرقمية في النظام القضائي الإسلامي. İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi (37), 171-194.

8. زوطاط نصيرة, بوكايس سمية, مكانة الطب الشرعي الرقمي في المجال الجنائي, مجلة الحقوق والعلوم السياسية, Volume 10, Numéro 2, Pages 107-1192023-06-07

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

9. Eskhita, R. (2019). الطب الجنائي الرقمي في ضوء قانون حماية قواعد البيانات الشخصية.

10. Le-Khac, N.-A., Raymond, K.-K., & Editors, C. (2022). An Insight into Digital Forensics: History, Frameworks, Types and Tools. Retrieved from http://www.springer.com/series/11970.

11. Nisioti, A., Mylonas, A., Yoo, P. D., & Katos, V. (2018). From intrusion detection to attacker attribution: A comprehensive survey of unsupervised methods. IEEE Communications Surveys and Tutorials, 20(4), 3369–3388. https://doi.org/10.1109/COMST.2018.2854724

12. Sharevski, F. (2018, December 1). Towards 5G cellular network forensics. Eurasip Journal on Information Security. Springer International Publishing. https://doi.org/10.1186/s13635-018-0078-7

13. Riadi, I. (2017). Identification Of Digital Evidence on Android's Blackberry Messenger Using NIST Mobile Forensic Method. International Journal of Computer Science and Information Security, 15(5):155-160.

14. Al-Dhaqm, A., Razak, S. A., Ikuesan, R. A., Kebande, V. R., & Siddique, K. (2020). A review of mobile forensic investigation process models. IEEE Access. Institute of Electrical and Electronics Engineers Inc. https://doi.org/10.1109/ACCESS.2020.3014615

15. Maher, R. C. (2010). Overview of Audio Forensics in Intelligent Multimedia Analysis for Security Applications (Vol. 282).

16. Adedayo, O. M., & Olivier, M. S. (2015). Ideal log setting for database forensics reconstruction. Digital Investigation, 12, 27–40. https://doi.org/10.1016/j.diin.2014.12.002

17. Chopade, R., & Pachghare, V. K. (2019, June 1). Ten years of critical review on database forensics research. Digital Investigation. Elsevier Ltd. https://doi.org/10.1016/j.diin.2019.04.001

18. Sanap, V. K., & Mane, V. (2015). Comparative Study and Simulation of Digital Forensic Tools. International Journal of Computer Applications.

19. Debasis Giri, et all. (2021). Android forensics using sleuth kit autopsy. Springer Nature.

20. Ambhire, V. R., & Meshram, B. B. (2012). Digital Forensic Tools, 2(3), 392–398. Retrieved from www.iosrjen.org392|Page.

21. https://www.magnetforensics.com/products/magnet-axiom/.

22. Brett Shavers, U. (2024). https://belkasoft.com/x.

23. https://prodiscover.com/prodiscover-pro. (2024).

24. J. Kävrestad. (2020). Fundamentals of Digital Forensics. Springer.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تأثير استخدام أدلة الاثبات بالوسائل العلمية الحديثة على حقوق الأنسان

أ.م. د عدي سمير حليم

Dean of the Police College

المخلص

في ضل التطور التكنولوجي الذي شمل مختلف مجالات الحياة، وظهور جرائم خطيرة ومستحدثة لم تكن مألوفة سابقاً، ونتيجة تطور المجرمون في ارتكاب سلوكياتهم الاجرامية إلى حد ما، فقد باتت معه وسائل الإثبات التقليدية عاجزة على كشفهم والوصول إليهم فوجدت السلطات المختصة بمكافحة الاجرام والمجرمين نفسها مضطرة الى استخدام وسائل حديثة أكثر تطوراً ودقة واعتمادها أدلة تساعد في الكشف عن تلك الجرائم وإسنادها إلى مرتكبيها، وعرفت تلك الوسائل بوسائل الإثبات العلمية ، ومن الوسائل العلمية التي اعتمدت أدلة في مجال الإثبات الجنائي في الكشف عن الجرائم وتحديد المجرمين (التحليل التخدير، التنويم المغناطيسي، جهاز كشف الكذب، والكلاب البوليسية، إضافة إلى البصمة الوراثية.

إلا أن استخدام هذه الوسائل العلمية في مجال الإثبات الجنائي بالرغم من أهميته قد يشكل اهدار لحقوق الانسان، وانتهاكاً لحرياتهم الشخصية المكفولة دستورياً من خلال كشف اسرارهم وسلب ارادتهم أو التأثير عليها، وحتى إيذائهم في بعض الاحيان باستعمال هذه الوسائل وتطبيقاتها عليهم.

الكلمات المفتاحية: أدلة، الاثبات، وسائل علمية، حديثة، حقوق الانسان، الضمانات

Abstract

In light of the technological development that has included various areas of life, the emergence of serious and new crimes that were not previously common, and as a result of criminals evolving in committing their criminal behaviors to some extent, traditional means of proof have become incapable of detecting and reaching them, so the authorities concerned with combating crime and criminals have found themselves forced to Using more advanced and accurate modern methods and adopting evidence that helps in detecting these crimes and attributing them to their perpetrators. These methods are known as scientific means of proof, and among the scientific methods that have been adopted are evidence in the field of criminal proof in detecting crimes and identifying criminals (anesthetic analysis, hypnosis, detection device Lying, police dogs, and genetic fingerprinting.

However, the use of these scientific methods in the field of criminal proof, despite its importance, may constitute a waste of human rights and a violation of their constitutionally guaranteed personal freedoms by revealing their secrets, robbing them of their will or influencing them, and even harming them in some cases by using these methods and their applications on them.

Keywords: evidence, proof, scientific, modern methods, human rights, guarantees

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المقدمة

من المهام التي تضطلع بها الاتخاذها،نونية هي ضمان أمن المجتمع واستقراره من خلال مكافحة كل ما من شأنه المساس بمصالحه من سلوكيات وافعال يجرمها القانون ويحضر ممارستها، فبمجرد وقوع الجريمة وارتكابها من أحد أطراف المجتمع، ينشأ للدولة حقها في ملاحقة ومحاكمة مرتكبها وفرض العقوبة المناسبة بحقه ، حيث تمارس الدولة حقها في عقاب المجرمين عن طريق مجموعة من الإجراءات الواجب اتخاذها ، التي تمكنها من البحث والتحري عن مرتكب الجريمة والتعرف عليه، وإسنادها إليه ويتم ذلك من خلال استخدام مجموعة من الوسائل المشروعة، التي تساعدها في الوصول إلى الحقيقة وتدعم صحة الحكم الذي تنتهي إليه، وتسمى أدلة الإثبات.

وفي ضل التطور التكنولوجي الذي شمل مختلف مجالات الحياة، وظهور جرائم خطيرة ومستحدثة لم تكن مألوفة سابقاً، ونتيجة تطور المجرمون في ارتكاب سلوكياتهم الاجرامية إلى حد ما، فقد باتت معه وسائل الإثبات التقليدية عاجزة على كشفهم والوصول إليهم فوجدت السلطات المختصة بمكافحة الاجرام والمجرمين نفسها مضطرة الى استخدام وسائل حديثة أكثر تطوراً ودقة واعتمادها أدلة تساعد في الكشف عن تلك الجرائم وإسنادها إلى مرتكبيها، وعرفت تلك الوسائل بوسائل الإثبات العلمية.

ومن الوسائل العلمية التي اعتمدت أدلة في مجال الإثبات الجنائي في الكشف عن الجرائم وتحديد المجرمين (التحليل التخدير، التنويم المغناطيسي، جهاز كشف الكذب، والكلاب البوليسية، إضافة إلى البصمة الوراثية.

إلا أن استخدام هذه الوسائل العلمية في مجال الإثبات الجنائي بالرغم من أهميته قد يشكل اهدار لحقوق الأشخاص، وانتهاكا لحرياتهم الشخصية المكفولة دستوريا من خلال كشف اسرارهم وسلب ارادتهم أو التأثير عليها، وحتى إيذائهم في بعض الاحيان باستعمال هذه الوسائل وتطبيقاتها عليهم.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث من ناحيتين النظرية والعلمية، فالنظرية توضح الأسس والضوابط التي تستند عليها الإجراءات الجنائية في حماية وضمان حقوق الإنسان من مخاطر التقنية الحديثة، ومدى توافق هذه الضوابط مع ما ورد في والقانون والإعلانات والاتفاقيات والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، اما الأهمية التطبيقية فتكمن من خلال معرفة مدى اعتماد أحكام القضاء على الأدلة المستمدة بالوسائل التقنية الحديثة بالإثبات الجنائي أمام القضاء والمحاكم وما ينتج عن ذلك من مخاطر قد تهدد حقوق الإنسان وضماناته المكفولة دستورياً.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في مدى تأثير وسائل الإثبات بالوسائل العلمية الحديثة على حقوق الإنسان وضماناته وبيان موقف القانون الوضعي منها، فالأدلة العلمية تطورت وأصبحت أكثر تعقيدا ومع هذا التطور أصبحت هناك مخاطر ومشاكل في مدى مشروعية استخدام هذه الوسائل التقنية في الإثبات وذلك لإهدارها إرادة الإنسان أو تضمنها إجباره على أن يقدم دليلاً ضد نفسه في التهمة المسندة إليه أو انتهاكها لحياته الخاصة مع أن الأصل فيه البراءة.

هيكلية البحث :

سيتركز البحث على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول مفهوم ادلة الاثبات بالوسائل العلمية الحديثة وفي الثاني سنبحث الآثار المترتبة من استخدام بعض وسائل الاثبات العلمية الحديثة على إرادة الإنسان وحقوقه، اما الأخير فسنبحث به مشروعية الإثبات بوسائل التقنية الحديثة وسنختتم البحث بأهم ما نتوصل اليه من نتائج وتوصيات.

المطلب الأول

مفهوم ادلة الاثبات العلمية الحديثة

تعتبر الجريمة ظاهرة قديمة قدم الانسان نفسه، ونتيجة التطور الحاصل في مختلف مجالات الحياة فقد سايرت الجريمة هذا التطور في وسائل ارتكابها أو في سبل التخطيط لها أو حتى طرق تنفيذها، فقد بلغت بذلك درجة دقة وأسلوب التخطيط التي يستخدمها

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المجرم ومعرفته بالعلوم الحديثة ومحاولته عدم ترك أي دليل ممكن ان يكون ضده بمسرح الجريمة، إلا في بعض الحالات التي ممكن ان يترك أو يتخلف عنه أثر قد لا يرى بالعين المجردة، فكل ما يعثر عليه المحقق في مسرح الجريمة وما يتصل به من أماكن أو في جسم المجني عليه أو ملابسه أو يحملها الجاني نتيجة احتكاكه وتلامسه مع المجني عليه وذلك بالعثور عليه بإحدى الحواس أو باستعمال الأجهزة العلمية والتحاليل الكيميائية يعتبر من الأثر المادي.

فغموض هذه الجرائم والتطور المتسارع لأساليب ارتكاب الجريمة وتنفيذها في الوقت الحاضر اوجد من الصعب الوصول إلى مرتكبيها عن طريق الأدلة التقليدية المألوفة لأنها معرضة للنقص والتحريف والتزوير وخداع الحواس، وأمام هذا العجز من الأدلة التقليدية في حل غموض هذه القضايا كان ضروريا استخدام وسائل حديثة في الاثبات في المواد الجنائية تتجاوز الأدلة التقليدية إلى ادلة علمية دقيقة لها القدرة على كشف الجرائم بدقة عالية.

ولتوضيح هذا المفهوم سنتناول في هذا المطلب التعريف بالدليل العلمي وبيان خصائصه في الفرع الأول وصور الوسائل العلمية الحديثة المستخدمة كأدلة اثبات في الفرع الثاني وكالاتي:

الفرع الأول

تعريف الأدلة العلمية

يحتل الدليل العلمي أهمية كبيرة، لأنه يساعد على إثبات وقوع الجريمة، وظروف وقوعها، ومعرفة مرتكبها، إضافة إلى تحديد هوية الضحية في بعض الحالات. فمن المعلوم أن كل جريمة تترك وراءها من الدلائل والعلامات ما يتوصل به إلى معرفة الفاعل مهما حاول المجرمون اخفاء معالم الجريمة .وأن أي اتصال أو تلامس من المجرم بالمجنى عليه أو بمكان وقوع الجريمة قد يترك اثار، واتجهت الدارسات الحديثة إلى الاستفادة من الوسائل العلمية الحديثة لإثبات وقوع الجريمة، وكشف مرتكبيها من خلال الآثار المادية التي يتركها الجاني في مكان الجريمة، وتختلف حالة الآثار باختلاف كل جريمة من حيث نوعها وأسلوب تنفيذها ووسائلها المستخدمة في التنفيذ، وسنبحث في تعريف الأدلة العلمية في الفقه وفي الاصطلاح القانوني وهو الذي يهمنا في هذا الموضع ففي الفقه عرف الدليل على انه "الواقعة التي يستمد منها القاضي البرهان على إثبات اقتناعه بالحكم الذي ينتهي إليه"[i]، ويعرفه فقهاء القانون بانه(كل وسيلة تتضمن تأكيد وجود أو عدم وجود واقعة معينة)، وعرفه البعض أنه كل ما يمكن الوصول من خلاله إلى معرفة الحقيقة ،أي هو كل ما يمكن التوصل به إلى معرفة الحقيقة، والأدلة هي السبيل لتكوين القناعة لدى القاضي المختص، الذي يحكم وفق قناعته كما هو مقرر قانونا[ii]، ويعرف ايضاً على أنه "كل ما يلزم من العلم به بشيء أخر فإن أعلم المدعي القاضي بحجته على دعواه لزم عن علم القاضي بتلك الحجة مع اقتناعه بها علمه بصدق دعوى المدعي بما أدعاه" .

أما في الاصطلاح القانوني: فقد تعددت التعريفات ومنها:

"الدليل هو الوسيلة التي يستعين بها القاضي للوصول إلى الحقيقة التي ينشدها والمقصودة بالحقيقة في هذا الصدد هو كل ما يتعلق بالوقائع المعروفة عليه لأعمال حكم القانون عليها" [iii].

وتعريف أخر بأنه:" الدليل هو النشاط الاجرائي الحال والمباشر من أجل الحصول على اليقين القضائي وفقا لمبدأ الحقيقة المادية وذلك بتأكيد الاتهام أو نفيه. وعرف أيضا انه: الدليل هو الأثر المتطبع في نفس أو في شيء أو متجسم في شيء يتم عن جريمة وقعت في الماضي أو تقع في الحاضر، وعلى شخص محدد تسند الجريمة إلى سلوكه الاجرامي. [iv]

ونرى ان التعريف الادق للدليل " هو الواقعة التي يستمد منها القاضي البرهان على إثبات اقتناعه بالحكم الذي ينتهي إليه، وترجع علة دقة وترجيح هذا التعريف تعود لمرحلة الحكم باعتبار المرحلة الحاسمة التي تقرر المصير النهائي في الدعوى الجزائية، وتفصل بين الإدانة والبراءة وذلك إما بتحقيق حالة اليقين لدى القاضي فيحكم بالإدانة أو ترجيح موقف الشك والتأويل لديه فيحكم بالبراءة، والمحور في ذلك كله هو الدليل الجنائي" [v].

اما بالنسبة الى تعريف الاثبات فيعرف في الاصطلاح القانوني بأنه الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانونا على واقعة قانونية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

يتنازع في صحتها أحد أطراف الدعوى الجزائية [vi]. فالإثبات بذلك عملية متكاملة تهدف إلى البحث عن الأدلة التي تثبت حدوث الواقعة الجرمية، وظروف ارتكابها وأسبابها ونسبتها إلى مرتكبها وتقديمه للعدالة. وبناء على ذلك فالإثبات في الوقائع الجزائية هو ما يتخذ من قبل سلطات العدالة في مجالي التحقيق والحكم من اجراءات لكشف الغموض وإظهار الحقيقة. في ظل ضمانات الحريات العامة وحماية الحياة الخاصة ومراعاة قرينة البراءة وضمان حقوق الإنسان [vii]. وهو أيضا تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق.

ونرى ان تعريف الدكتور محمود نجيب حسني للإثبات يعتبر التعريف الأمثل للإثبات في الاصطلاح القانوني، حيث عرفه على أنه" إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، وذلك بالطرق التي حددها القانون ووفق القواعد التي أخضعها لها"[viii]. مستبدلا ما جاء به غيره من الفقهاء بأن الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بإقامة الدليل أمام الجهات المختصة.

الفرع الثاني

خصائص الدليل العلمي

يتميز الدليل ألعلمي بجملة من الخصائص تتمثل في دقة نتائجه وخروجه عن تحكم الجاني، كما يتميز أيضا بتطوره ووحدته المرحلية، وسنبين ذلك من خلال الخصائص التي يتمتع بها من حيث استقرار الدليل العلمي وخروجه عن تحكم الجاني وعلى النحو الاتي:

أولا: استقرار ودقة نتائج الدليل العلمي

ثبات واستقرار الأساليب العلمية:

عنصر الثبات والاستقرار الناتج من ثبات الاصول العلمية باعتبار ان الدليل العلمي يستند إلى النظريات والأسس العلمية المستقرة والتي أجمعت عليها الدوائر والمراكز العلمية المتخصصة وأقرتها المؤتمرات الدولية ودون تعارض بينها، وينتج على وحدة الأساليب العلمية في التعامل مع الأثار المادية بثبات واستقرار النتائج بدون اختلاف يذكر بينها مهما اختلفت المواقع ، كتحليل الدم أو السوائل المنوية، هذا بخلاف الأدلة المعنوية التي قد تتفاوت فيما بينها تفاوتاً كبيراً بتعدد مصادرها البشرية على الواقعة الواحدة لتباين الأوعية النفسية واختلاف الادراكات بشأنها [ix].

عمق ودقة نتائج فحص الاثار المادية بالمقاييس العلمية :

تخضع الأثار والمخلفات والأجسام المادية لفحوص متطورة، وبالغة الدقة بما يخرج عن نطاق الإدراكات البشرية .وتفوق بكثير ما تستوعبه قد ارت الحواس وإمكاناتها، فالموجات الضوئية والصوتية لا يحس الإنسان بها .إلا ما هو في نطاق أطوال معينة، بحيث لا يدرك ما دونها أو أعلى منها إلا بالأجهزة العلمية، والأشعة تحت الحمراء وفوق البنفسجية والرادار والليزر ،اذ تكشف وتوضح مالا تدركه الحواس مباشرة، والتحاليل بالوسائل الكيميائية والطبيعية للمواد المجهرية سواء كانت سامة أو مخدرة أو دماء او سوائل منوية تكشف عن طبيعتها وخواصها حتى إذا كانت كمياتها ضئيلة غير محسوسة، فالمخبر يستطيع أن يوضح ميكروب المرض ونوعه وعدد كريات الدم الحمراء أو البيضاء ،"أي في المسائل التي قد يحدث فيها التقدير ، فإذا كانت هناك صعوبة أو استحالة في التعرف على مكان استقرار المقذوف الناري في جسم المجنى عليه كان لتقارير الأشعة السينية في هذا الشأن القول الفصل [x].

ثانيا: حياد وخروج الدليل العلمي عن تحكم الجاني:

الحياد والأمانة :

يتحقق الحياد والأمانة بتوافر مقومات الأهلية العامة والخاصة لدى الخبراء الذين يقدمون الأدلة العلمية من خلال التقارير التي يعدونها، ويرجع ذلك لثلاثة عوامل:[xi]

أ. عدم وجود صلة بين ألخبير الفني وبين أطراف الدعوى الجزائية او حتى المجتمع المحلي لمكان الحادث حتى يكون له موقف

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

خاص بشأنها يدفعه للتحيز أو التجني او المجاملة على حين أن أغلب الشهود عادة ما يكونون من اهل أو جيران أحد الشركاء في الجريمة أو تربطهم بهم علاقة عمل أو علاقة مالية أو تجارية وغيرها.

ب. من خلال الواقع العملي فإن الخبير لا ينفرد تماما برايه إذ يخضع عمله إلى رقابة إدارية من قبل رؤسائه ورقابة قضائية من قبل القاضي المختص فيجب أن يتسق رايه واللزوم العقلي والأمانة أو يأتي بما يناقض الواقع أو أساليب الإثبات المستقرة أو إغفال أحد العناصر الجوهرية للتقرير الفني". (xii)

خروج الدليل العلمي عن استئثار وتحكم الجاني :

يحرص الجاني عند ارتكابه الجريمة ورسم خطط تنفيذها عدم ترك ما يتيح الفرصة لظهور الأدلة التي ممكن ان تكشف هويته أو تدينه، فان عناصر الأدلة العلمية تخرج عن استئثار الجاني وتحكمه ومحاولات التأثير عليها، إذ أنها تبنى على الأثار والمخلفات التي تترك في مسرح الحادث، وتشكل الأثار الخفية جانبا منها، والتي غالبا ما يغفل الجاني عنها في ظروف ارتباكه أثناء ارتكابه جريمة، أما الفحص الفني لهذه الأثار والمخلفات فيتم بإحالتها إلى جهات خبرة غير معلومة عادة لديه وليس له بالخبراء المكلفين بالمهمة أي صلة، وبالتالي لا يستطيع أن يمارس وسائل الضغوط والاغراء التي يمارسها بالنسبة للشهود فيجد الباب إلى ذلك موصداً . (xiii)

الفرع الثاني

صور الوسائل العلمية الحديثة

هناك العديد من الوسائل العلمية الحديثة التي تستخدم في مواجهة الإنسان وتؤدي في غالبيتها إلى انتهاك لبعض حقوقه الأساسية، وهي إما لأنها تؤثر على كيانه النفسي أو كيانه المادي أو كليهما معا، وبالتالي فإن هناك وسائل حديثة تؤثر مباشرة في الكيان النفسي للشخص لأنها تتعامل مع منطقة اللاوعي في عقله وتؤدي إلى إضعاف حرية الاختيار لديه، بحيث يصبح غير قادر على التحكم في أقواله فتؤثر بصورة مباشرة على ارادته، ويجرى استخدامها عادة في الاستنطاق لانتزاع الاعتراف، وهناك وسائل أخرى تتعامل أو تباشر على جسم الإنسان من اجل الحصول على الدليل المادي منه ومن هذه الوسائل :

أولاً: الكلاب البوليسية

اثبتت التجارب ألعلمية أن الكلب البوليسي يمكنه التعرف على الجاني بسبب حاسة الشم القوية التي يمتاز بها ، والتي تفوق حاسة الشم عند الإنسان بأضعاف مضاعفة مع جانب الذكاء ، والفطنة عند هذا النوع من الكلاب ، وقام الإنسان على تسخير هذه الموهبة لتدريب الكلاب البوليسية للتعرف على المجرمين عن طريق حاسة الشم القوية التي تمتاز بها الكلاب المدربة تدريبا قويا ، وخاصة في جرائم تهريب المخدرات ، والكشف عنها ، والكلاب البوليسية يمكنها التعرف على الجاني بما لديها من حاسة شم قوية ، وذلك عن طريق التقاط رائحة الأشخاص ، وأثرهم على الأرض في مكان حصول الجريمة ، ويقوم الكلب بتتبع آثار هذه الرائحة أو التعرف على صاحبها ضمن المتهمين أو عند وضع المتهم بين مجموعة لا صلة له بالجريمة فيتعرف الكلب على المتهم من بينهم ، وخاصة إذا كان تدريبه جيد ، ومتوفر له جو مناسب ، ولم يتم إرهاقه ، ويتم الاستفادة من الكلاب البوليسية للتعرف على المجرمين والقبض عليهم(xiv) .

ثانيًا - تحليل الدم

الدم هو من عجائب قدرة الله في خلقه للإنسان والحيوان، ولم يستطع العلم الحديث حتى الآن على انتاجه مع المعرفة الدقيقة الكاملة لتركيبه. حيث يقوم هذا الدم بأمداد جميع خلايا الجسم وانسجته بالأكسجين والغذاء، وتقوم المختبرات بتحليل الدم، والكشف عن الفصيلة والا عراض التي تتشابه والجراثيم المرضية التي ترافقه، ففي المجال القضائي يلجأ القاضي إلى طلب تحليل الدم لمعرفة أمور كثيرة كحوادث القتل وحوادث السرقة، وتحديد سبب الوفاة عند وجود أثر لدم كذلك تحليل الدم. في إثبات شرب الخمر وتناول المخدرات وفي المجال الجنائي يلحق بتحليل الدم سائر التحاليل المختبرية والآثار المتروكة في مكان الجريمة والتي تنم على المتهم أو المشتبه

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

به للتأكد من علاقته بالواقعة المنسوبة إليه للإسهام في كشف الجريمة لذلك يسمح القانون لإخضاع الجاني أو المجني عليه لإجراءات محددة للتعرف على نتائج تحاليل الدم، وغيره من التحاليل المخبرية[xv].

ثالثًا - بصمة الأصابع

تتكون البصمات في الجنين من الشهر السادس للحمل ولا يطرأ عليها تغيير بعد الولادة ، وتبقى مدى الحياة ، وحتى بعد الوفاة إلى أن تتحلل الجثة ،فالبصمات هي عبارة عن خطوط ، ونتوءات بارزة دقيقة يتخلله فراغات على اطراف الأصابع من الداخل وتأخذ أشكالاً مختلفة وتعاريج متعددة .ويتم الإثبات في البصمات عن طريق المضاهاة بين أثر البصمة في موقع الجريمة والأماكن المشبوهة ، وبين البصمة التي يحملها صاحبها أو تطب على بطاقته الشخصية أو تحفظ في السجلات ، وتعتمد المضاهاة على مبدأ التشابه حيث يعتمد القضاء الجنائي بكثرة على الإثبات بالبصمات ، ولكن يحتاط بها في الحدود والقصاص الذي يدرأ بالشبهات مع إجرائها في لتحقيق للوصول إلى الاعتراف أو إلى الحقيقة ويعتمد عليها القانون الجنائي بنسبة عالية في مجال التحقيق من شخصية الفرد ، وتتم عملية المضاهاة بين اثار البصمات لبيان مطابقتها أو عدم مطابقتها مع بصمات المشتبه به للكشف عن حقيقة المجنى عليه ، وكشف شخصية الجاني[xvi] .

رابعًا - البصمة الوراثية

البصمة الوراثية هي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه أو تركيب وراثي ناتج عن فحص الحمض النووي وتعرف " بالحمض النووي" ، وهي المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الإنسان والتي تدل على هويته عن طريق تحليل جزء من حمض (DNA) المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه ، ويظهر هذا التحليل في صورة شريط من سلسلتين كل سلسلة بها تدر ج على شكل خطوط عرضية مسلسلة استناداً لتسلسل القواعد الأمينية على حمض (DNA) ، وهي خاصة لكل إنسان تميزه عن الآخر في الترتيب ، وفي المسافة ما بين الخطوط العرضية. اذ تمثل إحدى السلستين الصفات الوراثية من الأب وتمثل السلسلة الأخرى الصفات الوراثية من الأم (صاحبة البويضة) حيث تعتبر نتيجة البصمة الوراثية في الاثبات عالية جدا تصل الى نسبة ٩٩,٩%، وفي حالة النفي ١٠٠% لأنه لا يوجد تطابق للقواعد النتروجين في الحمض النووي في شخصين فمن المعروف أن الحمض النووي والمكون الأساسي للكروموسومات، هو الذي يحمل جميع الصفات الوراثية لكل الكائنات الحية. ويقوم بنقل هذه الصفات عبر الأجيال من خلال التحكم بنشاط الخلايا، ونوع أنزيماتها وخصائصها ووظائفها بدقة متناهية[xvii].

وقد قدر علماء الوراثة عدد هذه الجينات والمورثات الموجودة على كل كروموسوم، والتي تحمل المعلومات الوراثية بحوالي مليون معلومة وراثية على كل كروموسوم من العدد الكلي وهو (٤٦) حيث تعتبر هذه المعلومات الوراثية هي المسئولة عن كل الصفات الوراثية التي يكتسبها الإنسان منذ بدأ تكوينه، والتي تحدد شكل البصمات والأصابع. وفصائل الدم ونوع الأنزيمات ، ونوع البروتين ولون البشرة ولون العينين ولون الشعر ، وكل صفة فيه ، وتمتاز البصمة الوراثية (الحمض النووي) بعدم التوافق ، والتشابه بين كل فرد وآخر عند تحليلها ، وتعتبر أدق وسيلة عرفت حتى الآن في تحديد هوية الإنسان ، ولها قوة وتحمل ضد التعفن .والتغيرات الجوية الأمر الذي يعطيها قابلية المرونة ، والسهولة لمعرفة أصحابها مما جعلها قرينة نفي أو إثبات لا تقبل الشك ،اذ تعتبر في المجال الجنائي وسيلة إثبات دقيقة جدا في تحديد الأشخاص المجهولين ، وتحديد هوية الإنسان في إثبات التهمة أو الجريمة على شخص او نفي الجريمة أو التهمة عن آخر[xviii] .

خامسًا - العقاقير المخدرة (مصل الحقيقة)

يعتبر مصل الحقيقة من العقاقير المخدرة التي تستخدم لإحداث نوع من التخفيض. أو التعطيل في التحكم الإرادي لدى الفرد ، ونزع حواجز عقله الباطن بما يمكن معه التعرف على المعلومات المختزنة في داخل النفس البشرية فيفضي بما في داخل نفسه من مؤثرات عاطفية وصدمات سابقة تعرض له في حالة الإدراك ، والوعي فالتحليل التخدير يمثل في مجموعه طريقة بحث نفسي داخلي ، ومرضي تمارس بمعرفة طبيب مؤهل علمياً عن طريق الحقن في الوريد بمحاليل مركبة متغيرة في تركيباتها الكيميائية ، ولكنها

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

متماثلة في تأثيرها على الجهاز العصبي المركزي ، وهي تعمل على أن يكو ن الشخص في حالة انفكاك في الوعي، واسترخاء أي في حالة تقليل لليقظة ، والإحساس إلى الحد الذي تزول فيه عناصر اضطراب الشعور الباطن حيث عرف الفقهاء عملية الحقن بالعقاقير المخدرة بأنها تلك المواد التي يتعاطاها الشخص فتؤدي إلى حالة نوم عميق تستمر فترة تتراوح بين خمس دقائق وعشرين دقيقة ، ثم يعقبه اليقظة ويظل الجانب الإدراكي سليم، وكذلك الذاكرة خلال فترة التخدير بينما يفقد الشخص القدرة على الاختيار، والتحكم الإرادي مما يجعله أكثر قابلية للإيحاء ، ورغبة في المصارحة ، والتعبير عن المشاعر الداخلية ، وبذلك يمكن اكتشاف الدوافع النفسية والرغبات المكبوتة فالتحليل التخدير يرفع أو يضعف من الحاجز القائم بين العقل الواعي والعقل الباطن بحيث يمكن معرفة المعلومات التي يحتويها هذا الأخير[xix]

سادساً: التنويم المغناطيسي

بدأت ظاهرة التنويم المغناطيسي منذ زمن بعيد. ففي مصر الفرعونية كان هناك ما يعرف بمعابد النوم، وفي اليونان القديمة كان هناك معابد في مدينة أبي دوس يقصدها الناس، ويعتبرونها آلهة الطب. حيث يضع الكهنة المرضى في غشية بحيث يشعر بالنوم عن طريق الإيحاء بأنهم يرون صورة الآلهة وتنتهي تلك الجلسات بالشفاء ولهذا يعتبر التنويم المغناطيسي وسيلة من وسائل التسلل الى العقل الباطن لدى الإنسان [xx]،

والتنويم المغناطيسي نوع من النوم لبعض ملكات العقل الظاهر تنويم اصطناعي عن طريق الإيحاء بفكرة النوم وفي حالة النوم بحيث يضيق الاتصال الخارجي للنائم. ويقتصر على شخصية المنوم، وتحجب الذات الشعورية للنائم وتبقى ذاته اللاشعورية تحت سيطرة ذات المنوم، وبذلك تشل الوظيفة الأساسية لعقل الإنسان، ويمر التنويم المغناطيسي بثلاث مراحل [xxi] وهي:

المرحلة الأولى: مرحلة يسيرة وتتميز بان النائم يكون خلالها في حالة استرخاء وفقدان بسيط جزئي للشعور .

المرحلة الثانية: مرحلة متوسطة، ويكون النائم خلالها في حالة نوم عميق مصحوب بتقلب في الجهاز المفصلي، ويكون في حالة فراغ في الشعور يمكن المنوم من السيطرة عليه بطريقة الإيحاء للنائم .[xxii]

المرحلة الثالثة: وهي أعمق مراحل التنويم المغناطيسي درجة وهي حالة (التجوال النومي) حيث يكون المنوم في ارتباط إيحائي مع المنوم بحيث يمكنِّه من الاتصال بالعقل الباطن مما يجعل المنوم يتذكر أشياء حدثة له منذ فترة بعيدة فيقوم المنوم بالإيحاء للمنوم لمعرفة تفاصيل أي حدث فالعملية تقوم على تركيز العقل فيستجيب المنوم لأوامر المنوم، وتنفيذها بكل دقة متـأثراً بالإيحاءات من المنوم وهنا تكون الخطورة لأن تقبل المنوم لكل الإيحاءات الصادرة من النوم ويقوده إلى الاعتراف بما يريده المنوم. لهذا فان طريقة التنويم المغناطيسي تكون مفيدة جدا للأخصائيين النفسانيين في الدور الكبير التي تقوم به لعلاج الأمراض النفسية أما في المجال الجنائي، وعلى الرغم مما توصلت إليه من أثر فعال في استدعاء المعلومات، والأفكار إلا أن التجارب التي أجريت لتحقيق هذا الغرض أثبتت أن نتائج عملية التنويم المغناطيسي غير مؤكدة علميا في اغلب الأحيان .[xxiii]

سابعًا - جهاز كشف الكذب

لم يبدأ جهاز كشف الكذب من فراغ ولكن فكرته بدأت قديما عند اليونان ، وعند الصين وعند العرب ففي اليونان كان علماؤهم ، ومنهم أرسطو كان يجس نبض الشخص عند سؤاله ليعرف صدقه من كذبه فإذا كان نبضه طبيعيا دل ذلك على صدقه أما إذا أسرع نبضه دل ذلك على اضطرابه وكذبه ، وفي الصين كانوا يقدمون كمية من الأرز الجاف إلى المتهم ، ويطلبون منه أن يلوك في فمه كمية منه فإذا ظهر في نهاية التحقيق معه أن الأرز مازال جافا فإن الشخص موضوع التجربة يكون مذنبا وكاذبا ، أما إذا وجد الأرز رطبا فان ذلك علامة صدقه وبراءته، أما عند العرب فقد كانوا يلجؤون إلى ما يسمى (بالبشعة)[xxiv] في كشف صدق المتهم أو كذبه . حيث يطلبون إليه أن يلمس بلسانه قاع وعاء من النحاس المحمي فإذا لم يحترق لسانه دل ذلك على صدقه وبراءته، وإن احترق كان هو الجاني الحقيقي [xxv]

ثم تطور جهاز كشف الكذب وصار يتكون من عدة اجهزة تعمل بالألة الكهربائية بطريقة ذو قدرة عالية على قياس بعض التغييرات الجسمانية للإنسان كمعدل النبض وإفراز العرق وحركة العضلات والضغط الدموي وحركة التنفس ودرجة مقاومة البشرة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

لتيار كهربائي خفيف والتي يصاحب إجابات من يستخدم عليه الجهاز خلال الاختبار بقصد الكشف عن خبايا النفس من ناحية ردود الأفعال التي تظهر على الشخص .والتي يكون لها أثر في أعماقه فينفعل لها انفعالا لا ارادياً حيث يبدو أثرها في تأدية أعضاء الجسم المرتبطة بالجهاز العصبي الذاتي لوظائفها والتي يمكن رصدها عن طريق مؤشرات الجهاز وبتحليل الخطو ط البيانية التي يرسمها الجهاز يمكننا من الحصول على حكم تقديري بأن الشخص الخاضع للتجربة يعاني اضطرابات داخلية ويبذل مجهودا نفسيا للإجابة على بعض الأسئلة الموجهة إليه نستنتج منها الحقيقة في شأن ما يقرره الشخص الخاضع للاختبار من معلومات من حيث كذبها أو صدقها [xxvi] .

ويتضمن جهاز كشف الكذب ثلاثة أقسام رئيسية

القسم الأول: قسم التنفس: ويرصد حالة الشهيق والزفير والتغيرات التي تحدث عليه بسبب الانفعالات النفسية التي قد تطرأ على الشخص المستجوب.

القسم الثاني: قسم ضغط الدم ويرصد التغيرات التي تحدث على ضغط الدم بسبب الانفعالات والاضطرابات المختلفة.

القسم الثالث: قسم مقاومة درجة الجلد ويرصد التغيرات التي تحدث في مقاومة الجلد بتيار كهربائي خفيف بسبب الانفعالات .

المطلب الثاني

الآثار المترتبة من استخدام وسائل الاثبات العلمية على حقوق الإنسان

نتيجة للتطور العلمي وما نتج عنه من وسائل علمية حديثة تستخدم من أجل الوصول إلى الكشف عن حقيقة الأمر في جريمة أو واقعة ما. حيث قد يكون في استخدام هذه الوسائل ما يؤثر على اختيار المتهم ويمس سلامته الجسدية ويكون لها آثار سلبية على حياته من شانها ألا تجعل في مقدوره التحكم في إرادته لهذا سنبحث في هذا المطلب الآثار المترتبة من استخدام بعض وسائل التقنية الحديثة والتي لها أثر واضح على إرادة الإنسان من خلال الفقرات التالية:

اولاً: الاثار المترتبة على استخدام مصل الحقيقة (العقاقير المخدرة)

يعتبر مصل الحقيقة من العقاقير المخدرة التي تستخدم لإحداث نوع من التخفيض أو التعطيل في التحكم الإرادي لدى الفرد. ونزع حواجز عقله الباطن للتعرف على المعلومات المختزنة في داخل النفس البشرية كما يؤدي إلى حالة من النوم أو الا استرخاء لمدة تصل من عشرين إلى أربعين دقيقة تسلب فيها إرادة الشخص وبذلك يسهل انقياده للإيحاء وتتولد لديه رغبة في المصارحة عن مشاعره الداخلية إضافة إلى ذلك أن فيها اعتداء على جسم الإنسان حيث يشكل الركن المادي في جريمة الجرح العمدي وإن كان الجرح الذي تسببه إبرة مصل الحقيقة صغيرا وقد لا يؤثر على جسم المتهم إلا ان جسم الإنسان مجموعة من الخلايا متجاورة ومتلاحمة بدقة بالغة والجرح يفصم هذا التلاحم ويباعد ما بين الخلايا[xxvii] .

فالتحليل التخدير له آثار ومضار سواء بالنسبة للكل العضوي أو الكل النفسي للإنسان فهناك من الحوادث ما يمكن أن تشاهد وتعد في ذات الوقت على جانب كبير من الخطورة كحدوث ارتشاح في النسيج الخلوي بالرئة أو حدوث غرغرين في عضو من أعضاء الجسم نتيجة إدخال حقنة المخدر في شريان من ناحية ومن ناحية أخرى يمكن أن يؤدي التحليل التخدير لاضطرابات عميقة في شخصية الفرد .مما يؤدي إلى إحداث عدم اتزان نفسي لديه فالعقاقير المخدرة تحدث تأثيرا ضارا على الجهاز العصبي المركزي وتأثيرا جانبيا على الكبد والكريات الدموية وضغط الدم مما ينتج عنه مضاعفات خطيرة لذلك فإن عملية حقن العقار المخدر تمثل اعتداء على سلامة الجسد والنفس وهي تجربة خطيرة لا تخلو من مخاطر فسيولوجية تؤدي إلى شل الملكات العليا للتمييز والاختيار في العقل البشري بما يفقد الشخص قدرته على التحكم الإرادي في تصرفاته[xxviii]

إن استعمال العقاقير والتحاليل والتجارب المخبرية لحمل المتهم على الاعتراف فيه اعتداء على الحرية الشخصية لما تشكله من احتمالات وقوع الضرر والإخلال بحقوق الدفاع والمساس بكرامة الإنسان لدخولها إلى مكنونات نفسه التي يتعين أن تقتصر عليه وحده فلا تخرج إلا بإرادته المباشرة وحدها وبصورة تلقائية له لذا فان استخدام مصل الحقيقة والعقاقير المخدرة يعد أسلوبا من أساليب

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الاعتداء على جسم الإنسان وإرادته ويشكل إكراها ماديا ومعنويا [xxix]

ثانياً: الاثار المترتبة على استخدام التنويم المغناطيسي

يعتبر التنويم المغناطيسي عملية افتعال نوم غير طبيعي يصاحبه تغيير في الحالة النفسية والجسمانية للنائم تتغير معه إرادة العقل الطبيعي وملكاته العليا. فالمنوم مغناطيسيا يتغير إدراكه الطبيعي ولا يستطيع إخضاع تصرفاته أثناء النوم للنقد الذاتي الذي يحصل معه حال وعيه ويقظته وبالتالي يكون غير قادر على التحكم الإرادي في أفعاله أو الهيمنة عليها وتقدير نتائجها [xxx].

لهذا يعتبر التنويم المغناطيسي وسيلة لقهر الارادة وتعطيلها وهي نفس النتيجة التي يمكن الوصول إليها بالعنف التقليدي، بل أنه يعد في الواقع أحد صور الإكراه المادي لوقوعه على جسم الخاضع له شخصياً [xxxi] فالتنويم يؤثر في الإنسان تأثيراً مباشراً ويترتب عليه ظواهر كثيرة منها:

1 .ظواهر تلقائية :

حيث تتكون الظواهر التلقائية مما يلي:

أ- ظواهر نفسية من خلال

- زيادة القابلية للإيحاء وتعني انخفاض قدرة الشخص على تقييم الاستجابة الطبيعية للمؤثر الخارجي حيث إن قدرة المخ أثناء عملية التنويم المغناطيسي على تحليل المؤثرات والتصرف الإرادي تنخفض وتؤدي بالشخص إلى أن يقوم بأي تصرف أو فعل يؤمر به حتى ولو كان يناقض تصرفاته الطبيعية

- فقدان الذاكرة المصاحبة للتنويم المغناطيسي ويقصد به عدم تذكر الأحداث التي تمر أثناء فترة التنويم ومن الغريب أن فقدان التذكر يحدث بالنسبة للأحداث التي تمر في حالة التنويم بينما لا يحدث بالنسبة للأحداث التي وقعت أثناء حالة اليقظة فالشخص ينسى جميع ما حدث أثناء نومه ويشمل ذلك ما قام به من أفعال وما رواه من أخبار شخصية.

- القدرة على الاتصال بالعقل الباطن وهنا يظهر مدى خطورة الاستعانة بهذا الأسلوب كوسيلة علمية للكشف عن الحقيقة في التحقيقات لما يمثله من انتهاك لخصوصيات الفرد بتعطيل إرادته الحرة الواعية [xxxii]

ب - ظواهر فسيولوجية من خلال

-الاحتفاظ بدرجة من الوعي إذ يمكن في حالة التنويم السطحي أو المتوسط أن يتحدث الشخص المنوم مغناطيسيا مع منومه أو مع شخص اخر، ولكن في حالة التنويم العميق فإن القدرة على الكلام تحتاج إلى إيحاء بذلك حيث إن الشخص المنوم مغناطيسيا يكون أصم لجميع الأصوات إلا بالنسبة لصوت منومه.

- حدوث بعض التغيرات التنفسية كانخفاض ملحوظ في سرعة التنفس وانخفاض تشبع الدم بالأكسجين مما يؤدي إلى الت ـأثير على إرادة الإنسان وتعطيلها

2. ظواهر ناتجة عن الإيحاء المباشر تحت التنويم، حيث تتكون الظواهر الناتجة عن الإيحاء المباشر تحت التنويم مما يلي:

أ- ظواهر نفسية من خلال

-فقدان الذاكرة إذ يكون في مقدور المنوم الإيحاء للنائم مغناطيسيا بنسيان بعض الأحداث وذلك أثناء حالة التنويم بحيث يجعل الشخص ينسى بعض الأحداث التي تتراوح مدتها من ثوان معدودة إلى سنوات طويلة ومن الممكن أيضا تحت التنويم وعن طريق الإيحاء أن يتذكر كل شيء مرة ثانية [xxxiii]

-التغيرات الإدراكية إذ يمكن عن طريق الإيحاء تحت التنويم جعل الشخص يسمع أو يرى أو يتذوق أو يحس بأشياء غير موجودة وتسمى هذه الظاهرة بالتداعي عن طريق الإيحاء الباطن حيث يمكن جعل الشخص المنوم مغناطيسيا يتحدث مع شخص غير موجود أي أنه يرى ويسمع شخصا دون وجوده الحقيقي والعكس صحيح

-النكوص العمري ويعني أنه من الممكن الإيحاء للشخص المنوم مغناطيسيا بالعودة إلى الوراء إلى فترة معينة من سنوات العمر [xxxiv].

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ب - ظواهر فسيولوجية من خلال

- تغيرات في الجهاز العصبي الحسي وهذه التغيرات يمكن أن تشمل أي جزء من الجهاز العصبي الحسي والتي تشبه ما يحدث في حالات الهستيريا

-تغييرات في الجهاز العصبي الحركي إذ يمكن الإيحاء للشخص المنوم مغناطيسيا بأنه لا يستطيع تحريك قدميه فيحدث لديه شلل مؤقت بالقدمين.

-تغييرات في الجهاز العصبي اللاإرادي من خلال الإيحاء حيث يمكن التحكم في وظائف الجهاز البولي وحركة الأمعاء للشخص المنوم مغناطيسياً.

لهذا يعتبر استخدام التنويم المغناطيسي أسلوبا من أساليب الاعتداء له تأثير على جسم الإنسان وإرادته لأنه يحرمه من فاته الإنسانية ويمس شعوره الإنساني ويحدث تغييرات فسيولوجية للجهاز الحسي والحركي اللاإرادي للإنسان [xxxv]

ثالثاً: الآثار المترتبة على استخدام جهاز كشف الكذب

صمم جهاز كشف الكذب بحيث يرصد الاضطرابات والانفعالات النفسية التي تعتري الإنسان إذا أُثيرت أعصابه أو نبهت حواسه لأي مؤثر قد يتأثر بـه كالخوف أو الخجل أو الشعور بالمسئولية أو الجرم حيث يرصد الجهاز كل التغيرات التي تحدث في التنفس وضغط الدم ، ودرجة مقاومة الجلد سريان تيار كهربائي خفيف ، لأن جسم الإنسان وحواسه تتفاعل عند محاولة إخراج ما في نفسه من أسرار يريد إخفاءها عن الغير بمجرد المساس بها لهذا فإن جهاز كشف الكذب وسيلة من الوسائل العلمية الحديثة لها تأثير في إرادة الإنسان حيث إن هنالك عوامل كثيرة تؤثر في حالة الشخص المراد اختباره وقد تكون سببا في فشل نتائجه للحساسية الشديدة لدى بعض الأشخاص الذين رغم قولهم الصدق قد يكون لديهم قلق أو اضطراب بمجرد الاتهام أو الخوف من احتمال وقوع خطأ فني في الجهاز كما أن البعض ممن له قدرة على التحكم في التأثيرات العاطفية يتمكن من تعطيل أو إفساد عمل الجهاز عن طريق التحكم في التنفس والعضلات[xxxvi] .

ان في استخدام جهاز كشف الكذب إجبار للمتهم على تقديم دليل ضد نفسه خصوصا وأن المتغيرات الفسيولوجية لا إرادية ولا يستطيع المتهم التحكم فيها وبالتالي يكون الاعتراف نزع بالإكراه وبدون إرادة المتهم مما يترتب عليه البطلان ومن الآثار المترتبة من استخدامه أيضا سلب حرية المتهم بالإدلاء بأقواله عن طريق إخضاعه للجهاز للحصول على قرائن نفسه أو ذاتية جسمية والتعويل عليها ، مما يؤثر على نفسية المتهم وبالتالي فإن الاعتراف الذي يتم بناء على ذلك يكون غير مقبول .حيث يمثل استخدام جهاز كشف الكذب إحدى صور الإكراه المعنوي الذي يؤثر بما يدلي به الشخص الخاضع للاختبار من إقرارات ولا يكفي لمحو هذا الإكراه مجرد رضاء الشخص بالخضوع له اذ إن كثير ما يكون هذا الرضاء مبعثه الخوف والرهبة من أن يفسر رفضه في غير صالحه فإرادة الإنسان لا تكون حرة تماما في كافة الأحوال كما أن في استخدامه اعتداء على حق الفرد في الخصوصية ،التي تخول للمتهم أن يحتفظ بما يشاء من مكنونات نفسه . حيث إن هذا الإجراء يمس كيان الإنسان وحريته في التفكير ورغبته في عدم الكشف عما يحتفظ به لذاته.

المطلب الثالث

مشروعية الإثبات بوسائل التقنية الحديثة

تمثل قاعدة مشروعية التجريم والعقوبات إحدى الدعائم الأساسية التي ترتكز عليها التشريعات الجنائية المعاصرة إلا أنها لا تكفي وحدها لحماية حرية الإنسان إذا امكن القبض عليه أو حبسه أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمته مع افتراض إدانته فكل إجراء يتخذ ضد الإنسان دون افتراض براءته سوف يؤدي إلى تكليفه بعبء إثبات براءتـه من الجريمـة المنسوبة إليه فإذا عجز عن إثبات براءته اعتبر مسؤولا عن جريمة لم تصدر عنه وهذا مجاف لمبدأ الأصل في الانسان البراءة ، لذلك كان لا بد من تدعيم هذه القاعدة بقاعدة ثانيـة تحكم تنظيم الإجراءات التي تتخذ على نحو يضمن احترام الحقوق والحريات الفرديـة وتسمى هذه القاعدة (الشرعية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الإجرائية أو قاعدة مشروعية الدليل الجنائي)، اذ توجد بعض المسائل التي ما زالت تثير خلافاً بين العلماء ورجال القانون بالنسبة لاستعمال الوسائل العلمية الحديثة مع المتهمين وأساس الخلاف هو هل هذه الوسائل تعتبر عدواناً على الحرية الفردية أم لا ؟ فإذا اعتبرناها لا تمس الحرية الفردية خضعت للقاعدة العامة في اقتناع القاضي عند الحكم في الدعوى وإن كان العكس أي أنها تمس الحرية الفردية تعين استبعادها كوسيلة إثبات في مواد الإجراءات الجنائية، حيث يمكن أن نحدد المبررات التي تدعم مشروعية الوسائل الحديثة بما يلي:

1.الوسائل الحديثة وسائل علمية

بما أن العلم في تطور مستمر وواسع فإن وسائل الإثبات العلمي أخذت بالتالي تتطور تبعا لذلك وأصبح الاعتماد على المعمل الجنائي وعلى الأجهزة العلمية يزداد يوم ابعد يوم لهذا فهي بريئة من الخرافة وبعيدة عن التخمين لأن العلم لا يعرف الخرافة وإنما يقوم على أساس ما تسفر عنه التجارب من نتائج ثابتة تستقر في الوجدان باعتبارها أمرا أثبته العلم وأقره ويترتب على ذلك أن يكون نتائج هذه الوسائل أكثر احتراما وقوة [xxxvii]

2.احتمالات ضآلة الخطأ

رغم أن هذه الوسائل علمية وأنها تحظى بالثقة في عملها ونتائجها فإنه لا يجوز الاعتقاد بأن هذه الوسائل تكون على صواب وبشكل مطلق فالقاعدة أن احتمالات الخطأ واردة لأكثر من سبب فقد يكون الخطأ بشريا أو لضعف من مصدر الطاقة، ولكن الخطأ وإن وقع فإنه يقع بدرجة ضئيلة. وقد أدى إجراء التجارب على استخدام وسائل حديثة في البحث الجنائي إلى قبول تلك التجارب والثقة فيها وفي النتائج المستخلصة منها [xxxviii]

3 .سهولة استخدام الوسائل العلمية وانتشارها

تستخدم الوسائل العلمية على نطاق واسع فلا يكاد نجد دولة أو مجتمعاً ما إلا ويستخدم هذه الوسائل ولقد ساعد على ذلك تنافس الدول المنتجة لهذه الوسائل وتكدس الإنتاج مما كان له الأثر الكبير في تخفيض قيمتها الحقيقية مما جعل من السهل الحصول عليها وجعل حيازتها واستعمالها مظهراً من مظاهر التقدم والحضارة [xxxix] .

الخاتمة

بعد أن أتممنا بحث (تأثير استخدام أدلة الاثبات بالوسائل العلمية الحديثة على حقوق الأنسان) فقد توصلنا الى نتائج عديدة وخرجنا بجملة من المقترحات التي أوضحها هذا البحث، نأمل أن نكون قد وفقنا في بيان ما نصبو اليه، وأن نكون قد حققنا الغاية المرجوة من البحث وأدناه النتائج والتوصيات التي توصنا إليه:

اولاً: النتائج

1 .إن استخدام وسائل العلمية في الإثبات الجنائي لها تأثير سلبي على حقوق الإنسان لهذا فإن إخضاعها لرقابة دقيقة وتقييدها بضوابط من أهم ما يجب القيام به من أجل ضمان وصيانة حرية الانسان وحقوقه.

2 .إن مناط مشروعية استخدام وسائل التقنية الحديثة في الإثبات الجنائي هو عدم مساسها بالحقوق الفردية أو الكرامة الإنسانية دون أي اعتبار بما يمكن أن تحظى به النتائج المتحصلة بواسطتها من قيمة علمية فالغاية لا يمكن أن تبرر طريق الوصول إليها .

3 .أن استخدام وسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، أفرز جدلاً كبيراً حول قيمة أدلة الإثبات المستمدة من وسائل التقنية الحديثة، وحول مساسها بالحقوق والحريات الأساسية للأفراد عند تطبيقها.

4 .تقرر استبعاد التقنيات الماسة بالسلامة النفسية مثل استخدام جهاز كشف الكذب وأسلوب التنويم المغناطيسي، اعتماداً على القاعدة العامة التي تقضي بأن البحث عن أدلة الجريمة مقيد بالمحافظة على سلامة الانسان وكرامته.

5 .ان حق الشخص في السلامة الجسدية والنفسية وإن كان من الحقوق الجوهرية المعترف بها للفرد دستورياً، الا ان التمتع بهذا الحق يظل نسبياً، إذ يجوز تقييده عند الاقتضاء ترجيحاً لمصلحة المجتمع الأولى بالرعاية من مصلحة الفرد، خاصة في ظل تصاعد خطر

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الجريمة وقصور الأساليب التقليدية عن إثباتها.

ثانياً: التوصيات

1.على مشرعنا الجزائي تحديد موقفه من استخدام ادلة الاثبات بالوسائل العلمية بصورة قاطعة لا لبس فيها، خاصة وان المشرع العراقي لم يتطرق لوسائل الإثبات الحديثة الأخرى على غرار البصمة الوراثية، حيث يتوجب عليه ان يقوم بتحديد ضوابط التعامل بهذه التقنية، وتحديد السلطة التي لها حق الأمر بالقيام بها، ويكون من المفيد الاستعانة بالتشريعات المقارنة الرائدة في هذا المجال.

2.توخي الدقة من نتائج هذه التقنية الحديثة خاصة في الإثبات الجنائي بحيث لا يجب الاعتماد عليها بصورة قاطعة في الإثبات الجنائي لوحدها ما لم تدعمها أدلـة وقرائن أخرى حتى لا تستأثر هذه الوسائل التقنية بدور القاضي، وتكون هي الفيصل في القضايا وبالأخص المهمة منها .

3.أن يتم تقييم النتائج، والفحوصات الناتجة من استخدام وسائل العلمية الحديثة حسب أهميتها من قبل أشخاص وخبراء مختصين وعلى قدر من المسؤولية والوعي .

4.ألا تتم عمليات الفحوصات من استخدم وسائل التقنيات العلمية إلا بأمر من القاضي المختص أو ممن له سلطة ولي الامر وخاصة بالفحوصات التي تتعلق بحياة الناس الخاصة كإثبات النسب أو نفيه .

المصادر والمراجع

أولا: المصادر القانونية العامة والمتخصصة

1 .أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية، الطبعة الثالثة، مطبعة القاهرة الحديثة، مصر، 1985

2 .إبراهيم، حسن محمود ، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي.

3 .برهامي أبو بكر عزمي، الشرعية االاجرائية للأدلة العلمية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

4 .د. حسين محمود إبراهيم، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي (دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، د ط ، ١٩٨١م)

5 .سعد الدين مسعد هلالي،: البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية دراسة فقهية مقارنة (مجلس النشر العلمي ، بجامعة الكويت ، ط١ ، ٢٠٠٠)

6 .علي حسين محمد : الجريمة وأساليب البحث العلمي (دار المعارف – القاهرة ، مصر ، ط١ ،1990.

7 .عزايزة، عدنان حسن : حجية القرائن في الشريعة الإسلامية ، ص١٨٧ .

8 .عطية الله، أحمد: الذاكرة والنسيان(مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، مصر ، ط١ ، ١٩٥٥م

9 .عطية الله، أحمد: الذاكرة والنسيان(مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ط١ ، 1995

10.د. محمد محيي الدين عوض، حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مصر ، 1989.

11 .د. محمد سامي النبراوي: استجواب المتهم ، (دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، د.ط ، ١٩٦٨.

12. محمد حماد الهيتي، التحقيق الجنائي والأدلة الجرمية، دار المناهج، الأردن ،2009،

13.محمد حماد الهيتي، الأدلة الجنائية المادية، دار الكتب القانونية، الأردن، الطبعة الأولى، 2008 .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

14. محمد محمد عنب، استخدام التكنولوجيا الحثية في الإثبات الجنائي، ددن، د.ط ،2007،

15. د.محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر،1998

16. محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الج ازئري، د.د.ن، د.ط 1991، ص 9.

17 .زهران، حامد عبد السلام: الصحة النفسية والعلاج النفسي (عالم الكتب ، القاهرة ، مصر ، ط ٢ ،1978.

18 .د. زيدان عدنان عبد الحميد، ضمانات المتهم والأساليب الحديثة للكشف عن الجريمة، دون سنة طبع.

ثانيا: الرسائل والاطاريح

1 .ارضية خليفة، الأدلة العلمية ودورها في الاثبات الجنائي، أطروحة دكتوراه، جامعة عنابة ،2016/2015،

ثالثاً: البحوث والدوريات المنشورة

1 -خياط عبد القادر: تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية (مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون ، ٢٢صفر ١٤٢٣هـ / ٥- ٧ مايو ٢٠٠٢م ، جامعة الإمارات آلية الشريعة والقانون) مجلد ٤.

2 .خليفة محمد عبد العزيز: مشروعية استخدام الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي (الفكر الشرطي ، دورية ربع سنويةتصدر عن شرطة الشارقة ، ١٩٩٢م) مجلد(١) العدد(٢)

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تأثيرات الجرائم العابرة للوطنية على الأمن القومي

أ.م. حسين باسم عبد الأمير الياسري
رئيس قسم الدراسات السياسية/ مركز الدراسات الاستراتيجية
جامعة كربلاء

أ.م. ميثاق مناحي دشر العيسى
قسم الدراسات السياسية
جامعة كربلاء

أ.د. حسين أحمد دخيل السرحان
قسم الدراسات السياسية
جامعة كربلاء

الملخص

إن تنامي ظاهرة الجريمة عبر الوطنية منذ الثمانينيات موضوع لا جدل فيه، لكن تأثيره يختلف اختلافا كبيرا حول العالم. فبينما كانت الجريمة المنظمة موجودة دائما، إلاّ إن الاتجاهات الجديدة في النظام الدولي -ولا سيما العولمة- جعلت من الممكن بشكل متزايد للمؤسسات الإجرامية عبور الحدود. وكلما تسارعت وتيرة عولمة التجارة والمال والسفر، يجب علينا توقع تعاظم ظاهرة عبور الحدود الوطنية وأنها في المستقبل ستتخذ بشكل متزايد أشكالا شبكية مرنة من التنظيم. وهذا يعني أن المزيد من البلدان ستتعرض لتأثير الجريمة عبر الوطنية على مستويات الأمن الفردي والمجتمعات وسيادة القانون في وقت تزداد فيه صعوبة معالجة الظاهرة واحتوائها. إن استمرار وجود مساحات سيئة الإدارة أو غير خاضعة للحكم في جميع أنحاء العالم، سوف توفر أرض خصبة للجريمة عبر الوطنية، وهو يعني أنه حتى الدول التي لديها تطبيق قوي للقانون معرضة لتأثيراتها.

Abstract

There is no denying that transnational crime has increased during the 1980s, yet the effects of this crime vary greatly around the world. Although organized crime has always existed, new developments in the global system, most notably globalization, have allowed transnational crime to operate across borders more frequently. We should anticipate that crime will become much more transnational in the future and that it will progressively embrace flexible network forms of organization as trade, money, and travel continue to speed in their globalization. This implies that at a time when addressing and containing the phenomena is growing increasingly challenging, more nations will be exposed to the impact of transnational crime on personal security, societies, and the rule of law. Even states with robust law enforcement are susceptible to spillover effects due to the continued existence of loosely governed or virtually ungoverned areas throughout the world, which serve as rich breeding grounds for transnational crime.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المقدمة

منذ نهاية الحرب الباردة، حوّلت وسائل الإعلام ونتاجات المجلات الأكاديمية التي تنتجها مراكز الأبحاث والمنظمات الحكومية أو غير الحكومية انتباهها عن التهديدات الأمنية التقليدية وبدأت في التنديد بالأخطار التي تشكلها الجريمة العابرة للحدود الوطنية. ففي وقت مبكر منذ العام 1994 على سبيل المثال، وصف مؤتمر نظمه مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية في واشنطن الجريمة العابرة للحدود بـ "إمبراطورية الشر الجديدة". كما أكد تقرير للأمم المتحدة صدر عام 1996 أن الجريمة عبر الوطنية أصبحت "الشكل الجديد للتحديات الجيوسياسية". في الواقع، لم تعد الحكومات تنظر إلى الجريمة العابرة للحدود على أنها مجرد تهديد للأفراد أو المجتمع، ولكن باعتبارها تهديدا للدولة ذاتها، إذا نظرنا في السابق، فهل كانت ترقى الجريمة العابرة للحدود إلى هذا المستوى بالفعل؟ وهل أصبحت تمثل اليوم تهديدا أمنيا دوليا كبيرا؟

يعتبر التفكير في الجريمة العابرة للحدود أمرا صعبا من منظور الأمن الدولي التقليدي، والذي يركز عادة على مسائل الحرب والسلام والصراع والتحالف، غالبا من منظور مرتكز على الدولة. التهديد الذي تشكله الجريمة العابرة للحدود له أبعاد دولية ودون وطنية، وكما سنرى في هذا البحث، فإن له تداعيات على الأمن القومي والسلامة العامة وحتى استقرار الأنظمة السياسية. إن قدرة هذا النوع من الجرائم على تجاوز الحدود وارتكاب جرائم بعيدة عن أصولها وطبيعتها السرية وقدرتها على إفساد وتخريب المسؤولين والموظفين الحكوميين تجعل من الصعب على الدول توقع التهديدات وإعداد دفاعاتها. بل إنه من الصعب على الحكومات التفكير فيما إذا كان يمكنها مواجهة هذا النوع من التهديد بأدوات أمنية تقليدية، على الرغم من وجود دعوات مثيرة للجدل لزيادة استخدام الأصول العسكرية والاستخباراتية لمواجهة الجريمة العابرة للحدود.

فيما يتعلق بإشكالية البحث فإن الحجة التي نود أن نتقدم بها في هذا البحث هي أنه طالما كانت الجريمة العابرة للحدود تشكل خطرا على الأمن القومي والدولي وحتى أمن الأفراد والجماعات داخل الدول، غير أن ظاهرة العولمة وتراجع سلطة الدول وقدراتها على إنفاذ سيادة القانون مكّن الجريمة العابرة للحدود من التطور واتخاذ أشكالا عديدة ذات عواقب ضارة على الأمن القومي ومتنوعة. وهو ما يحاول هذا البحث التحقق من صحته. وفي هذا السياق، سنحاول خلال هذا البحث الإجابة عن أهم الأسئلة ذات الصلة الجوهرية بإشكالية البحث وهي كما أدناه:

1-ما المقصود بالجريمة عبر الوطنية؟

2-كيف أثرت العولمة في تنامي الجريمة عبر الوطنية؟

3-كيف أثر تقويض سلطة الدولة في تنامي الجريمة عبر الوطنية؟

4-هل يهم ما إذا كانت الجريمة عبر الوطنية منظمة على شكل تسلسلات هرمية أو شبكات أو أسواق؟

5-إلى أي مدى وكيف أثرت الجريمة عبر الوطنية في تقويض الأجهزة الحكومية؟

6-كيف أثرت الجريمة عبر الوطنية في وتعزيز الفساد؟

7-إلى أي مدى تقوض الجريمة عبر الوطنية الاستقرار السياسي؟

8-ما هي الأضرار المترتبة على التنمية الاقتصادية الناجمة عن الجريمة عبر الوطنية؟

9-ما هي العوامل التي تؤثر على مدى تعاون الجماعات الإرهابية والجماعات الإجرامية عبر الوطنية؟

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

10-ما هي المؤشرات التي يجب أن نأخذها في الاعتبار عند تقرير ما إذا كانت الجريمة عبر الوطنية قد أصبحت تهديدًا للأمن القومي؟

هيكلية البحث:

ولغرض الإلمام بموضوع البحث، فقد تم تقسيم محتوياته إلى مقدمة ومبحثان وخاتمة: في المبحث الأول جرت مناقشة مسألة التعريف بالجريمة عبر الوطنية ودوافع تناميها. في حين تم تخصيص المبحث الثاني لمناقشة تأثيرات الجريمة عبر الوطنية على الدولة والنظام السياسي. وفي الخاتمة: توصلنا الى التحقق من صحة إشكالية البحث، واشتملت على التوصيات.

المبحث الأول: التعريف بالجريمة عبر الوطنية ودوافع تناميها

المطلب الأول: التعريف بالجريمة عبر الوطنية

تشير الجريمة عبر الوطنية تقليديا إلى الأنشطة الإجرامية التي تمتد لتشمل وتنتهك قوانين دولتين أو أكثر. في عام 2000، حددت الأمم المتحدة في اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية الجريمة العابرة للحدود على نطاق أوسع لتشمل أي نشاط إجرامي يتم إجراؤه في أكثر من دولة، أو يتم التخطيط له في دولة، ولكن يتم تنفيذه في دولة أخرى، أو يجري ارتكابه في دولة ما وتنتشر آثاره على الدول الاخرى (الأمم المتحدة، 2000). وتعتبر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية بمثابة الصك الدولي الرئيسي في مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية. وقد دخلت حيز التنفيذ في 2003.

لقد أتاحت العولمة المتزايدة للنشاط الاقتصادي مجموعة واسعة من الأنشطة والفرص للجريمة لعبور الحدود الوطنية أكثر مما كانت عليه في الماضي. يسعى المجرمون -مثلهم مثل الشركات في الاقتصاد المشروع- إلى التوفيق بين العرض والطلب والاستفادة من الاختلافات في الأرباح والقوانين ومستويات المخاطر بين الأسواق. قد تظهر هذه الاختلافات من توافر الإمدادات في مناطق معينة يمكن مواءمتها مع الطلب في مناطق أخرى، مثل تدفق المخدرات من أواسط آسيا وأمريكا الجنوبية إلى أوروبا والولايات المتحدة على التوالي. في حالات أخرى، قد يستغل المجرمون الاختلافات في تنظيم الأنشطة، كما هو الحال غالبا في معاملات غسيل الأموال التي تستفيد من الاختلافات في السرية المصرفية بين المنصات المالية الخارجية والبنوك التقليدية. قد تؤدي الاختلافات في المخاطر في أداء الأنشطة أيضا إلى تشكيل الوجود الجغرافي للجريمة عبر الوطنية، مع قيام المؤسسات الإجرامية بتطوير قواعدها المحلية في الدول منخفضة المخاطر وسوء الحكم، مثل نيجيريا. من المرجح أن تحدث الأنشطة الإجرامية في الدول المضيفة، حيث يتم تعويض المخاطر الأعلى من خلال إغراء تحقيق أرباح أعلى. كما تعامل جماعات الجريمة العابرة للحدود بعض البلدان كممرات تساهم في تعزيز الاقتصاد غير المشروع كدول شحن، تمر عبرها البضائع غير المشروعة، أو كدول خدمية (كما في حالة ملاذات غسيل الأموال).

عندما تشير الحكومات والمنظمات الدولية إلى الجريمة عبر الوطنية، فغالبا ما تعني الجريمة المنظمة عبر الوطنية. على سبيل المثال، أشارت اتفاقية اليوروبول بشأن المنظمة الأوروبية لإنفاذ القانون إلى أن هدفها كان استهداف "الإرهاب والاتجار غير المشروع بالمخدرات والأشكال الخطيرة الأخرى للجريمة الدولية حيث توجد حقائق مفادها ان الهياكل الإجرامية هي هياكل منظمة"؛ في عام 2000 أصدرت الأمم المتحدة اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية. وهذا يثير تساؤلا حول ما يضيفه مصطلح "المنظم" إلى فهمنا للجريمة عبر الوطنية.

وقدمت الأمم المتحدة ضمن "اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية" عام 2000 تعريفا كما يلي:

تُعرَّف "الجريمة المنظمة" بأنها أي "مجموعة منظمة من ثلاثة أشخاص أو أكثر يتواجدون لفترة من الوقت ويعملون بالتنسيق بهدف ارتكاب جريمة أو جرائم خطيرة واحدة أو أكثر ... من أجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية أو مادية أخرى.

"المجموعة المنظمة" هي مجموعة لا يتم تشكيلها بشكل عشوائي لارتكاب جريمة على الفور ولا تحتاج إلى تحديد أدوار رسمية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

لأعضائها أو استمرارية عضويتها أو هيكل متطور.

ومما يتم فهمه من تعريف الأمم المتحدة، فإن الجريمة المنظمة تختلف عن الجرائم الأخرى من حيث إنها مدفوعة بالربح ومستمرة (أي لن يتم تنفيذ الجريمة لمرة واحدة). وفي حين يمكن للجميع الاتفاق على هذين البعدين، فقد ثبت أن التوصل إلى تعريف أكثر شمولا للجريمة المنظمة أمر بعيد المنال. في الأصل، تم استخدام مصطلح "الجريمة المنظمة" للإشارة إلى مجموعات الجريمة الهرمية التي يعتقد أنها تحتكر السوق الإجرامية في منطقة معينة؛ ونشر العنف والفساد بشكل منهجي في مواصلة أنشطتهم غير المشروعة؛ وإدراك مستويات ربح عالية بشكل غير طبيعي سمحت لهم بتهديد الهياكل السياسية والاقتصادية. وعندما تم تطبيق هذا الرأي على الجريمة العابرة للحدود الوطنية، فقد أفسح المجال لمفاهيم مؤامرة مدبرة مركزيا من قبل قادة مجموعات الجريمة المنظمة لتقسيم العالم إلى إقطاعاتهم الفردية. وفي حين أن معظم المحللين لم يعودوا يؤمنون بمفاهيم السيطرة الاحتكارية، فإن الكثيرين ما زالوا يرون أن العنف المنهجي والفساد هما جوهر الجريمة المنظمة. غالبا ما يُعتقد (خطأً) أن الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية تشير إلى منظمات معقدة ومتطورة ذات قيادة مركزية توجه العمليات عبر الحدود.

في حين أن محللون آخرين وضعوا قدرا كبيرا من التركيز على الشكل الشبكي للتنظيم باعتباره السمة المميزة للجريمة العابرة للحدود منذ تسعينيات القرن الماضي، مما يسلط الضوء على الحجم والتطور والمرونة والكفاءة لهذا الشكل من التنظيم. الشبكات تُعرّف ببساطة من خلال أجزائها -الكيانات المكونة أو "العقد" أو "الروابط" بينها- هي شكل تنظيمي مركزي "أفقي" يُقال إنه يُمكّن المجرمين من تعظيم أرباحهم مع تقليل مخاطرهم من سطوة القانون. إذ غالبا ما يكون التعاون بين الأفراد مؤقتا وعابرا، حيث يتم تشكيل الشبكات وحلها حسب ما تقتضيه الظروف. في ظل هذه الظروف، يشعر العديد من المحللين أنه من الأنسب التحدث عن "الهياكل" الإجرامية أو "الوكالات" المختصة ضمن سلاسل الجريمة بدلا من "المنظمات أو المجموعات" (مما يعني ضمنا عضوية محددة بوضوح، بغض النظر عن تعريف الأمم المتحدة).

وفي الوقت نفسه، تجادل مجموعة رئيسية من المختصين بأنه من الأهم التفكير في الجريمة العابرة للحدود كسوق بدلا من شبكة من المجموعات. إن الحاجة إلى تقليل المخاطر (أي تفادي سطوة القانون) والقيود الأخرى التي يفرضها السوق غير المشروع تعني أن المنظمات الإجرامية سوف تميل إلى أن تكون صغيرة وهشة وقادرة على المنافسة، وهي بعيدة كل البعد عن الاحتكارات الهرمية التي تم التشديد عليها تقليديا للجريمة. بينما يشير منظرو الشبكات إلى قابلية الشبكات الإجرامية للتكيف وتعقيدها كمصدر رئيسي لمرونتها في مواجهة جهود إنفاذ القانون، يلاحظ المختصين الداعمين لفرضية السوق: أن الغالبية العظمى من الجريمة هي التخلي عن الخاسرين الصغار. من هذا المنظور، يمكن أن تُعزى مرونة الجريمة العابرة للحدود إلى المنطق الصارم المتمثل في ان ارتفاع عرض السوق هو لتلبية الطلب الموجود فعلا، بدلا من مدى تطور أو كفاءة الشبكات.

بالرغم من الاختلاف الذي تطرحه الرؤى السابقة في تفسير الجريمة العابرة للوطنية، إلّا أن معظم المختصين يتفقون على أن مجموعات الجريمة عبر الوطنية تختلف اختلافا كبيرا في حجمها وتنظيمها وأنماط عملها وأن السلاسل الهرمية والشبكات والأسواق تتعايش معا. غير أن التحدي الذي يواجه منظري الجريمة المنظمة وأجهزة إنفاذ القانون يتمثل في تحديد منهج موجاتها المناسب الذي يعمل في أي حالة معينة وتحديد ما إذا كان المنهج فعال تجريبيا (بدلا من الافتراض)، أو ما إذا كان المنهج مرتبطا بعوامل أخرى مثل أنواع الجريمة وأنماط التعاون مع المجموعات الأخرى، والروابط مع التشريعات القانونية، ومستويات التهديد المختلفة، والضعف أمام إنفاذ القانون أو التدخلات الأخرى.

المطلب الثاني: العوامل الدافعة لتنامي الجريمة عبر الوطنية

الجريمة عبر الوطنية ليست ظاهرة جديدة. أو الجماعات الإجرامية المتشعبة عملت عبر الحدود الوطنية لعقود، إن لم يكن لقرون. فكيف يمكننا إذن أن نعلل التنبيه واسع الانتشار بشأن الجريمة العابرة للحدود الذي اخذ في الاتساع خلال العقود الأخيرة؟

لقد أصبحت الجريمة عبر الوطنية عالمية النطاق ولم تعد مقصورة على مناطق جغرافية أو مجموعات عرقية معينة. كانت هناك زيادة ملحوظة في عدد وحجم الأسواق غير المشروعة، وعدد الجماعات المنخرطة في هذا النشاط، وعدد البلدان المتضررة،

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

والمبلغ الإجمالي للتجارة غير المشروعة. في حين كانت الأسواق غير المشروعة صغيرة ومعزولة في الماضي، تميل الأسواق غير المشروعة اليوم إلى أن تكون مترابطة، وتدعم بعضها البعض، وأكثر تمثيلا في الاقتصاد القانوني أكثر من أي وقت مضى. اقترن إضفاء "الطابع التعددي" على الجريمة باعتماد متزايد على أشكال الشبكة اللامركزية من التنظيم.

يمكن تفسير اتساع حجم ونطاق الجريمة عبر الوطنية وطبيعتها المتغيرة إلى حد كبير بتطورين. أولا، ساهم التدفق المتزايد عبر الوطني للأفراد والسلع والأموال في النصف الثاني من القرن العشرين -وهي عملية تعرف باسم "العولمة"- في نمو الاقتصادات المشروعة وغير المشروعة التي تعمل عبر الحدود الوطنية. ثانيا، أدت موجة من التحولات المزدوجة (بعيدا عن الاقتصادات المغلقة والأنظمة السياسية السلطوية) وزيادة الاضطرابات المدنية مع نهاية الحرب الباردة إلى "تقويض سلطة الدولة" في عدد من البلدان، مما وفر قاعدة أساسية لجماعات الجريمة أو تسهيل عمل الشبكات الإجرامية عبر الوطنية.

أولا: العولمة

تم تسهيل التدفق المتزايد عبر الوطني للأفراد والسلع والأموال التي حدثت خلال النصف الثاني من القرن العشرين بشكل كبير من خلال التقدم في تقنيات الاتصالات والنقل، مثل ظهور السفر الجوي غير المكلف للركاب، والكمبيوتر الشخصي، والإنترنت، والاتصالات الخلوية. ومع ذلك، فإن عملية العولمة، المفهومة بشكل صحيح، ليست مجرد مسألة ابتكار تكنولوجي، ولكنها مرتبطة بشكل أساسي بالإصلاحات الاقتصادية والسياسية التي قللت من القيود المفروضة على الحركة الدولية للسلع والأشخاص والأموال في الثمانينيات والتسعينيات. فقد أدت موجة من الإصلاحات الموجهة نحو السوق في العالم النامي والمتقدم إلى خفض الحواجز أمام التجارة وتعزيز تنمية الاقتصادات القائمة على التصدير. بالإضافة إلى ذلك، أدت موجة التحولات نحو الديمقراطية، التي بدأت في سبعينيات القرن السابق في جنوب أوروبا وانتقلت إلى أمريكا اللاتينية في الثمانينيات ثم إلى إفريقيا وأوروبا الشرقية والاتحاد السوفيتي السابق بعد سقوط جدار برلين، إلى زيادة التدفقات العابرة للحدود. الحدود التي أُغلقت في ظل الحكم الاستبدادي ساهمت الديمقراطية في فتحتها بشكل واسع.

عملية التحرير الاقتصادي والسياسي كان لها "جانب مظلم". في السوق العالمية المتزايدة، استفاد الفاعلون غير المشروعين، مثل نظرائهم الشرعيين، من فرص العمل أينما حدثت. أدى نمو التجارة العالمية والشبكات المالية العالمية إلى توفير بنية تحتية وغطاء يمكن للجهات الفاعلة غير المشروعة استغلالها. على سبيل المثال، نتيجة لإنشاء منطقة التجارة الحرة لأمريكا الشمالية، نمت التجارة بين الولايات المتحدة والمكسيك من 81.5 مليار دولار في عام 1993 إلى 247 مليار دولار في عام 2000 وإلى ما يقرب من 394 مليار دولار في عام 2010. هذه الحدود البرية هي أيضا واحدة من الطرق الرئيسية لتهريب البضائع غير المشروعة والأجانب إلى الولايات المتحدة. ازدياد حركة المرور عبر الحدود يزيد من فرص المجرمين لإخفاء أنشطتهم غير المشروعة ضمن تدفق التجارة المشروعة. تسارعت عولمة الأسواق المالية بشكل كبير منذ الثمانينيات، مما سهّل على المجرمين تحريك وتخزين أرباحهم بسرعة وسرية.

في الوقت نفسه، زادت العولمة من أهمية أشكال "الشبكة" من التنظيم للمؤسسات القانونية وغير القانونية. لم تعد المنظمات الهرمية مضطرة إلى توظيف اشخاص لديهم مجموعة كاملة من مجموعات المهارات المتخصصة اللازمة للعمليات المختلفة؛ بدلا من ذلك يمكن "التعاقد خارج" هذه الوظائف. في العالم الإجرامي، يمكن لشبكات الأفراد والمنظمات المرنة والقابلة للتكيف بسهولة أن تتجمع وتتفكك حسب ما تتطلبه احتياجات الأعمال غير المشروعة. يمكن الاستعانة بمصادر خارجية لعمليات مثل غسيل الأموال أو تصنيع هويات مزيفة إلى متعاقدين متخصصين مستقلين، والذين قد يكونون جزءا من شبكات إجرامية متعددة. باختصار، كان للابتكارات في التكنولوجيا وانتشار الأسواق غير المشروعة تأثير في "دمقرطة" العالم السفلي الإجرامي، مما يسهل على الأفراد المشاركة في الجريمة دون الحاجة إلى منظمات هرمية كبيرة لتوفير البنية التحتية والاتصالات الاجتماعية الضرورية.

ثانيا: تقويض سلطة الدولة

على الصعيد العالمي، ساهمت التحولات المزدوجة نحو اقتصادات السوق الحرة والديمقراطية في الثمانينيات والتسعينيات بشكل

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

كبير في زيادة تنقل الأشخاص والسلع والأموال التي وفرت فرصا متزايدة للجريمة عبر الوطنية. في العديد من البلدان، ساهمت هذه التحولات المزدوجة في انتشار الجريمة عبر الوطنية بطريقة أخرى أيضا. يشير هذا الجزء من البحث إلى التحولات التي انحرفت تاركة وراءها دولة غالبا ما تكون غير قادرة على فرض سلطة القانون -ما يسمى بالمناطق الرمادية- أو حتى ممارسة السيطرة على أراضيها -أي التسبب في نشوء "مناطق غير خاضعة للحكم"-. لقد وفرت هذه المناطق الرمادية وغير الخاضعة للحكم القاعدة الرئيسية لمجموعة واسعة من الجماعات المنخرطة في أنشطة إجرامية عبر وطنية: من المجرمين المنظمين إلى أمراء الحرب إلى المتمردين. وتجدر الإشارة إلى أن العديد من المنظمات الإجرامية تفضل المناطق الرمادية التي تخضع لحكم سيئ بدلا من المناطق غير الخاضعة للحكم والتي تقيم فيها عملياتها. تتمتع المناطق الرمادية بميزة الوصول السهل إلى البنوك والاتصالات والنقل، في حين أن تكلفة الأمن المادي في المناطق غير الخاضعة للحكم مرتفعة للغاية.

في بعض الحالات، مثل العديد من دول وجمهوريات ما بعد الاتحاد السوفيتي، استغلت الجريمة المنظمة التحولات المزدوجة لتعزيز سلطتها وإفساد الدولة. في العديد من هذه الجمهوريات، انضم "الوسطاء" الاقتصاديون الذين كانوا قد حفّزوا عجلات الاقتصاد الموجه قبل عام 1991 ومجموعات الجريمة المنظمة الصغيرة التي نجت من الحقبة السوفيتية مع بعض العناصر التي تم تفريغها من جهاز الاستخبارات والأمن السوفيتي ورجال الأعمال الناشئين للاستفادة من اقتصاد انتقالي منظم بشكل سيء. ومن خلال المعرفة الداخلية بمؤسسات الدولة ومصادرها، والوصول إلى ملفات الاستخبارات والمراقبة، والخبرة والاتصالات في الغرب، والخبرة في العنف والترهيب، كانت عناصر الجريمة المنظمة الجديدة هذه في وضع جيد لاستغلال نقاط ضعف الجمهوريات الناشئة من أجل ميزة شخصية عظيمة. أدت جهود مجموعات الجريمة المنظمة الناشئة هذه إلى تقويض ثقة المستثمرين في اقتصاديات تلك الجمهوريات، مما أدى إلى ارتفاع تكلفة ممارسة الأعمال التجارية وتفاقم ندرة رأس المال القانوني لتطوير الأعمال المشروعة. كما قاموا بنزع الشرعية عن النظم السياسية الجديدة من خلال التشكيك في قدراتها على الحفاظ على سيادة القانون وتوفير السلامة العامة.

في حالات أخرى، مثل دول البلقان والعديد من البلدان الافريقية، أدت عمليات الانتقال الفاشلة إلى الديمقراطية إلى حرب مفتوحة، وهو وضع فسح المجال لإقامة روابط بين النخب السياسية والعناصر الإجرامية استمرت حتى انتهاء الصراع. في حالة البلقان، أدى الحظر المفروض على الدول في دائرة الحرب إلى خلق حالات عدم تناسق جديدة تمكنت الجريمة المنظمة من استغلالها عبر تهريب السلع والبنزين والأسلحة. وبالتواطؤ مع المسؤولين الحكوميين المحليين، قامت جماعات الجريمة المنظمة بالاتجار بالنساء في أوروبا الغربية، وفي بعض الحالات، حتى مع قوات حفظ السلام التي تحاول الحد من مستوى الصراع. وشملت هذه المجموعات أعلى مستويات المجتمع في يوغوسلافيا السابقة، بما في ذلك قيادة حكومة صربيا، التي استخدمت هذه الشبكات لإثراء نفسها وتوفير الإمدادات اللازمة لقواتها لمواصلة الحرب. وبالمثل، قام تجار المخدرات في كوسوفو في أوروبا الغربية بتوليد التمويل اللازم لدعم تمرد جيش تحرير كوسوفو في أراضيهم.

المبحث الثاني: تأثيرات الجريمة عبر الوطنية على الدولة والنظام السياسي

تتسبب الجماعات الإجرامية العابرة للحدود في إلحاق الضرر بالأفراد والمجتمعات من خلال الجرائم التي يرتكبونها بدافع الربح. على سبيل المثال، يساهم الاتجار بالمخدرات في مستويات تعاطي المخدرات، والجرائم الصغيرة، وانتشار فيروس نقص المناعة البشرية IAIDS من قبل متعاطي المخدرات عن طريق الحقن. إن ضياع الإنتاجية وحوادث العمل وزيادة الإنفاق على الرعاية الصحية كلها تكاليف اقتصادية مرتبطة بتعاطي المخدرات. أدى إنتاج الكوكا في أمريكا الجنوبية إلى إزالة الغابات من مناطق متزايدة من غابات الأمازون وإلى تلوث الأراضي والمجاري المائية بالمواد الكيميائية المستخدمة في زراعة الكوكا ومعالجتها. غالبا ما يتم الاستشهاد بهذه التكاليف لتبرير اعتبار الاتجار بالمخدرات تهديدا للأمن الانساني والأمن البيئي.

ومع ذلك، غالبا ما توصف الجريمة عبر الوطنية بأنها تهديد للأمن القومي، وتتطلب استجابة مختلفة كما ونوعا من الحكومة. يحدث هذا أحيانا عندما يصل مستوى الضرر الناجم عن الجريمة العابرة للحدود إلى أبعاد وبائية، على سبيل المثال، الزيادة في معدل الإصابة بفيروس نقص المناعة البشرية الناتج عن تعاطي المخدرات في روسيا. أو إذا كانت الجريمة نفسها ذات طبيعة خطيرة بدرجة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

كافية -مثل تهريب المواد النووية- فإن التهديد الذي يمثله سيعتبر مسألة تخص خبراء الأمن القومي. ولكن في أغلب الأحيان، يُنظر إلى مرتكبي الجرائم العابرة للحدود -وليس الجرائم نفسها- على أنهم يمثلون تهديدات حقيقية للأمن القومي. ووفقا لهذا الرأي، فإن المجرمين الأكثر ثراءً وقوةً يقوضون الدولة والديمقراطية والاقتصاد من خلال استخدام الفساد والعنف وإعادة استثمار أرباحهم في الاقتصاد المشروع.

أولا: الجريمة عبر الوطنية وتقويض الأجهزة الحكومية

على مستوى أساسي للغاية، فإن قدرة المنظمات الإجرامية عبر الوطنية على التهرب من ضوابط حدود الدولة وتوفير سبل جديدة للنقل غير المشروع للبضائع والأشخاص تتحدى قدرة الدولة على ممارسة وظائفها الأساسية كضامن للسيادة الوطنية، وصاحب احتكار الاستخدام المشروع للقوة وتوفير الصالح العام. في سياق أنشطتها، تقوم المؤسسات الإجرامية العابرة للحدود بإفساد وتقويض العديد من الوكالات والأجهزة الحكومية للدولة، مما يوفر آليات يمكن من خلالها للمؤسسات الإجرامية عبر الوطنية أن تؤثر على طبيعة الحكومة وسياسة الدولة في البلدان المضيفة. في أقصى الحالات، تصبح المنظمات الإجرامية العابرة للحدود قوية للغاية بحيث تتحدى وتحل محل احتكار الدولة لاستخدام القوة، كما حدث في بعض المناطق النائية من المناطق المنتجة للمخدرات في كولومبيا وبيرو وبوليفيا.

كذلك، فقد حظي الاتجار بالبشر عبر الوطني بقدر متزايد من الاهتمام منذ نهاية الحرب الباردة. في عام 2007، قدرت وزارة الخارجية الأمريكية أن 800000 شخص تم الاتجار بهم عبر الحدود الدولية لغرض العمل القسري أو الدعارة. يعاني ملايين آخرون من هذا المصير داخل الحدود الوطنية، ويقدر أيضا أن 80 في المائة من الضحايا هم من النساء أو الفتيات، وكثير منهن يتم الاتجار بهن لغرض الاستعباد الجنسي. ما يقرب من نصف الضحايا هم من القاصرات. يقدر مركز الإرهاب والجريمة عبر الوطنية والفساد بجامعة جورج ميسون أن الصناعة تدر ما بين 10 مليارات دولار و40 مليار دولار أمريكي سنويا.

تلعب المنظمات الإجرامية عبر الوطنية دورا رئيسيا في تسهيل هذا الشكل الحديث من العبودية. إن الاتجار بالبشر ليس مجرد مركز احتراف آخر لعمليات الإجرام عبر الوطنية، ولكنه أحد الأنشطة التي تقوم بها هذه الجماعات والتي يُنظر إليها على أنها تهديد مباشر ومتزايد للأمن الانساني والوطني. على المستوى الفردي، يهاجم الاتجار بالبشر بشكل مباشر حقوق الإنسان الخاصة بالضحية وصحته وسلامته من خلال الضغط عليهم في العمل القسري، مما يعرضهم لخطر متزايد للإصابة بالأمراض المنقولة جنسيا، والاعتداء الجسدي، والضرر العقلي، لا سيما اضطراب ما بعد الصدمة. كما أنه يحط من قدر المجتمعات عن طريق تفتيت الأسر وتقليل مستويات الثقة بين أفراد المجتمع، لا سيما لأن العديد من الضحايا يتعاملون أولا مع شبكات الاتجار من خلال معارفهم. لكن؛ تنظر الحكومات أيضا إلى الاتجار بالبشر على أنه تهديد للأمن القومي. ويرجع ذلك جزئيا إلى أن الفساد الرسمي يسهل شبكات التهريب، وبالتالي يكون لها تأثير مدمر على نزاهة القوات الأمنية، ومع ذلك؛ تشعر الحكومات بالقلق أيضا من أن هذه الشبكات المظلمة قد تُستخدم في الاتجار أكثر من الضحايا، وتعمل كقنوات للتنظيمات الإرهابية أو للأمراض الوبائية أو غيرها من التهديدات الضارة بالدولة ومواطنيها.

ثانيا: الجريمة عبر الوطنية وتعزيز الفساد

قد تصبح الجريمة عبر الوطنية تهديدا أساسيا من خلال قدرتها على إفساد أو إكراه المسؤولين الحكوميين. في بعض الدول، استفادت المؤسسات الإجرامية عبر الوطنية من الاستقرار الذي صاحب التحولات إلى الديمقراطية، مستخدمة الفساد لتوسيع نفوذها إلى أعلى مستويات الدولة وبالتالي حماية نفسها من إنفاذ القانون. يصبح هذا التهديد أكثر خطورة في الحالات التي يكون فيها لدى الدول قدرة محدودة على حماية نفسها من مثل هذه التهديدات، كما هو الحال في الدول الجزرية الصغيرة في منطقة البحر الكاريبي وجنوب المحيط الهادئ، أو في الحكومات المحلية أو الإقليمية داخل الولايات الفيدرالية الأكبر. في الحالات القصوى، قد تؤدي قوة الجريمة المنظمة بالنسبة للحكومات إلى أشكال هجينة من الحكم حيث يشكل السياسيون وإنفاذ القانون والمنظمات الإجرامية عبر الوطنية شبكات دعم متبادل، كما لوحظ في الأحياء الفقيرة في ريو دي جانيرو، ضواحي بوينس آيرس، وبعض المدن والبلدات في

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المكسيك.

ثالثا: الجريمة عبر الوطنية وتقويض الاستقرار

تعتبر الحكومات الجريمة العابرة للحدود تهديدا أمنيا لدرجة أنها تقوض الاستقرار السياسي من خلال التشكيك في شرعية الأنظمة الجديدة. يساهم الضعف الملحوظ في إنفاذ القانون في الديمقراطيات الجديدة في الاستجابة للجريمة عبر الوطنية وانعدام الأمن العام في تقويض ثقة الجمهور وولائه للنظام الجديد. في أقصى الحدود، يمكن أن يؤدي رد الفعل الشعبي إلى استبدال الحكومات أو الأنظمة، مما يؤدي في بعض الأحيان إلى استعادة الديمقراطية، كما حدث خلال الثورة البرتقالية في أوكرانيا في عام 2004، ولكن في أوقات أخرى يؤدي إلى الحنين إلى أشكال أكثر مركزية من الحكومة، مثل ما يمكن القول إنه حدث في روسيا خلال رئاسة بوتين. وفي كلا الحالتين، تساهم الجريمة عبر الوطنية في تقويض ثقة الجمهور وولائه للنظام بما يزعزع الاستقرار السياسي.

رابعا: الأضرار المترتبة على التنمية الاقتصادية الناجمة عن الجريمة عبر الوطنية

يُنظر إلى الجريمة عبر الوطنية على أنها تهديد للتنمية الاقتصادية (وبالتالي الأمن القومي). يُنظر إلى الجريمة المنظمة على أنها تهديد للتنمية بقدر ما تقوض سيادة القانون وتردع الاستثمار الأجنبي من خلال زيادة مستوى العنف وانعدام الأمن في المجتمعات المضيفة. بالإضافة إلى ذلك، غالبا ما يعيد المجرمون استثمار عائداتهم في الاقتصاد القانوني كجزء من جهود غسيل الأموال، وغالبا ما تتمتع هذه الشركات التابعة إجراميا بميزة تنافسية غير عادلة من خلال وصولها إلى رأس المال الرخيص وقدرتها على تخويف المنافسين في السوق. وينظر المختصون لغسيل الأموال باعتباره الأساس لكافة اشكال الجريمة المنظمة.

في حين أن تقييم التهديد هذا صحيح بالنسبة لبعض هياكل وبلدان الجريمة المنظمة، فإنه غالبا ما يتم تطبيقه بشكل غير صحيح في جميع الحالات على جميع حالات الجريمة المنظمة عبر الوطنية. تذكر، مع ذلك، أن التعريف البسيط للجريمة المنظمة عبر الوطنية الذي تستخدمه الحكومات والمنظمات الدولية يعني أن هناك قدرا كبيرا من الاختلاف في حجم وهيكل وأنشطة هذه الجماعات. على وجه الخصوص، تختلف اختلافا كبيرا في العوامل التي غالبا ما تُعتبر "علامات تجارية" للجريمة المنظمة؛ مدى استخدامهم للعنف والفساد لتسهيل جرائمهم؛ ومدى اختراقهم للاقتصاد القانوني. يمكن أن يساعد هذا الاختلاف في تفسير تصورات التهديد المختلفة جدا للجريمة المنظمة التي تتبناها مجموعات الأكاديميين الذين يدرسون الموضوع.

يتمثل التحدي الذي يواجه الدراسين للجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية في تطوير نظريات تستند إلى أسس تجريبية حول التهديد الذي تشكله الجريمة عبر الوطنية، بدلا من افتراض التهديد بناءً على تسمية "الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية" (والتي تميل إلى أن يتم تطبيقها بسهولة أكبر على المجموعات العرقية العاملة في هوامش المجتمع). من المرجح أن تشكل المجموعات المنضبطة في الهياكل الاجتماعية والسياسية رفيعة المستوى تهديدا أكبر (من خلال الفساد واختراق الاقتصاد المشروع) من تلك التي تعمل على هامش المجتمع.

خامسا: الجريمة عبر الوطنية والإرهاب

لطالما اعتمدت الجماعات التي تستخدم الأساليب الإرهابية على الجريمة كوسيلة لتمويل أنشطتها. مع الزيادة الهائلة في فرص الجريمة عبر الوطنية في التسعينيات، ليس من المفاجئ أن الجماعات الإرهابية العابرة للحدود -وكذلك تلك الموجودة في بلد واحد- قد انخرطت بشكل متزايد في الجريمة كمصدر للتمويل. مثل تهريب السجائر والاحتيال على القسائم والتزوير في منطقة الحدود "الثلاثية الحدودية" غير المنظمة في الأرجنتين والبرازيل وباراغواي. وبالمثل، انخرطت خلايا القاعدة في أوروبا الغربية في تزوير بطاقات الائتمان في التسعينيات. استفاد أمراء الحرب في أفريقيا من التجارة غير المشروعة في الماس؛ كما ان المقاتلين والجماعات شبه العسكرية في كولومبيا -وكلاهما يستخدم تكتيكات إرهابية- شاركوا في تجارة الكوكايين خلال العقدين الماضيين.

باختصار، فإن نفس التأثيرات الديمقراطية التي خلفتها العولمة، والتي أدت إلى زيادة فرص النشاط الإجرامي، تنطبق على الإرهابيين. وقد ساهمت اللامركزية في جماعات الجريمة العابرة للحدود الوطنية، والتي كانت واضحة في التسعينيات، في قدرة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

"الإرهابيين" على زيادة تورطهم في الجريمة. بالإضافة إلى الانخراط في أنشطة إجرامية لتمويل أنشطتهم -وأحيانا التعاون مع المجرمين في التجارة غير المشروعة-، يسعى الإرهابيون أيضًا إلى الحصول على الخدمات التي يقدمها المجرمون لأسباب تشغيلية -على سبيل المثال، شراء الأسلحة من تجار الأسلحة غير المشروعين أو وثائق هويات مزورة من المزورين. وأحد أكبر المخاوف هو أن يتمكن الإرهابيون من الحصول على أسلحة الدمار الشامل من المجرمين.

بينما لا أحد يجادل في هذه الروابط، كان هناك قدر كبير من الخلاف حول معناها والمسار المستقبلي للأحداث. يمكن المبالغة في "الصلة بين الجريمة والإرهاب" - فالحكومات لديها حوافز لتشويه سمعة الإرهابيين من خلال تصنيفهم كمجرمين، ولا يهتمون إلا بالأرباح، ويستفيد تطبيق القانون من المزيد من الموارد والصلاحيات من خلال التذرع بشبح "التحالف الاستراتيجي" بين الاثنان. تفترض وجهة النظر هذه أن المجرمين والإرهابيين يتشاركون مصلحة في جني الأموال وزعزعة استقرار الدولة وأن التأثير المضاعف للتعاون لتحقيق أهدافهم سيكون مدمرًا.

في حين أن الاتصال بين المجرمين والإرهابيين أكثر من أي وقت مضى، فإن التعاون ليس تلقائيا بأي حال من الأحوال، ولا يحتمل أن يكون له الآثار المدمرة التي يتوقعها البعض باستثناء تهريب المواد النووية. وكما تؤكد وزارة الخارجية الأمريكية، فإن المجموعتين تشتركان في "الأساليب، ولكن ليس الدوافع"، وهذا يميل إلى الحد من تعاونهما. قد ينخرط المجرمون المهتمون بالأرباح في بعض الأحيان في تعاون تكتيكي مع الإرهابيين، لا سيما عندما يسيطر الأخيرين على الأراضي أو الموارد الأساسية (تماما كما تفعل الشركات متعددة الجنسيات التي تعمل في مناطق النزاع). في المقابل، عندما تكون المنظمات الإجرامية قوية، فمن المحتمل أن تخلق حواجز أمام دخول الإرهابيين (وغيرهم من الأفراد) المهتمين بالأنشطة الإجرامية. حتى عندما يجلب التعاون فوائد مالية، فقد يتجنب المجرمون ذلك حتى لا يجذبوا انتباه غير مرغوب فيه من سلطات إنفاذ القانون.

على الرغم من هذه المحاذير، من المهم لواضعي السياسات وأجهزة إنفاذ القانون تطوير استراتيجيات لمعالجة الصلة بين الجريمة والإرهاب. يتطلب خطر "الجريمة الكارثية" اهتماما خاصا بتهريب المواد النووية. من غير المرجح أن يؤدي استهداف الأنشطة الإجرامية للإرهابيين إلى إفلاس أي منظمة، حيث إن معظم الجماعات لديها مصادر تمويل متنوعة، ولكن يمكن أن يعيق قدرتها على تمويل وتسليح نفسها بحدود معقولة. وبنفس القدر من الأهمية، فإن تحديد الصلة الإجرامية داخل الإرهاب يمكن أن يوفر نقطة دخول إلى تلك التنظيمات، ليستغلها متخصصو مكافحة الإرهاب والاستخبارات.

خاتمة

توسعت الجريمة عبر الوطنية بشكل كبير منذ أواخر الثمانينيات، خاصة منذ نهاية الحرب الباردة التي فتحت إمكانيات جديدة للمنظمات الإجرامية. لقد سهلت العولمة بشكل خاص ليس فقط تطوير أسواق إجرامية جديدة، ولكن أيضا أشكال جديدة من التنظيم. تشير الأدلة المتاحة إلى أن مكافحة الجريمة المنظمة أصبحت أكثر صعوبة لأنها -أي الجريمة عبر الوطنية- أصبحت أكثر قابلية للتكيف ومقاومة لاستراتيجيات إنفاذ القانون المتاحة. حتى لو تبين أن شبكات الجريمة المنظمة أكثر عرضة للخطر مما يعتقد العديد من المحللين، فإن قدرة الجريمة المنظمة على تشكيل تحالفات تكتيكية أو استراتيجية بسهولة أكبر اليوم وينبغي أن تثير قلق الحكومات.

ومن المفارقات، أن الاتجاهات العالمية التي يُسوق لها القادة في البلدان المتقدمة -العولمة والديمقراطية والتحرير الاقتصادي- لها جانب مظلم أيضا: القدرة على خلق مساحات جديدة لانتشار الجريمة عبر الوطنية. مثلما تعزز هذه الاتجاهات قدرا أكبر من الحرية السياسية والاقتصادية والشخصية، فإنها تسهل أيضا قدرة المجرمين على تجاوز السلطات القضائية الوطنية. وحتى لو قررت البلدان أن تكاليف العولمة تفوق الفوائد، فهذه اتجاهات خارجة إلى حد كبير عن سيطرة أي حكومة بمفردها. يصبح السؤال هو كيف يمكن احتواء هذه الظاهرة وتقليل الضرر الذي تسببه.

السؤال إذن هو ما الذي يمكن للحكومة والقطاع الخاص والمجتمع المدني فعله لتقليل الضرر الناجم عن الجريمة عبر الوطنية قبل أن يتم دفعهم إلى تدابير قصوى؟ من الواضح أن هناك مجالا للحلول غير العسكرية. تشير إحدى المقاربات إلى تعاون أكبر بين أجهزة إنفاذ القانون ووكالات الاستخبارات الوطنية لمواجهة التهديدات التي تعبر الحدود. واقترح آخرون إيلاء اهتمام أكبر للتدابير

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الوقائية، لا سيما من خلال التعاون مع الدول المتقدمة التي لها أكبر مصلحة في نجاح النظام الدولي الناشئ.

التوصيات:

-عملية التحرير الاقتصادي والسياسي يجب ان تكون حذرة بما فيه الكفاية، بغية تخفيض الثغرات التي يمكن لشبكات الجريمة المنظمة استغلالها والاستفادة منها.

-تعزيز الرقابة على الأنشطة المصرفية والحوالات التي يمكن ان يتخللها أرباح وأصول أنشطة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية. إذ يعتبر العديد من المختصين أن تلك الأرباح هي حجر الزاوية لأنشطة الجريمة العابرة للحدود الوطنية

-ضرورة تعزيز السيطرة على تقنيات الاتصالات والنقل، والإنترنت، والاتصالات الخلوية.

المصادر:

تقارير:

1. "اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولات الملحقة بها." الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الخامسة والخمسون، البند 105 من جدول الأعمال. 2001. http://tinyurl.com/pjawp84z

2."تقرير مؤتمر الأمم المتحدة الثاني عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية." الأمم المتحدة، 2010. http://tinyurl.com/3k9v8bpa

3."تقرير مؤشر الجريمة المنظمة العالمي 2021." صادر عن المبادرة العالمية لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية. http://tinyurl.com/ye6jks94

4.مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة. " دليل لمشاركة المجتمع المدني بالتعاون مع آلية مراجعة اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظّمة عبر الوطنية." صادر هذا التقرير بالتعاون بين مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة مع المبادرة العالمية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية. http://tinyurl.com/pxhr876d

بحوث:

5.مليكة حجاج. نبيل ونوغي. "التعاون الدولي لم واجهة الجريمة المنظمة العابرة لمحدود الوطنية بين المقومات والمعوقات." المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية. المجلد: السادس، العدد: الاول. 2022. http://tinyurl.com/32yreupx

المصادر الإنكليزية:

:Books

6. Alan Collins. “Contemporary Security Studies.” Oxford University Press, Third Edition. 2013.

:Reports

7. “ The Globalization of Crime: A Transnational Organized Crime Threat Assessment.” UN Office on Drugs and Crime (UNODC). 17 June 2010. http://tinyurl.com/4azxu5nj

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

Alexis Aronowitz & Gerda Theuermann & Elena Tyurykanova. “Analysing the Business .8 Model of trafficking in human Beings to Better Prevent the crime.” Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE). 2010. http://tinyurl.com/yck8255h

:Articles

Paolo Campana. “Explaining criminal networks: Strategies and potential pitfalls.” SAGE .9 publications, Volume 9. 2016. http://tinyurl.com/67yn5h8c

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تقييم آثار البطالة على السلم الوطني

م. د حميد هاشم الهلالي
كلية الطف / قسم القانون

أ. م. د علي شمران حميد
مركز الدراسات الاستراتيجية

ملخّص

تعدّ البطالة أحد الأسباب الرئيسة التي تعيق تحقيق السلم الوطني؛ لأنّ تأثيراتها تمتدّ للجوانب الاقتصادية، والتي هي المقوّم الأساس الذي يرتكز عليه الأمن الاقتصادي، وتمتدّ تأثيراتها أيضاً للجانب الاجتماعي، وهو الآخر صمّام الأمان لكلّ سلم، بل إنّ بعض آثارها تصل للحدّ الذي يعصف بالسلطات والحكومات من خلال احتجاجات العاطلين والمحرومين من فرص عمل عادلة.

وتنصرف آثار البطالة أحيانا إلى ازدياد نسب الفقر عندما تُحرم شرائح كبيرة من فرص العمل، وهذا ينسحب إلى توزيع الثروة الوطنية وكيفية تسخيرها لتحقيق سلم وأمن دائمين. فأيّ سلم يمكن أن يتحقّق في ظلّ وجود نسب بطالة تصل إلى 40% من مجموع السكان، وبهذا فهي تتحيّن الفرص للاحتجاج على الدولة حين لا يجدون رابطاً يربطهم بها؛ كونها لم توفّر لهم فرص الحياة الكريمة.

وقد يطرح تساؤل مهمّ يجيب عنه البحث بالأدلّة والوثائق، وهو أنّ ازدياد البطالة يؤدّي إلى ازدياد نسب الجريمة، والجريمة هي نقيض السلم، وقد تكون الجرائم المترتّبة جرائم عابرة وجرائم دولية تستنفذ جهد أجهزة الدولة الذي من المفترض أن يخصّص لإيجاد فرص لتشغيل العاطلين، وبالتالي مكافحة البطالة.

وقد تبيّن لنا بالدليل أنّ القرارات التي اتخذت لمعالجة البطالة في العام 2019م قد أعطت مردوداً سلبياً على اقتصاد الدولة، وبدلاً من أن تكون حلّاً للمشكلة كانت معضلة إضافية. ولابدّ أن نطرح سؤالاً قانونياً هو: ماهي حدود مسؤولية الدولة؟ وما هو الحقّ الذي كفله الدستور بخصوص فرص العمل والعدالة في التوزيع؟ وكيف أثّرت عشوائية اتّخاذ القرارات في نموّ الشعور بالمظلومية لدى المواطنين والذي أدّى إلى ردّة فعل سلبية تجاه الدولة هّددت سلمها الوطني.

إنّ البحث يتضمّن الإجابات على هذه الأسئلة، ويحاول أن يسلّط الضوء على جوانب قد تكون ليست في حساب المخطّط الاستراتيجي، والذي يسعى لتجفيف البؤر والمنافذ التي تؤدّي للإخلال بالسلم الوطني.

لقد وضّح الباحثان في المطلب الأول ما المقصود بالبطالة؟ وما الأسباب التي تؤدي إلى حدوثها؟ أمّا المطلب الثاني فقد تناولنا فيه آثار البطالة على المجتمع من كافة نواحيه الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأمنية المترتّبة المؤثّرة على السلم الوطني.. وقد توصّل الباحثان إلى بعض الاستنتاجات والتوصيات المهمة التي من شأنها أن تحدّ من مخاطر البطالة وتأثيراتها على السلم الوطني.

SUMMARY

Unemployment is one of the main reasons that impede the achievement of national peace because its effects extend to economic aspects, which is the main resistance underlying economic security. Rather some of its effects stretch to the social aspect, the other being a safety valve for each ladder yet, and some of its effects reaches the extent that it ravages the authorities and governments through protests by the unemployed and those deprived of their lack of fair job opportunities.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

It sometimes leads to an increase in poverty rates when large segments are deprived of job opportunities, and this applies to the distribution of national wealth and how to harness it to achieve lasting peace and security. What peace can be achieved in the presence of unemployment rates reaching 40% for a group waiting for opportunities to attack the state to which they cannot find a connection because it has not provided them with opportunities for a decent life .

There may be a general question to be answered by evidences and proofs that the increase in unemployment leads to an increase in the crime and necessarily, the crime is the opposite of peace and the crimes involved may be simple crimes or international crimes are exhausting an effort by the State, which was allocated to employment on another side, to see how the decisions taken to address the unemployment in 2019 Instead of a solution that was a problem, gave a negative response to the country's economy.

We must ask a legal question what the limits of State responsibility are and what right is guaranteed by the Constitution regarding employment opportunities and justice in distribution،How the indiscriminate influenced the growth of a sense of circular injustice reacted to the State and threatened its national peace .

The research addresses all these questions and tries to shed light on aspects that may not be in the calculation of a strategic plan that seeks to dry up the focuses and outlets that lead to a breach of the national peace .

المقدّمة

البطالة ليست حدثاً طارئاً على الاقتصاد، فقد وُلدت مع الثورة الصناعية، وأصبحت الصناعة الهمّ الأكبر للبلدان كونها أداة إنتاج وأداة هيمنة اقتصادية، لذا فأيّة مشاكل تواجه الشركات الصناعية تضطرها لتقليص أعمالها أو غلق مصانعها، وسيؤدي بالتالي إلى تسريح عدد كبير من العمال الذين سينظمّون إلى جيوش العاطلين، وازدياد عدد العاطلين ليضافوا إلى الأعداد الموجودة أصلاً.

وبمرور الزمن يجد العاطل نفسه في وضع لا يُحسد عليه، حيث يقف عاجزاً عن سدّ احتياجاته الحياتية ليعيش حالة من اليأس والبؤس والإحباط والقطيعة مع المجتمع والدولة، ويتنامى لديه شعور بالاغتراب تضطرّه في حالات كثيرة إلى الهجرة وترك البلد، أمّا من لم يستطع الهجرة لظروف عائلية أو مادّية أو لأيّ سبب آخر فإنّه يكون صيداً سهلاً للجهات التي تدير شبكات الجريمة المنظمة وبالذات تجّار المخدرات ودعاة الإرهاب.

وهذا يشكل خطراً كبيراً على الفرد والمجتمع والسلم والأمن الوطني خاصّة وإنّ بعض العاطلين ينخرط بشكل كلّي مع هذه العصابات، فالبطالة تعمّق شعور العاطل عن العمل بالإحباط والاكتئاب والحزن، أو على سنين عمره التي تمضي دون جدوى، وقد يشعر بالتشاؤم واليأس والنظر إلى المستقبل نظرة تشاؤمية تقوده للتمرّد والاحتجاج والعنف، أو السلوك العدواني بأشكاله المختلفة، وارتكاب الجرائم كتعاطي المخدرات والسرقة والقتل والاغتصاب وتخريب ممتلكات الآخرين.

أهمية البحث

تأتي أهمّية البحث من خلال عرض الآثار المدمّرة التي تتركها ظاهرة البطالة على المجتمع والفرد, فبينما تؤدّي البطالة إلى شلّ

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

قدرات المجتمع على البناء والتنمية، وتعطّل قدراته التنموية, تظهر آثارها واضحة للعيان على الفرد العاطل من حيث طريقة سلوكه ونظرته لنفسه والمجتمع، حيث تغلب النظرة الدونية ويزداد شعور العاطلين بعدم الرضا واليأس والإحباط ممّا يترجم ذلك بردة فعل غير منضبطة تقود أغلبهم إلى الجنوح نحو طرق احتيالية وإجرامية للحصول المال, ولا يجد رادعاً في الإقدام على أفعال تُلحق أضراراً كبيرة بالبلد، وذلك حين يرتبط بمنظمات إرهابية وإجرامية تحت تأثير الإغراء والإغواء واستغلال حاجاته من قبل تلك المنظّمات.

لذا فهدف البحث هو تسليط الضوء على الآثار المدمرة للبطالة والتي تنعكس سلباً على السلم المجتمعي، ويطرح مجموعة من الحلول والمعالجات لهذه المشكلة المتفاقمة بعدما أصبح واضحاً للجميع أنّ البطالة هي المرتع الخصب الذي توظّفه عصابات الجريمة المنظّمة بشتّى أنواع الإغراءات.

إنّ البحث يستند إلى جدلية حياتية مفادها (لا يمكن للسلم الوطني أن يتحقّق طالما هناك شعور بعدم الرضا وعدم وجود عدالة في توزيع فرص العمل)، فالبطالة تنتج الفقر، والفقر هو المحفّز الأساس للجريمة.

وكلّما ازداد منحنى الجريمة كلّما فقد المواطن أمنه، وفقدت الدولة قدرتها على ضبط السلم المجتمعي، وهناك جرائم عابرة للحدود مثل جريمة المتاجرة بالمخدّرات، وهي الأكثر انتشاراً بين العاطلين كردّة فعل على عملية الإحباط وعدم توفّر فرص العمل لهم.

إشكالية البحث:

تكمن خطورة البطالة في الخشية من استغلال ظروف العاطل عن العمل لتسخيره في القيام بأعمال تضرّ المجتمع، وتضرّ العاطل نفسه، لذا فالمطلوب هو غلق كلّ الأبواب التي يدخل منها الإرهاب للفرد والجماعة من خلال ما تقدّمه المنظّمات الإرهابية من إغراء مالي كبير، أو تقديم حوافز ماديّة أو وظائف له، وتجنيدهم لخدمة أهدافها العدوانية، وهذا يشكّل خطراً على العاطل الذي يجد نفسه مضطرّاً للعمل مع هذه العصابات، وتزداد الخطورة عندما لا يجد بديلاً ماديّاً يعوّضه عن ترك العمل مع هذه العصابات.

منهج البحث

يعتمد البحث على المنهج الوصفي المقترن بتحليل البيانات والمعلومات المتوفّرة عن ظاهرة البطالة وآثارها والمعالجات الممكنة لهذه الظاهرة.

خطة البحث

لغرض الإحاطة بموضوع بحثنا وطرح المشكلة وأسبابها وآثارها وحلولها ينبغي أن يتضمّن البحث مبحثين: المبحث الأول يتعلّق بالتعريف بالبطالة وأسبابها، في حين يناقش المبحث الثاني آثار البطالة على النواحي كافّة، وعلاقة ازدياد معدّل البطالة بالجريمة، ونختتم البحث بمجموعة من الاستنتاجات والتوصيات.

المبحث الأول

التأصيل القانوني للبطالة (أسبابها ودور الفساد المالي في زيادة معدلاتها)

تناول الباحث في هذا المبحث البطالة والاسباب المؤدية لها مستعرضا في ذلك تعريف البطالة وفق ماورد في اراء الفقهاء ومنظمة العمل الدولية وتطرق الباحث للأسباب المؤدية للبطالة حيث استعرض الاسباب الاقتصادية وتأثيراتها الكبيرة على ازياد معدلات البطالة وفق رؤيا جديدة للأسباب الاقتصادية وعرج الباحث على الاسباب السياسية والهجرة والاسباب الامنية متضمنة الحروب وكيف اثرت بتفشي ظاهرة البطالة في المجتمع وتناول الباحث الموضوع من خلال مطلبين تناول في الاول منه تعريف البطالة وفي المطلب الثاني تم استعراض اسباب البطالة وهما كالاتي:-

المطلب الاول: تعريف البطالة من الناحية القانونية

المطلب الثاني: اسباب ازدياد ظاهرة البطالة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الأول: تعريف البطالة

البطالة ظاهرة اقتصادية بدأ ظهورها بشكل ملموس مع ازدهار الصناعة، حيث لم يكن لها معنى في المجتمعات الريفية التقليدية، وقد وردت تعريفات عديدة للبطالة، فقد عرّفتْ منظمة العمل الدولية العاطل بأنّه كلّ شخص قادر على العمل وراغب فيه، ويبحث عنه، ولكن دون جدوى. وعلى وفق هذا التعريف فالعاطل هو من يبحث عن عمل، ولن يحصل عليه، وليس كلّ من لا يعمل عاطل.

وعرف بعض فقهاء القانون والمختصّون العاطل بأنّه (كلّ فرد لديه القدرة على العمل ويقبله بأيّ أجر، وسلك طرقاً كثيرة للحصول عليه دون جدوى ().

وعرّفها آخرون بأنّها "حالة عدم توفّر العمل لشخص راغب في مهنة تتّفق مع استعداداته وقدراته وذلك نظراً لحالة سوق العمل" () بأنْ يكون الفرد في سنّ العمل وقادراً عليه جسمياً وعقلياً، وراغباً في أدائه، ويبحث عنه ولا يجده، ممّا يترتّب عليه تعطيله على الرغم من احتياجه الأجر الذي يتقاضاه إذا توفّرت له فرصة عمل. (3) وهو تعطيل جانب من قوّة العمل المنتج اقتصادياً على الرغم من القدرة والرغبة في العمل الإنتاج (4).

يتّضح ممّا سبق من تعريفات أنّ البطالة حالة إجبارية، وليس اختيارية، وإنّ الأفراد دائبو البحث عن فرص العمل، وقد يضع بعضهم اشتراطات لهذه الفرص تتناسب مع خبراته مؤهّلاته وقدراته. وما يعنينا في هذا البحث هو الحالة العراقية (فالبطالة هي سوء إدارة موارد الدولة).

المطلب الثاني: أسباب ازدياد معدل البطالة ... الحالة العراقية أنموذجا.

إنّ البطالة لم تحدث من العدم، وهي ليست حالة مزاجية، أو ترفاً اجتماعياً، بل هي حالة فُرضت فرضاً على مجموعة واسعة من القادرين على العمل، ولكنّهم لم يجدوا فرصة عمل لأسباب عديدة: اقتصادية أو سياسية أو أمنية تنفرد بها الحالة العراقية خلافاً لكلّ حالات تزايد البطالة المعروفة عالمياً.

فالبطالة في العراق حالة استثنائية نظراً للوفرة المالية الإجمالية التي تتحقّق من مبيعات النفط، والتي كان المتوقّع أن تترجم إلى فرص عمل أكثر من حاجة الأيدي العاملة العراقية، ولكن على النقيض من ذلك ازدادت معدلاتها ممّا جعلها تشكّل خطراً على الأمن المجتمعي، بل إنّ أغلب الهزّات العنيفة للنظام السياسي بعد 2003م حدثت بسبب تزايد أعداد العاطلين واحتجاجاتهم، وسوف نستعرض بعض الأسباب الخاصّة بالحالة العراقية للبطالة ومنها:

الفرع الاول: الأسباب الاقتصادية

امتازت الحالة العراقية بوجود أسباب كثيرة ضاغطة بعضها حدث بسبب سوء الإدارة، وبعضها قد خُطّط له بدون إدراك لنتائجه ومنها:

1- الإخلال بهيكلية الاقتصاد العراقي

يعتمد الاقتصاد العراقي بصورة كلّية على استخراج النفط وبيعه, لذا فالاقتصاد يتأثّر بسعر هذه السلعة، فمرّة نجد أنّ المشرّع يضع لها سعراً متدنّياً عند إعداد الموازنة؛ ممّا يسبّب عجزاً كبيراً بالموازنة يعالج بحلول ضاغطة على فرص العمل والتنمية, ومرّة يضع له أسعاراً عالية توفّر موردا أساسيا بالموازنة ولكن تتسرّب إلى جيوب الفاسدين بطرق عديدة وأيّ انهيار مفاجئ بأسعارها يؤدي إلى عجز مالي كبير يعطّل سوق العمل، ويزيد من البطالة، وتعجز الدولة عن دفع مستحقّات موظّفيها، وتتوقّف عن دعم قطاعات الزراعة والصناعة والمشاريع؛ ممّا يتسرّب الكثير من العاملين ليضافوا إلى جموع العاطلين (5).

وينتج عن هذا تزايد النقمة على الدولة ممّا ولد اندلاع المظاهرات والاحتجاجات التي كادت أن تعصف بكامل الوضع الأمني مثلما حدث في 2011 م و2014م بعدما وصل سعر برميل النفط إلى 20$ حتى بات لم يسدّ أجور استخراجه، ولم تتعافَ أسعار النفط حيث هبطت بسبب أزمة كورونا 2019 فنشبت على أثرها أحداث تشرين التي أطاحت بالحكومة.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

2- ارتفاع عدد السكان بنسبة تفوق نسبة نموّ الإنتاج المحلي

يشهد العراق نموّاً سكانياً هو الأعلى في المنطقة بعد مصر، ويصل إلى معدّل مليون نسمة سنوياً بمعدل 2.6 % وهذا يشير إلى وجود قوّة عمل ضاغطة أكثر من قدرة سوق العمل على استيعابها جلّها من القادرين على العمل يضاف لها ازدياد كبيرقي العمالة الوافدة من الخارج بصورة قانونية أو غير قانونية وحسب الإحصائيات الرسمية فإنّ عدد الوافدين يقدر بمليون وافد.
لقد أُجبر العديد من العاطلين وبالذات الخريجين للتظاهر وغلق أبواب المنشآت النفطية لكون العاملين الأجانب حلّوا محلّهم، ويفترش الآلاف من خريجي كلّيات ومعاهد النفط الطرقات المؤدّية للحقول النفطية لغرض التعيين، ويصل بهم الأمر إلى غلق البوابات، وإرباك الأمن، وهذا يشكّل تهديداً لصادرات العراق النفطية الرئيسة (6).

3-السياسات الاقتصادية الخاطئة

إنّ الانتقال إلى اقتصاد السوق، والتجارة الحرّة، وفتح الحدود على مصراعيها، وتوقف الدعم للمصانع والمعامل بعد 2003م، وتعرّض الكثير منها للنهب وللتعطيل المتعمّد، ووجود منافسة غير متكافئة مع السلع المستوردة الرديئة الصنع الرخيصة الثمن أدّى إلى أن توقّف (18) ألف مشروع وتسريح عمالها ممّا أدى إلى إضافة أعداد أخرى للعاطلين.(7).

4- تدمير البنى التحتية الأساسية للاقتصاد العراقي

لقد كان ثمن الحروب العبثية السابقة وحرب احتلال العراق عام 2003م هو تدمير شامل للجسور، والطرق، والمنشآت الصناعية, ومحطّات توليد الطاقة, وأغلب منشآت التصنيع العسكري.
علاوة على المعاناة الكبيرة نتيجة الحصار الظالم المفروض على العراق والذي استمرّ (13) سنة، ممّا أدّى إلى توقّف (172) شركة صناعية حكومية كبرى كانت تستوعب (111) ألف عامل (8).

الفرع الثاني: الأسباب السياسية

على الرغم من وجود ترابط حقيقي بين الأسباب السياسية والاقتصادية والتي أدّت لزيادة نسب البطالة لكنّ العراق يدفع ثمن الأخطاء السياسية التي قادت إلى الخلل الاقتصادي والعقوبات الاقتصادية والتي أجبرت العراق على دفع تعويضات قوّضت الاقتصاد العراقي، وسنبين ذلك بشيء من الايجاز.

1- تعويضات الحرب الخرافية

لقد اثقل صندوق المدفوعات العراقي بدفع تعويضات مغالى بها استمرّت حتى العام 2011م، وقد كانت قرارات مجلس الأمن المرقمة 661في 6 / 8 / 1990و665 و670 مجحفة بحقّ العراق، وقد استنزفت أغلب موارده، وأرهقت كاهل ميزانياته، وقد سبّبت توجيه جزء كبير من ثمن بيع منتجاته النفطية لسداد هذه التعويضات الأمر الذي أضعف قدرة الدولة على دعم الاقتصاد والقطاعات المنتجة, وهذا الأمر سبب توقّفها وتحوّل العاملين فها إلى عاطلين يبحثون عن عمل يسدّ رمقهم المعيشي بعدما تحوّلوا إلى جيش من العاطلين لا دخل لهم (9).

2- شرط إقراض البنك الدولي

لقد أدّت الانهيارات المفاجئة لأسعار النفط إلى عجز كبير في صندوق المدفوعات ممّا شكل خشيةً من عدم قدرة الدولة على تسديد أجور العاملين لديها ممّا سيؤدّي لفوضى عارمة قد تطيح بها، وهذا ما جعلها تلتجأ للاقتراض من البنك الدولي تقدر بأكثر من 20 مليار دولار، وهذه الديون لم تُمنح للعراق إلّا وفق شروط البنك المعروفة دولياً، ومنها تحرير سعر الصرف, وإيقاف الإنتاج, وخصخصة القطاع العام وتحرير أسعار الفائدة , هذه الشروط قادت إلى تسريح عدد كبير من العمال الفائضين عن الخدمة بعدما تمّ

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

غلق الكثير من المعامل الكبيرة نتيجة توقف الدعم لها.

لقد كانت سياسات البنك الدولي وشروط الإقراض سبباً لحدوث اضطرابات في كثير من الدول وتفجر الثورات (10).

3- حل الجيش العراقي

لقد أصدرت حكومة الائتلاف قراراً تحت رقم 2 في 23 أيار 2003م والقاضي بحلّ الجيش السابق، وتسريح مئات الآلاف من المتطوّعين، واستغنت عن قدرات متميّزة مؤهّلة وخبيرة في كافّة المجالات لتكون محلّ سخط ونقمة على الدولة، وكان قراراً مستعجلاً وغير مدروس أدّى إلى تحويلهم إلى عاطلين عن العمل بحكم القانون.

نتيجة لذلك استغلت المنظمات الإرهابية هذه الحالة وضمّت الكثير منهم إلى صفوفها بما يحملوه من خبرة ومعرفة بالعقلية العسكرية العراقية، ممّا أدّى إلى سيطرة هذه العصابات على مناطق كثيرة وإلحاق دمار كبير بالبلد وبناه التحتية وإلحاق خسائر بشرية كبيرة، بل دمّرت مدناً وسَبَتْ شعوباً وهجرّت أخرى، ونشرت الموت في كلّ ناحية من نواحي العراق.

4- دخول داعش للعراق

لقد أحدثت جريمة دخول داعش للعراق واجتياح ثلث أراضيه صدمة كبيرة وضربة قاصمة للوضع الأمني الذي أظهر هشاشته بسبب تفاقم الأزمات، وبالذات ما تركته المظاهرات المطالبة بالحقوق وإيجاد فص العمل للعاطلين، والتي تمّ قمعها وإحباطها عسكرياً ونفسياً ممّا ولّد تربة خصبة مهدت لدخول داعش.

لقد كان لتأثير البطالة أثر مباشر على تجنيد الآلاف من العاطلين والناقمين وبالذات من الجيش القديم العاطل عن العمل.. وتعدّ داعش أكبر معضلة واجهت الدولة العراقية منذ تأسيسها واحتاجت هزيمتها إلى تجنيد كلّ الجهود المحلية والدولية، وتسخير كلّ طاقت الدولة على حساب وقف تامّ للدعم المقدّم لكافّة القطاعات ممّا أضاف أزمة أخرى علاوة على مخاطر داعش، وهي مخاطر ازدياد البطالة وتفشّي الفقر.

الفرع الثالث - الأسباب الاجتماعية

تتعدّد الأسباب الاجتماعية التي نتج عنها تأثير خطير على السلم الوطني من خلال ازدياد ظاهرة البطالة وتأثيرها النفسي والاجتماعي وقد تطرّقنا إلى بعضها ومنها:

1- تسرّب الطلاب من المدارس

لقد بلغت نسبة تسرّب الطلاب من المدارس نسبة قياسية، فقد ترك مقاعد الدراسة في العام 2022م أكثر من 3 مليون طالب، وهو رقم كبير للغاية، وقد اتّجه أغلب المتسرّبين إلى ما يسمّى بعمالة الشوارع، أو أضيفوا إلى أعداد العاطلين عن العمل بعدما مارس بعضهم العمل في التقاطعات والاستجداء ممّا أصبحوا صيداً سهلاً للعصابات ومافيات الفساد, وبالذات مافيات المخدّرات وعصابات الجريمة المنظّمة, ومنها منظّمات المتاجرة بالبشر, وعصابات الإرهاب التي جندت الكثير منهم.

إنّ انحراف الأحداث وجنوحهم نحو السرقة والاعتداء على ممتلكات الآخرين شكّل تهديداً حقيقياً للسلم الأهلي والمجتمعي (11).

2- الهجرة الجماعية من الريف للمدينة

إنّ التغيير المناخي الذي طال العراق والإجراءات الظالمة التي اتّخذتها دولتي تركيا وإيران من قطع حصّة العراق المائية، وتغير مجرى الأنهر، وبناء السدود العملاقة أدّى إلى جفاف أهوار العراق وضياع ثرواتها العظيمة: المائية، والإحيائية، ممّا اضطرّ سكان قرى وقصبات الأهوار إلى هجرة جماعية إلى المدن التي وجدت صعوبات جمّة في توفير فرص عمل لهم, بسبب قدراتهم غير المدرّبة وغير المؤهّلة .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

والحقيقة أن الجفاف والتدهور البيئي سبب مشكلة حقيقية لهؤلاء (12)، إذْ وجدوا أنفسهم قد انتقلوا من بطالة إلى أخرى، ومن فضاء واسع وجميل إلى بيوت الصفيح المختنقة بالبشر دون خدمات ودون عمل فولد لديهم ردة فعل عنيفة ضدّ الدولة والمجتمع بسبب وضعهم غير الطبيعي وبطالتهم رجالاً ونساءً فكانوا المحرّك الأساس لأغلب التظاهرات.

3- الفساد المالي والإداري

عندما يصبح الفساد شاملاً وعامّاً تصبح المناصب والوظائف وفرص العمل من الأصول الثمينة التي يشتدّ الطلب عليها, وتنشأ عند ذاك سوق نشطة لعرض مناصب الدولة من قمّتها حتى الأعمال الخدمية ،ولكلٍّ ثمن يناسبه بما سيجني من أموال وما سيحصل من منافع عندها تصبح البطالة هي النقيض لذلك (13), وبالنتيجة ستكون التنمية مجرّد وهم ومشاريع على الورق فقط، ويصيب الشلل كلّ قطاعات الدولة، وتتلاشى فرص العمل بعدما تسرّبت أموال المشاريع والدعم إلى جيوب الفاسدين الأمر الذي يولد ردود فعل شعبية غاضبة يعبَّر عنها بالمظاهرات الصاخبة، وتتحوّل العلاقة مع الدولة إلى علاقة كره وبغض بحجّة ضياع موارد الشعب دون إنجازٍ، وفي هذا الصدد يقول. (petet Eigen) إنّ الفساد يكشف عن وجهه القبيح حين يدع ملايين البشر أسرى البؤس والحرمان والفقر وأشكال الاستغلال الوحشي.

ليس هناك خطر أكثر شدّة على الدول وبقائها من الفساد، حيث ينخر في كلّ موارد الدولة، ويوجّه أموالها إلى مشاريع وهمية، واستيرادات خيالية، وعقود مبالغ بها، وقد أوردت منظمة الشفافية الدولية في الصفحة 23 في تقريرها الصادر عام 2004م قائمة بأسماء عدد من رؤساء الدول الذين نهبوا المال العام، ويمكن أن نورد بعض أشهر القادة الذين نهبوا أموال شعوبهم، وحوّلوهم إلى عاطلين ومتسوّلين حتى أطيح بأغلبيتهم نتيجة هذا السلوك الإجرامي، وهم :

1- أحمد سوهارتو (رئيس جمهورية إندونيسيا من عام 1967م -م1998)، وقد استولى على 25 مليار دولار.

2- فرناندیز ماركوس (رئيس الفلبين من عام 1972- 1986 م)، وقد استولى على 10 مليارات دولار

3- موبوتو سيسي سيكو (رئيس زائير من عام (1965- 1997م)، وقد استولى على 5 مليارات دولار.

4- ساني إباجا (رئيس نيجيريا من عام 1993- 1998م)، وقد استولى على 5,2 مليار دولار.

5- سلوبودان ميلوسوفيتش (رئيس صربيا)، وقد استولى على مليار دولار. (14)

ويشير الرئيس العراقي برهم صالح في تصريح له لوكالة رويتر في 23/ 5/ 2021 م إلى (أنّ مقدار المبالغ التي سرقت من موازنات العراق تبلغ 150 مليار دولار)، وهو مبلغ لو أنفق داخل العراق بشكل مدروس لحلّ كثيراً من مشاكل البلد، ولم نعد نرى بطالة، ولأدّى إلى انخفاض مستوى الجريمة، ولحدثة طفرة نوعية في خدمات الطاقة والبنى التحتية والمشاريع الاستراتيجية، ولتمّ استيعاب كلّ القدرات العراقية، ووفّرت لها فرص عمل كريمة, ولما شاهدنا مظاهرات كانت تنطلق شهرياً حتى توجت بمظاهرات تشرين 2019م التي أطاحت بحكومة عادل عبد المهدي، وقد بيّن مؤشّر الفساد لعام 2021 م أنّ العراق يحتلّ المرتبة 157 من أصل 180 دولة في مؤشّر الفساد .

المبحث الثاني

آثار البطالة على السلم الوطني

تظهر اثار البطالة واضحة على السلم الوطني حيث تعزى اغلب الجرائم التي تحدث والاختلالات الامنية الى الفقر والبطالة، فالبطالة هي المرتع الخصب لتفشي الجريمة في كافة انواعها لذا تعد الحاضنة الرئيسية لاغلب الاختلالات الامنية فأليها يتسرب الارهاب ومنها يخرج الفعل المنافي للقانون سواء كان جرائم عادية او جرائم دولية كجريمة تعاطي المخدرات وجريمة الاتجار بالبشر

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وقد تناول البحث شيء من التفصيل اثار البطالة على السلم المجتمعي في جوانب عديدة من خلال مطلبين هما

المطلب الاول: آثار البطالة على السلوك المجتمعي

المطلب الثاني: زيادة معدلات الهجرة الخارجية والبديل الخطر

المطلب الاول

آثار البطالة على السلوك المجتمعي

يظهر تأثير البطالة واضحاً في نشاط المجتمع وحيويته وقدرته على التطوّر والارتقاء، فمتى ما وجد نشاط فاعل ومجدٍ تناقصت أعداد العاطلين، وتحسّنت دخول الأفراد وتوجّهوا نحو العطاء وتطوير القدرات والبحث عن فرص عمل بدلاً من البحث عن أزمات وخلافات وإشغال الدولة بمطالبهم المشروعة.

فالشعوب لا تشعر بالانتماء طالما تتفشّى المجاعة والفقر، ولن تشبع جوعها الشعارات، وإنّ الانتماء للوطن يحدّده العيش الكريم والشعور بعدالة التوزيع للفرص وللموارد.

وفي أغلب الأحيان تنفجر الشعوب تجاه حكّامها عندما تشتدّ البطالة وتنتشر المجاعة، وخير مصداق لذلك عندما أقدم الشاب محمد البوعزيزي في 17 ديسمبر 2010 م على إحراق نفسه عندما عجز عن إيجاد عمل ممّا فجّر ثورة غضب أطاحت بالنظام التونسي بأجمعه (15).

وهكذا أشعل البوعزيزي فتيل الثورات العربية ضدّ الأنظمة، فانتقلت شرارتها إلى مصر، فكان للشاب خالد سعيد دور مميّز في التحضير للثورة التي استطاعت بعد نضال قاسٍ أن تسقط نظام مرسي (16).

أمّا في العراق فقد أشعل العاطلون انتفاضة تشرين التي كانت بداياتها هو احتجاج على تردّي الوضع الاقتصادي وزيادة الفقر والبطالة وانتشار الفساد، وقد قوبلت بردّ أمني قاسٍ وغير معقول أدّى إلى استشهاد 700 متظاهر أغلبهم في أعمار صغيرة (17). ونتيجة ذلك تمّ إسقاط حكومة عادل عبد المهدي، وحلّ مجالس المحافظات، وتغيير قانون الانتخابات.

لقد عبّرت انتفاضة تشرين عن هموم وتطلعات شباب تشرين الذين ازدادت بطالتهم وفقدوا أيّ أمل بالتغيير (18).

الفرع الاول: الحلول العسكرية وردود فعل العاطلين

يؤشّر التعامل الأمني والعسكري مع مطالب العاطلين واحتجاجاتهم حالة فشل لأيّ نظام سياسي، فالعاطل لم يخرج لولا قسوة الحاجة والجوع وليس لديه مشروع لتغيير نظام، بل لإحقاق حقوق، ولكن عندما يتمّ التعامل معه بلغة القوّة وباستخدام غير قانوني للعنف وعدم احترام لحاجاته تتحوّل مطالبه الحياتية إلى مطالب سياسية.

إنّ قصور إدراك السلطة للحاجات الأساسية للعاطلين وما فعلت بهم البطالة والفقر وطبيعة حالاتهم النفسية والسلوكية يقود حتماً إلى ردة فعل عنيفة لرفض قهرهم ورفض آليات الحلّ الأمني والترهيب والتخويف، وهذا ما حدث في بداية المظاهرات المطلبية في العام 2011م والتي جوبهت بازدراء وعدم مبالات بعدما كانت غايتها الاحتجاج على نقص الخدمات العامّة والفساد والبطالة حتى تحوّلت الساحات إلى ساحات عداء لتمتدّ لها يد الإرهاب، وتغتنم حالة الاحتقان وتحوّلهم إلى أعداء للدولة، (21)

وقد تكرّر المشهد في العام 2019م عندما كانت مطالب المتظاهرين مطالب خدمية وعملية، ولكنّ استخدام القوّة والقهر قادهم إلى ردة فعل كانت نتيجتها المئات من الشهداء من المتظاهرين والأجهزة الأمنية وآلاف الجرحى والمعاقين، (22) وفي النهاية انتصرت إرادة الشباب وأسقطوا الحكومة وحقّقوا بعضاً من مطالبهم. وإنّ ما حدث هو خير دليل على الآثار المدمّرة للبطالة عندما تتحوّل إلى قنبلة موقوتة تطيح بالسلم الأهلي، بل بالنظام السياسي.

الفرع الثاني: عمالة الشوارع وعلاقتها بالجريمة المنظمة

لقد فرض الفقر وظروف الهجرة والتسرّب من المدارس حالة من انتشار عمالة الشوارع حيث يجبر الآباء العاطلون أبناءهم الصغار والأحداث ومن الفتيان والفتيات تحت وقع الفقر والحاجة على العمل بشتّى المهن وحتى ساعات متأخّرة من الليل، وأصبحت هذه الظاهرة تقلق بال الحكومة من حيث استغلال هؤلاء وتوظيفهم، خاصّة وأنّ بعضهم لا يتجاوز العاشرة من العمر، وبعضهم الآخر

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

يشكو حالة العوق، وعلى الرغم من أنّ هذه الظاهرة ليست وليدة الساعة، بل هي قديمة عرفتها كلّ المجتمعات والدول، لكنّها تفشّت بشكل مخيف في العراق في السنوات الأخيرة، وقد أشارت تقارير كثيرة إلى استغلال هؤلاء الأطفال من قبل عصابات المتاجرة بالجنس والمخدرات وحتى عصابات الإرهاب فأصبحوا يشكّلون خطراً داهماً على الدولة والمجتمع, والموضوع يحتاج إلى معالجة سريعة وعملية خشية من انتشار الجريمة المنظّمة.

المطلب الثاني

زيادة معدلات الهجرة الخارجية والبديل الخطر

يعدّ العراق من الدول التي شهدت موجات هجرة كبيرة نتيجة سوء الأوضاع الأمنية والبطالة, ويحتلّ العراق حصّة الأسد في عدد المهاجرين, حيث تقدّر أعداد المهاجرين وأغلبهم من الطاقات التي يحتاجها العراق بـ (3) ملايين مهاجر حسب إحصائية منظّمة الهجرة الدولية (من العام 2003م حتى 2020 م)، وقد دفع الكثير منهم حياتهم غرقاً في البحار أو جوعاً في الغابات, وقد استغلّت عصابات الجريمة المنظّمة الأحوال الصعبة للكثير منهم؛ ليتمّ تجنيدهم وبالذات في تركيا, حيث جنّد تنظيم داعش الإرهابي الكثير منهم تحت وطأة الحاجة والأحلام الخيالية .

وقد ولدت الهجرة خللاً كبيراً في توزيع الموارد البشرية وزحفت العمالة الأجنبية دون تدقيق وتمحيص، وقد تكون بعضها خلايا نائمة للإرهاب (19).

الفرع الاول: آثار الحالة النفسية والاجتماعية على العاطلين

تعدّ الحاجة والعوز المادّي من أشدّ الأمور تأثيراً على النفس البشرية، وتنال من كرامة الإنسان ومن نظرته لنفسه وخاصّة عندما يكون مسؤولاً عن عائلة ،وعليه واجب حتميّ بتوفير احتياجاتهم الضرورية التي لا تقبل التأجيل، وقد يقف عاجزاً عن الردّ على أسئلة أطفاله البريئة عن الغذاء والدواء والحاجات الكمالية للطفولة. وتشير أغلب الدراسات بأنّ العاطلين يفتقدون لتقدير الذات، ويشعرون بالفشل والتبرّم من الحياة والمجتمع، وقد تقودهم الحاجة إلى الإقدام على الانتحار. ويمتدّ التأثير إلى حالة المتزوّجين فتزداد الخلافات الزوجية والانحرافات الأخلاقية، وقد ينجرّ الزوج لمعاقرة الخمور، وتعاطي المخدّرات هروباً من الواقع، (وإعلان صريح من المجتمع في عدم قبول سلوكه ونبذه من المجتمع ممّا يولّد ردود فعل نفسية خطرة للغاية) (20). ونتيجة لذلك نلاحظ ازدياد مستوى الجريمة كالقتل والاعتداء على الناس وممتلكاتهم وكراهية المجتمع وصولاً إلى امتهان للجريمة المنظّمة، بل قد ينظمّ بعضهم للعصابات الإرهابية التي وجدت في العاطلين صيداً ثميناً مستغلة ظروفهم المادّية والحياتية الصعبة.

الفرع الثاني: البديل الخطر (عسكرة المجتمع)

في ظل تنامي ظاهرة البطالة وعدم وجود فرص عمل وضغط الحاجة على الافراد وعدم قدرة الدولة على استيعاب القوى العاملة بما فيها من يمتلكون مؤهل علمي واغلاق المصانع والمعامل والقضاء على الزراعة والصناعة لذا لم يجد الشباب مفرا سوى الذهاب الى التشكيلات العسكرية بكافة صنوفها النظامية وغير النظامية وهذا مادى الى اخلال الدولة بقراتها التي كان من المفترض ان توجه زيادة وسيلة الاعمار والبناء وهذا احدث خلالا كبيرتا حيث تعتمد الشعوب عادة على ابناءها الذين يتم تأهيلهم علميا للنهوض بها لكن هذه الطاقات جمدت من خلال توجههم وانضواءهم تحت هذه التنظيمات من اجل توفير لقمة العيش .

الـــخـــاتـــمـــة

حاولنا من خلال البحث تسليط الضوء على التأثير المباشر والخطير للبطالة على مجمل الوضع السياسي والاقتصادي والأمني، ولا حظنا كيف أنّ البطالة دفعت العاطلين إلى التظاهر وقطع الطرق، بل قادوا تظاهرات عارمة في تشرين لغرض تحقيق العدالة في فرص العمل وتحسين أوضاعهم الحياتية، وقد كان ثمن التضحيات الكبيرة التي قدّمها المتظاهرون العاطلون عن العمل، سواء من الخريجين، أو من العمالة العامّة إسقاط الحكومات في تونس ومصر والعراق وعصفت بدول أخرى .

وسلّطنا الضوء على أخطار الفساد المالي والإداري وتأثيراته في إحداث شلل تامّ للدولة ممّا يؤدّي إلى تصدّع بنائها وسهولة انهيارها.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

لقد كان البحث من مبحثين ومطالب وفروع غطّت أغلب أهداف البحث، وفي النهاية قُدّمت خاتمة مع استنتاجات مهمّة وتوصيات لمعالجة البطالة أصلاً ثم معالجة آثارها.

الاستنتاجات

لقد خلص البحث إلى جملة من الاستنتاجات نجملها فيما يأتي:

1- إنّ مرتكزات السلم الوطني مترابطة، فلا يمكن حلّ واحدة دون الأخرى وعليه لا يمكن أن نتحدث عن تجفيف الإرهاب في ظلّ تزايد معدّلات الفقر والبطالة، ولا يمكن الحديث عن توقّف الجرائم الدولية دون تحصين المجتمع وقواه العاملة مادّياً وثقافياً.

2- إنّ تفاقم ظاهرة البطالة في العراق قادت إلى هزّات كبيرة للدولة والنظام السياسي، وكانت أرضاً خصبة لكي تمدّ داعش وغيرها من العصابات الاجرامية أذرعها في هذه المجتمعات الهشّة.

3- إنّ تفاقم ظاهرة البطالة في العراق ناتجة عن توقّف قطاعات الزراعة والصناعة والاستثمار ومعظم الأنشطة الخدمية.

4-لقد ساهمت عمليات خصخصة بعض المشروعات إلى تزايد معدّلات البطالة إذْ بادرت إدارة الشركات التي تمّ خصخصتها إلى تسريح عدد كبير من موظّفيها لوجود فائض في القوّة العاملة في هذه الشركات، بسبب توقّف الإنتاج ممّا اضطرّها إلى تجميد أنشطتها وتسريح بقيّة العاملين لديها.

5-كان للحرب العراقية الإيرانية، وحرب الخليج الأولى والثانية دور في إخفاء معدلات البطالة الحقيقية بالنظر لمشاركة غالبية السكان النشطين اقتصادياً في المجهود الحربي لهذه المعارك، ولكنّ توقّف الحروب وتسريح إعداد كبيرة من المشاركين فيها أدّى إلى بروز ظاهرة البطالة، وزاد من ضغط الباحثين عن العمل على سوق العمل بسبب عدم وجود فرص العمل, أو لعدم تأهيل الباحثين عن العمل للفرص المتاحة.

6-أدّى تدمير البنية التحتية للاقتصاد العراقي وما رافقها من قرارات فرض الحصار الاقتصادي، وقرارات سلطة الائتلاف التي حلّت بموجبها أجهزة الجيش والشرطة وقوى الأمن الداخلي وهيأة التصنيع العسكري، ممّا أدّى إلى تسريح إعداد كبيرة من منتسبي هذه الأجهزة، وبذلك ازداد الضغط على سوق العمل وساهم في تردّي الوضع الأمني.

7- أدّت سياسة تحرير التجارة وفتح الحدود على مصراعيها بدون ضوابط إلى تدنّي الإنتاج الزراعي والصناعي وقاد إلى اختفاء الكثير من الصناعات الصغيرة والمتوسّطة وبعض الصناعات الكبيرة.

8-أثّرت البطالة بشكل واضح على تفاقم ظاهرة الفقر ممّا دفع الكثير من العوائل إلى إجبار أولادهم على ترك مقاعد الدراسة، بهدف إشراكهم في إعمال لا تليق ولا تتناسب مع أعمارهم، في ظلّ غياب القوانين المنظّمة للعمل.

9-ساهمت البطالة في عدم استقرار الوضع الأمني، وأدّت إلى تفشّي الكثير من الظواهر التي لا تليق بمجتمعنا، ممّا أضاف أعباءً جديدة على الدولة والمجتمع، بهدف إعادة تأهيل من دفعتهم الظروف إلى بعض الممارسات التي لا يرضاها مجتمعنا ولا يتحمّلها اقتصادنا.

التوصيات

بعد دراسة ظاهرة البطالة وأثرها التخريبي في المجتمع اقتصادياً واجتماعياً ونفسياً، ولغرض معالجة النتائج المدمّرة لهذه الظاهرة نوصي بما يأتي:

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

1-التخلّص من النظام البيروقراطي في الإدارة والذي يعمل على إعاقة الاستثمار وابتزاز المستثمرين ممّا يشكّل بيئة طاردة للاستثمار، والقضاء على الفساد الذي يحوّل المشاريع من مشاريع حقيقية إلى وهمية بعد الاستيلاء على ما هو مخصّص لها من أموال، ووضع نظام للحوافز يسهم في جذب المستثمرين.

2-تشجيع القطاعات الاقتصادية الأساسية وتنميتها، كقطاعات الزراعة والصناعة والسياحة وتحرير الاقتصاد العراقي من هيمنة قطاع النفط الذي تتعرّض أسعاره للتذبذب، ومخاطر تعرّضه للإيقاف في الظروف الاستثنائية التي تمرّ بها منطقة الخليج العربي والشرق الأوسط، والعمل على توظيف الإيرادات النفطية في استثمارات تنموية مستقبلية للحفاظ على مستقبل الأجيال.

3- العمل على دعم القطاع الخاصّ بكافة أنشطته وتطويره، وتبسيط إجراءات الاستثمار مع توفير الضمان اللازم لها لخلق منافذ غير حكومية لاستيعاب الإعداد الفائضة عن حاجة سوق العمل.

4- إجراء جرد شامل للعاطلين عن العمل وطبيعة مهاراتهم وخبراتهم وتحصيلهم العلمي لوضع خارطة لاستيعابهم وتوظيفهم في مشاريع تنموية للقطاع الخاص، وعدم الركون إلى إلزام تعيينهم لدى أجهزة الدولة ممّا ولّد ضغطاً هائلاً على الميزانية، وحدوث بطالة مقنّعة وفشل أجهزة الدولة في تقديم عمل أنموذجي.

5- قيام الجامعات والكلّيات والمدارس في مستوياتها ومراحلها كافّة بتضمين مناهجها مواد للتعريف بمخاطر الفساد والحرمة الشرعية والأخلاقية والقانونية له، وطبيعة الجزاء الذي سيقع على مرتكبيه.

6- تشريع قانون الضمان الاجتماعي الذي يلبّي احتياجات العاطلين عن العمل ويسدّ حاجتهم المعيشية لحين إيجاد فرص عمل لهم كي لا ينخرطوا في شبكات الجريمة المنظمة، وأنْ لا يكونوا صيداً سهلاً لمافيات هذه الجرائم.

7- الاهتمام ببرامج دعم الصناعات الصغيرة والمتوسّطة، ومنحها القروض الميسّرة وتسهيل حصولها على المعدّات والآلات والمستلزمات الأخرى وإعفائها من الضرائب والرسوم لتمكينها من منافسة المنتجات الأجنبية؛ لتكون هذه المشاريع قادرة على امتصاص جزء كبير من البطالة.

المصادر والمراجع

الكتب المطبوعة

1- أحمد ضياء الدين محمد، الظاهرة الإجرامية بين الفهم والتحليل، مطبعة الوبجي، القاهرة , 2001م.

2- تقرير منظمة Human Right Watches، في شباط 2011م نشرته في bbc.com/arab ، نشرته في 2/25 / 2011 م، والتي طالبت به الحكومة بتوخي أقصى حالات ضبط النفس في تعاملها مع المحتجين.

3- تيم نبلوك، العقوبات في الشرق الأوسط، مركز دراسات الوحدة العربية , بيروت , ط1, 2001م.

4- ثورات الربيع العربي – أسبابها ونتائجها، رسالة ماجستير، جامعة سعيدة , الجزائر, 2022م.

5- حلمي جلال، الابعاد الاجتماعية لمشكلة البطالة – تداعياتها وأساليب مواجهتها رؤية مستقبلية، عين شمس , مصر , 2008 م.

6- خالد الوزني، أحمد الرفاعي، مبادئ الاقتصاد الكلي بين النظرية والتطبيق ، دار وائل للنشر، عمان ، الأردن ,2000م.

7- د. سمير التنيم، الفقر والفساد في الوطن العربي، دار الساقي , بيروت ,2009 م.

8- طارق سامي، دور صندوق النقد الدولي في التأثير على القرارات السياسية، جامعة الشرق الأوسط , عمان , 2018م.

9- عبد القادر عطية، أحاديث في الاقتصاد القياسي بين النظرية والتطبيق، الدار الجامعة ، الإسكندرية, 2003م.

10- فاتنة عبد العال أحمد، العقوبات الدولية الاقتصادية، ط1, دار النهضة العربية , القاهرة , 2000م.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

11- محمد غسان الشبوط وتمارا كاظم الأسدي , عاصفة التغير – الربيع العربي والتحولات السياسية في الوطن العربي , ، برلين , المركز الديمقراطي العربي , ط1 , 2010م.

12- مدحت القريشي، اقتصاديات العمل، الدار العلمية للنشر والتوزيع , عمان , 2022 م.

المنظمة الدولية للهجرة، تقرير موجز حول الهجرة وتغير المناخ والبيئة , 2009م، www.iom.int?envmig.

13- هشام عبد الكريم، مركز الأمة للدراسات والتطوير، بغداد , 2021 م.

البحوث والمقالات

14- بحث منشور في مجلة الولاية، العدد 115 , 2009م.

15- عبد على المعموري، خضير عباس النداوي، السياسات الاقتصادية في العراق بعد الاحتلال الأمريكي، مجلة الإدارة والاقتصاد , جامعة بابل ، العدد 4 ، سنة 2011 م.

16- عبد الكريم علوان، رئيس قسم الإعلام في أكاديمية البورك، الدنمارك 2020م , بحث منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للبحوث والإعلام , العدد4.

17- مقال منشور في موقع الاندبينددت العربية 2/2/2022 .PS// www.Independentarabia.com

18- وزارة التربية، المسيرة التعليمية، العدد 50 أيلول سبتمبر 2005م.

19- Louise LoveLuck and Mustafa Salim Fear spreads among Iraqi proresters as government cracks down, Keeps death toll secret, The Washington post, at: https://www. Washingtonpost.com

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

سبل مكافحة التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب اشارة الى دور الامم المتحدة

د. نور علي صكب

كلية القانون والعلوم السياسية / الجامعة العراقية

الملخص

يعد التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب من أخطر ما واجه المجتمع الدولي لكونه من الجرائم العابرة للحدود الوطنية التي يعجز على دولة بمفردها معالجة ذلك فهو من الازمان والقضايا التي تحتاج الى جهد دولي ومن الجدير بالذكر لقد جاءت جهود الأمم المتحدة في طليعة الجهود العالمية الجماعية لمكافحة الإرهاب والتطرف العنيف منذ عام 2001. ومباشرة بعد هجمات 11 أيلول/سبتمبر ضد الولايات المتحدة، أذ شكّل موضوع مكافحة الإرهاب والتطرف العنيف تحدياً معقداً وعابراً للحدود، وان البيئة الامنية العالمية المتقلبة ادت دور كبير في تعقيد هذا الملف، اذ يواجه النظام العالمي اليوم عدداً من التهديدات المنتشرة والمتنوعة التي غالباً ما تُسرعها التطورات التقنية إلى جانب التحديات المتزايدة لمبادئ تعددية الأطراف والتعاون الدولي.

وبما ان غالباً ما تتجاوز هذه الأنشطة الإرهابية السلطات القضائية والحدود الوطنية, من بينها الحدود الرقمية, لذا بعد الاطلاع على التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب في المحور الاول ومناقشة اسبابه ودوافعه تمت مناقشة اهم انشطة الامم المتحدة في ثلاث نقاط وهي مناقشة مجموعة القرارات التي اتخذتها لمكافحة الارهاب والتي كانت اغلبها ضمن الفصل السابع اي قرارات ملزمة لجميع الدول , ومن ثم استراتيجية الامم المتحدة التي ارتكزت على عدد من المرتكزات وبهد ذلك مناقشة خطة الامم المتحدة لمكافحة التطرف العنيف المفضي الى الارهاب , لذا جاءت هيكلية البحث كما مقسمة ادناه :

المحور الاول: ماهية التطرف العنيف المؤدي إلى الإرهاب

اولا: مفهوم التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

ثانيا: اسباب وتداعيات التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

المحور الثاني: مشاريع الامم المتحدة للحد من التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

اولا. دور مجلس الامن لمكافحة التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

ثانيا. استراتيجية الامم المتحدة لمكافحة الارهاب عام 2006

ثالثا: برامج الامم المتحدة للحد من التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

Abstract:

Violent extremism leading to terrorism is one of the most dangerous things facing the international community because it is one of the transnational crimes that a single country is unable to address, as it is one of the times and issues that need an international effort, and it is worth noting that the efforts of the United Nations have come at the forefront of collective global efforts to combat terrorism and violent extremism since 2001. Immediately after the September 11 attacks against the United States, countering terrorism and violent extremism was a complex and transnational challenge. The volatile global security environment has played a major role in complicating this file, as the global system today faces a number of widespread and diverse threats that are often accelerated by technical developments along with the growing challenges to the principles of multilateralism and international cooperation.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

Since these terrorist activities often transcend judicial authorities and national borders, including digital borders, so after reviewing the violent extremism leading to terrorism in the first axis and discussing its causes and motives, the most important activities of the United Nations were discussed in three points, namely discussing the set of resolutions taken to combat terrorism, most of which were within Chapter VII, i.e. decisions binding on all countries. And then the United Nations strategy, which was based on a number of pillars, including the discussion of the United Nations plan to combat violent extremism leading to terrorism, so the structure of the research came as divided below:

The first axis: the nature of violent extremism leading to terrorism

First: The concept of violent extremism leading to terrorism

Second: The causes and repercussions of violent extremism leading to terrorism

Second Theme: United Nations Projects to Curb Violent Extremism Leading to Terrorism

First. The role of the Security Council to counter violent extremism leading to terrorism

Secondly. UN Counter-Terrorism Strategy 2006

Third: United Nations programs to curb violent extremism leading to terrorism

المقدمة

شكّلت مكافحة الإرهاب والتطرف العنيف تحدياً معقداً وعابراً للحدود، لكن هذه العملية تصبح أكثر تعقيداً على خلفية بيئة أمنية عالمية متقلبة على نحو متزايد. فنحن نواجه عدداً من التهديدات المنتشرة والمتنوعة - التي غالباً ما تُسرعها التقنية - إلى جانب التحديات المتزايدة لمبادئ تعددية الأطراف والتعاون الدولي، وفي عالم العولمة الذي نعيش فيه، قد تتحول إخفاقات دولة واحدة وبسرعة إلى تهديد لجميع الدول، لذلك يجب أن يشكّل تعزيز التعاون الوطني والإقليمي والدولي أولوية بصورة دائمة، وهنا يكمن دور الامم المتحدة بضرورة دعم الدول في مساعيها لمكافحة التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب.

أهداف الدراسة:

1. تحديد مفهوم والتطرف والتطرف العنيف المؤدي الى الارهاب
2. تحديد العوامل الداخلية والخارجية المؤدية الى التطرف العنيف
3. تحدد جهود الامم المتحدة للحد من التطرف العنيف .

إشكالية الدراسة : من اهم المشاكل التي تواجه المجتمعات الانسانية هي ظاهرة التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب لما يشكله من مخاطر على حياة البشرية لذلك هذه الظاهرة تحتاج الى تعاون دولي تحت مظلة الامم المتحدة لكي تكون القرارات ملزمة لجميع الاطراف, لكن المشكلة لا أساس لمصطلح (التطرف) في المعايير القانونية الدولية الملزمة, وأن التطرف لا يعاقب عليه القانون ولا يعتبر جريمة بينما الإرهاب هو جريمة يعاقب عليها القانون, لذلك كل ما تقدمة الامم المتحدة والنظام العالمي هو تقديم توصيات للدول من اجل بناء خطط بوصفها اجراءات احترازية لمنع تطور التطرف العنيف قبل ان يصل الى مرحلة الارهاب .

فرضية الدراسة: على الرغم من المخاطر الكبيرة التي تواجهها المجتمعات بسبب التطرف العنيف لكن الى اليوم يعجز التنظيم الدولي من الاتفاق على تعريف جامع للتطرف وعن تشريع قانون يكافح التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب .

هيكلية الدراسة: اقتضت الضرورة لدراسة الموضوع تم تقسيمه الى محورين هما :

المحور الاول: ماهية التطرف العنيف المؤدي إلى الإرهاب

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اولا: مفهوم التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

ثانيا: اسباب وتداعيات التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

المحور الثاني: مشاريع الامم المتحدة للحد من التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

اولا. دور مجلس الامن لمكافحة التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

ثانيا. استراتيجية الامم المتحدة لمكافحة الارهاب عام 2006

ثالثا: برامج الامم المتحدة للحد من التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

المحور الاول: ماهية التطرف العنيف المؤدي إلى الإرهاب

التطرف Extremism ظاهرة تكاد تشغل الناس في مجتمعاتنا وفي مجتمعات أخرى، بما فيها المتقدمة، لأنها أصبحت لا تهدد السلم المجتمعي والحياة العامة والعلاقات بين الناس فحسب، بل السلم والأمن الدوليين، خصوصًا إذا ما تحولت من الفكر والتنظير إلى الفعل والتنفيذ لذا سيتم مناقشته عبر النقاط الاتية

اولا: مفهوم التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

يعد موضوع التطرف العنيف من المواضيع المعقدة والمتنوعة، يصعب الإحاطة بها من جميع النواحي، لذا هو ظاهرة واسعة النطاق ، ولا تقتصر على منطقة أو جنسية أو أيديولوجية معيّنة أو أي نظام عقائدي آخر, وما من تعريف واضح ومتفق عليه عالميًا للتطرف العنيف, وقد أدى النهج غير المتسق المُعتَمَد لتعريف التطرف العنيف إلى تعريفات فضفاضة تقوّض تدابير درء التطرّف العنيف الفعالة وتُستَخدَم كمبررات لانتهاك حقوق الإنسان والحريات الأساسية لبعض الجماعات والأفراد.[1]

لذا تنوعت التعاريف والشروحات لموضوع التطرف العنيف فهناك من يعرف التطرف العنيف على انه: "هو الرغبة في استخدام أو دعم استخدام العنف لخدمة معتقدات محددة، بما فيها ذلك الطابع السياسي أو الاجتماعي أو الأيديولوجي، ويمكن أن يشمل ذلك أعمال الإرهاب.[1]

وهناك من يرى ان التطرف جاء نتيجة التشدد اذ يتحول جراءها الأفراد نحو اعتماد آراء متطرفة قد تحثهم في النهاية على ممارسة العنف اي التحول من مجرد تطرف الى التطرف العنيف , ويعتنق الأفراد المتشددون إيديولوجيات مختلفة، لكنهم يتقاسمون عدة خصائص مشتركة [1] , وقد تختلف المسارات المؤدية الى التطرف حسب السياق والموقع والخبرة, فقد يتكوّن التطرف لدى الأفراد من خلال الأسرة والأصدقاء والمجتمعات المحلية، أو ببساطة سعياً منهم ليكونوا جزءاً من جماعة, ومن الشائع أن يتكون التطرف بسبب التأثيرات الأيديولوجية، أو القرابة، والميل إلى العنف , وتلعب جاذبية القادة والمجندين ذوي الكاريزما دوراً هاماً في التطرف, وتشكل بعض البيئات مثل السجون مصغرة أرضاً خصبة للتطرف إذ تسمح بوقوع الأفراد الضعفاء تحت تأثير المجندين. وكثيراً ما تلعب حاجة الانسان للارتباط والانتماء لجماعة دوراً حاسماً، لا سيما إذا اقترنت بسرديات وأصول مشتركة، ومسائل عرقية، وطوائف دينية.[1]

التطرّف ابن التعصّب ووليده العنف، وقد يقود هذا الأخير إلى الإرهاب، ويستهدف العنف في العادة ضحية أو ضحايا بعينهم، في حين أن الإرهاب هو استهداف مجموعة من السكان بهدف إحداث نوع من الرعب والفزع في المجتمع وإظهار الدولة بمظهر الضعيف والعاجز عن حماية الأمن، وإذا كان العنف يخضع للقانون الجنائي الوطني، فالإرهاب يخضع له أيضًا، إضافة إلى القوانين الدولية، وخصوصًا إذا كان للأمر علاقة بجرائم ضد الإنسانية أو جرائم الإبادة الجماعية أو جرائم الحرب.[1]

وفي حقيقة الامر الإرهاب فإنه يتجاوز التطرف، أي أنه ينتقل من الفكر إلى الفعل، وكل إرهاب هو عنف جسدي أو نفسي، مادي أو معنوي، ولكن ليس كل عنف إرهابًا، خصوصا إذا ما كان دفاعا عن النفس واضطرارًا من أجل الحق ومقاومة العدوان، وكل إرهاب تطرف، ولا يصبح الشخص إرهابيًا إلا إذا كان متطرفا، ولكن ليس كل متطرف إرهابيا، فالفعل تتم معالجته قانونيا وقضائيا وأمنيا؛ لأن ثمة عمل إجرامي تعاقب عليه القوانين. أما التطرف، ولا سيما في الفكر، فله معالجات أخرى مختلفة. وهنا يمكن قرع الحجة بالحجة، ومحاجة الفكرة بالفكرة، والرأي بالرأي، وإن كانت قضايا التطرف متداخلة ومتشعبة وعميقة، وخصوصًا في المجتمعات

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المتخلفة، كما أن بعض التطرف الفكري قد يقود إلى العنف أو الارهاب.[1]

ومن ناحية قانونية فلا يوجد أساس لمصطلح (التطرف) في المعايير القانونية الدولية الملزمة, فالتطرف دائما في دائرة الفكر , أما عندما يتحول الفكر المتطرف إلى أنماط عنيفة من السلوك من اعتداءات على الحريات أو الممتلكات أو الأرواح أو تشكيل التنظيمات المسلحة التي تستخدم في مواجهة المجتمع والدولة فهو عندئذ يتحول إلى إرهاب , كما أن التطرف لا يعاقب عليه القانون ولا يعتبر جريمة بينما الإرهاب هو جريمة يعاقب عليها القانون , فالتطرف هو حركة اتجاه القاعدة والقانونية ومن ثم يصعب تجريمه , فتطرف الفكر لا يعاقب عليه القانون باعتبار أن القانون لا يعاقب على النوايا والأفكار , في حين أن السلوك الإرهابي وإجرامه هو حركة عكس القاعدة القانونية لذا بالإمكان ان يتم تجريمه.[1]

ثانيا: اسباب وتداعيات التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

يرجع الباحثين في مجال التطرف والارهاب الى ثلاث اسباب اساسية بوصفها دوافع لانتهاج منهج التطرف وهي الدوافع الاقتصادية والدوافع الثقافية والاجتماعية والدينية والدوافع السياسية:

1 .الدوافع الاقتصادية : يلعب العامل الاقتصاد دور كبير بوصفة احد الدوافع المهمة في انضمام الشباب الى الجماعات المتطرف او دافعا للسلوكيات المتطرفة للبعض ، إذ يرى وليام نوك وهو احد المفكرين الاجتماعيين قد يكون التطرف والإرهاب رد فعل للمتغيرات الاقتصادية كتعبير عن سخط المجتمعات ، وللفقر صور عديدة ظاهرة ومستترة, وقد يكون الفقر ذو طابع اقتصادي او اجتماعي[1] , و يعد الفقر من أهم الدوافع الاقتصادية للتطرف والارهاب نتيجة شعور الفرد بالظلم والتوتر التي تحول المجتمع بأكمله إلى قنبلة موقوتة جاهزة للانفجار في أي لحظة[1] , نتيجة الإحباط في تحقيق بعض الأهداف أو الرغبات أو الوصول إلى المكانة المنشودة؛ فقد يأخذ الإحباط لدى الشباب صورة الشعور بالاكتئاب، وهناك من يتمرد ويظهر السلوك العدواني أو المتطرف نتيجة شعور الفرد بالهزيمة أو الفشل، وكلما كان الإحباط مهما لدى الشخص في مجال حيوي ومباشر كان الاحباط اشد , ظهرت ردت الفعل بصورة اقوى واعنف.[1]

2 .الدوافع الثقافية والاجتماعية والدينية:

تشير العديد من الدراسات إلى خطورة الازمات الاجتماعية في زرع وتغذية الفكر المتطرف لدى الشباب وبشكل خاص في المجتمعات ذات النسيج الاجتماعي المتنوع، وابرز المشاكل الاجتماعية التي يعانيها الشاب في عصر الحداثة هي الفقر والبطالة والتمييز والتهميش والإقصاء الاجتماعي والسياسات الظالمة والتحولات الاجتماعية والثقافية والدينية والتعليمية والإعلامية والتكنولوجية والاقتصادية والبيئية والأمنية والسياسية والعسكرية , والتي تسهم في تغذية الفكر المتطرف[1]

فضلا عن ذلك حالة التفكك الاسري التي تعيشها العديد من الاسر في ظل التطور التكنلوجي لها دور كبير في انتشار الامراض النفسية والتطرف وانتشار المخدرات[1],وانتشار ثقافة الاستعلاء ورفض الآخر والتسفيه منه وتراجع التفكير النقدي وانتفاء ثقافة المشاركة, إضافة للخطابات الدينية المتعصبة التي تستند إلى تأويلات وتفسيرات خاطئة، تجانب الفهم الصحيح للإسلام ومجافية لروح الأديان كلها من الحفاظ على القيم الروحية النبيلة التي تعتمد على المحبة والرحمة والتسامح، وتنبذ التعصب والكراهية , يضاف إلى ذلك ثلاثية الفقر والأمية والجهل التي تدفع الشخص إلى الانسياق وراء خطاب ديني مشوّه وفتاوى وتأويلات مغلوطة، وآراء ضيقة الأفق، ومناخ معادٍ لثقافة الاختلاف والتسامح، وفي أحيان كثيرة تكون "المرأة" في مقدمة ضحايا التطرف نتيجة لتعثر مسيرة التنمية الثقافية والاجتماعية في المجتمع.[1]

وأن الإرهاب الفكري الذي يهدف الى إفساد المعتقدات الدينية سواء عن طريق الأجهزة الإعلامية أو الانترنت باستخدام وسائل التواصل الاجتماعي الفيس بوك وتوتير وغيرها.[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

3 .الدوافع السياسية :

تعد الاضطراب السياسية احد الدوافع المهمة في تغذية الفكر المتطرف، اذ يمكن أن تؤدي الأزمات السياسية والصراعات إلى زيادة الاحتقان والاستياء لدى الشباب, مما يدفع بعض الشباب الى الفكر المتطرف كأداة للتعبير عن غضبهم ومطالبهم السياسية نتيجة شعورهم بالتهميش وعدم الرضا عن الوضع القائم.[1]

المحور الثاني: مشاريع الامم المتحدة للحد من التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

لقد اثار التطرف والارهاب اهتمام المجتمع الدولي منذ مطلع القران العشرين، وجاء هذ الاهتمام بعد وقوع الكثير من الأحداث الإرهابية والتي تنوعت بين الاغتيالات، والتفجيرات، وخطف الطائرات، واخذ الرهائن .وتجلى الاهتمام في تناول عصبة الأمم المتحدة هذه المشكلة باتفاقية دولية 1937 وبرتوكول بإنشاء محكمة دولية جنائية لمحاكمة الأفراد المتهمين بالإرهاب ، إلا أن هذه الاتفاقية لم يكتب لها التطبيق بسبب عدم توافر النصاب الكافي للتصديق عليها.

وبعد أحداث ١١ستمبر ٢..١ في الولايات المتحدة الأمريكية تضاعف اهتمام المجتمع الدولي وزاد نشاط الأمم المتحدة في مجال مكافحة الإرهاب من خلال الجمعية العامة، ومجلس الأمن فصدرت العديد من القرارات. كما عقدت كثير من الاتفاقيات والمؤتمرات للتصدي لهذه الظاهرة، وقد بات هذا الثلاثي (التعصّب والتطرّف والإرهاب) قضية دولية مطروحة على طاولة البحث والتشريح في الأمم المتحدة وعلى صعيد المجتمع الدولي، لذا سيتم مناقشة جه الامم المتحدة عبر ثلاث نقاط

اولا. دور مجلس الامن لمكافحة التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

تتبنى الأمم المتحدة العديد من القرارات والمشاريع لمكافحة التطرف العنيف من خلال اللجنة الوطنية لمكافحة التطرف العنيف، ولجنة مكافحة الإرهاب التابعة لمجلس الأمن .

يسلِّم مجلس الأمن بأن أعمال الإرهاب والتطرف العنيف لا يمكن منعها أو مكافحتها من خلال التدابير القمعية وحدها، وقد شدد باستمرار على الحاجة إلى اتباع نهج شامل يشارك فيه المجتمع بأسره ويتوافق مع حقوق الإنسان ويراعي الاعتبارات الجنسانية، وهذا واضح على القرارات التي تم اتخاذها منذ احداث 11 ايلول 2001 , اذ تبنت الامم المتحدة عدة قرارات حتى عام 2006 وهي على النحو الاتي :

1 .تم تبني قرار 1373 بالإجماع في 28 ايلول / سبتمبر 2001، هو إجراء لمكافحة الإرهاب وجاء هذا القرار بعد 17 يوم من هجمات 11 ايلول / سبتمبر على الولايات المتحدة، وقد ادانها بوصفها هجمات إرهابية وتم فرض القرار بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، وبالتالي فهو ملزم لجميع الدول الأعضاء، ولضمان التنفيذ أنشأ القرار لجنة مكافحة الإرهاب التابعة لمجلس الأمن لمراقبة التزام الدول بأحكامه, ووفق القرار انف الذكر فرض مجلس الأمن عدة أمور ينبغي على الدول الالتزام بها ومنها:[1]

أ. ركز على ضرورة التعاون بين الدول للتصدي للهجمات الإرهابية ومواجهتها واكد على ضرورة إكمال هذه التعاون الدولي بتدابير إضافية تتخذها الدول لمنع ووقف تمويل أي أعمال إرهابية، والإعداد لها في أراضيها بجميع الوسائل القانونية.

ب. فرض على جميع الدول منع ووقف تمويل الأعمال الإرهابية، وتقديم أي نوع من أنواع الدعم الصريح أو الضمني الى الاشخاص الضالعين في الاعمال الارهابية ويشمل وضع حد لموضوع تجنيد او انضمام أعضاء للعمليات الارهابية، وكذلك فرض على الدول أن تحرم على رعاياها القيام بتوفير الاموال او جمعها لكي تستخدم في تمويل الارهاب, لأنه يعد تمويل الإرهاب امر يتنافى مع مقاصد الأمم المتحدة، ومن الجدير بالذكر انه أورد تمويل الإرهاب ضمن التحريض والتدبير.

ج. يدعو القرار جميع الدول إلى تعديل قوانينها الوطنية حتى تتمكن من التصديق على جميع الاتفاقيات الدولية القائمة بشأن الإرهاب, وذكر أن جميع الدول (ينبغي أن تضمن أيضا اعتبار الأعمال الإرهابية جرائم جنائية خطيرة في القوانين واللوائح المحلية، وأن تنعكس خطورة هذه الأعمال على النحو الواجب في الأحكام الصادرة) , وربط الارهاب بالجريمة المنظمة عابرة الحدود الوطنية والاتجار غير المشروع بالمخدرات وغسل الأموال والاتجار الغير قانوني بالأسلحة و النقل غير القانوني للمواد النووية والكيميائية و

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

البيولوجية، فقد تزايدت الصلة ما بين الجريمتين نتيجة اتساع نطاق التطرف والإرهاب و اتخاذه صورة منظمة، وتطور العمليات الإرهابية و تقنية أدائها، برزت الحاجة لتمويل مالي مستمر تعجز عن تغطيته مصادر التمويل الأخرى، كالتمويل الذاتي و التمويل من جمعيات تدعي أنها ذات نفع عام لذا اتجهت الجماعات الإرهابية إلى تجارة المخدرات مورداً للتمويل.

د. وكان يهدف أيضا إلى تقييد قانون الهجرة، مشيرا إلى أنه «قبل منح صفة اللاجئ، ينبغي لجميع الدول أن تتخذ التدابير المناسبة للتأكد من أن طالبي اللجوء لم يخططوا لأعمال إرهابية أو يسهلوها أو يشاركوا فيها

لكن من المأخذ على هذا القرار لم يتمكن من وضع تعريف «الإرهاب»، وقامت مجموعة العمل في البداية فقط بإضافة تنظيم القاعدة ونظام طالبان في أفغانستان إلى قائمة العقوبات، وهذا مكن الأنظمة الاستبدادية من تصفية خصومها السياسيين بذريعة الارهاب، فضلا عن ذلك بالإمكان أن تصف الأنشطة غير العنيفة بأنها أعمال إرهابية، وبالتالي انتهاك حقوق الإنسان الأساسية.[1]

وفيما بعد صدرت العديد من القرارات سيتم مناقشتها وفق الجدول الاتي

رقم وتاريخ القرار	مضمون القرار	المأخذ على القرار
قرار رقم 1377، المعتمد بالإجماع في اجتماع وزاري عقد في 12 تشرين الثاني / نوفمبر 2001	1.اعتمد المجلس إعلانا بشأن الجهود المبذولة للقضاء على الإرهاب الدولي. 2.أكد أن اتباع نهج مستدام وشامل ضروري لمكافحة الإرهاب.	على الرغم من أن الاعلان شدد على أن الإرهاب يتعارض مع المبادئ المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة ويعرض الأرواح للخطر ويهدد التنمية الاجتماعية والاقتصادية لجميع البلدان والاستقرار العالمي ككل. لكن دون التوصل الى مفهوم جامع للإرهاب
قرار رقم 1438 هو قرار أممي اعتمد بالإجماع في 14 أكتوبر 2002	1 .أكد مجلس الأمن في هذا القرار على ضرورة مكافحة التهديدات التي يتعرض لها السلام والأمن الدوليان 2 .ينص القرار على أن تتعاون جميع الدول مع السلطات الإندونيسية وتقدم لها المساعدة لتقديم الجناة إلى العدالة وفقا لالتزاماتها بموجب القرار 1373	جاء لإدانة تفجيرات مدينة بالي في إندونيسيا، دون الوصل الى تعريف للإرهاب
.القرار رقم 1456 في 20 يناير 2003 في اجتماع على مستوى وزراء الخارجية،	1 .اعتمد المجلس إعلانًا يدعو جميع الدول إلى منع وقمع كل دعم للإرهاب 2 .امتاز على القرارات السابقة الأخرى، ذكر حقوق الإنسان لأول مرة، وحذر من خطورة حصول الارهابيين على المواد النووية والبايلوجية	بؤخذ عليه ايضا لم يستطيع التوصل الى تعريف الارهاب
قرار 1535 صدر عن مجلس الامن في 28/ ايلول 2004	1 .تضمن القرار ضرورة الالتزام بالقرارات السابقة بشأن الارهاب الدولي، والاعلانيين المرافقين 2 .أكد على ان دول كثيرة تحتاج الى مساعدة في تنفيذ القرار 1373 3 .وأكد على ضرورة معالجة المشاكل التي تواجه الدول واللجنة في تنفيذ القرار1373. 4 .واكد ضرورة على ان تكون اجراءات الدول لمكافحة الارهاب متوافقة مع قواعد القانون الدولي	بؤخذ عليه ايضا لم يستطيع التوصل الى تعريف الارهاب
صدر قرار 1618في 4/ اب 2005	1 .يؤكد هذا القرار على القرارات ذات الصلة بالعراق , ولاسيما قرار 1546 لسنة 2004 ويعيد دعمه الثبات للشعب العراقي في عملية تحوله السياسي	لم يميز بين الارهاب والمقاومة التي كان يبديها الشعب العراقي ضد قوات الاحتلال الامريكي .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

	2 .والتأكيد على استقلال العراق وسيادته ووحدته وسلامته الاقليمية، ويهيب بالمجتمع الدولي الوقوف الى جانب العراق في سعيه لتحقيق السلام والاستقرار الديمقراطية, ويدين وبدون تحفظ بأشد العبارات	
قرار مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم 1735، الذي تم تبنيه بالإجماع في 22 ديسمبر / كانون الأول 2006	1 .اعتبر مجلس الأمن الإرهاب من أكبر التهديدات للسلم والأمن الدوليين. وأدان وعبر عن قلقه إزاء تزايد عدد الهجمات التي يشنها تنظيم القاعدة وأسامة بن لادن وطالبان وأفراد وجماعات أخرى. وأكد 2دعى القرار الى ضرورة التعاون الدولي اذ ذكر بان لا يمكن هزيمة الإرهاب إلا من خلال نهج شامل بمشاركة وتعاون نشطين من جميع البلدان والمنظمات الدولية؛ في هذا السياق، كان الحوار بين لجنة 1267 والدول مهمًا، وتم الترحيب بالتعاون مع الإنتربول. 3.أعرب القرار عن القلق إزاء إساءة استخدام الإنترنت من قبل الجماعات الإرهابية والأفراد، مشيرة كذلك إلى الطبيعة المتغيرة للتهديد، ولا سيما الطريقة التي يروج بها الإرهابيون أيديولوجياتهم. 4 .طُلب من جميع البلدان فرض حظر على الأسلحة وحظر سفر وعقوبات مالية ضد جميع الجماعات والأفراد الإرهابيين. علاوة على ذلك، يمكن للبلدان أن تقترح أسماء لإدراجها في قائمة العقوبات وعليها استخدام الاستمارة الواردة في مرفق القرار .	اشار الى خطورة استخدام الانترنيت من قبل الجماعات الارهابية لكن لم يتمكن من حضر استخدامه او وضع قيود على الجماعات الارهابية

الجدول من اعداد الباحثة بالرجوع الى قرارات الامم المتحدة وهي كالتي

1 .قرار الامم المتحدة رقم 1377 في 12 تشرين الثاني / نوفمبر 2001

2 .قرار الامم المتحدة رقم 1438 في 14 أكتوبر 2002.

3.قرار الامم المتحدة رقم 1456 في 20 يناير 2003.

4 .قرار الامم المتحدة 1535 في 28/ ايلول 2004

5 .قرار الامم المتحدة رقم 1618في 4/ اب 2005.

6 .قرار الأمم المتحدة رقم 1735 في 22 ديسمبر / كانون الأول 2006

ثانيا. استراتيجية الامم المتحدة لمكافحة الارهاب عام 2006

ادركت الامم المتحدة ان موضوع الإرهاب، والتطرف لم يعد بالإمكان معالجته عبر القرارات , وإنما استجدّت الحاجة الملحّة والماسّة إلى بحث شامل لهذه الظواهر بأبعادها ودلالاتها المختلفة, وفي 8 أيلول سبتمبر ٢٠٠٦ بدأت الجمعية العامة مرحلة جديدة في جهودها الرامية لمكافحة الإرهاب وذلك باعتمادها للاستراتيجية العالمية لمكافحة الإرهاب والتي أطلقت رسميا في ١٩ أيلول ٢٠٠٦ ، وتكمن أهمية هذه الاستراتيجية في إنها , تمثل المرة الأولى التي تتفق فيها الجهود الوطنية والإقليمية والدولية لمكافحة الإرهاب على نهجا استراتيجي موحد لمكافحة الإرهاب, وأشارت هذه الاستراتيجية إلى الإجراءات اللازمة للقضاء على الإرهاب وقد ارتكزت هذه الاستراتيجية على اربع نقاط وهي :[1]

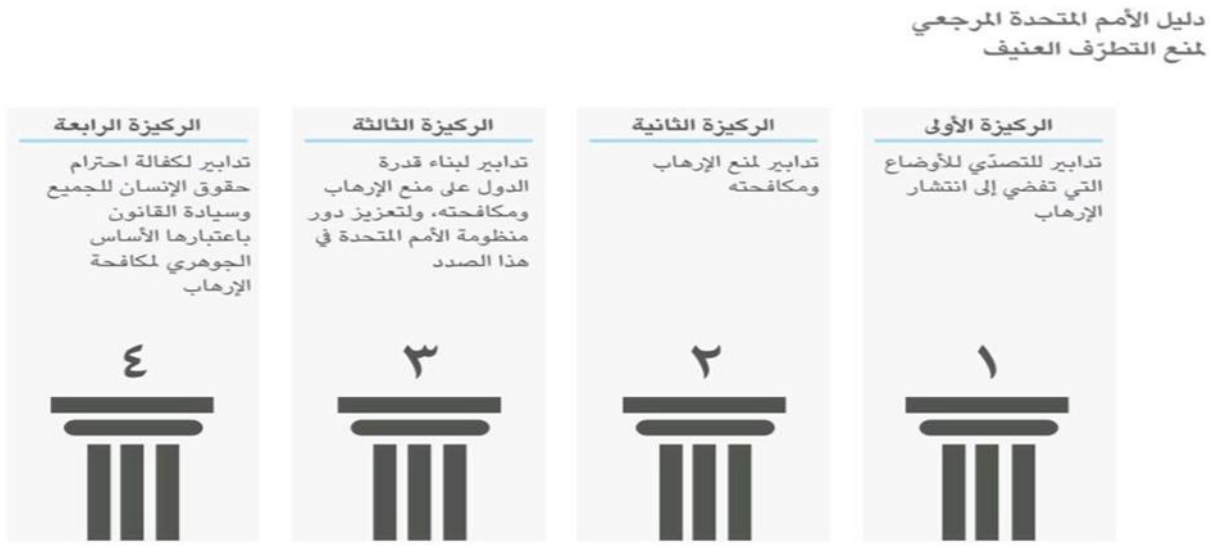
1 .معالجة الظروف المؤدية الى انتشار الارهاب

2 .تدابير لمنع الارهاب ومكافحته

3 .تدابير لبناء قدرة الدول لمنع الارهاب ومكافحته وتعزيز دور الامم المتحدة في هذا الشأن

4 .اتخاذ تدابير لضمان احترام حقوق الانسان الواجبة للجميع وسيادة القانون بوصفه الاساس الجوهري لمكافحة الارهاب..

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30



هذه هي أركان استراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب (A/RES/60/288).

المصدر: دليل مرجعي، وضع خطط العمل الوطنية والاقليمية لمنع التطرف العنيف، مكتب مكافحة الارهاب الامم المتحدة , الطبعة الاولى, ص9

تستعرض الجمعية العامة للأمم المتحدة استراتيجية مكافحة الإرهاب كل سنتين، مما يجعلها وثيقة حية تتلاءم مع أولويات الدول الأعضاء في مكافحة الارهاب.

ثالثا: برامج الامم المتحدة للحد من التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب

لقد شكل انتشار الجماعات الإرهابية والفكر المتطرف مثل (داعش وتنظيم القاعدة وجماعة أهل السنة) خطر كبير على السلم والامن الدوليين من خلال الدعوة للجهاد والسيطرة الفكرية والعقائدية على عقول الشباب، وكانت لرسالتهم التعصب - الديني والثقافي والاجتماعي - عواقب وخيمة على العديد من مناطق العالم، والسيطرة على الأراضي واستخدام وسائل التواصل الاجتماعي للتواصل في الوقت الحقيقي لجرائمهم الفظيعة، ويسعون لتحدي قيمنا المشتركة للسلام والعدالة والكرامة الإنسانية. لذا كان من الضروري مناقشة التطرف العنيف وكيفية معالجة هذا التهديد .

طرح الأمين للأمم المتحدة العام (بان كي مون) في 15 كانون الثاني/ يناير 2016 إلى الجمعية العامة خطة عمل لمنع التطرف العنيف, المؤدي الى الارهاب, وفي 12 شباط/ فبراير 2016، اتخذت الجمعية العامة قرارًا (يرحب بمبادرة الأمين العام، ويحيط علما بخطة عمله لمنع التطرف العنيف) [1], وفي ضوء ذلك استضافت كل من حكومة سويسرا والأمم المتحدة في مكتبها في جنيف (مؤتمر جنيف حول منع التطرف العنيف - الطريق إلى الأمام) في نيسان/أبريل 2016) واجتمع المؤتمرون لمناقشة النقاط الاساسية التي تبنتها المناقشة الرسمية للجمعية العامة في شباط/ فبراير، وأتاح المؤتمر فرصة للمجتمع الدولي لتبادل الخبرات والممارسات الجيدة في معالجة دوافع التطرف العنيف ودعم خطة عمل الأمين العام[1], في 1 تموز 2016، اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتوافق الآراء القرار (A/RES/70/291) بشأن المراجعة الخامسة للاستراتيجية العالمية لمكافحة الإرهاب التي تعزز التوافق العالمي في مكافحة الإرهاب والتطرف العنيف, وأقرت الجمعية العامة بأهمية منع التطرف العنيف عندما يفضي إلى الإرهاب[1]، وأوصت بأن تنظر الدول الأعضاء في تنفيذ التوصيات ذات الصلة من خطة عمل الأمين العام لمنع التطرف العنيف حسب الاقتضاء في السياق الوطني وجاءت التوصيات على مستويين هما المستوى الاول يتمثل بالاطار العالمي والمستوى الثاني الاطار الوطني وهما كالاتي [1] :

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المستوى الاول: الاطار العالمي لمنع التطرف العنيف

1 .إن منع التطرف العنيف هو التزام وواجب على كل الدول الاعضاء في الامم المتحدة بموجب المبادئ والقيم المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والصكوك الدولية الأخرى لحقوق الإنسان، واعترف المؤتمرون بأن التطرف العنيف قد وصل إلى مستوى من التهديد والتعقيد لذا يتطلب الأمر بتنفيذ القانون والتدابير العسكرية والأمنية لمعالجة قضايا التنمية والحكم الرشيد وحقوق الإنسان.[1]

2 .ضرورة تعزيز سيادة القانون وإلغاء التشريعات التمييزية وتنفيذ السياسات والقوانين التي تكافح التمييز والتهميش والإقصاء في القانون والممارسة .

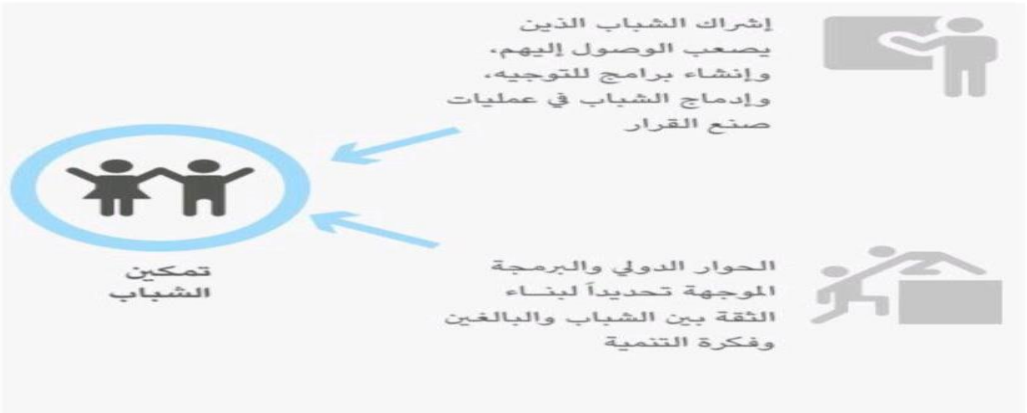
3 .أكدت الجمعية العامة على ضرورة العمل الموحد بشأن التطرف العنيف: في الاستعراض الرابع لاستراتيجية الأمم المتحدة العالمية لمكافحة الإرهاب في قرار الجمعية العامة 267/68، المعنون (عالم ضد العنف والتطرف العنيف) وخلال المناقشة الموضوعية الرفيعة المستوى للجمعية حول موضوع "تعزيز التسامح والمصالحة: تعزيز المجتمعات السلمية الشاملة ومكافحة التطرف العنيف)، التي عقدها رئيس الجمعية بالاشتراك مع الأمين العام وتحالف الأمم المتحدة للحضارات والتي عُقدت يومي 21 و22 أبريل 2015، وكذلك في المناقشة العامة الأخيرة للجمعية في دورتها السبعين .[1]

4 .شدد مجلس الأمن على ضرورة اتخاذ تدابير للتصدي للتطرف العنيف ووقف تدفق المقاتلين الإرهابيين الأجانب في قراره 2178 (2014)، خلال المناقشة المفتوحة الرفيعة المستوى التي أجراها المجلس حول موضوع "دور الشباب في مكافحة التطرف العنيف وتعزيزه.[1]"

المستوى الثاني: الإطار الوطني لمنع التطرف العنيف

ينبغي لكل دولة عضو أن تنظر في وضع خطة عمل وطنية لمنع التطرف العنيف تحدد الأولويات الوطنية لمعالجة الدوافع المحلية للتطرف العنيف وتكمل الاستراتيجيات الوطنية لمكافحة الإرهاب حيثما كانت موجودة بالفعل، واستنادا إلى مبدأ الملكية الوطنية ووفقا للقانون الدولي، قد ترغب الدول الأعضاء في النظر في العناصر التالية عند وضع هذه الخطط: [1]"

1 .ينبغي تطوير الخطط الوطنية بطريقة متعددة التخصصات، لتشمل تدابير مكافحة التطرف العنيف ومنعه، مع اشراك مجموعة واسعة من الجهات الحكومية، مثل أجهزة تنفيذ القانون ومقدمي الخدمات الاجتماعية ووزارات التعليم والشباب والشؤون الدينية، فضلاً عن ذلك المنظمات غير الحكومية، والطبقات الاجتماعية الفاعلة، بما في ذلك شريحة الشباب، والقادة الدينيين والثقافيين والتربويين المؤثرين بالمجتمع, ووسائل الاعلام, والقطاع الخاص.



المصدر: دليل مرجعي، وضع خطط العمل الوطنية والاقليمية لمنع التطرف العنيف، مكتب مكافحة الارهاب الامم المتحدة , الطبعة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الاولى, ص12

2 .ينبغي للخطط الوطنية أن تعزز الميثاق الاجتماعي ضد التطرف العنيف من خلال تعزيز احترام مبدأ المساواة أمام القانون والحماية المتساوية بموجب القانون في جميع العلاقات بين الحكومة والمواطنين، وتطوير مؤسسات فعالة وخاضعة للمساءلة وشفافة على جميع المستويات، فضلا عن ضمان اتخاذ قرارات سريعة الاستجابة، وشاملة، وتشاركية وتمثيلية. ويشجع الأمين العام البرلمانيين على توفير الأساس التشريعي لخطط العمل الوطنية لمنع التطرف العنيف بما يتوافق مع التزاماتهم الوطنية والدولية، حيثما ضروري.

3. ينبغي للخطط الوطنية أن تعالج مسألة المقاتلين الإرهابيين الأجانب، على النحو الذي دعا إليه قرار مجلس الأمن 2178 (2014). وفي هذا القرار، قرر المجلس أنه ينبغي للدول أن تتأكد من أن أنظمتها القانونية تنص على ملاحقة السفر لأغراض الإرهاب أو التدريب ذي الصلة؛ وأنه ينبغي للدول أيضًا أن تعالج تمويل أو تسهيل هذه الأنشطة ومنع الدخول أو العبور عبر أراضيها، بما في ذلك من خلال استخدام قواعد البيانات المقبولة دوليًا، لأي فرد تتوفر عنه معلومات موثوقة توفر أسبابًا معقولة للاعتقاد بأن هذا السفر تم من أجل بقصد المشاركة في عمل إرهابي ويمكن أن تكون المبادئ التوجيهية بشأن وقف تدفق المقاتلين الإرهابيين الأجانب، المتفق عليها في الاجتماع الخاص للجنة مجلس الأمن المنشأة عملا بالقرار 1373 (2001) بشأن مكافحة الإرهاب، المعقود في مدريد في 28 تموز/يوليه 2015، مفيدة في هذا الصدد .

4 .وينبغي للخطط الوطنية أن تمنع الجماعات المتطرفة العنيفة والإرهابية من الاتجار بالنفط والآثار، واحتجاز الرهائن، وتلقي التبرعات، بما يتماشى مع التزامات الدول الأعضاء بموجب قرار مجلس الأمن 2199.(2015)

5 .تتمثل إحدى وسائل معالجة العديد من دوافع التطرف العنيف في مواءمة سياسات التنمية الوطنية مع أهداف التنمية المستدامة، وعلى وجه التحديد القضاء على الفقر بجميع أشكاله في كل مكان (الهدف 1), ضمان التعليم الجيد المنصف والشامل وتعزيز فرص التعلم مدى الحياة للجميع (الهدف 4)؛ تحقيق المساواة بين الجنسين وتمكين جميع النساء والفتيات (الهدف 5)؛ تعزيز النمو الاقتصادي المطرد والشامل والمستدام والعمالة الكاملة والمنتجة وتوفير العمل اللائق للجميع (الهدف 8): الحد من عدم المساواة داخل البلدان وفيما بينها (الهدف 10): جعل المدن والمستوطنات البشرية شاملة وآمنة وقادرة على الصمود ومستدامة (الهدف 11)؛ وتعزيز المجتمعات السلمية والشاملة لتحقيق التنمية المستدامة، وتوفير الوصول إلى العدالة للجميع وبناء مؤسسات فعالة وخاضعة للمساءلة وشاملة على جميع المستويات (الهدف 16) .

6 .وينبغي أن تخصص الخطط الوطنية التمويل للتنفيذ من قبل الحكومة والكيانات غير الحكومية وتعزيز الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث قابلة للتطبيق. تعتبر آليات المراقبة والتقييم الفعالة لهذه الخطط ضرورية لضمان تحقيق السياسات للأثر المنشود. بشأن منع التطرف العنيف ويكملها تعاون إقليمي معزز. وقد اجتمعت عدة مناطق دون إقليمية ومناطقية لاستكمال تلك الاستراتيجيات أو اعتماد منظمات إقليمية أو دون إقليمية جديدة والأمم المتحدة، بهدف استكمال وتعزيز هذه الاستراتيجيات.

7 .تمكين المنظمات دون الإقليمية والإقليمية من تقديم المساعدة الفنية للدول الأعضاء في المنطقة الإقليمية أو المنطقة المعنية في بناء القدرات من أجل دعم التعاون الفعال، على سبيل المثال، في مجال

الخاتمة والتوصيات

عودة على بدأ بات الارهاب والتطرف الذي يؤدي الى الارهاب احد التهديدات الواسعة الانتشار وتهدد كل المجتمعات لذا تحتاج الى وقفة حقيقة وجهود دولية صادقة لمكافحته، والعمل على انجاز استراتيجية تتمتع بالقبول الدولي ورغبة حقيقية لإنجازها, لان استراتيجية مكافحة التطرف العنيف باتت مَطلبًا ضروريًّا لا يُستغنى عنه، شرط أن تُبنى هذه الاستراتيجيات وفقًا للمناهج العلمية، ووفقًا للبيانات والتحليل الاستراتيجي القائم على البحث والاستقصاء، لا على الأفكار السطحية والانطباعية .

وكذلك ينبغي أن تُبنى هذه الاستراتيجيات وفق شراكة حقيقية مع جميع مكوّنات المجتمع وأجهزته العامَّة والخاصَّة، ومواطنيه وساكنيه، وشبابه وشاباته، حتى الفقراء والمهمَّشون، والإصغاء إلى أصواتهم برعاية الامم المتحدة، بما يؤدّي إلى بناء استراتيجيات

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تمنع التطرف والإرهاب، وتحفظ كرامة الإنسان، وتصبُّ في المصلحة العامة.

التوصيات

1 .ضرورة نشر ثقافة التسامح والمحبة وتقبل الاخر عبر تفعيل خطاب الاعتدال والوسطية فان كان التطرف يحرض على الإرهاب، فإن نقيضه الاعتدال والوسطية والمشترك الإنساني بين الشعوب والأمم والأديان واللغات والسلالات المتنوعة، لأن الاجتماع الإنساني من طبيعة البشر, حيث التنوع والتعددية والاختلاف صفة لصيقة بالإنسان. وهذه كلها ينبغي الإقرار بها والتعامل معها كحقوق إنسانية توصلت إليها البشرية بعد عناء، وهي النقيض لفكر التطرف والتكفير.

2.تحتاج الامم المتحدة فرض عقوبات صارمة على اي دولة لا تلتزم بمكافحة خطاب الكراهية.

3 .ضرورة تشريع قانون يجرم التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب وخطاب التكفير وعدم تقبل الاخر

4 .وجود هيئة وطنية تقوم على دراسة ومراجعة كل الخطب الدينية لكل الديانات وتدقيقها من اجل ضمان خلوها من خطاب الكراهية وعدم تقبل الاخر.

4 .استثمار قدرات الشباب والقضاء على البطالة وتوفير فرص عمل مناسبة ورفع قدراتهم عبر زجهم في دورات تطويرية لضمان فاعليتهم كمواطنين صالحين يجمعهم الشعور الوطني.

5 .يقع على عاتق الامم المتحدة حث الدول الأعضاء على تمكين الشباب بإشراكهم في عمليات صنع القرار والنظر في السبل العملية لإشراكهم في وضع البرامج والمبادرات الملائمة الرامية إلى منع التطرف العنيف المفضي إلى الإرهاب

المصادر

قرارات الامم المتحدة

1 .قرار الامم المتحدة رقم 1373 في 28 ايلول / سبتمبر 2001 .

2 .قرار الامم المتحدة رقم 1377 في 12 تشرين الثاني / نوفمبر 2001

3 .قرار الامم المتحدة رقم 1438 في 14 أكتوبر 2002.

4.قرار الامم المتحدة رقم 1456 في 20 يناير 2003.

5 .قرار الامم المتحدة 1535 في 28/ ايلول 2004

6 .قرار الامم المتحدة رقم 1618في 4/ اب 2005.

7 .قرار الأمم المتحدة رقم 1735 في 22 ديسمبر / كانون الأول 2006

الكتب

1 .الاستراتيجيات الشاملة والمتكاملة لمكافحة الارهاب، لجنة مكافحة الارهاب التابعة لمجلس الامن , المديرية التنفيذية للجنة مكافحة الارهاب ,صحيفة وقائع المديرية.,

2 .سجان م. غوهيل واخرون، المنهج المرجعي لمكافحة الارهاب , تقارير دولية . تقرير رقم 23, حلف شمال الاطلسي, 30/ مايو 2020 .

3 .دليل مرجعي، وضع خطط العمل الوطنية والاقليمية لمنع التطرف العنيف, مكتب مكافحة الارهاب الامم المتحدة , الطبعة الاولى,

المصادر الاجنبية

1. PLAN OF ACTION TO PREVENT VIOLENT EXTREMISM . UN logo UN Counter-Terrorism Centre (UNCCT)

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المجلات والدراسات والدوريات

1. سمية شريط، دور التنشئة الاجتماعية في إنتاج الفكر المتطرف- قراءة في الأسباب, مجلة مدارات تاريخية , المجلد الاول العدد 3, 2019 , ص 156 .

2. شريف عبد الحميد حسن رمضان، الإرهاب الدولي - أسبابه وطرق مكافحته في القانون الدولي والفقه الإسلامي – دراسة مقارنة , مجلة كلية الشريعة والقانون , العدد 31 الجزء 3, جامعة طنطا , ص1110 .

3. شريفة كلاع، الدوافع المحفزة على التطرف العنيف في المنطقة المغاربية وآليات التدبير والتنسيق لمكافحته, مجلة افاق للعلوم , العدد 3, المجلد الخامس, جامعة الجزائر 3, الجزائر , 2020. ص325 .

4. عبد الحسين شعبان، التطرف والارهاب إشكالية نظرية وتحديات عملية (مع إشارة خاصة الى العراق) , كراسات علمية 42, مراصد , 2017, القاهرة , ص14 .

5. عبد الحميد صيام، مانيفستو حول جدلية العلاقة بين العنصرية والإرهاب: دعوة للحوار، مجلة القدس العربي، 15 يناير/كانون الثاني 2015 .

6. عماد رزيك عمر، تأثير التنشئة الاجتماعية والسياسية في الاتجاه نحو التطرف, مجلة العلوم السياسية , العدد60 , كلية القانون والعلوم السياسية , جامعة الانبار, 2020 .

7. محمد بني عامر، إستراتيجيات مكافحة التطرف والإرهاب - الإطار العام للمنهجية ومتطلبات النجاح, مقالات – مكتبة التحالف , التحالف الاسلامي العسكري لمكافحة الارهاب , 23/ 3/ 2020.

8. محمد رمضان بخيت، العوامل الاقتصادية والاجتماعية واثرها على معدلات التطرف والارهاب (دراسة ميدانية) المجلة العلمية , كلية الآداب , القاهرة , 2020 .

9. موجز السياسية، تقرير النوع الاجتماعي وخطة منع التطرف العنيف ومكافحة الارهابUN WOMEN , هيئة الامم المتحدة للمرأة , مركز جنيف لحوكمة قطاع الامن , 2017.

10. يوسف ورداني، تزايد أهمية اعادة التفكّير في قضية التطرف ، مركز الأهرام للدراسات السياسية والاستراتيجية ، مجلة بدائل عدد ،15 السنة 6 , 2015.

التقارير الدولية

1. تقرير الامم المتحدة، المفوضية السامية لحقوق الإنسان والإرهاب والتطرّف العنيف, الامم المتحدة حقوق الانسان مكتب المفوض السامي, متاح على الرابط 1/ 1/ 2024 . https://www.ohchr.org/ar/terrorism

2. تقرير اللجنة الوطنية لمكافحة التطرف العنيف - استراتيجية التطرف العنيفhttps://bing.com/search?q .

3. قرار 276/68 بشأن الاستعراض الرابع لاستراتيجية الأمم المتحدة لمكافحة الإرهاب https://www.un.org/counterterrorism/ar/un-global-counter-terrorism-s

4. خطط العمل لمنع التطرف العنيف مكتب مكافحة الإرهاب . https://www.un.org/counterterrorism/ar/cct/plans-of-action-to-prevent-violent-extremism.

الدراسات المتاحة على شبكة الانترنيت

1. ابراهيم نوار, استراتيجيات مكافحة الإرهاب: من المواجهة الأمنية إلى الحرب السياسية والإيديولوجية, تقارير, المركز العربي للبحوث والدراسات , الثلاثاء 15/أغسطس/2017, متاح على موقع المركز بتاريخ 22/ 1/ 2024 . http://www.acrseg.org/40551

2. احمد مزاحم هادي، العوامل الاجتماعية ودورها في تغذية الفكر المتطرف لدى الشباب, دراسات , مركز النهرين للدراسات الاستراتيجية, تاريخ النشر 28/ 8/ 2023, متاح على الرابط بتاريخ 2024/1/8 .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

https://alnahrain.iq/index.php/post/952

3 .عبد الحسين شعبان. مثلّث الإرهاب: التعصّب والتطرّف والعنف. مركز الدراسات والابحاث العلمانية في العالم العربي, 2022/1/17. متاح على الرابط بتاريخ 2/1/ 2024 . ?https://www.ssrcaw.org/ar/show.art.asp ,

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

عقدة العقدين (تداعيات غزو العراق ومسارات بناء الدولة الوطنية بعد العام 2003)

م.م مصطفى محمود جلال
مركز الدراسات الإستراتيجية / جامعة كربلاء

المستخلص:

عانت الدولة العراقية منذ تأسيسها من أزمات عديدة, ولعل أزمة بناء الدولة الوطنية أبرزها , كون نشأت الدولة العراقية لم تأتِ نتيجة تطور منسجم وطبيعي للمجتمع والذي يؤدي الى وجودها كدولة , بل أن الدولة نشأت نتيجة التقسيمات التي أعقبت الحرب العالمية الأولى , لذلك نجد أن الملك فيصل الأول قد نبه خلال خطاب تنصيبه الى أزمة التنوع وأزمة المواطنة وصعوبة مهمة تأسيس الدولة العراقية بوجود تلك الأزمات , وهذا لا يعني اخفاق إقامة الدولة العراقية بل أنها تأسست عام 1921 ولكنها عانت ولازالت تعني من أزمات متعددة , وبعد عملية الغزو والاحتلال الأمريكي للعراق في عام 2003 وتغيير النظام السياسي , تعمقت وازدادت هذه الأزمات لتفرز مجموعة تداعيات مازالت تتفاعل الى اليوم وتعارضت مع بنية الدولة الوطنية.

Abstract:

Since the establishment of the Iraqi government, the Iraqi state has suffered from many crises, perhaps the most one is the crisis of building the national state. The starting of the Iraqi state did not come as a result of a harmonious and normal development of society that would lead to its existence as a state. Rather, the state arose as a result of the divisions that followed the First World War. Therefore, we find that King Faisal The first, during his speech, pointed out the crisis of diversity, the crisis of citizenship, and the difficulty of establishing the Iraqi state within these crises and this does not mean the failure of establishing the Iraqi state, however it was founded in 1921, but it suffered and continues to suffer from multiple crises, and after the American invasion and occupation of Iraq in 2003 and the change of the regime. Politically, these crises increased to produce a set of consequences that still interact today and conflict with the structure of the national state.

المقدمة

تمثل ذكرى التاسع من شهر آبريل في كل عام , فرصة للشعب العراقي لإستذكار عقدين من الزمن على غزو بلادهم في العام 2003 , من انهاء نظام تسلطي إستبدادي الى ولادة نظام ديموقراطي, مثل حقبة سياسية جديدة , وهي الأكثر جدلاً في تاريخ العراق السياسي , فقبل عقدين من الزمن شهدت دولة العراق حملة برية وجوية مكثفة, وأستمرت لبضع أسابيع سقطت على إثرها عاصمة العراق والمحافظات العراقية تباعاً , ليترقب الشعب العراقي نظاماً ديموقراطياً طالما أنتظروه بعد التركة الثقيلة التي خلفها النظام السياسي السابق من التسلط والقسوة , بالإضافة الى الفقر والحرمان بسبب الحصار الاقتصادي الذي فرض على العراق آنذاك , هذا النظام المنتظر كان من المفترض أن يعمل على إعادة بناء الدولة وفقاً لمعايير الديموقراطية التي كان يتغنى بها المحتل , إلا ان التحديات بدأت تظهر تباعاً مع وضع اللبنات الأساسية لبناء الدولة العراقية بعد التغيير السياسي, حيث مثلت هذه التحديات متغيرات دراماتيكية وصراعات سياسية أثرت بشكل ملحوظ على مسارات بناء الدولة الوطنية العراقية , وعلى هذا النحو تبرز أهمية البحث

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

عبر جملة من النقاط يمكن أن تثبت على النحو الاتي :

أهمية البحث

يطرح موضوع البحث إشكالية حول تداعيات الغزو على العراق على سياقات بناء الدولة الوطنية الديموقراطية، ونظراً لأن مفهوم الدول الديموقراطية يقدم لنا إطار قانوني وثقافي واجتماعي لمجموعة من السياقات والمسارات المتبعة في بناء تلك الدول، فأن ذلك يطرح ضرورة لبحث العلاقة بين تداعيات الغزو ومسارات بناء الدولة العراقية

أن عملية تغيير وتعاقب الأنظمة السياسية بعمليات عسكرية (بالقوة)، يمثل تحدي كبير لأي صانع قرار في العالم , فكيف بدولة مثل العراق تمثل جزءاً من صراعات دولية وإقليمية اذ تعد معضلة صياغة مسارات واليات لبناء دولة ديموقراطية تحدي بالغ الأهمية لاي حكومة راغبة بتحقيق الاستقرار السياسي والاقتصادي وبناء دولة وطنية في ظل وجود مجتمع متعدد الأديان والمذاهب.

إشكالية البحث

تنبع إشكالية هذا البحث ببروز مجموعة من التحديات، كان لتداعيات الغزو على العراق أثراً بالغ الأهمية على تغذيتها والتي أثرت بشكل مباشر على مسار بناء الدولة بعد تغير النظام السياسي في العراق، لنطرح التساؤلات الآتية كإشكالية لهذا البحث:

هل كان لتداعيات الغزو على العراق اثراً في بناء الدولة الوطنية؟

ماهي أهم التحديات التي وقفت أمام بناء الدولة الوطنية في العراق؟

كيف يمكن تجاوز هذهِ التحديات وماهي الوسائل لذلك؟

فرضية البحث

تقوم فرضية هذا البحث، على وجود علاقة عكسية سالبة بين تداعيات الغزو على العراق و بروز مجموعة من التحديات أثرت على بناء الدولة الوطنية الديمقراطية وتحقق الاستقرار السياسي وتعمل على صياغة هوية وطنية تنصهر بداخلها كل الانتماءات والهويات الفرعية.

المبحث الأول: تداعيات سياسية وأمنية

كان لعملية الغزو الأمريكي على الدولة العراقية في نيسان / آبريل 2003 دوافع عدة , كما كان لها أثراً بالغ الأهمية في بروز تحديات كانت نتاجاً لهذا الغزو , اذ جاء إعلان هذه الحرب كجزء من مخطط أمريكي لإعادة هندسة منطقة الشرق الأوسط وإعادة صياغتها بما يخدم مصالح الولايات المتحدة الأمريكية وأهدافها الحيوية في المنطقة, خصوصاً بعد إحكام قبضتها على مصادر الطاقة في دول الخليج العربي وأسيا الوسطى وبحر قزوين , ليأتي الدور على دولة العراق , كون العراق يمتلك ثاني أكبر إحتياطي للنفط عالمياً بعد المملكة العربية السعودية , كذلك الأخذ بنظر الاعتبار زهد تكلفة إنتاج برميل النفط في العراق بالمقارنة مع دول اسيا وبحر قزوين , وإن هذا الاهتمام بمصادر الطاقة وخصوصاً النفط , قد كان واضحاً إثناء عملية الإجتياح والغزو والقبض بيداً من حديد على وزارة النفط العراقية و تطويقها ومنع الدخول اليها بشكل يدعو للإستغراب خصوصاً ان باقي الوزارات قد شرعت ابوبها وبمباركة أمريكية للنهب والعبث والتخريب , لذا سعت القيادة العسكرية الامريكية أثناء فترة الحرب على العراق الى ضرورة حسم هذهِ الحرب سريعاً , وعلى الرغم من إخفاقها في الحصول على قراراً من مجلس الأمن الدولي يبيح لها بالتدخل العسكري في العراق, إلا ان الولايات المتحدة الامريكية وبيريطانيا أقدموا على التدخل العسكري في العراق متجاهلين بذلك كل الأعراف والقوانين الدولية ومبررة تدخلها على مجموعة من الأهداف منها (تدمير أسلحة الدمار الشامل للنظام السابق- وحماية حقوق الانسان في العراق ونشر ثقافة الديموقراطية ,كذلك القضاء على الرئيس العراقي السابق والدائرة الضيقة المحيطة بهِ لإعتقادهم بإرتباطهِ بالتنظيمات التكفيرية والارهابية التي تقف وراء احداث الحادي عشر من سبتمبر2001) , لتبدأ عمليات الغزو في 21 آذار / مارس 2003 ضمن خطة عسكرية اطلق عليها جورج بوش الابن اسم (الصدمة والترويع), شهدت بغداد على اثرها قصف صاروخي عنيف قدرت من (800 الى 1000) صاروخ كروز وهو ما أشار اليهِ المقدم الركن (ثابت العبيدي) قائد كتيبة الدفاع الجوي المسؤول عن حماية غرب بغداد,

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أستهدفت هذه الصواريخ كل أسلحة الدفاع الجوي والمناطق الأمنية والرئاسية ومراكز القيادة , وبعد نحو 3 أسابيع من القصف المكثف والمعارك غير المتكافئة دخلت القوات الامريكية الى قلب العاصمة بغداد في التاسع من نيسان /آبريل 2003 لتعلن عن عملية إسقاط تمثال الرئيس العراقي وسط ساحة الفردوس في قلب بغداد وسقوط النظام السياسي العراقي برمتهً, لتبدأ مرحلة جديدة شهدت تحديات عدة وكانت كنتاج لهذا الغزو ويمكن تضمينها في مطلبين من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: تفكك الدولة

أن التركة الثقيلة التي خلفها الاحتلال الأمريكي على العراق للفترة التي أمتدت من العام (2003- 2011) , تضمنت مجموعة من التداعيات داخلياً وخارجياً , وفيما يخص التداعيات الداخلية فإنها شملت مستويات عدة, كانت الفوضى والإنفلات السياسي والأمني وتخلخل بنية الدولة أهم عناوينها.

بدايةً كان لقرار حل الجيش العراقي السابق والأجهزة الأمنية الذي أتخذه الحاكم المدني الأمريكي (بول بريمر) , أثر بالغ الأهمية في خلق فراغ أمني عانت البلاد من ويلات هذا القرار طويلاً , رغم محاولة الحكومات العراقية المتعاقبة الحد من اثار وتداعيات هذا القرار إلا انها لم تستطع إيقاف نزيف الدم والخروقات الأمنية رغم ايجادها لبدائل محلية لقوة الدولة تمثلت في تشكيلات وصنوف أمنية ناشئة وعلى أسس مذهبية وعرقية أو حتى شخصية .[1].

مهدت الولايات المتحدة الأمريكية في قراراتها حلم أقامة دولة العراق الديموقراطي الحر القائم على النموذج الأمريكي, حيث رتبت الأوضاع السياسية في العراق وفق النهج الأمريكي الذي وضعه (بول بريمر) , فعمل على أقامة إدارة مدنية تحت إشراف وقيادة التحالف الدولي في العلن , ولكن في الواقع فأن السلطات جميعا أونيطت الى (بول بريمر) الحاكم المدني الأمريكي في العراق , والذي بادر بإصدار قراره في 23 آيار 2003 بتسريح الأجهزة العسكرية والأمنية والإعلامية كافة, والعاملة في وزرات الداخلية والدفاع والإعلام وتسريح العاملين فيها .[1].

أن الشعب العراقي جميعاً وبما فيهم المعارضة العراقية في الخارج كانوا ولازالوا ينظرون الى جيشهم نظرة إجلال وإحترام ولايشككون بوطنيته ويتفهمون جيداً عقدة إبتلاء هذه المؤسسة العريقة بالنظام السياسي السابق، وكانوا يأملون ويحبذون بعد تغيير النظام السياسي السابق , أن يكون الجيش العراقي درعاً حصيناً لحماية استقلال العراق وصيانة كرامة شعبهُ.

ويمكن فهم قرار حل الجيش العراق السابق من خلال فهم الإستراتجية الامريكية تجاة منطقة الشرق الأوسط، والتي تعتبر إسرائيل بؤرة لمصالح أمريكية في هذه المنطقة, لهذا يجب ان تتماشى السياسات والقرارات الامريكية في العراق مع مصالح إسرائيل , ليأتي قرار الحل لأقوى جيش عربي متمرس في منطقة الشرق الأوسط , ومصدر خوف وقلق لإسرائيل, وقرار الحل بمثابة الضربة القاضية للتوازن العسكري بين العرب وإسرائيل في المنطقة.[1]

وبعد إصدار هذه القرارات التي أدت الى هشاشة البنية المؤسسية لدولة العراق الجديد , بادر السفير الأمريكي (بول بريمر) الى تقديم صيغة حكم شكلية تمثلت في إستحداث مجلس الحكم الإنتقالي , والذي ضم معظم شخصيات المعارضة العراقية في الخارج , بواقع (25) عضواً , وبحسب التسلسل الزمني يعد مجلس الحكم الإنتقالي ثالث هيئة إدارية في العراق بعد الغزو والإحتلال , اذ سبقهُ تشكيل (مكتب إعادة الإعمار والمساعدات الإنسانية) ومن ثم (سلطة الإتلاف المؤقتة) , الا ان مجلس الحكم هو الهيئة الأولى التي تتشكل من أعضاء عراقيون.[1]

ومايؤخذ على هذا الإستحداث والتشكيل لأول هيئة إدارية عراقية تتولى الحكم بعد الإطاحة بالنظام السياسي قبل 2003, هو تنامي الإنتماءات دون الوطنية وصعود الهويات الفرعية على حساب الهوية الوطنية العراقية، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال التركيبة التي تمت من خلال توزيع مقاعد المجلس , اذ تمت عملية التوزيع على وفق معطيات تتقاطع مع مفهوم الديموقراطية الذي جاء بها الاحتلال , من خلال تغول للهويات الفرعية(الدينية – الإثنية) على حساب هوية وطنية جامعة . اذ جاءت المقاعد بنسبة (72%) للعرب من السنة والشيعة وبواقع (18) مقعد، أما الكرد فكانوا بنسبة (20%) من تشكيل المجلس وبواقع (5) مقاعد ,(4%) للاشوريين والكلدان, (4%) للتركمان وبواقع مقعداً لكلاً منهما[1]. وسادت آنذاك في ظل هذه الأجواء (التسويق السياسي القائم على تغذية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الانتماءات دون الوطنية) , تنظيمات وتيارات سياسية كثيرة وجديدة على الساحة ولم يكن لها وجود سابقاً ادعت بأنها تعمل بتنظيم سري , أو أنها كانت في شمال العراق قبل العام 2003 , كانت تتصارع على إكتساب المغانم والإمتيازات من خلال القبض على السلطة [1]. وبهذا نكون امام محصلة أن أولى تداعيات العزو الأمريكي الذي أسهم في عرقلة مسارات بناء الدولة وفق أسس وطنية، هو التأسيس لمبدأ المحاصصة السياسية تحت مسمى الديموقراطية التوافقية والقائمة على تغذية الإنتماءات الدينية والمذهبية والقومية لتسمر فواعلها قائمة الى فترات طويلة .[1]

بمعنى أن الإحتلال الأمريكي أعتمد على التمثيل النسبي القائم على الهويات الفرعية بدلاً عن التمثيل النسبي السياسي لعضوية هيئة المجلس الانتقالي، وبهذا برزت الإنتماءات الفرعية على حساب الإنتماء الوطني , فظهرت لدينا ثلاث هويات رئيسة (شيعة – سنة – اكراد) , ليتم توفير المناخ المناسب للصراع السياسي لكسب الود الأمريكي من ناحية, وللحصول على إمتيازات السلطة تحت شعار الهوية (المذهبية – القومية) من ناحية أخرى.[1]

أن عملية تكريس الفوضى الخلاقة التي تبناها الاحتلال الأمريكي والقائمة على عملية هدم الدولة ومؤسساتها ومن ثم إعادة بناؤها قد أوجد مرجعيات سياسية جديدة متلهفة الى قيادة دور إجتماعي /سياسي يعبر عن الجماعة التي تمثلها لتقوم بتغذية هذا الدور عبر ابراز التناقضات المذهبية والدينية بين افراد المجتمع لتسوق لنفسها سياسياً وإجتماعياً مما أدى الى ترقية الصراع من الحالة السياسية الى الاجتماعية، أي بمعنى نقل الصراع الى المجتمع [1]. لتكون هذه الصراعات الحزبية والسياسية كمؤشر لبروز تحدي عدم الاستقرار السياسي كأحد تداعيات الاحتلال والغزو الأمريكي على العراق بعد العام 2003.

المطلب الثاني: عدم الاستقرار السياسي

تعد ظاهرة عدم الاستقرار السياسي، من أبرز التحديات التي تواجه بناء الدولة وفق الأسس الوطنية, لما لها من أثر بالغ الأهمية على الوضع السياسي والإقتصادي لتلك البلدان حيث أنها تعرقل مسار الدول في تحقيق السلم الأهلي والاندماج المجتمعي.

ويمكن تعريف هذه الظاهرة، بأنها اخفاق النظام السياسي للدولة في التصدي للازمات التي تواجهه , وعدم قدرته على تلبية الحاجات الاجتماعية وإدارة الصراعات المجتمعية وفق الأسس القانونية, الأمر الذي يؤدي الى فقدان هذا النظام لشرعيته بفقدان مؤسساته القدرة على فرض القانون وردع الانتهاكات.[1]

ويمكن وضع مجموعة من المؤشرات يمكن ان نستدل من خلالها على حالة عدم الاستقرار السياسي في العراق:

1 /الصراع السياسي والحزبي

لم تمارس الأحزاب السياسية بعد الغزو والاحتلال الممارسات الديموقراطية في تعاملاتها مع الأحزاب الأخرى أو حتى في ممارسة الحكم عندما تصل الى السلطة، بل تبنت أسلوب الصراع والاقصاء والتهميش بدلاً عن الحوار , ويرجع ذلك الى مجموعة من المسببات منها , أفتقادها لشروط الحرب الديموقراطي, وإفتقارها لمبدأ النزاهة والشفافية وقبول الأخر , كذلك ضعف وسطها الديموقراطي ,بالإضافة الى عدم قدرتها على التعبئة الجماهيرية وفق المسارات الديمقراطية.[1]

أن الكثير من الأحزاب السياسية على الساحة العراقية اليوم تعاني من ضعف استيعاب مفهوم الوطنية والمواطنة ممايجعلها مجرد واجهة لشخوص سياسية، ممايجعلها تتعارض مع بنية الحزب كمؤسسة جماهيرية تتبنى عملية التحديث للمجتمع وتحقق استقراه السياسي, فهي لم تمثل كافة أطياف الشعب بقدر تمثيلها لفئة معينة مما كان لها الأثر البارز في خلق أزمة الهوية وتعدد الولاءات الفرعية , واحتدام الصراع فيما بينها والتي تسببت في دخول العراق بموجة العنف الطائفي.[1]

ومن الإستشهادات على ذلك الأزمات المزمنة التي يعاني منها مجلس النواب العراقي اثناء جلسات الاستجواب لتعكس صورة عن عدم الاستقرار السياسي في العراق، بل هي واجهة لعمليات التسوية وتمرير ملفات الفساد وتراشق الإتهامات , ومن الأمثلة على ذلك جلسة استجواب وزير الدفاع العراقي الأسبق د.(خالد العبيدي) , وماجرى في الجلسة كان تحت انظار الشعب العراقي والعالم اجمع.

وفي الحديث عن الصراع السياسي والحزبي، أشار الدكتور (عبد الجبار احمد) , أن الحكومات المتعاقبة في العراق بعد العام

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

2003, هي التي كانت تتحكم بمسار العمل السياسي والحزبي من خلال تحكمها بمجلس النواب, ليصبح الأخير غير قادراً على محاسبتها في حالة التقصير والتلكؤ , بمعنى أن تكون الحكومة هي محصلة لمصالح الأحزاب المتناحرة وليس كنتاجاً عن البرلمان المنتخب من الشعب.[1]

يتضح مما تقدم ان مسار العمل السياسي مثل حالة من الصراع الإثنوطائفي داخل حقل المؤسسة الحكومية من أجل التعبئة والتحشيد وإكتساب مغانم السلطة، مما أنعكس بشكل سلبي في عملية بناء الدولة بعد العام 2003.

2 /ضعف الهوية الوطنية العراقية

أن نظام المحاصصة السياسية الذي جاءت به الولايات المتحدة الأمريكية تحت عنوان الديموقراطية التوافقية، شجعت الأحزاب السياسية الماسكة للسلطة على الفرقة والتناحر والتشبث بالإنتماءات دون الوطنية على حساب هوية وطنية جامعة لكل هذه الإنتماءات على الرغم إحتواء الدستور العراقي الدائم لعام 2005 على الكثير من المواد والنصوص التي تراعي وتعطي أهمية كبيرة للتعددية المجتمعية.

هذا الأمر أنعكس بشكل سلبي على ضعف هوية الحكومة الوطنية في حقل الدولة، فأصبحت عبارة عن مجموعة من الأحزاب المتسلطة والمتوشحة بغطاء المذهب والقومية والدين أعطت تصوراً وصورة جمعية لإفراد الشعب العراقي في خطابها السياسي القائم على صراع الجميع ضد الجميع بأنها جاءت من اجل خدمة ومصلحة هذه الطائفة أو تلك الجماعة ويجب ان تنتصر على الآخر , فبهذا نقلت الصراعات داخل المجتمع وأسهمت في تفكك الهوية الوطنية عبر صعود الهويات الفرعية.([1])

ومن البديهي أن يكون للجماعات المجتمعية وأفرادها هويات فرعية خاصة بهم، لكن يجب ان لاتسمو على الهوية الام (الوطنية) , وفي حالة فشل الحكومة في بناء هوية وطنية جامعة لكل الهويات الفرعية, فسوف تأخذ هذا المجاميع والافراد بهوياتهم الفرعية على حساب الهوية الوطنية خصوصاً عندما يجدوا ملاذ لهم من خلالها من الاضطهاد وتعسف الحكومات او حتى من الجماعات الأخرى في المجتمع.[1]

فعند تفصيل مكونات الهوية الوطنية العراقية من العرب (شيعة وسنة) والكرد والتركمان وباقي المجاميع الدينية والقومية, فنجد تنامي للمشاعر دون الوطنية, فمثلاً العرب الشيعة لديهم هاجس الخوف من تكرار الماضي وحالات التعسف التي تعرضوا لها قب العام 2003, اما العرب السنة فيعلى عندهم الخطاب الإسلامي والقومي العروبي بشكل اعلى من الخطاب الوطني بشكل يعكس تمايزهم حيث يختزن البعض منهم في خطابة مشكلة الاصالة العربية والتشكيك بعروبة الاخر, كذلك الكرد وشعارهم في حق تقرير المصير وحق الانفصال من خلال التركيز على هويتهم القومية الخاصة.[1]

أن الهوية الوطنية العراقية بعد الغزو والإحتلال تعرضت للإنحسار والتراجع، كنتيجة لماتعرض له أفراد المجاميع المجتمعية من عنف وتهجير قسري وإقتتال طائفي جعلهم يلجؤون الى الهيئات والتنظيمات القرابية(القبيلة- الطائفة), ليحققوا من خلالها الحماية والأمن في الوقت الذي لم تستطيع الدولة ومؤسساتها توفيره لأفراد المجتمع, لتكون النتيجة إستقواء الفرد بهويته الفرعية , لتستقوي بهِ ايضاً على حساب الهوية الوطنية العراقية .

المبحث الثاني: تداعيات اقتصادية واجتماعية

المطلب الأول: تداعيات اقتصادية

واجه العراق بعد عملية الغزو والإحتلال عام 2003, مجموعة من التحديات الاقتصادية تمحورت حول السياسات التي تضمن للمواطن العراقي عيش كريم وتوفير بيئة عمل لائقة, من خلال وضع سياسات لبناء إقتصاد وطني لتوفير هذا الضمان, ولكن في ظل غياب منهجية واضحة للعمل لدى الأحزاب والطبقة السياسية , عانت الدولة العراقية الكثير من المشكلات الاقتصادية ومنها اقتصاد ريعي يعتمد بشكل شبه كلي من ايراداته على تصدير النفط الخام , مع هشاشة للبنى التحتية وتراجع وانحسار القطاع الخاص مما اثر سلبا على القدرة الشرائية للطبقة الوسطى.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

فبدأت المشاكل الاقتصادية بالتفاقم في العراق, من خلال تزايد حالات البطالة وارتفاع معدلات الفقر, وإرتفاع تكاليف المعيشة دون اهتمام جدي من الحكومة في رعاية ذوي الدخل المحدود , في المقابل كانت الشركات الامريكية الكبرى تتسابق للحصول على عقود إعادة اعمار العراق وتحقيق أرباحاً كبيرة ذهبت الى خزائن ممن يعرفون بأثرياء الحروب وفي مقدمتهم الرئيس الأمريكي الأسبق جورج بوش , وهناك عقود قد منحت الى الدول الحليفة للولايات المتحدة الامريكية مثل بيريطانيا واسبانيا وأستراليا والشركات متعددة الجنسيات على حسب موافقتها لغزو العراق عام 2003.[1]

ويمكن رصد مجموعة من التداعيات الاقتصادية والتي جاءت كنتائج مترتبة على إثر الغزو والاحتلال

1 /السياسات الاقتصادية الخاطئة: والتي تعكس في أدائها السياسة العامة للدولة بعد الغزو الامريكي التي يسودها التخبط وغياب التخطيط وسوء الإدارة بسبب إبعاد الكفاءات العلمية والاعتماد على الطائفية والمحسوبية في إدارة الدولة.[1]

2 /تغول الفقر والبطالة : بدأت هذه المشكلة بالتغول بعد قرار سلطة الإئتلاف المؤقت بحل الجيش العراقي والإجهزة الأمنية والعديد من الموظفين في وزارة الإعلام وهيئة التصنيع العسكري, فبدا منذ ذلك الحين الضغط على سوق العمل مع إنخفاض المستوى المعيشي لدى الشعب العراقي بالتزامن مع عمليات القصف للمصانع والمعامل التي نفذتها قوات الاحتلال ,مع الأخذ بنظر الإعتبار أن الاقتصاد العراقي ريعي ويعتمد بنسبة كبيرة على النفط ويتسم هذا الاقتصاد بعدم توليد فرص العمل مما أدى الى تغول مشكلة الفقر والبطالة في عراق مابعد 2003, وكانت لهذه المشكلة أثر بالغ الأهمية من الناحية الاقتصادية والاجتماعية اذ أسهمت في هدر الطاقة البشرية وعدم توظيفها لمصلحة البلاد وانخفاض الناتج المحلي الإجمالي وبروز ظواهر السرقة والمخدرات والأمية بسبب البطالة والفقر , مما أدى الى رغبة عدد كبير من شباب العراق الى الهجرة والنوح الى خارج البلاد , بحثاً عن فرص العمل ولتأمين حياة كريمة.[1]

3 /تراجع القطاع الصناعي : نال القطاع الصناعي بعد عملية الإجتياح والغزو الضرر الأكبر جراء هذا التدخل العسكري, بسبب عمليات القصف خلال الأيام الأولى للغزو الأمريكي والتي طالت المعامل والمنشآت الصناعية التي التابعة للقطاع الحكومي والتي قدرت بحوالي (200) منشأة صناعية ومنها منشآت التصنيع العسكري, اما القطاع الخاص فكان له من الضرر نصيباً أيضا, حيث تم تعطيل أكثر من (60) الف مشروع صغير ومتوسط بسبب السياسية التي إتبعتها الحكومة في الإستيراد وهي سياسة الباب المفتوح اذ تم اغراق السوق المحلية بالمنتجات المستوردة مما أدى الى تراجع وإنحسار الصناعة الوطنية التي يقوم عليها القطاع الخاص.[1]

4 /تدهور القطاع الزراعي : لم يكن القطاع الزراعي بعيداً عما جرى في العراق خلال العقدين الماضيين، من تدهور في كل القطاعات، لا سيما بعد 2003، فبلاد الرافدين التي تتميز بوجود نهرين رئيسين هما دجلة والفرات يمران عبر غالبية المحافظات العراقية انطلاقاً من شماله إلى أقصى جنوبه, إلا ان مايؤخذ على هذا القطاع هو التراجع والانحسار بعد العام 2003 , بسبب الجفاف و مشكلات المياه من دول المنبع المجاورة للعراق وخصوصاً تركيا وإيران لقيامها بأنشاء السدود والخزانات الكبيرة وتغير مسار الروافد التي كانت تصب في العراق , اذ ان كميات المياه التي كانت تدخل للعراق قبل العام 2003 من نهري دجلة والفرات تقدر بحوالي (51 مليار متر مكعب) بينما تقدر الكميات الان بحدود (31 مليار متر مكعب) , كذلك مشكلة الملوحة التي تعاني منها التربة في العراق ولعل من أسباب مشكلة الملوحة هو ارتفاع نسبة الملوحة في المياه الجوفية, كذلك ارتفاع درجة تبخر المياه بسبب أجواء البلاد ذات الحرارة اللاهبة صيفاً, بالإضافة الى عدم وجود المبازل بشكل كافي لتدفق المياه المالحة من الأراضي الزراعية.[1]

عموماً يمكن القول , ان الوضع الاقتصادي في العراق , تميز بالتراجع والإنحسار لاسيما في قطاعات الإنتاج الزراعية والصناعية , لم يتطور طيلة السنوات السابقة وحتى اليوم وهو في تراجع مستمر , وذلك بسبب السياسات والاجراءات الهشة المتبعة من الحكومات المتعاقبة والتي اضعفت تطور القطاع الزراعي والصناعي بمختلف فروعهً , فقد ادت سياسة النظام السياسي في العراق قبل 2003 وحروبه العبثية الى فرض الحصار الدولي على العراق مما ادى الى هشاشة وضعف البنية الصناعية والزراعية في العراق , وعانت القطاعات الإنتاجية من عدم توفر المواد الأولية والوسيطة وصعوبة الحصول على المواد الاحتياطية وشحة الأموال وتخلف التقنية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المستخدمة نظرا الى عدم مواكبة التطورات الفنية والتكنولوجية في العالم , وبعد عملية الغزو والإحتلال في العام 2003 , ونتيجة للسياسات الاقتصادية التي نفذتها سلطة الاحتلال والحكومات المتعاقبة بعدها تم اغراق الأسواق العراقية بمختلف السلع والبضائع المستوردة من الخارج والتي تتمتع بميزات تنافسية افضل من السلع المحلية كما انها كانت تباع بسعر ارخص من السلع المحلية مما ادى الى تهميش وتعطيل الكثير من الصناعات المحلية بما فيها المتوسطة والصغيرة , وهذا بدوره أدى الى التعثر في مشاريع التنمية , وأنعكس بصورة سلبية على الواقع الاقتصادي للمواطن العراقي بالمقابل لم تتمكن الحكومات بعد 2003 من توفر فرص عمل لائقة تستوعب شرائح المجتمع المختلفة.

المطلب الثاني: تداعيات اجتماعية

أولاً: الهجرة والنزوح

أن موضوعة الهجرة والنزوح في العراق بعد العام 2003 يبرز كمؤشر لظاهرة عدم الاستقرار السياسي والتي تعتبر إحدى تداعيات الغزو الأمريكي للعراق، ويمكن إدراج تحدي الهجرة والنزوح ضمن الحقل الاجتماعي , ومايميز الهجرة او النزوح الذي حدث بعد العام 2003, انه حدث بالإكراه أو بشكل قسري للأفراد خلال ترك محل سكناهم بهدف تجنب آثار الصراعات السياسية وعجز الدولة عن حماية الافراد وتوفير الأمن مما اضطرهم للهجرة خارج العراق أو النزوح داخلياً لمناطق آمنة.

فأبتداءً من احداث محافظة سامراء في العام 2006 ,ولغاية منتصف العام 2008, بلغ عدد الافراد الذين أجبروا على النزوح داخلياً بحوالي (246,266) ألف عائلة،نزح من هذا العدد حوالي (40%) الى العاصمة بغداد, وباقي النازحون توزعوا على محافظات وسط وجنوب العراق.[1]

وفي مطلع حزيران من العام 2014, بالتزامن مع دخول التنظيم المتطرف (داعش) والذي تسبب في أزمة سقوط محافظة نينوى، فقد بلغ عدد النازحين بحوالي (271,190) عائلة, أي مايقارب (3,206,733) شخصاً , نزحوا للفترة من كانون الأول 2014 الى أيلول 2015.[1]

وفي إطار الحديث عن الهجرة والنزوح , لابد من الإشارة الى هجرة الكفاءات والعقول العراقية الى خارج العراق بعد العام 2003, لتفرز هذه الظاهرة اثار سلبية عديدة على واقع التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للبلاد , منها خسارة الجهود والطاقات العلمية المنتجة وفي شتى المجلات لصالح الدول التي هاجرت إليها هذه الكفاءات, كذلك خسارة النفقات التي صرفت على هذه الكفاءات في تعليمهم وتدريبهم وتطويرهم داخل العراق قبل هجرتهم , وإستفادت الدول الجاذبة لهذه الكفاءات دون مقابل, وبالتالي فراغ مؤسساتي من الكفاءات وضعف في نتاج مؤسسات الدولة خصوصاً في السنوات الأولى من بعد الغزو والإحتلال الأمريكي للعراق.

وتتلخص العوامل الطاردة لهذه الكفاءات يأتي في مقدمتها عدم الاستقرار السياسي والاجتماعي، كذلك عمليات التكميم لأفواه واقلام المثقفين العراقيين ومحاولة زجهم وصهرهم في المؤسسات الحكومية أو هيكلية الأحزاب المتنفذة مما دفع الكثيرين منم الى الإغتراب , كذلك من العوامل الطاردة لهذه الكفاءات هو ضعف المستوى المعيشي والظروف الأمنية التي عصفت بالبلاد, كذلك ضعف القوانين والتشريعات لحمايتهم , فضلاً عن البيروقراطية والفساد الإداري التي تتقاطع مع توجهاتهم.

ثانياً: العنف الاجتماعي

يظهر هذا العنف نتيجة لمجموعة عوامل تضغط على الفرد وتعمل على تقليص قدراته في توجيه سلوكه بصورة ذاتية كما تجعله عاجزاً على تقبل الاحكام والضوابط في مجتمعه[1]. ويمكن أن تأخذ ظاهرة العنف الاجتماعي في عراق مابعد 2003 الأشكال الآتية.[1] :

أ. القتل: يحصل بدوافع إجرامية ,أي القتل في إطار جريمة اعتيادية ,أو القتل في إطار جريمة منظمة (ممنهجة) من قبل العصابات والمافيات التي انتشرت في العراق بعد عملية الغزو والاحتلال, كذلك القتل بدواعٍ طائفية او قبلية أو دافع إنتقامي.

ب. السرقات: تعد شكلاً من أشكال العنف الاجتماعي وقد تكون هذه السرقة منظمة من قبل مجموعة من الأفراد تحت تنظيم سياسي او مسلح الذين جاءوا الى العراق بعد الاحتلال وتتلخص في سرقة ثورات العراق واموالة, او قد تكون سرقات غير منظمة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

يقوم بها الفرد كنتيجة للفقر أو العوز أو ضعف الواعز الديني والأخلاقي.

ج. ظاهرة المخدرات والإغتصاب: أخذت هذه الظواهر بالإنتشار في العراق بعد الغزو والإحتلال , بسبب البطالة والفقر والأوضاع الأمنية التي عصفت في البلاد.

ويمكن القول إن المجتمع العراقي بعد العام 2003 أصبح يعاني من ظاهرة العنف الاجتماعي وعدم الاستقرار الاجتماعي بسبب إفرازات التداعيات السياسية والإقتصادية للإحتلال، مما ولد أزمة ثقة بين الدولة والمجتمع , ويمكن رصد مجموعة من الأسباب التي أدت الى العنف الاجتماعي وإنقسام المجتمع في العراق بعد العام 2003([1])

أ. إرتباط المجتمع بالموروث التاريخي بشكل سلبي.

ب. غياب العدالة الاجتماعية في توزيع الموارد على المجتمع من قبل الحكومات المتعاقبة.

ج. الإستقطاب على أسس طائفية وعرقية وتوظيفها لمصلحة العمل السياسي يقابله ضعف في الثقافة السياسية للمجمع.

د. تغليب المصالح الضيقة على المصلحة العامة، وإنحسار الشعور بالهوية الجامعة لكل الهويات الفرعية.

ه. تنامي الفقر والبطالة والأمية وتهميش دور المرأة وغياب العدالة الاجتماعية أسهمت في إذكاء حدة الإنقسام والصراع المجتمعي.

المبحث الثالث: رؤية لإعادة بناء الدولة العراقية وفق المسارات الوطنية

بدأت عملية إعادة بناء الدولة العراقية بعد 2003 بإعلان الحاكم المدني الأمريكي في العراق (بول بريمر) , تأسيس مجلس الحكم الإنتقالي الذي تم تأسيسهُ وفقاً لنظام التمثيل النسبي بأختيار أعضاء المجلس على أساس هوياتهم الفرعية (دينية / قومية) , بدلاً من إختيارهم أعضاء المجلس على أساس هوياتهم الفرعية (دينة / قومية) بدلاً من إختيارهم على أساس الكفاءة ومعيار المواطنة العابرة للإنتماءات الإثنية , لتتم مأسسة بناء الدولة بعد الغزو والإحتلال على نظام المحاصصة السياسية , والتي تطرقنا الى تداعياتها خلال المبحث الأول من هذا البحث وتستمر إفرازات هذا النظام كتداعيات على أثر عملية الغزو والإحتلال , لذا سوف يتم تخصيص هذا المبحث لمعالجات والتي من شأنها كبح تغول تداعيات الاحتلال وإيجاد نمط لبناء مسارات الدولة الوطنية وهي مبنية على ضوء ماتقدم من تحليل لتداعيات الاحتلال سياسياً وإقتصادياً وإجتماعياً.

يمكن القول أن عملية بناء مسارات الدولة في العراق الجديد تقع على عاتق الدولة نفسها،ومن خلال مسارين , الأول يعالج بعض المشكلات الدستورية التي من شأنها المساهمة بترميم هوية وطنية جامعة لكل أفراد الشعب العراقي والتي تؤدي بدورها الى عملية فعلية من الإصلاح السياسي والإقتصادي , أما المسار الثاني فيستهدف المجتمع من خلال مخرجات المسار الأول بخلق مناخ سياسي وطني يستهدف بنية المجتمع العراقي والسلوك الاجتماعي والسياسي لإفراده ومحاولة تقريب المشتركات الوطنية.

المطلب الأول: إعادة ترميم الهوية الوطنية

أن عملية بناء هوية الدولة وفق معيار المواطنة تحدي بالغ الأهمية يواجه الحكومات وصناع القرار عن طريق معالجة السلبيات التي تؤدي الى شرخ مجتمعي وتهاوي لهوية الدولة الوطنية، لذا يجب أن تكون عملية البناء التراكمي وفق ماتم طرحه خلال المبحث الأول من تداعيات عملية الغزو والإحتلال والتي أثرت بشكل سلبي على الهوية الوطنية العراقية من خلال سمو الهويات الفرعية عليها , وكالأتي :

أولاً- معالجات دستورية: أن الدستور يمثل المعيار القانوني للهوية الوطنية لأي دولة , إلا أن بعض المواد في الدستور العراقي الدائم لعام 2005 أسهمت بشكل أو بأخر في تكريس الإنتماءات دون الوطنية وكالأتي:

الديباجة: من خلال الإطلاع على الديباجة لدستور العراق الدائم لعام 2005 يتضح للقارىء بشكل واضح إعلاء للهويات الفرعية (دون الوطنية) من خلال ذكر مصطلحات (عرب, كرد , تركمان , شيعة , سنة , ..الخ) , في حين تكون الديباجة في دساتير الدول الوطنية تحت صيغ (الشعب .. المواطن.. أبناء الامة.. الخ) بدلاً من صيغ تؤصل للهويات الفرعية، لذا يجب معالجة تلك الصيغ.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تعظيم صلاحيات الأطراف على المركز: ويمكن الإشارة هنا الى العلاقة الدستورية بين السلطات (السلطة الإتحادية وسلطة الأقليم في كوردستان والأقاليم الأخرى الممكنة النشوء في المستقبل , فقد منح دستور عام 2005 تعاظم لصلاحيات الأقاليم على حساب المركز , أكثر بكثير من التجارب السابقة للفيدراليات الأخرى ومنها التجربة الأمريكية والتي خاضت حروباً أهلية لعدة أسباب ومن أهمها الصلاحيات التي منحت للولايات على حساب السلطة الإتحادية.[1]

التأصيل المكوناتي: جاء في بعض مواد الدستور الإشارة الى كلمة "مكونات" كما في المادة رقم (9) والمقترح هنا ان ترفع كلمة مكونات وتحل محلها كلمات ذات دلالات على دولة وطنية مثل (أبناء – مواطني) الشعب العراقي , لأن كلمة مكونات قد تفسر بالشكل الذي يجعل من القوات العراقية تشكيلات لهويات معينة بحجة انها مكونات.[1]

التكريس للفئوية: نصت المادة (41) الفقرة اولاً من دستور جمهورية العراق لعام 2005, " أتباع كل دين أو مذهب أحرار في ممارسة الشعائر الدينية بما فيها الشعائر الحسينية" [1]. ونفترض هنا ان تكون الصياغة لهذه المادة ومشابهاتها تناغم الشعور الوطني ليكون النص المفترض (ان الدولة تكفل ممارسة الشعائر الدينية لكافة مواطنيها).

ثانياً – معالجات سياسية: يرتكز هذا الجانب على إعادة بناء الهوية الوطنية العراقية وفقاً لمجموعة من المدخلات السياسية والتي نرى من شأنها ترميم هوية وطنية جامعة تسمو على الإنتماءات دون الوطنية. بدايةً لابد من الإشارة الى المادة (5) أولاً من قانون الأحزاب العراقية لسنة 2015 , ونصت على (يؤسس الحزب على أساس المواطنة وبما لايتعارض مع احكام الدستور)[1]. وينبغي الإشارة هنا الى ماسبق طرحهُ في سياق المبحث الأول والحديث عن دور الصراع السياسي في تغول الإنتماءات الإثنوطائفية , بمعنى الأحزاب السياسية في العراق بعد 2003 تعارضت نشاتها مع النسق القانوني الذي ينظمها , لذا من الضروري أن يتم تفعيل ذلك القانون عملياً وهذا التفعيل يعق على عاتق الحزب من خلال التسويق السياسي للحزب الذي يستهدف المواطن وطرح الرؤى والأفكار الوطنية التي ستكون لها دور بالغ الأهمية في سمو الهوية الوطنية وتعزيز السلم الأهلي وبما ينسجم مع قانون الأحزاب ليكون التسويق لدولة المواطنة من ضرورات ممارسة الأحزاب لعملها السياسي.

كما ينطوي الجانب السياسي عن أهمية دور المؤسسة التشريعية والعلاقة بين هذه المؤسسة ومراكز الأبحاث والدراسات السياسية والإستراتجية , كون كهذا مراكز تضم نخبة من الأكاديميين الذين يمتلكون الخبرة العلمية والعملية في التعامل مع التعديية المجتمعية وهويات المجتمع الفرعية وكيفية دمج هذهِ الهويات من دون الغائها , والعمل على تفعيل ثقافية الهوية الوطنية لدى افراد المجتمع , لذا من الضروري تفعيل هذه المراكز وإيجاد تنسيق مشترك لها مع المؤسسات التشريعية تستهدف تنشئة الثقافة السياسية لإفراد المجتمع و تشذب كافة العراقيل والمعوقات التي تحول دون تنمية شعور الافراد بأهمية هويتهم الوطنية.

ثالثاً- معالجات إقتصادية

يلعب الجانب الاقتصادي دوراً بالغ الأهمية في عملية التماسك المجتمعي , لأن الفوارق الطبقية وسوء توزيع الثروة داخل المجتمع وغيرها من المشكلات والتناقضات الاقتصادية تعتبر من محفزات العنف الاجتماعي وشرخ النسيج الاجتماعي وتنامي الهويات الفرعية , خصوصاً في الدول التي تعتمد على الاقتصاد الريعي , بينما إقتصادها الحر شبه معدوم , عندها ستكون موارد الدولة بيد مجموعة من الأفراد أو جماعات تمثل الحكومة في حقل الدولة .إن من مقومات المواطنة الحقة هي ضمان الحقوق الاقتصادية لإفراد المجتمع , فتمتع المواطن ولو بالحد الأدنى من حقوقه الاقتصادية سيحفز شعوره بالإنتماء والولاء للوطن ويحقق بموجب ذلك أحد مسارات بناء الدولة الناجحة والوطنية.

لذا فأن من الضروري السعي لمعالجات إقتصادية تنهض بالواقع الاقتصادي العراقي ومواجهة تداعيات أحادية الاقتصاد العراقي المعتمد على تصدير النفط الخام، والعمل على تتبع المعوقات التي تواجه القطاعات الاقتصادية الأخرى (الصناعي – الزراعي) والعمل على نمو هذين القطاعين وزيادة إنتاجيتهما لتحقيق الإكتفاء الذاتي في الموارد والسلع الضرورية التي تحتاجها القطاعات الاقتصادية من دون الإستيراد من الخارج.

وعليهِ يمكن وضع مجموعة من المعالجات والأهداف للتنمية الاقتصادية والتي من شأنها معالجة الأزمات الاقتصادية في العراق

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

بعد 2003 [1]

التحول الى إقتصاد السوق الحر: لابد من التخطيط الى مراحل تهدف خلق سوق تتناسب فيه الأسعار مع حاجة السكان من خلال إشراك القطاع العراقي الخاص في سوق تنافسية , وأن تكون جسور تعاون بين القطاعين العام والخاص والعمل كذلك على القطاعات المختلطة من اجل تنشيط الاقتصاد العراقي.

تفعيل دور الحكومة الاقتصادي بالإعتماد على الشراكة بين القطاعين العام والخاص، مما له أثر بالغ الأهمية في إعادة بناء وفتح المصانع وزيادة الإنتاج المحلي في بعض المنشأة الصناعية.

ستساهم إعادة فتح المعامل والمصانع بتشغيل الأيدي العاملة المحلية مما له أثر مهم في الحد من البطالة والتمكين الاقتصادي لشريحة واسعة من المجتمع.

الاهتمام والدعم الحكومي لمراكز الأبحاث الاقتصادية من الأكاديميين وأصحاب الخبرة العلمية، وفسح المجال لطروحاتهم لتكون جزءاً من حل المشكلات الاقتصادية من خلال دراسة وتحليل تجارب الدولة السابقة التي نجحت في التمكين الاقتصادي للمجتمع أو من خلال الرؤى والطروحات التي ممكن تقديمها لصانع القرار.

الاهتمام بالتنوع الاقتصادي من اجل التخلص من إحادية الاقتصاد من اجل خلق حالة من التكافؤ بين القطاعات الإنتاجية، من دون الإعتماد الكلي على القطاع النفطي ,مما يساهم في تنوع الإيرادات الحكومية وخلق موازنة متعددة الموارد الاقتصادية.

المطلب الثاني / اليات تستهدف المجتمع

إن الحديث عن آليات تستهدف المجتمعي العراقي في عملية بناء الدولة وتعزيز هويتها الوطنية أمر بالغ الأهمية وهي جزء من عملية تعزيز قيم المواطنة, وبما أن المواطنة هي عملية ديناميكية وتفاعلية مستمرة بين الفرد والحكومة في حقل الدولة , سوف نكون امام مفاصل مهمة في ترصين هذهِ التفاعلية المستمرة بين الفرد والحكومة ومنها

اولاً/ تنشئة افراد المجتمع

لعملية تعليم الافراد في مراحلهم الأولى اثر بالغ الأهمية في تنشئتهم تنشئة وطنية سليمة حيث يبدأ الافراد في الفئات العمرية الصغيرة ومن خلال المؤسسات التعليمية في إدراك هويتهم ومعنى الانتماء للوطن وتعد هذه المرحلة هي البداية لحمل افراد المجتمع لنواة القيم الوطنية من خلال المؤسسات التعليمية الحكومية والتي اذا ما تفحصناها نجد دور محدود يقتصر على تدريس مادة التربية الوطنية والتي غالبا ما تكون مهمشة بالنسبة للمواد الدراسية الأخرى ومن هنا سيكسب الفرد تنشئته وفي هذه المرحلة العمرية من البيئة المحيطة به بمعزل عن المؤسسات الحكومية لذا يجب توظيف دور المدرسة في التربية على القيم الوطنية. هناك بعض المبررات التي تجعل من المدارس دور حيوي ومهم في بناء ثقافة الانتماء الوطني وتعزيزها لدى الناشئة [1] المدرسة مؤسسة رسمية تمثل الحكومة لذا يجب توظيفها بالشكل الذي يغذي الانتماء الوطني لدى الطلبة.

تعتبر المدارس البيئية الدافئة والحاضنة للطلبة ولفترات طويلة (يوم دراسي – عام دراسي) لذا لها تأثير كبير على سلوك الطلبة خصوصاً في حال وجود تطابق بين منهاجها النظري وبرنامجها التطبيقي في العمل على تعزيز الهوية الوطنية لدى الأفراد الناشئة.

يمكن العمل على تحويل المدراس الى مجتمع خاص حقيقي للطلبة تمارس فيه كل القيم الوطنية من مشاركة جماعية وحرية ومساواة من خلال تشجيع الطلبة على ممارسة هذه القيم ليخرجوا مستقبلا الى المجتمع مؤهلين ومدركين بإيمان لهذهِ القيم والتي تسهم بشكل مباشر في تكوين صورة الهوية الوطنية للدولة.

لذا نجد من الضروري أن تتولى المدارس تنمية وتعزيز الشعور لدى الطلبة بما موجود من قيم للدولة الوطنية خصوصاً في المجتمعات المتعددة القوميات والطوائف كالعراق, في مناهجها ومجتمعها الصفي والمدرسي لتعمق من خلال ذلك الشعور الجمعي لدى الناشئة من افراد المجتمع (الطلبة) بأهمية التماسك المجتمعي من خلال لعب الأدوار والتطبيق لما يتلقاه الطالب من دروس في المنهج المقرر ويطبقه على ارض الواقع من خلال تقمص دور المجاميع المجتمعية كاللغة والزي وزيارة المواقع الاثرية التي تحتوي

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

على دلالات للتنوع القومي والمذهبي , بالإضافة الى انتقاء كوادر تدريسية تكون مدربة وصاحبة خبرة في تدريس المناهج التي تحث على المواطنة لغرس المبادئ والقيم والأعراف الاجتماعية التي تغذي الشعور الجمعي بالهوية الوطنية الجامعة لكل الهويات الفرعية من دون الغاؤها.

ثانيا/ توظيف وسائل الاعلام

تؤدي وسائل الإعلام من خلال الوظائف المناطة بها دور مهم في تنشئة المواطن تنشئة وطنية سليمة، فهي تقوم عملية ربط أجزاء المجتمع ونقل الموروث التاريخي والثقافي والاجتماعي بين الأجيال السابقة والحالية واللاحقة, ومن هنا يبرز دور المؤسسة الإعلامية في ترصين وحدة المجتمع وبناء ثقافة الهوية الوطنية الام لدى أفرادهُ, وتأكيد الجانب الإرشادي والتوجيهي الذي يستهدف تقويم السلوك الاجتماعي للأفراد وزيادة تفاعلهم مع مجتمعهم.[1]

ويتمثل الدور الذي تلعبه وسائل الإعلام في تعزيز قيم المواطنة في[1]:

أولاً: تنمية الوعي بالثقافة السياسية

والمقصود به توعية وسائل الإعلام للجماهير بطبيعة الأنظمة السائدة والأيدولوجيات المعينة للفكر السياسي القائم في البلدان، بنظام المعتقدات والرموز الوطنية والاجتماعية والقيم التي تشكل بيئة العمل السياسي في المجتمع، بالدستور والقانون من خلال المضامين المقدمة في الوسائل الإعلامية والعمل على دفع المواطن من أجل المشاركة في الحياة السياسية.

ثانيًا: تعزيز المشاركة الاجتماعية

من بين ما تقوم به وسائل الإعلام هو تحفيز المواطنين على الاندماج في الحياة الاجتماعية وتفعيل "الشعور الجمعي" لديهم والاحساس بالمسؤولية وإن لكل فرد واجبات عقائدية وعائلية واجتماعية ووطنية وقانونية يتوجب عليه القيام بها من أجل الحصول على حقوقه. وقد تكون المشاركة رسمية أو غير رسمية والمشاركة بشكل عام تساعد في تطوير شخصية المواطن والنهوض بالوطن، ذلك أنها تشعره بأن له دورًا فعالًا في المجتمع وأن الجميع متساوون أمام القانون.

ثالثًا: تحقيق التكامل الشامل

عملية الانسجام والتجانس داخل كل من الكيان السياسي والاجتماعي والثقافي وغرس الشعور بالولاء والانتماء للمجتمع وذلك من خلال توحيد الإرادة الفردية والإرادة الجمعية كلها لصالح المواطن والوطن.

رابعًا: التثقيف والتوعية

وذلك من خلال الترويج لكل أشكال الحرية، وخاصة حرية الرأي والتعبير التي تسمح بزيادة الوعي والاطلاع على ثقافات الآخر وتزويد المواطن بكل ما هو جديد في مختلف المجالات وتعميقه من خلال التحليل والنقد.

وعلى العكس من ذلك، ممكن أن تؤدي وسائل الإعلام دور سلبي من خلال نقل معلومات خاطئة أو مضللة , ويمكن الإشارة هنا الى الفوضى الإعلامية بعد عملية الغزو والإحتلال , اذ تدفقت الى المجتمع العراقي الكثير من وسائل الإعلام الإذاعية والمتلفزة وهذا الأمر غير مألوف قبل العام 2003. كما يمكن أن تشكل وسائل الإعلام أفكار وسياقات تتقاطع مع مسارات بناء الدولة الوطنية خصوصاً في أوقات الأزمات من خلال بث خطابات تحمل دلالات التوتر والانقسام مما يؤثر بشكل كبير في المتلقي ويشعره انه يعيش في بيئة مضطربة.[1]

فعلى سبيل الذكر، قد ورد في جريدة العالم " لامشكلة في تقسيم العراق" [1]. بينما هناك وسائل إعلامية أخرى ممكن ان يتم الاستناد في طروحاتها على بناء الدولة الوطنية والتمساك المجتمعي مثلاً ماذكر في جريدة المدى "نحتاج الى وحدة القرار الوطني والتماسك الاجتماعي.[1] "

ويمكن إعتبار ان احد اسباب تفتت الهوية الوطنية العراقية الجامعة لكل الهويات الفرعية في المجتمع هو وجود هذا العدد الكبير من وسائل الاعلام (اعلام أحزاب – جماعات- افراد) لتكون نتاجاتها فرعية ومتعددة بالشكل الذي لايراعي الاعتبارات الوطنية , أو عدم تلاقي هذه النتاجات الإعلامية في اتجاه عراقي وطني جامع يسهم في تعزيز أسس الدولة الوطنية وهويتها عبر وسائل الاعلام.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وبعد إستعراض العلاقة بين الهويات الفرعية لإفراد المجتمع و الهوية الوطنية للدولة من المنظور الإعلامي، يمكن ان نضع مجموعة من الآليات لتفعيل دور الإعلام الوطني المساهم في بناء مسارات الدولة الوطنية:

تشريع الأنظمة والقوانين التي تنظم عمل الإعلام الوطني المعزز لثقافة الدولة الوطنية , ومن ثم العمل على تمكين دور الهيئات الرقابية وفاعليتها على وسائل الإعلام والإتصال , بالشكل الذي لايسمح لأي وسيلة إعلامية بأي طروحات تؤثر سلباً على النسيج الاجتماعي والسلم الأهلي مثل إثارة الشكوك حول الولاء الوطني لجماعة معينة عرقية كانت ام دينية وإحترام جميع الأديان وعدم إزدرائها , والدعم الإعلامي لحقوق المجاميع المجتمعية بممارسة شعائرهم ومعتقداتهم , بالشكل الذي يولد الشعور لدى أفراد هذه الجماعات لاسيما الأقليات منها بأنهم موضع إهتمام حكومي عبر وسائل الإعلام.[1]

توجيه شبكات الإتصال والإعلام الحكومية بإعداد برامج إعلامية تتضمن عادات وتقاليد واعراف المجاميع المجتمعية لاسيما الأقليات منها للأطلاع على ثقافتها ومحاولة تقريب المشتركات بين المجاميع المجتمعية ومحاولة التاثير على سلوك المتلقي وتقويمه بالتجاه الوطني وتتولى كوادر مختصة باعداد هذه البرامج.

الخاتمة والاستنتاجات

مما سبق يتضح أن لعملية الغزو والاحتلال على العراق تداعيات عدة , أنطوت على خلق مجموعة من الأزمات وتدمير البنى التحتية أدت الى عرقلة مسار بناء الدولة الوطنية , فأن التغيير الذي حصل في العراق منذ 9-4-2003 , أدى الى تحولات وتطورات شديدة التعقيد ابتداءاً من تشكيل مجلس الحكم الإنتقالي والذي يعتبر نواة بناء الدولة ومؤسستها , إلا ان تقسيماته كانت على أسس مذهبية وقومية كذلك القرارات التي أدعت الى حل وزارات مهمة مثل وزارة الدفاع ووزارة الاعلام وتداعيتها الأمنية , ولم تنجح الحكومات المتعاقبة بعد الاحتلال العمل وفق المعطيات والمسارات الوطنية وبناء دولة المواطنة الحاظنة للتنوع المجتمعي , لتكون الهوية الوطنية للدولة هي هوية جامعة تنصهر بداخلها الهويات المجتمعية كافة , بل كان أهتمام الحكومات ينصب بالسعي للوصول الى السلطة وأو السعي لتغيير الحكومات مما خلق مجموعة من الازمات التي تتقاطع مع بناء الدولة الوطنية مثل المحاصصة على أسس مذهبية وقومية والعنف السياسي والعنف الاجتماعي والإستقطاب الطائفي والفقر والبطالة.

الا ان هذا لا يعني عدم وجود مساعٍ لمشروع الدولة الوطنية، كما ان من الطبيعي ان تواجه عملية بناء الدولة في العراق العديد من المعرقلات والمعوقات والتي من الممكن تشذيبها وتخطيها , ولكن عملية تخطي الأخطاء والوصول الى المسارات الصحيحة لبناء الدولة الوطنية تستوجب الأعتراف بتلك الأخطاء والأزمات أولاً , ومن ثم تحديد أولولياتها والسعي لمعالجتها وفق المعطيات الوطنية

وقد توصل الباحث لعدد من الاستنتاجات من أهمها:

إن عملية الغزو والإحتلال من قبل الولايات المتحدة الامريكية وبيريطانيا وحلفائهم آنذاك , من اجل إنهاء النظام السياسي الأسبق بإعتبارة نظام تسلطي, وإستبداله بنظام ديموقراطي لم يأتي وفق تخطيط ودراسة صحيحة مما أدى الى مجموعة من الأزمات والمشكلات ومن أبرزها التأصيل لقيام أنموذج دولة المكونات وفق أسس مذهبية / قومية , من خلال تأسيس مجلس الحكم الإنتقالي بين ثلاث جماعات كبرى (شيعة – سنة –كرد) , ومن ثم إشاعة الحديث عن حقوق باقي الجماعات لاسيما الأقليات الدينية والقومية , وأسهم كل ذلك في هشاشة مرتكزات بناء الدولة الوطنية.

قامت العملية السياسية في عملها من خلال مؤسسات النظام السياسي، وفق مايعرف بالديموقراطية التوافقية والتي أثرت بشكل كبير في موضوعة بناء الدولة الوطنية من خلال إفراز إشكالية عدة , أدت الى حالة من التميز والشعور بعدم المساواة بين أفراد المجاميع المجتمعية.

لابد من خلق حالة من الوعي الجمعي للمجتمع يسهم في بناء الدولة وفق المعطيات الوطنية عن طريق إستهداف منظمة القيم المجتمعية بالشكل الذي يؤمن بالدولة الوطنية واهميتها.

اذا ما اردنا تصحيح مسارات بناء الدولة الوطنية في العراق بعد 2003 , لابد من الإعتراف في نواحي القصور السابقة في عملية بناء الدولة الوطنية التقليدية، من خلال توفر إرادة سياسية حقيقية تعمل على حل جميع الازمات السابقة بروح الفريق الواحد

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

بعيداً عن الولاءات الفرعية.

قائمة المصادر

أولاً: الوثائق الرسمية

1- دستور جمهورية العراق الدائم لعام 2005.
2- قانون الأحزاب السياسية رقم (36) لسنة 2015.
3- وزارة الهجرة والمهجرين العراقية، دائرة المعلومات والبحوث, التقرير التاسع, كانون الأول 2008.
4- الازمة الإنسانية في العراق، الامانة العامة لمجلس الوزراء, تقرير المركز المشترك للتنسيق والرصد , تشرين الأول 2015.

ثانيا: الكتب العربية والمترجمة للعربية

1- احمد هاشم الدفاعي، العراق تحت الاحتلال , دار الطليعة , بيروت,2005.
2- أنمار موسى جواد، الحرب في السياسية الخارجية الأمريكية بغد الحرب الباردة, الاكاديميون للنشر والتوزيع, الأردن , الطبعة الأولى , 2019.
3- بيير فيو، العنف والوضع الإنساني, ترجمة الياس زحلاوي , المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر , بيروت , ط2, 1985.
4- حسن لطيف الزبيدي واخرون، العراق والبحث عن المستقبل, المركز العراقي للبحوث والدراسات, الطبعة الأولى , بيروت , 2008.
5- دهام محمد العزاوي، الاحتلال الأمريكي للعراق وابعاد الفيدرالية الكردية, الدار العربية للعلوم ناشرون, بيروت,2009.
6- عبد الوهاب محمد جواد الموسوي، الليبرالية والأزمات, اليازوري للنشر والتوزيع ,عمان, 2018.
7- عبد الله الطويرقي، علم الاتصال المعاصر, ط2, مكتبة العبيكان للنشرة , الرياض, 1997.
8- عدنان عبد الأمير مهدي الزبيدي، البطالة والفقر في العراق بعد 2003, دار امجد للنشر, عمان – الأردن, 2021.
9- مجموعة مؤلفين، إشكالية التحول الديموقراطي في العراق, دار الضياء للطباعة والنشر, العراق- النجف,2009.
10- مجموعة مؤلفين، المواطنة والهوية العراقية عصف احتلال ومسارات تحكم, مركز حامورابي للبحوث والدراسات, بغداد, 2011 .
11- مجموعة مؤلفين، بصمات الفوضى (ارث الاحتلال الأمريكي في العراق), مركز حامورابي للبحوث والدراسات, بغداد, 2013.
12- محمد عبد الواحد حجازي، الوعي السياسي في العالم العربي, دار الوفاء للطباعة والنشر , الطبعة الأولى, القاهرة, 2007.
13- محمد السوالي، السياسات التربوية, الأسس والتدبير, دار الأمان للنشر , المغرب , 2012.
14- منتصر العيداني، قيادات الانتقال والتنمية السياسية, دار العارف للمطبوعات, بيروت, 2012.
15- ناظم نواف إبراهيم، العنف السياسي في العراق المعاصر, دار الرافدين للطباعة والنشر, بيروت, 2015.
16- وليام بولك، لكي نفهم العراق, المؤسسة العربية للدراسات والنشر, بيروت, 2006.
17- يوسف حسن يوسف، ايدلوجيات الحياة السياسية في الدول النامية, مركز الكتاب الاكاديمي للطباعة والنشر, عمان – الأردن , 2017.

ثالثاً: الرسائل والأطاريح الجامعية

1- رقية كريم جار الله، دور النظام السياسي في التنشئة السياسية في العراق بعد 2003, رسالة ماجستير غير منشورة كلية العلوم السياسية جامعة النهرين, 2014.
2- رابعاً: المجلات والبحوث المنشورة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

3- احمد شكر حمود، ظاهرة عدم الاستقرار السياسي في العراق بعد 2003, مجلة تكريت للعلوم السياسية , العدد 13 , لسنة 2018.
4- أحمد فاضل جاسم داوود، عدم الاستقرار المجتمعي في العراق بعد 2003, المجلة السياسية والدولية, بغداد , العدد25 لسنة 2014.
5- انتصار عباس وموفق عبد العزيز الحسناوي، فاعليات الاعلام الحديثة في تنمية قيم المواطنة الصالحة عند الطلبة , مجلة الباحث الإعلامي , كلية الاعلام / جامعة بغداد , العدد 31 لسنة 2016.
6- بدر الابراهيم، النزاعات الطائفية في منطقة الخليج, منتدى العلاقات العربية والدولية, مؤتمر شباب الخليج الأول, الدوحة, 2012.
7- سامح راشد، العراق المحتل تقويض الدولة والنظام, مجلة السياسية الدولية ,العدد (164) نيسان, القاهرة ,2006.
8- ناجي ساري فارس، الاقتصاد العراقي مابعد عام 2003 التحديات والمعالجات , المجلة العراقية للعلوم الاقتصادية , العدد (71) , 2021.
9- ياسين بوبشيش، دور وسائل الاعلام في تعزيز قيم المواطنة, مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية, جامعة باتنة/ الجزائر ,العدد 9 لسنة 2014.

خامساً: الصحف والمجلات

1 .جريدة العالم، عدد 1089, بتاريخ 2014/8/26.
2 .جريدة المدى عدد 3548, بتاريخ 2016/1/16.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المحور الثاني

محور القانون العام

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

دور الادعاء العام في الدعوى الادارية - دراسة تطبيقية في ضوء دور المدعي العام امام محكمتي القضاء الاداري وقضاء الموظفين-

المستشار المساعد الدكتور ضياء عبد الله عبود

عضو مجلس الدولة

مقدمة

أولا- فكرة موضوع البحث

الادعاء العام قديم كفكرة، لكنه حديث كمؤسسة أو جهاز له هيكليته وصلاحياته التي يقوم بها ويمارسها وفقاً لقوانين خاصة تنظمه بشكل مستقل من حيث الهيكلية التي يقوم عليها والصلاحيات التي يتمتع بها والعلاقات والصلات التي تربطه بمؤسسات السلطة القضائية، واجهزة ومؤسسات الدولة الاخرى.

وترتبط فكرة الادعاء العام بفكرة العقوبة وتطورها، فقد مرت بمراحل متعددة حتى وصلت الى ما هي عليه الان، فقد بدأت بأشخاص غير مختصين من اصحاب السلطة والنفوذ يقومون بتنفيذ العقوبة باسم الحق العام ونيابة عن المجتمع) كالحكام والملوك أو قادة الجيش والكهنة ورجال الدين (، وانتهت بجهاز أو مؤسسة مستقلة تتمتع بصلاحيات وسلطات عديدة، وتدار من قبل مختصين في مجال القانون.

ويعد جهاز الادعاء العام الضامن والمراقب لمبدأ المشروعية ،سواء في الدعوى الجزائية ام الادارية،بل حتى في الدعاوى الاخرى)مدنية، أحوال شخصية(، طالما يمثل مصلحة المجتمع والمصلحة العامة ،وبالتالي فأن له دور في مجال الدعوى الادارية يتناسب مع اهميتها وضرورتها،وبصلاحيات منحت له وفقا لقانون الادعاء العام،والقوانين الاخرى ذات العلاقة بعمله وممارسة اختصاصاته وان كان هذا الدور مختلف عن دوره في الدعوى الجزائية بحكم اختلاف مراحلها،وتحديد ذلك الدور بموجب احكام القانون،وبما ان الدعوى الادارية تبتدأ امام المحاكم الادارية سواء كانت محكمة القضاء الاداري ام محكمة قضاء الموظفين،فأن هذا الدور يظهر امام هاتين المحكمتين وبشكل واضح لاسيما في المسائل المتعلقة بالعقوبات الانضباطية امام محكمة قضاء الموظفين والقضايا المتعلقة بالمال العام كقضايا التضمين والتعويضات امام محكمة القضاء الاداري عندما يمارس دوره في مرحلة المرافعة او المحاكمة وتقديم ما ينسجم مع حكم القانون من طلبات ومطالعات، كما يبدو دوره واضحا في مرحلة الطعن بالاحكام الصادرة من هاتين المحكمتين امام المحكمة الادارية العليا.

ثانيا- التعريف بموضوع البحث

جهاز الادعاء العام هو الركن الثاني من اركان العدالة الى جانب ركنها الاول وهو القضاء) القضاة(لما يؤديه هذا الجهاز من دور مهم ومؤثر في الدعوى سواء كانت جزائية ام مدنية متعلقة باموال الدولة أو ادارية بدء من تحريكها حتى انتهائها بصدور القرار أو الحكم الفاصل فيها.

ويعتمد هذا الدور على مجموعة الخصائص والمميزات التي يتمتع بها جهاز الادعاء العام، اضافة الصلاحيات والسلطات التي منها له القانون.ويختلف دوره في الدعوى الادارية قوة وظهوراً من خلال الصلاحيات والسلطات التي منحها له القانون ومدى تفعيلها والقيام بها من قبل اعضاء هذا الجهاز، فنراه محدوداً وبسيطاً في مرحلة التحقيق من قبل اللجان التحقيقية،بينما نجده بارزاً ومؤثراً في مرحلتي المحاكمة والطعن بالأحكام.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ولاشك بأن لهذا الدور اهميته من خلال الزامية حضور المدعي العام امام المحاكم الادارية، وما يتقدم به من لوائح وطلبات ودفوع مؤثرة في اجراءات الدعوى الادارية ونتيجتها على الرغم من عدم الزامية ما ورد في طلباته ولوائحه لكن المحاكم الادارية تعطيها الاهمية والاهتمام اللازمين كون ما يتقدم به المدعي العام يمثل مصلحة المجتمع في ضوء مركزه في الدعوى الادارية.

ثالثا- اشكالية موضوع البحث واسباب اختياره

ان الاشكالية الرئيس التي ينطلق منها البحث، تتمثل بتساؤل مهم وأساس ورئيس تتفرع عنه تساؤلات اخرى عديدة، وهذا التساؤل الرئيس مفاده هل هناك تنظيم قانوني لدور الادعاء العام امام القضاء الاداري وماهو هذا التنظيم القانوني ان كان موجودا وماهو دور الادعاء العام في الدعوى الادارية؟

وتتفرع عن هذا التساؤل الرئيس تساؤلات فرعية عدة تتمثل بالاتي- :

هل هناك تنظيم قانوني مناسب ودقيق وواضح وصريح بهذا الدور وماهي صوره واشكاله ان كان موجودا ومنظما؟وماهي حدود هذا الدورونطاقه وماهي اوجه الاختلاف بين دوره في الدعوى الجزائية ومراحلها ودوره في الدعوى الادارية؟ماهو مركزه في الدعوى الادارية؟مامدى الزامية حضوره امام المحاكم الادارية؟وهل هذا الحضور دائما ام مؤقت؟ماهي طبيعة الطلبات واللوائح والمطالعات التي يتقدم بها المدعي العام؟ومتى تقدم؟ولمصلحة من تقدم؟وكيف تقدم؟ولماذا تقدم؟وهل تقدم في جميع الدعاوى الادارية؟وهل يجوزان يقدم طلب لرد المدعي العام في الدعوى الادارية؟ كيف يتم ذلك؟ وهل هناك حالات لرده او تنحيته او للشكوى منه؟هل لها احكام خاصة ام تحكمها المبادئ والقواعد العامة لرد القضاة والشكوى منهم الواردة في قانون المرافعات المدنية النافذ؟وماهودور المدعي العام في الدعوى الادارية؟وماهواثر ونتائج هذا الدور في الدعوى الادارية والقرارات التي تصدرها المحاكم الادارية(محكمة القضاء الاداري، محكمة قضاء الموظفين) وماهو دوره في ممارسة طرق الطعن بالاحكام وهل هو ملزم بذلك ام لا؟.

رابعا- نطاق البحث

ان دراستنا لدور الادعاء العام في الدعوى الادارية سيكون في نطاق قانون الادعاء العام النافذ رقم(49) لسنة 2017،كونه القانون المنظم حاليا لهذا الجهاز تكوينا واختصاصا كما لا يمكن الابتعاد عن احكام قانون التنظيم القضائي رقم(160) لسنة 1979؛كون الادعاء العام حاليا يتصف بصفة القاضي فيخضع لاحكام هذا القانون بخصوص العديد من الواجبات والاحكام القانونية الخاصة بالمساءلة الانضباطية او التأديبية كما لايمكن الاستغناء والابتعاد عن قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم(23) لسنة 1971، وما ورد فيه من نصوص تتعلق بالدعوى الجزائية وتسري على الدعاوى الجزائية امام محكمة قضاء الموظفين أي الدعاوى المتعلقة العقوبات الانضباطية والتي تنظر من قبل هذه المحكمة ،وقانون المرافعات المدنية رقم(83) لسنة 1969 المعدل ،وقانون الاثبات رقم(107) لسنة1979،الذي يكون المعول عليه امام محكمة القضاء الاداري،كما لايفوتنا التطرق والاشارة لاحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العامرقم(14) لسنة 1991 المعدل قدر تعلق الامر بذلك الدور المهم للادعاء العام بخصوص التحقيقات الانضباطية التي تجريها لجان الانضباط في نطاق الوظيفة العامة،وكذلك ابراز دوره امام محكمة قضاء الموظفين،مع الاشارة لموقف الفقه بخصوص هذا الدور،ويتطلب البحث الخوض في دور المدعي العام امام محكمة القضاءالاداري،في ضوء اختصاصاتها المتنوعة بنظر الموضوعات التي جعلت من اختصاصها ابتداء بنصوص خاصة في قوانين محددة،او وفقا للاحكام العام الواردة في قانون مجلس الدولة التي تجعل الاختصاص لمحكمة القضاء الاداري كقانون التضمين،والقوانين الخاصة التي لها صلة وارتباط بالمال العام كقانون تعويض المتضررين عن العمليات الحربية والاخطاءالعسكرية والعمليات الارهابية،والتي يختص الادعاء العام بمتابعة ومراقبة اجراءاتها والقرارات التي تصدر فيها بالشكل الذي يحافظ على المال العام ويمنع التعدي او التجاوزعليه.

خامسا- منهجية البحث

يتطلب بحث الموضوع الاعتماد على المنهج الوصفي الاستعراضي للجهاز كمؤسسة ذات طبيعة قضائية او شبه قضائية او ادارية تنفيذية، وكذلك الاستعانة بالمنهج التحليلي للنصوص والاحكام القانونية الواردة في القوانين ذات العلاقة والصلة بعمل جهاز

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الادعاء العام،وبيان واراء الفقه القانوني الاداري والجنائي من ذلك الدور،ولا غنى للبحث عن ايراد موقف القضاء الاداري من دور الادعاء العام في الدعوى الادارية،سواء كان القضاء الاداري ام قضاء الموظفين.

سادسا- هدف البحث

أن جهاز الادعاء العام يجب ان ينظر اليه كمؤسسة مستقلة في اداء مهامها الوظيفية تؤدي الدور المناط بها والمهام المكلفة بها الى جانب المحاكم باختلاف أنواعها،من اجل ضمان الحقوق والحريات وتحقيق العدالة المنشودة في ميادين القضاء،وحماية المشروعية،لاسيما القضاء الاداري.فهذا الدور غير واضح بتنظيمه واحكامه القانونية في مجال الدعوى الادارية،على خلاف دوره في الدعوى الجزائية،والذي يمتاز بالوضوح والدقة والتحديد،في ضوء مراحلها المتنوعة،ويهدف هذا البحث الى تسليط الضوء على دور جهاز الادعاء العام امام المحاكم الادارية وابراز هذا الدور وتسليط الضوء عليه،محاولين التأصيل القانوني له في الجوانب التي تحتاج الى ذلك،مع الاشارة الى التطبيقات القضائية والواقع العملي لهذا الدور امام المحاكم الادارية،كما يهدف البحث الى بيان وتوضيح المركز القانوني للمدعي العام امام المحاكم الادارية،وطبيعةهذا الجهاز،محاولين الخروج بنظرية قانونية متكاملة لهذا الدوروفقا للقوانين النافذة،معززين ذلك باحكام القضاء الاداري المختص ومطالعات المدعي العام امام تلك المحاكم الادارية.

سابعا-خطة البحث

ان بحث الموضوع يتطلب منا تقسيم البحث على ثلاثة مباحث، نتناول في الاول التعريف بجهاز الادعاء العام، والذي سنقسمه على ثلاثة مطالب،الاول ندرس فيه تكوين جهاز الادعاء العام واختصاصاته،والثاني نتطرق فيه لمهام جهاز الادعء العام ومساءلته تأديبيا،والثالث نتطرق فيه لخصائص الادعاء العام امام المحاكم الادارية.

اما المبحث الثاني فسيخصص للطبيعة القانونية للادعاء العام ومركزه القانوني في الدعوى الادارية، وسنقسمه على مطلبين، نبحث في الاول الطبيعة القانونية للادعاء العام امام المحاكم الادارية، ونوضح في الثاني المركز القانوني للادعاء العام في الدعوى الادارية.

اما المبحث الثالث فسيكون مخصصا لدور الادعاء العام في التحقيق الاداري والدعوى الادارية، وسنقسمه على ثلاثة مطالب،الاول سيكون لدور الادعاء العام في التحقيق الاداري،ونبحث في الثاني دوره في المحاكمة الادارية،ونخصص الثالث لدوره في الطعن بالاحكام والقرارات الادارية امام المحكمة الادارية العليا،ثم خاتمة البحث التي سنضمنها اهم الاستنتاجات والمقترحات التي سنتوصل اليها .

المبحث الاول

التعريف بجهاز الادعاء العام

ان قدم فكرة الادعاء العام يعني ان هذا الجهاز لم يظهر فجأة، بل مر بمراحل تاريخية عديدة حتى وصل الى ما هو عليه الان من تنظيم وتطور، فهو اي التطور لم يأت دفعة واحدة،بل تدرج في نموه،وبالتالي اتضحت ملامح وصورة هذا الجهاز بشكله الحالي وان اختلفت من نظام اجرائي لآخر،فهناك العديد من الآراء التي طرحت بخصوص نشأة هذا الجهاز وظهوره،وكل رأي يتمسك بوجهة نظره المدعومة بالعديد من الحجج والاسانيد.(1)

إن فكرة الادعاء العام ترتبط بفكرة الحق العام،فتبلور فكرة الحق العام والتي كانت السبب في نشوء فكرة الادعاء بالحق العام لم تكن بمعزل عن تطور العقوبة ووظيفتها (2)،فالعقوبة في بداية نشوئها قامت على أساس الانتقام الفردي الذي يقوم به المجنى عليه أو عائلته أو أقاربه،مما يعني أن الادعاء بالحق الخاص أو الشخصي كان اسبق بالظهور من الادعاء بالحق العام،الذي لم يظهر إلا عندما بدأت وظيفة العقوبة بالتطور من مرحلة الانتقام الفردي إلى مرحلة الانتقام للجماعة،فأدركت المجتمعات البشرية بان الجريمة لا تمس بالضرر مصلحة المجنى عليه فقط ،بل تمس في الوقت ذاته مصلحه الجماعة فتؤثر على أمنها واستقرارها، الأمرالذي يتطلب وجود من يدعي بمصلحة الجماعة والتي تمثل في ابسط صورها في فرض النظام وتحقيق الاستقرار وحماية الجماعة في آثار الجريمة،من

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

هنا بدأت الحاجة إلى وجود شخص أوهيأة تمارس الادعاء بالحق العام،فباشره الملوك والكهنة أو وكلائهم أو نوابهم أول الأمر ثم تطور لآليات تطوعيه باشرها النبلاء في بعض المجتمعات (3) ،فيما كان بعضها مؤسسياً تطور بتطور العقوبة،فوجود الادعاء العام في مختلف دول العالم يقوم على علة أو حكمة مقتضاها ضرورة وجود هيأة من الموظفين الحكوميين يقومون بتمثيل الهيأة الاجتماعية تنوب عنها فيما يتصل بحماية حقوقها والدفاع عنها ضد أي انتهاك تتعرض له فتمثيل الادعاء العام للهيأة الاجتماعية هو نيابة قانونيه عنها،إي بحكم القوانين التي تنظم عمل جهاز الادعاء العام فالدولة هي الشخص القانوني الذي يمثل المجتمع وعليه لابد من وجود موظفين حكوميين وليس هيأة خاصة من المتطوعين يتولون مهمة حماية الحق العام بالادعاء به إزاء حالات المساس به،مع العلم انه لا يوجد مانع من تمثيل الادعاء العام من قبل هيأة من المتطوعين من أبناء المجتمع،ولكن هناك صعوبات تعترض ذلك منها صعوبة تشكيل هذه الهيأة،وضمان توافر الكفاءات القانونية في أعضائها وحسن انضباط أعضائها ووجوب حمايتها بتوفير الحصانات اللازمة لها،الأمر الذي دعى غالبيه الدول إلى تكوين هذه الهيأة من الموظفين .(4)

إن فكرة النيابة عن المجتمع قضت بهيأة الادعاء العام إن تحمي الحق الاجتماعي إي الحق العام لذلك سميت هذه الهيأة بالنيابةالعامة، كما هوالحال في فرنسا،مصر،السودان،تركيا،الإمارات،سويسرا وعنصرها)النائب العام)،أوالادعاء العام وعنصرها (المدعي العام)إي المدعي بالحق العام ويقابله المدعي بالحق الخاص،كما هو الحال لدينا في التشريع العراقي((5 .

وفي العراق فقد مر جهاز الادعاء العام بمراحل عديدة بدء من ظهوره لاول مرة حتى صدور قانون خاص به ينظم تشكيلاته واختصاصاته وعلاقته ببقية السلطات الاخرى لاول مرة وهو قانون الادعاء العام رقم (159) لسنة 1979 (الملغي)، ومن ثم صدور قانون الادعاء العام النافذ بالرقم(49) لسنة 2017 (6)،وقد نص دستور جمهوريه العراق لعام (2005) في المادة (89) على ما يأتي-:

(تتكون السلطة القضائية الاتحادية ، من مجلس القضاء الأعلى والمحكمة الاتحادية العليا ومحكمه التميز الاتحادية وجهاز الادعاء العام)

وعليه سوف نقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، نبحث في الاول تكوين جهاز الادعاء العام واختصاصاته،ونتطرق في الثاني لمهام الادعاء العام وكيفية مساءلته تأديبيا،ونبين في الثالث خصائص الادعاء العام امام المحاكم الادارية.

المطلب الاول

تكوين جهاز الادعاء العام واختصاصاته

يتكون جهاز الادعاء العام كأي جهاز من اجهزة الدولة، والسلطة القضائية من مجموعة من المختصين في مجال القانون من القضاة او المدعين العامين ونواب المدعين العامين، اضافة الى الاختصاصات الاخرى الفنية والادارية الساندة التي يحتاجها الجهاز لتسيير شؤونه المختلفة،كما ان هذا الجهاز كجزء من تكوينات السلطة القضائية يقوم بجملة من المهام والواجبات وذلك استنادا للاختصاصات القانونية المنصوص عليها بموجب القانون.(7)

والى جانب هذه المهام والواجبات التي يقوم بها الجهاز، هناك احكام خاصة للمساءلة الانضباطية من قبل رئيس السلطة القضائية، أورئيس جهاز الادعاء العام او نائبه،او من قبل لجان خاصة تشكل لهذا الغرض كلجنة شؤون القضاة والادعاء العام،او من قبل هيئة الاشراف القضائي.(8)

بينت المادة(3/أولا) من قانون الادعاء العام رقم (49) لسنة 2017،تكوين جهاز الادعاء العام بقولها

((يتكون جهاز الادعاء العام من رئيس ونائب للرئيس وعدد من المدعين العامين ونواب المدعين العامين ومعاوني الادعاء العام.))

فهو يتكون حاليا من - :

رئيس جهاز الادعاء العام

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

نائب رئيس جهاز الادعاء العام

عدد من المدعين العامين

نواب المدعين العامين.(9)

ولما تقدم يقتضي من الامر تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع نتناول فيها هذه التكوينات والاختصاصات التي تقوم بها، وهذا ما سنتناوله تباعا.

الفرع الأول

رئيس الادعاء العام

ويعين من بين قضاة الصنف الاول ممن شغل مدة لا تقل عن (3) ثلاث سنوات منصب رئيس محكمة استئناف او نائب رئيس محكمة استئناف او نائب رئيس الادعاء العام او مدعي عام بترشيح من مجلس القضاء الاعلى وموافقة مجلس النواب لمدة (4) اربع سنوات، ويصدر مرسوم جمهوري بذلك،وهذا ما أكدت عليه المادة (91) من دستور جمهوريه العراق لعام 2005،ويجوز التجديد لمرة واحدة بناء على اقتراح من مجلس القضاء الاعلى وموافقة مجلس النواب((10)

ويمارس الرئيس الصلاحيات الممنوحة له بموجب القانون، اضافة الى صلاحياته وسلطاته بإصدار التعليمات والضوابط والتعاميم التي يتمكن عن طريقها من ادارة الجهاز،وضمان حسن سير اداء الوظيفة فيه.(11)

أولا الاختصاصات الموضوعية

يمارس رئيس جهاز الادعاء العام العديد من الصلاحيات المخولة له بموجب القوانين كطلب وقف الإجراءات القانونية في مرحلتي التحقيق والمحاكمة بحق إي شخص وفقاً للشروط المنصوص عليها قانونا(12)،وابدأ الرأي في التشريعات عامةً،والتشريعات الجزائية خاصةً للتثبت من سلامه المبادئ التي تنص عليها واتفاقها مع مبدأ سيادة القانون ،وترأس الهيئات المختصة في رئاسة الادعاء العام ،ورفع تقرير سنوي إلى مجلس القضاء الأعلى يبين فيه سير العمل في جهاز الادعاء العام والصعوبات والعقبات التي تعترض حسن سير العمل في الجهاز،على إن يكون التقرير مشفوعاً بمقترحاته وتوصياته الكفيلة بتلافي الصعوبات،ورفع تقارير سريه سنوية لمجلس القضاء الأعلى عن كل ما يتعلق بسلوك وكفاءة أعضاء الادعاء العام،و رفع تقارير حول الظواهر الإجرامية في ضوء ما يرده من معلومات من أعضاء الادعاء العام على إن تكون مشفوعة بالمقترحات والتوجيهات التي يراها كفيلة بتلافي وقوع الجريمة أو الحد منها ومكافحتها والتنبيه إلى الخروقات والانتهاكات في تطبيق إحكام القوانين الجزائية وله طلب اتخاذ الإجراءات التي تكفل تلافي هذه الانتهاكات وعدم تركها ،والطلب من الجهات القضائية المختصة دراسة إجراءات معينه تقوم بها محكمة ما كونها تنطوي على انتهاك للقانون ،تنبيه أعضاء الادعاء العام لما يحصل من خرق في إجراءات المحكمة.(13)

ثانيا الاختصاصات الإدارية

يمارس رئيس الادعاء العام كونه الرئيس الإداري الأعلى لجهاز الادعاء العام صلاحيات الرقابة والإشراف الإداري على الجهاز وتشكيلاته في عموم الدولة وله في سبيل ذلك إصدار التعاميم والتوجيهات بما يضمن حسن سيرة العمل وسلامه تنظيمه كما يمتلك رئيس الادعاء الحق في تنبيه عضو الادعاء العام تحريرياً وشفهيا لما يرتكب من مخالفات سواء ما تعلق منها بواجبات وظيفته أو سلوكه الشخصي ومما تجد الإشارة إليه إن التنبيه يعد عقوبة انضباطية وفقاً لما ينص عليه قانون التنظيم القضائي،على خلاف ما نص عليه قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام.(14)

الفرع الثاني

نائب رئيس الادعاء العام

ويعين بمرسوم جمهوري لمدة (4) اربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة بناء على ترشيح من رئيس جهاز الادعاء العام من بين المدعين العامين في مركز المنطقة الاستئنافية ومن الصنف الاول او من قضاة الصنف الاول ممن اشغل منصب نائب رئيس محكمة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

استئناف ومن الذين امضوا في مناصبهم مدة لا تقل عن (2) سنتين.

ويتم اختياره بالشروط والكيفية التي نصت عليه المادة (4/ثانيا) من قانون الادعاء العام النافذ ويتولى مهام رئاسة الادعاء العام عند غياب الرئيس لأي سبب، وتفتيش دوائر الادعاء العام وتقديم التقارير بشأنها إلى رئيس الادعاء العام ،وتمثيل الادعاء العام أمام لجنتي شؤون القضاة وشؤون الادعاء العام بشان التهم المنسوبة إلى القضاة والادعاء العام،والقيام بالمهام والإعمال التي يندبه إليها رئيس الادعاء العام بموجب القانون.(15)

الفرع الثالث

المدعين العامين ونواب المدعين العامين

ويكون عملهم في رئاسة جهاز الادعاء العام، او في المحاكم التابعة لمجلس القضاء الاعلى في المناطق الاستئنافية الاتحادية من بين المدعين العامين من الصنف الاول او الثاني بترشيح من رئيس جهاز الادعاء العام وبقرار من مجلس القضاء الاعلى.(16)

في حين يعين المدعي العام في المنطقة الاستئنافية من بين المدعين العامين من الصنف الاول او من بين نواب رؤساء محاكم الاستئناف باقتراح من رئيس الادعاء العام وبقرار من مجلس القضاء الاعلى.(17)

بينما يعين المدعي العام امام محكمة الجنايات ومحكمة الاحداث والمدعي العام في دائرة الاصلاح العراقية ودائرة اصلاح الاحداث من بين المدعين العامين من الصنف الاول او الثاني بترشيح من رئيس الادعاء العام وبقرار من مجلس القضاء الاعلى (18).

ويعين عضو الادعاء العام من بين خريجي المعهد القضائي الاتحادي او المعهد القضائي في الاقليم ويتولى ممارسة الصلاحيات والاختصاصات المنصوص عليها في القانون لعضو الادعاء العام أمام محاكم الجنايات وله إن ينتدب عنه احد نوابه وتوزيع الإعمال ومهام الادعاء العام على نوابه المرتبطين به ضمن الاختصاص المكاني والنوعي لأداء مهامهم والإشراف الإداري عليهم ممارسه صلاحيات المخول واليه إمام محاكم التحقيق أو الجنح واللجان والمجالس والهيئات الرسمية والتي تنص القوانين على وجوب حضور الادعاء العام إمامها يتولى الأشراف إمام المحكمة الجنايات على إعمال المحققين وأعضاء الضبط القضائي عند توليهم التحقيق وله اتخاذ الإجراءات الانضباطية والجزائية .(19)

لم يشر القانون صراحة لنائب المدعي العام كما اشار للمدعي العام، ولكن المادة(4/ثالثا) نصت على ما يأتي- :

(ويعين عضو الادعاء العام من بين خريجي المعهد القضائي الاتحادي او المعهد القضائي في الاقليم)

ويتولى نائب المدعي العام مهام الإشراف على إعمال المحققين وأعضاء الضبط القضائي عند توليهم التحقيق وله طلب اتخاذ الإجراءات الانضباطية والجزائية ضد المخالف وممارسة كل المهام المناطة بالادعاء العام المنصوص عليها في قانون الادعاء العام أو في القوانين الأخرى ويساهم في أداء وظيفة جهاز الادعاء العام عدد من الموظفين القضائيين (المعاونين القضائيين) أضافه إلى عدد من الموظفين الإداريين ليتولوا شؤون الإفراد والحاسبات والإدارة مما يعني ان جهاز الادعاء العام يمتلك حق الرقابة والاشراف على اعمال اللجان التحقيقية ويستطيع ان يطلب من اداراتهم اتخاذ الاجراءات القانونية بحقهم انضباطيا عند مخالفتهم احكام القانون كما يستطيع طلب اتخاذ اجراءات القانونية اذا ما ارتكبوا فعلا اثناء قيامهم بالإجراءات التحقيقية يشكل جريمة معاقب عليها وفق قانون العقوبات او اي قانون عقابي اخر.

وفي مجال الدعوى الادارية نرى امكانية ان يتولى نائب المدعي العام تمثيل الادعاء العام بناء على تكليف من قبل المدعي العام المنسب للعمل امام المحاكم الادارية من قبل رئيس جهاز الادعاء العام، وبالتالي يمتلك كافة الصلاحيات الممنوحة للمدعي العام بهذا الخصوص، وتقديم ما يرغب به من طلبات او مطالعات خلال مرحلة المحاكمة، كما بامكانه ان يمارس طرق الطعن امام المحكمة الادارية العليا إذا ما وجد لذلك مقتضى وفقا للقانون.

وهو يعمل بذلك تحت رقابة واشراف المدعي العام في المحاكم الادارية، ويتلقى التوجيهات والاعمامات منه،والذي بامكانه ان يوجهه وظيفيا وفقا لما يمتلكه من صلاحيات قانونية،دون ان يكون هناك الزام او تدخل في تكوين قناعته القانونيةعند ممارسة عمله

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الوظيفي، لكن ذلك لايمنع من التشارور والتداول مع المدعي العام واخذ رأيه، كونه صاحب خبرة ودراية وكفاءة في هذا المجال، ترصينا للرأي القانوني الذي يمكن ان يبدى من قبل نائب المدعي العام كممثل لجهازالادعاء العام .

المطلب الثاني

مهام الادعاء العام ومساءلته تأديبيا

يقوم عضو الادعاء العام كأي موظف في الدولة بمجموعة من المهام أضافة الى واجبات خاصة لا تشمل الا على من يتولى هذه الوظيفة، وهذه الواجبات المفروضة على عضو الادعاء العام يتطلب الالتزام بها والعمل على ادائها في افضل وجه،والاعرض العضو المخالف نفسه للمساءلة التأديبية (الوظيفية،المهنية،الانضباطية)من قبل رئيس جهاز الادعاء العام كونه الرئيس الاعلى لجهاز الادعاء العام،ورئيس مجلس القضاء الاعلى؛كونه رئيس السلطة القضائية،والادعاء العام مكون من مكونات السلطة القضائية الاتحادية ويخضع لاشرافه ورقابته،او رئيس جهاز الادعاء العام المسؤول الاداري الاعلى مباشرة،أومن خلال لجنة مختصة بشؤون القضاة والادعاء العام،او من قبل هيئة الاشراف القضائي أو رئيس مجلس القضاء الاعلى.

ومن اجل تسليط الضوء على تلك المهام والواجبات الوظيفية، واجراءات المساءلة التأديبية والعقوبات التي من الممكن فرضها على عضو الادعاء العام، سوف نقسم هذا المطلب على فرعين مستقلين،نخصص الاول لمهام الادعاء العام، ونترك الثاني لمساءلته تأديبيا.

الفرع الاول

مهام الادعاء العام

للادعاء العام مهام عديدة يقوم بها، في جانب منها لا تختلف عن أي موظفا اخر من موظفي الدولة، ومن جانب اخر نجد الاختلاف واضحا لخصوصية الوظيفة التي يقوم بها الادعاء العام اما المحاكم، لاسيما امام المحاكم الادارية بالتحديد.

المدعي العام كأي موظف تقع على عاتقه العديد من المهام الالتزامات الوظيفية العامة كأي موظف اخر، اضافة الى واجبات اخرى خاصة تنبع من طبيعة وظيفته ومن بين المهام الوظيفية التي يتولاها الادعاء العام وفقا لما ورد في قانون الادعاء العام رقم(49) لسنة2017الحضورامام محاكم العمل ولجنة شؤون القضاة والادعاء العام ومحاكم قضاء الموظفين ومحاكم القضاء الاداري ولجان الانضباط ،والحضور في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفا فيها او متعلقة بالحقوق المدنية الناشئة عن الدعاوى الجزائية،النظر في شكاوى المواطنين المقدمة اليه من ذوي العلاقة الطعن بعدم دستورية القوانين والانظمة امام المحكمة الاتحادية العليا.(20)

وفي مقدمة الواجبات الوظيفية والتي يجب على عضو الادعاء العام القيام والالتزام بها اداء العمل بنفسه والمحافظة على كرامة الوظيفة والابتعاد عن كل ما من شأنه الاساءة لوظيفة الادعاء العام. العمل بحياد تام وعدم فسح المجال للتأثير. كتمان الامور والمعلومات والوثائق التي يطلع عليها بحكم وظيفته، عدم مزاولة التجارة أو اي عمل لا يتفق مع كرامة وظائف الادعاء العام ارتداء الكسوة الخاصة بالادعاء العام اثناء المرافعة، ويقصد بذلك ارتداء الروب الخاص بالادعاء العام سواء في مرحلة التحقيق أو بالمرافعة أو المحاكمة، والظهور بمظهر لائق، وهذا الامر لا يقتصر على اوقات الدوام الرسمي واداء الوظيفة ،بل يمتد الامر الى الاوقات التي تقع خارج الدوام الرسمي لا يجوز ممارسة اختصاصه الوظيفي امام قاضي تربطه به مصاهرة او قرابة.(21)

الفرع الثاني

المساءلة التأديبية

لا يخضع اعضاء الادعاء العام لأحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام في مساءلتهم تأديبيا او انضباطيا، وانما يخضعون لاحكام قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل، وهذا ماجرى عليه التطبيق في الواقع العملي.

ويقصد بالمساءلة التأديبية او الانضباطية مساءلة المدعي العام أو نائب المدعي العام وظيفياً عند اخلاله بواجباته الوظيفية، والجهات المسؤولة عن مساءلة الادعاء العام هي رئيس مجلس القضاء الاعلى.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

كما ولرئيس جهاز الادعاء العام حق الاشراف على الجهاز ومراقبة مدى التزامهم بواجباتهم الوظيفية ومراقبة تصرفاتهم وسلوكهم الشخصي وانتظام اعمالهم والابتعاد عن كل ما يثير الريبة والشك.

كما تمتلك جهات اخرى الحق في المساءلة التأديبية لعضو الادعاء العام ومنها هيئة الاشراف القضائي، ولجنة شؤون القضاةبوصفه قاضيا،وذلك بموجب احكام قانون التنظيم القضائي النافذ، والتعليمات الصادرة من السلطة القضائية ورئاسة جهاز الادعاء العام والتعاميم الصادرة منها ايضا،والتي يتم احالة العضو المخالف عليها ويتم اتخاذ الاجراءات بالدعوى الانضباطية بحقه بناء على قرار من قبل رئيس مجلس القضاء الاعلى بحضورعضو الادعاء المنسوبة اليه المخالفة ويجوز حضور المحامي معه كصورة من صور حق الدفاع، كما يحضر ممثل عن جهاز الادعاء العام او مجلس القضاء الاعلى ويتم اتخاذ الاجراءات وفقاً لقواعد واحكام قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ، وللجنة اصدار القرار بإحدى العقوبات الانضباطية بحق عضو الادعاء العام المحال عليها اذا ما ثبتت المخالفة لديها وفق الادلة المطروحة وقناعة اللجنة أصولياً، وهذه العقوبات هي الانذار ويترتب عليها تأخير العلاوة والترفيع لمدة لا تزيد على ستة اشهر، وتأخير العلاوة والترفيع لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات، وانهاء الخدمة اذا ما تمت ادانة عضو الادعاء العام بحكم او قرار بات عن فعل شكل جريمة وفق القوانين العقابية(المدونة العقابية العامة والقوانين الخاصة)،ولا يمنع اللجنة من الاستمرار بإجراءاتها الانضباطية بحق عضو الادعاء العام المحال عليها ،وكذلك اصدار القرار بالعقوبة الانضباطية صدور قرار من الجهة التحقيقية القضائية او المحكمة المختصة قرارا او حكماً بالبراءة، لعدم وجود الادلة وانعدامها او الافراج لعدم كفاية الادلة وضعفها.(22)

ويكون القرار الصادر من اللجنة المختصة قابلاً للطعن من قبل الاطراف ذات العلاقة بالموضوع كعضو الادعاء العام او من يمثله قانوناً وكذلك مجلس القضاء الاعلى او رئاسة جهاز الادعاء العام امام الهيئة الموسعة في محكمة التمييز الاتحادية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره والعلم به او التبلغ الرسمي به.(23)

وللهيئة الموسعة الحق في الغائه القرار الصادر من اللجنة او تصديقه(ابرامه) او تعديله وفقاً لما تراه مناسباً ومنسجماً مع جسامة المخالفة وخطورتها، الامر الذي يعني امكانية الغاء قرارالعقوبة التي قررتها اللجنة المختصة وبالتالي زوال جميع اثارها مباشرة، او المصادقة على العقوبة التي قررتها اللجنة فتنتج اثارها قانوناً، او تعديل العقوبة تخفيفاً او تشديداً، مع الاخذ بنظر الاعتبار القاعدة القائلة بان لا يضار الطاعن بطعنه مالم تكن هناك مخالفة للقانون.(24)

المطلب الثالث

خصائص الادعاء العام في الدعوى الادارية

لجهاز الادعاء مجموعة من الخصائص والمميزات التي تميزه عن غيره من المؤسسات والاجهزة الاخرى في الدولة، وذلك للطبيعة الخاصة التي يمتاز بها هذا الجهاز، وخصوصية الوظيفة التي يؤديها.

يمتازالادعاء العام امام محاكم القضاء الاداري بمجموعة من الخصائص، وهذه الخصائص منها ما يتعلق بالخضوع التدريجي لرئيس السلطة القضائية،وللمسؤول الاداري الاعلى في الجهازبدأ من رئيس مجلس القضاء الاعلى ثم رئيس الجهازوانتهاء بنائب المدعي العام،في ممارسة الاختصاص من ناحية الموضوع والزمان والمكان، ومنها ما يتعلق باستقلالية جهاز الادعاء العام في اداء وظيفته امام محاكم القضاء الاداري،سواء عن المحاكم والقضاة فيها،أو بقية السلطات في الدولة (السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية.)

وسوف نقسم هذا المطلب على اربعة فروع، نتناول كل خصيصة من هذه الخصائص في فرع مستقل،وكما يأتي-:

الفرع الاول

الخضوع التدريجي

من اهم السمات التي يتميز بها جهاز الادعاء العام خضوع أو تبعية أعضاء الجهاز تدريجياً للمسؤول الاداري الاعلى،وبحسب الدرجة والمنصب الوظيفي المناط بكل منهم، فنواب المدعين العامين في المحكمة الادارية-ان وجدوا- يخضعون لرقابة واشراف

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وتوجيه المدعي العام المنسب للعمل في تلك المحاكم والتي مقرها حاليا مجلس الدولة،والمدعين العامين في رئاسة المحاكم الادارية(محكمة القضاء الاداري،محكمة قضاء الموظفين)يخضعون بدورهم لرقابة واشراف وتوجيه نائب رئيس جهاز الادعاء العام،الذي يخضع ايضاً لتوجيهات رئيس جهاز الادعاء العام الذي يعد الرئيس التنفيذي الاعلى للجهاز والذي له حق الاشراف والرقابة والتوجيه لجميع اعضاء الادعاء العام في العراق ،عدا اقليم كردستان،والشيء ذاته بالنسبة للمدعي العام امام المحاكم الادارية فهو يخضع لهذا المبدأ من حيث الاصل العام في اطار التوجيهات او الاعمامات التي تصدر من رئاسة الجهاز،ويخضع لاشراف ورقابة الجهاز وفقا لاحكام القانون،مع خضوع الجميع لاشراف ورقابة رئيس مجلس القضاء الاعلى.(25)

وهذا الخضوع التدريجي يتم من خلال خضوع عضو الادعاء العام الادنى درجة وظيفية للعضو الاعلى في مجال العمل الاداري وكذلك الوظيفي بخصوص الانظمة والتعليمات والتعاميم والتوجيهات التي تصدر من جهاز الادعاء العام، اما في نطاق العمل الوظيفي فالقناعة القانونية لعضو الادعاء العام هي الحاكمة ولا يجوز اجبار عضو الادعاء العام على اتخاذ اجراء او طلب اتخاذ اجراء او سلوك اتجاه معين في الدعوى التي يمثل فيها جهاز الادعاء العام ، فعضو الادعاء العام في اي قضية حر في تكوين قناعته القانونية في ضوء الادلة المتوافرة في الدعوى الادارية بناء على الاجراءات التي اتخذت فيها وفقاً للقانون،ومنها قانون المرافعات المدنية وقانون الاثبات وقانون مجلس الدولة،والقوانين الاخرى ذات العلاقة المباشرة بموضوع الدعوى المنظورة امام المحكمة كقانون التضمين او قانون الخدمة الجامعية او قانون مؤسسة السجناء السياسيين او قانون الحماية الاجتماعية او قانون الخدمة المدنية او قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام وقانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والاخطاء العسكرية ولعمليات الارهابية،ووفقاً لما منح من صلاحيات قانونية بموجب قانون الادعاء العام رقم(49) لسنة 2017(26).

وهذا التدرج يتم فيه مراعاة الاختصاص النوعي والوظيفي والمكاني فعضو الادعاء العام يمارس اختصاصه النوعي في اطار وظيفة تمثيل الادعاء العام في القضية موضوع الدعوى ولايجوز تجاوز حدود سلطاته المناطة به وفقا للقانون،كما ان عضو الادعاء العام يمارس صلاحياته في المكان الذي نسب فيه او كلف للعمل فيه،فالمدعي العام ينسب للعمل امام محكمة القضاء الاداري أو محكمة قضاء الموظفين،او كليهما كما هو الحال عليه حاليا في عمل المدعي العام المنسب امام المحكمتين معا،مما يعني انه يمارس اختصاصاته امام المحكمتين وفقا لاحكام القانون،ولا يجوزللمدعي العام ممارسة الاختصاصات النوعية الوظيفية خارج نطاق الاختصاص المكاني،ويمكن ان نلحظ اثر ذلك الامر اذا ما وجدت اكثر من محكمة قضاء اداري أو قضاء موظفين في العراق وحسب المناطق الجغرافية التي نص عليها قانون مجلس الدولة والا ستكون تلك الاجراءات التي قام بها عضو الادعاء العام مخالفة للقانون ولا يمكن الاعتداد بها قانوناً ويمكن مساءلة عضو الادعاء العام المخالف لتلك الاختصاصات انضباطياً وجنائياً اذا ما كونت المخالفة جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات او في اي قانون عقابي اخر .(27)

علما ان الواقع العملي لتمثيل الادعاء العام امام محكمة القضاء الاداري وقضاء الموظفين-حاليا- يتم بمدعي عام واحد منسب من جهاز الادعاء العام بعد موافقة رئيس مجلس القضاء الاعلى،في حين يتطلب الامر كما نرى تنسيب مدعي مستقل امام كل محكمة منهما أو اكثر،مع وجود عدد من نواب المدعي العام في كلا المحكمتين،مع ضرورة وجود قسمين او قسم بشعبتين ضمن دائرة المدعي العام يتولى ممارسة طرق الطعن امام المحكمة الادارية العليا لكل محكمة من المحكمتين على ان يتولاه حصرا مدعي عام من الصنف الاول والامر ذاته يسري على كل محكمة قضاء اداري او قضاء موظفين تستحدث في المناطق المقررة قانونا(الموصل،البصرة،بابل)،وفق لقانون مجلس الدولة المعدل.(28)

ويمكن توزيع المهام بين المدعين العامين ونواب الادعاء العام ضمن المكتب الخاص بالادعاء العام،علما ان بعض الدعاوى تحال الى المدعي العام للتدقيق دون حضوره المرافعة او المحاكمة،فيقوم بالتدقيق واعادتها للمحكمة مشفوعة بمطالعته التي يبين فيها رأيه الصريح بخصوص الدعوى المحالة عليه بعد الاشارة الى رقمها وتأريخ الاجابة التي تمت من قبله مع الاشارة الى تأريخ المرافعة واحالة الدعوى عليه مع ذكر اسم المدعي والمدعى عليه، علما ان المدعي العام عند حضوره جلسة المرافعة امام المحاكم الادارية يوقع في محضر الجلسة بالاسم والصفة الوظيفية،في حين يكتفى بذكر الصفة الوظيفية التي تشير لحضوره عند ابدائه رأيا في الدعوى

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الادارية من خلال مطالعته التي يقدمها، وهذا ما استقر عليه العمل في المحاكم الادارية لدينا في العراق.(29)

الفرع الثاني

الاستقلالية

يستقل جهاز الادعاء العام في اداء وظيفته عن المحاكم والقضاة بشكل عام،والحال نفسه امام المحاكم الادارية،في الدعوى الادارية،سواء امام محكمة القضاء الاداري ام محكمة قضاء الموظفين،فلا يخضع في اداء عمله للمحكمة التي يؤدي وظيفته كممثل للادعاء العام امامها،ولا يجوز للمحكمة ممثلة برئاستها القاضي المنتدب لرئاستها او المستشار،اوعضويتها او المستشارين او المستشارين المساعدين ان توجه للادعاء العام المنسب امامها والمكلف للعمل فيها اللوم او التقريع اوالتأنيب اوالتوبيخ لما يقدمه من طلبات ولما يبديه من اراء قانونية اثناء جلسات المرافعة اوالمحاكمة،فاذا ما حصل ذلك فيتم حذف تلك العبارات دون ان يبطل ذلك قرار المحكمة،ولا يحق للمحكمة ان تمنعه من ممارسة دوره الوظيفي وفقاً لما يراه مناسباً وفقاً للقناعة القانونية التي تكونت لديه من خلال الادلة المتوافرة في القضية والاجراءات المتخذة فيها،والمطالعات التي قدمت أو من خلال احالة القضية عليه لغرض التدقيق ،سواء بطلب احد الاطراف او من المحكمة من تلقاء نفسها،مادامت المحكمة حرة في تكوين عقيدتها في القرار الذي تصدره،فبامكان المدعي العام ان يطلب الاستماع لافادة شاهد او ان يطلب احالة موضوع الدعوى الى خبير او لجنة خبراء من خلال طلب انتداب خبيراو الطلب بانابة المحكمة الادارية لمحكمة اخرى في اختيار الخبير او الخبراء الثلاثة او الخمسة على ان يتم دفع اجور الخبراء من قبل طالب الخبرة او من يعترض عليها في حالة الاعتراض على تقرير الخبرة الواردة للمحكمة ابتداء. (30)

ولا يستطيع رئيس المحكمة - المستشارالقاضي- ،اوالقاضي المستشارالمنتدب لرئاسة المحكمة معاقبة عضو الادعاء العام او معاتبته لما يقدمه من طلبات أو يصدر عنه من تصرفات وكل ما يمتلكه رئيس المحكمة هو تذكير عضو الادعاء العام بحكم القانون وضرورة التزامه بالضوابط الجلسة والمرافعة والاحكام القانونية الخاصة بإدارتها،فاذا ما كان التجاوز يخل بنظام الجلسة او المرافعة وادارتها فيطلب منه القاضي الكف عن ذلك،وفي حالة اصراره على عدم الالتزام بضوابط الجلسة وادارتها والتي يتكفل بها رئيس المحكمة فللقاضي ان يرفع الجلسة ويطلب من رئاسة جهاز الادعاء العام عن طريق رئاسة مجلس الدولةوبشكل سري محاسبة المدعي العام المخالف،أو استبداله باخر يحل محله وللأسباب التي يذكرها في طلبه،حفاظا على مكانة ومركز واعتبار جهاز الادعاء العام.(31)

كما يستقل عضو الادعاء العام امام المحاكم الادارية في ممارسة عمله عن بقية السلطات الاخرى في الدولة،فلا يخضع في مجال عمله الوظيفي وفي اطار الدعوى التي يتولاها دعوى القضاء الاداري،او دعوى قضاء الموظفين كممثل للادعاء العام لتوجيهات واوامر السلطة التشريعية أو التنفيذية،والا عد الامر تدخلاً غير مشروع في عمل جهاز الادعاء العام،ويمكن ان يعرض فاعله للمساءلة القانونية.ولكن يجب ان لا يفهم من هذه الاستقلالية انها استقلالية مطلقة مجردة من أي تعاون أو تنسيق بين جهاز الادعاء العام وبقية السلطات الثلاث في الدولة(القضائية،التشريعية،التنفيذي)،بل هناك تعاون متبادل، وتنسيق مستمر تقتضيه طبيعة العمل القضائي والتشريعي والاداري،لاسيما وان طبيعة عمل الجهاز تقتضي ذلك،وفي حدود الاختصاص والصلاحيات القانونية المناطة به والمسموح بها،فله ان يطلب عن طريق المحكمة مفاتحة او مخاطبة اي جهة من الجهات المختصة للحصول على اجابة بخصوص موضوع معين يرتبط بالدعوى المنظور امام المحكمة الادارية،فيطلب مفاتحة الجهات الرئاسية او احدى الوزارات او الجهات غير المرتبطة بوزارة لتزويده بالاوليات الخاصة بموضوع الدعوى او التي لها صلة بها، او يطلب ادخال تلك الجهات اضافة للوظيفة اشخاصا ثالثة في الدعوى الادارية سواء الى جانب المدعي ام المدعى عليه،كما له الحق في طلب اتخاذ اي اجراء اخر يراه مناسبا للوصول الى الحقيقة والحكم العادل في الدعوى الادارية.(32)

كما ان الحضور لايقصد به الحضور الدائم والمستمر، فبإمكان الادعاء العام ان يستأذن المحكمة في الخروج لاي امر،وأن كنا نفضل ونرى ضرورة تواجد ممثل الادعاء العام طوال مدة المرافعة او المحاكمة،مع اعطائه الحق في الترخص والاستئذان لضرورة قصوى،على ان لايتكرر ذلك دائما،بل قد يحصل بشكل استثنائي(33)،كما ان موضوع الحضور الدائم يتم بامكانية رفع المرافعة او المحاكمة لمدة محددة لغرض الاستراحة المؤقتة،لاسيما في ظل زخم وكثرة الدعاوى الادارية امام المحكمتين والتي تصل الى الالاف

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

سنويا.

علما ان موضوع حضور ممثل الادعاء العام امام المحاكم الادارية يكون باشراف ورقابة رئاسة المحكمتين والتي يجب ان تحيط رئيس مجلس الدولة او نائبه لشؤون القضاء علما بخصوص ذلك، سواء كان بشكل شفهي او تحريري وهذا الاخيرهو الافضل في حالة حصول اي تلكؤ او تأخر او عدم حضور لغرض التأكيد على المدعي العام بالحضورأو مفاتحة جهاز الادعاء العام علما بذلك لاتخاذ ما يلزم بخصوص معالجة ذلك،والتأكيد على عضو الادعاء العام بالحضور واداء واجباته الوظيفية،او استبداله بعضو اخر وفقا للقانون.(34)

الفرع الثالث

عدم المسؤولية

ان ما يقوم به عضو وممثل الادعاء العام امام المحاكم الادارية(محكمة القضاء الاداري،محكمة قضاء الموظفين)من مهام وواجبات وفقاً للصلاحيات والسلطات التي منحها القانون له لا تترتب عليها أي مسؤولية قانونية،سواء كانت (جزائية أو مدنية أو وظيفية)،فلا يسأل عضو الادعاء العام لمطالبته المحكمة بالاستماع لافادة شاهد،أوطلب انتداب خبيراو الاعتراض على رأي الخبير،أو طلب الغاء امر اداري بالتضمين او الابقاء عليه ورد دعوى المدعي،أو طلب تخفيض مبلغ التضمين بناء على رأي لجنة الخبراء المنتدبة من قبل المحكمة وبطلب منه،او عدم تأييد طلب المدعي بالغاء قرار التضمين والطلب من المحكمة الابقاء عليه ورد دعوى المدعي لموافقته حكم القانون(35)،او طلبه بالغاء عقوبة انضباطية فرضت من الادارة بحق المدعي لعدم قانونيتها كما يرى(36)، اوطلبه بتشديد عقوبة انضباطية لجعلها تنسجم مع جسامة المخالفة الانضباطية المرتكبة وخطورتها،او الابقاء على العقوبة المفروضة دون الاستجابة لطلب تخفيفها،او طلب مفاتحة جهة رسمية للحصول على اوليات او معلومات بخصوص حالة او شخص المدعي لضروروتها في الوصول الى الحقيقة والوقوف عليها بدقة،أو طلب جلب اوليات الموضوع والمجلس التحقيقي او لجنة التضمين ،او طلب ربط الاضبارة الخاصة التي تم الاعتماد عليها من قبل اللجان الخاصة في اصدار قراراتها المطعون بها امام المحكمة الادارية(37)،او طلب السيرة الوظيفية للموظف المعاقب والطاعن بامر فرض العقوبة بحقه،أو لعدم ممارسته حق الطعن بالقرارات الصادرة من محكمة القضاء الاداري او قضاء الموظفين ؛كونه يؤيد رأي المحكمة فيما أصدرته من قرار في الدعوى الادارية،ولقناعته القانونية بصحة القرار الصادر من المحكمة المختصة(38)،او يطلب رد الدعوى شكلا لتقديمها خارج المدة الزمنية كون المدد الزمنية الخاصة بالطعون من النظام العام ولايجوز مخالفتها قانونا.(39)

ولكن عدم المسؤولية بالنسبة لأعضاء جهاز الادعاء العام ليس مطلقة، بل قد تثار مسؤولية عضو الادعاء العام اذا ما صدر منه خطأ مهنياً جسيماً ترتب عليه ضرر ما،سواء كان عاماً أو خاصاً، وعندها يمكن ان تتم مساءلته وفقاً للإجراءات الخاصة بالمساءلة التي رسمها قانون الادعاء العام النافذ،كحالة عدم الطعن بقرار محكمة القضاء الاداري الذي الغى قرار التضمين على الرغم من تأكد وجود المخالفة الانضباطية التي اثبتتها اللجنة التحقيقة الانضباطية وفرضت بحقه احدى العقوبات الانضباطية.(40)

اما الاخطاء المهنية البسيطة فلا يترتب عليها أي مسؤولية جزائية أو مدنية، ولكن يمكن ان تكون مناطاً للمسؤولية المهنية أو الوظيفية أو التأديبية) الانضباطية) من قبل المسؤول الاداري الاعلى الذي يخضع له العضو المخالف أي رئيس جهاز الادعاء العام،فله الحق في تنبيهه،أو احالته على لجنة تأديب شؤون القضاة والادعاء العام،التي تمتلك فرض العقوبات التأديبية الواردة في القانون عند ثبوت المخالفة،,هذه العقوبات قد تصل الى حد الطرد او العزل من الوظيفة القضائية(41 .)

الفرع الرابع

عدم التجزئة

يعمل جهاز الادعاء العام وظيفياً كوحدة واحدة بغض النظر عن الاشخاص الذين يمثلونه واسمائهم ،فهو يتمتع بوحدة الوظيفة،ولا تأثير على صحة العمل الوظيفي في الجهاز عند حصول خطأ في الاشارة لاسم ممثل الادعاء العام،وبالتالي لا يكون ذلك سبباً لنقض

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الحكم الصادر من المحكمة المختصة بنظر الطعن(المحكمة الادارية العليا) لوجود هذا الخطأ غير الجوهري،كالخطأ في ذكر اسم المدعي العام (س)،وجعله (ص)،طالما ان الاوراق الخاصة بملف الدعوى تشير الى حضور ممثل الادعاء العام وذلك من خلال ما قدمه من مطالعات او ما طلبه من مطالب،او ما اثبته من اعتراضات، او مواجهه من اسئلة من خلال المحكمة لاطراف الدعوى،على خلاف الحال عند خلو الحكم الصادر من الاشارة لحضور ممثل الادعاء العام لجلسات المرافعة اوالمحاكمة،فلا بد من الاشارة لهذا الحضور،ولو بدون ذكر الاسم الصريح للمدعي العام أو نائبه،وقد جرت المحاكم الادارية على ذلك من خلال الاشارة الصريحة لحضور الادعاء العام بعبارة (.... وبحضور المدعي العام السيد "أو بدون ذكر الاسم الصريح"....) أو (وبحضور ممثل الادعاء العام السيد "أو بدون ذكر للاسم الصريح".....) أو (..... وبحضور المدعي العام السيد "أو بدون ذكر للاسم الصريح)42)،وان كان الاتجاه الغالب والسائد امام المحاكم الادارية هو عدم ذكر الاسم والاكتفاء بذكر الصفة الوظيفية فقط،وهذا ما استقرت عليه احكام المحكمتين،وايدته المحكمة الادارية العليا(43)،كما لاتأثير على وظيفة الادعاء العام ودوره اذا ما تعدد المدعين العامين الذين يحضرون جلسات المرافعة او المحاكمة ،فقد يحضر بعضها مدعي عام،ويحضر البعض الاخر مدعي عام اخرلوجود عارض او طارئ معين يمنع الاول من الحضور في جلسات المرافعة او المحاكمة وان كان الافضل ان يستمر المدعي العام نفسه في تمثيل جهاز الادعاء العام امام المحكمة المختصة،ليكون على اطلاع مستمر باوليات الجلسات وطلبات ودفوع الاطراف ولاشك بان هذا يكون اقرب في فهم القضية اوالدعوى وموضوعها،وبالتالي تقديم ما يراه مناسبا بخصوصها ولهذا قيل بأن الادعاء العام يعمل كوحدة واحدة فعمل المدعي العام الخلف يكمل عمل السلف،ولا يضر ان يمثل الادعاء العام في مرحلة المحاكمة وفي جلسة او عدد من الجلسات مدعي عام، ويمثله في جلسات اخرى من المحاكمة مدعي عام اخر،وفي مرحلة الطعن بالأحكام مدعي عام ثالث وهكذا،بل حتى في المرحلة الواحدة لا يمنع من تمثيل الادعاء العام من مدعي عام أو نائب مدعي عام أو أكثر، وذلك بسبب الوفاة أو النقل أو الترقية أو الانتداب أو التكليف بمهام معينة، أو الاحالة على التقاعد، أو العجز عن اداء المهام الوظيفية للمرض، او انهاء الوظيفة لصدور الحكم البات عليه(44)،والعمل بما تقدم يتطلب وجود اكثر من مدعي عام واحد امام المحاكم الادارية،بل اكثر من مدعي عام واحد امام كل محكمة منهما.

ومن خلال الواقع العملي امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين يتم تكليف مدعي عام واحد امام محكمة القضاء الاداري او محكمة قضاء الموظفين او امام كلا المحكمتين في ان واحد،وهو ما معمول به حاليا،وهو امر لانؤيده،بل نرى ضرورة وجود هيئة للادعاء العام او مكتب للادعاء العام امام المحاكم الادارية(محكمة القضاء الاداري،محكمةقضاء الموظفين)،ويتكون المكتب من عدد من المدعين العامين او نواب الادعاء العام بالشكل الذي يحقق الاكتفاء والانسجام في العمل لغرض تمثيل الادعاء العام اما المحكمتين بشكل دائم ومستمر،وان لايقتصر الامر في الحضور على محكمة قضاء الموظفين في الدعاوى الجزائية،وهذا الامر لايتحقق مالم يوجد العدد الكافي من المدعين العامين او نواب الادعاء العام،فيكون هناك نظام البديل امام كلا المحكمتين لضمان الحضور الدائم له امامهما،وهو امر مهم وضروري واساس كما نراه.

ونقترح ان يكون هناك مكتب مختص للادعاء العام يتكون من مدعين عامين او اكثر وايضا نائبين للادعاء العام او اكثر،يرشحهم رئيس جهاز الادعاء العام،بناء على طلب من قبل رئاسة مجلس الدولة،اضافة لعدد من المعاونين القضائيين الحاصلين على شهادة القانون أضافة الى توفير الكوادر الادارية والفنية للمكتب من مختصين بالصادروالوارد،ومختصين بالحاسوب والطباعة والسكرتارية،يكونون منتسبين لجهاز الادعاء العام، ومنسبين للعمل امام محكمتي القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين؛لضمان تنظيم العمل بافضل صورة،وهو غير متوافر للادعاء العام حاليا،وقد عملت رئاسة مجلس الدولة قدر الامكان على توفيره موظفين من منتسبي المجلس يعملون مع ممثل الادعاء العام امامها ومعاونته في اداء اعماله الوظيفية.(45)

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لجهاز الادعاء العام ومركزه في الدعوى الادارية

اختلف الفقه القانوني بخصوص الطبيعة القانونية لجهاز الادعاء العام او النيابة العامة بصورة عامة،والادعاء العام الاداري بصورة خاص،وهذا الاختلاف نابع من اختلاف طبيعة الانظمة القانونية المطبقة في كل دولة،فهو في بعض الدول ووفقا لنظامها القانوني جزء من السلطة التنفيذية،عندما يكون الادعاء العام او النيابة العامة جزء من مكونات السلطة التنفيذية او تابع لها كتبعيته او ارتباطه بوزارة العدل، كما هو الحال في فرنسا،الامارات، وكما كان عليه الحال في العراق قبل عام 2003،وقد يكون جزء من مكونات السلطة القضائية، وقد يكون له استقلالية عن بقية الاجهزة، وهناك من يراه ذو طبيعة خاصة.

وعليه سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين نتطرق في الاول للطبيعة القانونية لجهاز الادعاء العام امام المحاكم الادارية، ونبحث في الثاني المركز القانوني للادعاء العام في الدعوى الادارية.

المطلب الاول

الطبيعة القانون للادعاء العام امام المحاكم الادارية

الادعاء العام هو القطب الثاني للسلطة القضائية المتمثلة بالقضاة سعياً منهما في الوصول الى العدالة الجنائية المنشودة من خلال تكامل الادوار والمحافظة على الشرعية القانونية .

وجهاز الادعاء العام هو أحد مكونات السلطة القضائية بنص صريح في المادة (89) من دستور جمهورية العراق لعام (2005) والتي جاء فيها (تتكون السلطة القضائية الاتحادية من مجلس القضاء الاعلى والمحكمة الاتحادية العليا، ومحكمة التمييز الاتحادية وجهاز الادعاء العام ....)

ان ما يقوم به الادعاء العام من دور مهم ومؤثر في الدعوى الادارية وغيرها من أنواع الدعاوى القانونية كالدعاوى الجزائية والمدنية والانضباطية يجعلنا نتساءل ما هي طبيعة هذا الجهازامام المحاكم الادارية؟

للفقه اراء عديدة بخصوص الطبيعة القانونية لجهاز الادعاء العام، سوف ندرسها في فروع هذا المطلب الخمسة ،وهي كما يأتي-:

الفرع الاول

جهاز قضائي

جهاز من اجهزة السلطة القضائية، ويستند انصار هذا الرأي على طبيعة العمل في تلك المشروعات،فيرون بان جهاز الادعاء العام جزء من مكونات السلطة القضائية، وفقا لنص المادة (89) من دستور جمهورية العراق،فلصراحة النص الذي لايختلف عليه اثنان يعد جهاز الادعاء العام جهازا ذات طبيعة قضائية؛ لما يتولاه ويقوم من اختصاصات رسمها قانون الادعاء العام النافذ، وفي الدعاوى جميعا ومنها الدعوى الادارية.(46)

الفرع الثاني

جهاز شبه قضائي

يرى أصحاب هذا الاتجاه في جهاز الادعاء العام جهازا تابعا لاشراف ورقابة مجلس القضاء الاعلى، ولكنه ليس جهاز قضائي او مكون من مكونات السلطة القضائية،ويرى اصحاب هذا الرأي ان جهاز الادعاء العام يخضع لاشراف ورقابةالجهات القضائية المختصة ومنها رئيس مجلس القضاء الاعلى بالدرجة الاساس،ورئيس جهاز الادعاء العام، جهاز الاشراف القضائي.(47)

الفرع الثالث

جهاز مزدوج

وتختلف هذه الطبيعة في بقية التشريعات في عموم دول العالم بإختلاف موقف التشريعات من ذلك الجهاز وأرتباطه فهو أحد

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أجهزة السلطة التنفيذية إذا ما كان ارتباطه بوزارة العدل كما هو الحال في فرنسا والعديد من الدول العربيةكمصر وسوريا والاردن ، وهو جهاز ذو طبيعة مزدوجه إذا ما كان مرتبطاً بوزارة العدل وبالسلطة القضائية،وهذا ماكان عليه الحال قبل عام 2003 لدينا في العراق .(48).

الفرع الرابع

الطبيعة الخاصة

في حين تنظر إليه بعض التشريعات كمؤسسة أو جهاز ذو طبيعة خاصة وهذا ما نميل إليه ونرجحه وندعوا اليه، فالادعاء العام هوحامي الشرعية في الدولة ولابد من تمتعه بالاستقلال التام وعدم الإرتباط بأي سلطة من سلطات الدولة ليمارس دوره بموضوعية وحياد تام ، وهذا لايتحقق مالم يعلن جهاز الادعاء كمؤسسة مستقلة وفك إرتباطه بالسلطة القضائية من حيث التبعية والارتباط وبمختلف اشكاله وتبعاته .(49).

الفرع الخامس

جهاز قانوني مستقل

جهاز الادعاء العام مؤسسة قانونية مستقلة لا يرتبط بأي جهة كانت، وهذه الاستقلالية مطلوبة تجاه السلطات الثلاث في ممارسة العمل والاختصاص الوظيفي،سواء عن السلطة التشريعية أو التنفيذية او القضائية ،ولكنها لا تعني الاستقلال او الفصل التام، بل هناك تعاون وتنسيق بخصوص كثير من الامور،وقد اخذت بهذا الاتجاه تشريعات متعددة منها الامريكي والانكليزي، وان كان رئيس الادعاء العام عضو في الحكومة.(50)

ونحن نرى كما يرى العديد من المختصين ان جهاز الادعاء العام هو مكون من مكونات السلطة القضائية وهذا ما ورد في دستور جمهورية العراق بنص صريح، بعد ان كان تابعا للسلطة التنفيذية وجزء منها طوال العقود الماضية قبل عام 2003،ولكن هذا لايعني عدم الاستقلالية في الوظيفة التي يؤديها،والتي تقترب كثيرا من الوظيفة القضائية،لاسباب كثيرة منها الناحية الشكلية فهو مكون من مكونات السلطة القضائية الاتحادية،وخاضع لاشرافها ورقابتها ولرئيسها،ولكنه في الوقت ذاته يتمتع باستقلاليته عن تلك السلطة وعن القضاة عند ممارسة عمله ووظيفته كممثل لمصلحة المجتمع،فهو القطب او الوجه الثاني لها،وهو مكمل ومتمم لها لاسيما في الدعوى الادارية،كما هو الحال في بقية انواع الدعاوى الاخرى .

المطلب الثاني

المركز القانوني للادعاء العام في الدعوى الادارية

القانون هو الذي يحدد المراكز القانونية لاي شخص سواء كان شخصا طبيعيا ام معنويا، وبما ان الادعاء العام جهاز يتمتع بالشخصية المعنوية لاداء مهامه وممارسة اختصاصاته التي حددها القانون.

فأي جهاز له مركز القانوني الذي يختلف عن غيره من الاجهزة الاخرى، أو يتشابه معها او يقترب منه في حالات أخرى في الدعوى الادارية،والمركز القانوني للمدعي العام في أية دعوى قانونية مهما كان نوعها- جزائية، مدنية،احوال شخصية،ادارية يختلف من نظام قانوني الى اخرحسب طبيعة هذا النظام الدستوري والقانوني والقضائي،والامر ذاته لدينا في العراق، فهذا المركز مختلف من مرحلة الى اخرى حسب ارتباط وتبعية جهاز الادعاء العام بالسلطة التنفيذية ام القضائية.

وبناء على تحديد ومعرفة المركز القانوني لجهاز الادعاء العام يمكن التعرف على الحقوق والالتزامات الخاصة به كطرف له خصوصيته في الدعوى الادارية، وعليه سوف نتطرق لذلك المركز في فروع هذا المطلب الخمسة تباعا،وكما يأتي -:

الفرع الاول

ممثل للدولة في النظام الاشتراكي

يكون ممثل الادعاء العام في الدعوى الادارية في مركزالممثل للدولة ومدافعا عن حقوقها ومصالحها في كل الاحوال، وخصما

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

لكل من يرتكب فعلا ضار بالدولة واموالها،فهو يمثل جهة الاتهام والادعاء،وفي النظام الرأسمالي يكون طرفا من اطراف الدعوى وخصما فيها،فهو يكون خصما حقيقا لاحد اطراف الدعوى الادارية.القول بان الادعاء العام هو ممثل للدولة يعني انه خصم حقيقي،ويكون طرفا في الدعوى الادارية ممثلا للدولة ومدافعا عن حقوقها مهما كان الخصم الاخر؛لانه طرف حقيقي في الخصومة الادارية.(51)

الفرع الثاني

خصم محايد وموضوعي

وفقاً لما ورد في دستور جمهورية العراق فأن جهاز الادعاء العام هو احد مكونات وأجهزة السلطة القضائية، فهو جزء من تلك السلطة ، الامر الذي يجعل منه تابعاً وخاضعاً لرئيس هذه السلطة من حيث التبعية الادارية والفنية والوظيفية، في حين كان حرياً بالمشرع أن يجعل من هذه الجهاز جهازاً مستقل تمام الإستقلال عن السلطة القضائية ، لأن دوره ليس بالدور القضائي أي الفصل في النزاعات وإصدار الأحكام بين المتخاصمين ، بل دوره رقابي للإلتزام بحكم القانون والشرعية القانونية ، فهو طرف موضوعي ومحايد في الدعوى الجزائية لايريد سوى تطبيق حكم القانون وفقاً لقناعته القانونية التي تكونت من خلال وقائع الدعوى وإجراءاتها والأدلة الواردة فيها .

ممثل الادعاء العام في الدعوى الادارية كما يقال خصم لكنه خصم موضوعي ومحايد ،فهو خصم شريف هدفه الوصول الى الحقيقة في الدعوى الادارية مع اي طرفا كانت مدعي ام مدعى عليه،من خلال ما منح من صلاحيات واختصاصات تمكنه من ذلك،فمكانته ومركزه يختلف عن طرفي الدعوى المدعي او المدعى عليه،وهو لايميل او يؤيد احدهما ابتداء بقدر ما يريد الوصول الى الحقيقة وفقا لما يراه مناسبا من الناحية القانونية في ضوء ما منحه القانون من اختصاصات يمارسها في الدعوى الادارية، ولهذا نراه تارة يؤيد دعوى المدعي ويقف الى جانبه، وتارة اخرى نراه مع المدعى عليه، وهذا الامر يعزز وجهة النظر القائلى بأنه له مركز قانوني خاص في الدعوى الادارية ،مثلما يكون له مركز خاص بالدعوى الجزائية.(52)

الفرع الثالث

طرف من أطراف الدعوى

نلحظ في اغلب الحالات عدم امكانية قيام ممثل الادعاء العام في العديد من الموضوعات والوقائع الادارية بتحريكه لاي دعوى ادارية سواء امام محكمة القضاء الاداري ام محكمة قضاء الموظفين،وهذا الدور لايشابه دوره ومركزه في الدعوى الجزائية التي قد يكون خصما فيها،بل هو المشتكي والمحرك لها باخبار يقدمه الى الجهات التحقيقية المختصة،كما انه لايمتلك الحق في اجراء التحقيقات الادارية الابتدائية المتمثلة باللجان التحقيقية،وان كان يمتلك سلطة الرقابة والاشراف عليها كما نرى وفقا لاحكام قانون الادعاء العام،على خلاف اختصاصات وصلاحيات المدعي العام في القضايا الجزائية،فهويمتلك الحق في القيام باجراءات التحقيق الجزائي الابتدائي عند غياب قاضي التحقيق المختص وهذا الاختلاف في الدور نابع من اختلاف طبيعة الدعويين الادارية والجزائية،ومراحلها وطبيعة الاجراءات القانونية المتخذة في كل منها.واننا لانرى فيه خصما عاديا ،فالخصم لايرد، بينما المدعي العام يمكن ان يرد بما يرد به القاضي،كما وجدنا أن حضوره غير دائم امام المحاكم الادارية باستثناء محكمة قضاء الموظفين في القضايا الجزائية المتعلقة بالعقوبات الانضباطية،وهذا على خلاف حقوق الخصم في الدعوى الادارية (53)،وان كنا نرى هناك امكانية لقيام المدعي العام بتحريك بعض الدعاوى الادارية من خلال تمثيله للمصلحة العامة عندما لاتمارس الادارة دورها في ذلك لاسيما في قضايا المال العام؛ لعدم وجود مانع قانوني يمنعه من ذلك.

الفرع الرابع

خصم حقيقي مع الدولة

يرى البعض أن الادعاء العام لايكون طرفا من اطراف الدعوى الادارية، بل هو خصم ينضم لجانب ممثل الدولة في الدعاوى

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التي تكون الدولة او احد اجهزتها طرفا فيها،وبالتالي يكون خصما حقيقيا في الدعوىسواء كانت جزائية او غيرها من الدعاوى المدنية اوالادارية، لكنه منضم دائما لصالح جهة الادارة التي تمثل الدولة،وهو اتجاه بعض التشريعات، وهو امر لانراه سليما،بل هو طرف فيها اوخصم موضوعي محايد لايريد سوى الحقيقة والوصول اليها، مدافعا عن المشروعية مع أي طرف من الاطراف كانت المدعي ام المدعى عليه.**(54)**

الفرع الخامس

مركز استشاري

يرى جانب من الفقه ان دور المدعي العام في الدعاوى المدنية ومنها الدعاوى الادارية هو دور استشاري فقط،يتمثل باعداد مذكرة او مطالعة حول رأيه من وجهة نظر قانونية ايا كان المستفيد والمنتفع منها في الدعوى الادارية المدعي ام المدعى عليه ام المعترض او المعترض عليه، وهذا الدور قد يكون قريبا من دور المدعي العام لدينا في العراق امام المحاكم الادارية حيث يقدم مطالعته وفقا لما يراه مناسبا ومحققا لحكم القانون سواء كان مع الادارة او ضدها،وهو ما تأخذ به المحكمة او لا كونها صاحبة الرأي والقرار الحاسم في الدعوى الادارية.**(55)**

المبحث الثالث

دور الادعاء العام في التحقيق الاداري والدعوى الادارية

للمدعي العام دور مهم في التحقيق الاداري او الانضباطي والدعوى الادارية،وتختلف اهمية هذا الدور ونطاقه حسب نوعية الدعوى الادارية،ففي الوقت الذي نراه محدودا في مرحلة التحقيق الاداري او الانضباطي،نراه يتسع ويزداد اهمية ووضوحا في مرحلة الدعوى الادارية،وكذلك يظهر جليا في مرحلة الطعن بالقرارات والاحكام الصادر من محاكم القضاء الاداري وقضاء الموظفين امام المحكمة الادارية العليا،ولهذا سوف نتطرق لهذه الادوار وبالتتابع في مطالب ثلاثة هي تقسيمات هذا المبحث،نتطرق في الاول لدور الادعاء العام في التحقيق الاداري، ونبين في الثاني دوره في المحاكمة الادارية، ونبحث في الثالث دوره في الطعن بالاحكام والقرارات الادارية.

المطلب الاول

دور الادعاء العام في التحقيق الاداري

التحقيق الاداري أوالانضباطي هي المرحلة التي تسبق مرحلة الدعوى الادارية التي تنظر امام محكمة القضاء الاداري او محكمة قضاء الموظفين،ويتولى اجراءات التحقيق الاداري لجنة التحقيق المختصة بذل،وتهدف الى البحث عن الادلة وجمعها،والافادة منها أصوليا باتخاذ التوصيات الادارية في التحقيق الاداري ومنها التوصيات بفرض احدى العقوبات الانضباطية،أورفض طلب تقدم به الموظف لاحتساب خدمة عقد او صرف مستحقات مالية،او احتساب خدمة وظيفية،او التحقيق مع موظف محال على لجنة التضمين لثبوت صدور مخالفة منه تسببت بضرر للمال العام،او رفض الاعتراض المقدم على تضمين الموظف للمبالغ المالية لجبر الضرر الذي اصاب المال العام نتيجة خطأ الموظف،وتبدأ هذه المرحلة عندما تصدر الادارة امر اداريا بالتحقيق في قضية او موضوع ما،وهذا الامر قد يكون بمبادرة من الادارة مباشرة بعد اكتشاف المخالفة او الشك والاشتباه بوجودها، او بناء على شكوى او اخبار قدم اليها من قبل موظف او جهة ادارية او اخبار وصل اليها بخصوص تلك المخالفة،سواء كانت المخالفة الانضباطية مشهودة ام غير مشهودة.(56)

ويتمثل دوره بالإشراف والرقابة على اللجان التحقيقية عند قيامهم بأعمال التحقيق الاداري والانضباطي، والتأكد من مدى التزامهم بحكم القانون،وان كان هذا الدور قانوني نظري اكثر مما هو تطبيقي عملي،لاسباب عديدة كما نعتقد ونرى منها كثرة اعداد اللجان التحقيقية والانضباطية وتنوعها،ومحدودية عدد اعضاء الادعاء العام،وزخم المهام والقضايا الاخرى،لاسيما الجزائية،فلم نرى خلال مدة العمل الوظيفي حضور لممثل الادعاء العام امام اللجان التحقيقية المشكلة في اغلب دوائر الدولة،بل ما يجري عليه العمل

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ان يتم طلب الملف التحقيقي الاداري اذا ما احيلت الدعوى او حركت امام المحاكم المدنية او الجزائية كجزء مكمل للتحقيق الجزائي للوقوف على تفاصيل الموضوع من الناحية الادارية وموقف الادارة من ذلك، معززا برأي الممثل القانوني بخصوص تلك المواضيع وبشكل صريح وواضح من خلال طلب تحريك الدعوى من عدمه او المطالبة بالتعويض من عدمه.(57)

وبإمكان الادعاء العام اتخاذ الاجراءات القانونية الانضباطية بحق المخالفين منهم مباشرة، أو من خلال الدائرة أو الوزارة التي يعمل فيها أو يتبعها، وذلك بطريقة غير مباشرة من خلال مخاطبته للرئيس الاداري الاعلى الذي يرتبط به عضو اللجنة التحقيقية المخالف،اذا ما شكل الفعل مخالفة انضباطية للواجبات الوظيفية.(58)

واذا ما شكل الفعل الصادر من عضو اللجنة التحقيقية مخالفة لنصوص قانون العقوبات او اي قانون عقابي اخر، يمكن للادعاء العام طلب اتخاذ الاجراءات القانونية بحقه عن طريق الشكوى او الاخبار الذي يتقد به الى الجهات القضائية التحقيقية المختصة،او مساءلته انضباطيا من خلال دائرته، وهو ما يتبعه مع اعضاء الضبط القضائي اذا ما اريد مساءلتهم انضباطيا.(59)

كما يمكن للادعاء العام الحضورعند اجرء التحقيق الاداري اوانابة من يمثله اذا ما اراد ذلك(60)،وهو مالم نشهده او نلحظه في الواقع العملي،كما يمكنه طلب تزويده بنسخة من المحضر التحقيقي الذي قامت به اللجنة التحقيقية،وبامكانه اتخاذ مايلزم بخصوصه وفق صلاحياته واختصاصه القانوني،لاسيما اذا ما وجد الفعل او المخالفة الانضباطية تتعلق بالمصلحة العامة او المال العام،فيجوز له طلب اتخاذ الاجراءات القانونية من خلال تحريك الدعوى الجزائية امام محكمة التحقيق المختصة؛كون الفعل يشكل جريمة وفقا لقانون العقوبات او اي قانون عقابي اخر،وله متابعة اجراءات المتبعة في تلك القضية طوال مراحل الدعوى الجزائية المتنوعة تحقيقا ومحاكمة وطعنا،بل وحتى تنفيذا.

المطلب الثاني

دور الادعاء العام في مرحلة المحاكمة الادارية

بعد الانتهاء من التحقيق الاداري او الانضباطي وتوافر الادلة التي تكفي للتوصية بفرض عقوبة انضباطية يتم اتخاذ التوصية اللازمة في القضية موضع التحقيق،فتقرر اللجنة التحقيقية أصدار توصياتها بخصوص ذلك،اما بفرض العقوبة الانضباطية او عدم المساءلة بالعقوبة والاحالة على الجهات التحقيقية القضائية(محكمة التحقيق)، اذا ما شكلت المخالفة جريمة معاقب عليهابموجب قانون العقوبات او أي قانون عقابي اخر، وهذه التوصيات تتم في ضوء العقوبات الانضباطية.(61)

أما في مجال الحقوق الوظيفية،فيتم ذلك من خلال قبول اورفض الاستجابة لطلب قدم بخصوص الحقوق الوظيفية كالحقوق المالية او العلاوات والترفيعات،أو الاعفاء من المناصب الادارية،ليأتي دور المسؤول الاداري الاعلى للمصادقة على تلك التوصيات،اورفضها اواجراء التعديل الذي يراه مناسبا عليها،فتنتهي علاقة اللجنة وصلاحياتها بالتحقيق الا اذا اعادها المسؤول الاعلى لغرض استكمال اجراء معين اوالتعمق في التحقيق وصولا الى الدقة المطلوبة في التوصية ،وبعدها يتم اصدارالامر الاداري الخاص بتوصيات اللجنة في حال الموافقة عليها من قبل المسؤول الاعلى بالمصادقة(62)،عندها تبدأ مرحلة التظلم من القرارالاداري امام الجهة التي اصدرته او امام الجهة الرئاسية التي تتبعها،على ان يتم ذلك خلال المدد القانونية المحددة،وبخلافه يتم رد هذا التظلم،لان مراعاة تلك المدد من النظام العام فلايجوز مخالفتها،وبعد انتهاء تلك المدد القانونية تبدأ مرحلة الدعوى الادارية امام المحاكم الادارية المختصة وفقا للاختصاص النوعي لها.(63)

فالطعن بالعقوبات الانضباطية يتم امام محكمة قضاء الموظفين خلال المدة المحددة قانونا لذلك الطعن، على ان يسبق اقامة الدعوى الادارية تظلم من ذلك القرار أصوليا،وفقا لاحكام قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام وقانون مجلس الدولة.(64)

اما القضايا المتعلقة بالحقوق الناشئة عن الوظيفة العامة تنظرها المحكمة ذاتها وفقا لاختصاصها الوارد في قانون مجلس الدولة والقوانين ذات العلاقة بالوظيفة العامة كقانون الخدمة الوظيفية، وقانون الملاك، وقانون رواتب موظفي الدولة والقطاع العام.(65)

اما محكمة القضاء الاداري فتنظر في الدعاوى المتعلقة بالتظلمات والطعون التي حدد القانون الطعن بها امام تلك المحكمة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

كالقرارات الصادرة بتضمين الموظف وفقا لقانون التضمين رقم(31) لسنة 2015،تعليمات تسهيل تنفيذه رقم(2) لسنة 2017،او قرارات قبول أو رفض الشمول بقانون الحماية الاجتماعية رقم(11) لسنة 2014،او الشمول او رفض الشمول بقانون مؤسسة السجناء والمفصولين السياسيين رقم(4) لسنة 2006،او قانون التعويض عن العمليات الحربية والاخطاء العسكرية والعمليات الارهابية رقم(20) لسنة2009،او قضايا الغش الامتحاني والفصل والرسوب في الجامعات والكليات والمعاهد الحكومية بموجب تعليمات انضباط الطلبة رقم(160) لسنة 2007 المعدلة،او تلك الدعاوى التي لم يحدد القانون لها جهة خاصة بالطعن فيكون الطعن فيها وفقا لاحكام قانون مجلس الدولة بعد التظلم منها خلال المواعيد المحددة فيه كقضايا الاجازات الاستثمارية،والعقوبات الانضباطية لمنتسبي قوى الامن الداخلي،والامتناع عن منح سند العقار لصاحب الحق في ذلك.(66)

وعندما يتم الطعن امام القضاء الاداري برفع الدعوى الادارية امام المحكمة المختصة تنقطع الصلة بين القرار الصادر والجهة التي اصدرته الا اذا قررت الادارة التراجع عن قرارها بالغائه او اعادة النظر فيه من جديد وفقا لما تراه مناسبا،وما استجد من ادلة واجراءات ، وفي هذه الحالة قد يكون الغاء القرار محل الدعوى الادارية سببا لردها لانتفاء موضوعها ومحلها،وقد تلجأ الادارة الى اعادة النظر بقرارها تخفيفا ويرتضي بذلك المدعي فيطلب ابطال دعواها،أن انقطاع صلة اللجنة التحقيقة بالقضية تحقيقا بمجرد دخولها في نطاق ودائرة المحكمة المختصة، فلا يمكن للجنة التحقيقية او المحقق الاداري التدخل لإعادة النظر في القرار المتخذ بالإحالة أو استكمال الاجراءات الناقصة في الدعوى الادارية أو تصحيح ما اعتراها من اخطاء.(67)

ونقصد بمرحلة المحاكمة المدة الزمنية التي تصبح فيها الدعوى الادارية في دائرة محكمة الموضوع بدأ من اقامتها من قبل له الحق في ذلك سواء كان الموظف او الادارة في بعض الحالات وفي دعاوى خاصة حتى صدور القرار فيها(68)،او الطرف الثالث،فعندما ترد لائحة الدعوى الى المحكمة الادارية،عن طريق المدعي او وكيله،يتم وضع هامش رئيس المحكمة او احد الاعضاء عند عدم وجوده على لائحة استدعاء الدعوى،باستيفاء الرسوم والاجور،بعدها يتم تسجيلها وارد واعطائها رقماً محدداً تمييزاً لها عن بقية الدعاوى وحسب اسبقية الورود،وتدون المعلومات الخاصة بالدعوى وتأريخ ورودها في سجل خاص بذلك(سجل الدعاوى، سجل الاساس، سجل القيد)،ويتم اجراء التبليغات المطلوبة بعدها يتم تحديد موعد للمحاكمة لتبدأ اول جلسات الدعوى بعد موافقة رئيس المحكمة المختصة وبالتنسيق مع مسؤول المواعيد او مدير الادارة فيها لتحقيق التوزيع المنسق والمتوازن على ايام انعقاد جلسات المحكمة،عندها يجب تبليغ جميع الاطراف(69)،ولكن هل يتم تبليغ المدعي العام بذلك كما هو الحال في الدعوى الجزائية ام ان حضوره مطلوب دون ذلك التبليغ؟

ما جرى عليه العمل في الدعوى الادارية المدنية يختلف عن الدعوى الجزائية بهذا الخصوص،فلا يتم تبليغ المدعي العام بموعد المرافعة في الدعاوى جميعا؛لان وجوده دائم ومستمرأصلا في المحكمة الادارية متى ما رغب في ذلك،وهو واجب في الموضوعات الجزائية امام محكمة قضاء الموظفين،وهناك حالات تطلب فيها المحكمة اطلاع المدعي العام على ملف الدعوى لبيان رأيه في موضوع ما،لاسيما في القضايا المتعلقة بالتضمين والتعويضات ،وانتداب الخبراء فيها،الذي يجب ان تراعى في مدده نوع الجريمة وخطورتها واهميتها فيجب ان يبلغ الاطراف خلال مدة مناسبة وفقا لمدد التبليغات الواردة في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969المعدل،او قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم(23) لسنة 1971 المعدل،مع مراعاة المدد الاضافية للمسافة والاخذ بنظر الاعتبار تواجد الشخص داخل العراق او خارجه،ونرى ضرورة تحديد تلك المدد الخاصة بالتبليغات في قانون خاص بالاجراءات الادارية المتعلقة بالدعاوى الادارية امام المحاكم الادارية،بحيث يضمن اجراء التبليغات القانونية في مددها ومواعيدها المحددة والتي نراها لاتقل عن ثلاثة ايام الى خمسة عشر يوما او ثلاثين يوما، مع مراعاة من كان خارج العراق في مضاعفة هذه المدة او اكثر،كما اننا لانجد مانعا من اعلام المدعي العام بموعد بعض المرافعات في الدعاوى المهمة او ذات الطبيعة الخاصة من خلال ارسال نسخة له من ورقة التبليغ،وهو امر متيسر وممكن للمحكمة لاسيما انه يعمل في المحكمة ذاتها ومكتبه ليس ببعيد عنها.(70)

ونرى هنا ضرورة وجود دائرة للمدعي العام في المحاكم الادارية وتتكون برئاسة مدعي عام وعدد من المدعين العامين او نواب المدعي العام ويتم توزيع العمل بينهم، وبالشكل الذي يؤمن حضور المدعي العام او نائبه في الدعاوى الادارية جميعا،او ضرورة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اطلاع المدعي العام على القضايا المهمة والقرارات المتخذة فيها،لاسيما المتعلقة بالاموال العامة او العقوبات الانضباطية الخطرة والشديدة.

وحضور المدعي العام او من ينوب عنه (نائب المدعي العام) امر ضروري ومهم ،فهو لازم وواجب في القضايا المعروضة امام محكمة قضاء الموظفين،لاسيما ذات الطبيعة الجزائية المتعلقة بالعقوبات الانضباطية بمختلف انواعها،وبالاخص الشديدة ما كالعزل والفصل وتنزيل الدرجة(71)،ونرى ضرورة النص على وجوب حضور المدعي العام فيها،ويجب الاشارة لما يثبت حضوره لجلسات المحاكمة وتدوينه في اوراق القضية،سواء كانت الاشارة بالاسم الصريح (حضر القاضي المدعي العام فلان ابن فلان ابن فلان) أو (حضر القاضي نائب المدعي العام فلان ابن فلان ابن فلا....)أو بالصفة الوظيفية(حضر المدعي العام)) أو((حضر نائب المدعي العام)،وبخلافه يكون قرار المحكمة معرض للنقض أو البطلان،او عدم الصحة والنقص؛كون الاجراءات توسم بعدم الصحة والنقص والقصورفي مثل هكذا حالات؛لأنها اهملت الاشارة لممثل الصالح العام والمجتمع، مما يجعله معرضاً للنقض من قبل المحكمة المختصة بنظر الطعن العليا المحكمة الادارية العليا(72)

وللمدعي العام او من يمثله في هذه المرحلة الحق في تقديم ما يشاء من طلبات ومطالعات الى المحكمة كطلب الاستماع لإفادة المتهم او المشتكي، أو مناقشة اي منهما عن طريق المحكمة ورئيسها، أو طلب اعادة الاستماع لإفادة اي منهما، او طلب الاستماع لإفادة احد الشهود، او جميعهم ،ومناقشته او مناقشتهم بموافقة المحكمة وعن طريقها، أوالاستعانة بالخبراء- خبير او لجنة خبراء ثلاثية او خماسية او سباعية او اكثروفقا لما تراه المحكمة مناسبا وصولا الى الحقيقية المطلوبة والقناعة المنشودة،أو مفاتحة الجهات الرسمية للحصول عل دليل وثيقة مستند معلومات تقارير،ويمكن للمدعي العام ان يطلب جعل الجلسة سرية،مع بيان المبررات والاسباب التي يستند اليها في ذلك الطلب،كما له الحق في طلب تأجيل الجلسة لوجود ما يبرر ذلك،وابداء رأيه في الطلبات المقدمة من قبل الخصوم في الدعوى الادارية تأييدا او رفضا وممانعة،ويبقى القرار في الاستجابة لذلك للمحكمة المختصة وفقا لما تراه مناسبا وموصلا للحقيقة فيها دون الزامية او وجوبية في الاخذ بوجهة نظر المدعي العام،وان كانت المحكمة تأخذ بمطالعة المدعي العام ورأيه المثبت فيها بنظر الاعتبارمتى ما وجدتها مطابقة لحكم القانون وادلة الاثبات في الدعوى.(73)

وللمدعي العام ابداء ما يشاء من اراء أو دفوع او مطالعات او طلبات كطلب الابقاء على القرار الاداري الصادربحق المدعي،او تعديله تخفيفا لاتشديدا عملا بمبدأ لايضار الطاعن بطعنه،او الغائه،عند توافر احد الاسباب الخاصة بالالغاء وهي عيوب القرار الاداري المستوجبة لالغائه او تعديله(74)، او المطالبة بتغيير او تبديل العقوبة باخرى وفقا لجسامة وشدة الواقعة المنسوبة للمخالف، او احالة وعرض المتهم او احد اطراف الدعوى على اللجان الطبية المختصة لبيان حالته الصحية والعقلية للوقوف على مدى مقدار الضرر الذي اصابه،وبالتالي الحكم بالتعويض المناسب له.(75)

وتتضمن لائحة المدعي العام او مطالعته ملخص للقضية المعروضة، ،وبيان الادلة المتوافرة فيها والطلبات الخاصة بذلك في ضوء الادلة المتوافرة في القضية، وهذا الامر لم يلحظه في مطالعات المدعي العام امام المحاكم الادارية مثلما يلحظ امام المحاكم الجزائية،بل تتم الاشارة لرقم الدعوى والمدعي فيها وهي غالبا ما تكون موجزة ومركزة بموضوع الدعوى والادلة والاسانيد التي يحتج بها مع مطالبه بالغاء القرار الاداري او تعديله او الابقاء عليه،او الزام الادارة بأمر ما،او لفت نظر المحكمة لضرورة اتخاذ اجراء معين في لدعوى الادارية كطلب الاستماع لافادة،او مخاطبة جهة معينة للحصول على اجابة منها،طلب السيرة الوظيفية للموظف،طلب خط سير الخدمة للموظف من وزارته،طلب احالة الموضوع على الخبراء أو ابداء الراي بخصوص تقرير الخبيرومقدار التعويض ومبالغ التضمين.(76)

فدوره في حماية المشروعية لقد وجدنا الادعاء العام مطالبا بالمحافظة على المشروعية القانونية من خلال الالتزام بحكم القانون وضرورة توافرها في تصرفات الادارة،سواء كانت قرارات ادارية او عقود ادارية او وقائع مادية، وسواء كانت تلك التصرفات ايجابية ام امتناعات سلبية،فيتابع ضرورة التزام الادارة بتلك المشروعية لاسيما في عناصر القرارات الادارية من حيث خلوها من العيوب والعمل على اصلاحها امام تلك المحاكم بما يمتلك من اختصاصات للمطالبة بذلك،فالادعاء العام ليس خصما حقيقيا في الدعوى

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الادارية مهما كان نوعها،ولكنه ينضم الى احد طرفي الخصومةالادارية وفقا لما يراه مناسبا ،فهو جهازقانوني قضائي اجتماعي يروم حماية المجتمع وتقويم الخطأ واصلاحا وفقا لما يراه مناسبا بمقتضى ما يمتلكه من اختصاصات قانونية منحها له القانون.اما دوره في حماية الملاءمة ان هذا الدور ينطلق من طبيعة القانون الاداري عموم، والقضاء الاداري خصوصا في تحقيق المواءمة بين المصلحة العامة التي هي غاية التشريعات بشكل عام و المصالح الخاصة للاشخاص وهذا التوازن امر مطلوب في ظل احكام القانون التي تحرص المحاكم الادارية على تطبيقها في ظل ما تملكه من سلطة تقديرية واسعة في ظل مبدأي المشروعية والملاءمة التي لاتخالف النظام العام.(77)

كما من حقه الاعتراض على قرارات اللجان الطبية الخاصة بتقدير نسب العجز والعطل في القضايا ذات العلاقة والصلة بالتعويضات وفقا لقانون تعويض المتضررين من جراء العمليات الحربية والاخطاء العسكرية والاعمال الارهابية رقم (11) لسنة 2009،وقضايا الشمول بالحماية الاجتماعية لوجود مثل هكذا تقارير طبية،اضافة لحقه في الاعتراض على قيمة المبالغ الخاصة بالتضمين،وطلب انتداب ثلاثة خبراء او خمسة أو اكثر.(78)

المطلب الثالث

دور الادعاء العام في مرحلة الطعن بالأحكام والقرارات الادارية

بعد افهام المحكمة لختام المرافعةاوالمحاكمة ممثلة برئيسها،والذي تناط به مهام ادارة الجلسة وضبطها،حفاظا على النظام والهدوء المطلوبين من اجل اتخاذ الاجراءات المناسبة والملائمة،وصولا لاصدار القرار المناسب للأطراف بختام المرافعة اوالمحاكمة في القضية التي نظرتها اصولياً وفقاً للأحكام الواردة في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل،اوقانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل،يصدر الحكم او القرار بصورة علنيا وجاهيا اذا ما كانوا حاضرين او تخلفوا عن بعض الجلسات،او غيابيا بحق الاطراف المتغيبين،وسواء كان الحكم الصادر في القضية بالغاء القرار الاداري او او تعديله او رد الدعوى، وبالتالي ينتهي دور محكمة الموضوع وتخرج القضية بصدور الحكم او القرار من نطاق اجراءاتها،ولا يجوز لها اجراء اي تعديل او تغيير على الحكم الصادر،الا في حالة وجود مادي كالخطأ الطباعي الذي لا يؤثر في مضمون الحكم وجوهره،وهذا التعديل يدون بحاشية القرار وفقا لاجراءات جديدة يتقدم بها المدعي طالب تصحيح الخطأ المادي او الادعاء العام بعد اكتشافه ذلك بعد تدقيق منطوق الحكم مع اوليات الدعوى واوراقها او ملفها،وبالتالي يكون للادعاء العام كممثل لمصلحة المجتمع الطعن به وفقا لما يراه مناسباً.(79)

وان دور المدعي العام في هذه المرحلة يختلف بروزا باختلاف طريقة الطعن المستخدمة .

ففي طريقة الاعتراض على الحكم الغيابي لا يكاد يكون له دور يذكر، كون تلك الاجراءات التي جرت وتم اتخاذ قرار الحكم الغيابي فيها تمت بحضوره وعلمه،وان كانت غيابية بحق المدعي او المدعى عليه،فمن حقه الطعن بالحكم الصادر كأي طرف من الاطراف امام محكمة الطعن المختصة(المحكمة الادارية العليا).(80)

اما دوره في تصحيح القرار التمييزي فهو لايمتلك الحق للطعن بهذه الطريقة كأي جهة اخرى؛لان قرارات المحكمة الادارية العليا لاتقبل الطعن بطريق التصحيح التمييزي،وان كان البعض يرى خلاف ذلك لاحتمالية وقوع الخطأ القانوني من قبل هذه المحكمة،فيكون بامكانها تصحيح الخطأ الذي وقعت به لاي سبب كان،وفقا للنصوص القانونية الواردة في قانون المرافعات المدنية وقانون أصول المحاكمات الجزائية القانون الحق في طلب تصحيح القرار التمييزي الصادر من المحكمة الادارية العليا،لاسيما وان القانون قد وضعه في مقدمة الجهات والاطراف التي يحق لها الطعن بطريقة تصحيح القرار التمييزي، وهذا ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (266) من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ، وعلى يتم ذلك خلال المدة التي حددها القانون وهي ثلاثون يوماً من تاريخ تبليغ المحكوم عليه بالقرار التمييزي او من تاريخ وصول اوراق الدعوى من المحكمة الادارية العليا الى محكمة الموضوع في الاحوال الاخرى.(81)

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ويقدم الطلب من قبل الادعاء العام مباشرة الى المحكمة الادارية العليا مباشرة او بواسطة المحكمة التي اصدرت الحكم. في المادة (267) من قانون اصول المحاكمات الجزائية النافذ .

اما دور الادعاء العام في الطعن بطريقة اعادة المحاكمة، فيقدم طلب اعادة المحاكمة اليه من قبل المحكوم عليه او من يمثله قانونا واذا كان المحكوم عليه متوفيا فمن قبل احد ورثته زوجته او احد اقاربه،فتقام دعوى اعادة المحكمة من قبل احد الورثة اضافة للتركة فيقوم بتدقيق صحة الاسباب التي يتم الاستناد اليها من قبل مقدم الطلب في طلبه،ويدقق اوراق الدعوى،ثم يقدم مطالعته ولائحته مع الاوراق الخاصة بالدعوى امام المحكمة المختصة موضوعا.(82)

والدور الابرز للادعام العام يظهر في طريقة الطعن تمييزاً من خلال تقديم اللوائح التمييزية الى الجهة المختصة بنظر الطعن - المحكمة الادارية العليا- سواء كان الطعن اذا ما وجد ان المحكمة قد خالفت حكم القانون موضوعيا او اجرائياً، مع ملحوظة مهمة ان الادعاء العام معفي من دفع الرسوم القضائي عند ممارسة حقه في الطعن،وهو امر طبيعي ومنطقي طالما انه يمارسه بأسم المجتمع تحقيقا للمصلحة العامة.(83)

اما الطعن فمن حقه ممارسة ذلك الطعن من خلال لوائح تمييزية تقدم الى المحكمة الادارية العليا مباشرة اوعن طريق محكمة الموضوع التي اصدرت الحكم (القضاء الاداري،محكمة قضاء الموظفين).(84)

فيستطيع الادعاء العام بناء على الادلة المتوافرة لديه وقناعاته القانونية التي كونها من خلال الاجراءات المرافعة والادلة المتحصلة منها ان يطلب نقض الحكم او القرار الصادر او الغاء العقوبة او تخفيفها او تشديدها او تغيير الوصف القانوني واستبداله باخر، فله ان يطلب تضمين الموظف او الغاء قرار التضمين او تعديل مبلغ التضمين او طريقة استحصاله اواستبداله التكييف القانوني للمخالفة الانضباطية المنسوبة للمدعى عليه،وله ان يطلب اعادة اتخاذ اجراء او الاشارة لاستكمال لنقص في الاجراءات التي اتخذتها المحكمة او طلب اتخاذ اجراء كونه ضروري ومؤثر في الدعوى وقراراتها كالاستماع لإفادة شاهد او انتداب خبير او احالة على الخبراء او الحصول على اجابة جهة مختصة.(85)

كما يحق له بيان الرأي والاعتراض والطعن على الاوامر الولائية التي تصدرها المحكمة في بعض الحالات التي يقدم فيها طلبات من اطراف الدعوى للشمول بذلك لوجود مصلحة وجدية وعدم امكانية تجنب الاضرار الناشئة عن تنفيذ القرارات الادارية الصادرة بحق الطرف الذي صدر بحقه الامر المطلوب شموله بالامر الولائي، على ان يبدي رأيه في الامر الولائي بالسرعة الممكنة في اليوم ذاته الذي يقدم فيه طلب الامر الولائي.(86)

اضافة الى ذلك هناك طريقة من طرق الطعن والتي يتوهم البعض انها تسري على الاحكام المدنية فقط، دون الاحكام الجزائية،وهي الطعن لمصلحة القانون،ولكننا نؤكد بان هذا الطريقة يمكن ان تسري على القرارات والاحكام الادارية الصادرة شأنها شأن القرارات والاحكام المدنية،لعدم وجود ما يمنع ذلك او يقيده من الناحية القانونية،كما ان قانون الادعاء العام النافذ نص عليه صراحة. (87)

كما ان له دور من خلال طريقة الطعن الاستثنائية والتي اوجدها القانون في الدعاوى المدنية ودعاوى الاحوال الشخصية وكذلك الدعاوى الادارية، عدا الدعاوى الجزائية، وهو طريق الطعن لمصلحة القانون،والذي نصت عليه المادة(7) من قانون الادعاء العام رقم(49) لسنة 2017،والتي جاء فيها(أولا- يتولى رئيس الادعاء العام اتخاذ الاجراءات التي تكفل تلافي خرق القانون او انتهاكه وفقا للقانون. ثانيا- اذا تبين لرئيس الادعاء العام حصول خرق للقانون في حكم او قرار صادر عن محكمة عدا المحاكم الجزائية او في اي قرار صادر عن لجنة قضائية ام من مدير عام دائرة رعاية القاصرين او مديرية رعاية القاصرين المختصة او المنفذ العدل من شأنه الاضرار بمصلحة الدولة او القاصر او اموال اي منهما او مخالفة النظام العام يتولى عندها الطعن في الحكم او القرار لمصلحة القانون رغم فوات المدة القانونية للطعن اذا لم يكن احد من ذوي العلاقة قد طعن فيه او قدم الطعن فيه ورد الطعن من الناحية الشكلية. ب- لايجوز الطعن لمصلحة القانون وفق احكام الفقرة(أ) من هذا البند إذا مضت 5 سنوات على اكتساب الحكم او القرار الدرجة القطعية....)) (88)

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحث موضوع (دور الادعاء العام في الدعوى الادارية- دراسة تطبيقية في ضوء دور المدعي العام امام محكمتي القضاء الاداري وقضاء الموظفين)، توصلنا الى مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات ويتطلب الامر منا ان نوجز اهمها تباعا في الفقرتين الاتيتين :

اولا- الاستنتاجات

الادعاء العام هو الجهة الممثلة للمجتمع ومصلحته، وبالتالي للمصلحة العامة،وهذا ما اكد عليه قانون الادعاء العام النافذ.

يتولى الادعاء العام مراقبة المشروعية بمعناها العام وبما يضمن حماية نظام الدولة وامنها القانوني.

يحضر ممثل الادعاء العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين، من بين المدعين العامين في رئاسة الادعاء العام .

ان حضور ممثل الادعاء العام امام المحاكم الادارية الزامي ووجوبي وليس اختياري من الناحية القانونية، وهذا ما نصت عليه المادة(5/خامسا)من قانون الادعاء العام رقم(49) لسنة 2017.

للادعاء العام دور كبير في الاسهام الفاعل مع المحاكم الادارية -محكمة القضاء الاداري، المحكمة الادارية العليا- في حماية المال العام لاسيما في قضايا التضمين والتعويضات.

للادعاء العام دور كبير في تأكيد وضمان تطبيق قوانين الوظيفة العامة امام محكمة قضاء الموظفين من خلال ما يقدمه من طلبات ومطالعات قانونية، تأخذها المحكمة بنظر الاعتبار في احكامها.

وجدنا ان حضور ممثل الادعاء العام امام المحاكم الادارية يتمثل بالمدعي العام حصرا، ولا وجود لنواب المدعين العامين أطلاقا، وهو المدعي العام ذاته امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين.

ان حضور المدعي العام امام المحاكم الادارية لا يشترط فيه الحضور الفعلي والدائم في قاعة المحكمة امام المحكمتين، بل قد تتم احالة بعض الدعاوى على المدعي العام دون ان يكون حاضرا في قاعة المحكمة.

نرى ضرورة اطلاع المدعي العام امام المحكمة الادارية في حالة عدم حضوره امام المحكمة على القرارات المتخذة منها خلال ثلاثة ايام من تأريخ اصدارها، ليبدي رأيه فيها وذلك قياسا على اطلاعه على قرارات محكمة التحقيق خلال تلك المدة ليمارس دوره واختصاصه وفق قانون الادعاء العام.

تبين لنا ان محكمة قضاء الموظفين تشير للاسم الصريح للمدعي العام الحاضر امامها في محضر جلسة المرافعة مع توقيعه عليها، في حين تكتفي بالاشارة للصفة الوظيفية في عدد من قراراتها،لاسيما الجزائية المتعلقة بالعقوبات الانضباطية.

توصلنا الى ان محكمة القضاء الاداري لاتشير للاسم الصريح للمدعي العام في محضر جلسة المرافعة أو المحاكمة في حالة حضوره امامها وان كان حضوره امامها قليل جدا، في حين تكتفي بالاشارة للصفة الوظيفية لممثل الادعاءالعام(المدعي العام،نائب المدعي العام) في عدد من قراراتها،لاسيما عندما تقرر احالة الدعوى على ممثل الادعاء العام لغرض دراستها وابداء الرأي فيها وفقا لما يراه مناسبا وفقا للقانون.

يبدي ممثل الادعاء العام رأيه في موضوع الدعوى وفقا لما يراه مناسبا تأييدا او رفضا للقرار المطعون به، أو تعديلا بمطالعة قانونية تأخذ رقما وتأريخا محددين وفقا لرقم الدعوى التي ابدى فيها الرأي.

الاساس القانوني الذي يستند اليه حضور ممثل الادعاء العام هو الاحكام القانونية الواردة في البند(خامسا) من المادة (5) من قانون الادعاء العام رقم (49) لسنة 2017.

وجود ممثل واحد لجهاز لادعاء العام امام محكمتي القضاء الاداري وقضاء الموظفين من بين القضاة المدعين العامين من الصنف الاول او الثاني.

عدم كفاية وجود ممثل واحد للادعاء العام امام المحاكم الادارية، قياسا باعداد الدعاوى المنظورة امامها والتي تصل الى الالاف

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

سنويا.

ان تنسيب عضو الادعاء العام امام المحاكم الادارية يتم من قبل رئيس جهاز الادعاء العام بعد موافقة رئيس مجلس القضاء الاعلى على ذلك التنسيب.

ان حضور ممثل الادعاء العام امام محكمة قضاء الموظفين في اقضايا الجزائية المتعلقة بالعقوبات الانضباطية الزامي، وتحال جميع الدعاوى عليه لبيان رأيه فيها وفقا للقانون.

ان رأي المدعي العام في القضية المنظورة امام المحكمة يتم من خلال طريقتين هما- :

أ- مباشرة بحضوره وابداء ما يرغب بطرحة، ثم يعززه بمطالعة خاصة ترفق مع اوليات الدعوى.

ب-غير مباشرة عندما لا يحضر ممثل الادعاء العام اجراءات المرافعة او المحاكمة، ولكن يحال ملف الدعوى على ممثل الادعاء العام للتدقيق بناء على رأي وقرار المحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب احد الاطراف فيها وقبول المحكمة لذلك الطلب فيتولى تدقيق الملف بنفسه، ويقوم بعد تدقيق ملف الدعوى واوراق القضية بتقديم مطالعة برقم الدعوى وتأريخ المطالعة وتتضمن ملخص للدعوى والادلة المتوافرة فيها مع بيان وجهة نظره القانونية فيها وطلبات المدعي العام.

ان رأي المدعى العام قد يتطابق مع وجهة نظر المحكمة وتكييفها للواقعة وما تكون لديها من قناعة قضائية في ضوء الادلة المتوافرة فيها، وقد يختلف مع قناعة المحكمة ورأيها وحكمها في الدعوى المنظورة وهذا الامر طبيعي في ضوء فهم الادلة وتكوين القناعة.

ان حضور المدعي العام امام المحاكم الادارية لا يعني حضوره المستمر والدائم في الدعوى الادارية من بدايتها حتى انتهائها، بل بإمكانه الترخص من محكمة الموضوع وفقا لمقتضيات الضرورة

15-نرى ضرورة ان يكون حضور الادعاء العام وجوبي والزامي سواء امام محكمة القضاء الاداري لاسيما في الدعاوى المتعلقة بالأموال العامة كقضايا التضمين، وقضايا التعويضات وفقا لقانون تعويض المتضررين من جراء العمليات الحربية والاخطاء العسكرية والعمليات الارهابية وقضايا الاستثمار.

ان الادعاء العام امام المحاكم الادارية يمتاز بالاستقلالية في اداء مهامه الوظيفية عن المحكمة الادارية، وعن باقي السلطات الاخرى تشريعية وتنفيذية وقضائية.

ان الادعاء العام امام المحاكم الادارية يمتاز بوحدة الوظيفة الخاصة بتمثيل الادعاء العام، فلا يوجد مانع من تمثيل الادعاء العام في الدعوى الادارية الواحدة اكثر من مدعي عام،وان كنا نفضل مواكبتها من قبل المدعي العام من بدايتها حتى نهايتها،وان كان الواقع العملي الحال يشير الى وجود مدعي عام واحد امام المحاكم الادارية،وهو امر نراه يحتاج مراجعة واعادة نظر وتخصيص مدعي عام او اكثر لكل محكمة.

ان الادعاء العام امام المحاكم الادارية غير مسؤول عما يقوم به من اعمال وما يبديه من اراء وطلبات وما يقدمه من مطالعات تمثل ممارسة مهنيةلوظيفته القانونية وفقا للاختصاصات التي يمتلكها استنادا لقانون الادعاء العام والقوانين الاخرى، الا اذا وقع منه خطأ مهنيا جسيما.

لايجوز للمحكمة الادارية ان توجه اللوم او التعنيف او التوجيه للادعاء العام عند ممارسته لمهام وظيفته امامها، فلا يؤنب لانه طلب تصديق قرار العقوبة الصادر بحق المدعي،او يوجه لان له رأي يخالف قناعة المحكمة في الدعوى الادارية، ولا يلام لانه طلب

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

انتداب خبير او اكثرفي الدعوى.

يحق لعضو الادعاء العام ان يطلب اتخاذ اي اجراء من خلال المحكمة الادارية يراه مناسبا في الوصول الى الحقيقة واظهارها طالما كان ممكنا ومشروعا، كطلب مفاتحة الجهة الادارية للحصول على اوليات، الزام المدعى عليه بتقديم اوليات الموضوع والاجابة على اسئلته، طلب انتداب خبير، الاستماع لشهادة شاهد، طلب تأجيل الدعوى... إلخ.

ان ارتباط ممثل عضو الادعاء العام امام المحاكم الادارية يبقى بجهاز الادعاء العام من الناحية الوظيفية، كما ان ترقيته وحقوقه الوظيفية تكون من خلال رئاسة جهاز الادعاء العام.

ان حصول اي مخالفة من قبل الادعاء العام تتم معالجتها من خلال تقديم رئاسة المحكمة لمطالعة لرئيس مجلس الدولة ليقوم بدوره بمفاتحة رئاسة الادعاء العام لغرض اتخاذ الاجراءات القانونية بحقه، او تطلب استبداله بممثل غيره،وهذا مالم يحصل من الناحية الواقعية وفقا لم اطلعنا عليه ودققناه.

للادعاء العام مركز قانوني في الدعوى الادارية امام المحاكم الادارية يمثل الخصومة الحقيقية فيها، فيكون خصما حقيقيا من خلال تمثيله الحق العام فيها عندما تكون الدولة طرفا فيها،ويكون خصما لجانب الممثل القانوني للدائرة المعنية.

نرى ان مركز الادعاء العام في الدعوى الادارية يكون طرفا من اطراف الدعوى، لكنه طرف محايد وموضوعي له خصوصيته،فهو يعمل من اجل تطبيق وحماية المشروعية؛لانه يمثل المصلحة العامة ومصلحة المجتمع.،ولكن ذلك لايعني انه ممثل للادارة وتابع لها ويدافع عنها في كل الاحوال كما يراه البعض،بل هويدافع ويحمي المشروعية اينما كانت ومع من كانت الادارة او الخصوم.

ان طبيعة عمل الادعاء العام امام المحاكم الادارية هي طبيعة قضائي؛ كون جهاز الادعاء العام جزء ومكون من مكونات السلطة القضائية الاتحادية.

من الصعوبة تحديد احكام وقواعد موحدة تنطبق على عمل المدعي العام امام المحاكم الادارية تماثل تلك المعمول بها امام المحاكم الجزائية لاختلاف طبيعة كلا الدعويين ومراحلهما.

يلزم المدعي العام امام المحاكم الادارية التصدى لكل ما يدفع به المدعي او المعترض لغرض التخلص من المسؤولية الادارية وما يترتب عليها من نتائج، اذا وجده يخالف حكم القانون، ويتعارض مع الادلة المتوافرة في الدعوى الادارية

ان الموقف الانسب لجهاز الادعاء العام ان يتمتع باستقلالية عن السلطات كافة، فهو يتمتع بالاستقلية عن السلطة التنفيذية دون ان يكون ندا لها،وعن السلطة القضائية دون ان يكون خصما لها، وعن السلطة التشريعية دون ان يكون ختضعا او تابعا لها.

على ممثل الادعاء العام ان يطلع المحكمة على كل دليل اثبات او نفي تحصل عليه في الدعوى الادارية، ولايجوز له اخفائه.

تطبق الاحكام الخاصة برد المدعي العام والشكوى منه وتنحيه والواردة في قانون المرافعات المدنية كمبادئ قانونية عامة؛ كونه القانون الاجرائي الواجب التطبيق لعدم وجود قانون اجرائي خاص بالدعاوى الادارية امام القضاء الاداري.

تطبق الاحكام الخاصة بمساءلة عضو الادعاء العام انضباطيا والمنصوص عليها في قانون التنظيم القضائي من خلال لجنة تأديب شؤون القضاة والادعاء العام رقم (160) لسنة 1979.

لامسؤولية قانونية على المدعي العام اذا ما مارس دوره القانوني في الدعوى الادارية كما رسمه له قانون الادعاء العام النافذ،سواء طلب رد الدعوى او المصادقة على الامر الاداري المعترض عليه،او الغاء الامر الاداري المعترض عليه.

نرى ان يمارس الادعاء العامصلاحية واختصاص طرق الطعن المنصوص عليها في القوانين الاجرائية العامة والخاصة، فيمارس طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية كالتمييز والاعتراض على الحكم الغيابي، واعادة المحاكمة،وكذلك المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية،وقانون الادعاء العام النافذ.

لم نجد تطبيقات قضائية تشير الى ممارسة عضو الادعاء العام امام المحاكم الادارية (محكمة القضاء الاداري،محكمة قضاء

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الموظفين) لطرق الطعن امام المحكمة الادارية ذاتها أوامام المحكمة الادارية العليا .

من حق الادعاء العام ممارسة طريقة الطعن الخاصة من خلال الطعن لمصلحة القانون في القرارات التي تصدر في الدعوى الادارية، لعدم وجود مانع قانوني من ممارسته كما نرى.

لايمكن للادعاء العام ممارسة طريقة الطعن عن طريق طلب تصحيح القرار التمييزي، لعدم وجود مثل هكذا طريق للطعن امام المحكمة الادارية العليا، كونها الجهة التي تنظر في الطعن التمييزي،فهي تمثل الهيئة العامة التي لايجوز الطعن بقراراتها.

يمكن ممارسة الطعن عن طريق تصحيح القرار التمييزي الصادر من المحكمة الادارية العليا اذا ما تم تشكيلها من هيئات تمييزية متخصصة، وهذا الامريتطلب تدخلا تشريعيا في قانون مجلس الدولة بهذا الخصوص.

ثانيا- المقترحات

نقترح ان يكون هناك تشكيل كامل لجهاز الادعاء الادعاء العام امام المحاكم الادارية في مجلس الدولة، وبشكل مستقل ومنفرد امام كل محكمة منهما (محكمة القضاء الاداري، محكمة قضاء الموظفين).

ندعو الى ان يكون هناك تشكيل او دائرة لجهاز الادعاء العام امام محكمة القضاء الاداري وتتكون تلك الدائرة من مدعي عام او اكثر ونائب مدعي عام او اكثر، وعدد من الموظفين المختصين (قانونيين،اداريين، فنيين خدميين(،ليكون هناك تمثيل حقيقي امام كل محكمة من المحاكم الادارية وفي كل دعوى من الدعاوى الادارية المنظورة امامها،لاسيما المتعلقة بالاموال العامة،والتي تكون الدولة طرفا فيها .

ضرورة اطلاع المدعي العام في حالة عدم حضوره امام المحاكم الادارية على القرارات المتخذة من المحاكم الادارية (القضاء الاداري، قضاء الموظفين) خلال ثلاثة ايام من تأريخ اتخاذها ليمارس اختصاصه القانوني بخصوصها.

إمكانية العمل بنظام المدعي العام البديل امام المحكمتين) محكمة القضاء الاداري، محكمة قضاء الموظفين)،وهذا الامر لايمكن تطبيقه مالم يكن هناك اكثر من ممثل للادعاء العام وباشراف مكتب او دائرة الادعاء العام امام محاكم مجلس الدولة.

نقترح استحداث قسم في مكتب الادعاء العام برئاسة مدعي عام او نائب مدعي عام أو أكثر امام مجلس الدولة يتولى تمثيل الادعاء العام امام محكمة القضاء الاداري.

وجود قسم في مكتب الادعاء العام برئاسة مدعي عام او نائب مدعي عام امام مجلس الدولة يتولى تمثيل الادعاء العام امام محكمة قضاء الموظفين.

نقترح ان يكون هناك قسم في مكتب الادعاء العام يتكون من مدعي عام او اكثر أو نائب مدعي عام أو اكثر امام مجلس الدولة يتولى موضوع الطعن بالاحكام الصادر من محكمة القضاء الادري ومحكمة قضاء الموظفينامام المحكمة الادارية العليا، ويمثله مدعي عام او اكثر وفقا للقانون.

أهمية ووجوبية وجود كادر اداري وفني وخدمي مناسب وكافي يعمل في مكتب المدعي العام يكون تحت اشرافه ورقابته، على ان يكونوا موظفين اومنسبين من الكادر الوظيفي في جهاز الادعاء العام.

ضرورة ان تكون مساءلة عضو الادعاء العام امام رئيس جهاز الادعاء العام حصرا؛ كونه جهاز يتمتع بالاستقلالية ويمارس اختصاصاته وفقا لقانون الادعاء العام،وذلك من خلال لجنة خاصة يتم النص على تشكيلها في قانون الادعاء العام بنص صريح في احكامه على غرار لجنة تأديب القضاة الواردة في قانون التنظيم القضائي.

يمكن تنظيم عمل الادعاء العام امام المحاكم الادارية بتعليمات او ضوابط أو اعمامات يصدرها رئيس جهاز الادعاء العام او مجلس القضاء الاعلى، على ان يتم فيها مراعاة ما سبق ذكره.

الهوامش

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

1. أن البحث في الاصل التاريخي لجهاز الادعاء العام يشير الى اراء عدة طرحت بصدد نشأته التاريخية،فمنهم من يراه روماني الاصل، ومنهم من يجعله فرعوني النشأة ،ومنهم من يرى ان العراق كان الاصل والمنبع لجهاز الادعاء العام، في حين يراه اخرون فرنسي التأصيل، كما ان البعض يعود به للعصر الاسلامي لوجود تشابه وتقارب بين وظائف هذا جهاز ووظائف اخرى وجدت في العصر الاسلامي،وبغض النظر عن تلك الاراء فهو جهاز قديم كفكرة حديث كمؤسسة لمزيد من التفاصيل ينظرأز عبدالامير العكيلي ود سليم ابراهيم حربة،شرح ثانون أصول المحاكمات الجزائية،ج1، مطابع وزارة التعليم العالي، 1982،ص39-50.محمد معروف عبدالله،رقابة الادعاء العام على الشرعية-دراسة مقارنة،مطبعة المعارف ،بغداد،1981،ص86.د. محمود محمود مصطفى،تطور قانون الاجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية،ط1، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر،القاهرة،1990،ص32.عصام عبدالرحمن الشيخ طه،المركز القانوني للادعاء العام العسكري في العراق،رسالة ماجستير،1983،ص134.
2. ينظر عبدالفتاح محمود سمير،النيابة العامة،منشأة المعارف، الاسكندرية،1986، ص16-45.
3. ينظر قانون الادعاء العام رقم)159) لسنة 1979 الملغي،وقانون الادعاء العام رقم(49) لسنة2017
4. إن بداية نشأة جهاز الادعاء في العراق ظهرت في قانون أصول المحاكمات الجزائية العثماني ، الذي كان يطبق في العراق كونه خاضعا للإمبراطورية العثمانية،والذي نص على اعتماد نظام النائب العمومي والمستنطقين (المحققين)وكان المدعي العمومي يعد ممثلاً للسلطان وهو مكلف بحماية الحقوق العامة في القضايا الجنائية ويرتبط بوزارة العدل (العدلية)ويتم تعينه وعزله (بإرادة سلطانيه)بناء على اقتراح وزيرالعدل وتعد النشأة الفعلية لهذا الجهاز بصدور قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي الملغي الذي صدر عام 1918 وبدأ تطبيقه عام 1919 قد عرف وظيفة)النائب العمومي(واستمر العمل بها حتى عام 1925؛إذ ألغيت هذه الوظيفة وانيطت بضباط التحقيق من رجال الشرطة،وفي عام 1926 استحدثت مرة أخرى باسم)المدعي العام(وعين مدعي عام في كل من) بغداد ، البصرة ، الحلة ، ديالى (لمتابعه الجنايات والجنح وقد تقدم نظام الادعاء العام خطوة هامه بصدور ذيل قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي رقم (42) لسنه 1931 فنص على تشكيل دائرة مختصة تسمى (دائرة الادعاء العام) فترسخت فكره الادعاء العام وبدأت مؤسساته وأجهزته بالعمل منذ ذلك الحين وفي عام 1971 صدر قانون أصول المحاكمات الجزائية النافذ وتناول بالتنظيم هذا الجهاز في المواد (30-38)ـــ منه كما كان لصدور قانون السلطة القضائية رقم (33) لسنه 1976 ، وقانون السلطة القضائية رقم (160) لسنه 1979 وقانون الادعاء العام رقم (159) لسنه 1979 أهميةكبيرة في بيان تشكيل هذا الجهاز واليات عمله ، واختصاصاته والجهات التي تتولى الإشراف والرقابة والتوجيه على إعماله .

وبعد عام 2003 شهدت السلطة القضائية تطورات كبيرة تمثلت بالفصل بين وزارة العدل ومجلس القضاء الاعلى، وأصبح هذا الاخير المسؤول و المشرف والمراقب لأعمال السلطة القضائية، ومن بينها جهاز الادعاء العام.

وفي عام 2006 صدر القانون رقم (10) لسنة 2006 والمتعلق بتعديل قانون الادعاء العام رقم (159) لسنه 1979 والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد (4028) في 13/ت2006/2 والذي عد أعضاء الادعاء العام المستمرون في الخدمة قضاة وفق الدرجات والصنوف والاقدمية والمناصب التي هم عليها عند صدور هذا القانون وتسرى عليهم الإحكام التي تسرى على القضاة ويتمتعون بجميع حقوق القضاة وامتياز اتهم) ،ومؤخرا قد صدر قانون الادعاء العام الجديد رقم)49) لسنة 2017والذي نشر في جريدة الوقائع العراقية العدد(4437) في(2017/3/6)،واصبح نافذا من تاريخ النشر لمزيد من التفاصيل ينظرد. ضياء عبدالله عبود، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية، القيت على طلبة الدراسات الاولية في جامعة كربلاء-كلية القانون،2014-2022،ص30-60.

5. طعن مجلس القضاء الاعلى بدستورية عدد من مواد قانون الادعاء العام رقم (49) لسنة 2017 امام المحكمةالاتحادية العليا والتي اصدرت قرارها المرقم112/اتحادية/2021 بعدم دستورية عدد من المواد منها (عبارة يتمتع بالاستقلال المالي والاداري) الواردة في البند (اولا) من المادة(1)وعدم دستورية البند(ثانيا) من المادة((1)،وعبارة (ومعاونو

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الادعاء العام) الواردة في البند(اولا) من المادة(3)،وعدم دستورية عبارة (ولمدة اربع سنوات)،وعدم دستورية وعبارة (ويجوز التجديد لمرة واحدة بناء على اقتراح من رئيس مجلس القضاء الاعلى وموافقة مجلس النواب الواردة في البند(اولا) من المادة(4)،وعدم دستورية عبارة (لمدة اربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة في البند(ثانيا) من المادة(4)،وعدم دستورية عبارة او من المحامين او الحقوقيين الذين لم تتجاوز اعمارهم خمسين سنة ولهم خبرة في مجال عملهم ولمدة لاتقل عن 10 عشر سنوات الواردة في البند ثالثا من المادة)4)،وعدم دستورية البند سابعا/ا و2 و3 ومن المادة(4)وعدم دستورية البنود الثاني عشر والثالث عشر والرابع عشر من المادة(5)،وعدم دستورية عبارة(والى مجلس النواب) الواردة في البند(ثانيا (من المادة(13).لمزيد من التفاصيل ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد(112/اتحادية/2021 منشور على موقع المحكمة في الشبكة الدولية للمعلومات/الانترنت.

6. صدر قانون الادعاء العام الجديد ونشر في جريدة الوقائع العراقية (الجريدة الرسمية لجمهورية العراق الاتحادية) بالعدد(4437) في (6/ اذار/2027)،والغي بموجب المادة(17) منه قانون الادعاء القديم رقم(159) لسنة 1979،وأصبح نافذا من تأريخ نشره بالجريدة الرسمية.
7. لمزيد من التفاصيل ينظر نص المادة (5) من القانون والتي حددت مهام الادعام العام بشكل واضح وصريح، وقد جاء في البند (خامسا) منها ما يأتي(الحضور امام محكمة العمل.... ومحاكم قضاء الموظفين وحاكم القضاء الاداري ولجان الانضباط... أو مجلس ذي طابع قضائي جزائي)، كما نص البند (سادسا) منها على (الحضور في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفا فيها او متعلقة بالحقوق المدنية الناشئة للدولة عن الدعاوى الجزائية وبيان اقواله ومطالعاته ومراجعة طرق الطعن...).
8. وتنص المادة(13) من قانون الادعاء العام على صلاحيات الرقابة والاشراف والتوجيه لرئيس جهاز الادعاء العام على جميع اعضائه من حيث التصرفات والسلوك الشخصي وانتظام الاعمال والدوام والتزاماتهم المنصوص عليها في هذا القانون،كما منح القانون رئيس هيئة الاشراف القضائي القيام بمهام التفتيش للجهاز بكافة تشكيلاته، او ينيب احد اعضاء الهيئة للقيام بذلك ويرفع تقرير الى رئيس جهاز الادعاء العام ومجلس القضاء الاعلى ومجلس النواب، كما منحت المادة(14) من القانون رئيس الجهاز حق تنبيه عضو الادعاء العام الى كل ما يقع منه من مخالفات لواجباته ومقتضيات وظيفته. ينظر نص المادة (58) من قانون التنظيم القضائي رقم(160) لسنة 1979.
9. لقد كان جهاز الادعاء العام سابقا ووفقا لنص المادة (25/ أولا) من قانون الادعاء العام رقم (159) لسنة 1979 (الملغي) يتكون من-:

1- رئيس الادعاء العام

2- نائبين لرئيس الادعاء العام

3- مدعي عام أو أكثر في كل محكمه جنايات

4- مدعين عامين في رئاسة الادعاء العام

5- نواب المدعي العام

10. ينص البند(ثانيا) من المادة (91) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 على (ترشيح رئيس واعضاء محكمة التمييز الاتحادية ورئيس جهاز الادعاء العام ورئيس هيئة الاشراف القضائي وعرضها على مجلس النواب للموافقة على تعيينهم).
11. الامر المستغرب ان قانون الادعاء العام رقم (49) لسنة 2017، لم يمنح رئيس جهاز الادعاء العام الحق في اصدار التعليمات بشكل مباشربخصوص تسهيل تنفيذ احكامه،بل منحها الى مجلس القضاء الاعلى فقد نصت المادة(16) من

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

القانون على ما يأتي(لمجلس القضاء الاعلى أصدار التعليمات لتسهيل تنفيذ احكام هذا القانون).

12. د. رؤوف عبيد،مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة،1985،ص16-50.
13. تنص المادة(199/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائير رقم(23) لسنة 1971 المعدل على (لرئيس جهاز الادعاء العام ان يطلب من محكمة التمييز وقف اجراءات التحقيق او المحاكمة مؤقتا او نهائيا في أي حالة كانت عليه الدعوى حتى صدور القرار فيها اذا وجد سبب يبرر ذلك)، كما نصت المادة(7/ثالثا) من قانون الادعاء العام رقم(49) لسنة 2017 على(لرئيس جهاز الادعاء العام ان يطلب من محكمة التمييز الاتحادية وقف اجراءات التحقيق والمحاكمة مؤقتا او نهائيا في اي حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور القرار فيها اذا وجد سببا يبرر ذلك على وفق احكام قانون أصول المحاكمات الجزائية).
14. تنص المادة (58) من قانون التنظيم القضائي رقم(160) لسنة 1979 على (تصدر لجنة شؤون القضاة المشكلة بموجب قانون مجلس القضاء الاعلى في الدعاوى الانضباطية المقامة على القاضي احدى العقوبات الانضباطية الاتية أولا- الانذار.... ثانيا- تأخير الترفيع او العلاوة او كليهما .... ثالثا- انهاء الخدمة.....). وتنص المادة (3/ثاني عشر) من قانون مجلس القضاء الاعلى رقم(45) لسنة 2017 على(يتولى مجلس القضاء الاعلى المهام الاتية:- تأليف لجنة شؤون القضاة وفقا للقانون).
15. لمزيد من التفاصيل ينظر البند(ثانيا) من المادة (4) من قانون الادعاء العام رقم(49) لسنة2017.
16. ينظر نص البند(رابعا) من المادة (4) من قانون الادعاء العام ذاته.
17. ينظر نص البند(خامسا) من المادة (4) من قانون الادعاء العام ذاته.
18. ينظر نص البند(سادسا) من المادة (4) من قانون الادعاء العام ذاته.
19. ينظر نص البند(ثالثا) من المادة (4) من قانون الادعاء العام ذاته، ومما تجدر الاشارة اليه ان المحكمة الاتحادية العليا حكمت بعدم دستورية ما ورد في عبارة او من المحامين او الحقوقيين الذين لم تتجاوز اعمارهم خمسين سنة ولهم خبرة في مجال عملهم ولمدة لاتقل عن 10 عشر سنوات الواردة في البند ثالثا من المادة(4) بقرارها بالرقم.
20. ينظر المادة(5/ثامنا) وكذلك البند (حادي عشر)من قانون الادعاء العام رقم(49) لسنة 2017.
21. ينظر فهمي محمود شكري، موسوعة القضاء البريطاني، سلسلة الكتب القانونية، مكتبة دار الثقافة للطباعة والتوزيع، الاردن- عمان،2004،ص29-31.د. مغاوري محمد شاهين،المساءلة التاديبية،عالم الكتب القانونية،القاهرة، 1984،ص33-75.د. محمد ماهر ابو العينين،قضاء التأديب في الوظيفة العامة والدفوع التاديبية،ط16،دار النهضة العربية، القاهرة،2014،ص52-77.سعد نواف العنزي،الضمانات الاجرائية في التأديب- دراسة مقارنة،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية،2007،ص13-98.
22. تجدر الاشارة هنا ان العديد من المراسيم الجمهورية صدرت بانهاء خدمة عدد من نواب المدعين العامين لعدم اهليتهم للاستمرار في الخدمة القضائية،استنادا لاحكام البند(سابعا) من المادة(73) من الدستور والبند(اولا) من المادة (7) والبند(ثالثا) من المادة(58) من قانون التنظيم القضائي رقم(160) لسنة 1979 وبناء على ما عرضه رئيس مجلس القضاء الاعلى.لمزيد من التفاصيل ينظرالمرسوم الجمهوري رقم(111) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(4329) في 2014/7/21، والمرسوم الجمهوري رقم(1) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(4349) في 2015/1/26،والمرسوم الجمهوري رقم(8) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد(4355) في 2015/3/9)،وينظر ايضا عبدالقادر الشيخلي، القانون التأديبي وعلاقته بالقانون الاداري والجنائي،ط1،دار الفرقان، عمان،1983،ص84-116.نوفان العقيل العجارمة،سلطة تأديب الموظف العام،ط1،دار الثقافة،عمان- الادرن،2007،ص66-85.د. على جمعة محارب،التاديب في ابوظيفة العامة،اطروحة دكتوراه،كلية الحقوق- جامعة القاهرة،1986،ص125-234.خالد

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

خليل الطاهر، احكام تاديب الموظفين في المملكة العربية السعودية،1426هـ، ص33-89.

23. ينظر نص المادتين (60-61) من قانون التنظيم القضائي رقم(160) لسنة 1979.

24. تنص المادة (62) من قانون التنظيم القضائي على (لرئيس مجلس القضاء الاعلى ورئيس الادعاء العام والقاضي حق الطعن لدى الهيئة الموسعة في محكمة التمييز بقرار لجنة شؤون القضاة الصادر وفق احكام هذا القانون خلال ثلاثين يوما من تأريخ التبليغ به.... ويكون قرارها في هذا الشأن نهائيا).

25. ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها (ان رئاسة .... لاعضاء الادعاء العام هي رئاسة ادارية بحتة لايترتب عليها اي اثر قانوني) لمزيد من التفاصيل ينظروسام محمد امين، ركن العدالة- دراسة مقارنة في دور الادعاء العام في التشريع العراقي،ط2005،1،بغداد،2005،ص33.

وقد تم التصويت من قبل مجلس النواب على مرشح مجلس القضاء الاعلى لمنصب رئيس جهاز الادعاء العام،ومرشح مجلس القضاء الاعلى لمنصب رئيس هيئة الاشراف القضائي من قبل مجلس النواب بالموافقة،وقد صدر المرسومان الجمهوريان بتعيينهما أصالة في هذين المنصبين بالعددين(94،93) في (2023/11/26)،والمنشورين في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4750) في 2023/12/4 ،وقد اديا اليمين القانونية امام رئيس السلطة القضائية رئيس مجلس القضاء الاعلى في 27/ 2023/11.وينظر د. ضاري خليل محمود، النظام القانوني للادعاء العام في العراق، بغداد،1990،ص23-45.

26. لمزيد من التفاصيل بخصوص رأي المدعي العام في موضوع الدعوى الادارية ينظر مطالعة المدعي العام في الدعوى الادارية امام محكمة القضاء الاداري بالرقم (3263/ق/2022) في (2023/4/9)، والتي ابدى فيه رأيه بمطالعته المؤرخة في 2023/4/16) بتأييد قرار الادارة بتضمين الموظف(....لما تقدم يتبين ان القرار محل الطعن جاء موافقا للقانون،...كما أن قرارالسيد قاضي محكمة التحقيق المتخصصة بالنظر في قضايا النزاهة في الرصافة والمؤرخ في 2016/9/29 والمكتسب الدرجة القطعية بتصديقه تمييزا بقرار محكمة الجنايات المختصة بقضايا النزاهة في الرصافة/الهيئة الاولى /بصفتها التمييزية بالعدد/1035/ت2016/1 في 2016/11/9 والمتضمن الافراج عن المدعي بصفته متهم وفق المادة(340) من قانون العقوبات فهو لايمنع من تضمينه لان القرار صدر لعدم كفاية الادلة للاحالة الى محكمة الجنايات للمحاكمة، فهو لايلغي العقوبة الادارية التي تأسس عليها قرار التضمين...)(القرار والمطالعة غير منشورين)،ومن مهام الادعاء العام الواردة في القانون رقم(49) لسنة 2017،مايأتي:- .....5- الحضورامام محاكم العمل ولجنة شؤون القضاة ولجنة شؤون الادعاء العام ومحاكم قضاء الموظفين ومحاكم القضاء الاداري ولجان الانضباط .... 6- الحضور في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفا فيها او متعلقة بالحقوق المدنية الناشئة عن الدعاوى الجزائية....8- النظر في شكاوى المواطنين المقدمة اليه من ذوي العلاقة.....9- رقابة وتفتيش المواقف واقسام دائرة الاصلاح العراقية ودائرة اصلاح الاحداث ...9- تقديم الطلبات وابداء الراي في قضايا التعهد بحفظ السلام وحسن السلوك واعادة 10-المحاكمة والانابة القضائية وتسليم المجرمين .11- الطعن بعدم دستورية القوانين والانظمة امام المحكمة الاتحادية العليا.12- التحقيق في جرائم الفساد الاداري والمالي وكافة الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات.

27. تنص المادة(7/اولا) من قانون مجلس الدولة رقم(65) لسنة 1979 المعدل على (تشكل محكمة للقضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين برئاسة نائب الرئيس لشؤون القضاء الاداري وعضوين من المستشارين او المستشارين المساعدين في المناطق الاتية:- أ- المنطقة الشمالية وتشمل محافظات نينوى وكركوك وصلاح الدين ويكون مركزها في مدينة الموصل.ب- منطقة الوسط وتشمل محافظات بغداد والانبار وديالى وواسط ويكون مركزها في مدينة بغداد، ج- منطقة الفرات الاوسط وتشمل محافظات كربلاء والنجف وبابل والقادسية ويكون مركزها في الحلةد- المنطقة الجنوبية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وتشمل محافظات ذي قار والمثنى والبصرة وميسان ويكون مركزها في مدينة البصرة. ولمزيد من المعلومات والتفاصيل ينظرأيضا د. فخري عبدالرزاق الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط1، دار السنهوري، لبنان-بيروت،بغداد،2016،ص61-66.

28. تنص المادة(7/أولا) على ما يأتي (تشكل محكمة للقضاء الاداري ومحكمة لقضاء الموظفين برئاسة نائب الرئيس لشؤون القضاء الاداري او مستشاروعضوين من المستشارين او المستشارين المساعدين في المناطق الاتية:- أ- المنطقة الشمالية وتشمل المحافظات نينوى وكركوك وصلاح الدين ويكون مركزها في مدينة الموصل. ب- منطقة الوسط وتشمل محافظات بغداد والانبار وديالى وواسط ويكون مركزها في مدينة بغداد. ج- منطقة الفرات الاوسط وتشمل محافظات كربلاء والنجف وبابل والقادسية ويكون مركزها في الحلة. د- المنطقة الجنوبية وتشمل محافظات ذي قار والمثنى والبصرة وميسان ويكون مركزها في مدينة البصرة. كما ينص البند (ثانيا) من المادة ذاتها على (يجوز عند الاقتضاء تشكيل محاكم اخرى للقضاء الاداري وقضاء الموظفين في مراكز المحافظات ببيان يصدره رئيس المجلس). مع ملاحظة يوجد حاليا مدعي عام واحد يمثل جهاز الادعاء العام امام المحكمتين، وتم تنسيبه بطلب من رئاسة مجلس الدولة من قبل رئاسة جهاز الادعاء العام بعد موافقة رئيس مجلس القضاء الاعلى ويقوم بالمهام المطلوبة بجهاز الادعاء العام امام المحكمتين وفق القانون.

29. مقابلة خاصة اجراها الباحث مع السيد المدعي العام امام المحاكم الادارية في مجلس الدولة(محكمة القضاء الاداري،محكمة قضاء الموظفين) في يوم الاحد الموافق(2023/12/10) في مقر عمله في مجلس الدولة .

30. عبدالامير العكيلي ود.ضاري خليل محمود،المركز القانوني للادعاء العام في العراق والدول العربية،مطلعة اليرموك،بيت الحكمة،بغداد، 30،1999-31.ولمزيد من التفاصيل ينظرايضا قراري محكمة القضاء الاداري في الدعويين المرقمتين (1813) في 2022/11/9،و(1814) في 2023/11/9 ومطالعتي المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين بتأريخ(2023/11/20)،والتي طلب فيها رد دعوى المدعي لالغاء قرار التضمين وذلك لمقصرية المدعي وتركه المبالغ المالية في المحطة وعدم ايداعها في المصرف،او تبليغ الادارة بشأنها)(القراران غير منشورين .(

31. ينظرغسان جميل الوسواسي،الادعاء العام، مركز البحوث القديمة،مطبعة العمال المركزية،بغداد،1988،ص31.د.محمد صبحي نجم،الوجيز في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الاردن-عمان،1991،ص61-75.

32. في الدعوى المرقمة(3619/ق/2022) طلب المدعي العام بمطالعته المؤرخة في 2023/11/21، من محكمة القضاء الاداري مايأتي(فقد وجد انه يقتضي ربط نسخة من اوراق الدعوى الاستئنافية 840/س/2010من محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية والتي ترافع فيها المدعي وذلك لغرض التحقق من ادعاءه بانه لم يمنح وكالة عن الوزير وانما عن المدير العام فقط وعدم تمكنه من الترافع في الدعوى ولاهمية حسم الدعوى أطلب ربط نسخة من اوراق الدعوى المذكورة انفا للاطلاع على محاضرها والوكالة المقدمة فيها من المدعي)،وقد استجابت المحكمة لطلبه وتمت مفتحة محكمة الاستئناف بما مطلوب للوقوف على طبيعة الوكالة الممنوحة للمدعي كون الامر مؤثر في نتيجة الدعوى .

33. لمزيد من التفاصيل ينظرد. عبدالوهاب حومد، الاصول الجزائية،ط4/سوريا- دمشق،1987،ص160-176.

34. د.محمود محمود مصطفى،قانون الاجراءات الجنائية،دار النهضة العربية،القاهرة،1988،ص32-45.

35. جاء في مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(4074/ق/2022) في 2023/3/19، والمؤرخة في 2023/4/2 ما نصه(لدعوى المدعي المؤرخة في 2022/9/28،وطلبه الزام المدعى عليه بالغاء قرار التضمين محل الطعن...وللاطلاع على الامر الاداري الصادر من دائرة البستنة بالعدد4780 في 2022/9/6،وللاطلاع على اللائحتين المتبادلتين بين وكيلي الطرفين واوليات التحقيق

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

للجنة التضمين،فقد وجد ان القرار محل الطعن جاء موافقا للقانون لما استند عليه من اسباب ولاعتراف المدعي بخطئه من خلال عدم الانتباه والتدقيق، وان لجنة التضمين مؤلفة وفق القانون،فأطلب رد الدعوى)، كما جاء في مطالعته المقدمة في الدعوى المرقمة(427/ج/2023) في 2023/11/30 والمؤرخة في 2023/12/7 ما نصه(للاعتراض الواقع بتاريخ 2023/7/5 المتضمن طلب الغاء عقوبة التوبيخ وللمرافعات الحضورية واللوائح الاربع المقدمة من قبل المعترض... معاقبة المعترض بعقوبة التوبيخ وذلك لعدم صحة المعلومات الواردة في الشكوى المقدمة من قبله بحق المسؤولين في الوزارة والاساءة لسمعتهم، جاء موافقا للقانون ولما توصلت اليه اللجنة التحقيقية من خلال تدوين افادات الموظفين والاطلاع على اوليات وقرار السيد قاضي محكمة التحقيق المختصة بالنظر في قضايا النزاهة في الكرخ المؤرخ في 2022/4/24 بغلق التحقيق في الشكوى المقدمة من المعترض لان ما ورد في الشكوى لاسند له من القانون، فأطلب الحكم بتصديق العقوبة) .

36. جاء في مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(570/ج/2023) في (2023/11/29، والمؤرخة في 2023/12/7 ما نصه(للاعتراض الواقع بتاريخ2023/7/13 المتضمن طلب الغاء عقوبة لفت النظر وللمرافعة الحضورية بحق المعترضة والمعترض عليه الاول والغيابية بحق المعترض عليه الثاني، واللائحة المقدمة من قبل وكيل المعترض عليه الاول واللائحة المقدمة من وكيلة المعترض عليه الثاني ومرفقها اوليات التحقيق الاداري وكتاب جامعة القادسية/ كلية طب الاسنان بالعدد880 في 2023/5/8 المتضمن توجيه عقوبة لفت النظر الى المعترضة/ مدير حسابات اقدم، فقد وجد ان قرار فرض العقوبة جاء مخالفا للقانون كونه غير مسبب، وكذلك جاءت العقوبة خالية من التسبيب خلافا لما تنص عليه المادة(8/ثانيا) من قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم14 لسنة 1991 المعدل،فأطلب الحكم بالغاء العقوبة).وينظر ايضا مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(265/ج/2023) في 2023/11/29، والمؤرخة في 2023/12/7، والتي طلب فيها(..... الحكم بالغاء العقوبة). وكذلك مطالعته في الدعوى المرقمة(408/ج/2023) في 2023/11/30 والمؤرخة في 2023/12/7،والتي طلب فيها الحكم بالغاء العقوبة وذلك لان ما ورد من اسباب لايعد مخالفات تستوجب العقاب،....اما عدم توقيع موظف التسجيل العقاري فهو بسبب عدم تبليغه للحضور من قبل الادارة وعدم وجود تعليمات توجب حضوره،فأطلب الحكم بالغاء العقوبة).

37. لمزيد من التفاصيل ينظر مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(936/ق/2023) في (2023/11/29) والتي جاء فيها (...ولما ورد في محضر اللجنة الفنية المحايدة .... لتدقيق الاعمال ورفع التناقض الحاصل بين توصيات لجنة التضمين وبين اعمال واجراءات لجنة الاستلام النهائي ومحضر الاستلام النهائيالمصادق من قبل جميع الدوائرالمستفيدة والمصادق عليه من قبل المحافظ.... والمتضمن تأييد تنفيذ اعمال الدوائر المستفيدة بدون أي نواقص أو أضرار واعتبار اعمال المشروع منتهية من الناحية الفنية والمالية واتعاقدية رسميا، فقد وجد ان الامر الاداري محل الطعن جاء مخالفا للقانون لعدم ثبوت تحقق ضرر بالمال العام،فأطلب الحكم بالغائه).

38. جاء في مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(1839/ق/2023) في 2023/10/24 والمؤرخة في 2023/11/1 ما يأتي(ان الكتاب محل الطعن صادر من مديرية بلدية محافظة البصرة/ القانونية الى مديرية بلدية شط العرب بصدد تنفيذ توصيات/ مصادقة لجنة التضمين ولايعد قرارتضمين ولايصلح محلا للطعن وفقا لما تنص عليه المادةتين 2/ثالثا و6/أولا من قانون التضمين رقم(31) لسنة 2015 وان قرار التضمين قد صدر بعد اقامة الدعوى بالعدد(1913) في 2023/8/2،وبامكان المدعي اقامة دعوى بالغائه، لما تقدم اطلب الحكم برد الدعوى).

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

39. جاء في مطالعة الادعاء العام امام محكمة القضاء الاداري وقضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (640/ج/2023) ما نصه(.... معاقبة المعترضة- المدرسة في متوسطة... بعقوبة الانذار وذلك بسبب عدم التزامها بالتعليمات الوزارية الخاصة بحذف جزء من المواد في مادة الرياضيات للصف الخامس الاحيائي في ثانوية... ووضعها اسئلة تشمل بعض المحذوفات، فقد وجد ان المعترضة تظلمت من قرار العقوبة بتاريخ 7/ 6/ 2023، ولم يتم الرد علي التظلم وقدمت الاعتراض بتاريخ 2023/8/7 فيكون اعتراضها مقدما خارج المدة القانونية المنصوص عليها في المادة(15/ثانيا) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم(14) لسنة 1991 المعدل، فأطلب رد الاعتراض شكلا)، وكذلك ينظر مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(605/ج/2023) في 2023/12/3 والمؤرخة في 12/12/ 2023، والتي يطلب فيها الحكم برد الاعتراض شكلا،كونه خارج المدة القانونية المنصوص عليها في المادة 15/ثانيا من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991.

40. ينظرد. عزالدين الماحي، التوجهات القضائية لدعوى التعويض عن الخطأ القضائي في مجال الاعتقال الاحتياطي، بحث منشور في مجلة رئاسة النيابة العامة، تصدر عن جمعية قضاة وموظفي رئاسة- مجلة نصف فصلية، العدد الاول- يونيو،2020،المملكة المغربية ،2020،ص161-352.

41. غانم سعد سعيد الخيارين،ضوابط العلاقة بين النيابة العامة والشرطة في ضوء قانون الاجراءات الجنائية القطرية-دراسة مسحية ميدانية على اعضاء النيابة وضباط الشرطة بدولة قطر،رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الامنية،المملكة العربية السعودية، الرياض،2007،ص50-75.

42. رشيد ضاري رشيد، الخصومة الادارية العادلة- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة المستنصرية- كلية القانون،2019،ص173-183.وينظر ايضا مطالعة المدعي العام المؤرخة في 2023/7/31في الدعوى المرقمة(3277/ق/2021) في 2023/7/17والذي طلب فيها الحكم بالغاء القرار الاداري المطعون به بخصوص التضمين .

43. لمزيد من المعلومات ينظر مطالعة السيد المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين والمؤرخة في 2023/4/2 بالدعوى المرقمة(4074/ق/2022) في 2023/2/19 والذي يطلب فيها الحكم برد دعوى المدعي الذي يطلب بدعواه الغاء قرار التضمين الصادر بحقه لاعترافه بخطئه وعدم الانتباه والتدقيق وان اللجنة مشكلة وفق القانون. وينظر ايضا مطالعة السيد المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين والمؤرخة في 2023/12/7 بالدعوى المرقمة(570/ج/2023) في 2023/11/29

44. ينظر القاضي حسن فؤاد منعم،المركز الوظيفي للقاضي، بحث منشور في الموقع الالكتروني الاتي- :

www: iraqiadevelopers.com

45. مقابلة شخصية مع السيد نائب رئيس مجلس الدولة لشؤون القضاء الاداري والمكلف بصلاحيات الرئيس يوم (الخميس) الموافق (2024/2/1) ، والتي بين فيها ان المجلس ملتزم باحكام قانون الادعاء العام بخصوص تكليف المدعي العام امام المحاكم الادارية من خلال جهاز الادعاء العام وموافقة السيد رئيس مجلس القضاء الاعلى على ذلك.

46. موحين عبدالرحمان،مؤهلات القاضي بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة المعيار،تصدر عن جامعة احمد دراية-درارة –الجزائر،المجلد26،العدد4، السنة509،2022-523.احمد بلودنين،طريقة تعيين القاضي بين الشريعة والقانون احدى ضمانات استقلال القضاء،المجلد السابع،العدد الاول،2003،ص1655-1969.

47. العوفي علي،العلاقة بين القاضي الاداري والقاضي الجنائي في القانون الجزائري، بحث منشورفي مجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد السادس،2021،ص50-70.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

48. د. نبيل اسماعيل عمر، سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الاجرائية في قانون المرافعات – كيفيته واثاره،ط1،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،مصر،2008ص45.
49. د محمود محمود مصطفى، المصدر السابق،ص70. د. سامي النصراوي، دراسة في أصول المحاكامت الجزائية، ط1،بغداد،1987،ص73-75.
50. د. محمد صالح الامين، المركز القانوني لنظام الادعاء العام في القانون المقارن وتطبيقه في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة القضاء،تصدرعن نقابة المحامين العراقية،العدد1-2،السنة2002،55،ص34-45. وينظر ايضا د. محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون أصول المحاكمات الجزائية الاردني،دار الثقافة للنشر والتوزيع،ط1،عمان-الاردن،1991،ص61-65.
51. ينظرأ.عبدالامير العكيلي د. سليم ابراهيم حربة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج1، بغداد،1988،ص39-54.د.وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية،ط1،دار الفكر العربي،مصر- القاهرة، بدون سنة طبع،ص226.ابراهيم محمد السعدي احمد الشريعي، الصفة في الدفاع امام القضاء المدني، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس- كلية الحقوق،2007،ص170.ابراهيم محمد، مسؤولية الخصم عن الاجراءات، اطروحة دكتوراه،جامعة عين شمس- كلية الحقوق،1989،ص127.
52. تنص المادة (7) من القانون الاداري الفرنسي على(يبين عضو المحكمة المسؤول عن وظائف المدعي العامرأيه علنا وبأستقلالية تامة في المسائل التي سيتم الحكمعليها من خلال الطلبات والحلول التي يطالبون بها).وينظر ايضا بهذا الخصوص جامعة نايف للعلوم الامنية، دراسات في الادعاء العام، ط1، الرياض،2004ص5،ص9-12.د.محمد عيد الغريب،المركزالقانوني للنيابة العامة،دار الفكر العربي،القاهرة،1979، .ص19-25.
53. لقاء خاص مع السيد رئيس واعضاء محكمة قضاء الموظفين في مجلس الدولة في يوم الاربعاء الموافق 2024/2/6.وينظر ايضا د. براء منذر عبداللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية،ط7،بيروت،2021،ص42-44. ولمزيد من التفاصيل ينظر قرار محكمة القضاء الاداري بالرقم(2023/1403) بتأريخ 2023/4/12 في الدعوى المرقمة(4074/ق/2022) والذي جاء فيه(... دعت المحكمة طرفي الدعوى للمرافعة ومن سير المرافعة الحضورية العلنية ويحضور نائب المدعي العام .....)(القرار غير منشور.
54. هناك بعض التشريعات ترى في الادعاء العام او النيابة العامة ممثلة للدولة ويدافع عن مصالحها دائما كما هو الحال في القانون الكويتي والقطري، مما يعد خصما في الدعوى سواء كانت جزائية ام ادارية،ينظر وسام امين محمد، ركن العدالة-دراسة مقارنة في دور الادعاء العام في التشريع العراقي،ط1، بغداد،2005،ص40.وينظر ايضا د. براء منذر عبداللطيف،محمد حسن جاسم العاني،دور الادعاء العام في الدعوى الجزائية في قانون الادعاء العام رقم(49) لسنة 2017- دراسة مقارنة،دار السنهوري،بغداد،2020،ص32 وما بعدها.
55. د. محمود سمير عبدالفتاح، النيابة العمومية وسلطاتها في انهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة،المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية،2003، ص11-12.
56. عبدالعزيز بن فهد بن سعيد ال عازب،التلبس الحكمي بالجريمة في نظام الاجراءلت الجزائية السعودي،رسالة ماجستير،جامعة نايف العربية للعلوم الامنية،الرياض،2013،ص8،ص34-56.د. اشرف محمد عبدالقادر سمعان، دور التلبس في تحقيق الكفاية المتطلبة بدلائل الاتهام،بحث منشور في مجلة القانون الكويتية العالمية،العدد التسلسلي22،السنة6، 2018،ص269-353.عبدالله بن عدنان خصيفان، زمن التلبس بالجريمة، رسالة ماجستير،جامعة نايف العربية للعلوم الامنية،الرياض،2011،ص119-125.د. عبجالرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للاجراءات الجنائية،دار النهضة العربية،القاهرة،2015،ص336-337.عبدالرؤوف مجول، التلبس بالجريمة، رسالة ماجستير،جامعة قاصدي مرباح-

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ قسم الحقوق،الجزائر،2016،ص2-54.نجمة جبيري، التلبس بالجريمة واثره على الحرية الشخصية في القانون الجزائريوالمقارن،رسالة ماجستير، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق،2009،ص6-60.

57. د.محمد محي الدين عوض،القانون الجنائي مبادئه الاساسية ونظرياته العامة في الشريعة الاسلامية،مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي،1981،ص119 ،ص239ومابعدها.
58. د. ادوار غالي الذهبي،دراسات في قانون الاجرءات الجنائية،مكتبة غريب، القاهرة،بدون سنة طبع،ص9-12.
59. ينظرجعفر قوادري صامت،سلطة التحقيق على اعمال الضبطية القضائية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير،جامعة الاسكندرية- كلية الحقوق،2009،ص12-45. د.ممدوح ابراهيم السبكي،حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق،دار النهضة العربية القاهرة،1998،ص23-30.
60. د.ابراهيم حامد طنطاوي،سلطات مأمور الضبط القضائي- دراسة مقارنة،ط2،بلا مكان طبع،1997،ص55 وما بعدها.د. عادل ابراهيم اسماعيل، سلطات مأمور الضبط القضائي بين الفاعلية وضمان الحريات والحقوق الفردية،دراسة مقارنة،القاهرة،2001،ص78-90. د.محمد عودة الجبور،الاختصاص القضائي لمأمور الضبط-دراسة مقارنة،اطروحة دكتوراه،جامعة القاهرة-كلية الحقوق،1981،ص33-45.
61. ينظر مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين بالدعوى المرقمة(59/ج/2023) بتأريخ 2023/11/21، والتي جاء فيها(للاعتراض الواقع بتأريخ 23-2/1/24 المتضمن طلب الغاء عقوبة لفت النظر ....فقد وجد ان قرار فرض العقوبة جاء موافقا للقانون لما توصلت اليه اللجنة التحقيقية من خلال تدوين اقوال الموظفين والاطلاع على نسخة طبق الاصل للاوليات من هيئة النزاهة فأطلب الحكم بتصديق العقوبة)(القرار غير منشور).وينظر ايضا د.حسن علام،قانون الاجراءات الجنائية مع تعليق فقهي تحليلي للنصوص وقضاء النقض والتعليمات العامة للنيابة العامة، ط2،منشأة المعارف،الاسكندرية،بلا سنة طبع،82 وما بعدها.د.سليمان عبدالمنعم، اصول الاجراءات الجنائية،دار الجامعة الجديدة للنشر،الاسكندرية،2008،ص608-650.
62. ينظر قرار محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة (3263/ق/2022) ،ومطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين بتأريخ 2023/4/9 والتي جاء فيها (... ان القرار محل الطعن جاء موافقا للقانون .... وهو لايمنع من تضمينه لان القرار الصادر من محكمة الجنايات المختصة بقضايا النزاهة في الرصافة/ الهيئة الاولى بصفتها التمييزية بالعدد... قد صدر لعدم كفاية الادلة للاحالة على المحكمة الجنايات للمحاكمة فهو لايلغي العقوبة الادارية...) (القرار غير منشور). وجاء في مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(464/ج/2023) بتأريخ 2023/11/23 مانصه" فقد وجد ان الامر الاداري الصادر من الهيئة العامة للسدود والخزانات .... المتضمن توجيه عقوبة لت النظر الى المعترض... جاء موافقا للقانون لما توصلت اليه اللجنة التحقيقية من خلال تدوين افادة الموظفين بضمنهم المعترض الذي اعترف بتوقيع المذكرة بصفته رئيس شعبة التخطيط واطلاعها على الاوليات وثبوت مسؤولية المعترض بمخالفة واجباته الوظيفي... فأطلب الحكم بتصديق العقوبة) (قرار غير منشور). وينظر ايضا مطالعة المدعي العام في الدعوى الرمقمة(362/ج/2023) بتأريخ 2023/11/27 والتي جاء فيها (... المتضمن توجيه عقوبة لفت النظر بحق المعترض، وذلك لعدم متابعته اجراءات تغيير اختصاصا الخريجة... وعدم استخدام ختم الدراسات العليا بحوزته حصرا جاء موافقا للقانون لما توصلت اليه اللجنة التحقيقية .... وان ما اورده المعترض دفوع غير منتجة في الدعوى، فأطلب الحكم بتصديق العقوبة) (القرار غير منشور).د.قدري عبدالفتاح الشهاوي،اعمال الشرطة ومسؤوليتها اداريا وجنائيا،أطروحة دكتوراه،جامعة الاسكندرية،1967-1968،ص48-66.
63. تنص المادة (78) من قانون المرافعات المدنية رقم(83) لسنة 1969 المعدل على (اذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

القيمي او الوظيفي او النوعي او المكاني وجب عليها ان تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بما دفع من رسوم قضائية وتبلغ الطرفين او الحاضر منهما بمراجعة المحكمة المحالة عليها الدعوى في موعد تعينه على ان لايتجاوز خمسة عشر يوما من تأريخ الاحالة....).

64. ينظر ماجد نجم عيدان، النظام القانوني لدعوى الالغاء في العراق،رسالة ماجستير- جامعة النهرين- كلية الحقوق،2000،ص133-135.وينظر ايضا محمد خليفة الخيبلي،التظلم الاداري دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الاردنية الهاشمية والامارات العربية المتحدة،رسالة ماجستير ،جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا،2009،ص65-97. د.ابراهيم محمدغنيم،المرشدفي الدعوى الادارية،منشأة المعارف،الاسكندرية،2004،ص454.
65. د.علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الاداري،ج1،ط1،دار الثقافة والنشر، الاردن،2004،ص454.
66. ينظرقرارمحكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(4373/ق/2022) في 2023/10/31،والمتضمن الغاء قرار التضمين لعدم مراعاة الجوانب الشكلية الخاصة بتبليغ المدعية بالحضور امام لجنة التضمين لاجراء التحقيق معها ،وهو ما اكدته ايضا مطالعة السيد المدعي العام امام المحكمة بتاريخ 2023/10/16،وقرارها المرقم (2023/5199) بتاريخ 2023/11/15 في الدعوى المرقمة(1839/ق/2023) (القرار غير منشور).
67. د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة،ط2،دار الفكروالقانون،المنصورة،2004-2005،ص253-260.
68. ينظرمركيش ياسين،ضمانات المتهم الغائب عن جلسة المحاكمة في التشريع الجزائري والقانون المقارن وفي ضوء الممارسة القضائية، رسالة ماجستير،جامعة محمد خيضر-بسكرة/كلية الحقوق والعلوم السياسية- قسم الحقوق،الجزائر،2011-2012،ص15-52.
69. د.ناينتي ناين احمد الدسوقي، الحضور الاعتباري للمتهم امام المحكمة الجنائية،ط1،دار النهضة العربية ،القاهرة،مصر،2004،ص87-207. أ. عادل مشموشي، ضمانات حقوق الخصوم خلال المحاكمة الجزائية،ط1،منشورات زين الحقوقية،بيروت- لبنان،2007،ص75-89.
70. فارس علي عمر علي الجرجري،التبليغات القضائية ودورها في حسم الدعوى المدنية، اطروحة دكتوراه جامعة الموصل-كلية الحقوق،2004،ص72،ص90-174.
71. ينظر قرار محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (778/ج/2023) في 2023/12/12،والذي قرر الغاء الامر الاداري بالعدد .... والقاضي بعزل الموظف ... وذلك لعدم بيان الفعل المنسوب للمعترض وخلو توصية اللجنة من بيان اسباب فرض العقوبة)، وهذا ما اكدته مطالعة السيد المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري وحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(778/ج/2023) بتأريخ 2023/12/4، والتي ورد فيها (ان قرار فرض العقوبة جاء مخالفا للثقانون لعدم بيان الفعل المنسوب الى المعترض وكذلك خلو توصية اللجنة التحقيقية بالعقوبة من بيان سبب فرض العقوبة ،إذ يقتضي بيان الفعل الصادر عن الموظف الذي اوجب عزله،فطلب الحكم بالغاء العقوبة)،مما يتبين معه ان المحكمة اخذت بنظر الاعتبار رأي الادعاء العام عند أصدار قرارها في تلك الدعوى.وينظر ايضا قرارمطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(444/ج/2023) في 2023/12/4، والمتضمنة (... الطلب بتصديق عقوبة العزل بحق المعترض لارتكابه جناية ناشئة عن وظيفته وارتكابها بصفته الرسمية)، وينظرايضا مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(703/ج/2023) في 2023/12/4 والتي يطلب فيها(فقد وجد ان الامر الوزاري بالعدد ت1/7160 في 2023/7/9 المتضمن في الفقرة اولا توجيه عقوبة تنزيل الدرجة بحق المعترض... لثبوت مقصريته بموضوع تسريب الاوراق التحقيقية الخاصة بالقضية الجزائية المرقمة(87 ق2023/12) ومخالفته احكام الواجبات الوظيفية وقواعد لائحة السلوك الوظيفي جاء موافقا للقانون ...فأطلب الحكم بتصديق العقوبة)، وينظر ايضا مطالعة المدعي العام في الدعوى

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

والمرقمة(3377/ج/2023) في 2024/1/31 والتي طلب فيها الغاء قرار التضمين لامتناع رئيس لجنة التضمين عن استلام افادة المعترضة ...).ومطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(1721/ج/2023) في 2024/2/8 والتي يطلب فيها ربط افادة المعترض كونها دونت عن طريق برنامج الواتس اب كونه خارج العراق لكن الافادة لم تربط ضمن اوراق المحضر(المطالعات والقرارات غير منشورة(

72. ينظر قرار محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(17/ج/2023) والمؤرخ في 2023/12/12 والذي قررت فيه الغاء عقوبة الانذارالواردة في الامر الاداري رقم (358) لسنة 2022وبالعدد م.ح/2541 في 2022/10/32 لعدم ثبوت تبلغ المعترض للحضور امام اللجنة التحقيقية). (القرار غير منشور(

73. أصدرت محكمة القضاء الاداري قرارها في الدعوى المرقمة (4995/ق/2023) في 2024/2/12،برد دعوى المدعي الذي طلب في عريضة دعواه الغاء قرار التضمين الصادربالامر الوزاري بالعدد31309 في 2023/8/3 ،وقد جاء في مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة (4995/ق/2023) مايأتي (فقد وجد ان الامر الوزاري بالعدد31309 في 2023/8/3 المتضمن تضمين المدعي مبلغا قدره.... عن قيمة كمية النقص الحاصل في منتوج زيت الغاز البالغة... المباعة خارج ضوابط وتعليمات الرقابة الالكترونية ببفترة .... جاء موافقا للقانون لما توصلت اليه لجنة التضمين من خلال تدوين افادات الموظفين والاطلاع على الاوليات وسبق توجيه عقوبة الانذار للمدعي عن ذات الفعل المنسوب اليه، فأطلب الحكم برد الدعوى).مما يتبين معه ان المحكمة اخذت بنظر الاعتبار رأي المدعي العام الوارد في مطالعته المذكور انفا ما ورد فيها نصا.(القراروالمطالعة غير منشورين).

74. جاء في مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(3377/ق/2023) في 2023/1/31 والمتعلقة بطلب المدعي الغاء قرار التضمين الصادر بحقها(الغاء الامر محل الطعن ...) ينظر قرار محكمة القضاء الاداري بالدعوى المرقمة(3377/ق/2023) في 2024/2/25.(القرار غير منشور).وينظر ايضا مطالعة المدعي العام امام محكمة قضاء الموظفين بالدعوى المرقمة(704/ج/2023) في 2023/11/19 والتي جاء فيها(...فقد ان الامر الوزاري بالعددج/606/3 في 2023/5/29 المتضمن في الفقرة(1) توجيه عقوبة التوبيخ بحق المعترض ... وذلك لاخلاله بواجباته الوظيفية لثبوت تقصيره بشأن التصرف بالمنحة... بغير اوجه الصرف الاصولية،جاء مخالفا للقانون إذ تم تغيير اوجه الصرف للضرورة بسبب تحرير مدينة الموصل وظهور الحاجة الى مصاريف للجامعة لم تكن متحققة سابقا لغرض تمشية العام الدراسي وذلك بموافقة رئيس الجامعة.... مما ينفي تحقق الضرر بالمال العام بل والحرص على المصلحة العامة، فأطلب الحكم بالغاء العقوبة). وقد صدر قرار المحكمة في الدعوى ذاتها بتأريخ2023/11/23 بالغاء العقوبة عن المعترض، مما يدلل على اخذها مطالعة المدعي العام بنظر الاعتبار عند اصدار قرارها بالغاء الامر المعترض منه. ينظر قرار محكمة قضاء الموظفين بالرقم(2023/4927) بالدعوى(704/ج/2023) في 2023/11/30،ومطالعة المدعي العام الواردة في اوليات الدعوى جلسة يوم 2023/11/23.(القرار غير منشور).

75. ينظر قرار محكمة قضاء الموظفين في الدعولى المرقمة(507/ج/2023) في 2023/12/7،والذي الزم المعترض عليه رئيس جامعة القادسية وعميد كلية طب الاسنان/ أضافة لوظيفتيهما بالغاء عقوبة لفت النظر المفروضة بموجب الامر الاداري 880 في 2023/5/8، وقد جاء في مطالعة المدعي العام امام محكمة قضاء الموظفين بالدعوى المرقمة(570/ج/2023) في 2023/11/29 والمرافقة مع اويات الدعوى ما نصه(فقد وجد ان قرار فرض العقوبة جاء مخالفا للقانون لكونه غير مسبب وكذلك جاءت التوصية خالية من التسبيب خلافا لما تنص عليه المادة8/ثانيا من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم14 لسنة1991 فأطلب الحكم بالغاء العقوبة).

76. ينظر قرار محكمة القضاء الاداري بالدعوى المرقمة(731/ق/2023) والمتخذ في جلسة المرافعة المؤرخة في 2024/1/8،والمتضمن انابة محكمة بداءة داقوق لاجراء الكشف على المركبة العائدة للمدعي وتحديد قيمة العجلة محل

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الفقدان والتي تعرضت لها بسبب العمليات الارهابية وقد وردت اجابة محكمة بداءة داقوق بكتابها بالعدد(1/انابة/2024) في 2024/2/4 والذي حدد قيمة الاضرار بناء على محضر لجنة الخبراء الذين انتدبتهم محكمة بداءة داقوق لهذا الغرض.(القرار غير منشور).وينظر ايضا قرار محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة (4332/ق/2023) والمتخذ في جلسة المرافعة بتاريخ2023/11/29 والمتضمن انابة محكمة بداءة الزبير في الاستماع وتدوين افادة الشاهدين ....،وقد وردت اجابة محكمة بداءة الزبير بكتابها بالعدد(150) في 2024/1/8.(القرار غير منشور) .

77. ينظر قرار المحكمة الادارية العليا (16-4-1605/قضاء موظفين-تمييز/2029 والذي جاء فيه(وحيث ان الفقرة ثانيا من المادة (15) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم(14) لسنة 1991 تنص على (يشترط قبل تقديم الطعن... على القرار الصادر بفرض العقوبة التظلم من القرار لدى الجهة التي اصدرته،وذلك خلال(30) ثلاثين يوما من تاريخ تبلغ الموظف بقرار فرض العقوبة وعلى الجهة المذكورة البت بهذا التظلم خلال(30) ثلاثين يوما من تاريخ تقديمه وعند عدم البت فيه رغم انتهاء هذه المدة يعد ذلك رفضا للتظلم وحيث ان الفقرة(ثالثا) من المادة المذكورة انفا تقضي بان يشترط ان يقدم الطعن خلال (30) يوما من تاريخ تبلغ الموظف برفض التظلم حقيقة او حكما،وحيث ان المدعي تبلغ بالامر المطعون فيه بتاريخ 2018/12/19 وتظلم منه بتاريخ 2018/12/27 واقام الدعوى بتاريخ 2019/1/24 لذا فانه يكون قد اقامها الدعوى قبل انتهاء مدة التظلم المذكور انفا مما يستوجب رد الدعوى شكلا،وحيث ان محكمة قضاء الموظفين قد قضت بغير ذلك،لذا تقرر نقض الحكم المميز واعدة الدعوى الى محكمتها للبت فيها في ضوء ما تقدم...).(القرار غير منشور).وينظر ايضا قرارمحكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(2594/ق/2023) في 2024/1/23 والذي قضى برد الدعوى شكلا كونها اقيمت خارج المدة الزمنية المنصوص عليها قانونا لممارسة طرق الطعن،مما يجعلها واجبة الرد شكلا. وقرارها في الدعوى المرقمة(753/ق/2023) في 2024/1/23والذي قضت فيه برد الدعوى لعدم كفاية الادلة المقدمة لتطبيق قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والاخطاء العسكرية والعمليات الارهابية رقم (20) لسنة2009 المعدل.وقرارها في الدعوى المرقمة(3974/ق/2023) في 2024/2/14 والذي قضت به برد الدعوى لعدم كفاية الادلة المقدمة من قبل المدعي للشمول بالقانون.(القرارات غير منشورة .)

78. ينظر قرار المحكمة الادارية العليا بالرقم (1197/قضاء اداري- تمييز-2023) في 2023/7/17 والذي تم تموجبه نقض قرار محكمة القضاء الاداري بالعدد(2023/1784) في 2023/4/30،كون المحكمة أصدرت قرارها بالزام المدعى عليه بشمول المدعي بقانون الحماية الاجتماعية النافذ لكونه متزوج ومن مواليد 1972 ومصاب بمرض السكر والضغط وسبب له عجز(75%) دون ان تتأكد فيما اذا كان قادرا على العمل من عدمه بتقارير طبية من جهة رسمية،وحيث ان المحكمة لم تراع ذلك مما اخل بالحكم لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى للسير فيها على وفق ما تقدم (القرار غير منشور).وينظر قرارر محكمة بداءة تكريت بالعدد(9/انابة/2023) في 2024/2/11،والذي جاء اجابة لقرار محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(815/ق/2023) في 2024/1/8 والذي انابت فيه محكمة بداءة تكريت في اختيار ثلاثة خبراء لتقدير قيمة الاضرار التي اصابت المدعي،وقد وردت الاجابة مع تقرير الخبراء والذي اخذته المحكمة بنظر الاعتبار عن تقدير قيمة الاضرار.ينظر قرار محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(815/ق/2023) في 2024/2/25.(القرار غير منشور).

79. مما تجدر الاشارة اليه ان قرار التصحيح يجب ان يتم بناء على طلب احد الاطراف وان تحدد المحكمة موعد للنظر فيه وبحضور الطرفين او بحضور طالب التصحيح على ان يدون قرار التصحيح في حاشية قرار الحكم الاصلي،وهذا ما سارت واستقر ت عليه احكام القضاء الاداري لدينا في العراق سواء محكمة قضاء الموظفين ام القضاء الاداري.وينظر قرار المحكمة الادارية العليا بالرقم 534/قضاء اداري –تمييز/2028) في 2018/5/9، والذي قررت بموجبه نقض قرار محكمة القضاء الاداري لعدم تبلغ المميز بالحضور الى جلسة نظر الامر الولائي وعدم حضوره الجلسة،مما يجعل

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى الى محكمة قضاء الموظفين للسير فيها وفقا لما تقدم...).(القرار غير منشور.(

80. المستشار محمد نصر الدين كامل، الدعوى واجراءاتها في القضاء العادي والاداري،عالم الكتب،القاهرة،1989،ص48-51.د. امل جمهور جاسم، اثر الاعتراض على الحكم الغيابي في التنفيذ- دراسة مقارنة،بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، تصدر عن جامعة كربلاء- كلية القانون،العددالثاني،2023،ص337-352.د. احسان رحيم عبد محمد، الاعتراض على الحكم الاداري الغيابي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العددالرابع، السنة2023،15، ص188-235.عذراء محمد حسين،المعالجة التشريعية لطرق الطعن في الاحكام الجزائية في القانون العراقي الاعتراض على الحكم الغيابي انموذجا، بحث منشور في مجلة المعهد،تصدر عن معهد العلمين للدراسات العليا، النجف الاشرف، العدد2021،7، ص433-448.د. عبدالكريم عمر عبدالكريم والباحثة نور غسان عجاج ،صلاحية المحكمة في اصدار الحكم الغيابي بحضور احد الخصوم وغياب الاخر عن جلسات المرافعة- دراسة اصولية مقارنة، بحث منشور في مجلة الباحث للعلوم القانونية، تصدر عن الجامعة العراقية- كلية القانون، المجلد الثاني، العدد1، السنة2021، ص266-298.

81. لمزيد من التفاصيل ينظر قرار المحكمة الادارية العليا برقم الاضبارة (1527/قضاء الموظفين-تمييز/2023) في 2023/6/14 الذي يمنع الطعن بقراراتها عن طريق تصحيح القرار التمييزي والذي جاء فيه(...لان قرارات المحكمة الادارية العليا لاتقبل طريق تصحيح القرار التمييزي...)وايضا القرار برقم الاضبارة(1538/قضاء الموظفين-تمييز/2023) في 2023/6/14.(القراران غير منشورين).

82. ينظر قرار المحكمة الادارية العليا (1537/قضاء اداري-تمييز/2022 في 2022/6/26.وينظر ايضا قرارات محكمة القضاء الاداري(122/ق/2023) في 2024/2/21، والقرار بالدعوى المرقمة(122/ق/2023) في 2024/2/21). (القرارات غير منشورة).

83. ينظر قرار المحكمة الادارية العليا (2023/4911) في 2021/8/11 بالاضبارة رقم (1604/قضاء اداري-تمييز/2023) في 2023/10/18. وينظر ايضا قرار محكمة القضاء الاداري بالعدد (2023/2924) في 2023/6/25 بالدعوى (859/ق/2023).(القرارين غير منشورين).

84. جاء في مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(486/ج/2023) في 2023/11/27) ما يأتي(... ولسبق الفصل في موضوع الدعوى بموجب الحكم الصادر في الدعوى379/ج/2016 في 2016/10/9 المتضمن تصديق عقوبة العزل والحكم الصادر بالدعوى(687/ج/2021) في 2021/10/17 برد الدعوى لسبق الفصل فيها والصادرين عن محكمة قضاء الموظفين فأطلب الحكم رد الدعوى). (القرار والمطالعة غير منشورين.(

85. جاء في مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(464/ج/2023) في 2023/11/23 ما نصه (... فقد وجد ان الامر الاداري الصادر من ... المتضمن توجيه عقوبة لفت النظلا الى المعترض... وذلك لتوقيعه على المذكرة المؤرخة في ... جاء موافقا للقانون لما توصلت اليه اللجنة التحقيقية من خلال تدوين افادة الموظفين بضمنهم المعترض ....فأطلب الحكم بتصديق العقوبة).وينظر مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(116/ج/2023) في 2023/11/26 والتي جاء فيها (...فقد تجد ان الامر الاداري .... المتضمن فرض عقوبة لفت النظر...وذلك لعدم وجود ادلة تثبت ما نسب الى المعترض... ولعدم وجود مستندات تحريرية تثبت مقصرية المعترض ...فأطلب الحكم بالغاء العقوبة).وجاء في مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(329/ج/2023) في 2023/11/27 ما نصه(فقد وجد ان الادلة المتحصلة المتمثلة بافادات الموظفين والاوليات التي اطلعت عليها اللجنة التحقيقية كافية لفرض العقوبة وان الدفوع التي اوردها وكيل المعترض غير منتجة في الدعوى،الا ان العقوبة المفروضة شديدة لاتتناسب مع ظروف المعترض وسيرته الوظيفية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

فأطلب تخفيفها الى انقاص الراتب لمدة ستة اشهر) (القرارات والمطالعات غير منشورة).

86. ينظر قرار المحكمة الادارية العليا في الدعوى المرقمة (2098-2097/قضاء أداري- تمييز/2019،في 2019/11/21 والذي جاء فيه(... وجد ان الطعن التمييزي مقدم من طال الامر الولائي والمطلوب الامر الولائي ضـــده... وان طالب الامر الولائي (المميز) يطلب ســـحب العريضـــة التمييزية المقدمة من قبله... وبناء على الطلب قررابطال العريضـــة التمييزية،ولدى عطف النظر على المميز وجد انه صـــحيح وموافق للقانون ذلك للاســـباب الواردة فيه....) (القرار غير منشور.(

87. لمزيد من التفاصـــيل عن هذا الطريق من طرق الطعن ينظر د.صـــفاء مهدي محمد الطويل،الطعن لمصـــلحة القانون في القانون العراقي –دراســة مقارنة،دار الوارث للطباعة والنشـر،كربلاء،2022،ص15-50.ينظر أ. عبدالامير العكيلي،د. ضاري خليل محمود،النظام القانوني للادعاء العام في العراق والدول العربية،مطبعة بيت الحكمة،بغداد، 2000،ص109-110،ص199.د.ضـــــاري خليـل محمود،مجموعـة قوانين الاجراءات الجنـائيـة العربيـة،ج1، الاصـــول العامة،بغداد،71،1984-77.د. محمد معروف عبدالله، المصـــدر الســـابق، ص226.د.أحمد ابو الوفا،قانون المرافعات المدنية الجديد وقانون الاثبات،ج2،القاهرة،1969،ص564.

88. د.محمود عبدعلي الزبيدي،الطعن لمصـلحة القانون امام القضـاء الاداري في ضـوء قانون الادعاء العام رقم (49) لسـنة 2017،بحث منشـــور في مجلة كلية الحقوق- جامعة النهرين،المجلد 22، العدد2020،3،ص169-190. وينظر حكم المحكمة الادارية العليا في العراق في الطعن رقم (1357/قضاء موظفين-تمييز/2017) في 2017/8/21. وينظر ايضا حكم المحكمة الادارية العليا في العراق في الطعن رقم (4/طعن لمصـلحة القانون/2017) في 2017/12/7 منشـور في كتب قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام 2017، ص373.

المصادر

أولا/ الكتب القانونية

د. ادوار غالي الذهبي، دراسات في قانون الاجرءات الجنائية،مكتبة غريب، القاهرة،بدون سنة طبع.

د. ابراهيم حامد طنطاوي،سلطات مأمور الضبط القضائي- دراسة مقارنة،ط2،بلا مكان طبع،1997 .

د. ابراهيم محمدغنيم،المرشدفي الدعوى الادارية،منشأة المعارف،الاسكندرية،2004.

د. أحمد ابو الوفا،قانون المرافعات المدنية الجديد وقانون الاثبات،ج2،القاهرة،1969.

د. براء منذر عبداللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط7، بيروت،2021.

د. براء منذر عبداللطيف، محمد حسن جاسم العاني،دور الادعاء العام في الدعوى الجزائية في قانون الادعاء العام رقم(49) لسنة 2017- دراسة مقارنة،دار السنهوري،بغداد،2020.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

جامعة نايف للعلوم الامنية، دراسات في الادعاء العام، ط1، الرياض،2004.

د. حسن علام،قانون الاجراءات الجنائية مع تعليق فقهي تحليلي للنصوص وقضاء النقض والتعليمات العامة للنيابة العامة، ط2،منشأة المعارف،الاسكندرية،بلا سنة طبع.

خالد خليل الطاهر، احكام تاديب الموظفين في المملكة العربية السعودية،1426هـ.

د. رؤوف عبيد، مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة،1985.

د. سامي النصراوي، دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، ط1،بغداد،1987.

سعد نواف العنزي، الضمانات الاجرائية في التأديب- دراسة مقارنة،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية،2007.

د. سليمان عبدالمنعم، اصول الاجراءات الجنائية،دار الجامعة الجديدة للنشر،الاسكندرية،2008.

د. صفاء مهدي محمد الطويل،الطعن لمصلحة القانون في القانون العراقي –دراسة مقارنة،دار الوارث للطباعة والنشر،كربلاء،2022.

د. ضاري خليل محمود،مجموعة قوانين الاجراءات الجنائية العربية،ج1، الاصول العامة،بغداد،71،1984.

د. ضاري خليل محمود، النظام القانوني للادعاء العام في العراق، بغداد،1990.

عبدالقادر الشيخلي، القانون التأديبي وعلاقته بالقانون الاداري والجنائي، ط1،دار الفرقان، عمان،1983.

عبدالامير العكيلي ود سليم ابراهيم حربة، شرح ثانون أصول المحاكمات الجزائية،ج1، مطابع وزارة التعليم العالي، 1982.

أ. عبدالامير العكيلي د. سليم ابراهيم حربة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج1، بغداد،1988.

عبدالامير العكيلي ود. ضاري خليل محمود،المركز القانوني للادعاء العام في العراق والدول العربية،بيت الحكمة،بغداد، 30،1999-2000 .

أ. عادل مشموشي، ضمانات حقوق الخصوم خلال المحاكمة الجزائية، ط1،منشورات زين الحقوقية،بيروت- لبنان،2007.

د. عادل ابراهيم اسماعيل، سلطات مأمور الضبط القضائي بين الفاعلية وضمان الحريات والحقوق الفردية، دراسة مقارنة،القاهرة،2001.

د. عبدالرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية،القاهرة،2015.

د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة،ط2،دار الفكروالقانون،المنصورة،2004-2005.

د. عبدالفتاح محمود سمير،النيابة العامة،منشأة المعارف، الاسكندرية،1986.

د. عبدالوهاب حومد، الاصول الجزائية،ط4/سوريا- دمشق،1987.

د. علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الاداري،ج1،ط1،دار الثقافة والنشر، الاردن،2004.

غسان جميل الوسواسي، الادعاء العام، مركز البحوث القديمة،مطبعة العمال المركزية،بغداد،1988.

د. فخري عبدالرزاق الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية،ط1، دار السنهوري، لبنان- بيروت،بغداد،2016.

د. فهمي محمود شكري، موسوعة القضاء البريطاني، سلسلة الكتب القانونية، مكتبة دار الثقافة للطباعة والتوزيع، الاردن- عمان،2004.

د. محمد صبحي نجم،الوجيز في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الاردن- عمان،1991.

د. محمد عيد الغريب،المركزالقانوني للنيابة العامة،دار الفكر العربي،القاهرة،1979.

د. محمد معروف عبدالله،رقابة الادعاء العام على الشرعية-دراسة مقارنة،مطبعة المعارف ،بغداد،1981.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

د. محمد ماهر ابو العينين، قضاء التأديب في الوظيفة العامة والدفوع التاديبية،ط16،دار النهضة العربية، القاهرة،2014.

د. محمد محي الدين عوض،القانون الجنائي مبادئه الاساسية ونظرياته العامة في الشريعة الاسلامية،مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي،1981.

المستشار محمد نصر الدين كامل، الدعوى واجراءلتها في القضاء العادي والاداري، عالم الكتب،القاهرة،1989.

د. محمود سمير عبدالفتاح، النيابة العمومية وسلطاتها في انهاء الدعوى الجنائية بدون محاكمة، المكتب الجامعي الحديث،الاسكندرية،2003.

د. محمود محمود مصطفى،قانون الاجراءات الجنائية،دار النهضة العربية،القاهرة،1988.

د. محمود محمود مصطفى، تطور قانون الاجراءات الجنائية في مصر وغيرها من الدول العربية،ط1، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر،القاهرة،1990.

. د. مغاوري محمد شاهين،المساءلة التاديبية،عالم الكتب القانونية،القاهرة، 1984.

د. ممدوح ابراهيم السبكي،حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق،دار النهضة العربية القاهرة،1998.

د. ناينتي ناين احمد الدسوقي، الحضور الاعتباري للمتهم امام المحكمة الجنائية،ط1،دار النهضة العربية ،القاهرة،مصر،2004.

د. نبيل اسماعيل عمر، سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الاجرائية في قانون المرافعات – كيفيته واثاره، ط1،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،مصر،2008.

نوفان العقيل العجارمة، سلطة تأديب الموظف العام،ط1،دار الثقافة،عمان- الادرن،2007.

د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية،ط1،دار الفكر العربي،مصر- القاهرة، بدون سنة طبع.

وسام امين محمد، ركن العدالة- دراسة مقارنة في دور الادعاء العام في التشريع العراقي،ط1،مكتبة العدالة،بغداد،2005،ص10-25 .

ثانيا/ البحوث والمحاضرات

د. احسان رحيم عبد محمد، الاعتراض على الحكم الاداري الغيابي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العددالرابع، السنة2023،15.

احمد بلودنين، طريقة تعيين القاضي بين الشريعة والقانون احدى ضمانات استقلال القضاء،المجلد السابع،العدد الاول،2003.

د. اشرف محمد عبدالقادر سمعان، دور التلبس في تحقيق الكفاية المتطلبة بدلائل الاتهام، بحث منشور في مجلة القانون الكويتية العالمية،العدد التسلسلي22،السنة6، 2018.

العوفي علي، العلاقة بين القاضي الاداري والقاضي الجنائي في القانون الجزائري، بحث منشورفي مجلة البحث القانوني والسياسي، المجلد السادس،2021.

د. امل جمهور جاسم، اثر الاعتراض على الحكم الغيابي في التنفيذ- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، تصدر عن جامعة كربلاء- كلية القانون،العددالثاني،2023،ص337-352.

القاضي حسن فؤاد منعم، المركز الوظيفي للقاضي، بحث منشور في الموقع الالكتروني الاتي:-

www: iraqiadevelopers.com

د. ضياء عبد الله عبود، محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية، القيت على طلبة الدراسات الاولية في جامعة كربلاء-كلية القانون،2014-2022.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

عذراء محمد حسين، المعالجة التشريعية لطرق الطعن في الاحكام الجزائية في القانون العراقي الاعتراض على الحكم الغيابي انموذجا، بحث منشور في مجلة المعهد،تصدر عن معهد العلمين للدراسات العليا، النجف الاشرف، العدد2021،7.

د. عبدالكريم عمر عبدالكريم والباحثة نور غسان عجاج، صلاحية المحكمة في اصدار الحكم الغيابي بحضور احد الخصوم وغياب الاخر عن جلسات المرافعة- دراسة اصولية مقارنة، بحث منشور في مجلة الباحث للعلوم القانونية، تصدر عن الجامعة العراقية- كلية القانون، المجلد الثاني، العدد1، السنة2021، ص266-298.

د. عزالدين الماحي، التوجهات القضائية لدعوى التعويض عن الخطأ القضائي في مجال الاعتقال الاحتياطي، بحث منشور في مجلة رئاسة النيابة العامة، تصدر عن جمعية قضاة وموظفي رئاسة- مجلة نصف فصلية،العدد الاول-يونيو،2020،المملكة المغربية ،2020.

د. محمود عبدعلي الزبيدي،الطعن لمصلحة القانون امام القضاء الاداري في ضوء قانون الادعاء العام رقم(49) لسنة 2017،بحث منشور في مجلة كلية الحقوق- جامعة النهرين،المجلد 22، العدد2020،3.

د. محمد صالح الامين، المركز القانوني لنظام الادعاء العام في القانون المقارن وتطبيقه في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدرعن نقابة المحامين العراقية،العدد1-2،السنة2002،2.

موحين عبدالرحمان، مؤهلات القاضي بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة المعيار،تصدر عن جامعة احمد دراية-درارة – الجزائر،المجلد26،العدد4، السنة9 2022.

ثالثا/ الرسائل والاطاريح

ابراهيم محمد السعدي احمد الشريعي، الصفة في الدفاع امام القضاء المدني، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس- كلية الحقوق،2007.

ابراهيم محمد، مسؤولية الخصم عن الاجراءات، اطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس- كلية الحقوق،2000.

جعفر قوادري صامت، سلطة التحقيق على اعمال الضبطية القضائية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير،جامعة الاسكندرية- كلية الحقوق،2009.

رشيد ضاري رشيد، الخصومة الادارية العادلة- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة المستنصرية- كلية القانون،2019.

عبدالعزيز بن فهد بن سعيد ال عازب، التلبس الحكمي بالجريمة في نظام الاجراءلت الجزائية السعودي،رسالة ماجستير،جامعة نايف العربية للعلوم الامنية،الرياض،2013،ص8.

عبدالله بن عدنان خصيفان، زمن التلبس بالجريمة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية،الرياض،2011.

عبدالرؤوف مجول، التلبس بالجريمة، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ قسم الحقوق،الجزائر،2016.

عصام عبدالرحمن الشيخ طه، المركز القانوني للادعاء العام العسكري في العراق،رسالة ماجستير،1983.

د. علي جمعة محارب، التاديب في ابوظيفة العامة،اطروحة دكتوراه،كلية الحقوق- جامعة القاهرة،1986.

غانم سعد سعيد الخيارين، ضوابط العلاقة بين النيابة العامة والشرطة في ضوء قانون الاجراءات الجنائية القطرية-دراسة مسحية ميدانية على اعضاء النيابة وضباط الشرطة بدولة قطر،رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الامنية،المملكة العربية السعودية، الرياض،2007.

فارس علي عمر علي الجرجري، التبليغات القضائية ودورها في حسم الدعوى المدنية، اطروحة دكتوراه جامعة الموصل- كلية الحقوق،2004.

. د.قدري عبدالفتاح الشهاوي،اعمال الشرطة ومسؤوليتها اداريا وجنائيا،أطروحة دكتوراه،جامعة الاسكندرية،1967-1968.

ماجد نجم عيدان، النظام القانوني لدعوى الالغاء في العراق، رسالة ماجستير- جامعة النهرين- كلية الحقوق،2000 .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

محمد خليفة الخييلي، التظلم الاداري دراسة مقارنة بين قوانين المملكة الاردنية الهاشمية والامارات العربية المتحدة،رسالة ماجستير ،جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا،2009.

د. محمد عودة الجبور،الاختصاص القضائي لمأمور الضبط-دراسة مقارنة،اطروحة دكتوراه،جامعة القاهرة-كلية الحقوق،1981.

مركيش ياسين، ضمانات المتهم الغائب عن جلسة المحاكمة في التشريع الجزائري والقانون المقارن وفي ضوء الممارسة القضائية، رسالة ماجستير،جامعة محمد خيضر-بسكرة/كلية الحقوق والعلوم السياسية- قسم الحقوق،الجزائر،2011-2012.

نجمة جبيري، التلبس بالجريمة واثره على الحرية الشخصية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق،2009.

رابعا/ المقابلات

1 -مقابلة شخصية مع السيد نائب رئيس مجلس الدولة لشؤون القضاء الاداري والمكلف بصلاحيات الرئيس يوم (الخميس) الموافق (2024/2/1)، والتي بين فيها ان المجلس ملتزم باحكام قانون الادعاء العام بخصوص تكليف المدعي العام امام المحاكم الادارية من خلال جهاز الادعاء العام وموافقة السيد رئيس مجلس القضاء الاعلى على ذلك.

2 -مقابلة خاصة اجراها الباحث مع السيد المدعي العام امام المحاكم الادارية في مجلس الدولة(محكمة القضاء الاداري،محكمة قضاء الموظفين) في يوم الاحد الموافق(2023/12/10) في مقر عمله في مجلس الدولة .

3 -مقابلة خاصة مع السيد رئيس واعضاء محكمة قضاء الموظفين في مجلس الدولة في يوم الاربعاء الموافق 2024/2/6.

خامسا/الدساتير

دستور جمهورية العراق لعام 2005

دستور جمهورية مصر العربية لعام 2012 المعدل عام 2014.

سادسا/ القوانين

قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي الملغي الذي صدر عام 1918 .

ذيل قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي رقم (42) لسنه 1931.

قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل .

قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل.

قانون السلطة القضائية رقم (33) لسنه 1976.

قانون الادعاء العام رقم)159) لسنة 1979 الملغي.

قانون السلطة القضائية رقم (160) لسنه 1979 المعدل.

قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

قانون تعديل قانون الادعاء العام رقم(10) لسنة 2006 (159) لسنه 1979.

قانون الادعاء العام الجديد رقم)49) لسنة 2017.

القرارات والاحكام القضائية

قرارالمحكمة الاتحادية العليا المرقم112/اتحادية/2021

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة (1813) في 2022/11/9،

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة (1814) في 2023/11/9

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

حكم محكمة القضاء الاداري الدعوى المرقمة(3619/ق/2022)

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(570/ج/2023) في 2023/11/29.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(265/ج/2023) في 2023/11/29 .

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(408/ج/2023) في 2023/11/30

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(936/ق/2023) في 2023/11/29.

حكم محكمة القضاء الاداري بالدعوى المرقمة(4074/ق/2022) في 2023/2/19.

حكم محكمة قضاء الموظفين بالدعوى المرقمة(570/ج/2023) في 2023/11/29.

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(4074/ق/2022) بالرقم (2023/1403)بتأريخ 2023/4/12.

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة (3263/ق/2022) في 2024/2/14.

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(4373/ق/2022) في 2023/10/31 .

قرار المحكمة الادارية العليا في العراق في الطعن رقم (1357/قضاء موظفين-تمييز/2017) في 2017/8/21 .

قرار المحكمة الادارية العليا في العراق في الطعن رقم (4/طعن لمصلحة القانون/2017) في 2017/12/7 منشور في كتيب قرارات مجلس الدولة وفتاواه لعام 2017.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (778/ج/2023) في 2023/12/12.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(17/ج/2023) والمؤرخ في 2023/12/12.

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة (4995/ق/2023) في 2024/2/12.

حكم محكمة قضاء الموظفين بالرقم (2023/4927) بالدعوى(704/ج/2023) في 2023/11/30،

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(507/ج/2023) في 2023/12/7.

حكم محكمة القضاء الاداري بالدعوى المرقمة(731/ق/2023) والمتخذ في جلسة المرافعة المؤرخة في 2024/1/8،

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة (4332/ق/2023) بتاريخ2023/11/29.

قرار المحكمة الادارية العليا (1605/قضاء موظفين-تمييز/2020 في 2022/4/16

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(2594/ق/2023) في 2024/1/23

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(753/ق/2023) في 2014/1/23

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(3974/ق/2023) في 2024/2/14.

قرار المحكمة الادارية العليا بالرقم (1197/قضاء اداري- تمييز-2023) في 2023/7/17 والذي تم تم بموجبه نقض قرار محكمة القضاء الاداري بالعدد (2023/1784) في 2023/4/30.

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(815/ق/2023) في 2024/1/8.

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(815/ق/2023) في 2024/2/25.

قرار المحكمة الادارية العليا بالرقم 534/قضاء اداري –تمييز/2028) في 2018/5/9 .

قرار المحكمة الادارية العليا في الدعوى المرقمة (2098-2097/قضاء أداري- تمييز/2019،في 2019/11/21.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

قرار المحكمة الادارية العليا برقم الاضبارة (1527/قضاء الموظفين-تمييز/2023) في 2023/6/14.

قرارالمحكمة الادارية العليا رقم (1538/قضاء الموظفين-تمييز/2023) في 2023/6/14.

قرار المحكمة الادارية العليا (1537/قضاء اداري-تمييز/2022 في 2022/6/26.

حكم محكمة القضاء الاداري(122/ق/2023) في 2024/2/21.

حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(122/ق/2023) في 2024/2/21.(

قرار المحكمة الادارية العليا (2023/4911) في 2021/8/11 بالإضبارة رقم (1604/قضاء اداري- تمييز/2023) في 2023/10/18.

حكم محكمة القضاء الاداري بالعدد (2023/2924) في 2023/6/25 بالدعوى (859/ق/2023).

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى379/ج/2016 في 2016/10/9.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(687/ج/2021) في 2021/10/17.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (208/ج/2022) في 2024/2/14.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (516/ج/2023) في 2024/2/25.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (578/ج/2023) في 2024/2/25.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (3964/ق/2023) في 2024/2/14.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (4659/ق/2023) في 2024/2/14.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (3912/ق/2023) في 2024/2/13.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (3652/ق/2023) في 2024/2/14.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (2449/ق/2022) في 2024/2/13.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (1475/ق/2023) في 2024/2/14.

حكم محكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (805/ق/2023) في 2024/2/14.

.

مطالعات المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري وحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (3263/ق/2022) في (9/4/2023).

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (1813) في 2022/11/9.

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (1814) في 2023/11/9بتأريخ (20/11/2023).

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(3619/ق/2022) في 2023/11/21.

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(4074/ق/2022) في 2023/3/19، والمؤرخة في 2023/4/2.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (427/ج/2023) في 2023/11/30 والمؤرخة في 2023/12/7.

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(570/ج/2023) في 2023/11/29، والمؤرخة في 2023/12/7.

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(265/ج/2023) في 2023/11/29، والمؤرخة في 2023/12/7.

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(408/ج/2023) في 2023/11/30 والمؤرخة في 2023/12/7.

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(936/ق/2023) في (29/11/2023).

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(1839/ق/2023) في 2023/10/24 والمؤرخة في 2023/11/1.

مطالعة الادعاء العام امام محكمة القضاء الاداري وقضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (640/ج/2023).

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(605/ج/2023) في 2023/12/3 والمؤرخة في 12/12/ 2023.

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(3277/ق/2021) في 2023/7/17، والمؤرخة في 2023/7/31

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين والمؤرخة في 2023/4/2 بالدعوى المرقمة(4074/ق/2022) في 2023/2/19.

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(570/ج/2023) في 2023/11/29 والمؤرخة في 2023/12/7

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين بالدعوى المرقمة(59/ج/2023) بتأريخ 2023/11/21.

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (3263/ق/2022)، بتأريخ 2023/4/9

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري ومحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(464/ج/2023) بتأريخ 2023/11/23

مطالعة المدعي العام في الدعوى الرمقمة(362/ج/2023) بتأريخ 2023/11/27

مطالعة السيد المدعي العام امام المحكمة بتاريخ 2023/10/16، وقرارها المرقم (2023/5199) بتاريخ 2023/11/15 في الدعوى المرقمة(1839/ق/2023).

مطالعة السيد المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري وحكمة قضاء الموظفين في الدعوى المرقمة(778/ج/2023) بتأريخ 2023/12/4

مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(444/ج/2023) في 2023/12/4،

مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(703/ج/2023) في 2023/12/4

مطالعة المدعي العام في الدعوى والمرقمة(3377/ج/2023) في 2024/1/31.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(1721/ج/2023) في 2024/2/8.

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة(3377/ق/2023) في 2023/1/31

مطالعة المدعي العام امام محكمة قضاء الموظفين بالدعوى المرقمة(704/ج/2023) في 2023/11/19..

مطالعة المدعي العام بالدعوى المرقمة (704/ج/2023) امام محكمة قضاء الموظفين في 2023/11/30.

مطالعة المدعي العام امام محكمة قضاء الموظفين بالدعوى المرقمة(570/ج/2023) في 2023/11/29.

مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(464/ج/2023) في 2023/11/23.

مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(116/ج/2023) في 2023/11/26.

مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(329/ج/2023) في 2023/11/27.

مطالعة المدعي العام في الدعوى المرقمة(486/ج/2023) في 2023/11/27.(

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري وقضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (208/ج/2022) في 2024/2/14.

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري وقضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (516/ج/2023) في 2024/2/25.

مطالعة المدعي العام امام محكمة القضاء الاداري وقضاء الموظفين في الدعوى المرقمة (578/ج/2023) في 2024/2/25.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الحماية الدولية للمقدسات الدينية القران الكريم نموذجا

أ.د. صلاح جبير البصيصي
أستاذ القانون الدولي العام
جامعة كربلاء-كلية القانون

المقدمة

لقد وضعت الاتفاقيات والاعلانات الدولية حماية للأديان السماوية ومنها الدين الإسلامي والذي يحتوي العديد من المقدسات وتعد ظاهرة الإساءة لهذه المقدسات ظاهرة خطيرة ولها تداعيات خطيرة على الصعد السياسية والاجتماعية والثقافية والأمنية وان من شأن شيوع هذه الظاهرة وتزايدها ان يؤدي الى التأثير على السلم المجتمعي وخاصة اذا كانت تلك المقدسات تشكل جزء أساسي ورئيسي من معتقدات الدين الاسلامي ومن ابرز مظاهر هذه الإساءة للمقدسات الاسلامية في الآونة الأخيرة هو ظاهرة الإساءة للمصحف الشريف ،فضلا عن الاساءات الأخرى المتمثلة في نشر الرسوم الكاريكاتورية المسيئة للرسول الكريم وإنتاج عدد من الأفلام والروايات التي تستهدف الإسلام ورموزه وهذه باتت سياسة ممنهجة من قبل جهات ومؤسسات إعلامية وأحزاب يمنية متطرفة تحظى برعاية ودعم وتجاهل بعض الحكومات والمؤسسات الرسمية وكل ذلك بذريعة حرية التعبير عن الرأي ودون مراعاة لمشاعر الاخرين وعدم احترام قيمهم ومقدساتهم ويمكن القول ان حرية التعبير التي كفلها القانون الدولي في العديد من المعاهدات والاعلانات الدولية تتنافى مع هذه الحرية المزعومة، ففي الوقت الذي تم اتاحة حرية التعبير عن الرأي لكل فرد، فان هناك في نفس الوقت قيود على هذه الحرية تتمثل في احترام حقوق الاخرين وحماية الامن القومي والنظام العام واضافة الى حظر أي دعوة الى الكراهية القومية او العنصرية او الدينية والتي تشكل تحريضا على التمييز او العداء او العنف.

وبذلك فان الإساءة للمصحف الشريف تمثل إساءة للمسلمين في كل بقاع العالم باعتبار ان هذا المصحف الشريف هو كتابهم المقدس وهو بالتالي من المقدسات المهمة للمسلمين وبالتالي فان الإساءة له تعد ضربا من ضروب الازدراء والاحتقار للدين الإسلامي والذي يعد إضافة للديانتين المسيحية واليهودية من الشرائع المنزلة من عند الله عز وجل على انبيائه ورسله وعليه فان الإساءة للمصحف الشريف سوف تؤدي حتما الى تهديد السلم والامن الدوليين التي تسعى منظمة الأمم المتحدة لتحقيقه، لا بل يعد من أهدافها لتحقيق الاستقرار العالمي ومن هنا فانه يجب ان تقنن حماية الأديان السماوية والمقدسات الدينية من اجل المحافظة على السلم المجتمعي والتعايش السلمي بين جميع الشعوب ولا يمكن القبول بادعاءات حرية التعبير للإساءة للأديان والمقدسات لأنها تمثل خروجا عن ضوابط ممارسة هذه الحرية.

وبناء على ما تقدم فأننا سنبحث هذا الموضوع في ثلاثة مباحث، سيتناول الأول مفهوم حماية المقدسات الدينية والإساءة اليها وعلى ان نتناول في المبحث الثاني التنظيم القانوني الدولي لحماية المقدسات الدينية وأخيرا فسوف يتناول المبحث الثالث المسؤولية الدولية التي تترتب على انتهاك حماية المقدسات الدينية .

المبحث الاول

مفهوم الحماية الدولية للمقدسات الدينية والإساءة اليها

من اجل المحافظة على السلم والامن الاجتماعي ضمنت الكثير من الاتفاقيات والاعلانات الدولية حماية المقدسات الدينية ايمانا منها بأهمية الأديان والمقدسات في نفوس معتنقيها.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الاول

مفهوم الحماية الدولية للمقدسات الدينية

ان تناول الموضوع يتطلب بحث مفهوم المقدسات الدينية ومن ثم مفهوم الحماية الدولية لها من اجل بيان العلاقة المباشرة بينهما.

اولا: مفهوم المقدسات الدينية

يتألف مصطلح (المقدسات الدينية) من كلمتين هم (المقدسات) و(الدينية) ، فأما المقدس في اللغة فهو المبارك والأرض المقدسة هي الأرض المطهرة والمباركة واصطلاحا تعرف المقدسات الدينية بانها مجموعة العقائد التي انعقدت عليها نفس الانسان وارتبطت بها روحه، فلا ينفصل عنها ويعتبر مقدسا كل ما هو مبجل او معظم وله قداسة وقد جاءت به الشرائع السماوية ووضعت له منزلة ومكانة سواء كان من الكتب او الأماكن او الأشخاص[1] وبالتأكيد فان القران الكريم هو احد اهم المقدسات الدينية للمسلمين .

واما الدين في اللغة فيأتي بمعنى الطاعة والانقياد والدين في الاصطلاح العام ما يعتنقه الانسان ويدين به وفي الاصطلاح الإسلامي هو (التسليم لله تعالى والانقياد له) وهو كذلك (الشرع الإلهي المتلقى عن طريق الوحي) وبذلك يحتوي تعريف الدين الإسلامي على اربع عناصر أساسية ،العنصر الأول هو (المصدر) وهو الله عز وجل لقوله تعالى (الحمد لله الذي انزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجا) والعنصر الثاني وهو (الوحي) أي الواسطة بين الله وعبده والعنصر الثالث هو (الموحى به) وهو القران الكريم وقول الله تعالى (كذلك اوحينا اليك قرانا عربيا لتنذر ام القرى من حولها) والعنصر الرابع هو (الموحى اليه) وهم الأنبياء والرسل جميعا، فالدين عبارة عن مجموعة القواعد التي يوصي بها الله سبحانه وتعالى الى الرسول من رسله كي يبلغوها الى الناس، فمصدر القواعد الدينية هو الوحي الالهي وتكون في شكل اوامر ونواهي للأفراد وتتفق كافه الرسالات السماوية في اصول العقيدة من حيث الايمان بالله ووجوب عبادته وعدم الشرك به [1] ولذلك قال تعالى عز وجل (وما ارسلنا من قبلك من رسول الا نوحي اليه انه لا اله الا انا فاعبدون)[1] ويرى البعض ان الدين ينقسم الى نوعين من الروابط ، الاولى تلك التي تربط الانسان بخالقه وهي العبادات والنوع الثاني ذلك الذي يربط انسان بغيره من بني البشر وهو المعاملات والاديان السماوية تقتصر على الشرائع والرسالات المنزلة من عند الله عز وجل على انبيائه ورسله وهي اليهودية والمسيحية والإسلامية وكتبها المقدسة هي التوراة والانجيل والقران الكريم وترجع بأصولها الى مله ابراهيم عليه السلام[1] .

ثانيا: مفهوم الحماية الدولية

لقد عرفت الحماية الدولية بانها تلك المهام والأنشطة التي تنهض بها الأجهزة الدولية على المستوى الدولي والاقليمي بغرض خلق او ايجاد المناخ العام الذي يكفل اقرار وتعزيز حقوق الانسان والتصدي للانتهاكات التي ترتكب ضد هذه الحقوق[1] ، كما وعرفت ايضا بانها تكمن في الاساس في اتخاذ العديد من الاجراءات العامة التي تمارسها الأجهزة المختصة في الامم المتحدة او ما تمارسها اجهزة الحماية الدولية الخاصة المسؤولة عن مراقبة تنفيذ الدول التزاماتها باحترام حقوق الانسان ونجد البعض[1] ومن الفقه من يميز بين الحماية المباشرة والحماية غير المباشرة ، فالحماية المباشرة تتمثل في الاجراءات التي تتخذها الهيئات الدولية ازاء دولة ما لتتأكد من التزامها بتنفيذ ما تعهدت والتزمت به في اتفاقيات الدولية لحقوق الانسان والكشف عن الانتهاكات ووضع المقترحات او اتخاذ الاجراءات لمنع هذه الانتهاكات اما الحماية غير المباشرة فهي تلك المهام والأنشطة التي تنهض بها الأجهزة الدولية من اجل اقرار وتعزيز حقوق الانسان ونشر الوعي بها بين الحكومات على حد سواء[1] .

وعليه فان الحماية الدولية للمقدسات الدينية تعرف بانها مجموعة الاجراءات المنصوص عليها في الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي تتخذ من قبل الدول والهيئات المختصة والتي من شانها حماية الاديان والمقدسات من الانتهاكات التي تتعرض لها .

المطلب الثاني

مفهوم الإساءة للمقدسات الدينية

قبل البحث في مفهوم الإساءة للمقدسات الدينية (المصحف الشريف) فان من الفائدة الإشارة اولا للتمييز بين المصحف والقران

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الكريم ذلك ان المصحف يعني المحرر او الكتاب الذي يتضمن آيات القران الكريم بين دفتيه وقد يتخذ صوره ورقية او جلدية بل حتى الكترونية ، بينما القران الكريم هو كلام الله تعالى المنزل على نبيه محمد صلى الله عليه واله وسلم عن طريق جبريل عليه السلام وهو احد الملائكة ولذلك فان التدنيس او الحرق الذي يقوم به بعض الطائشين انما ينال المصحف وليس القران الكريم والذي قال فيه الله سبحانه وتعالى (انا نزلنا الذكر وانا له لحافظون)[1] .

اولا : تعريف الإساءة للمصحف الشريف

يشير البعض ان الإساءة للمقدسات الدينية او ازدراء الاديان هو اعتداء على قدسية الاعتقاد الديني واساءه للدين والرسل ومهاجمه العقيدة بالباطل ويقصد بإزراء الاديان في الشريعة الإسلامية بانه كل فعل يكون من شانه الطعن في الدين او المساس بالرموز او المعتقدات او الشعائر الدينية سوى كان ذلك عن طريق السخرية او الاستهانة او التجريح مما يستوجب معاقبه فاعله[1] وتعرف جريمة ازدراء الاديان قانونيا بانها احتقار الدين او احد رموزه او مبادئه الثابتة او نقده او السخرية منه ويعتبر رمزا دينيا كل ما هو مبجل او معظم او له قداسة وله منزله ومكانه سواء كان من الكتب او الاشخاص او الاماكن[1] وعرف القانون الاماراتي رقم 2 لسنة 2015 ازدراء الاديان بانه (كل فعل من شانه الإساءة الى الذات الإلهية او الاديان او الانبياء او الرسل او الكتب السماوية او دور العبادة)[1] .

وبناء على ما تقدم فان الإساءة للكتب السماوية ومنها المصحف الشريف تعد صورة من صور الإساءة للأديان وسواء كان ذلك الاعتداء تضمن تحريفا او اتلافا او اي صوره اخرى من صور التدنيس الاخرى وباي شكل من الاشكال وعلى سبيل المثال فان التحريف يشمل الإضافة او الحذف اما الاتلاف فيشمل الحرق او القطع ...الخ والتدنيس والتشويه بكل الوسائل .

ثانيا: صور الإساءة للمصحف الشريف

لقد مورست مظاهر الإساءة للمصحف الشريف في حقب تاريخية مختلفة، ففي عام 1530م ظهرت في مدينة البندقية اول نسخه مترجمة للمصحف وتم اصدار مرسوم في احراقها [1] وتكررت بعد ذلك حوادث الإساءة للمصحف الشريف ، ففي عام 2005 اثبتت التحقيقات في معتقل خليج غوانتامو ان اربعة جنود والمحققين اساؤوا الى مصاحف المعتقلين المسلمين وفي عام 2011 اعتقلت الشرطة البريطانية احد المتطرفين قام بحرق المصحف وفي نفس العام قام القس الأمريكي (تيري جونز) بحرق نسخة من المصحف وفي عام 2019 اقدم (رسموس بالودان) على حرق نسخ من المصحف الشريف امام مبنى البرلمان الدنماركي وفي عام 2022 قام نفس الشخص بالحرق مره ثانية في السويد وكرر العمل مرة اخرى امام السفارة التركية بالعاصمة السويدية ستوكهولم عام 2023 وفي نفس العام اقدم لاجئ عراقي بحرق ودوس المصحف الشريف في السويد وهكذا تكررت هذه المظاهر السلبية عدة مرات وقد احدثت ردود الفعل بالإدانة والاستنكار من قبل الدول العربية والإسلامية مع صمت الدول الغربية في الوقت نفسه والواقع انه لا خلاف اذا ما قام بفعل الإساءة من ينتمي للطائفة الدينية او ممن لا يعتنقونها فالأمر سيان ويعتبر ذلك محققا لجريمة الازدراء ومستحقا للعقاب .

المبحث الثاني

التنظيم القانوني الدولي لحماية المقدسات الدينية

ادرجت الاعلانات والاتفاقيات الدولية الحق في حريه العقيدة وحريه التعبير بين الحقوق الأساسية والحريات العامة للإنسان، الا انها وضعت بعض الشروط لتقييد هذه الحقوق والحريات ولاسيما في فيما يتعلق منها بالإساءة للأديان والمقدسات والتطاول على الكتب المقدسة والمعتقدات والرموز الدينية ولذلك تم تجريم بعض الافعال بهدف احترام الخصوصية الثقافية والدينية والاجتماعية للمجتمعات من اجل المحافظة على النظام العام والسلام الداخلي للدول والمجتمع الدولي بصورة عامة .

المطلب الاول

التنظيم القانوني الدولي لحرية المعتقد وحرية التعبير

يوجد تنظيم قانوني دولي لممارسة حرية المعتقد وحرية التعبير من شأنه ان يبين تنظيم هاتين الحرتين وضوابط ممارستهما

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وعدم تفضيل أحدهما على حساب الاخر.

اولا: التنظيم القانوني لحرية المعتقد

تعرف حرية المعتقد بانها حرية الانسان في ان يعقد قلبه وضميره على الايمان بشئ معين ايمانا سليما من الشك مبنيا على عقيدة راسخة وعرفت كذلك بانها حق الانسان في اختيار ما يؤمن به ابتداء وفق ما استقر عليه قلبه وضميره ووجدانه من غير ضغط ولا قسر ولا اكراه خارجي [1].

وقد نصت الفقرة الاولى من المادة 18 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948 على ان لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين وقد اكدت هذه المادة على حرية الانسان في التفكير والتدبر والبحث عن الدين الحقيقي وفق معاييره الخاصة ونصت الفقرة الثانية من المادة 18 من الاعلان على ان لكل شخص الحق في اعتناق اي دين او معتقد دون قيد او شرط وله الحق في تغيير ديانته او عقيدته ونصت الفقرة الأخيرة من المادة 18 من الاعلان بان لكل شخص التعليم والممارسة واقامة الشعائر والطقوس الدينية بصوره فردية او جماعية وقد جاء العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 في المادة(1/18) منه بالتأكيد ايضا على حق كل انسان في حريه الفكر والوجدان والدين ويشمل ذلك حريته في ان يدين باي دين وحريته في اظهار دينه واقامه الشعائر والممارسة والتعليم بمفرده او مع الجماعة واكدت الفقرة الثانية من المادة 18 من العهد بانه لا اكراه في الدين ولا يجوز تعريض احد لإكراه من شانه ان يخل بحريته في ان يدين بدين ما ونصت الفقرة الثالثة من المادة 18 من العهد في حق كل انسان في ممارسه الشعائر الدينية دون قيد او شرط ،الا اذا كان قيدا متعلقا بالنظام العام والآداب العامة .

وبذلك فان جميع النصوص المتقدمة تؤكد على حرية اختيار الدين والمعتقد دون قيد او شرط وان على الجميع احترام هذا الاختيار وبالتالي لا يجوز التجاوز على الأديان والمقدسات الخاصة بها ومن ذلك الكتاب المقدس للمسلمين وهو القران الكريم.

ثانيا: التنظيم القانوني لحرية التعبير

تعرف حرية التعبير بانها قدرة كل انسان في التعبير عن آرائه وافكاره باي وسيلة من الوسائل سواء بالقول او الرسائل او بوسائل النشر الأخرى وعرفت كذلك بانها حق الافراد في التعبير الحر عما يعتنقون من أفكار من دون ان يكون في ذلك مساس بالنظام العام وحقوق الاخرين وبذلك فان هناك شرطين لحرية التعبير اولاهما ،ان حرية التعبير هي حق وثانيهما ان ممارسة هذه الحرية مشروطة بعدم المساس بالنظام العام في المجتمع[1] وقد نصت المادة 19 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على حرية التعبير وهو ما نصت عليه ايضا المادة(1/19) من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بالقول بان لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء والسعي للحصول على المعلومات والافكار وتلقيها ونقلها باي وسيلة وبدون حدود ووضعت الفقرة الثالثة من المادة 19 من العهد قيودا على ممارسة حرية التعبير وشريطة ان تكون هذه القيود محددة بنص القانون وان تكون ضرورية من اجل احترام حقوق الاخرين او سمعتهم وكذلك من اجل حماية الامن القومي او النظام العام او الصحة العامة او الآداب العامة وبذلك فان حرية التعبير هي حرية نسبية وليست مطلقة وغالبا ما يتدخل المشرع بتقيدها من اجل المصلحة العامة .

ثالثا: الحدود الفاصلة بين حرية التعبير وحرية المعتقد

لقد ظهر اتجاهان بصدد مظاهر الإساءة للأديان والمقدسات الدينية[1] فالبعض يعتبر الإساءة الى الاديان تمثل حرية راي وتعبير ولا يمكن تقييدها طالما لم تنطوي على دعوة صريحة لممارسة العنف ضد فرد او فهم معينة ومن هذا المنطلق يرى اصحاب هذا الاتجاه ان الاقرار بمفهوم ازدراء الاديان وتجريمه في القوانين الوطنية والدولية يحد من حرية التعبير وهذا ما تبنته لجنة حقوق الانسان التابعة للأمم المتحدة في التعليق رقم 34 على المادة 19 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية ويرى الاتجاه الثاني المعارض بانه على الرغم من كفالة الاسلام والقوانين الدولية لحرية الراي والتعبير لكل الناس، الا ان الامر لم يترك مطلقا بل جاء مقيدا ومحدد ضمن حدود وضوابط تضمن عدم انتهاك حرمات الاديان والاعتداء والإساءة لحقوق الاخرين ومقدساتهم ويرى هذا

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الاتجاه ان اعتبار الإساءة للأديان ضمن حرية الرأي والتعبير من شانه اشاعة الكراهية والعنف على اساس ديني فاذا كانت حرية التعبير حق مكفول بحكم القانون فان المعتقدات الدينية والكتب المقدسة والرموز الدينية ليست ميدانا مباحا للتناول في التجريح والازدراء والتطاول تحت ادعاءات حرية التعبير ولذلك قيدت الفقرة الثالثة من المادة 19 من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية حرية التعبير بضرورة احترام حقوق الاخرين او سمعتهم وحماية الامن القومي والنظام العام وبالتأكيد فان الإساءة للمصحف الكريم بحجة ممارسة حرية التعبير ينتهك حقوق الأفراد المسلمين، كما يعرض الامن القومي والنظام العام والسلم الاجتماعي للخطر وبدليل ان الإساءة للمصحف الشريف تسبب بأعمال العنف وخلق بيئة معادية للمسلمين في الدول التي يتواجدون فيها وفي ذلك عنصرية دينية واضحة وبالتالي فهي عمل محظور في القانون الدولي والذي وضع كما راينا ضوابط لممارسة حرية التعبير والراي .

ويذكر بانه بتاريخ29/6/2023 وجهة سماحة المرجع الاعلى السيد علي الحسيني السيستاني رسالة الى السيد انطونيو غويتريش الامين العام للأمم المتحدة يشير فيها ان احترام حرية التعبير عن الراي لا يبرر ابدا الترخيص في مثل هذا التصرف المغزى (حرق نسخة من المصحف الشريف) بيئة مواتية لانتشار الافكار المتطرفة والممارسات الخاطئة[1] ومن ناحيته اعلن الامين العام للأمام المتحدة انه تلقى رسالة المرجع الاعلى في العراق على خلفية حرق المصحف الشريف في السويد واعرب عن ادانته واستنكاره لهذا العمل الشنيع.

المطلب الثاني

خطاب الكراهية

لم يتم الاتفاق عالميا على تعريف موحد لخطاب الكراهية بموجب القانون الدولي لحقوق الانسان وذلك لان هذا المفهوم يرتبط بحرية التعبير عن الراي وتخشى بعض الدول وناشطي حقوق الانسان من ان يتحول هذا المفهوم الى وسيلة قمع الى حرية التعبير المكفولة في اعلانات ومواثيق حقوق الانسان .

اولا: محاولات تعريف خطاب الكراهية

لا يوجد تعريف موحد مقبول عالميا لخطاب الكراهية ولكن مع ذلك عرفت الامم المتحدة خطاب الكراهية بانه اي نوع من انواع الاتصال في الكلام او الكتابة او السلوك يهاجم او يستخدم لغة تحقيرية او تمييزية بالإشارة الى شخص او مجموعة على اساس دينهم او عرقهم او جنسيتهم او اي عامل اخر وبحسب (مبادئ كامدن) فان الكراهية حالة ذهنية تتم بانفعالات حادة وغير عقلانية من العداء والمقت والاحتقار اتجاه المجموعة او الشخص المحرض ضده ونص المبدأ 12 من مبادئ كادمن على وجوب ان تتبنى جميع الدول تشريعا يمنع اي دعوة للكراهية على اساس قومي او عرقي او ديني مما يشكل تحريضا على التمييز او العداء او العنف[1] .

ويهدف خطاب الكراهية الى التحريض على الصراعات الطائفية والإقليمية والتحريض على انكار وجود الاخر وتهميشه والحث على العنف وبالتالي فان خطاب الكراهية يعتبر من الوسائل المعتمدة للإساءة للأديان والتعدي على مقدساتهم ورموزهم ويتم التعبير عن هذه الإساءة بأشكال مختلفة سواء بالرسم، او الكتابة او التمثيل او التأليف او الافعال مما يعني ان هناك ارتباط وثيق بين حرية التعبير وخطاب الكراهية والإساءة للأديان والمقدسات .

ثانيا: حظر خطاب الكراهية

تنص الفقرة الثانية من المادة 20 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على انه (يحظر القانون اي دعوة الى الكراهية القومية او العنصرية او الدينية التي تشكل تحريضا على التمييز او العداء او العنف) وبذلك فان القانون الدولي يحظر خطاب الكراهية الذي يتضمن تحريضا واضحا ومضمرا (النية الجرمية) او في حالة تسبب بتأجيج العنف ولذلك يدعو القانون الدولي الدول الى اتخاذ كافة الاجراءات لمنعه ولذلك فان من مقومات حفظ النظام العام هو عدم المساس بالأديان والمقدسات لان مثل هذه الافعال من شانها المساس بالسلم الاجتماعي .[1]

وبذلك تهدد الخطابات المتضمنة للحقد والعنصرية النظام العام ولا تعد بالتالي من باب حرية الراي والتعبير وبالنتيجة فان حرق

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المصحف الشريف هو عمل تحريضي يتضمن التحريض على التمييز والعداء والكراهية وبالطبع يؤدي الى العنف وهو ما حصل بالفعل في كل مرة يتم فيها المساس بالمصحف الكريم وهذا ما دفع الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 2023 بإصدار قرار يستنكر الاعمال التي ترتكب ضد الرموز الدينية والكتب المقدسة معتبرة تلك الاعمال انتهاك للقانون الدولي وفي تاريخ19/7/2023 اصدر مجلس حقوق الانسان التابع للأمم المتحدة قرار يدين اعمال الكراهية الدينية مثل حرق المصحف الشريف وصوت على القرار 28 دوله من اصل 47 دولة وصوت ضده 12 دولة وامتنعت سبع دول عن تصويت وتضمن القرار ادانة اي دعوة واظهار للكراهية الدينية ومنها الأنشطة الأخيرة التي ادت الى نزع صفة القداسة عن القران الكريم ودعا الدول الى اتخاذ قوانين تحاسب من يقوم بهذه الافعال وطلب من الامم المتحدة تحديد البلدان التي ليس لها مثل هذه التشريع وتنظيم حوار بين الخبراء حول هذا الموضوع وقال مفوض الامم المتحدة السامي لحقوق الانسان (فولكر تورك) ان (الإساءة لمظاهر معتقداتنا العميقة وتدميرها يمكن ان يفضي الى الاستقطاب في المجتمعات ويتسبب في توترات بالغة) .

ويمكن القول اخيرا انه اذا العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية يعد اتفاقا ملزما للدول المصادقة عليه ،فان القيمة القانونية لقرارات الجمعية العامة ومجلس حقوق الانسان لا تتمتع بصفة الالزام القانوني وانما تتمتع بقوة ادبية او اخلاقية ومع ذلك فانها يمكن ان تتحول بمرور الزمن الى اعراف قانونيه دولية ملزمة ولخطورة افعال الإساءة للأديان وتزايدها فان الامر يتطلب ان يتم ابرام اتفاقية دوليه ملزمة تحظر الإساءة للأديان والمقدسات الدينية باي شكل من الاشكال .

المبحث الثالث

المسؤولية الدولية عن انتهاك حماية المقدسات الدينية

ان هناك مسؤولية دولية تترتب على كل دوله تنتهك الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الاديان كما ان هناك مسؤولية جنائية فردية تقع على الافراد والذين يرتكبون جرائم دولية تتعلق بالإساءة للأديان والمقدسات.

المطلب الاول

المسؤولية الدولية للدول عن انتهاك حماية المقدسات

ان المسؤولية الدولية هي عبارة عن نظام قانوني تلزم بمقتضاه الدولة التي تأتي عملا غير مشروع طبقا للقانون الدولي بتعويض الدولة التي لاحقها ضرر من جزاء هذا العمل وعرفت كذلك بانها علاقة قانونية تنشأ نتيجة تصرف غير مشروع تمثل بانتهاك الالتزام الدولي من قبل دولة في مواجهة دولة أخرى ويترتب عليها التعويض[1] .

اولا: اساس المسؤولية الدولية

ان الاساس الحقيقي للمسؤولية الدولية هو اخلال الدولة بقاعدة من قواعد القانون الدولي وبذلك تحقق مسؤولية الدولة عند قيام احد مؤسساتها بتصرفات تشكل اساءه للأديان والرموز الدينية وكذلك في حالة امتناعها عن القيام بالأعمال اللازمة لحماية الاديان استنادا للاتفاقيات والمواثيق الدولية التي صادقت عليها الدولة ، فبالنسبة الى مسؤولية الدولة عن حماية الاديان ومنها الإساءة للمصحف الشريف فتتحقق في المخالفة لالتزامات هذه الدول وفق ميثاق الامم المتحدة والذي تؤكد المادة الاولى فيه على تشجيع التزام حقوق الانسان والحريات الأساسية وبدون تمييز على اساس العنصر او الجنس او الدين ولذلك ،فالمساس بالحقوق الدينية للأفراد يعد انتهاكا يستوجب مسؤولية الدولة التي يحدث الانتهاك في اقليمها وكذلك تنص المادة الثانية من اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز العنصري لعام 1965 على ان تشجب الدول الاطراف التمييز العنصري بكل الوسائل المناسبة وان تعزز التفاهم بين جميع الاجناس وكذلك نصت المادة الرابعة من نفس الاتفاقية على منع اي شكل من اشكال الكراهية العنصرية والتمييز العنصري وان تتخذ التدابير الفورية الإيجابية بهدف القضاء على كل تحريض على هذا التمييز وعليه فان مخالفة الدول لهذه الالتزامات يجعلها تحت طائلة المسؤولية الدولية وينطبق الامر كذلك على الدول المصادقة على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 والذي منعت فيه الفقرة الثالثة من المادة 19 اي حرية للتعبير فيها اساءة للأخرين او تعريض الامن القومي او النظام العام للخطر

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

،كما حظرت المادة(2/20) هي الاخرى الدعوة للكراهية القومية او العنصرية او الدينية.

والخلاصة ان المسؤولية الدولية تترتب على كافة الدول الملتزمة باتفاقيات حقوق الانسان الذي تمنع الإساءة للأديان والمقدسات الدينية ومن ذلك الإساءة للمصحف الشريف وبذلك يمكن مساءلة جميع الدول التي تحدث في أراضيها أفعال الإساءة للمقدسات لأنها ملزمة بمقتضى تلك الاتفاقيات بتشريع القوانين التي تحظر الإساءة والتميز والكراهية ضد الأديان والمقدسات .

ثانيا: شروط المسؤولية الدولية

لكي تقرر مسؤولية الدولة عن انتهاك حماية المقدسات الدينية لابد من تحقيق ثلاث شروط وهي :

عدم مشروعية الفعل: اذ يجب ان يكون الفعل المنسوب للدولة غير مشروع دوليا ويكون هذا الفعل غير مشروع دوليا إذا كان يتضمن مخالفة لأحدى التزامات الدول الاتفاقية او العرفية او المبادئ القانون العامة وفي مجال حماية الاديان فان اي انتهاك لهذه الحماية يجعل الدولة مسؤولة عن هذا الانتهاك وبالتالي لا يجوز لتلك الدول ان تدعي بعدم وجود قانون يقيد حرية التعبير لان اغلب الاتفاقيات الدولية ألزمت الدول الأطراف باتخاذ تدابير تشريعية وغير تشريعية لاحترام الأديان واتخاذ الإجراءات القانونية بحق كل من ينتهك ذلك .

نسبة الفعل الى الدولة: يعد الفعل غير المشروع منسوبا للدولة اذا كان صادر من احد سلطاتها العامة اخلالا بقواعد القانون الدولي في مجال حماية الاديان وسواء كانت تلك السلطات سلطات تنفيذية او تشريعية او قضائية ،كما تسال الدول عن جميع تصرفات رعاياها ومؤسساتها الخاصة عندما تصدر منها تصرفات فيها اساءه للأديان لأنها هي المسؤولة عن تنفيذ القانون وحماية النظام العام في اقليمها[1] .

الضرر: يلزم لقيام المسؤولية الدولية ان ينتج عن الفعل غير المشروع ضرر يصيب دولة من الدول ويشترط في هذا الضرر ان يكون مؤكدا وحقيقيا وسواء اكان ماديا او معنويا وبالتأكيد فان الإساءة للمصحف الشريف فيها ضرر مادي وضرر معنوي وربما يكون الضرر المعنوي أفدح بكثير من الضرر المادي بسبب مساسه بمشاعر جميع المسلمين بالعالم .

ومما تقدم يمكن للدول الإسلامية او أحدها على الأقل رفع دعوى قضائية امام محكمة العدل الدولية ضد السويد او الدنمارك او أي دولة أخرى تنتهك احكام اتفاقيات حقوق الانسان السابقة وبذلك يمكن اصدار احكام دولية بحقها مع اشتراط قبولها اختصاص المحكمة وذلك لا النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية يقوم على الاختصاص الاختياري للدول.

المطلب الثاني

المسؤولية الدولية الجنائية عن انتهاك حماية المقدسات

ان تعزيز الحماية القانونية للأديان والمقدسات وفق قواعد القانون الدولي العام غير كاف لقمع المساس بها او الإساءة اليها حيث يحتاج الامر الى حماية دولية جنائية لتساهم في مكافحة الجرائم المرتكبة ضد الاديان من اجل تضييق الخناق على مرتكبيها والواقع ان معيار التمييز بين ما يجب ان يكون مباحا من حرية التعبير وبين ما يدخل في نطاق التجريم هو من اعمال القضاء الذي يراعي في احكامه الموازنة بين حرية التعبير وعدم التعرض لقيم المجتمع واحترام شعور الافراد الديني واحترام رموزهم الدينية المقدسة .

اولا: المسؤولية الجنائية وفق القانون الداخلي

ان كل الدول الإسلامية نصت في قوانينها الجزائية على تجريم الاعتداء على الاديان والمعتقدات والمقدسات الدينية ، فعلى سبيل المثال نص قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل في المادة (372) في الفقرة الأولى منها على ان يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات او بغرامة لا تزيد عن ثلاثمائة دينار ..1-كل من اعتدى بأحد طرق العلانية على معتقد لأحدى الطوائف الدينية ...وكذلك نصت الفقرة الرابعة من نفس المادة على نفس العقوبة لمن طبع او نشر كتابا مقدسا عند طائفة دينية اذا حرف نصه عمدا تحريفا يغير معناه او اذا استخف بحكم من احكامه او بشيء من تعاليمه وكذلك نص قانون العقوبات الاماراتي في المادة 312 على عقوبة الحبس او الغرامة لكل من يسيء للمقدسات الإسلامية او عند سب احد الاديان السماوية او التحريض والترويج

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

للمعصية ونصت المادة 4 من القانون الاتحادي الاماراتي رقم2 لسنة 2015 على تجريم افعال التعدي على الكتب السماوية الثلاثة بالتحريف او الاطلاق او التدنيس او الإساءة باي شكل من الاشكال وتتراوح العقوبة بين السجن او الغرامة وكذلك فعل قانون العقوبات المصري ، اذ جرم في المادة 160 منه التعدي على شعائر احد الاديان او احد الاعتقادات الدينية الخاصة بها وكذلك اشارت الفقرة الثانية من المادة 160 على تجريم التعدي على اماكن اقامة الشعائر ونصت المادة(1/161) على جريمة السخرية العمدية من احد الاديان وغير ذلك من الجرائم المتعلقة بحمايه الاديان ومقدساتها[1] .

وهكذا نجد ان العديد من التشريعات الوطنية للدول قد افردت جانبا هاما من الحماية التشريعية لمنع الإساءة للأديان والحد من الكراهية لحماية السلم والامن الاجتماعي .

ثانيا: المسؤولية الجنائية وفق القانون الدولي

ان الشخص الرئيسي للمسؤولية الجنائية في القانون الدولي الجنائي هو الفرد سواء اكان رئيسا او مرؤوسا او شخصا عاديا ولما كان الشخص الطبيعي هو المخاطب الاول بأحكام القانون الدولي الجنائي فانه يجوز محاكمته على الجرائم الدولية المتعلقة بحماية الاديان ، فقد نصت الفقرة الاولى من المادة 25 من النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية على ان اختصاص المحكمة يتعلق بالأشخاص الطبيعيين واكدت الفقرة الثانية من نفس المادة على ان الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة يكون مسؤولا عنها بصفته الفردية وعرضه للعقاب وفق هذا النظام الاساس مع مراعاة مبدا التكامل الذي يقتضي ان تتم المحاكمة اولا امام القضاء الوطني احتراما لسيادة الدول ولكن يمكن في حالة عدم محاكمته امام محاكمها ولأي سبب كان فانه يمكن ان يحكم امام المحكمة الجنائية الدولية اي ان هناك تكامل بين المحاكم الوطنية والمحاكم الجنائية الدولية .

ان الجريمة الدولية تتحقق عند انتهاك مبادئ القانون الدولي العام وتضر بالمصالح الدولية التي يحميها القانون[1] والسؤال المطروح هنا هل ان الإساءة للأديان ومنها الإساءة للمصحف الشريف تعد جريمة دولية؟

يمكن القول ان هناك اربعة اركان للجريمة الدولية وهي الركن المادي والمعنوي والشرعي والدولي

ويتحقق الركنين المادي والمعنوي في جريمة الإساءة للمقدسات الدينية باعتبار ان الركن المادي يمثل السلوك الاجرامي(حرق المصحف الشريف) مع تحقيق الركن المعنوي والذي يتطلب عنصري العلم والارادة والذي يتحقق في جريمة الإساءة للأديان والمشكلة تبقى في الركنين الشرعي والدولي، ففي الركن الشرعي يتطلب وجود نص قانوني دولي بالتجريم وللأسف يفتقد النص الصريح والمكتوب الذي يجرم الإساءة الاديان في النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية ،اذ تضمنت اربع جرائم وهي جرائم الإبادة والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والجرائم العدوان ولكن يمكن القول ان الإساءة الاديان والمقدسات لا يقتصر النص عليها على النصوص الدولية المكتوبة ، اذ ان هناك مصادر اخرى للقانون الدولي وهي العرف الدولي والمبادئ العامة للقانون وقد وجدت عدة تطبيقات عرفية وعدة مبادئ عامة للقانون سواء كانت تلك المبادئ موجودة في القانون الداخلي او القانون الدولي وكلها تجرم الإساءة للأديان مع ملاحظة انه اذا كانت هذه الجريمة الدولية المتعلقة بالإساءة للأديان لا يمكن للمحكمة الجنائية الدولية ان تنظر بها بسبب نصها في المادة الخامسة من نظامها على اربع جرائم محددة ليس من بينها الإساءة للأديان ولكن مع ذلك يمكن اما تعديل النظام الاساس ليشمل هذا النوع من الجرائم او يتم اللجوء الى محاكم جنائية اخرى دولية او داخلية تتولى محكمة الاشخاص الذين يتعرضون للأديان او المقدسات الدينية بالإساءة او التدنيس ويمكن القول اخيرا ان الركن الدولي في جريمة الإساءة للأديان يتحقق ،اذ تمس هذه الجريمة بالمصلحة العامة الدولية ،اذ ان هناك ما يقارب ملياري مسلم يشكلون25% من سكان العالم وان الاعتداء على مقدساتهم يستفز مشاعرهم ويؤدي الى تهديد الامن والسلم الدوليين وبذلك يمكن تحريك الدعوة الجزائية امام مختلف المحاكم الدولية لان فعل الإساءة للمقدسات يتضمن في طياته كافة اركان الجريمة الدولية .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الخاتمة

اولا: النتائج

ان هناك حماية دولية للأديان والمقدسات الدينية ومنها المصحف الشريف.

ان الإساءة للمصحف الشريف حدثت عبر فترات تاريخية متعددة، ولكنها ازدادت مع ظهور الاحزاب المتطرفة والعنصرية وغياب التشريعات اللازمة للحماية.

ان هناك اتفاقيات واعلانات دولية وفرت حماية قانونية دولية للمقدسات الدينية.

ان هناك مسؤولية دولية وجنائية تلحق كل من يسيء للأديان والمقدسات سواء كان من الدول او من الافراد .

ثانيا: المقترحات

ان تسعى منظمة الامم المتحدة وبالتعاون مع منظمة التعاون الإسلامي من اجل ابرام اتفاقية دولية توفر حماية للأديان .

ان يتم تعديل النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية بإضافة جريمة الإساءة للأديان كأحد الجرائم التي تنظرها هذه المحكمة .

ان لا تكتفي الدول الإسلامية ومنظمة التعاون الاسلامي بالإدانة والشجب لمظاهر الإساءة للمصحف الشريف وانما تتخذ مواقف أكثر حزما بإقامة الدعاوى على الدول التي تقع فيها هذه الاعمال وان يتم مقاطعتها دبلوماسيا .

ان تقوم الجاليات الإسلامية في تلك الدول الأوروبية التي تسمح بظاهرة الإساءة للأديان برفع دعاوى امام المحاكم الداخلية والمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان من اجل منع مظاهر الإساءة ومعاقبة مرتكبيها .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

السلطة وإدارة التنوع المجتمعي في العرق بعد عام 2003.

م. سعد محمد حسن
مركز الدراسات الاستراتيجية/ جامعة كربلاء
أ.م. مؤيد جبار حسن
مركز الدراسات الاستراتيجية/ جامعة كربلاء
أ.م.د. حمد جاسم محمد
مركز الدراسات الاستراتيجية/ جامعة كربلاء

ملخص

يُعنى هذا البحث بدراسة إدارة السلطة للتنوع المجتمعي في العراق من خلال السلبيات والايجابيات في إدارة السلطة بعد التغيير السياسي للنظام عام 2003, اذ شهد العراق بعد تغير النظام السياسي في العام 2003, تصاعد اعمال العنف بشكل كبير وواسع وعلى مختلف الصعد, مما ادى الى تنامي المظاهر السلبية, ونتيجة لعدم نجاح السياسات العامة للدولة في تقديم الحلول او المعالجات الحقيقية للمشاكل التي يعاني منها البلد, مما اثر سلبا على التنوع المجتمعي بالرغم من وجود بعض الظاهر الايجابية التي كان النظام السياسي يفتقد اليها في السابق, الا ان التحديات لا تزال قائمة وخطرة. وقد أستخدمنا المنهج الوصفي في وصف مفهومي السلطة والتنوع المجتمعي، وكذلك المنهج التحليلي النظمي في تحليل سلبيات وايجابيات ادارة السلطة للتنوع المجتمعي، وتتبع هذه الأفكار بصورة تفصيلية, من خلال مقدمة ومجموعة من المباحث وخاتمة ونتائج هذا البحث, والتي توصلنا من خلاله إلى إن العراق عانى من تحديات خطيرة ولا تزال قائمة على كافة الصعد. وتم تقسيم البحث الى ثلاثة المبحث الاول منها خصص لدراسة السلطة. اما المبحث الثاني فقد خصص لدراسة التنوع المجتمعي في العراق. المبحث الثالث خصص لدراسة سلبيات وايجابيات السلطة في إدارة التنوع المجتمعي .

Abstract

This research is concerned with studying the authority's management of societal diversity in Iraq through mechanisms and mechanisms in the management of authority after the political change and prosperity in 2003, as after the change in the political regime in Yemen in 2003, Iraq witnessed a significant and widespread decrease in acts of violence at various levels, which led to Niger. As a result, the continued general success in providing real solutions to the problems afflicting the country has led to the presence of societal diversity. Although there are some positive aspects that the political system lacked in the past, the challenges still exist and are diverse. We have used the descriptive approach in describing the concepts of authority and societal diversity, as well as the systems analytical approach in analyzing the negatives and positives of authority's management of societal diversity, and traced these ideas in detail, through an introduction, a set of topics, a conclusion, and the results of this research, through which we concluded that Iraq suffered from Serious challenges still exist at all levels. The research was divided into three sections, the first of which was devoted to studying power. The second section was devoted to studying societal diversity in Iraq. The third section was

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

devoted to studying the mechanisms and failures of authority in managing societal diversity.

المقدمة:

يشار إلى السلطة بأنها ركن من أركان الدولة الأربعة المتعارف عليها، وهي الاداة التي يمارسها الحاكم اتجاه المحكوم, والاخير له الحق في اختيار من يمثله في ممارسة المهام المناطة لها وفق القانون. ومن اهم تلك الممارسات هي رسم وتنفيذ السياسات العامة، ففي العراق سوف ينعكس ادائها على المجتمع سواء كان الاداء سلبي أو ايجابي, وهذا ما تشهده اغلب دول عالم الجنوب في ممارستها للسلطة في ظل مجتمع متعدد الهويات منها الدينية والاثنية, فإلى جانب المسلمين نجد ديانات اخرى في المجتمع العراقي منها المسيحية, والايزيدية, والصابئة, والى جانب العرب نجد الكرد, والتركمان, والشبك, الارمن, والكلدو آشور, واللور .

أهمية البحث

تأتي أهمية البحث من خلال التطرق الى موضوعة السلطة وادارتها لمجتمع متعدد الهويات، كالمجتمع العراقي سواء بشكل ايجابي او سلبي.

إشكالية البحث

ترافقت عملية تغيير السلطة السياسية في العراق بعد عام 2003, تزايد اعمال العنف والمخاطر التي تهدد الهويات المجتمعية، هذه الإشكالية تقودنا للبحث عن التساؤلات الآتية:

هل نجحت السلطة في ادارة التنوع المجتمعي؟

هل كان دورها هو دور ايجابي او سلبي؟

فرضية البحث

ان الظروف التي رافقت التغيير في السلطة اثرت بشكل مباشر على التنوع المجتمعي وان اصلاحها سيسهم في ارساء الاستقرار.

هيكلية البحث

المبحث الاول منها خصص لدراسة السلطة. اما المبحث الثاني فقد خصص لدراسة التنوع المجتمعي في العراق. المبحث الثالث خصص لدراسة سلبيات وايجابيات السلطة في إدارة التنوع المجتمعي.

المبحث الأول

تعريف السلطة وطرق ممارستها:

يصعب تعريف السلطة بسبب تعدد صفاتها، وقد كانت ظاهرة السلطة منذ اقدم العصور حتى وقتنا الحاضر موضوع عناية المفكرين والفلاسفة، مع ذلك لا يوجد تريف متفق عليه نت قبل الجميع.

تعريف السلطة وطرق ممارستها: ذهب العميد ديجي إلى أن السلطة تظهر في كل جماعة إنسانية حيث ينقسم المجتمع إلى حكام ومحكومين أي جماعة تصدر الأوامر، وأخرى تنفذها، و إلى قادة و أفراد عاديين, ويسرى هذا الانقسام في كل المجتمعات كبيرها وصغيرها والسلطة في ابسط صورها هي (القدرة على فرض إرادة ما على إرادة أخرى)[1] وهناك تعريف أخر للسلطة فهي شكل من اشكال القوة, فهي الوسيلة التي من خلالها يستطيع ما أن يؤثر على سلوك شخص اخر. الا ان القوة تتميز عن السلطة، بسبب الوسائل المتباينة التي من خلالها يتحقق الإذعان أو الطاعة. فبينما يمكن تعريفها على أنها القدرة على التأثير على سلوك الاخرين، فإن السلطة السياسية يمكن فهمها على انها الحق في القيام بذلك. إن القوة تحقق الإذعان من خلال القدرة على الإقناع، أو الضغط, أو التهديد, أو الاكراه, أو العنف. أما السلطة فهي تعتمد على ((الحق في الحكم)) مدرك ومفهوم، ويحدث الإذعان من خلال التزام اخلاقي ومعنوي من قبل المحكوم بأن يطيع[1] .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

طرق ممارسة السلطة:

ممارسة السلطة عن طريق القهر والعنف أو الأقناع

تمارس السلطة بواسطة القهر والعنف، أي تفرض السلطة عن طريق استخدام القوة والسيطرة وتعد تلك الوسيلة قانون أولئك الأكثر قوة, الذين يجبرون الضعفاء على الخضوع لهم, ولا شك أنها نتيجة لعدم تعادل القوى واستخدام تلك القوة المادية يتخذ مظهرين هما:

القوة الطبيعية أو الجسدية.

وهي الصورة البدائية أو النظرية للقوة، فالأشد عضلا, وأقوى بنيانا في عصابة الاشقياء والمجرمين يمسك قيادتهم ويجبرهم على الخضوع له, وتتجلى هذه الصورة في الدول الحديثة في مؤسسات الجيش والسلطة السياسية, وفرضها على سائر الجماعات الأخرى, وتبرز هذه الصورة بوضوح في الدول المتخلفة حيث من يسيطر على هذه المؤسسات يسيطر على السلطة السياسية في الدولة.

القوة الاقتصادية.

فالذي يسيطر على السلع والمواد اللازمة لمواصلة حياة الإنسان ويتحكم فيها يعطي ويحرم إنما هو في الحقيقة يستطيع ان يسيطر على الاخرين والتاريخ يؤكد ذلك. فالطبقة التي حازت وسائل الإنتاج ومصادر الثروة هي التي مارست السلطة السياسية، ومن هنا ينشئا الارتباط الوثيق بين القوة الاقتصادية والقوة السياسية.[1]

ممارسة السلطة بواسطة الإقناع.

أما الوسيلة الثانية فهي وسيلة الإقناع الحر وضرب المثل وتقديم النموذج. وتزداد قوة السلطة دائما ويزداد استقرارها كلما زاد قبولها اختياريا عن طواعية والحياة في المجتمع هي تلك التي جعلت من الضروري أن توجد سلطة ضمن النظام. وتفر العمل المستمر وتنسيق العلاقات بغية تحقيق مصلحة المجتمع فإذا ما عايشت الهيئة الحاكمة جماهير الشعب, وعملت على تحقيق مصالحه وتنفيذ مطالبه فإنها تحوز رضائه, في هذه الحالة تصبح سلطة قانونية مشروعة تقوم على رضا المحكومين وقبولهم لها, ومما لا شك فيه أن الرضا بالسلطة والإقناع بها مسألة هامة بالنسبة لبقائها وهيمنتها على المحكومين, لأن القوة المادية وحدها لا تكفي دائما للخضوع للسلطة وإطاعة أوامرها وإلا كان لزاما على الهيئة الحاكمة أن تضع شرطيا وراء كل مواطن ثم تقوم شرطي أخر وراء الشرطي الأول وذلك لأن انعدام الرضا والإقناع بالسلطة يزعزع ثقتها حتى في حراسها, ولهذا فإن السلطة في الحقيقة ترتكز على ثقة الخاضعين لها أكثر من اعتمادها على إرادة الحاكمين[1].

أنواع السلطة

اضحت السلطات العامة التي تمارس الحكم في الدولة سلطات ثلاث (السلطة التشريعية, السلطة التنفيذية, السلطة القضائية). والدستور هو الذي ينظم عملها واختصاصاتها. وهي كالاتي:

السلطة التشريعية هي السلطة التي يناط بها سن القوانين في الدولة، تلك القوانين التي تقوم بتنظيم العلاقات بين الناس في المجتمع. وفي العصر الحديث تضطلع البرلمانات أيا كان الاسم الذي يطلق عليها، بهذه الوظيفة وهي إعداد التشريعات وإبرامها. كما تمارس السلطة التشريعية رقابة سياسية على أعمال السلطة التنفيذية. ويحق للسلطة التشريعية سحب الثقة من الحكومة. وباعتبارها ممثلة عن الشعب بالولاية العامة على اموال الدولة، فتراقب بياناتها وأوجه إنفاقها ويحق لها إقرار ميزانية الدولة, بالإضافة الى ذلك لها الحق في الموافقة او الرفض على القروض العامة, الضرائب, الاستمارات ..الخ.

السلطة التنفيذية: وظيفتها تنحصر في وضع القواعد العامة موضع التنفيذ، فهي تمارس اختصاصات عدة منها السياسية والتشريعية, فالسياسية اما ان تكون في المجال الداخلي (رسم السياسة العامة للدولة, حل البرلمان) اما في المجال الخارجي يتمثل ب(ابرام المعاهدات, تعيين ممثلين السياسيين واعتماد ممثلين الدول الاجنبية, إعلان الحرب), ومن اختصاصات السلطة التنفيذية في

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المجال التشريعي هي (اقتراح مشاريع القوانين, سن القوانين في الظروف الاستثنائية).

السلطة القضائية: هي السلطة المختصة بتفسير القانون، وتطبيقه على المنازعات التي تعرض عليها. وتتكون السلطة القضائية عادة من القضاة، ورجال النيابة العامة على اختلاف درجاتهم وفي كثير من الدول يتنوع القضاء الى قضاء عادي وقضاء استثنائي وقضاء سياسي, فالعادي يناط به حسم المنازعات بين الافراد بعضهم البعض او بينهم وبين السلطات العامة ومن صوره (القضاء الإداري). والقضاء الاستثنائي مختص بالأمور العسكرية ومحاكم الدولة. اما القضاء السياسي يناط به الفصل في المنازعات ذات الطابع السياسي (مراقبة دستورية القوانين, المحاكم التي تشكل لكبار المسؤولين, جرائم سياسية)[1]

أشكال السلطة السياسية ومميزاتها.

تختلف نظرة المختصين للسلطة السياسية نتيجة للظروف الموضوعية والذاتية لهم، ونتيجة لتأثرهم بالسلطة التي يعيشون تحت ظلها ايجابا او سلبا, حيث يرى فريق منهم انها تنظيم سيء يقوم على استغلال الافراد واضطهادهم في الوقت الذي يمكن الاستغناء عن هذا التنظيم, واقامة مجتمعات لا مكان فيها للسلطة السياسية. في حين يرى فريق آخر أن السلطة السياسية لازمة وضرورية، للحفاظ على الجماعة الاجتماعية ولتنظيم المجتمع, لذلك فالسلطة سمة ملازمة للمجتمعات البشرية, حتى وان كانت ممارستها تأخذ اشكالا مختلفة[1] .وهناك مصادر ضرورية للسلطة السياسية (القوة السياسية)[1]

ايمان الناس بشرعية النظام وان طاعته واجب اخلاقي.

الموارد البشرية (الاشخاص والجماعات التي تطيع وتقدم العون للحكام).

المهارات والمعرفة

العوامل النفسية والفكرية التي تحث الناس على طاعة الحكام.

المصادر المادية (سيطرة وتحكم الحكام بالممتلكات والمصادر المالية والنظام الاقتصادي ووسائل الاتصالات والمواصلات).

العقوبات (التهديد باستخدامها لضمان الخضوع والتعاون اللازمين).

والسلطة السياسية إما تكون ذات طابع اجتماعي مباشر، وإما تكون مجسدة في شخص معين أو سلطة مؤسسة.

فالسلطة الاجتماعية هي التي تكون في إطار العادات والتقاليد، هذا النوع من السلطة ساد في العصر القديم, ونجد نوادر منه في افريقيا وامريكا الجنوبية.

السلطة المجسدة في شخص أو فئة معينة فهي تلك السلطة التي تكون مرتبطة بشخص الحاكم يمارسها كامتياز، وهو ما يميزه عن غيره من الأشخاص فتكون مرتبطة بشخصه لما يتمتع به من نفوذ وليست وظيفة مستقلة عنه يمارسها وفق أحكام قانونية ومهنية معينة.

السلطة المؤسسة فهي المعتمدة على رضا الشعب، لأن الحاكم يمارسها كوظيفة اسندت له من قبل الشعب لمدة محددة.

مميزات السلطة السياسية

تتميز السلطة السياسية بالآتي:

السلطة السياسية في الدولة سلطة عامة، لأنها ذات اختصاص عام, بحيث يمتد نشاطها لجميع نواحي الحياة في الدولة, على غرار بقية السلطات الأخرى ذات الاختصاص الجزئي والمحدد, كما أنها السلطة السياسية العليا, أي أنها تسمو على جميع السلطات الأخرى ويخضع لها جميع أفراد الشعب, فهي أساس التنظيم في الدولة. وهي شاملة تمارس من قبل الحكام على الجماعة المتواجدة في إقليم الدولة وتشمل جميع النشاطات، وهي ضرورية للحفاظ على النظام ودفع الخطر الخارجي.

من مميزات السلطة السياسية تأرجحها بين الفاعلية والقانونية من جهة واستعمال الإكراه من جهة ثانية. فالسلطة السياسية إذا كانت لا تعتمد على رضا المحكومين أو على الأقل الأغلبية تكون سلطة أو حكومة فعلية، لعدم تقيد شخص او المجموعة الحاكمة برضا المحكومين وتجاهلها للقوانين إذا وجدت. وهذا النوع من الحكم الفعلي يظهر أساسا على إثر ثورة أو انقلاب أو ظهور دولة جديدة.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تتميز السلطة السياسية بأنها سلطة أصلية ومستقلة، تنبع منها جميع السلطات الأخرى في الدولة, وهي كذلك السلطة الدائمة التي لا تقبل التجزئة. ويترتب على أصالة السلطة السياسية في الدولة أنها تتمتع بالاستقلال السياسي على الصعيد الاول.

تحتكر السلطة السياسية القوة العسكرية المادية التي تجعلها قوة قاهرة تسيطر على أرجاء الدولة ولا تسمح بوجود أية تنظيمات عسكرية أخرى.

وتتمثل هذه القوة في القوات المسلحة بفروعها وتشكيلاتها المختلفة المكونة لجيش الدولة الذي يتولى حماية إقليمها من أية اعتداء خارجي أو تمرد داخلي، والشرطة التي توفر الامن والسكينة للشعب وتحمي منشآت الدولة ومرافقها.

تتميز السلطة السياسية في الدولة بانفرادها بوضع القوانين اللازمة لتحقيق المصلحة العامة، وتتكفل بتنفيذها.

طبيعة السلطة السياسية في العراق:

سنحاول الاشارة الى السلطة السياسية في العراق منذ تأسيس الدولة العراقية عام 1921, ويمكن تصنيفها إلى الآتي:

سلطة ذات طابع مدني: منذ تأسيس الدولة العراقية عام 1921 ولغاية انقلاب 1958, كان ينظر لها بأنها سلطة مدنية اتسمت باستقرار نسبي على الرغم من وجود المعارضة المتمثلة ب(الحزب الوطني الديمقراطي, الحزب الشيوعي, حزب الاستقلال, الحزب الديمقراطي الكردستاني)[1] .

سلطة ذات طابع عسكري وحزبي: بدأت منذ عام 1958وتسلم حزب البعث السلطة 1968, ظهرت من خلال مجموعة الضباط الاحرار بقيادة عبد الكريم قاسم وعبد السلام عارف؛ هدفهم كان إسقاط النظام الملكي وإقامة النظام الجمهوري, حل القضية الكردية, تحقيق الوحدة الوطنية, خروج العراق من حلف بغداد. اما ما بعد عام 1968ولغاية عام 2003, اتسمت السلطة بطابع العسكر وهيمنة الحزب عليها[1].

السلطة المعارضة: ظهرت بعد تغيير النظام السياسي عام 2003, عقدت العديد من المؤتمرات المعارضة في النمسا عام 1992(مؤتمر فينا) , مؤتمر صلاح الدين في مدينة اربيل عام 1991, وانقسمت التوجهات ما بين توجهات اسلامية واخرى علمانية , ويعد مجلس الحكم الذي شكلته الادارة الامريكية النواة التي مارست من خلال السلطة السياسية والى الوقت الحاضر[1].

المبحث الثاني_ التنوع المجتمعي:

يستخدم التنوع للتعبير عن جماعات لها خصوصيات ملحوظة تعيش في مناطق جغرافية محددة وتشكل هذه الخصوصيات قاعدة لقوتها السياسية, أو توزيع اتخاذ القرار بين جماعات أو مؤسسات متنوعة, فأن مصطلح التعددية تشير الى مجتمع فيه القوة موزعة بصورة واسعة على جماعات محددة مرتبة في أنماط متعددة للصراع أو المنافسة أو التعاون, والمجتمع التعددي هو المجتمع المتباين والمتنوع من الناحية العرقية أو الطائفية أو اللغوية أو الثقافية أو السياسية, والمجتمع المتعدد بحسب (ليفرل نيفال) يتكون من جماعات ثقافية مغلقة تشمل كل منها هوية خاصة [1]. أما من الناحية الاجتماعية فتعني التعددية وجود جماعات ومؤسسات غير متجانسة في المجتمع يكون لها اهتمامات اقتصادية ودينية واثنية وثقافية متنوعة [1]. ومن الناحية السياسية_ الاجتماعية أفرزت ظاهرة المجتمعات التعددية في الدول الحديثة بالاستقلال مشاكل سياسية واجتماعية وثقافية وأمنية عدة داخل الدولة الواحدة, فتعدد المكونات واختلاف قيمتها الدينية والقومية والثقافية داخل الدولة الواحدة من جهة, وعدم خلق أو ضعف مفهوم الدولة المواطنة المرتبط اصلا بالدول الديمقراطية والمجتمعات المتقدمة من جهة ثانية أعاق ظهور المجتمع الواحد, الامر الذي أدى إلى بروز الولاءات المحلية أو الإقليمية المستندة على القومية والدين والعرق والمذهب, وبالتالي فأن هذه الولاءات المتعددة أدت إلى ظهور انقسامات عميقة في مختلف المجالات السياسية والاجتماعية والقانونية والثقافية داخل الدولة الواحدة [1]. يرى (ليفرل نيفال) ان التنوع الاثني واللغوي قد يؤدي الى حالة من عدم الاستقرار وتمزق الوحدة الوطنية داخل المجتمع الواحد إذا ما اقترن بالتمايز الاجتماعي أو البقي, لأن ذلك سيؤدي بالنتيجة الى اهتمام كل جماعة بطالبها الخاصة, أي عندما يكون تقسيم العمل أو توزيع السلطة أو الوظائف العامة قائما على اعتبارات اثنية وليس على اعتماد معيار الكفاءة أو المعايير الموضوعية الاخرى, وعلى هذا فأن المجتمع المتعدد في رأي ليفرل نيفال هو مجتمع

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ليس له مطلب مشترك [1] . وقد طور سميث تعريف فيرنفال هذا وذهب إلى القول بأن مجرد وجود التباينات الثقافية داخل المجتمع ليس كافيا للقول على تنوع المجتمع، بل اشترط يجب أن تنطوي تلك التباينات بين الجماعات على اختلاف في المؤسسات (السياسية, الاقتصادية, الدينية, التعليمية), بل ذهب الى ابعد من ذلك بالقول (ينبغي أن تؤدي تلك التباينات الى حدوث تعارض بين الجماعات المختلفة على نحو يمنع وحدة المجتمع الا عن طرق القسر والاكراه الذي يمارس من قبل الجماعة الاقوى في المجتمع. [1]

التنوع المجتمعي في العراق:

يتميز المجتمع العراقي بمزيج متعايش من الاثنيات العرقية والمذهبية والقومية واللغوية، وهي في حالة الانسجام والتراخي والقرابة, وترتبط بالهوية الوطنية المشتركة, وتمثل هوية التنوع ومعايير الاختلاف في الاجتماعي وبتنظيم مستويات السلطة المختلفة, وعليه سنوضح مظاهر التنوع المجتمعي بدا بالتنوع القومي ثم التنوع الديني.

التنوع القومي: تتعدد القوميات في العراق فإلى جانب العربية هناك القومية الكردية والتركمانية وقوميات اخرى.

العرب: يرجع أصل العرب إلى أصول سامية سكنت الجزيرة العربية، وكانت تجري على هجرات متعددة من داخل الجزيرة العربية إلى أطراف العراق, ومن ابرز الهجرات التي قام بها العرب إلى العراق هجرة الاكديين سنة (3500ق.م) وهجرة العموريين سنة (2200ق.م) وهجرة الآراميين سنة (1500ق. م) وأخيرا هجرة العرب المسلمين في القرن السابع الميلادي . ويتوزع العرب على معظم مناطق العراق[1] .

الكرد: كلمة كوردو بالسومرية سكان الجبل وهو الاسم الذي أطلق على الكرد أي سكان الجبل [1]. وهم في الاغلب هم آري، الا ان الاجماع كون الكرد هم جميعا آريين تشوبه بعض الاعتراضات الموثقة من بعض الكتابات ومن ضمنهم الكردية, اذ يؤكد هؤلاء على ان بعض القبائل الكردية ذات اصول عربية, ومنهم يرجع نسبها الى بني هاشم ومنهم (البرزنجية, الداودية).[1]

التركمان: أن التركمان هم شعب آسوي تركي تعود اصوله الى قبائل الاغوز "الغز" وان المواطن الاصلية للتركمان في اسيا الوسطى (منغوليا حاليا, تركستان), وان الوجود التركماني في شمال العراق يعود الى القرن التاسع قبل الميلاد, عندما بدأت القبائل التركمانية " الياقوتية" بالنزوح والاستقرار بين نهري دجلة والفرات[1] .ويقطن التركمان في كركوك، أربيل, تلعفر, خانقين, مندلي, شهر بان, بغداد, تكريت[1] .

الشبك: هناك اختلاف في الاراء حول اصل الشبك الرأي الأول يرى انهم قوم جاءوا من الشرق الفارسي وسكنوا في سهل نينوى اما الرأي الثاني يرى بأنهم ذو اصول تركية نزحوا من الشمال التركي في عهد السلطان "صغرك بيك" السلجوقي. والرأي الثالث يرى بأنهم ذات اصول كردية وهم سكنة الموصل القدماء. والرأي الرابع يرجحون بأن الشبك ليس لديهم مصدرا واحد، بل مصادر متنوعة ومتعددة وان انحدارهم من هويات مختلفة متشابكة [1]. يمكن ترجيح الرأي الرابع من خلال التسمية ب(الشبك) وكذلك اللغة التي يستخدمونها فهي خليط من عدة لغات (فارسية, تركية, عربية, كردية).

قوميات اخرى: يوجد في العراق الى جانب القوميات المذكورة اعلاه قوميات اخرى كاللور

(الكرد الفيلية) وهم جزء من الكرد يتميزون عنهم بالهوية المذهبية. كذلك يوجد الأرمن، والكلدان, والاشوريين وهم يعتنقون الديانة المسيحية, بالإضافة الى قوميتي الشركس والشيشان في شمال العراق .

التنوع الديني: يتمثل التنوع الديني بالديانات الاسلامية والمسيحية والصابئة المندائية والا يزيدية

المسلمون: تقدر نسبة المسلمون في العراق بأكثر من 90% من مجموع السكان، ويشكلون الغالبية العظمى ينقسمون إلى طائفتان رئيسيتان هما الشيعة والسنة والشيعة تعني اتباع او انصار (شيعة الرجل أي اتباعه او انصاره), وتشير الادبيات ان مصطلح الشيعة له دلالات سياسية وعاطفية اكثر مما ينبغي أن تكون عليه فقهيه مذهبية والتي تحولت اليه لاحقا على يد جعفر بن محمد الصادق الذي يأتي أسمه مرادفا لأسم الشيعة الامامية الاثني كما توجد فرق اخرى (زيدية, اسماعيلية, كيسانية, فطحية) [1]. اما السنة في الشرع تعني كل ما مأخوذ عن النبي محمد من قول أو عمل وسائر أحواله والمراد بها هنا طريقة النبي محمد ويطلق مصطلح السنة على فئة اجتماعية اسلامية المقصود بها المذهب السني المتبعون لسنة النبي محمد وخلفائه الراشدين .[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المسيحيون: دخلت المسيحية الى العراق في اواسط القرن الاول للميلاد، اذ قدر عددهم قبل سقوط بحوالي (1.200.000) اما اليوم فيقدرون حوالي (500.000) نسمة حسب احصائية الكنائس [1]. وصنف المسيحيين في العراق حسب مذاهبهم الدينية الى:

اتباع الكنيسة الكاثوليكية وهم الكلدان والسريان، والروم واللاتين والارمن.

اتباع الكنيسة الارثوذكسية (اليعاقبة) وهم السريان الغربيون والارمن والروم.

اتباع الكنسية الشرقية الحرة (النساطرة) وهم السريان الشرقيون القدماء والاثوريون.

اتباع الكنيسة البروتستانتية (الكنيسة الاثورية الانلكانية) وهم الاثوريون الذين انشقوا على الكنيسة الشرقية.

الصابئة المندائيون: تعد الديانة المندائية من أقدم الديانات الموحدة، التي تؤمن بإله واحد ومن أهم التسميات التي أطلقت على الصابئة المندائيون هي[1]:

المندائيون من مندا أي العارفون بوجود الحي العظيم أي الموحدون.

الناصورائيون وهي تسمية قديمة جدا تعني العارفين بأسرار الحياة (الحراس).

المغتسلة أي تطهر ونظف (كثرة الغسل بالماء).

شلماني من (شلم-سلم)تعني المسالم.

أبني نهورا تعني ابناء النور تطلق على كتبهم الدينية.

اخشيطي أي اصحاب الحق او ابناء العهد.

موطنهم العراق ويعيشون على ضفاف نهري دجلة والفرات، وهم جزء من تاريخ العراق الحضاري. لا يوجد إحصاء دقيق لعددهم حاليا ولكن تشير التقديرات الى ان عددهم حوالي (10-12 الف نسمة , فضلا عن تواجدهم في بلدان اخرى (ايران, سوريا, الأردن, السويد, أستراليا, كندا, الولايات المتحدة الامريكية, هولندا.[1])

الايزيدية: ان طبيعة الديانة الايزيدية يوجد فيها اثار وطقوس مجوسية، ويهودية ومسيحية واسلامية. كما ان الايزيديون يميلون الى الاغلاق والتكتم على اظهار معتقداتهم والتظاهر احيانا بغير المعتقد الاصلي. وارتبط الخلاف حول تسميتهم وحقيقة الانتماء والقومي بالنزاعات بين المشاريع القومية الكبرى تحديدا القومي الكردي والعربي والاشوري[1] .فمن الصعب رسم صورة واضحة حول الهوية الذاتية لهم سواء كانت على المستوى الديني او القومي الا اننا نعتقد بأنهم مجموعة دينية قومية.

المبحث الثالث

سلبيات وايجابيات إدارة السلطة للتنوع المجتمعي في العراق.

ان ادارة السلطة للتنوع المجتمعي في العراق أتسم بوجود عدد من السلبيات التي اثرت بشكل مباشر على اداء السلطة للتنوع بعد عام 2003, على الرغم من توفر الايجابيات التي اتسمت فيها السلطة والتي كانت تفتقدها قبل ذلك العام .

المطلب الأول

سلبيات إدارة السلطة للتنوع المجتمعي في العراق.

أولا- السلوك السياسي والاقتصادي للسلطة السياسية:

فالسلوك السياسي والاقتصادي للحكومات العراقية المتتالية في التعاطي مع الاختلافات المجتمعية أفشل عملية إعادة وتشكيل المجتمع العراقي وصهره ضمن بوتقة واحدة موحدة. فمن المعروف أن العراق مشكل من ثلاث قوميات غير متوازنة ديموغرافيا أصغرها القومية التركمانية، واوسطها الكردية, واكبرها العربية. لقد جعل عدم التوازن الديموغرافي بين هذه القوميات في ظل حياة سياسية، واقتصادية مضطربة, امكانية تعرض القومتين الصغيرة والوسطى الى التعسف امرا واردا جدا[1].

لم تفصل الدولة العراقية، في تعاطيها مع الاختلافات المجتمعية, بين الحيز العام (السياسي, الاقتصادي, الاداري, الامني)الذي يجب أن يتشارك وينصهر فيه كل عراقي على قدم المساواة بعيدا عن الخلفيات الايديولوجية او القومية او الدينية, وتتفوق فيه الهوية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الجمعية العامة على الهويات الخاصة, وبين الحيز الخاص الذي يعطي تلك القوميات والاديان مساحة للاختلاف والخصوصية. وفي ظل هذا التعاطي مع الاختلافات، فأن احتمالية وصول المكونات الصغرى الى قمة الهرم السياسي والاداري والامني معدومة.

لذلك لم تنجح الدولة العراقية عموما في تحويل التنوع المجتمعي الى حالة من التكتل والتماثل والاندماج. كما لم تستطيع أن تخلق منها هوية جمعية عامة متفوقة على الهويات الفرعية الخاصة بكل مكون من مكونات المجتمع العراقي. ولم تستثمر الدولة العراقية الاختلافات اللغوية والاقتصادية والتاريخية والجغرافية كعامل قوة لا ضعف في صناعة أمة عراقية واحدة متماسكة. علما ان الوصول الى الامة او الهوية الجمعية العامة لا يعني تذويب او رفض الهويات الفرعية الخاصة بكل مكون اجتماعي، وانما التوفيق بين الهويات الفرعية وبين الهوية الجمعية (هوية الامة)[1].

وبشكل عام فأن الحديث عن المجتمع العراقي تظهر صورة متنوعة مركبة من وجهين، الاول منها: ان العراق يتكون من مجموعة كبيرة من الحضارات (السومرية, الاكدية, البابلية, الآشورية, ..الخ)التي استقرت فيه وانتجت التنوع الحالي. أما الثاني: تمثل في وجود نمطين متضادين للتنوع المجتمعي في علاقتهما بالدولة والعمران النمط الاول: نمط البداوة والقبلية ونمط المدنية وكل منهما يتجه عكس الاخر, فالأول علاقته بالدولة هشة بحكم استناده الى الاعراف والتقاليد القبلية التي تمتلك كيان خاص وتحاول دائما الحفاظ عليه من خلال ابعاد الافراد (أبناء القبيلة)عن الدولة ومفهومها. اما النمط الثاني: فهو الاقرب الى الدولة ومؤسساتها، فالأفراد الذين يعيشون في المدن والمؤمنين بالمدنية يكونون اكثر انفتاحا وتقبلا للتعايش مع الاختلافات المجتمعية[1] .

وفي المجمل فأن الدولة العراقية الحديثة توارثت كلا النمطين معا في ظل تفوق للنمط الاول على الثاني، بسبب السياسات السابقة بدء من الاحتلال العثماني والبريطاني وحتى يوما هذا .

ثانيا الفساد السياسي للسلطة في العراق:

نلاحظ ان السلطة السياسية في العراق أتت من خلال القوى السياسية التي كانت غالبا ما تعمل في الخفاء وبعده تحولت الى قوى تتبوأ المناصب سواء في مجلس الحكم الانتقالي ثم انتقال السلطة من الادارة الامريكية الى الادارة العراقية المؤقتة ثم انتخابات 2005 وما بعدها.[1] اذ اتسمت السلطة السياسية بطابع المحاصصة والمحسوبية على حساب المواطنة والكفاءة، فالفساد الاداري امتد الى السلطات التشريعية (اعضاء البرلمان), والتنفيذية (وزراء ومدراء عامون الى صغار السلطة التنفيذية). اما بالنسبة الى الفساد المالي فقد وصل لمراحل عميقة في الدولة بحيث ذيل العراق على اثرها حسب مؤشر منظمة الشفافية الدولية لعام 2021 بالمرتبة 157 من أصل مجموع 180 بلد شملتها دراسة دولية.[1] اذا الفساد السياسي هو الحلقة الابرز للسلطة السياسية في العراق بعد التغيير السياسي والسلطة الحاكمة كلفت لأهداف غير مشروعة كالمحسوبية والاختلاس والمحاباة على حساب المصلحة العامة للبلد والمجتمع العراقي, ونتيجة الفساد الاداري والمالي والذي كان السبب الرئيس كما اشرنا المتمثل بالفساد السياسي[1].

ثالثا السلطة السياسية والتدخل الخارجي:

ان السلطة السياسية في العراق عانت من انقسامات مجتمعية منذ سنوات المعارضة وحتى تغيير النظام السياسي من قبل الادارة الامريكية واستلامها الحكم، فهي لم تنجح في تقدم نفسها ممثل عن الهوية العراقية, بل كانت عبارة عن هويات فرعية انعكس ذلك سلبا على اداءها في الحكم. اذ اضحت معادلة الحكم في العراق بيد القوى الخارجية وبالخص منها الولايات المتحدة الامريكية وجمهورية ايران الاسلامية، وهذا نلاحظه ما بعد اعلان نتائج الانتخابات العراقية مباشرة (2005, 2006, 2010, 2014, 2018, 2021) فالجانب الاول يقترح الحكومة والثاني يقبل الاقتراح او العكس الثاني يقترح والاول يوافق. حتى خرجت خرج المجتمع العراقي عن صمته في احتجاجات تشرين 2019, والتي طالبت بإصلاح النظام السياسي من المعادلة التدخل الخارجي .

المطلب الثاني

إيجابيات السلطة للتنوع المجتمعي في العراق .

من أبرز آليات ادارة التنوع المجتمعي في العراق هي التداول السلمي للسلطة والنظام الفدرالي، بالإضافة الى ترسيخ قيم

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الديمقراطية.

أولا التداول السلمي للسلطة:

يعتبر تداول السلطة بشكل سلمي، أرقى اشكال الصراع السياسي بين الأطراف السياسية والاتجاهات العقائدية والاجتماعية، والتي تحولت من الصراع القائم على القوة (الثورة والانقلاب وغيرها) إلى التنافس عن صناديق الاقتراع والحصول على الأكثرية وحكم الشعب بواسطة ممثلية. والتداول السلمي، نقصد به نقل السلطة بشكل سلمي من الحزب القابض على السلطة "الخاسر في الانتخابات" إلى الحزب الفائز في الانتخابات بعيداً عن القوة ووفقاً لنتائج صناديق الاقتراع. اذ جرت في العراق التعددية السياسية في الوصول للسلطة من خلال الانتخابات التشريعية منذ عام 2005لانتخاب اول سلطة تشريعية للعراق في 25/ كانون الأول/ 2005والدورة الثانية في 7/ اذار/ 2010, والدورة الثالثة في 30/ نيسان/ 2014, والدورة الرابعة في 12/ ايار/ 2018, والدورة الخامسة في 10/ تشرين الأول/ 2021.

ثانيا النظام الفيدرالي:

"يعد النظام الفيدرالي في العراق ركن من اركان إذ لا نزاع على السلطة بين مكونات المجتمع العراقي، ولا مجال للاغتراب ما دام كل مكون يحكم نفسه بنفسه. وأخذ العراق بالنظام الفدرالي لتجنب الانفراد بالسلطة من قبلة مكون محدد. وهو ما نصت عليه المادة الاولى من دستور جمهورية العراق الدائم حيث نصت المادة الاولى على أن "جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي[1]

" وتساهم هذه الآلية في تحقيق السلم بين الوحدة والتنوع على أرض واحدة جنباً إلى جنب بصورة منسجمة، أي أنه في الوقت الذي تهدف إلى تحقيق وحدة البلاد على أساس الخيارات الحرة للمواطنين، تعترف دون لبس بالخصوصيات الاثنية سواء اللغوية أو الدينية، أو الثقافية، فالفيدرالية تهدف إلى تحقيق اندماج أجزاء واستقلالها في آن واحد من خلال الاقرار بهذه الخصوصية، وتوفير الارضية المناسبة للمصالح الاقتصادية والسياسية والاجتماعية المشتركة، لتسهيل عملية الانسجام والتعايش بين الاقاليم والمناطق من أجل الوصول إلى استمرار بناء الدولة والتنمية فيها". "عموماً فان الفيدرالية أداة فعالة لتنظيم وضبط الصراعات الاثنية خاصة وأنها تساهم في تفكيك خطاب الكراهية وساحة الصراع الى ساحات أصغر يمكن ادارتها، فعبقرية الفيدرالية تكمن في قدرتها اللامتناهية للتسوية والتوفيق بين الجماعات المتنافسة والمتنوعة، وأحياناً المتسارعة في الحصول على التنفيس السياسي داخل الدولة، وقد تعترض الفيدرالية أخطاراً ضمنية لأنها تجعل السياسة أكثر تجزئة، ومن وجهة نظر بعض الباحثين أن الفيدرالية هي الخطوة الأولى تجاه الانفصال، حيث أنها تكسب رابطة الدولة القومية شرعية من خلال حماية اللغة والثقافة والدين مثل وجود دستور خاص بها وحكومة وموارد وعلم[1]

ولنجاح النظام الفيدرالي في تحقيق التعايش السلمي بين مكونات المجتمع العراقي لابد من ان يكون ذات بعد جغرافي_ اداري، وان تكون العلوية فيها للمركز بشكل عام وفي القضايا السيادية والامنية والاقتصادية بشكل خاص .

ثالثا ترسيخ القواعد الديمقراطية:

إن مهمة السلطة السياسية في العراق بعد تغيير النظام السياسي عام 2003, هي مهمة تحتاج من السلطة السياسية إدارة التنوع المجتمعي، أي أضفاء شرعية للنظام السياسي من خلال تطبيق اسس الديمقراطية الصحيحة, وهذا يتطلب من السلطة السياسية العراقية العمل على الآتي:

إعادة الثقة للسلطة السياسية .

الابتعاد عن التنافر السياسي المستمر .

إعادة مضمون التنوع المجتمعي والثقافي للبلد على مسار صحيح ومسافة واحدة للجميع .

تختار الخيار العقلاني في إدرة التنوع المجتمعي، من خلال تعبئة إمكانيات الدولة لخدمة المجتمع, و توظيف قدراتها لصالح

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التنوع, والمساواة في تطبيق القانون لكي يضفي شرعية النظام السياسي واطمئنان المجتمع لها.

فأن ارادت السلطة السياسية العراقية ادارة التنوع المجتمعي بشكل سليم، فأن الاستثمار الانسب لذلك هو تحقيق (التنمية السياسية), فهي تعد من الجوانب المهمة لعملية التغيير الاجتماعي, وهي ايضا نتاج إقامة مؤسسة ديمقراطية رصينة أن تحققت على أرض الواقع

المقترحات

بناء نظام تعليمي وطني موحد يحافظ على الوحدة الوطنية، ويعزز قيم التعايش السلمي بين مكونات المجتمع العراقي, وان لا تفرض هوية على الهويات الاخرى.

بناء قوات عسكرية وامنية على اساس المهنية تراعي التنوع المجتمعي للهويات الفرعية.

سد النواقص والثغرات في المواد الدستورية، التي تثير النعرات العنصرية بين ابناء المكونات العراقية.

ضرورة احترام نتائج الانتخابات لتكون السلطة في العراق ممثل حقيقي للمجتمع العراقي.

الخاتمة:

في المجمل يمكن القول بأن السلطة في العراق بشكل عام وبعد التغيير السياسي عام 2003, بشكل خاص لم تعتمد اسس رصينة في ادارة التنوع المجتمعي، على الرغم من توفر عدد من الآليات المتمثلة بال (التداول السلمي للسلطة, اذ شهدنا عدة حكومات على مدار السنوات الماضية. النظام الفدرالي، أي اللامركزية في الادارة وهذا ما نص عليه الدستور النافذ لسنة 2005. ارساء قواعد الديمقراطية من خلال حرية الرأي والتعبير في الحقوق السياسية والمدنية للمواطنين بشكل نصوص دستورية)؛ إلا الواقع في العراق يشير الى وجود اخفاقات للسلطة في إدارة التنوع المجتمعي في العراق من خلال السلوك السياسي والفساد السياسي والتدخلات الخارجية في الشؤون السياسية العراقية، كلها اخفاقات اضرت بإدارة التنوع المجتمعي في العراق وفشلت في دمج الهويات الفرعية في الهوية الوطنية العراقية .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

دور الادارة في الحد من الظواهر الدخيلة على الاخلاق والاداب العامة

م.د أسماء عبد الكاظم مهدي العجيلي
كلية القانون / جامعة كربلاء

الملخص

تتعرض مجتمعاتنا العربية والاسلامية على وجه الخصوص الى الكثير من الافكار والممارسات الغريبه عنه ولا تتناسب مع قيمّه الاخلاقيه والدينيه وهذه الافكار والظواهر الدخيله لها تاثير مباشر ومضر على كافة افراد المجتمع مما يزعزع كيان هذا الاخير ويهدد وجوده وهويته فكان لابد من التصدي لهذه الظواهر وتقييدها من اجل القضاء عليها وهنا تبرز دور السلطات الاداريه في الحد من هذه الظواهر ومنع توسعها مستخدمةً بذلك الوسائل التي منحها القانون استعمالها من اجل الحفاظ على النظام العام. تتناول هذه الدراسة بيان مفهوم الظواهر الدخيله على المجتمع والاساليب التي تستخدمها الاداره لمعالجة هذه الظواهر الدخيله والوقاية منها في مجتمعنا وكيف يمكن للادارة السيطرة عليها وتقييدها وعدم انتشارها بشكل واسع مع بيان الحلول التي يمكن تقديمها عن طريق هذه الدراسة للادارة للتخلص من هذه الظواهرالدخيلة.

الكلمات المفتاحية: - الظواهر الدخيلة، النظام العام، الاخلاق والاداب العامة، الضبط الاداري، وسائل الضبط الاداري.

Abstract

Our Arab and Islamic societies in particular are exposed to many ideas and practices that are foreign to them and do not fit with their moral and religious values. These phenomena foreign have a direct harmful impact on all members of society, which destabilizes the entity of the latter and threatens its existence and identity. It was necessary to confront these phenomena and restrict them in order to eliminate them. So, the administrative authority's role is highlighted in reducing these phenomena and preventing their expansion, by the mechanism that the law has granted it to use in order to maintain public order. This study deals with explaining the concept of alien phenomena to society and the methods that the administration uses to treat and prevent these alien phenomena in our society and how the administration can control them, restrict them, and prevent them from spreading widely, along with an explanation of the solutions that can be presented through this study to the administration to get rid of these alien phenomena.

Keywords: - aliening phenomena, public order, public morals and ethics, administrative control, mechanisms of administrative control

المقدمة

ان الاخلاق والاداب العامة تعد من الركائز الاساسيه في كل مجتمع فبإصلاحها يصلح المجتمع ويتطور وبإنحدارها يؤدي الى تاخر المجتمع وانحداره لذا دأبت جميع التجمعات منذ القدم على الاعتناء والعناية باخلاقها لأنها عرفت أن الاخلاق الفاضلة تؤدي الى بناء المجتمع وتقويته، لذا جاء الدين الاسلامي للناس أجمع وديناً عالمياً لا تختص به مجموعة دون غيرها، وهذه هي إراده الله عز وجل فشرع فيه من التشريعات والاخلاقيات ما تشمل جميع الخلق دون جور أو اعتداء لاحد، وما هذه الاختلافات التي نجدها بين

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

البشريه ماهي إلا اختلاف بالالسن والتي تعد آية من آيات الله سبحانه وتعالى على خلقه قال تعالى في سورة الحجرات آية(13) " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ " صدق الله العلي العظيم، تبين لنا هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى خلق الناس شعوباً وقبائل مختلفة وجعل وسيلة التواصل بين هذه القبائل هي التعارف فيما بينها وتبادل الخبرات والمعرفة والعلوم واساسه ان تكون التقوى لذا فان تبادل العلوم والخبرات والمعارف بين المجتمعات لا اشكال فيه ما دام اساس هذا التبادل هو الاخلاق الفاضلة بين الافراد وليس اساسه اشاعة الفاحشة والرذيلة. أن التطورات التي طرأت على المجتمعات بعد الثورة الصناعية وما لحقها من ابتكارات علمية وتكنولوجية أدت الى حدوث الكثير من التغيرات لذلك لايمكن لأي مجتمع أن يظل بمنائ عن هذا التغيير خصوصاً بعد انشاء جسور التواصل والاتصالات والمعلومات الالكترونية الحديثة كل ذلك أثر بصورة كبيرة على المجتمعات والقى بظلاله على المستوى السياسي والاجتماعي والاقتصادي والثقافي والعلمي وما يحدث في الوقت الحاضر من انتقال الافكار والممارسات من الغرب الى الدول الاخرى ونعني بالخصوص مجتمعنا الاسلامي أدى الى حصول تدهور على مستوى السلوك والاخلاق بشكل مثير للانتباه ويوجس الخيفه والحذربسبب دخول بعض الظواهر السيئة حيث نجد هذه الظواهر السلبية تؤثر بناحيتين على المجتمع الاولى "ثنائيه العنف والجنس" حيث سهلت إستخدام العنف بواسطة الالعاب الالكترونية الخطرة وإنتشار الاباحية والشذوذ الجنسي في المجتمع التي لا تزال بذور العفة والاحتشام موجوده فيه، أما الناحية الثانية فتتمثل بجعل جميع القيم التي تسود المجتمع لدى البشر ذات نمط ووتيرة واحدة وهذه القيم المتضمنة للمآكل والملبس والعلاقات الاسرية بين الجنسين تكون على شاكلة واحدة واسلوب واحد في الممارسة. أن انتشار الفاحشة والظواهر غير المالوفة ذات التاثير السلبي والمنحرف على المجتمع والافراد والمعرقل لتطور وتقدم المجتمعات ومن هذه الظواهر "الظواهر غير الاخلاقيه البذيئه" التي تسبب انهيار المجتمع والانحراف به الى هاوية الرذيلة فكان لابد من التصدي والمعالجة الشاملة والناجعة لها والوقاية منها وتقع مسؤولية التصدي لهذه الظواهر الدخيلة على الدولة والمجتمع والاسرة ككل لان القضاء عليها يتطلب بناء صحيح لشخصية الفرد تبدأ من تنشئته النشأة الصحيحة منذ الصغر في الاسرة ثم المجتمع ثم تهذيب سلوكه من قبل الهيئات والمؤسسات الادارية سواء ما كان منها تعليمي ام ضبطي.

أهمية الدراسة

تكمن اهمية الموضوع بكونه من المواضيع الحديثه نسبيا وله تاثير مباشر على المجتمع وما يحمله من قيمة ومعاني والتاكيد على دور الجهات الاداريه في صيانة النظام العام وحفظ الاخلاق والاداب العامه خاصة منذ التطورات والاحداث التي طرات على الدولة بعد عام 2003 وما رافقها من تغيير ملفت للنظر في بعض العادات والاخلاق الموجودة في المجتمع بوضع لا يتلائم مع قيمه الاصلية ولا مع التعاليم الاسلامية مما انعكس عليها بشكل سلبي كل ذلك يتطلب من الادارة التدخل من اجل حماية الاخلاق والاداب العامه وتحقيق الصالح العام وعلى هذا الاساس تتجسد اهميه البحث في التاكيد على الدور العام والهام الذي تلعبه الادارة عند ممارسة وظيفتها الضبطية في حمايه النظام العام وصيانه الاخلاق والاداب العامه من المؤثرات الخارجية التي قد تضر وتخل بالاخلاق والاداب العامة.

مشكلة الدراسة

تتلخص مشكلة الدراسة بالأسئلة الاتية- :

1 -ما المقصود بالأخلاق والآداب العامة؟

2 -هل الأخلاق والآداب العامة عنصراً من عناصر النظام العام؟

3 -هل تستطيع الادارة استخدام أساليب الضبط الاداري في حماية الأخلاق والآداب العامة؟

4 -ما هي مقدار السلطة التي تتمتع بها الادارة في مجال حماية الأخلاق والآداب العامة؟

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

منهج الدراسة

من اجل بيان المكانة التي تقوم بها الادارة في حماية المجتمع والحفاظ على النظام العام وعناصره وبالاخص الاخلاق والاداب العامة لذا اقتضت طبيعه الدراسه الاعتماد على المنهج التحليلي كذلك اللجوء الى المنهج الوصفي وايضا الاستعانة بالمنهج المقارن في كل من دول المقارنة فرنسا ومصر لمعرفة اتجاهات الانظمة القانونية في مجال حماية الاخلاق والاداب العامة والاستفادة منها في نظامنا القانوني.

المبحث الأول

النظام العام وعلاقته بالاخلاق والاداب العامة

ان النظام العام في كل دولة يعد الاساس الجوهري لانظمتها ووجودها على اختلاف اشكالها وصورها، وهو مفهوم نسبي يتغير ويتطور بتفاعله مع الاحداث والاوضاع التي تحدث بالمجتمع وهو في ذات الوقت يهدف الى حماية المصالح العامة في الدولة. ويتضمن النظام العام عدة عناصر منها ما يكون له مظهراً خارجياً ملموساً ومنها ما يدور في الانفس والعقول متخذاً جانباً معنوياً لدى الافراد المتمثلة بالاخلاق والاداب العامة. ولبيان مفهوم النظام العام والاخلاق والاداب العامة نقسم هذا المبحث الى مطلبين يتضمن الاول بيان مفهومهما وفي المطلب الثاني نوضح العلاقة بينهما.

المطلب الأول

مفهوم النظام العام والاخلاق العامة

نبين في هذا المطلب مفهوم فكرة النظام العام في الفرع الاول ثم نتطرق الى توضيح معنى الاخلاق والاداب العامة والذي يكون في الفرع الثاني

الفرع الاول: تعريف النظام العام

أن فكرة النظام العام فكرة نسبية ومتطورة تختلف من بيئة وعصر الى اخر فكثير من الممارسات والتصرفات قد تكون صالحة في زمن معين واضحت اليوم مخالفة للنظام العام تحت مظلة التنظيمات الحديثة التي وضعها المشرع بنصوص آمرة التي لا يجوز مخالفتها، وقد تكون بسبب توسع العلاقات بين الدول وانتشار التقافات لذا فان فكرة النظام العام فكرة مرنة تضيق وتتسع تبع للاوضاع السائدة في المجتمع مما تعد المنفذ الذي من خلاله يمكن ادراج العوامل الاجتماعيه والاقتصاديه والخلقية للمجتمع في النظام القانوني ليتم التناسق والتلائم بينها وبين التطور الذي يطرأ على المجتمع في آن واحد وبناء على ذلك ليس من السهل وضع تعريف جامع مانع لها في مجال الضبط الاداري لذلك نجد المشرع سواء في العراق ام فرنسا ام مصر لم يضع تعريفا ثابتا ومحددا للنظام العام واكتفى ببيان بعض صور صيانة وحماية النظام العام تاركاً هذه المهمة الى الفقه والقضاء.وبناءً على ذلك اتجه الفقه والقضاء الى تحديد العناصر الاساسيه التي يتكون منها النظام العام وحصرها في عناصر ثلاثه هي "الامن العامه والصحه العامه والسكينه العامه" وبهذه العناصر يتكون المفهوم التقليدي للنظام العام ويطلق على هذه العناصر بالتقليديه لان التطورات التي طرأت على المجتمعات بسبب العوامل الاجتماعيه والاقتصاديه والسياسيه ادت الى اضافه عناصر اخرى لمفهوم النظام العام ولم يبقى مقتصرا على المفهوم التقليدي له. وفي مجال الضبط الاداري فان فكرة النظام العام تشير الى الهدف او الغاية التي تسعى هيئات الضبط الاداري الى تحقيقها وعليه لا يجوز لهذه الهيئات ان تهدف باجراءاتها الضبطية أهداف أخرى لا تشمل المحافظه على النظام العام او تتجاوزه الى غايات اخرى حتى وان كانت هذه الاجراءات هادفة الى تحقيق المصلحة العامة، والا تترتب عليها عدم المشروعيه بسبب الانحراف في السلطه لذا فمن الاهمية بيان حدود فكره النظام العام لانها تمثل اساس تدخل هيئات الضبط الاداري في تقييد الحريات العامه للافراد.

وتعرف فكرة النظام العام بانها "حالة مادية او معنوية لمجتمع منظم فهو الافكار الاساسية للقانون والمجتمع فهو حالة وليست قانون واحيانا اخرى تكون معنوية تسود المعتقدات والاخلاق واحيانا اخرى تكون هذه الحالة هي الامرين معا"[1] ويلاحظ على هذا التعريف انه حدد فكره النظام العام وبين عناصره الاساسية المتضمنة الجانب المادي والمعنوي معا ووصف النظام العام بانه ظاهرة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اجتماعية قانونية تهدف الى المحافظه على اسس وقواعد المجتمع وقيمه ومبادئه ومن جانب اخر تكون ملزمة للافراد مما يلزم عدم مخالفتها والا ترتب تحلل المجتمع بعكسها وان مصدر تلك الفكرة يوجد في القوانين او العرف او الاحكام والمبادئ القضائية .

وعرف النظام العام بانه:" مجموعه المصالح الاساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية او اجتماعية او اقتصادية"[1]. أن قواعد النظام العام تتصل بالنظام الاساسي لاي مجتمع وكل ما يتعلق به بحيث تكون كفته راجحة على المصلحة الفردية ومن ثم لزم على جميع الافراد احترام كل ما يتعلق بمسائل النظام العامه حتى ولو كانت النتيجة التضحية بمصالحهم الخاصة ويعد باطلاً كل اتفاق خاص يؤدي الى الخروج او التجاوز على هذا النظام.

الفرع الثاني: تعريف الاخلاق والاداب العامة

عرفت الاخلاق العامه من قبل السنهوري بانها:" مجموعه من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس ادبي يسود علاقاتهم الاجتماعية وهذا الناموس الادبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى عليه العرف وتواضع عليه الناس [1]"

اما الاداب العامة فعرفت بانها: "الحد الادنى من الافكار والقيم الخلقيه التي تواضع عليها الناس"[1] حيث بين هذا التعريف حقيقة الاداب العامة من حيث كونها افكار تخلج او تدور في عقول الناس وقيم خلقية تواضع الناس لها وجللوها وفي المقابل لم يبين لنا القيمة الالزامية لها وما يترتب عليها. اما فقيه آخر عرفها بانها: " القيم والمبادئ الاخلاقية التي تواضع الناس في مجتمع على احترامها والالتزام بها"[1] مبينا هذا التعريف بالاضافة الى مكانة الاداب العام وضرورة الالتزام بها وهناك من يرى ان الاخلاق العامة والاداب العامة كلمتان مترادفتان يدلان على معنى واحد ولم يفرق بينهما[1] وهناك راي اخر[1] يميز بين مفهوم الاخلاق العامة وبين الاداب العامة مستندين في ذلك الى ان مفهوم الاخلاق العامة اوسع واشمل من مفهوم الاداب العامة حيث انهم بينوا ان الاداب العامة تمثل الحد الادنى من القيم والمبادئ الاخلاقية التي يعتقد المجتمع والناس بواجب احترامها وتقديرها ومن هذا المنظور تكون الاخلاق العامة أوسع من الاداب العامة. ويرى البعض الاخر [1] ان معنى الاداب العامة هي "مجموعه القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وعصر معين فهي بهذه المثابة تعتبر الشق الخلقي لقواعد النظام العام" ويسرد القول الى ان "ليس المقصود بالاداب العامة كل قواعد الاخلاق وانما يقصد بها قدراً من هذه القواعد يمثل الاصول الاساسية للاخلاق في الجماعة". ويرجح الباحث الرأي الذاهب الى أن الاخلاق والاداب العامة هما مفردتان متشابهتان في المعنى وذات دلالة واحدة وان كان هناك من يفرق بينهما حتى ان بعض التشريعات جاءت تفرق بين المفردتين وايضاً تفرق بين الاخلاق والاداب العامه وبين النظام العام حيث يشير المشرع الى القول بالاداب أو الاخلاق والنظام العام ولو كان ذات دلالة واحدة لأكتفى المشرع بالقول بالنظام العام كونه يشمل الاخلاق والاداب العامة وتكون داخله فيه وجزء منه ولا يشر اليهما معا [1] .

كذلك فأن مفهوم الاخلاق والاداب العامه المستخدم في فضاء القانون الاداري بكونه غرضا من اغراض الضبط الاداري يتميزعن مفهومها المستخدم في مجال القانون الجنائي كذلك يختلف عن مفهومه في مجال القانون المدني، حيث ان هيئات الضبط الاداري تتدخل لمنع وقوع التصرفات التي تمس الاخلاق العامة بالرغم من ان القانون الجنائي لا يجرمها مثال على ذلك اللبس غير المحتشم فضلا عن تدخلها لمنع وقوع الاعمال المخله بالاخلاق والاداب العامه التي جرمها القانون مثل جرائم التشيير والقذف لذا تكون مهمه الضبط الاداري في الحفاظ على الاخلاق والاداب العامة أوسع مجالاً مما يدل على ان مفهوم هذه الاخيرة تكون ذات ابعاد كبيرة عند النظر اليها من جانب القانون الاداري[1].

اما بالنسبه الى مفهوم الاخلاق والاداب العامة في القانون الخاص فنجده يقترب من مفهومه بوصفه هدفا من اهداف الضبط الاداري في القانون العام على الرغم من وجود بعض الافتراقات البسيطه لان مفهوم الاخلاق والاداب العامة في القانون الخاص تشير الى بعض قواعد الاخلاق التي تعود الى قاموسهم الادبي وبعض العادات والاعراف التي تواضع الناس لها في علاقاتهم الاجتماعية[1]، وأن كل عقد او اتفاق مخالف لها تكون نتيجته وجزائه البطلان لانها تعد جزءا من النظام العام ويمثل الناحية الخلقية للمجتمع الذي لا يستقيم الا بوجودها مما يترتب على الافراد احترامها ومراعاتها وعدم المساس بها لانها تمثل الاسس والاحوال التي يقوم عليها.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الثاني

الاخلاق والاداب العامة كعنصر من عناصر النظام العام

أن فكرة النظام العام غالبا ما ترتبط بفكره اخرى هي الاخلاق والادب العامة لذا فان الدراسات القانونية تجمع بينهما عند تنظيم القواعد الاساسيه لبناء المجتمع، لكن في ذات الاتجاه تباينت الاراء حول طبيعة فكرة الاخلاق والاداب العامة من حيث اعتبارها عنصراً من عناصر النظام العام وعلى هذا الاساس ظهرت عدة آراء. ففي فرنسا اختلفت رؤية الفقهاء تجاه فكرة النظام العام فمنهم من ذهب الى التضييق من هذه الفكرة العامة وهذا ما تبناه الفقه التقليدي الذي اختزل فكرة النظام العام على الجانب المادي دون الاخذ بالجانب المعنوي او الادبي له، ومنهم الفقيه هوريو الذي عرف فكرة النظام العام بانها: "النظام المادي المحسوس الذي يعتبر بمثابة حالة مناقضة للفوضى"[1] وابعد من نطاق فكرة النظام العام الشق المعنوي أو الادبي المتضمن الافكار المعتقدات والاحاسيس فأنه لا يقع تحت سلطان هيئات الضبط الاداري لكن اذا تسبب الجانب المعنوي للنظام العام بتهديد مباشر للنظام العام المادي ففي هذه الحالة يكون سببا لتدخل الادارة وحماية الجانب المادي منه ويؤكدون على ان الاحاسيس السائده في النفوس والافكار والمعتقدات تكون خارج عن هيمنة الضبط الاداري لكن متى ما تجاوزت هذه الافكار والاحاسيس حدود الوجدان وتمثلت بمظهرا خارجيا يخشى منها التاثير على الجانب المادي للنظام العام فعند اذن تتدخل سلطه الضبط الاداري لحمايتها.

اما الاتجاه الحديث من الفقه الفرنسي فقد اتجه الى المفهوم الواسع لفكرة النظام العام ليمتد ليكون شامل للجوانب المادية بالاضافة الى الجوانب المعنوية وتكون على حد سواء في آن واحد وتشكل فكرة النظام العام وبناءً على ذلك عُرف النظام العام بأنه: " مجموع الشروط اللازمة للأمن والاداب العامة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين الافراد وعلى ذلك فان النظام العام يتسع ليشمل الجانب الادبي او المعنوي إضافة للجانب المادي"[1] ويذهب البعض الاخر الى أن فكرة النظام العام ما هي الا فكرة اخلاقية مستندين الى فكرة النظام العام بكونها فكرة مرنة تضيق وتتسع حسب الاوضاع الاجتماعية وتتغير من زمان الى اخر وتختلف هذه الفكرة من دولة الى اخرى حسب ما تحيط بالدولة من نظم سياسية واقتصادية واجتماعية.[1] اما في مصر فان الحال لا يختلف كثيراً عما هو عليه في فرنسا من حيث تباين وجهات النظر لدى الفقه المصري فاتجه الفقه بها الى عده اتجاهات منها ما يقصر فكرة النظام العام على العناصر التقليدية فقط والمتمثلة في الامن والصحة والسكينة العامة مما يعني ان فكرة النظام العام لا تشمل حالة المجتمع المعنوية والروحية الا اذا ارتبطت بمظهراً خارجياً يهدد النظام العام بشقه المادي عندئذ تستطيع سلطات الضبط الاداري التدخل لحمايتها ويضيف أصحاب هذا الراي ان الاختلال الواقع على الجانب المعنوي او الاخلاقي لا يمنع من تدخل الجهة الادارية لحمايته ولكن الوسيلة المستعملة في ذلك تختلف عن الوسيلة المستعملة في مجال الضبط الاداري على اساس ان حماية هذه الجوانب المعنوية والاخلاقية من الواجبات الجوهرية المترتبة على عاتق الادارة[1].

أما الرأي الآخر فانه اعطى فكرة موسعة للنظام العام وعناصره فلم يتقيد بالعناصر التقليدية المتمثلة بالعناصر ذات التاثير المادي والمرتبطة بعنصر الامن والصحة والسكينة العامة بل شمل الجوانب المادية والمعنوية معا مستندين الى ان فكرة النظام العام تمثل ظاهرة قانونية تهدف الى صيانة الاسس والمبادئ التي يقوم عليها كل مجتمع مما يترتب عليه قيام الجهة الادارية بالتدخل وحماية النظام العام سواء كان الاخلال الواقع مس الجوانب الماديه ام الجوانب المعنويه والاخلاقيه منه.[1] . وايضاً عرفت الاخلاق والاداب العامة من الناحية القانونية بانها: "الحد الادنى من الاخلاق الذي اذا لم يحرص عليه أدى ذلك الى انهيار الحياء الخلقي في الجماعه مما يترتب عليه انهيار نظامها المادي"[1] ويلاحظ على هذا التعريف انه ربط الاداب العامة التي تمثل الجانب المعنوي من النظام العام بجانبه المادي الذي يمثل جوانبه الملموسه والظاهرة للنظام العام الخاجي.لذا فأن الفقه اتجه الى عد الاخلاق والاداب العامه عنصراً من العناصر المكونة للنظام العام وهذا الراي هو الارجح لان النظام العام يتكون من جملة من العناصر المتعددة يدخل ضمنها عنصر الاخلاق والاداب العامة .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المبحث الثاني

أساليب الادارة في حماية الاخلاق والآدب العامة

ان الاساليب التي تستعملها الاداره في مجال الضبط الاداري في جانب حماية الاخلاق والآدب العامة تنقسم الى اسلوبين متميزين فهي اما تكون تصرفاتهم قانونيه تتمثل بالقرارات والجزاءات الاداريه او تكون تصرفات ماديه تتمثل بالتنفيذ الجبري المباشر وسنبحث كل اسلوب تباعا فيما يلي- :

المطلب الأول

اساليب الادارة الضبطية القانونية

تتضمن الاساليب القانونية التي تستعملها الادارة في مجال الحفاظ على الاخلاق والاداب العامة عدة صور وفيما يلي بيان لكل منها- :

الفرع الاول: أنظمة الضبط الاداري

الفرع الثاني: قرارات الضبط الاداري الفرديه

الفرع الثالث: الجزاء الاداري

الفرع الاول أنظمة الضبط الاداري

وهي عبارة عن القرارات التنظيمية التي تصدرها الاداره في مجال الضبط الاداري والتي تعد من اهم الوسائل الضبطيه لتحقيق النظام العام والمحافظة عليه في المجتمع والتي تسمى بالتعليمات والانظمة في العراق وباللوائح في مصروفرنسا وعن طريقها تضع الاداره قواعد عامة مجردة وعرفت بانها: " قواعد عامة مجردة تهدف الى الحفاظ على النظام العام [1]"

وعرفت ايضا بانها: " القرارات التي تتضمن قواعد عامة مجردة تطبق على عدد من الاشخاص ليسوا محددين بذواتهم [1]"

وعرفها البعض الآخر بانها "مجموعة القرارات الادارية العامة التي تصدرها السلطات الادارية المختصة بسلطة الضبط الاداري بقصد المحافظة على الامن بطريقة وقائية وسابقة عن طريق دفع وابعاد كافة المخاطر التي تهدد الامن العام باسلوب وقائي[1]"

ان القرارات التنظيمية "التعليمات واللوائح والانظمة" تعد من ابرز مظاهر الوظيفة الضبطية التي تمارسها الهيئات الادارية، وفي الواقع ان سلطة اصدارها تنعقد الى البرلمان لانه صاحب الاختصاص الاصيل في اصدارها لكن لعدة اعتبارات تستند مهمة اصدارها الى السلطه التنفيذية ويعود ذلك الى خبرة الاخيرة وارتباطها عملياً وبصورة مباشرة في تنظيم المسائل الهامة في المجتمع ومراعاة الصالح العام.[1]

اما بالنسبه الى الجهة الادارية التي تمتلك حق وضع التعليمات واللوائح فان النصوص الدستورية والقانونية هي التي تحددها في كل دولة فنجد في فرنسا ان الدستور لسنه 1958 قد اناط مهمة اصدارلوائح الضبط الاداري الى رئيس الوزراء حيث نص على " يدير الوزير الاول عمل الحكومة ويمارس سلطة اصدار اللوائح ....." وايضا في مصر نجد دستور 2014 في الماده "172" نصت على "يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقه مجلس الوزراء" وفي العراق فان دستور جمهوريه العراق لسنه 2005 لم يورد نص صريح يخول السلطه التنفيذيه اصدار انظمة ضبط مستقله واكتفى باعطائها حق اصدار انظمة وتعليمات لتنفيذ القوانين حيث جاء في اختصاصات مجلس الوزراء "يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الاتيه: - ..... اصدار الانظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنظيم القوانين [1]".....

وتساهم القرارات التنظيمية الضبطية في قضية الاخلاق والاداب العامه فمن خلالها يمكن حماية الاخلاق والاداب العامة والحفاظ عليها بما يتناسب ويتلائم مع القيم الاصيلة والتعاليم الاسلامية للمجتمع وتقوم هذه القرارات بتنظيم اوجه النشاط الفردي وتقييد حرياتهم [1] وتتخذ عده اوجه وصور يمكن من خلالها تنظيم النشاط الفردي، وتتمثل فيما يلي-:

1 -الحظر

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ويقصد به منع الافراد من القيام بممارسة نشاط او عمل معين حيث عرف بأنه " نهي الادارة الافراد عن اتخاذ اجراء معين او ممارسة نشاط محدد لما فيه من ضرر يلحق النظام العام من جراء تلك المباشرة"[1] وتكون هذه الوسيلة استثنائية لان هيئات الضبط الاداري لا تستخدم هذه الوسيلة إلا عندما يستحال وقاية النظام العام بالوسائل الاخرى للضبط الاداري[1] ويشترط في الحظر ان لا يكون مطلقا وانما جزيء لان الحظر المطلق يسبب تعطيل الحريات ومصادرتها وهو يمثل أوسع صور المساس بالحريات العامه بقصد المحافظة على النظام العام ويتحدد الحظر بمكان معين وزمان معين فلا يمكن ان يكون شامل ومطلق .[1]

مثال ذاك حظر عرض بعض الافلام السينمائية اذا كانت تخل بالاخلاق والآدب العامة، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية لوتيسيا قي (١٨) كانون الاول عام ١٩٥٩ من الاعتراف لسلطة الضبط الاداري بحقها في استعمال صلاحيتها في مجال الحفاظ على الاخلاق والآداب العامة، حيث أقر بصحة القرارات التي تصدرها هيئات الضبط الاداري المتعلقة بمنع عرض الافلام السينمائية اذا تسببت بعرضها حدوث اضطرابات واختلالات في النظام العام بسبب صفتها غير الأخلاقية الخاصة بالفلم محل العرض.[1]

وفي العراق نص قانون الرقابة على المصنفات والافلام السينمائية رقم (64) لسنة 1973المعدل في مادته (2) فقرة (2)على:- "يمنع عرض وبيع المصنفات والافلام اذا كانت : - ا - تدعو الى الالحاد أو الطائفية أو افساد الاخلاق أو اشاعة الجريمة او تشجيع اعمال التخريب أو استعمال العنف أو تؤثر على النظام العام والامن الداخلي أو تشجع على تناول المسكرات والمواد المخدرة أو لعب الميسر"

2 -الاخطار

وهو إعلام الجهة الادارية المختصة بممارسة النشاط والغاية منه لكي تتمكن الاداه من اتخاذ الاجراءات والاحتياطات الكافية لحماية النظام العام وصيانته والحفاظ عليه[1] مثل الاخطار بإقامة الشعائر الدينية والافراح في الاماكن العامة والاخطار قد لا يكون مرتبطاً بحق الادارة بالاعتراض عليه وهنا يستطيع الافراد ممارسة النشاط او الحرية بمجرد اعلام الجهة الادارية وفي هذه الحالة يكون الاخطار حالة وسط بين الاذن والاباحة لانه اقل الوسائل الوقائية إعاقة لممارسة النشاط او الحرية مقارنة مع الوسائل الاخرى واما يكون مقترناً بحق الاداره في الاعتراض على ممارسة الافراد النشاط او الحرية وتستطيع الادارة في هذه الحالة الاعتراض عليه اذا لم يكن مستوفياً للشروط والبيانات التي يتطلبها القانون ويرى بعض الفقهاء انه يقترب من نظام التراخيص [1]

3 -الترخيص

ان هذه الوسيلة تعد اقل شدة من الحظر لكنها في ذات الوقت تمثل قيدا على ممارسة الافراد لحرياتهم لانها تتطلب حصول الافراد على إذن مسبق من الجهات الادارية المختصة قبل مزاولة النشاط المعين والحكمة من وراء ذلك تكمن في ضرورة إتاحة المجال امام هيئات الضبط الاداري للتدخل مسبقا في تنظيم الانشطة الفردية التي تؤثر ممارستها على النظام العام ويعرف الترخيص الاداري بأنه " وسيلة من وسائل تدخل الدولة في ممارسة النشاط الفردي للوقاية مما قد ينشأ عنه من ضرر، وذلك بتمكين الهيئات الادارية من فرض ما تراه ملائماً من الاحتياطات التي من شأنها منع هذا الضرر، أو رفض الاذن بممارسة النشاط اذا كان لا يكفي للوقاية منه اتخاذ الاحتياطات المذكورة أو كان غير مستوفي للشروط التي قررها المشرع وتقييد ممارسة النشاط المفروض عليه بالقدر الضروري الذي يجعله متفقاً مع الصالح العام[1]"

وهنا تمتلك جهه الاداره سلطة تقديرية تجاه منح او عدم منح الترخيص حيث يحق للادارة رفض الترخيص إذا لم يستوفي الشروط المطلوبة أو كان غرضه مخالفة النظام العام مثل رفض منح الترخيص اذا كان يتعلق بفتح محال خطره لترويج المؤثرات العقلية والضارة بالصحة.

4 -تنظيم النشاط

في بعض الحالات لا تشتمل الانظمة الضبطية على احكام تمنع الافراد من ممارسة نشاط معين او اخضاعه لشرط الموافقة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المسبقة أو ضرورة اخطار جهة الادارة مقدماً، بل تقتصرعلى تنظيم النشاط فتضع اشتراطات معينة تبين فيها كيفية ممارسه النشاط او الحرية من قبل الافراد والغاية من هذا التنظيم لأخذ الاحتياطات اللازمة من قبل الادارة لوقاية النظام العام وحمايته من الاخلال به، ويعد هذا الاسلوب اقل مساسا بحريه الافراد من الاساليب السابقه[1] حيث تقوم الادارة بتنظيم النشاط او الحرية بوضعها مسبقا شروط او حدود الممارسه ذلك النشاط او الحرية.

الفرع الثاني: قرارات الضبط الاداري الفردية

وتعد هذه الوسيلة من اكثر الوسائل شيوعاً عند مزاولة الادارة بالنشاط الضبطي فنجد ان اغلب تصرفات الادارة في مجال الضبط الاداري هو عبارة عن قرارات فردية ضبطية والسبب يعود في كون انظمة الضبط غير كافية وحدها في صيانه النظام العام والحفاظ على الاخلاق والاداب العامة فتلجا الادارة الى اصدارها لتطبيق هذه الانظمه واللوائح التنظيمية ويقصد بقرارات الضبط الاداري الفرديه بانها:- " القرارات التي تصدرها الادارة بقصد تطبيقها على فرد محدد بذاته او على مجموعة من الافراد محددين بذواتهم"[1] وهذه القرارات يجب ان تتوافر فيها شروط المشروعية من ناحية الاختصاص ان تصدر من الجهة الادارية المختصة قانوناً لاصدارها وبالشكل الذي يتطلبه القانون وان تكون هناك اوضاع قانونية وظروف واقعية هي التي دفعت رجل الاداره الى إتخاذ القرار وكذلك ان تتفق هذه القرارات مع القوانين والانظمة وان يكون هدفها تحقيق المصلحه العامه وعلى هذا الاساس تكون القرارات الفردية الضبطية خاضعة لرقابة القضاء التي تاكد من مشروعيتها.[1] ومثال على ذلك القرار الاداري الذي تصدره الجهة الادارية المختصة بالغلق للمحال او الامكنة التي تخل بالنظام العام وقد اجازت التشريعات للهئيات الضبط الاداري اغلاق المحال التي تسيء وتخل بالاخلاق والاداب العامة ففي مصر نجد المشرع نص على اغلاق مثل هكذا محال " تغلق الملاهي أو المحال إدارياً في حالة وقوع أفعال مخالفة للاداب العامة أو النظام العام "[1] وايضاً هذا ما نص عليه المشرع العراقي[1] "للوزير او من يخوله غلق المطبعة او المحل نهائيا وسحب اجازة التأسيس مع طلب تحريك الدعوى الجزائية في احدى الحالات الاتية: اولا – قيام مالك المطبعة او من يديرها رسميا بطبع ونشر وترويج المطبوعات المخلة بالحياء والاداب العامة".....

الفرع الثالث: الجزاء الاداري

عرف البعض الجزاء الاداري بإنه " هو قرار إداري فردي و ذو طبيعة عقابية جراء مخالفة إلتزامات قانونية و تنظيمية"[1] وعرف ايضاً بإنه:" الجزاء الذي تتخذه هيئات الضبط الاداري بهدف صيانه النظام العام في احدى نواحيه فهو تدبير يراد به اتقاء الاخلال بالنظام العام اذا ظهرت بوادره وخفيت عواقبه وهو لا ينطوي بذلك على معنى العقاب"[1] ويتخذ الجزاء الاداري الضبطي عدة صورمنه ما يكون جزاءاً مالياً كالمصادرة وقد يكون ماساً لحرية الافراد ومقيدا لها مثل الاعتقال أويكون على شكل سحب التراخيص الممنوحة لهم. وهذه الاجراءات ذات صبغة وقائية تنزلها الهيئات الادارية عند ممارستها سلطتها العامة مع الافراد بغض النظر عن صفتهم وارتباطهم بالادارة وتمثل وسيلة اساسية لردع اي خرق لبعض القوانين والانظمة غايتها تقويم الانشطة الفرديه وضبط ادائها بما يحقق حماية المصلحة العامة ولما كان هذا الجزاء لا يصدر عن جهه القضاء بل تقوم به السلطة الادارية بايقائه فيتخذ شكل التصرفات الاحادية الجانب الصادرة من قبل الادارة بصيغه القرار الاداري[1] لذا لابد ان يستوفي مقومات القرارات الادارية من صحة وجود اركان القرار الاداري والا تكون نتيجته عدم المشروعية مما يجعله عرضه للالغاء[1] وهذا يعني يجب صدوره من الجهة الادارية المختصة مع مراعاة الاجراءات المطلوبة لاتخاذه والغاية المرجوة تحقيقها عند ايقاع الجزاء وهو تحقيق المصلحه العامة والحفاظ على النظام العام .

ومن خلال ما تم استعراضه يتبين لنا أن الجزاء الإداري الذي تتخذه الادارة في مجال الضبط هو تصرف قانوني يكون بصيغة القرار الإداري وذو طابع وقائي و صادرمن جهة غير قضائية، وهي جهة الإدارة المتمثلة بهيئات الضبط الاداري، وتهدف الى الحد من مخالفة القوانين والانظمة واللوائح وصيانة النظام العام بعناصره المعروفة.

وتتميز "الجزاءات الادارية" بعدة خصائص أولها انها ذات خصيصة إدارية عندما ينظر اليها من المعيار العضوي حيث ينعقد الاختصاص بايقاعها الى الجهة الادارية مما تقودنا هذه الصفة الى التمييز بينه وبين الجزاء الجنائي الذي يكون من إختصاص القضاء

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اما الجزاء الاداري فيكون من إختصاص جهة ادارية بعد ان يمنحها نص القانون ممارسة الاختصاص القضائي[1]، وان قيام الادارة بفرض جزاء اداري عام لا يعد تجاوزا على اختصاص القضاء عند تطبيق مبدا الفصل بين السلطات وذلك لان المستقر عليه في الفقه أن مبدأ الفصل بين السلطات هو مبدأ مرن ويكون الفصل نسبي بينهما مستندا الى اساس التوازن والتعاون بين السلطات مما يعني قيام كل سلطة بمباشرة بعض الاختصاصات التي تكون مقررة للسلطات الاخرى الى جانب ممارستها الى وظيفتها المخصصة لها. وهذا ما اكده المجلس الدستوري الفرنسي مشيراً الى ان قيام الادارة بفرض هذه الجزاءات فانها لا تتعارض مع مبدأ "الفصل بين السلطات" شريطة ان يكون تطبيقها مقترناً بالضمانات المقررة للافراد في نطاق الجزاءات الجنائيه حيث جاء في حكم له صدر في 28/ يوليو/ 1989:- " ان مبدا الفصل بين السلطات ولا اي مبدا دستور آخر يعد عقبة امام الاعتراف للادارة التي تتصرف في نطاق ما تتمتع به من امتيازات السلطه العامة بسلطة ايقاع الجزاءات الادارية العامة بشرطين اولهما: ان لا تكون هذه الجزاءات من الجزاءات السالبة للحرية وثانيهما: ان تكون ممارسة الادارة سلطة ايقاع الجزاء الاداري العام مقترنة بالضمانات التي تكفل حماية الحقوق والحريات المكفولة دستورياً .[1]"

ويتصف الجزاء الاداري ايضاً بالصفة العمومية من حيث تطبيقه حيث تقوم الادارة بايقائه على جميع الافراد الذين يخالفون القواعد القانونية والمخاطبين بها او القرار الاداري الخاص بهم ولا يتحدد بفئة معينة من الافراد ومن جانب آخر يكون الجزاء الاداري ذو طبيعة ردعية لانه يقع على كل سلوك يقوم به الشخص ويكون مضر سواء كان في صورة فعل او امتناع عن فعل ويمثل مخالفة للقانون اوالانظمة والتعليمات.[1]

ويلعب الجزاء الاداري دوراً مهماً في حفظ الاخلاق والاداب العامة ومثال على ذلك اجاز قانون المطابع الاهليه رقم (5) الصادر في 1999 في المادة (12) منه للوزير بفرض الجزاء الاداري المتمثل بسحب الترخيص اذا استخدمه صاحبه في احوال تؤدي الى الاخلال بالاخلاق والاداب العامة حيث نصت على:" لوزير الاعلام سحب إجازة التاسيس في حاله قيام مالك المطبعة او مديرها بطبع ونشر وترويج المطبوعات المخلة بالحياء والاداب العامه"

المطلب الثاني

اساليب الادارة الضبطية المادية

بالاضافة الى الوسائل القانونية التي تستعملها الادارة تلجا ايضاً الى استخدام وسائل مادية في سبيل صيانة الاخلاق والاداب العامة من الافكار والظواهر الدخيلة التي تؤدي الى طمس الاخلاق المجتمعية الاصلية بظواهر وحالات لا تمتد الى الاخلاق الاسلامية والعربية بشى فانه يعد خطراً يهدد وجود المجتمع وتماسكه وهويته حيث أن هذه الظواهر تفرض ثقافات سلبية تؤثر على عقول الافراد وتغيير من تفكيرهم مما يحدو بهم الى الهاوية، فتلجا الادارة الى استعمال وسيلة تحمل في طياتها العنف والقوة وتكون اشد من الوسائل الاخرى للتصدي لها، في هذا المطلب نتطرق الى حق الادارة في استعمال القوة مع بيان الحالات التي يجوز لها ذلك.

التنفيذ المباشر الجبري "استعمال القوة"

يعد هذا الاجراء من اجراءات الضبط الاداري وهو تطبيق خاص بالنسبة الى النظرية العامة للتنفيذ المباشر للاوامر والقرارات الادارية، ويمثل إستثناء من الاصل العام الذي يتوجب على الادارة اللجوء الى القضاء [1] للتصريح لها باستعمال القوة المادية مقترناً بسند من القانون او وجود حالة الضرورة. حيث ان الادارة هنا لا تقوم بتصرف قانوني بل تقوم بتصرف مادي يتمثل باستعمال القوة الجبرية لإرغام الافراد على الامتثال للقوانين والانظمة وقرارات الضبط الاداري الفرديه قاصدة حمايه النظام العام واعادته الى وضعه السابق في حالة اذا ما أختل او تزعزع واضطرب, وعرف التنفيذ المباشر بانه: " حق الادارة في تنفيذ اوامرها على الافراد بالقوة الجبرية اذا رفضوا تنفيذها اختياراً دون حاجة الى إذن مسبق من القضاء"[1] ويعد هذا الحق الممنوح للادارة تجاه الافراد من أهم الامتيازات العامة التي تتمتع بها الادارة عند الحاجة لمنع الإخلال الذي يتعرض له النظام العام بعناصره المعروفة. ومثال على ذلك استخدام القوة لمنع تجمع يدعون الى ممارسات غير اخلاقية، وتتصف هذه الوسيلة بالشدة مقارنة بباقي وسائل الضبط الاداري والسبب

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

في ذلك يعود الى عدة إعتبارات عملية تستند الى التصرفات التي تقوم بها الادارة بشكل عام حيث يكون استخدامها اكثر ضرورة عند ممارسة وظيفة الضبط الاداري التي تسعى الى صيانة النظام العام عن طريق القيام باعمال مادية سريعة لا تتحمل التاخير ولا تعطي جدواها وفاعليتها في حال اذا ما اخضعت للحصول الى إذن مسبق من القضاء، إضافة الى ذلك فان وسيلة التنفيذ الجبري ضرورة اجتماعية لكونها استكمال لسلطة الدولة بالعمل على احترام نظامها وإطاعة اوامرها وقوانينها والحفاظ على كيان الدولة ووجودها. لذا فان القانون اعطى للادارة في أحوال معينة الحق في التنفيذ الجبري ويكون تحقيقاً للمصلحة العامة وعلى هذا الاساس يكون التنفيذ الجبري وسيلة استثنائية تستخدمها الادارة لأنه يؤدي الى حرمان الافراد من الضمانات التي يقدمها القضاء ويتيح لجهات الضبط الاداري إتخاذ اجراءات توصف بالشدة والقوة تجاه الافراد، لذا لا يجوز لها ان تلجأ الى هذه الوسيلة الا في حالات معينة وهي-:[1]

أولاً: - وتتمثل الحالة الاولى عندما تستند الادارة الى استخدام حقها بالتنفيذ الجبري الى وجود نص صريح يخولها ذلك في القوانين وهنا فان اساس سلطه الاداره في التنفيذ الجبري هو وجوب تنفيذ القوانين. مثل ما نص عليه قانون المحال المصري رقم "371" لسنة 1956 في المادة (30) منه على:" يغلق الملهى إدارياً في حالة وقوع أفعال مخالفة للاداب أو النظام العام ."

ثانيا: عدم وجود نص قانوني يلزم من يرفض تنفيذ القرار الاداري على تنفيذه كان لا يتضمن هذا النص على جزاء سواء كان جنائي ام اداري يمكن انزاله على من يرفض التنفيذ وان الفقه والقضاء الفرنسي يجيز للادارة الحق باللجوء الى التنفيذ الجبري وذلك لعدم وجود نص في قانون العقوبات ينص على جزاء معين لمن يخالف الاوامر والقرارات التي تصدر عن السلطة الادارية اما في مصر والعراق فلا وجود لمثل هذه الصورة من صور التنفيذ المباشر الجبري لان المشرع اعتاد على ايراد نص عقابي في قانون العقوبات العام يتضمن جزاء لكل من يخالف تنفيذ القوانين والقرارات الصادرة من الجهات المختصة حيث نصت المادة (340) من قانون العقوبات العراقي على " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر أو بغرامة لا تزيد على مائة دينار كل من خالف الاوامر الصادرة من موظف أو مكلف بخدمة عامة أو من مجالس البلدية أو هيئة رسمية أو شبه رسمية ضمن سلطاتهم القانونية أو لم يمتثل اوامر اية جهة من الجهات المذكورة الصادرة ضمن تلك السلطات وذلك دون الاخلال باية عقوبة اشد ينص عليها القانون."

ثالثا: قيام حالة الضرورة حيث في هذه الحالة يكون لجوء الادارة الى الاساليب الاعتيادية غير مجدي لارغام الافراد على التنفيذ مما يتيح للادارة في حالة الضرورة اللجوء الى التنفيذ الجبري سواء نص القانون بمنح الادارة حق استخدام التنفيذ الجبري ام لم ينص في حالة الضرورة[1] .

الخاتمة

اولاً: النتائج

1 -النظام العام في الوقت الحاضر أخذه بالتوسع ولم يعد قاصرا على العناصر التقليدية المكونة لهم من إقامة (الامن والصحه والسكينه) العامة وامتد لمراقبة كل ما يؤثر على الاخلاق والاداب العامه ويخل بها فبالاضافة الى جانبه ذات المظهر المادي اكتسب جانبا اخر ذات مظهر ديني واخلاقي ومعنوي، مما يتوجب احترام وحماية الجوانب المادية للنظام العام والادبية والاخلاقية والمعنوية له ايضاً.

2 -أستقر الفقه والقضاء على اعتبار الاخلاق والاداب العامة عنصراً من العناصر المكونة للنظام العام، مما يوجب على هئيات الضبط الاداري القيام بما هو مطلوب منها من حماية النظام العام وصيانة الاخلاق والاداب العامة.

3 -ظهور كثير من الظواهر السلبيه التي تؤثر على الاخلاق والاداب العامة في المجتمع ولا تمد له بصله وهي ظواهر دخيلة غريبة على العادات والتقاليد التي توجد فيه والتي زادت بصوره لافته للنظر خصوصا في الاونة الاخيرة.

4 -ان أساس تدخل الادارة في حماية الاخلاق والاداب العامة هو وجود مصلحة عامة تتعرض للتهديد او الضرر فان الحكمة التي من اجلها أعطى المشرع للادارة اختصاصات ضبطية هو حماية النظام العام المتمثل بمجموع المصالح التي يتكون منها المجتمع واولى هذه المصالح يتمثل بتمتع المجتمع بقيم عالية تعكس تراثه وطبيعته الاسلامية.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

5 -أن الاساليب التي تستعملها جهة الادارة في مجال حماية الاخلاق والاداب العامة تنقسم الى نوعين فهي أما تكون اساليب قانونية تتمثل بالقرارات والجزاءات الادارية واما تكون اساليب مادية تنصرف الى التنفيذ الجبري المباشر.

ثانياً: التوصيات

1 -نوصي بإنشاء مراكز دراسات بحثية تضم مجموعة من ذوي الاختصاص والخبرة في علم القانون وعلم النفس والاجتماع والشريعة مهمتها بحث وتحديد اسباب التدهور الاخلاقي في المجتمع وتقديم الحلول المناسبة لمعالجتها .

2 -نوصي الجهات الاداريه المعنية بحفظ النظام العام بفرض رقابة صارمة على وسائل الاعلام والاتصالات وفرض الجزاءات الادارية عليهم في حال تعريض عنصر الاخلاق والاداب العامه الى الضرر أو الاخلال به وبالاخص شبكات الانترنت التي تعد من أخطر الوسائل اذا استخدمت بصوره سيئه.

3 -نوصي بإيجاد تعاون مشترك بين الجهات الادارية وبين منظمات المجتمع المدني ذات الصلة الغاية منه تقاسم المسؤوليات والادوارحسب الواجبات والامكانيات لانه مهما قامت الدولة ممثلة بجهات الضبط الاداري بمهام المحافظة على الاخلاق والاداب العامة فلا تكون على القدر المطلوب مالم تسند بدعم مجتمعي لضمان تحقيق غايتها في حفظ النظام العام وعناصره.

4 -نوصي هيئات الضبط الإداري بالقيام بجهد أكبر من أجل تحقيق هدفها في وقاية عناصر النظام العام واستخدام وسائلها الضبطية بقدر كافي يمكنها من منع الاخلال بالاخلاق والاداب العامة وإعادته الى وضعه الصحيح في حال اذا ما تزعزع.

5 -نوصي ببناء العقول السليمة وخصوصاً الشباب وتوجيهها نحو الوجهة الصحيحة التي تتماشى مع الاخلاق والاداب العامة والتي تؤدي في نهاية المطاف الى تحقيق الصالح العام وصيانة النظام العام بشقيه المادي والمعنوي.

6 -نوصي بإعداد برامج ودورات علمية وثقافية ودينية مجانية تشمل جميع الفئات العمرية من اجل ملئ وقت الفراغ الى جانب تاكيد هويتهم واخلاقهم الاسلامية والعربية والتمسك بها.

المصادر

الكتب القانونية

1- د. جورج فوديل ، بيار دلفولفيه: القانون الاداري ، القسم الثاني ، ترجمة ، منصور القاضي ، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٨.
2- د. خالد خليل الطاهر: القانون الاداري، الكتاب الثاني، ط1، دار الميسرة، عمان، 1997.
3- د. زكي محمد النجار: حدود سلطه الاداره في توقيع عقوبه الغرامه، دار النهضه العربيه، القاهرة، 2000.
4- د. سعاد الشرقاوي: القانون الاداري، طبع دار النهضة العربية، 2009 .
5- د. سليمان الطماوي: النظريه العامه للقرارات الاداريه،(دراسة مقارنة)،ط5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.
6- د. سليمان الطماوي: الوجيز في القانون الاداري(دراسه مقارنه)، مطبعه جامعه عين شمس، 1989.
7- د. صلاح الدين فوزي: المبادئ العامه للقانون الاداري (دراسه مقارنه) دار النهضه العربيه القاهره، 1991،
8- د. طعيمه الجرف: القانون الاداري، مكتبه القاهره الحديثه، القاهره، 1973 .
9- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، جزء1، ط2، دار النهضه العربيه، القاهره، 1964.
10- د. عبد العزيزخليفة:ضوابط العقوبة الادارية العامة ،دارالكتاب الحديث، الاسكندرية،٢٠٠٨.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

11- د. عبد العليم عبد المجيد، دور السلطات الضبط الاداري في تحقيق النظام العام واثره على الحريات العامه، دار النهضه العربيه، 1998.
12- د. عبد الغني بسيوني: القانون الاداري، الدارالجامعيه، بيروت، 1993.
13- د. عبد الغني بسيوني: القانون الاداري، دراسه تطبيقيه لاسس ومبادئ القانون الاداري وتطبيقها في مصر، منشاه المعارف، الاسكندريه، 2005.
14- د. عبد الله طلبة: القانون الاداري، الجزء الثاني، ط1، منشورات جامعه دمشق، 2018.
15- د. عزيزه الشريف: دراسات في التنظيم القانوني للنشاط الضبطي، دار النهضه العربيه، القاهره، مصر، 1989.
16- د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ، وآخرون: مبادى وأحكام القانون الاداري، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.
17- د. عمار عوابدي: نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري، دار هومه للطباعة والنشروالتوزيع،الجزائر،٢٠٠٥.
18- د. ماهر صالح علاوي الجبوري: القرار الاداري، دار الحكمه للطباعه والنشر، بغداد، 1991.
19- د. محمد جمال عثمان جبريل' الترخيص الاداري، دار النهضة العربية، 1998.
20- د. محمد سعد فوده: النظريات العامه للعقوبات الاداريه، (دراسه فقهيه قضائيه مقارنه)، دار الجامعيه الجديده للنشر، الاسكندريه، 2010.
21- د. محمد شريف اسماعيل: سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائيه (دراسه مقارنه)، دار النهضه العربيه، القاهره، 1980.
22- د. محمد فؤاد المهنا: مبادى واحكام القانون الاداري، مؤسسه شباب الجامعة، القاهره، مصر، 1973.
23- د. محمد ماهر ابو العينين: التراخيص الادارية – والقرارات المرتبطة والمتعلقة بها في قضاء وافتاء مجلس الدولة(دراسة تحليلية)، ط1، الكتاب الاول، دار ابو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة،2006.
24- محمود حلمي: موجز مبادئ القانون الإداري، ط، دار الفكر العربي، 1978.
25- د. محمود عاطف البنا: الوسيط في القانون الاداري، دار الفكر الجامعي،القاهرة ،١٩٨٤،
26- د. هاني علي الطهراوي: القانون الاداري، الكتاب الاول، ط1، مكتبه دار الثقافه للنشر والتوزيع،عمان، الاردن، 1998.

البحوث

27- د. ايات سلمان شهيب و د. صعب ناجي عبود: أثر الضبط الأداري على ممارسة الحرية الفكرية، مجلة جامعة تكريت للحقوق السنة (٤) المجلد (٤) العدد(١) الجزء (2)،2019، 192-211.
28- د. محمد محمد عبده إمام: فكره المصلحه العامه وتعلقها بالنظام العام في القانون الاداري، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الثالث، كليه الشريعه والقانون، تحت عنوان حمايه المصلحه العامه في الشريعه الاسلاميه والقانون الوضعي، الجزء الرابع، (21 الى 22 اكتوبر 2019).

الرسائل والاطاريح الجامعية

29- احمد عبد العزيز سعيد الشيباني ، مسؤولية الادارة عن اعمال الضبط الاداري في الظروف العادي(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد، ٢٠٠٥.
30- نجيب شكر محمود: سلطة الادارة في حماية الاخلاق العامة واثرها في الحريات العامة (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه،كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.
31- محمد قاسم زغير: السلطة التقديرية للادارة في مجال الضبط الاداري في الظروف العادية)دراسة مقارنة(في القانون

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الوضعي والشريعة الاسلامية (اطروحة دكتوراه)، كلية الحقوق، جامعة النهرين ،2014.

القوانين

32- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنه 1951 المعدل

33- قانون المحال العامة المصري رقم (371) لسنة 1956.

34- قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

35- قانون المطابع الأهلية العراقي رقم (5) لسنة 1999المعدل بقانون رقم (5) لسنة 2019.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

دور الانتخابات في تعزيز السلم الاجتماعي

م.م. علي حمد عاجل
مركز الدراسات الاستراتيجية/ جامعة كربلاء

م.م. قسمه عزيز فرج
مركز الدراسات الاستراتيجية/جامعة كربلاء

م.م مضر فارس عبد الاله
مركز الدراسات الاستراتيجية/جامعة كربلاء

الملخص

يتأثر السلم الاجتماعي سلباً أو ايجاباً بجملة من المؤثرات وقد يأتي في مقدمتها الانتخابات في جميع مراحلها السابقة واللاحقة ليوم أجراء الانتخابات, ومع ان الانتخابات تدور اساساً حول بلوغ السلطة السياسية وغالباً ضمن سباقات تشهد رهانات مرتفعة فيمكن لهذه العمليات الانتخابية ان تكون في بعض الأحيان حافزاً لنشوب النزاع او مسرعاً له, خصوصاً في البلدان الخارجة من الحروب الأهلية أو قد تكون هناك أسباب جذرية مثل الاقصاء او عدم المساواة أو وجود تاريخ من التوترات العرقية, وفي أحيان أخرى يعد نجاح العملية الانتخابية مؤشر حيوي لنجاح النظام السياسي والديمقراطي وهي بذلك توفر الاستقرار السياسي وتعزز السلم الاجتماعي.

Abstract

Social peace is affected, negatively or positively, by a number of influences, the foremost of which may be elections in all their stages before and after the day of holding the elections. Although elections revolve mainly around attaining political power and often within races that witness high stakes, these electoral processes can sometimes be an incentive. The outbreak of conflict or its acceleration, especially in countries emerging from civil wars, or there may be root causes such as exclusion, inequality, or a history of ethnic tensions. At other times, the success of the electoral process is a vital indicator of the success of the political and democratic system, and thus it provides political stability and enhances Social ladder.

الكلمات المفتاحية: الانتخابات، السلم الاجتماع

Keywords: elections, social peace

المقدمة:

لوحظ في العقود الأخيرة تنامياً مطرداً في الاعتماد على الانتخابات لكونها السبيل الرئيس لإضفاء الشرعية على انظمة الحكم

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

في المستويات الوطنية والإقليمية والمحلية, حتى أصبحت معظم الحكومات في الوقت الراهن تكتسب شرعيتها من خلال العمليات الانتخابية وحيثما تجتاز الانتخابات المعايير العالمية للنزاهة والكفاءة المهنية والإدارية واحترام حقوق الانسان, فأنها تحظى بالدعم الشعبي الذي بطبيعته يضفي الشرعية على الحكومات القائمة والمنتخبة على حد سواء وفقاً لذلك تأخذ العمليات الانتخابية الملائمة على عاتقها الإدارة السلمية للنزاع الاجتماعي من خلال تبني الحوار العام وفي المجمل ان الانتخابات بحد ذاتها ليست سوى عنصر واحد من عناصر الديمقراطية الا انها تضع أسس الحكم الديمقراطي, وعندما يمتلك الافراد فرصة المشاركة بحرية تامة في ميادين الحياة العامة واختيار ممثليهم وقادتهم من خلال عملية انتخابية نزيهة ومفتوحة فأنه ينخفض معدل ميولهم الى العنف لتسوية خلافاتهم

إشكالية البحث:

تُعد الانتخابات وما يتعلق بها من قانون وأنظمة ومراحل العملية الانتخابية أدراك الناخب لأهمية مشاركته أمراً يشكل غاية بالأهمية ذلك كون نتائج الانتخابات هي التي توفر للنظام السياسي والقوى السياسية والمجتمع الحلول السلمية لتداول السلطة وأضفاء الشرعية القانونية لمن يتولى السلطة، وبهذا تعتبر الانتخابات من اهم ركائز تعزيز السلم الاجتماعي، لذا فأن التساؤل الرئيسي يدور حول ما مدى تأثير الانتخابات على تعزيز مستوى السلم الاجتماعي، ويندرج تحت هذا السؤال مجموعة من الأسئلة الفرعية:

ما المقصود بالانتخابات؟ وماهو السلم الاجتماعي؟

ماهي شروط نجاح الانتخابات؟

ما هي العوامل الذي يتأثر بها السلم الاجتماعي؟

ماهي متطلبات الانتخابات والإدارة الانتخابية؟

فرضية البحث:

يستند البحث الى فرضية ان ثمة علاقة طردية وثيقة بين نجاح الانتخابات وبين مستوى السلم الأهلي والمجتمعي إذ ان كلما زاد فرص نجاح الانتخابات كلما زاد معه مستوى السلم الأهلي والمجتمعي كون نجاح الانتخابات يفضي الى بيئة مستقرة امنة تكون أكثر نضجاً وأقرب للتعبير عن رأي وإرادة الناخب.

المبحث الأول

الإطار المفاهيم

يعد مفهومي الانتخابات والسلم الاجتماعي من المفاهيم التي نالت اهتمام الباحثين سواء أصحاب الاختصاص أو غيرهم الارتباط هذه المفاهيم بحياة الافراد بصورة أو أخرى .

المطلب الأول

ماهية الانتخابات وشروطها وأهميتها

أولا: ماهية الانتخابات

أ: المعنى اللغوي

يقال في اللغة نَخَبَ، أي انْتَخَبَ الشيءَ: اختارَه، وإنْتَخَبَ الشيءَ: انتزعهُ أخذ نُخْبَتَهُ، والنُّخْبَةُ: ما اختاره منه، ونُخْبةُ القَوم ونُخَبتُهم: خِيارُهم. قال الأصمعي: يقال هم نُخبة القوم، ويقال جاء في نُخَبِ أَصحابه، أَي في خيارهم، والانْتِخابُ: الاختيارُ والانتقاءُ؛ ومنه النُّخَبةُ، وهم الجماعة تُختارُ من الرجال، فتُنْتَزَعُ منهم. وفي حديث عليّ، عليه السلام، وقيل عُمَر: وخَرَجْنا في النُّخْبةِ، النُّخْبة، بالضم: المُنْتَخَبُون من الناس، المُنْتَقَوْن، وفي حديث ابن الأَكوَع: انْتَخَبَ من القوم مائةَ رجل. ونُخْبةُ المَتاع: المختارُ يُنْتَزَعُ منه.[1]

ب: المعنى الاصطلاحي

الانتخابات: بأنها الوسيلة التي يختار المواطنون بواسطتها ممثليهم الذين يمارسون عليهم قدرا من الضبط، وقد عرفها جان بيير مونييه على أنها الفعل الذي يختار به الشعب بصورة مباشرة أو غير مباشرة من يتولون السلطة السياسية في المجتمع، كذلك عرفت

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الانتخابات على أنها الآلية التي يتم بها اختيار عدد أقل ليمثل عدد أكبر من الافراد في مواقع اتخاذ القرار، والفاعلان الوحيدان في هذه الآلية هما المرشحون والناخبون[1]. ومن الناحية التاريخية ارتبطت فكرة الانتخابات تاريخياً بمفهوم الحكومة التمثيلية التي تحدث عنها السير توماس سميث منذ القرن السادس عشر، والتي اعتبرت فيما بعد القاعدة الأساسية للحكومة الديمقراطية، فتمثيل الافراد في الحكومة هو الأسلوب العملي الأمثل لممارسة الحكومة الديمقراطية، حيث أن صعوبة أو استحالة تطبيق الديمقراطية المباشرة قد استوجب الاخذ بالديمقراطية التمثيلية التي يختار بموجبها الافراد الحكومة التي ستتولى حكمهم، والانتخاب ببساطة هو أسلوب الديمقراطية الحديثة المنظم لعملية اختيار الحكام من قبل المحكومين[1]

الانتخابات هي نتاج حضاري لجهد إنساني طويل تمخض عن إعادة صياغة النظام السياسي على أسس سليمة تمكن المجتمعات من المشاركة في اختيار ممثليها لتسيير شؤون الدولة وضبط توزيع السلطات بمستويات تسمح لتلك المجتمعات بممارسة الرقابة عليها من جانب وضمان التداول السلمي للسلطة بشكل دوري على أساس المقدرة والكفاءة والنزاهة من جانب أخر[1]، والانتخابات هي أحدى أبرز العلامات الفارقة للنظام الديمقراطي ،وهي شرط للازم لوجود الديمقراطية ولكن غير كافي لأنه الكثير من الدول تطبق النظم الانتخابية ولكن الممارسة الديمقراطية فيها غير سليمة.[1]

ثانيا: شروط الانتخاب

لذا أن اهم اشتراطات الانتخابات الديمقراطية السلمية تتمثل بما يلي:

1. أن تكون الانتخابات منتظمة، أي تجري الانتخابات كل فترة زمنية محدده في قانون، بحيث تشكل دورة سياسية وتقليدا يحترمه الجميع.
2. أن تكون حرة ونزيهة ومتكافئة لكافة الأطراف المتنافسة، وهنا يجب أن تكون مؤسسات الدولة كافة وخاصة الاعلام الرسمي على مسافة واحدة من جميع المرشحين.
3. لضمان نزاهة الانتخابات وحريتها يتطلب وجود مؤسسة مستقلة تشرف على العملية الانتخابية بدءا بتسجيل الناخبين والمرشحين مرورا بعملية الاقتراع وانتهاء بعملية الفرز وإعلان النتائج.
4. اعتماد قاعد صوت واحد للناخب الواحد، أي المساواة في الحق الانتخابي وعدم التميز بسبب الجنس او القومية او غيرها [1].

ثالثا: أهمية الانتخابات

وجود الانتخابات دليل على المشاركة السياسية: تكرس المشاركة في العملية السياسية في العملية السياسية النظام الديمقراطي من خلال المشاركة الفاعلة في الانتخابات من خلال الترشيح والتصويت والمراقبة والمشاركة في الحملة الانتخابية، المشاركة من خلال الأحزاب السياسية أو تأسيس الجمعيات السياسية، الى جانب المشاركة في اعمال ذات هدف وبنية سياسية مثل الاعتصام والاضراب [1]

الانتخابات تعد الطريق الأصلح للديمقراطية: الانتخابات تمثل الركيزة الأساسية للديمقراطية حيث انها ليست غاية في حد ذاتها، بل هي شرط ضروري لابد منه لضمان عدم استئثار فئة سياسية معينة بالسلطة وتهميش عموم المجتمع، ولضمان مشاركة مواطني الدولة في حق تقرير المصير الداخلي باختيار النظام السياسي وممثليهم كما يشاؤون[1]

تنظم الانتخابات الحياة السياسية: من خلال الانتخابات يشارك الشعب في رسم السياسة العامة ويؤثر في قرارات السلطة الحاكمة، ويحاسبها إذا أخفقت في القيام بمسؤولياتها تجاه افراد المجتمع.[1]

من خلال الانتخابات يتم تدول السلطة وانتقالها سلمياً: توفر الانتخابات الديمقراطية آلية تغير الحكومات بإرادة الشعب وقبول جميع المتنافسين بشرعية الفائزين مما يسمح بالتداول السلمي والدوري للسلطة بين الجميع[1]

تعزز الانتخابات روح المواطنة: تنظيم علاقة مؤسسات الحكم بالجماهير على أساس رابطة المواطنة، أي تمتع كافة فئات

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المجتمع بكافة الحقوق والواجبات على قدم المساواة، وتساوي فرص المشاركة في عملية صنع القرارات السياسية أمام كافة المواطنين البالغين بلا أي شكل من أشكال التمييز على أساس الأصل أو اللغة أو العرق أو الدين أو المذهب أو المكانة الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية، الى جانب ايجاد الضمانات لحريات الأفراد وحقوقهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وضمانات دستورية وقانونية لحماية حريات وحقوق الأقليات والفئات الضعيفة في المجتمع، وبالتالي فأن ذلك يجعل المواطنين في أي دولة يتمتعون بالحقوق وواجبات متساوية ومتكافئة في صنع القرار السياسي لدولهم.[1]

المطلب الثاني

مفهوم السلم الاجتماعي أركانه والتحديات

السلم الاجتماعي موضوع أساسي في حياة الشعوب، أن من أهم مقاييس الأساسية لتقويم أي مجتمع، تشخيص حالة العلاقات الداخلية فيه، فسلامتها علامة على صحة المجتمع وإمكانية نهوضه، إن تحقيق السلم الاجتماعي عامل أساسي لتوفير الأمن والاستقرار في المجتمع، وإذ فقدت حالة السلم الداخلي فأن نتيجة ذلك تكون تدهور الأمن وزعزعة الاستقرار، ففي حالة السلم الاجتماعي تتحقق التنمية والتقدم، وتتركز الاهتمامات نحو المصالح المشتركة، وتتعاضد الجهود والقدرات في خدمة المجتمع والوطن [1]، السلم مفهوم ذات دلالة سياسية لكونه مرتبط بحالة انتفاء أوجه العدوان والتعدي بين الدول، ويتصل بمضامين إنسانية واجتماعية اذ صار يتحدد السلم الاجتماعي بالعلاقات الهادئة بين المواطنين وعدم وجود اضطرابات، وان التركيب اللغوي للمفهوم يبقى اذ اصل اجتماعي لصعوبة فصل الظواهر الاجتماعية ووضع الحدود الفاصلة بينهما من جهة والاتصال مفهوم السلم نفسه بالمجتمع قبل الدولة بمفهوم الحديث[1]. مفهوم السلم الاجتماعي يعني: ضمان الحقوق والمصالح المشروعة لفئات المجتمع فاذا كان المجتمع متعدد ومتنوع في انتماءاته الدينية والمذهبية أو العرقية أو غيره من التنوع، فوجوب ان يتمتع الجميع بنفس الحقوق والواجبات وخاصة الأقليات يجب ان يتمتعوا بكافة حقوقهم في ظل نظام والقانون ومن خلال التعامل الاجتماعي.[1]

أيضا يعرف السلم الاجتماعي على أنه توافر الاستقرار والأمن والعدل، الكافل لحقوق الأفراد في مجتمع ما، أو بين مجتمعات أو دول.[1]

ان تحقيق السلم الاجتماعي يعد مطلبا ضروريا في المجتمع العراقي حاله حال بقية المجتمعات اذ ان إشاعة ثقافة السلم ونبذ التعصب في أي مجتمع سوف ينعكس إيجابيا على مختلف المستويات السياسية والاجتماعية والاقتصادية وحتى الدينية، لان السلم الاجتماعي يعمل على توثيق العلاقات الداخلية بين افراد المجتمع دون النظر لتنوع المجتمع ذاته فالسلم الاجتماعي عبارة عن جملة من المبادئ والقيم والسلوكيات والأفكار التي تهدف إلى تحقيق مبدأ حسن التعايش مع الآخر، ونبذ العنف وتفضيل اللجوء إلى وسائل سلمية وقانونية لحل النزاع، ولإحساس القوي بالانتماء إلى المجتمع، وعصبيته بشكل يصبح فيه من العسير القيام بسلوكيات تؤدي بشكل مباشر إلى هدم النسيج الاجتماعي أو إحداث تشوهات عميقة فيه.[1]

أركان السلم الاجتماعي :

لكي يتحقق السلم الاجتماعي في أي مجمع يجب أن تتوفر عدة اركان منها:

1-الإدارة السلمية للتعددية: جميع المجتمعات حاليا تعرف بالتعددية سواء كانت التعددية الدينية أو المذهبية أو اللغوية والأثنية اذ لم تعد هناك مجتمعات خالصة تضم اتجاه واحد، التعددية قيمة أساسية في المجتمعات المتنوعة وان الامر متوقف بشكل أساسي على إدارة التعددية فهناك إدارة سليمة تحفظ للجماعات المتنوعة التي تعيش مع بعضها مساحة للتعبير عن تنوعها في اجواء من الاحترام المتبادل، وهناك تعددية سلبية تعتبر تنوع مجتمعها مصدر ضعف لها وبالتالي تعمل الجماعات التي تمتلك قدر من السيطرة داخل المجتمع على تكتيم الجماعات الأخرى قدر المستطاع، ونتيجة لذلك تشهد هذه المجتمعات صراعات مذهبية ودينية تتناقل عبر الأجيال مما يزيد الرغبة الدى افراد المجتمع في الانتقام.[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

2-الحكم الرشيد: الحفاظ على السلم الاجتماعي داخل أي مجتمع يحتاج إلى الحكم الرشيد. كثير من المجتمعات تعاني من القلائل والاضطرابات الداخلية نتيجة غياب المشاركة وسرقة المال العام، ان سوء استخدام الموقع الوظيفي من أجل تحقيق مكاسب شخصية يؤدي الى انتشار الفساد المالي، اذ يصبح الفساد أداة لتسيير الحياة اليومية من خلال تحريك البيروقراطية وشراء الولاء وتجنيد التابعين، خدمة المصالح الضيقة خالقاً فجوة حقيقية بين الأغنياء والفقراء في المجتمع، تؤدي الى ارتفاع مستوى التوتر الاجتماعي، ولجوء بعض الفئات إلى العنف والجريمة[1]

3-وجود سلطة القانون: من اهم اركان السلم الاجتماعي هو فرض سلطة القانون، الذي تلتزمه الدولة يحقق من خلاله العدالة والمساواة، فيشعر كل مواطن أن حقوقه محفوظة بعيداً عن جنسه، أو لونه، وعرقه أو غناه وفقره، كما يثق في مؤسسات تنفيذ العدالة فيعيش مطمئن من وضوح القوانين وشفافيتها، ودقة القضاء ونزاهته والحزم في تنفيذ الأحكام القضائية، دون تدخلات خارجية أو مرجعيات شخصية، تؤثر في هيبة القانون وسيادته، ويؤثر في العلاقات بين الناس، ان غياب سلطة القانون تشجع الفوضى والأزمات بين الأفراد والجماعات وبالمقابل ان الالتزام بالقوانين والأنظمة تساعد على الاستقرار داخل المجتمعات[1]

4-العدالة الاجتماعية: تشكل العدالة ركنا لا يمكن تجاهله من أركان السلم الاجتماعي، اذ لا يمكن تحقيق السلم الاجتماعي في مجتمع أذ كانت فئة فيه تحتكر كل شيء مقابل افتقار فئات أخرى في المجتمع تفتقر الى ابسط الحقوق، ففي هذه المجتمعات تكون السمة الابرز هي الصراع بين فئات المجتمع، فالعدالة الاجتماعية هنا تتمثل في أن يحصل كل شخص على فرصة حياتية يستحقها من خلال انتفاء كافة أشكال المحسوبية [1]

5-حرية التعبير: بناء السلم الاجتماعي في أي مجتمع يحتاج بشكل أساسي الى حرية التعبير وبما انو المجتمعات جميعها تقوم على التعددية الثقافية والدينية والسياسية والاجتماعية فحرية التعبير في هذه المجتمعات تعد مطلب أساسي في هذه المجتمعات لكي تكون مستقرة، اذ لا يمكن تحقيق السلم الاجتماعي في هذه المجتمعات او أي مجتمع أخرى دون وجود مساحة لحرية التعبير تكون متساوية للجميع مكونات المجتمع.[1]

6-ذاكرة العمل المشترك: أي مجتمع يحتاج إلى ذاكرة العمل المشترك وتذكير بذلك التجنب الفرقة وبعثرت المجتمعات، وان المجتمعات التي تقوم على أسس سليمة من التجانس والتلاحم والاحترام المتبادل يسهم في تجاوز الخلافات المجتمعية ويجبها من التعثر وبالتالي ينقل ذاكرة العمل الموحد من جيل الى اخر .[1]

تحديات السلم الاجتماعي

يواجه السلم الاجتماعي في جميع المجتمعات العديد من التحديات، وفي المجتمع العراقي فأن عملية بناء السلم الاجتماعي ليست في متناول اليد، بل تواجه العديد من التحديات والتي يمكن ان نذكر منها:

1-التحديات السياسية: المجتمع العراقي عاش الكثير من الازمات التي ناتجه عن الصراعات السياسية في البلاد، والتي تنعكس سلباً على الواقع الاجتماعي ومنها انتشار الأفكار المتطرفة التي تهدد السلم الاجتماعي، وان أبرز هذه العوامل التدخل الخارجي وانتهاك السيادة دون وضع حدا لهذه التدخلات، الفساد السياسي والإداري بعد عام 2003م جعل العراق في مقدمة الدول في الفساد حسب مؤشر النزاهة في منظمة الشفافية الدولية، الى جانب ترك الخطاب الوطني الذي يجمع جميع المكونات واستخدام الخطاب السياسي للمكونات الأساسية الامر الذي ترك بقية المكونات الصغيرة ضائعة بين أكثرية احتكرت القوة والأرض والإرادة[1]

2-التحديات الاقتصادي: الاقتصاد العراقي متنوع، ولكن القطاع الاستخراجي يغطي على بقية القطاعات من حيث الإنتاج الإجمالي، الامر الذي جعل الاقتصاد العراقي اقتصاد ريعي، الى جانب توقف الدعم الحكومي للعديد من المشاريع الكبيرة والمتوسطة سواء

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الصناعية او الزراعية مما أدى الى توقف تلك المشاريع بشكل نهائي وهروب رؤوس الى الخارج، كل هذا أدى تفاقم الظاهرة الأكثر تعقيدا (البطالة) نتيجة النمو السكاني والعزوف عن القطاع الخاص، الى جانب ضعف السياسات وبرامج الإصلاح الاقتصادية.[1]

3-التحديات الاجتماعية: الانقسامات الاجتماعية داخل أي مجتمع تزعزع روح الانتماء الى الوطن، بشكل الذي يهدد اركان الدولة، اذ يمثل الانقسام الاجتماعي اقصى درجات رفض العيش ضمن حدود الدولة الواحد، لذا في المجتمعات التي تعرف بتعدد مقوماتها الاجتماعية وتنوعها ضرورة تقديم الولاء الى الوطن دون غيره من أشكال الولاءات مهما تكن خصوصياتها ورمزيتها وامتداداتها، وان تحول تنوعها الاجتماعي الى ما يثري الهوية الوطنية ووحدتها.[1]

المبحث الثاني

الانتخابات مبدأ اساسي لتعزيز السلم الاجتماعي.

ان أجراء الانتخابات الدورية يسهم بشكل مباشر بتطبيق مبدا التداول السلمي للسلطة واستقرار نظام الحكم باعده البلد عن كل مظاهر اختلال السلطة. تعد تجربة الانتخابات العراقية تجربة ناجحة بشكل يواكب مسيرة التطور الديمقراطي من خلال عد الانتخابات الوسيلة الأساسية لتدول السلطة، وأبرز ما يميز الانتخابات العراقية انبثقت في فترة يعاني البلد من اثار الحروب والاحتلال، ولكن تكرار العملية الانتخابية أكثر من مرة نم نوع من الوعي الساسي داخل طبقات المجتمع .

المطلب الأول

متطلبات الانتخابات والإدارة الانتخابية

لكل شخص حق الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده، إما مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارون بحرية، إن ارادة الشعب هي مصدر سلطة الحكومة، ويعبر عن هذه الإرادة بانتخابات نزيهة تجري دوريا على أساس الاقتراع العام المتساوي، عن طريق التصويت السري أو حسب أي إجراء مماثل يضمن حرية التصويت[1]

أولا: متطلبات الانتخابات الديمقراطية

لكي تعد العملية الانتخابية ناجحة وديمقراطية لابد ان تتوفر فيها العديد من المعايير والتي منها:

1-معيار الحرية والنزاهة: لضمان إجراء انتخابات حرة ونزيهة لابد من توافر المناخ الديمقراطية والحريات الأساسية للمواطنين، والتي منها حرية الرأي والتعبير والتجمع السلمي، الى جانب الأحزاب السياسية والمنظمات والجمعيات المستقلة، أن الانتخابات النزيهة تعد عنصر ضروري في الجهود المبذولة لحماية حقوق المحكومين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وأن اجراء الانتخابات يجب أن يكون في أجواء خالية من الخوف، وتوفير الثقة لدى المواطنين وعدم تعرضهم للتنكيل نتيجة اختياراتهم [1]، الانتخابات التي تتسم بالنزاهة يترتب عليها تلقائيا المساواة السياسية حيث يختار المواطنون قادتهم، ويخضعونهم للمساءلة، أذ تحقق الانتخابات النزيهة نتائج ملموسة للمواطنين فهي مهمة لتمكين المرأة، ومكافحة الفساد، وتقديم الخدمات للفقراء، وتحسين الحكم، وإنهاء الحروب الأهلية، ويمكن أن تعمق الانتخابات النزيهة الديمقراطية وتعزز الحوار وأسلوب التفكير الشعبي حول المواضيع البارزة وكيفية معالجتها اما اذ افتقرت الانتخابات للنزاهة فأن اهم ما يميزها عدم المساءلة سواء للساسة او المسؤولين او المؤسسات أمام الشعب وبالتالي لا يمكن الحديث عن المساواة السياسية بالإضافة الى ضعف ثقة الشعب بالعملية الانتخابية بصورة عامة، وان تعبير الانتخابات النزيهة يطلق فقط على الانتخابات التي تقوم على المبادئ الديمقراطية في حق الاقتراع العام والمساواة السياسية، كما تعكسها المعايير والاتفاقيات الدولية، وتتحلى بالمهنية والحيادية والشفافية في الإعداد لها وإدارتها عبر جميع مراحل الدورة الانتخابية[1]، تسهم الانتخابات النزيهة في تحقيق أهداف التنمية على المدى البعيد، إذ ترسخ دعائم الحكم الذي يستجيب لاحتياجات الشعب فعندما يؤمن الناخبون ان العملية الانتخابية حرة وعادلة تشكل الدافع الأهم لتعزيز الامن والتنمية البشرية، أما عكس ذلك فيتعذر تحقيق التغير الساسي سلميا لغياب المصداقية[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

2-معيار الفعالية: يقصد به ان الانتخابات ليست غاية في ذاتها وإنما وسيلة لتحقيق هدف اعلى منها، الانتخابات الديمقراطية تفرز نتائج حقيقية ملموسة تنظم علاقة مؤسسات السلطة بالشعب من خلال المشاركة الحقيقية المعبرة عن مبدأ الشعب مصدر السلطات، اعتماد مبدأ التداول السلمي للسلطة، حق جميع القوى السياسية بالتنافس والوصول الى السلطة بدون قيود بما يضمن موجود معارضة حقيقية تعمل في الحياة السياسية بصورة فعالة بشكل الذي يؤدي الى تسوية الصراعات السياسية بالطرق السلمية (1)، بالإضافة الى توفير الشرعية للحكام ومحاسبتهم ، الى جانب انها تمثل وسيلة لتوعية السكان ومصدر لتجنيد السياسيين والقادة(1)،أذ تؤدي الانتخابات الديمقراطية دورا فعال في إعداد السياسيين والقادة من خلال المشاركة في العملية الانتخابية ومشاركة العناصر الجديدة في صنع القرارات والسياسات لمواجهة التحديات العامة(1)

3-معيار الانتظام: لكي تعد الانتخابات عملية ديمقراطية يجب ان تجري بشكل دوري خلال فترة معينة تحددها القوانين المتبع في كل بلد، وان عدم الالتزام بتلك التوقيتات يعني حدوث الصراعات السياسية والاجتماعية، وان اجراء الانتخابات بشكل دوري يوكد على أن الحكومات ملتزمة بالتعبير عن إرادة الناخبين، لان تمسك الحزب الحاكم بالسلطة وتأجيل اجراء الانتخابات للأسباب غير حقيقية يفقد هذه الحكومات الشرعية خاصة في حالة الاستقرار الأمني، ولكم ممكن تأجيلها في الظروف الطارئة .

ثانيا الإدارة الانتخابية:

يمكن تعريف الإدارة الانتخابية بأنها المؤسسة أو الهيئة المسؤولة قانونيا والتي يتحدد الهدف من قيامها بإدارة بعض أو كافة الجوانب الأساسية لتنفيذ العمليات الانتخابية والاستفتاءات على مختلف أشكالها .(1)

تهدف العملية الانتخابية بجميع مراحلها الى ترجمة أصوات الناخبين من خلال مشاركتهم الفعلية الى مقاعد نيابية، وان هذه العملية تحتاج الى جهة تتولى ادارتها من حيث الاعداد والتحضير والمتابعة الجادة لكافة مجرياتها، على ان تتمتع هذه الإدارة بصفات ومؤهلات تمكنها من إدارة العملية الانتخابية بشكل حيادي ومتقن، لان الإدارة تشمل كل مظاهر العملية الانتخابية بدءاً من العمليات اللوجيستيكية ووصولا الى تسيير عمليات التصويت انتهاء بإعلان النتائج. ان إدارة الانتخابات بشكل مستقل وغير متحيز يعد امراً جوهرياً في الانتخابات الحرة والنزيهة، لان الحياد والموضوعية تبعث الثقة والاطمئنان لدى كل من الناخبين والمرشحين في التعبير عن ارادتهم السياسية دون خوف او تردد وبالتالي يشكل عامل أساسي في نجاح الانتخابات (1)، وان الإدارة الانتخابية تقوم على عدد من المبادئ الأساسية ومنها:

الاستقلالية: يقصد بها الاستقلالية التنظيمية للإدارة الانتخابية عن السلطة التنفيذية وهو الامر الذي يستدل عليه من وجود الدستور والقانون، الى جانب الاستقلالية الوظيفية والتي تعني استقلالية القرار وعدم خضوعها لأية مؤثرات من أية سلطة مما يؤكد حتمية وجود أطار قانوني يؤكد تلك الاستقلالية

الحياد: ينبغي أن تدار العملية الانتخابية بحياد تام، اذ يجب على الإدارة الانتخابية التعامل مع كافة المشاركين في الانتخابات بعدالة ومساواة تامة وطون انحياز لي طرف على حساب طرف اخر، ان ممارسة الإدارة الانتخابية لعملها بحياد يرفع من مستويات قبول نتائج الانتخابات من مختلف الجهات سواء المرشحين او الناخبين، على ان تتوفر صفة الحياد في جميع مفاصل العملية الانتخابية (1)

الاحترافية: يجب ان تتمتع الإدارة الانتخابية بالاحترافية لتتمكن من القيام بالمهام المنوطة بها لان عدم توفر الاحترافية في عمل الإدارة الانتخابية يضع نزاهتها محل شك من قبل مختلف الأطراف وهذا يشكل دافعا الى بروز ظاهرة العزوف الانتخابي من قبل الناخبين (1)، وان الإدارة الانتخابية الناجحة هي التي تجمع بين النزاهة والفاعلية والكفاءة مما يعزز ثقة الجمهور والأحزاب السياسية بالعملية الانتخابية، لذا عليها السعي الى تطوير عناصرها لان أعضاء الإدارة الانتخابية اذ لم يمتلكوا دراية كافية حول الممارسات والضوابط الانتخابية تعتبر ممارسات ملتوية وفساد الإدارة(1)

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الشفافية: يرتبط مبدأ الشفافية بالحق الأساسي للناخبين في الوصول الى المعلومات ومنحهم الفرصة الكافية لإبداء ملاحظاتهم وآرائهم حولها، وتتطلب شفافية الإدارة الانتخابية اعتماد مراقبين غير حزبيين لمراقبة جميع مراحل العملية الانتخابية والسماح لهم بالتحدث العلني حول العملية الانتخابية دون أي قيود، لذا تعتبر الشفافية عنصر هام في الإدارة الانتخابية السليمة فوجودها يمنع الاحتيال الانتخابي او أي اية ميول تفضيلية لطرف سياسي[1]

النزاهة: بالنسبة الإدارة الانتخابية فإن الزاهة تتمثل بمدى الالتزام بالمبادئ الديمقراطية والمتمثلة في الحق الانتخابي والمساواة السياسية بشكل الذي اكدت عليه الاتفاقيات الدولية، وتتحقق النزاهة في إدارة الانتخابية عندما تتميز العملية الانتخابية بالمهنية وعدم التحيز والشفافية والاستقلالية في كافة مراحلها، لذا تعتبر الإدارة الانتخابية الضامن الأول لنزاهة وسلامة مجريات العملية الانتخابية، ويتحمل أعضاء الإدارة كافة المسؤولية المباشرة لضمان ذلك، وبشكل عام ان تحقيق النزاهة يكون أسهل كلما تمتعت الإدارة الانتخابية بالاستقلالية [1]

المطلب الثاني

أثر الانتخابات في ترسيخ السلم المجتمعي

عندما تكون العمليات الانتخابية ناجحة فأنها تقدم سبلاً لتوجيه النزاع المجتمعي نحو حواراً بناءً يعتمد على احترام القانون وتقبل الاختلاف وقواعد مشتركة لاختيار الممثلين الموثقين عن الشعب ممن يستطيعون شغل مناصب في السلطة التشريعية والتنفيذية وغيرها من المؤسسات, وفي الوقت الراهن يعد الضامن الأساسي لتعزيز السلم المجتمعي هو وجود مؤسسات ديمقراطية رصينة مثل مؤسسة الانتخابات وتعد الانتخابات الديمقراطية التي تمنح صوتاً للشعب في جوهرها وسيلة ذات أهمية كبيرة لإدارة النزاع المجتمعي عن طريق مداولات وعمليات صنع القرار يقوم من خلالها الفائزون بتنفيذ البرامج الانتخابية والمبادرات الموعودة، في الوقت الذي يحظى به الخاسرون بفرصة العمل كمعارضة مخلصة, وفرصة العودة مجدداً في انتخابات مستقبلية . [1]

وبهذا فأن الانتخابات النزيهة ذات المصداقية في أدارة الاختلافات المجتمعية تمنح الحكومات شرعيتها, أي عندما تتسم العملية الانتخابية بالشفافية والنزاهة وتدنو من المثل الأعلى للحرية, وحينما تشمل جميع عناصر المجتمع وفق قانون مدروس بعناية ينظم أمور الجنسية وتسجيل الناخبين تصبح السلطة التي يمنحها الناخبون "الشعب" للمرشحين الفائزين أو الأحزاب السياسية المنتصرة تضفي صفة شرعية على نظام الحكم وبالتالي يمكن للحكومات التي تتمتع بهذه الشرعية الأهلية الكاملة لإدارة النزاعات المجتمعية بشكل إيجابي أكثر من الحكومات الفاقدة للشرعية وبهذا تعد الانتخابات طريقة امنة محكومة بالقواعد ويمكن التعويل عليها للفصل في النزاعات السياسية والاجتماعية عبر اختيار ممثلين أو الحل الحاسم للإشكاليات التي تواجه المجتمع كما هو الحال في الاستفتاءات.

وفقاً لذلك فأن الانتخابات تعد وسيلة سلمية لحل النزاع الاجتماعي لما تقدمة من حلول لإي تحديات يواجه المجتمع والنظام السياسي بشأن شرعية من يتولى السلطة ويمثل الشعب.[1]

ومن جانب أخر ولان العمليات الانتخابية تحديداً ليست سوى منافسات من اجل الاحتفاظ بالسلطة السياسية او السعي من اجل اكتسابها، ولان بعض المرشحين والأحزاب يظهرون الاختلافات الاجتماعية أثناء الحملات الانتخابية سعياً للحصول على التأييد الشعبي، فعادةً ما تخلق انكشافاً لتصعيد النزاع الى مستوى العنف وهذا ما بدى واضحاً في السنوات الأخيرة في البلدان ذات الديمقراطيات الناشئة قد شجعت على ظهور النزاعات والتوترات في بعض الحالات قبل الادلاء في الأصوات أو في يوم الاقتراع أو بعد الانتخابات.

وقد تزداد حدة التوتر قبل الانتخابات حينما يتبع بعض المرشحين منهجاً متطرفاً لشحذ الدعم، وحينما تتنافس الفصائل المتناحرة للحصول على أغلبية الأصوات وتأمين مناطق النفوذ، وعندما تسعى الفصائل والأحزاب الى تشتيت أو اضعاف معارضيها أو حتى القضاء عليها في أطار جهودها الرامية للاحتفاظ بالسلطة او الحصول عليها.

أما اثناء العملية الانتخابية يظهر في بعض الأحيان ارتفاع حاد في مستويات العنف في الأيام التي تسبق عملية التصويت او

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اثناء هذه العملية بالتوازي مع تكشف احداث المنافسة ومستجداتها وتبقى أمكانية تجدد العنف قائمة بعد الانتخابات عندما تظهر مزاعم بوقوع التزوير والفساد او التلاعب في أصوات الناخبين، حينها تتعالى أصوات غير الراضين عن نتائج الانتخابات وعادةً ما يصاحبها النزول الى الشوارع للطعن في تلك النتائج[1]

وهكذا تعد الانتخابات الحرة والنزيهة بمثابة حجر الزاوية في جميع صور الديمقراطية وفي الكثير من الديمقراطيات التمثيلة تشكل الانتخابات من الناحية العملية الوسيلة الوحيدة التي تمكن الناخبين من المشاركة ومحاسبة المرشحين والأحزاب السياسية والحكومات الحالية عن مدى التزامهم في وعودهم وأدائهم, ونظراً لغياب الوسيلة الفعالة التي تمكن المواطنين من معاقبة السياسيين الذين تخلوا عن الوفاء بوعودهم الانتخابية, فأن غالباً ما تكون الانتخابات هي الفرصة الوحيدة للناخبين لمكافأة او معاقبة المرشحين على أساس نزاهتهم وأدائهم, ولهذا فأن الانتخابات التي تتمتع بالحرية والنزاهة تشكل دعامة أساسية في الديمقراطية والحكم الرشيد والسلم المجتمعي[1]

الخاتمة:

المصادر :

القواميس:

1. ابن منظور: لسان العرب، دار احياء التراث، الجزء 14، الطبعة 3، ص79، وأيضا ينظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار بيروت، الطبعة الأولى، 2004.

الكتب :

2. ألان وول واخرون، أشكال الإدارة الانتخابية، تعريب: أيمن أيوب-علي الصاوي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات،2006.
3. أبو تيسير الهمداني: السياسات العامة لرتق النسيج الاجتماعي اليمني، (د.ن)، الطبعة الأولى ،2020-1441ه.
4. حسن الصفار: السلم الاجتماعي مقوماته وحمايته، دار الساقي، الطبعة الأولى، بيروت،2002.
5. خالد بن محمد البديوي: الحوار وبناء السلم الاجتماعي، سلسلة رسائل في الحوار، مركز الملك عبد العزيز للحوار الوطني، الرياض، الطبعة 1، 2011م-1432ه.
6. ديفيد بيتهام، كيفن بويل: مدخل إلى الديمقراطية (الانتخابات الحرة العادلة)، ترجمة: غريب عوض، فراديس للنشر والتوزيع، مملكة البحرين، الطبعة الأولى ،2007.
7. سليم الحص، وآخرون: النزاهة في الانتخابات البرلمانية –مقوماتها وآلياتها في الأقطار العربية، المنظمة العربية المكافحة الفساد مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت، أيلول/2008.
8. طالب عوض، الديمقراطية والانتخابات في العالم العربي، المنظمة العربية لحقوق الانسان، القاهرة،2014.
9. عثمان الرواف، وآخرون: مبادى علم السياسة، العبيكان للنشر، الطبعة العاشرة،22/ديسمبر/ 2010.
10. محمود شريف بسيوني، محمد هلال: الجمهورية الثانية في مصر، دار الشروق، الطبعة الأولى، مصر،2012.
11. منصور الخضاري: السياسة الأمنية الجزائرية المحددات-الميادين-التحديات، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، قطر، الطبعة الأولى ،2015.
12. هاله محمود عبد العال، تقييم الدعاية السياسية في الانتخابات البرلمانية، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2017.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الدوريات والمؤتمرات:

13. احمد عبد الأمير الأنباري، تحسين الوعي الانتخابي وتأثيره في استقرار العملية السياسية في العراق، مجلة الدراسات الدولية، جامعة بغداد، العدد الثاني والثمانون .
14. اسعد طارش عبد الرضا: الانتخابات ودورها في ترسيخ الديمقراطية، المجلة العراقية للعلوم السياسية، السنة الثالثة، العدد 6، حزيران/2022 .
15. بلخثير نجية، السلم الاجتماعي في العراق بعد 2003: دراسة في التحديات وسبل المعالجة، مجلة معيار، مجلد25، عدد 61، 2021.
16. شعلان عبد القادر إبراهيم، محمد حازم حامد الطائي: دور وسائل الاتصال الحديثة في التوعية الانتخابية في العراق، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 16، السنة 4.
17. صفاء جاسم محمد، فلاح خلف كاظم: تحديات بناء السلم المجتمعي في العراق بعد العام 2003، مجلة دراسات دولية، العدد 91، 2022.
18. عليا محمد العويدي: دمج المعاقين في المجتمع وأثره في تحقيق مفهوم السلم الاجتماعي، بحث مشارك في المؤتمر الدولي الثاني (السلم الاجتماعي من منظور إسلامي) في كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2012م-1433ه .
19. عدي عبد مزهر، النظام الانتخابي وانعكاساته على الاستقرار السياسي (مع نظرة في ضوء الدورة الانتخابية 2010-2014)،مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية،المجلد13، العدد54 ، 2016.
20. عمار صالح جبار البهادلي، العملية الانتخابية: المفهوم والمراحل، المجلة العراقية للعلوم السياسية، العدد الثاني، تموز/2020.
21. عمر جمعة عمران: المعايير الديمقراطية في الانتخابات العراقية 2010 وانعكاساتها على العملية السياسية، مجلة العلوم السياسية، المجلد 21، العدد 30،41/حزيران/2010 .
22. كمال طه مسلم سليم: السلام الاجتماعي في الإسلام تطلعات وتحديات، المجلة العلمية لكلية أصول الدين والدعوة بالزقازيق جامعة الازهر، المجلد 35، العدد 2، إبريل 2023.
23. ماجدة عبد الشافى محمد الهادى خالد منصور، الاتجاهات الحديثة لإدارة العملية الانتخابية وضمان كفاءتها في مصر وبعض الدول، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، المجلد 56، العدد 3، 2022.
24. محمد ضريف، وظائف الانتخابات الديمقراطية في الحكم المعاصر، مجلة دفاتر برلمانية، المجلد 2، العدد 2، أكتوبر/ 2023.
25. مي عمر نايف: لغة الحوار وأثرها على السلم الاجتماعي، بحث مشارك في المؤتمر الدولي الثاني (السلم الاجتماعي من منظور إسلامي) في كلية الشريعة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2012م-1433ه.
26. نصير خلفة، الانتخابات الديمقراطية وأثرها على مسار التحول الديمقراطي في ظل العولمة المفاهيم المتطلبات والانعكاسات، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 02، 2023.

مراكز البحوث والتقارير:

27. عفاف حسين، الإدارة الانتخابية، معهد الامام الشيرازي الدولي للدراسات-واشنطن،2005/6/25.
28. الانتخابات ومنع نشوب النزاعات، دليل لتحليل والتخطيط والبرمجة، فريق الحكم الديمقراطي، مكتب السياسات الإنمائية، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي, 2009.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30



29. تقرير اللجنة العالمية للانتخابات والديمقراطية والأمن، تعميق الديمقراطية استراتي جميع أنحاء العالم، أيلول/2012.

عنوان البحث-" دور وسائل الضبط الاداري بحماية السلم المجتمعي من الإرهاب الفكري "

حيدر مهدي

جامعة كربلاء / مركز الدراسات الاستراتيجية

الملخص

ابتداءً يعد الضبط الإداري ضرورة اجتماعية وقانونية في وقت واحد فهو عملة واحده لها وجهان الأول قانوني والثاني اجتماعي حيث لا يمكن لنا تصور مجتمع بدون وجود سلطات ضابطة له , سواء كانت مركزية أم محليه على حد سواء والتي تعمل على ضبط سلوك افرادها بأوامر تحيط بالنشاط الفردي للإفراد في المجتمع والسعي لتنظميه لتحقيق غايات محددة , عليه فأن الهدف الاسمى للضبط الإداري هو تحقيق المحافظة على حماية مبدا النظام العام من أي خرق أو تجاوز يقع عليه من الفكر الإرهابي المتطرف الذي يسعي لاستهداف السلم المجتمعي في دولة ما نظرا لكون هذا الفكر الإرهابي يكون موجه ضد الفكر الإنساني السليم بغيه انحرافه عن جادة الصواب لتحقيق غايات شاذه وغير مألوفة شرعا وقانونا و على حساب النظام العام والمصلحة العامة لذلك انبرت وسائل الضبط الإداري للتصدي له ولمواجهة او على اقل تقدير الحد منه قد المستطاع وحسب ظروف وامكانيات كل دولة السياسية والقانونية والاقتصادية والثقافية , عليه تتعدد هيئات الضبط الاداري بأشكالها وانواعها المختلفة إذ توجد سلطة مركزية مقرها العاصمة في الدولة , وأخرى سلطة محلية مقرها يكون في المحافظات والاقضية والنواحي ضمن الحدود الإدارية لكل محافظة , تعمل هذه الاجهزة وفق نسق مشترك لحماية النظام العام كما يكون هنالك تعاون على مستوى الضبط الإداري بما من شانه أن يحقق المصلحة العامة في تحقيق السلم المجتمعي على الصعيدين المركزي الاتحادي والمحلي ولا جميع أبناء الدولة على حد سواء .

الكلمات المفتاحية: ضبط اداري، إرهاب فكري، التصدي له , أساليب وسائل الضبط الإداري.

المقدمة:

أولا- التعريف بموضوع البحث

تعد ظاهرة الإرهاب الفكري ظاهرة دولية عالمية موجود في معظم الدول ولكن بنسب متفاوتة ومن خلال اتباع أساليب كثرة ومتنوعه منها الضغط النفسي والعنف ضد الطرف الاخر الذي يختلف معهم في الراي أفراد كانوا أم جماعات يسعون لتغليب شرعية الغاب على حساب شرعية القانون ولعل ما يمر به العراق اليوم هو افضل مثال على وجود الإرهاب الفكري الذي يسعي بقوة لتهدد السلم المجتمعي في الدولة نتجه لتطور المستمر بأفكاره مما يؤدي وبلا شك إلى اختلال في توازن المجتمع ككل وعندها يصبح السلم المجتمعي في محل تهديد له بشكل مباشرة مما يولد عدم الاستقرار مع انعدام الثقة بين المواطنين على مختلف مشاربهم مع الدولة.

ثانيا - أهمية موضوع البحث

مما لاشك فيه أن أي دراسة لا يمكن ان تكون غاية في حد ذاتها وانما هي وسيلة للوصول للفهم الصحيح لوجود مشكلة ما بما يتلاءم مع شدتها وخطورتها والمتمثلة بمعرفة نوع العلاقة بين الضبط الإداري ومحاربة الإرهاب الفكري المتطرف بصورة المتعددة سواء كان منه الإرهاب المادي أم الإرهاب المعنوي على حد سواء , ولكن يوجد اهتمام كبير بالإرهاب المادي بالمقارنة مع الإرهاب المعنوي ورغم أن الإرهاب الفكري المعنوي له أثارة جدا خطيرة على السلم المجتمعي للأفراد وعلى الصعيدين الاني و المستقبلي

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

بناء عليه فهو من المواضيع القليلة الدراسة والمعالجة وهذا بدورة مما دفعنا للبحث والخوض بين ثناياه.

ثالثا – اشكالية البحث

يعالج هذا البحث مشكلة مهمة جدا في معرفة الدور الأساسي الذي يقوم به الضبط الإداري بالمواجهة و التصدي للإرهاب الفكري الذي يهدد السلم المجتمعي في الدولة, عليه سوف يتم الإجابة على العديد من التساؤلات بعد الخوض بين ثنايا بحثنا الموسوم " دور وسائل الضبط الإداري بحماية السلم المجتمعي من الإرهاب الفكري " والمتمثلة بما يلي:

1 -ما هو الضبط الإداري؟ وما تعريفه وصورة؟

2 -ما مفهوم الإرهاب الفكري؟ وما هي الأسس الدستورية والتشريعية التي يتم الاستناد عليها في محاربيه من قبل الهيئات المركزية والمحلية؟

3 -ما هو تعريف الفكر الإرهابي؟ وماهي صورة؟

4 -مدى فاعلية الأساليب القانونية والمادية للضبط الإداري في مكافحه الإرهاب الفكري؟

رابعا - منهجية البحث

إن أكثر الاساليب انسجاما مع طبيعة موضوع بحثنا هذا هو اتباع الأسلوب المنهج التحليلي الوصفي لنصوص الدستور والتشريع العراقي والدول محل المقارنة كفرنسا ومصر باعتبارها من الدول الرائدة في هذا المجال وأيضا والضرورة البحث يقتضي مناهذا المنهج المتبع بالبحث، عرض اراء الفقه الاداري في العراق والدول محل الدارسة, حيث تناولها بالتحليل, وترجيح المفضل منها عند الخلاف بينها وبيان ما هو اصلح للتطبيق في ضوء احكام القوانين العراقية النافذة .

خامسا - خطة البحث

أن معالجة هذا الموضوع يتطلب الامر منا تقسم بحثنا هذا إلى مبحثين , إذ نتناول في المبحث الأول منه ماهية الضبط الإداري والإرهاب الفكري والذي ينقسم بدورة لمطلبين نبحث في الأول منه التعريف بالضبط الإداري والإرهاب الفكري ونبحث في المطلب الثانيصور الضبط الإداري و الإرهاب الفكري, في حين نتعرض في المبحث الثاني منه الأسس القانونية والتشريعية لمحاربة الإرهاب الفكري والذي سنتناوله من خلال مطلبين الأول نبحث فيه الأساس الدستور بمحاربة الا رهاب الفكريونتطرف في المطلب الثاني إلى أساليب الضبط الإداري بمحاربة الإرهاب الفكريبهدف الخروج بجملة من النتائج والتوصيات داعين الله سبحانه وتعالى التوفيق والسداد وخدمة لمجتمعنا العزيز الذي نحن جزء منه.

المبحث الأول

ماهية الضبط الإداري والإرهاب الفكري

ابتداء ينظر لفكرة الضبط الاداري, باعتبارها ظاهرة اجتماعية وقانونية بذات الوقت, فهي ظاهرة اجتماعية, كونها مرتبطة ارتباطاً مباشراً بحياة افراد المجتمع, كما انها ظاهرة قانونية, باعتبارها الجهة ذات العلاقة بممارسة صلاحيات لضبط الإداري من قبل الهيئات المركزية الاتحادية أو المحلية في ظل الظروف العادية أو الغير العادية بمحاربة الارهاب الفكري , حيث تركن بدورها الى القانون في تحقيق الغاية منها وبالمحافظة على النظام العام باعتباره ضروه من ضروريات الأمن الاجتماعي الذي بدورة يعد الجزء الأساسي في تحقيق المصلحة العامة , ويكمن ذلك من خلال اقامة التوازن بين المصلحة العامة من جهة واحترام حقوق الافراد وحرياتهم العامة من جهة اخرى, على اعتبار انه اذا كانت سلطة الضبط الاداري بحاجة لقانون تعمل في نطاقه وتتقيد بأحكامه, فان القانون بحاجة الى سلطة تعمل على تنفيذه, وتكفل له الحماية المقررة بغية تحقيق الاستقرار لأمن المجتمع, وهذا ما يظهر التلازم بين السلطة والقانون, وارتباطهما بالمجتمع ذاته , بناء عليه والضرورات البحث سنتقسم هذا المبحث لمطلبين الأول التعريف بالضبط

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الإداري والإرهاب الفكري ونبحث في المطلب الثاني صور الضبط الإداري والارهاب الفكري وكما يلي تباعا:

المطلب الأول

التعريف بالضبط الإداري والإرهاب الفكري

ابتداء سنتناول هذا المطلب من خلال تقسمه لفرعين حيث سنتناول في الفرع الأول منه التعريف بالضبط الإداري ونبحث في الفرع الثاني منه صور الإرهاب الفكري وكما يلي تباعا:

الفرع الأول - التعريف بالضبط الإداري

ابتداء لم يعرف لنا المشرع الضبط الإداري وكذلك لم يعرف لنا القاضي الإداري له الذي تتم ممارسة من قبل الهيئات الإدارية على الصعيدين المركزي والمحلي في ظل الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية ولكن الفقه عرفة لنا بأنه مجموعة."

الاجراءات والتدابير التي تتخذها السلطات الإدارية بهدف حماية النظام العام في الدولة " [1] والذي يعد الشيء الأساسي من اعمال الإدارة, فإن الحرية الممنوحة للأفراد دستوريا وتشريعيا لا يمكن أن تمارس بدون قيود تعمل على تنظمها بشكل قانوني وبخلاف ذلك قد يختل استقرار المجتمع ككل , فممارسة كل فرد لحرياته وحقوقه يجب أن يكون ضمن أطار احترام حقوق الاخرين وحرياتهم و بمقتضيات الصالح العام السائد في المجتمع[2] على اعتبار أن الضبط الاداري هو ظاهرتين في نفس الوقت اجتماعية وقانونية [3] بهدف تحقيق الغاية النهائية والمتمثلة بالمحافظة على حماية واستقرار النظام العام بعناصره التقليدية والحديثة وفق الاطر القانونية المعمول بها في كل دولة ومنها جمهورية العراق [4]عليه يمكن للباحث تعريف الضبط الإداري بأنه " عبارة عن اجراء اداري يصدر عن سلطة وطنية بإرادتها المنفردة سواء اكانت مركزية اتحادية أم محلية في ظل الظروف العادية أو الظروف الطارئة الاستثنائية التي يمر بها البلد بغية الحفاظ عليه وتحقيق المصلحة العامة مما ينتج عنه تحقيق الرفاهية للمجتمع على كافة الأصعدة ومنها الحماية من الإرهاب الفكري باعتباره يهدد الامن للأفراد في داخل المجتمع ويتعرض للمصلحة العامة للمجتمع به مما يتطلب الامر من السلطة التنفيذية المركزية أو المحلية من التصدي له ومواجهته لأجل القضاء عليه أو الحد منه على أقل تقدير "

الفرع الثاني - تعريف الإرهاب الفكري

أن الإرهاب حسب المفهوم العام له ايدلوجية خاصة به والتي تعنى بإلغاء الرأي الاخر وعدم احترامه مع انعدم حقة في التعبير عن الحرية والمعتقد الذي يؤمن به , مما ينتج عنه عدم التوفيق بين مصلحتين متعارضتين هما المصلحة العامة ومصلحة الافراد هو يعد المقدمة الأساسية المظاهر المادية فأصحاب هذه الاعمال يتعرضون لعملية طمس فكري[5]. (

---

1 -ينظر د. عبد المجيد غسقان المطيري , سلطات الضبط الاداري في الكويت , رسالة ماجستير , جامعة الشرق الاوسط , الأردن , كلية الحقوق ,2011,ص464.

2 -ينظر د. محمد كامل ليلة , النظم السياسية , بدو طبعه , دار الفكر العربي ,القاهرة , 1984 , ص26

3 -ينظر . هندون سلماني , حدود سلطة الضبط الإداري في الجزائر , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق ,جامعة الجزائر, 2013, ص151 .

4 -ينظر د. حميد حنون خالد , حقوق الانسان , ط1 , دار السنهوري , بغداد , 2015 , ص 238,

5 -د. احمد فتحي سرور , الحماية الدستورية للحقوق والحريات , ط2, دار الشروق , القاهرة , 2000 , ص38 .

مع كل من يخالفهم في نظرتهم للأوضاع من حولهم ومن طريقة تصحيحها سواء كان هذا المخالف نظاما سياسيا أو اتجاها فكريا , عليه فأن الإرهاب الفكري لا يعني فقط تفجير مبنى أو مؤسسة أو تفجير انتحاري بين مجموعه من الناس المدنيين المسالمين بل هو

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

إرهاب تكفيري موجه ضد فكر الانسان المشوش مما يؤثر على طريقة التفكير لدية ويحوله من الجانب الإيجابي السوي إلى الجانب السلبي المنحرف ومن دون أن يشعر هو بذلك لكونه هو عملية عقلية تكمن في داخل الانسان نفسه [1] إذ عرفه الفقه بأنه (محاولة فرد أو مجموعه من الافراد والجماعات , فرض راي أو فكر أو مذهب أودين أو موقف معين من قضية من القضايا بالقوة والأساليب العنيفة على مجموعة من الناس أو على شعب من الشعوب أو دول , بدلا من اللجوء للحوار والوسائل الحضارية المشروعة) [2] بناء عليه يمكن للباحث إيجاد تعريف له بأن "نشاط فكري وذهني يرتكز بدورة على أسس فكرية بغية فرض فكرة محددة أو معتقد أو رأي على الاخرين باستعمال مختلف الأساليب الفكرية أو المعنوية " ومما تقدم يمكن لنا ايجاز مميزات الإرهاب الفكري بانها تعتمد على السرية التامة بالأعداد والتخطيط لتحقيق اهداف سياسية واجتماعية وهو يركز في نفس الوقت على الافراد البسطاء لسهولة اقناعهم بأفكاره ابتداء وكذلك يمتاز بايدلوجية خاصة به يعمل على تنفيذها من خلال تهميش دور الأطراف الأخرى في المجتمع.[3]

المطلب الثاني

صور الضبط الإداري والإرهاب الفكري

سنقسم هذا المطلب والضرورة البحث إلى فرعين نتناول في الفرع الأول صور الضبط الإداري ونتطرق في الفرع الثاني منه إلى صور الإرهاب الفكري وكما يلي تباعا:

الفرع الأول - صور الضبط الإداري في ظل الظروف العادية والغير العادية :

أولا- صور الضبط الإداري في ظل الظروف العادية: يعد من الضروري معرفة.

---

1 -حسن علي السقاف , السلفية الوهابية أفكارها الأساسية وجذورها التاريخية , ط2 , دار الميزان بيروت , 2007, ص71.

2 -د. جلال الدين محمد صالح , الإرهاب الفكري أشكاله وممارسته , ط2, الرياض , 2008 , ص24.

المجال الذي تمارس فيه السلطة التنفيذية الاتحادية والمحلية للضبط الاداري في التعامل مع الحالات التي توجب القيام باتخاذ اجراءات الضبط الإداري وفي ظل ظروف العادية أم في ظل الظروف الاستثنائية وطنيا أم محليا [1] على أن يكون ذلك منسجما مع مبدأ الحقوق والحريات المنصوص عليها بشكل دستوري وتشريعي لمنع أي تجاوز قد يقع عليها [2] ومن جانب اخر هو خضوع اختصاصات الإدارة في الظروف العادية لمبدأ المشروعية, لكي لا توسم أعمالها أو نشاطاتها المتنوعة التي تقوم بها بعدم المشروعية [3] مما يترب عليه الاعتراض عليها أو الغاؤها لعدم مطابقتها مع نصوص الدستور أو نصوص التشريعات النافذة [4] عليه سنسعى لتحديد السلطة المختصة بإصدار انظمة الضبط الإداري بموجب الدستور والتشريعات المقارنة والمحلية على حد سواء لحماية السلم المجتمعي من الإرهاب الفكري في ظل الظروف العادية [5] إذ نص المشرع الدستوري الفرنسي بان" يقوم رئيس الجمهورية بالتوقيع على المراسيم والاوامر التي يتم المداولة بشأنها في مجلس الوزراء. [6] "

---

1 -ينظر د. عبد العزيز محمد الصغير , القانون الإداري بين التشريع المصري والسعودي , ط1, المركز القومي للإصدارات القانونية , القاهرة , 2015, ص80.

2 -نقصد بالنظام العام هو عبارة عن فكرة مرنة ونسبية ومتغيرة من مكان لأخر , بحيث يكون من الصعوبة وضعها ضمن قالب او أطار محدد سلفا في النصوص القانونية أو بواسطة الاحكام القضائية , ومما يترتب علية من توسع دائرة السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة.

3 -ينظر د. جورج شفيق ساري , قواعد واحكام القضاء الاداري , ط5 , دار النهضة العربية , القاهرة , 2003 , ص 17.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

4 -ينظر د. سليمان محمد الطماوي , القضاء الاداري , قضاء الالغاء , دار الفكر العربي , القاهرة , 1995ص 35

5 -ينظر د. رافت فؤده , مصادر المشروعية ومنتجاتها , من دون طبعة , دار النهضة العربية , القاهرة , 1995, ص 9.

6 -ينظر المادة (13) من دستور فرنسا لسنة 1958 المعدل.

فرئيس الجمهورية من الناحية الواقعية يمارس سلطة حقيقية [1] في أصدر لوائح الضبط الإداري [2] وهو ما ذهب اليه غالبية الفقه الفرنسي إلى تأييد كون رئيس الجمهورية يعد من ضمن هيئات الضبط الإداري نظرا لما يتمتع به من سلطة في تنظيم شؤون الدولة ولذا يملك صلاحية اتخاذ اجراءات ضبطية [3] وبالجوع لقانون الفرنسي نجده هو الاخر نص بأن " المحافظ يعد الجهة الإدارية المختصة باتخاذ الإجراءات والتدبير الخاصة بالنظام العام , والامن والسلامة العامة والسكنية العامة والتي لا يتجاوز نطاق تطبيقها الحدود الإقليمية للمجالس البلدية " [4] وبهذا نجد السلطة المركزية ممثلة برئيس الوزراء كأصل عام [5] والمحافظ يمكنهما من اتخاذ القرارات الخاصة بفرض إجراءات الضبط الإداري [6] وأما في مصر نص المشرع الدستوري المصريلسنة 2014 المعدل على منح رئيس الوزراء صلاحية إصدار لوائح الضبط الاداري.

---

1 -ينظر د. على خطار شنطاوي , الوجيز في القانون الإداري , ط1, دار وائل للنشر والتوزيع , عمان , 2003, ص387.

2- ينظر د. مجدي فتح الله , فاعلية الاداء الضبطي لرجل الشرطة " دراسة مقارنة " ط1, مطبعة النشر الذهبي , القاهرة , 2002 , ص58.

3 -ينظر جورج فيدل وبيارد د لفوفية , القانون الاداري , ترجمة منصور القاضي , ج1, ط2, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر, 2001, ص 507 ,

4 -ينظر , بلقاسم دايم , النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئية , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان , الجزائر 2004 , ص69.

5 -ينظر نص المادة (215) من قانون الحقوق والحريات العامة للبلديات والمحافظات والاقاليم ذي الرقم (213) لسنة 1982 المعدل.

6 -ينظر نص المادة (34) من قانون الحقوق والحريات العامة للبلديات والمحافظات والأقاليم ذي الرقم (213) لعام 1982 المعدل والتي نصت على أن " يعد المحافظ ممثل الدولة في المحافظة وهو المسؤول عن المصالح الوطنية واحترام القوانين والنظام بموجب الشروط التي يحددها القانون."

ما نصة " يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط، بعد موافقة مجلس الوزراء " [1] وورد في موضع أخر منه بان " تمارس الحكومة بوجه خاص الاختصاصات الآتية : المحافظة على أمن الوطن وحماية حقوق المواطنين ومصالح الدولة " [2] ومما تقدم يختص رئيس الوزراء بإصدار لوائح الضبط الإداري [3] باعتباره المختص بذلك دستوريا [4] كما أن التشريع المصري كذلك نص على أن " يعتبر المحافظ ممثلاً للسلطة التنفيذية بالمحافظة..... وعلى مرافق الخدمات والإنتاج في نطاق المحافظة ويكون مسؤولاً عن كفالة الأمن الغذائي ورفع كفاءة الإنتاج الزراعي والصناعي والنهوض به وله أن يتخذ كافة الإجراءات الكفيلة بتحقيق ذلك في حدود القوانين واللوائح ،كما يكون مسؤولاً عن الأمن والأخلاق والقيم العامة بالمحافظة ..... يعاونه وزير الداخلية وعلى مدير الأمن أن يبحث مع المحافظ الخطط الخاصة بالحفاظ على أمن المحافظة لاعتمادها ويلتزم مدير الأمن بإخطاره فوراً بالحوادث ذات الأهمية الخاصة لاتخاذ التدابير اللازمة في هذا الشأن بالاتفاق بينهما وللمحافظ أن يتخذ جميع الإجراءات الكفيلة بحماية أملاك

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الدولة العامة والخاصة وإزالة ما يقع عليها من تعديات بالطريق الإداري.[5]"

---

1 -ينظر نص المادة (172) من دستور جمهورية مصر لسنة 2014 المعدل.

2 -ينظر نص المادة (167) من دستور جمهورية مصر لسنة 2014 المعدل.

3 -ينظر د. سامي جمال الدين: اللوائح الادارية وضمانة الرقابة الادارية, ط2, منشاة المعارف بالإسكندرية, بدون سنة نشر, ص311,ولمزيد من التفاصيل -ينظر. السيد صبري, مبادئ القانون الدستوري, ط, المطبعة العالمية, القاهرة , 1958, ص 470.

4 -ينظر . د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الادارية دراسة مقارنة ,ط5 , دار الفكر العربي , القاهرة ,1984 , ص 461..

5 -ينظر المادة (26) مكرر من قانون نظام الإدارة المحلية المصري ذي الرقم(43) لسنة 1979 المعدل.

وبالعودة إلى دستور جمهورية العراق لسنة 2005 نجده نص على الضبط الإداري بأن" يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الاتية : ثالثا – إصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين " [1] وحين نبحث عن دور رئيس مجلس الوزراء ومجلس الوزراء في إصدار انظمة الضبط الإداري في الدول محل المقارنة والعراق : ففي فرنسا يعتبر هو صاحب الاختصاص الأصيل بإصدار لوائح الضبط بواسطة مراسيم [2] عليه هو يمارس سلطة الضبط الإداري دون قيود ولكن بشرط عدم الاعتداء على النطاق المحدد للقانون [3] الذي نص عليه الدستور الفرنسي بأنه " الحقوق المدنية والضمانات الأساسية التي يتمتع بها المواطنون لممارسة الحريات العامة .... " [4] وأيضا منح الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل مجلس الوزراء سلطة ممارسة الضبط الإداري [5] إذ منح اختصاص تقديري بهذا الخصوص.[6]

---

1 -ينظر نص المادتين (80) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

2 -ينظر د.حنان محمد القيسي , الوجيز في شرح قانون المحافظات , مصدر سابق , ص23 وما بعدها.

3 -ينظر د. دانا عبد الكريم سعيد , دور البرلمان في الانظمة المعاصرة "دراسة مقارنة " ط1, منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , 2013, ص111.

4 -ينظر نص المادة (34) من دستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل.

5 -ينظر د. عدنان عمرو , مبادئ القانون الاداري , نشاط الادارة ووسائلها ,ط1, منشاءه المعارف , الاسكندرية , 2011, ص 265 , للمزيد من التفاصيل ينظر د. محمد الوكيل , حالة الطواري سلطات الضبط الاداري , ط2 , دار النهضة العربية , القاهرة ,2003, ص16,وكذلك ينظر د. سليمان الطماوي , الوجيز في القانون الاداري , من دون طبعه , دار الفكر العربي , القاهرة ,1984, ص569.

6 -ينظر نص المادة (37) من دستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل.

وفي التشريع العادي المصري فأن رئيس مجلس الوزراء يحق له ممارسة اختصاص إصدار لوائح الضبط الإداري إذ أورد لدستور بأن "يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط، بعد موافقة مجلس الوزراء" [1] و في العراق نص الدستور العراقي على

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أن"رئيس مجلس الوزراء هو المسؤول التنفيذي المباشر عن السياسية العامة للدولة والقائد العام للقوات المسلحة يقوم بإدارة مجلس الوزراء ويتراس اجتماعاته وله الحق بإقالة الوزراء وبموافقة مجلس النواب " [2] وأيضا نجد أن النظام الداخلي لمجلس الوزراء منح رئيس الوزراء اختصاص رئاسة المجلس وإدارة اجتماعاته كما نجد ه كذلك على أن مجلس الوزراء هو المختص بإصدار الانظمة والتعليمات [3] مما تقدم يظهر لنا اتفاق التشريع العراقي والمصري على الأقل في الجانب الشكلي [4] وبالرجوع لقانون مجالس المحافظات والاقضية والنواحي النافذ نجده قد أشار إلى اختصاصات المحافظ بان "

1- للمحافظ سلطة مباشرة على كل الاجهزة المكلفة بواجبات الحماية وحفظ الأمن والنظام العاملة في المحافظة
2- إذا رأى المحافظ أن الاجهزة المكلفة بحفظ الأمن والنظام غير قادرة على انجاز واجباتها في المحافظة عليه أن يعرض الإمر فورا على القائد العام للقوات المسلحة مبينا مقدار القوة الكافية لإنجاز تلك الواجبات
3- تنسق السلطة الاتحادية مع المحافظ مسبقا عندما تنفيذ مهام امنية في المحافظة"وأيضا نص في مورد اخر منه ما نصه " للمحافظ إن يأمر الشرطة بأجراء التحقيق في الجرائم التي تقع في الحدود الإدارية للمحافظة وفقا للقانون, وتقديم أوراق التحقيق إلى القاضي المختص على إن .[5]

---

1 -ينظر نص المادة (172) من الدستور المصري لسنة 2014 المعدل.

2 -ينظر نص المادة (78) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

3 -ينظر نص المادة (2/ البند / سادسا) من النظام الداخلي لمجلس الوزراء العراقي ذي الرقم (2) لسنة 2019.

4 -ينظر د. مصدق عادل طالب , اختصاص مجلس الوزراء في اصدار الانظمة في التشريع العراقي , بحث منشور مجلة الحقوق , كلية القانون , جامعة بغداد , 2015ص 362. 5

5 -ينظر نص المادة (31/ البند / عاشرا) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم ذي الرقم (21) لسنة2008 المعدل

يتم إعلام المحافظ بنتيجة التحقيق " [1] بناء عليه يظهر لنا اختصاص المحافظ شامل لجميع أنواع الجرائم سواء كانت جناية أم جنحة أم مخالفة وبما يتعلق منها كذلك بمكافحة الإرهاب الفكري المعنوي الذي يهدد السلم المجتمعي في كيان الدولة ككل حيث أن يحق المحافظ ممارسة سلطة الضبط بالتنسيق مع السلطة المركزية بناء على تقديم الطلب من المحافظ إلى رئيس مجلس الوزراء لأرسال قوة أمنية كافية لضبط الامن وتحقيق النظام في المحافظة , والوجهة الأخر للتعاون حين يمنح القانون للمحافظ سلطة الأمر على الأجهزة الأمنية الموجودة في المحافظة باستثناء الاتحادية منها [2] ليظهر مجال أخر للاتصال بين المحافظ ووزير الداخلية والقائد العام للقوات المسلحة في جانب أخر والصورة الثالثة للتعاون تظهر بوجود أخطار للقوات الاتحادية للمحافظ عند تنفيذها لأي واجب أمني بالمحافظة[3] قبل دخولها للمحافظة أصلا ما يفتح المجال واسعا للتعاون [4] والذي سبق لنا التطرق له في موضع سابق وفي مصر يحق للمحافظ ممارسة الضبط الإداري في المحافظة بالتعاون بينه وبين وزير الداخلية ومدير الامن العام [5] وأيضا يحق للمحافظ ممارسة الضبط الإداري بالتعاون مع وزير الزراعة والصناعة وهو ما نص عليه قانون الإدارة المحلية النافذ بأنه" يعتبر المحافظ ممثلاً للسلطة التنفيذية بالمحافظة ويشرف على مرافق الخدمات والإنتاج في نطاق المحافظة ويكون مسئولا عن كفالة الأمن الغذائي ورفع كفاءة الإنتاج. [6]

---

1 -ينظر نص المادة (31/ البند / تاسعا / 1) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم ذي الرقم (21) لسنة 2008 المعدل .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

2 -ينظر . يوسف محمد كاظم , السلطات الجزائية لرئيس الوحدة الإدارية في القانون العراقي " دراسة مقارنة" ط1, مكتبة السنهوري , بغداد ,2012, ص112 ,

3 -د. حنان محمد القيسي , المحافظون في العراق, دراسة تشريعية مقارنة , ط1, مكتبة كلية القانون , جامعة بغداد , 2012, ص87.

4 -ينظر د. حنان محمد القيسي , المحافظون في العراق, مصدر سابق, ص 88 وما بعدها .

5 -ينظر خالد الشواني , تأثير حالة الطوارئ على العلاقة بين سلطات الدولة , ط1, منشورات زين الحقوقية , بيروت, 2019, ص91 وما بعدها.

6 -ينظر د. أحمد فتحي سرور , الحماية الدستورية للحقوق والحريات , ط2, دار الشروق القاهرة , 2000 , ص44.

كما يكون مسئولاً عن الأمن والأخلاق والقيم العامة بالمحافظة يعاونه مدير الأمن في إطار السياسة التي يضعها وزير الداخلية ويلتزم مدير الأمن بإخطاره فوراً بالحوادث ذات الأهمية الخاصة لاتخاذ التدابير اللازمة في هذا الشأن بالاتفاق بينهما " [1] ومن جانب اخر نلحظ وجود اختصاص يمارسه المحافظ يتمثل في تنفيذ السياسة العامة بناء عليه يمكن لرئيس المجلس البلدي (العمدة) في فرنسا ممارسة وظيفية الضبط الإداري للمحافظة على النظام العام بكل عناصره [2] وفي مصر نجد العمدة يكون فقط ممثلا عن السلطة المركزية في القرية [3] وفي العراق فإن القائمقام يمارس الضبط الإداري بدليل نص قانون المحافظات النافذ في أحدى نصوصه بأن" يمارس القائمقام الصلاحيات الاتية : ثالثا – 1- الحفاظ على الأمن العام والنظام العام وحماية حقوق المواطنين وأروحهم وممتلكاتهم 2- الحفاظ على حقوق الدولة وصيانة أملاكها وتحصيل إيراداتها وفقا للقانون " [4] عليه يحق له أتخاذ جملة من التدابير التي لها الدور الكبير في المحافظة على الامن والنظام العام في المحافظة , وفي العراق فإن مجلس المحافظة يمارس سلطات الضبط الإداري بموجب قانون المحافظات النافذ على أن" إصدار التشريعات المحلية والانظمة والتعليمات لتنظيم الشؤون الإدارية والمالية بما يمكنها من إدارة شؤونها وفق مبدأ اللامركزية الإدارية وبما لا يتعارض مع الدستور والقوانين الاتحادية " [5] عليه تبن لنا أن مجلس المحافظة العراقي يمتاز بان له سلطات متعددة في الضبط الإداري شانه شأن مجالس المحافظات في الدول محل المقارنة كفرنسا ومصر.

---

1 -ينظر المادة (26) مكرر من قانون نظام الإدارة المحلية المصري ذي الرقم(43) لسنة 1979 المعدل.

2 -ينظر د. على خطار شنطاوي , الوجيز في القانون الإداري , ط1, دار وائل للنشر , الاردن , 2003 , ص238.

3 -ينظر نص المادة (212) من قانون الادارة المحلية ذي الرقم (213) لسنة 1982 المعدل.

4 -ينظر نص المواد (41/ البند/ ثالثا) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم ذي الرقم(21) لسنة 2008 المعدل .

5 -ينظر نص المادة (7/ البند/ ثالثا) من قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم ذي الرقم(21) لسنة 2008 المعدل.

ثانيا – صور الضبط الإداري في ظل الظروف الغير العادية:

هي تعد " حوادث فجائية غير مألوفة عامة غير متوقعة تقع خارج نطاق التوقع يستحيل مواجهتها بقواعد المشروعية العادية وتمنح الإدارة بموجبها صلاحيات واسعه لمواجهتها في أطار المشروعية الاستثنائية " [1] ولعل من اهم تلك الآليات هو ايقاف أو تعطيل العمل ببعض النصوص الدستورية والقانونية [2]لأمد محدد او عدم التقييد بها بصورة مؤقتة حتى زوال الظروف الاستثنائية الانية التي تمر بها الدولة سواء على الصعيد القومي أم على الصعيد المحلي [3] فقد تتعرض الدولة متمثلة بالسلطة الاتحادية والمحلية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

لظروف طارئة غير عادية تهدد وجود الدولة كان يهددها خطر حرب داخلية أو خارجية وغيرها [4] مما يتطلب الامر معه اتخاذ تدابير عاجلة وسريعة لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية وذلك بواسطة تشريعات توضع خصيصا لهذا الغرض والتي قد تختلف في طبيعتها ومداها عن التشريعات التي تطبق في الظروف العادية ومما تقدم نرى أن السلطة الاتحاديةوالمحلية ستمنح اختصاصات أوسع لمجابهة الظروف الطارئة بيد أنها لا تكون مطلقة ويتعين عليها مع التقييد بمبدأ المشروعية ضرورة الموازنة بين تحقيق سلامة الدولة وكيانها في نفس الوقت.[5]

---

1 -ينظر د. غازي مهدي فيصل , ود . عدنان عبيد عاجل , القضاء الإداري "دراسة مقارنة" ط1, النجف الاشراف , 2012, ص60.

2 -ينظر د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001 ، ص74.

3 -ينظر د.محمد شريف اسماعيل عبد المجيد-سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة, ط2, دار يونس للطباعة والنشر ,1980 , ص77 .

4 -ينظر, د . علي خطار شنطاوي, موسوعة القضاء الإداري , بدون طبعه , دار الثقافة والنشر والتوزيع , ج1 , 2004 ,ص 99.

5 - ينظر . د. إسماعيل صعصاع البديري ,ود. على يوسف الشكري , التنظيم القانوني لأنظمة الاستثنائية , دراسة مقارنة, بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم ا لقانونية والسياسية , العدد , الثالث , السنة السادسة , 2015 , ص11 وما بعدها.

صيانة الحقوق الفردية [1] يتضح لنا أن الظروف الغير العادية تسمح للسلطة الاتحادية أو المحلية بالخروج عن مبدأ المشروعية من الجوانب الشكلية تحديدا دون الموضوعية بدليل خضوع قراراتها وإجراءاتها لرقابة القضاء الإداري من جوانبها الموضوعية [2] وبخصوص إ علان حالة الطوارئ ودخول بعض الإجراءات الاستثنائية محل التطبيق [3] فالدساتير والقوانين متباينة فيما بينها وهو سنخوض فيه لاحقا , عليه أن الظروف الاستثنائية تسمح فقط للسلطتين المركزية والمحلية بإن تخرج عن الشرعية العادية نحو الاستثنائية لحماية المصلحة العامة المتمثلة بالسلامة الوطنية والحفاظ على النظام العام و درء أخطار استثنائية تهدد بأضرار جسمية [4] ونظرا الأهمية الموضوع لابد لنا من معرفة الاساس الدستوري في ممارسة الضبط الاداري في ظل الظروف الطارئة , فقد تناول المشرع الدستوري الفرنسي الموضوع وفق الاتي " إذا تعرضت مؤسسات الجمهورية أو استقلال الدولة أو وحدة أراضيها أو تنفيذها لالتزاماتها الدولية لخطر داهم ..... يتخذ رئيس الجمهورية التدابير التي تقتضيها هذه الظروف بعد استشارته الرسمية رئيس الوزراء ورئيسي مجلسي البرلمان والمجلس الدستوري يوجه خطاباً للأمة ويعلمها حول هذه الإجراءات سوف تُحدد التدابير بحيث تزود السلطات العامة الدستورية، بأسرع وقت ممكن بوسائل للقيام بواجباتها ويستشار المجلس الدستوري فيما يتعلق بمثل هذه التدابير يعقد البرلمان جلسته بموجب سلطته. [5] "

---

1 -ينظر . د. شاب توما منصور ، القانون الإداري ، مطبعة جامعة بغداد ،من دون طبعه ، 1978 ، ص137.

2 -د. يسري محمد العطار, نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية " دراسة مقارنة " بدون طبعه , دار النهضة العربية , القاهرة ,1995, ص10.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

3 -د. ماهر صالح الدليمي ,دور القضاء الإداري في حماية الحريات العامة , رسالة ماجستير, كلية القانون - جامعة بغداد ,2001, ص45.

4 -د . محمد علي أل ياسين , القانون الإداري , ط2, من دون سنة نشر, المكتبة الحديثة للطباعة والنشر , ص148.

5 -ينظر نص المادة (16) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل .

عليه تبين لنا أن إعلان حالة الطوارئ من اختصاص رئيس الجمهورية مع استشارة البرلمان [1] أما عن حالة الحرب فقد نص على أن " يكون أعلان الحرب بتفويض من البرلمان " [2] نستشف مما تقدم أن السلطة المركزية ستمتع بامتيازات وسلطات واسعه في الظروف الاستثنائية [3] ويكون هنالك معاونة من البرلمان بالموافقة على اعلان الحرب أما اعلان الطوارئ فهو اختصاص حصري للسلطة التنفيذية مع استشارة رئيس غرفتي البرلمان , وعن علاقة التعاون مع السلطات المحلية نجد أن قانون الهيئات المحلية أشار إلى احتمالية أن يصدر رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء قراراته المتعلقة بالضبط الإداري في ظل الظروف الاستثنائية ضمن اطار الدولة فهنا يتعين على المحافظ باعتباره ممثلا عن السلطة المركزية في حدود المحافظة , ان ينفذ القرارات التي تصدر عن رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء ولا يحق له الامتناع عن ذلك وبدليل نص المادة (58) من القانون التي إشارة على أن " يعد المحافظ ممثل عن الدولة في المحافظة وهو المسؤول عن المصالح الوطنية واحترام القوانين والنظام العام وبموجب الشروط التي يحددها القانون. [4] "

---

1 -ينظر . جورج فيدل ، بيير دلفولفية ، القانون الإداري ، مصدر سابق ، ص432 ,والمزيد من التفاصيل ينظر جابرييل أيه .المو ندجي بنجهام با ويل ، السياسات المقارنة في وقتنا الحاضر ، نظرة عالمية ، ترجمة هشام عبد الله ، مراجعة سمير نصار ، ط5 ، شركة الطبع والنشر اللبنانية ، 1998 ، ص334.

2 -ينظر نص المادة (35) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل.

3 -د. سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مصدر سابق ، ص328, وللمزيد من التفاصيل ينظر د. صلاح الدين فوزي , واقع السلطة التنفيذية في دساتير العالم مركزية السلطة المركزية , ط1, دار النهضة العربية , 2003 , ص86.

4-ينظر نص المادة (58) من قانون من قانون الحقوق والحريات العامة للبلديات والمحافظات والأقاليم ذي الرقم (213) لسنة 1982 المعدل.

في حين نجد أن المشرع الدستوري المصري نص على أن " يعلن رئيس الجمهورية، بعد اخذ رأى مجلس الوزراء حالة الطوارئ، على النحو الذي ينظمه القانون..... " [1] أما بخصوص إعلان الحرب نص على أن"رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة ولا يعلن الحرب ولا يرسل القوات المسلحة في مهمه قتالية إلى خارج حدود الدولة، إلا بعد أخذ رأى مجلس الدفاع الوطني وموافقة مجلس النواب بأغلبية ثلثي الأعضاء فإذا كان مجلس النواب غير قائم، يجب أخذ رأى المجلس الأعلى للقوات المسلحة، وموافقة كل من مجلس الوزراء ومجلس الدفاع الوطني" [2] تفصيل ما تم ذكرة أعلاه , عليه يكون المحافظ هو المسؤول عن الامن والاخلاق والقيم في محافظة وفي ضوء سياسية وزير الداخلية , حيث يكون المحافظ منفذا لها مع مدير الامن في نطاق محافظتهفهو يملك إصدار القرارات الإدارية الضبطية للمحافظة على النظام العام , كما اشار الية قانون الطوارئ المصري بموجب المادة الثالثة منه على أن " لرئيس الجمهورية متى اعلنت حالة الطوارئ ان يتخذ كافة التدابير المناسبة للمحافظة على الامن والنظام العام.[3] "

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

1 -ينظر نص المادة (215) من قانون الحقوق والحريات العامة للبلديات والمحافظات والأقاليم ذي الرقم (213) لسنة 1982 المعدل.

2 -ينظر نص المادة (154) من دستور مصر لسنة 2014المعدل.

3 -ينظر نص المادة (3) من قانون الطوارئ المصري رقم (152) لسنة1958المعدل.

,وفي العراق نجد أن الدستور النافذ نظم حالة الظروف الطارئة أو غير العادية بأن " مجلس النواب بما يأتي :أ- الموافقة على إعلان الحرب وحالة الطوارئ بأغلبية الثلثين ، بناء على طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء ب- تعلن حالة الطوارئ لمدة ثلاثين يوما قابلة للتمديد وبموافقة عليها في كل مرة ج- يخول رئيس مجلس الوزراء الصلاحيات اللازمة التي تمكنه من إدارة شؤون البلاد في أثناء مدة إعلان حالة الحرب وحالة الطوارئ وتنظم هذه الصلاحيات بقانون بما لا يتعارض مع الدستور د- يعرض رئيس مجلس الوزراء على مجلس النواب الإجراءات المتخذة والنتائج في أثناء مدة إعلان الحرب وحالة الطوارئ خلال خمسة عشر من تاريخ انتهائها " [1] بناء عليه نرى أن الدستور العراقي نظم حالة الظروف الطارئة وحددها في حالتين هما الحرب وحالة الطوارئ ، وأناط برئيس مجلس الوزراء بالاشتراك مع رئيس الجمهورية المبادرة بتقديم طلب إلى مجلس النواب لغرض الحصول على موافقته بأغلبية الثلثين لإعلان الحرب وحالة الطوارئ [2] وبهذا سيمارس رئيس الوزراء سلطة الضبط الإداري بإعلانات تتضمن أنظمة وتعليمات لتجاوز الأزمة بتعرض كل من يخالفها للعقوبات المقررة قانونا كما يملك سلطات واسعه لتقيد الحريات الفردية بموجب أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (1) لسنة 2004 ومنها حظر التجوال ومصادرة بعض الأشياء ومنع الصحف من الصدور واغلاق الأحزاب وغيرها من الوسائل . [3]

الفرع الثاني – صور الإرهاب الفكري:

يمكن لنا تقسيمة إلى أنواع عديدة وحسب الوسائل إلى إرهاب مادي وإرهاب فكري معنوي:

1 -ينظر نص المادة (61 / البند / تاسعا) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

2 -ينظر د. رافع خضر صالح شبر، فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني في العراق ، دراسة وفق أحكام دستور ، ط1, بغداد مكتبة السنهوري , 2011، ص85 ,للمزيد من التفاصيل ينظر . مروان حسن العيساوي , اختصاص رئيس مجلس الوزراء وفق دستور 2005 , بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والانسانية , العدد 18, لعام 2014 , ص 202.

3 -ينظر د . رافع خضر صالح شبر، المركز الدستوري لرئيس الجمهورية ، بحث مقدم إلى طلبة الدراسات العليا كلية القانون , جامعة بابل , 2009 ، ص3.

أولا- الإرهاب المادي : هو ذلك النوع من الإرهاب الذي يتخطى الحدود السياسية يكون ذات طابع سياسي وقد تمارسه جماعات غير حكومية بناء على اعتقادها أن ما تقوم به يستحق التضحية نظرا لتولد لديهم قناعات بمشروعيه الأهداف التي ينون العمل على تحقيقها في استخدام لغة العنف والحرب وذلك للمطالبة بحقوق مسلوبة لهم وكذلك تمارسه قوى كبرى أو قوى مدعومة لأجل السيطرة على شيء ما وهذا النوع من الإرهاب المادي يتميز بكونه موجه إلى الأشخاص أو الأموال أو الممتلكات العام و والخاصة بهدف تحقيق مكاسب سياسية أو هدف اجتماعي أو ايدلوجية معينة وقد ينحصر داخل إقليم الدولة الواحدة أو قد يميز بالبعد الدولي له من حيث الاعداد والتنظيم [1] عليه نرى أنه توجد العديد من العوامل التي تساعد في نشر الإرهاب المادي ومنها على سبيل المثال لا

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الحصر(عوامل الاجتماعية والصرعات السياسية والدينية وغياب الامن العام والخدمات والحريات العامة والممارسات الديمقراطية وكذلك العوامل الاقتصادية الفقر والبطالة وتدني الاجوار والفوارق الاقتصادية وغيرها [2].

ثانيا - الإرهاب المعنوي: يكون موجه ضد الأفكار وحريتها وهو يعد من اخطار صور الإرهاب لان غاياته لا تمت إلى الإنسانية بصلة ويهدف بشكل حثيث لطمس الحضارة الإسلامية والقضاء على تاريخها وثقافتها بل وحتى وجودها بغية غرس فكر [3] جديد بهدف القضاء على الأفكار المعارضة له عليه هذا النوع من الإرهاب له أساليبه الخاصة ومنها استخدام أفكار منحرفة مع فرض أسلوب معين من الثقافة تمارس على عقول ووعي الموطنين على الفكر لديهم وقد يتخذ من الدين غطاء مع العلم الدين براء من كل مظاهر العنف والإرهاب والتطرف [4]

---

1 -ينظر د. فارس عبد الرحيم حاتم , سنان طالب عبد الشهيد , حالة الطوارئ بموجب أمر الدفاع عن السلامة الوطنية رقم (1) لسنة 2004 والرقابة القضائية عليها , بحث منشور في كلية القانون , جامعة الكوفة , العدد التاسع , 2008, ص178 وما بعدها .

2 -محمد الحسيني الياسري , الإرهاب الفكري , ط1 , المركز الإسلامي العالمي , النجف الاشراف , 2001 , ص15.

3 -سالم روضان الموسوي , تعريف الجريمة الإرهابية , بغداد, 2009, ص51.

4 -د. محمد عوض الترتوري , علم الإرهاب الأسس الفكرية لدراسة الإرهاب , ط1 , مطبعة الحامد , 2006 , ص129.

المبحث الثاني

الأسس القانونيةلمحاربة الإرهاب الفكري

ابتداء لابد من وجود اليات محددة لمحاربته وفق أساسا دستوريا و تشريعية ونظرا لأهمية الموضوع سنتناوله من خلال مطلبين إذ سنبحث في المطلب الأول الأساس الدستوري بمحاربة الإرهاب الفكري ونتناول في المطلب الثاني أساليب الضبط الإداري بمحاربةالإرهاب الفكري وكما يلي تباعا:

الفرع الأول – الأساس الدستوري بمحاربة الإرهاب الفكر:

اشار دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على محاربة الفكر الإرهابيفي بعض نصوصه ومنها بالنص على حرية التعبير وممارسة الشعائر الدينة في المادة (38) منه على أن " تكفل الدولة وبما لا يخل بالنظام العام والآداب حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل " [1] وأيضا نص على حرية الفكر بالمادة (42) بقوله " لكل فرد حرية الفكر لضمير والعقيدة " [2] عليه نلحظ ان مشرعنا الدستوري لم يكتف بالنص على حرية التعبير عن الرأي بل أضاف لها حرية التفكير والضمير والعقيدة وبالتالي لم يدع مجالا لتفشي ظاهرة الإرهاب الفكري , ومن جانب اخر نص بدلالة المادة السابعة والثلاثين ثانيا على أن (تكفل الدولة حماية الفرد من الاكراه الفكري والسياسي والديني) وهاهنا فأن هذا النص واضح المعاني والدلالة فقد حرص مشرعنا العراقي على حماية الفرد من أن يتعرض إلى الاكراه الفكري والسياسي والديني وهذا له كله له دور في القضاء على ظاهرة الإرهاب الفكري وكما نص في المادة السابعة منه على أن(أولا- يحظر على كل كيان أو نهج تبني العنصرية أو الإرهاب أو التكفير أو التطهير الطائفي) [3] عليه تبين لنا من النصوص السابقة ان موقف المشرع العراقي كان ثابتا وواضحا من رفضة ومحاربته لفكرة الانحراف الفكري الإرهابي لكونه سلوكا غير مشروعا ومنحرفا مما يتطلب الامر التصدي له ومحاربته.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

1 -ينظر نص المادة (38) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

2 -ينظر نص المادة (42) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

3 -ينظر نص المادة (7) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

الفرع الثاني – الأساس التشريعي بمحاربة الإرهاب الفكري :

يعد بدوره من الظواهر الشاذة المنحرفة عن العقل السليم والتي لابد من وجود تشريعات تعمل على تجريمها والحد منهما ومن هذه القوانين ما يلي:

أولا- قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل :نص قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل على تجريم ظاهرة لهذه الظاهرة وبموجب العديد من نصوصه القانونية حيث بدورة فرض عقوبات صارمة على هذا النوع من الجرائم فقد نصت المادة 95) منه على أن "يعاقب بالسجن المؤبد من استهدف اثارة حرب أهلية أو اقتتال طائفي وذلك بتسليح المواطنين أو بحملهم على التسليح بعضهم ضد البعض الاخر أو بالحث على القتال , وتكون العقوبة الإعدام إذا تحقق ما استهدفه الجاني " [1] وكما نص المشرع في موضع اخر له بموجب المادة (372) منه بان "1- من اعتدى بإحدى طرق العلنية على معتقد لاحد الطوائف الدينية أو حقر من شعائرها.....4- من طبع ونشر كتابا مقدسا عند طائفة دينية إذا حرف نصه عمدا تحريفا بغير معناه او استخف بحكم من أحكامة أو شيء من تعليمة 5- من أهان علنا رمزا أو شخصا وهو موضع تقديس أو تمجيد أو احترام لدى طائفة دينية 6- من قلد نسكا او حفلا دينيا بقصد السخرية منه " [2].

2 -قانون مكافحة الإرهاب رقم (13) لسنة 2005: نصت المادة الثانية من قانون مكافحة الإرهاب رقم (13) لسنة 2005 النافذ على أن " تعد الأفعال التالية من الأفعال الإرهابية : 4- العمل بالعنف والتهديد على اثارة فتنة طائفية أو حرب أهليه أو اقتتال طائفي وذلك بتسليح المواطنين أو حملهم على تسليح بعضهم بعضا بالتحريض والتمويل. [3] "

---

1 -ينظر نص المادة (195) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

2 -ينظر نص المادة (372) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

3 -ينظر نص المادة (2 البند رابعا) من قانون مكافحة الإرهاب رقم (13) لسنة 2005

3 -قانون المطبوعات رقم (206) لسنة 1968 المعدل : لقد أشار المشرع العراقي بموجب المادة (16) من قانون المطبوعات رقم (206) لسنة 1968 المعدل على ان "لا يجوز أن ينشر في المطبوع الدوري 3- ما يروج للأفكار الاستعمارية والانفصالية والإقليمية " [1].

المطلب الثاني

اساليب الضبط الإداري في مكافحة الإرهاب الفكري

ابتداء توجد العديد من الأساليب التي تلجأ اليها للسلطة التنفيذية جهة الإدارة من استخدمها في محاربة الإرهاب الفكري أو على أقل تقدير الحد منه نظر لأهميته البالغة وخطورة في تهدد الامن والسلم المجتمعي في كل دول أو مجتمع ما , سنقسم هذا المطلب لفرعين هما :

الفرع الأول - لوائح الضبط الإداري والقرارات الإدارية بمحاربة الإرهاب الفكري :

بعد هذا النوع من الضبط الإداري من أبرز سلطات الضبط الإداري حيث عن طريقها تضع الإدارة قواعد موضوعية عامة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مجردة تعمل من خلالها على تقيد بعض من نشاط الافراد في المجتمع بهدف صيانه النظام العام من خطر التعدي عليه [2]، لذلك كان من الضروري للجواء لوائح الضبط الإداري كأحد الوسائل العلاجية القانونية لتنظيم ممارسة الحريات العامة بغية اكمال النصوص التشريعية المنظمة لتلك الحريات.[3]

أولا- لوائح الضبط الإداري:

1 -الحظر أو المنع: نقصد به هو المنع الجزئي وليس الكلي من قبل الإدارة للأفراد عن ممارسة الحريات لمدة محددة لضمان المحافظة على النظام العام في الدولة على الصعيدين المركزي والمحلي والسعي الجاد لإعادته لوضعه الطبيعي [4] بناء عليه نرى أن هذ النوع من لوائح الضبط الإداري تعد من اخطر وأهم لوائح الضبط الإداري على الاطلاق.

---

1 -ينظر نص المادة (16) من قانون المطبوعات رقم (206) لسنة 1968 المعدل.

ثروت البدوي , القانون الإداري, دار النهضة العربية , القاهرة , 2010, ص 384.

2 -د, سليمان محمد الطماوي, النظرية العامة للقرارات الإدارية , دراسة مقارنة ,ط5, دار الفكر العربي , القاهرة , 1984 , 452,

3 -د. ماهر صالح علاوي , القرار الإداري , دار الحكمة للطباعة والنشر, بغداد , 1991 , ص152.

4 -د. عدنان عمرو, مبادئ القانون الإداري , منشاة المعارف الإسكندرية , 2011 , ص254.

2-الاذن المسبق أو الترخيص : يعرف بانه هو اشتراط حصول الافراد على أذن او موافقة من الإدارة المختصة وسابق على ممارسة نشاط فردي معين وعلى هذا يجب ان يكون النشاط الفردي في موضوع معين غير محظور ويتعن على الافراد والهيئات الخاصة أعلام هيئات الضبط قبل مزاولة النشاط حتى تكون الإدارة على علم بالنشاط ولكي تتخذ الإدارة ما ترة مناسبا ولازما في بذل العناية المطلوبة منها بغية حماية النظام العام ولمنع وقوع ما يهدده , عليه الإدارة مثلا تستطيع ان تفرض نظام الاذن المسبق على المظاهرات وذلك لأخذ الحيطة والجذر من أن يكون أهدافة طائفية أو عنصرية أو تحريضه على العنف المجتمعي ضد الطرف الاخر المعارض لها ولكن يشترط على الإدارة اتباع مبدأ المساواة بين الافراد عند منح الاذن لهم.[1]

3 –الاخطار : يقصد به ان النشاط الفردي حيث لا يكون محظورا كأصل عام وهو نشاط مباح للأفراد بممارسته في ظل الظروف العادية ولكنه بحكم اتصاله بالنظام العام يلزم الامر فيه اخبار الافراد لجهة الأداة حتي يتم اتخاذ الإجراءات لحماية النظام العام ولمنع وقوع ما يهدده في الوقت المناسب.[2]

4 -تنظيم النشاط : يجب ان لا يؤدي تنظيم النشاط الى حظر نشاط اخر معين ولكن يتم تنظيم النشاط بوضع لوائح تبين أوضاع وكيفية ممارسته ويجب أن يكون التنظيم يحتوى على اقل قيود تعيق الحرية فقد نص الدستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل بموجب المادة الثالثة عشر منه على أن السلطة التنفيذية هي الجهة المختصة بإصدار أنظمة الضبط الإداري يدير الوزير الأول عمل الحكومة ويمارس سلطة اصدار للوائح) وفي مصر نص دستور لسنة 2014 المعدل بموجب المادة (172) منه على أن " يصدر رئيس مجلس الوزراء لوائح الضبط بعد موافقة مجلس الوزراء " وفي العراق في دستور 2005 منح المشرع الدستور اصدار الأنظمة والتنفيذية بالمادة (8/ ثالثا) منه بأن" يمارس مجلس الوزراء الصلاحيات الاتية : إصدار الأنظمة والتعليمات والقرارات بهدف تنفيذ القوانين " 0

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

1 -د. جورج شفيق ساري , المبادئ العامة للقانون الإداري , ط4, دار النهضة العربية , القاهرة , 2004 , 327.

2 -د. محمود عاطف البنا, الوسيط في القانون الإداري , ط2, دار النهضة العربية , القاهرة , 2004, ص221 .

ثانيا - القرارات الإدارية الضبطية : أن لجهات الإدارية الحق بإصدار القرار الفردي أو القرار التنظيمي بهدف المحافظة على النظام العام ولكن الذي يهمنا في بحثنا هذا هو البحث عن القرارات الإدارية الفردية [1] حيث هي قرارات مخصصة الأهداف وتهدف إلى المحافظة على النظام العام حصرا فقد تصدر بحق شخص معين أو تصدر بحق مجموعة من الأشخاص محددين بأسمائهم , عليه تعد القرارات الفردية من أكثر وسائل الضبط الإداري استخدما وذلك نظرا لعدم قدرة لوائح الضبط على مواجهة جميع صور الاخلال بالنظام العام لصدورها بشكل سابق على النشاط الذي تتولى تنظمه في حين تصدر الأوامر الفردية بصورة معاصرة أو لاحقة.[2]

الفرع الثاني – مظاهر الجزاء الضبطي الاداري بمحاربة الإرهاب الفكري:

هو عبارة عن اجراء سابق لوقوع الضرر على المجتمع ويكون دورة وقائي لدفع الضرر الذي من المحتمل الوقوع حيث إيقاع الجزاء الإداري الضبطي بناء على وجود نصوص قانونية تسمح بذلك عليه ونظر الضورة البحث سوف نذهب إلى البحث في مظاهر الجزاء الضبطي الإداري والمتمثلة في:

أولا- الاعتقال الإداري :يعد هو من ابرز صور الجزاء الإداري الوقائي وهو يقصد به سلب مؤقت لحرية الفرد تقوم به الإدارة ومن دون وجود امر قضائي صادر عن السلطة المختصة , ولكن يتم وفق نصوص تشريعه خاصة , حيث يتم اللجوء اليه لحماية السلم المجتمعي في ظل الظروف الطارئة الفورية وقد نص عليه المشرع الفرنسي والمصري [3] ولكن المشرع الدستوري العراقي اخذ منحى مغاير عندما منع هذا النوع من العقوبة الإدارية حيث أشار بموجب المادة (12) من الدستور لسنة 2005 ما نصه (أ- يحظر الحجز) [4] ونرى السبب في ذلك أن المشرع قد راعى عدم المساس بالحريات الشخصية للأفراد وهو اتجاه محمود من قبل مشرعنا العراقي_____

1 -د. محمد بكر حسين , الوسيط في القانون الإداري , ط1 , دار الفكر العربي الجامعي , الإسكندرية , 2006 , ص163.

2 -د. ملكية الصاروخ , القانون الإداري , ط6, الشركة المغربية لتوزيع الكتاب , 2006 , ص 446.

3 -د. وجدي ثابت غربل , النظم في أومر الاعتقال أمام محكمة أمن الدولة العليا , ط1, دار النهضة العربية , القاهرة , 1991, ص1 .

4 -ينظر نص المادة (12) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005

ثانيا - المصادرة الإدارية : نقصد بها المصادرة التي تقع على أشياء ممنوعه ومحرمة بذاتها ومنها مصادرة الأسلحة المضبوطة بعد انتهاء الدعوى الجزائية , عليه هذا الاجراء بدورة يمس الحريات الشخصية للأفراد ومع ذلك فهو يعد أسلوب أداري رادع لظاهرة الإرهاب الفكري ويلعب دورا مهما بحماية المجتمع وبالاستناد على المادة السادسة من قانون مكافحة الإرهاب رقم (13) لسنة 2005 [1] وفي المقابل في الدول المناظرة فقد اخذ القضاء الفرنسي والمصري بالمصادرة الادارية في بعض احكامهما.

ثالثا- سحب الاجازة : هو أسلوب وقائي وهو من الإجراءات المهنية وتم العمل به من قبل القضاء العراقي والفرنسي والمصري على اعتبار منح الاجازة اجراء وقتي ويجوز سحبه او تعديله من قبل الإدارة في حالة تعارضه مع المصلحة العامة.

رابعا - اغلاق المحل أو المنشاة : هو اجراء اداري وقائي تقوم به الإدارة صاحبة الاختصاص في حالة وجود خطر يهدد الافراد في المجتمع والغلق يكون محددا خلال فترة زمنية محددة على ان ينتهي بانقضائها كما حصل مع جريدة الحوزة التي صدر قرار بغلقها بتهمة التحريض العلني ضد القوات المحتلة. [2]

خامسا- التنفيذ المادي الجبري :يعد الأسلوب الجبري بالتنفيذ الذي تقوم به الإدارة فقط في ظل الظروف الاستثنائية محدد وعلي

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

سبيل الحصر سواء اكان ذلك بوجود نص يسمح بذلك أو في حالة خلو النص من عنصر الجزاء أو بجود حالة الضرورة في حلة تحقق احد الحالات الثلاثة بشرطها وشروطها عندها يحق لإدارة ممارسة الضبط الإداري لمحاربة الفكر الإرهابي ومن دون اللجوء للقضاء تطبيقا لقاعدة الضرورات تبيح الممنوعات وتقدر بقدرها.[3]

---

1 -ينظر نص المادة(6) من قانون مكافحة الإرهاب رقم (13) لسنة 2005.

-2 ينظر قرار صادر عن محكمة النجف رقم (62/ ج م / في 2/ 9 / 2007).

3 -محمد جبار طالب , حرية التعبير عن الرأي , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة النهرين , 2005 , ص.

الخاتمة

توصلنا في نهاية بحثنا الموسوم (دور وسائل الضبط الاداري بحماية السلم المجتمعي من الارهاب الفكري) لمجموعة من النتائج والتوصيات يمكن لنا أجمالها بما يلي :

أولا- النتائج

1 -تبن لنا ان حرية الفكر والتفكر تعد من الحريات الأساسية التي منحها المشرع الدستوري والتشريعي للأفراد ولكن مع ذلك لابد ان تكون محددة ضوابط وقيود بشكل لا تتعارض بحقوق الافراد الاخرين.

2 -ظهر لنا مدى أهمية الضبط الإداري للمحافظة على مبدأ النظام العام في الدولة مما ساهم في مواجهة الإرهاب الفكري المتطرف نظرا لكونه سلوك منحرف غير مشروع قانونا واخلاقيا واجتماعيا 0

3 -استوضح لنا أن لإرهاب الفكري له أنواع متعدد منها الإرهاب الفكري المادي والإرهاب الفكري المعنوي والذي يعد بدورة اشد فتكا وخطورة على المجتمع .

4 -تبين لنا أن الإرهاب الفكري هو يكون موجه نحو تفكير الانسان مما يترتب عليه تخلف المجتمع والعودة به إلى الوراء مما ينتج عنه انهيار المجتمعات والدول على حد سواء.

5 -ظهر لنا أن الإرهاب الفكري هو ظاهر عالمية وموجود لدى اغلب الشعوب ولكن بنسب مختلفة حيث تعتمد على الوعي الثقافي لدى أبناء المجتمع وكذلك المستوى التعليمي الذي يتعمون به.

التوصيات:

1 -نوصي مشرعنا العراقي بوضع تشريع مانع جامع لمحاربة الإرهاب الفكري على اختلاف صورة وأساليبه مما يسهل مواجهته والحد منه , لان المشرع في قانون مكافحة الإرهاب رقم (13) لسنة 2005 قد تطرق إلى مكافحة الإرهاب ببعض الفقرات المحدودة وهذه الشيء لا يتلاءم مع حجم المخاطر التي يتصف بها الإرهاب الفكري .

2 -نأمل من مشرعنا وضع قيود صارمة على وسائل لأعلام التي قد تدعوا للتحريض على العنف واثارة النزعات الطائفية.

3 -نتمنى من المشرع العراقي استحداث مراكز بحوث متطورة خاصة للبحث في مسببات الإرهاب الفكري الاجتماعية والاقتصادية والخارجية بغبه اتخاذ التدابير الوقائية والعلاجية قبل وقوعه.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

4 -نشر ثقافة حب الوطن والتسامح بين مكونات الشعب العراقي بكافة الطرق من خلال عقد الندوات والحلقات النقاشية لتعريف بمدى خطورة الإرهاب الفكري على الدولة والشعب في وقت واحد

أولا- المصادر:

الكتب القانونية:

1 -د. عبد المجيد غسقان المطيري , سلطات الضبط الاداري في الكويت , رسالة ماجستير , جامعة الشرق الاوسط , الأردن , كلية الحقوق ,2011.

2 -د. محمد كامل ليلة , النظم السياسية , بدو طبعه , دار الفكر العربي ,القاهرة , 1984.

3 -د. حميد حنون خالد , حقوق الانسان , ط1 , دار السنهوري , بغداد , 2015.

5 -د. احمد فتحي سرور , الحماية الدستورية للحقوق والحريات , ط2, دار الشروق , القاهرة , 2000.

6 -حسن علي السقاف , السلفية الوهابية أفكارها الأساسية وجذورها التاريخية , ط2 , دار الميزان بيروت , 2007.

7 -د. جلال الدين محمد صالح , الإرهاب الفكري أشكاله وممارسته , ط2, الرياض , 2008.

8 -د. على خطار شنطاوي , الوجيز في القانون الإداري , ط1, دار وائل للنشر والتوزيع , عمان , 2003.

-9 د. مجدي فتح الله , فاعلية الاداء الضبطي لرجل الشرطة " دراسة مقارنة " ط1, مطبعة النشر الذهبي , القاهرة , 2002.

10 -جورج فيدل وبيارد د لفوفية , القانون الاداري , ترجمة منصور القاضي , ج1, ط2, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر, 2001.

11 -بلقاسم دايم , النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئية , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق , جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان , الجزائر 2004.

12 -د. محمد طه حسين , مبادئ وأحكام القانون الإداري , ط1, منشورات دار السلام الجامعية , النجف , 2019.

13 -د. دانا عبد الكريم سعيد , دور البرلمان في الانظمة المعاصرة "دراسة مقارنة " ط1, منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , 2013.

14 -د. سامي جمال الدين: اللوائح الادارية وضمانة الرقابة الادارية, ط2, منشاة المعارف بالإسكندرية, بدون سنة نشر.

15 -السيد صبري, مبادئ القانون الدستوري, ط, المطبعة العالمية, القاهرة , 19585

16 -د. سليمان محمد الطماوي: النظرية العامة للقرارات الادارية دراسة مقارنة ,ط5 , دار الفكر العربي , القاهرة ,1984.

17 -د. محمد فؤاد عبد الباسط, اعمال السلطة الادارية, من دون طبعه , مكتبة الجلاء, المنصورة. ,

18 -د. عدنان عمرو , مبادئ القانون الاداري , نشاط الادارة ووسائلها ,ط1, منشاءه المعارف , الاسكندرية , 2011.

19 -د. محمد الوكيل , حالة الطواري سلطات الضبط الاداري , ط2 , دار النهضة العربية , القاهرة ,2003.

20 -د. سليمان الطماوي , الوجيز في القانون الاداري , من دون طبعه , دار الفكر العربي , القاهرة ,1984.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

21 -د. مصدق عادل طالب , اختصاص مجلس الوزراء في اصدار الانظمة في التشريع العراقي , بحث منشور مجلة الحقوق , كلية القانون , جامعة بغداد , 2015 .

22 -د. رافع خضر صالح شبر، فصل السلطتين التنفيذية والتشريعية في النظام البرلماني في العراق ، دراسة وفق أحكام دستور ، ط1, بغداد مكتبة السنهوري , 2011 .

23 -د . رافع خضر صالح شبر، المركز الدستوري لرئيس الجمهورية ، بحث مقدم إلى طلبة الدراسات العليا كلية القانون , جامعة بابل , 2009.

24 -د. محمد علي جواد , القضاء الاداري , المكتبة القانونية , من دون طبعه , بغداد العاتك لصناعة الكتاب , القاهرة , 2010.

25 -يوسف محمد كاظم , السلطات الجزائية لرئيس الوحدة الإدارية في القانون العراقي " دراسة مقارنة" ط1, مكتبة السنهوري , بغداد ,2012,

-26 د. حنان محمد القيسي , المحافظون في العراق, دراسة تشريعية مقارنة , ط1, مكتبة كلية القانون , جامعة بغداد , 2012.

27 -د. اشرف حسن عطوة , نظام العمدة بين الواقع والمأمول , ط1 , دار النهضة العربية , القاهرة , 2010.

28 - د. على خطار شنطاوي , الوجيز في القانون الإداري , ط1, دار وائل للنشر , الاردن , 2003.

29-د. مجدي احمد فتح الله , فاعلية الإداء الضبطي لرجال الشرطة " دراسة مقارنة " ط1, مطبعة النسر الذهبي , القاهرة , 2002.

30.-حسن ضياء حسن, الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ سمو الدستور , أطروحة دكتوراه, كلية القانون , جامعة بغداد , 2006.

31 -د. محمد رفعت عبد الوهاب ,وحسين عثمان , اساسيات الادارة العامة ,من دون طبعه , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , 2000, .

32 -ينظر د. اشرف حسن عطوة , نظام العمدة بين الواقع والمأمول , ط1 , دار النهضة العربية , القاهرة , 2010

33 -د. على خطار شنطاوي , الوجيز في القانون الإداري , ط1, دار وائل للنشر , الاردن , 2003.

34 -د. مجدي احمد فتح الله , فاعلية الإداء الضبطي لرجال الشرطة " دراسة مقارنة " ط1, مطبعة النسر الذهبي , القاهرة , 2002.

35 -حسن ضياء حسن, الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ سمو الدستور , أطروحة دكتوراه, كلية القانون , جامعة بغداد , 2006.

36 -د. محمد رفعت عبد الوهاب ,وحسين عثمان , اساسيات الادارة العامة ,من دون طبعه , دار المطبوعات الجامعية , الاسكندرية , 2000,

37 -د. غازي مهدي فيصل , ود . عدنان عبيد عاجل , القضاء الإداري "دراسة مقارنة" ط1, النجف الاشراف , 2012.

38 -د. عمر محمد الشوبكي ، القضاء الإداري ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001.

39 -د.محمد شريف اسماعيل عبد المجيد-سلطات الضبط الاداري في الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة, ط2, دار يونس للطباعة والنشر ,1980.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

40 -د . علي خطار شنطاوي, موسوعة القضاء الإداري , بدون طبعه , دار الثقافة والنشر والتوزيع , ج1 , 2004.

41 . -د. شاب توما منصور ، القانون الإداري ، مطبعة جامعة بغداد ،من دون طبعه ، 1978.

42 -د. يسري محمد العطار, نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية " دراسة مقارنة " بدون طبعه , دار النهضة العربية , القاهرة ,1995.

43 -د. ماهر صالح الدليمي ,دور القضاء الإداري في حماية الحريات العامة , رسالة ماجستير, كلية القانون ـ جامعة بغداد ,2001.

44 -د . محمد انس جعفر, القرارات الإدارية , ط1 , من دون طبعه , دار النهضة العربية , القاهرة , 2008.

45 -د . محمد علي أل ياسين , القانون الإداري , ط2, من دون سنة نشر, المكتبة الحديثة للطباعة والنشر , 2009.

46 -ينظر جابرييل أيه .المو ندجي بنجهام با ويل ، السياسات المقارنة في وقتنا الحاضر ، نظرة عالمية ، ترجمة هشام عبد الله ، مراجعة سمير نصار ، ط5 ، شركة الطبع والنشر اللبنانية ، 1998.

47 - د. صلاح الدين فوزي , واقع السلطة التنفيذية في دساتير العالم مركزية السلطة المركزية , ط1, دار النهضة العربية , 2003

48 -محمد الحسيني الياسري , الإرهاب الفكري , ط1 , المركز الإسلامي العالمي , النجف الاشراف , 2001.

49 -سالم روضان الموسوي , تعريف الجريمة الإرهابية , بغداد, 2009, ص51.

50 -د. محمد عوض الترتوري , علم الإرهاب الأسس الفكرية لدراسة الإرهاب , ط1 , مطبعة الحامد , 2006.

51 -د. عدنان عمرو, مبادئ القانون الإداري , منشاة المعارف الإسكندرية , 2011.

52 -د. جورج شفيق ساري , المبادئ العامة للقانون الإداري , ط4, دار النهضة العربية , القاهرة.

53 -د. محمود عاطف البنا, الوسيط في القانون الإداري , ط2, دار النهضة العربية , القاهرة , 2004 .

54 -د. عدنان عمرو, مبادئ القانون الإداري , منشاة المعارف الإسكندرية , 2011.

55 -د. جورج شفيق ساري , المبادئ العامة للقانون الإداري , ط4, دار النهضة العربية , القاهرة , 2004.

56 -د. محمود عاطف البنا, الوسيط في القانون الإداري , ط2, دار النهضة العربية , القاهرة , 2004.

57 -د. وجدي ثابت غربل , النظم في أومر الاعتقال أمام محكمة أمن الدولة العليا , ط1, دار النهضة العربية , القاهرة. ,

58 -د. زكي محمد النجار , حدود السلطات الإدارية , ط2, دار النهضة العربية , القاهرة , 1999.

59 -محمد جبار طالب , حرية التعبير عن الرأي , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة النهرين.

ثانيا- الرسائل و الأطاريح الجامعية:

1 -الاطاريح

1- فؤاد سمير صبيح , الرقابة الشعبية على أعمال الادارة المحلية "دراسة مقارنة" أطروحة دكتوراه كلية الحقوق , جامعة عين شمس , 2015.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

2- هندون سلماني , حدود سلطة الضبط الإداري في الجزائر , اطروحة دكتوراه , كلية الحقوق ,جامعة الجزائر, 2013.
3- ليلى حنتوش ناجي , أمتناع رئيس الدولة عن التصديق على مشروعات القوانين , أطروحة دكتوراه , كلية القانون , جامعة بابل , 2015 .
4- محمد جبار طالب , حرية التعبير عن الرأي , رسالة ماجستير , كلية الحقوق , جامعة النهرين , 2005.

ثالثا - البحوث والمقالات القانونية:

1- د. اسماعيل صعصاع البديري , الاختصاص الرقابي للسلطة المحلية في التشريع العراقي "دراسة مقارنة " بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والانسانية ,العدد9, 2013.
2- د.اسماعيل صعصاع البديري ,ود. على يوسف الشكري , التنظيم القانوني لأنظمة الاستثنائية , دراسة مقارنة, بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم ا لقانونية والسياسية , العدد , الثالث , السنة السادسة , 2015.

رابعا - النصوص القانونية:

1 -دستور جمهورية العراق لسنة2005.

2 -دستور جمهورية مصر العربية لسنة 2014 المعدل.

3 -دستور الفرنسي لسنة 1958 المعدل.

4-قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم ذي الرقم (21) لسنة 2008 المعدل.

5 -قانون الحقوق والحريات للبلديات والأقاليم والمحافظات الفرنسية ذي الرقم (213)لسنة 1982 المعدل.

6-قانون الادارة المحلية المصري وللائحته التنفيذية ذي الرقم (43) لسنة 1979 المعدل.

7 -قانون العمدة والمشايخ ذي الرقم (57) لسنة 1978.

8 -قانون الكمارك العراقي ذي الرقم (23) لسنة 1984 المعدل.

9-قانون اصول المحاكمات الجزائية ذي الرقم (23) لسنة 1971 المعدل.

10 -إمر الدفاع عن السلامة الوطنية ذي الرقم (1) لعام 2004.

خامسا - المصادر الأجنبية المترجمة:

1 -دولونادي , خطأ الإدارة , ترجمه سليم القاضي , ط1, مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , 2011.

2 -جورج فوديل – بيار دلفولفية، القانون الإداري، القانون الاداري ج2 , ط1, ترجمة منصور القاضي , المؤسسة العامة للدراسات والنشر , بيروت , 2008.

3 -د. محمد احمد اسماعيل , النظم القانوني للجماعات المحلية الادارية اللامركزية على الطريقة الفرنسية , ط1, مكتبة الجامعة الحديثة , القاهرة , 2015.

4 -دومنيك بو يو- برو بسير ويل، القانون الإداري، ترجمة، د. سليم حداد، ط1, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت،2009.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

5 -موريس نخلة , روحي البعلبكي , صادق مطر , القاموس القانوني الثلاثي , عربي , فرنسي, إنكليزي , ط1 , منشورات الحلبي , بيروت , 2001.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مدى فاعلية الحماية الجنائية للبيانات الشخصية في القانون العراقي (دراسة مقارنة)

م.م حسين عباس حميد
كلية القانون- جامعة الفراهيدي

الملخص

ان الحق بحماية البيانات الشخصية من بين الحقوق الدستورية الجديدة، وقد عالجت انتهاك هذا الحق التشريعات الجنائية ومنها قانون العراقي في بعض من جزئياته، واغفل عن جزء آخر لتنظيم معالجة هذه البيانات بصورة دقيقة، في حين نظرت التشريعات الأوروبية وكذلك العربية للبيانات الشخصية نظرة تأمل ودقة، فعالجتها القوانين ذات الطابع الخاصة بالعالم الرقمي، وما زاد أهمية وقيمة هذه البيانات هو تنامي استخدام البيانات في زيادة قيمة ونتاجات الذكاء الاصطناعي وتطبيقاته؛ اذ لا يمكن لتطبيقات الذكاء الاصطناعي أو تتطور وتبدع دون الحصول على كمية كبيرة من البيانات، وسيركز البحث على حماية البيانات الشخصية في القانون العراقي، الذي عالج جزء من هذه الحماية واغفل عن تنظيمها العام والشمل، وان حق الانسان بخصوصية بياناته في ظل تنامي مخاطر انتهاك البيانات الشخصية، وبصفة خاصة مواقع التواصل الاجتماعي، يمثل التهديد الأخطر الذي لا يستهان به في حرمة الحياة الخاصة، ويعرض بيانات الافراد للانتهاك، والبيع، وتجاوز حدوده الرقمية .

كلمات مفتاحية: الذكاء الاصطناعي- الخصوصية الرقمية- الأمن السيبراني- مواقع التواصل الاجتماعي، البيانات الشخصية.

المقدمة

تُعد حماية البيانات الشخصية، كأساس في حماية الخصوصية، ومن أبرزها بناء الثقة في الفضاء الرقمي، والاستخدام الأمثل للتقنية المعلومات، إن فكرة حماية البيانات الشخصية تقوم على ان الحق بالخصوصية الشخصية أو الحياة الخاصة هو حق من حقوق الانسان في ظل العالم الرقمي الجديد، إذ اولت الدساتير ومنها الدستور العراقي وكذلك الدستور المصري، حماية الحياة الخاصة، بل سعى العديد من المشرعين لحماية البيانات الشخصية بصورة ادق واشمل وبعيدًا عن العموميات التي تشمله مصطلح الحياة الخاصة أو الخصوصية.

فقد ازدادت أهمية البيانات الشخصية، بل وتعظم دورها الفعال مع تطورات العالم الرقمي، وباتت هذه البيانات تشكل نقطة انطلاق لاي مشروع تجاري أو خدمي، فهي أول متطلب من متطلبات قيام هذه الانشطة وغيرها .

مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث في العديد من النقاط :

هل كفل الدستور العراقي وكذلك الدساتير في العالم حق الانسان في حماية بيانته الشخصية؟

هل نظم المشرع العراقي، وكذلك التشريعات المقارنة حماية جنائية للبيانات الشخصية؟

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في النظر لها من عدة اتجاهات منها الاتجاه القانوني والاتجاه الفني، فمن الناحية القانونية تُعد البيانات الشخصية وحامتها من ضمن أولويات التشريعات الجنائية والدولية؛ لما تشكله من أهمية في القطاعات كافة، ومن الناحية الفنية فأن هذا الحق يرتبط ارتباطًا وثيقًا بالعالم الرقمي وهو ما يستدعي وجود جهاز فني متكامل قادر على مواجهة المخاطر التقنية.

نطاق البحث

سيركز البحث على النطاق الخاص بالقانون الجنائي للحق بحماية البيانات الشخصية، وخاصة في ظل القوانين النافذة، التي عالجت العديد من المشكلات الرقمية.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

منهجية البحث

سنعتمد على منهجين هما المنهج التحليلي والآخر المقارن، وذلك بعدّ ان هاذين المنهجين هما الأكثر ملائمة لموضوع البحث، إذ سنتناول استعراض وكذلك تحليل النصوص الجنائية، التي كفلت حماية البيانات الشخصية.

خطة البحث

المبحث الأول: ذاتية البيانات الشخصية.

المطلب الأول: مفهوم البيانات الشخصية.

المطلب الثاني: صور البيانات الشخصية.

المبحث الثاني: تجريم اعتراض وبيع البيانات الشخصية.

المطلب الأول: الإجراءات القانونية لحماية البيانات الشخصية.

المطلب الثاني: الإجراءات الفنية لحماية البيانات الشخصية.

المبحث الأول

ذاتية البيانات الشخصية

إن البيانات الشخصية تمثل اليوم سلعة تباع وتشترى في ظل التقدم التقني، مما أتاح للمجرم المعلوماتي ان يتجه نحو العالم الرقمي مستغلًا الثغرات التي تكتنفه، متماديًا على الخصوصية الرقمية التي اضفتها الدساتير والقوانين للبيانات الشخصية، وما زال وللأسف المشرع العراقي يخطو بخطوات خجولة نحو تبني قوانين رادعة وتنظيمية للبيانات الشخصية.

ان المشرع يحرص في هذا الوقت لمواكبة نصوص تشريعاته للعالم الرقمي وخاصة في ظل تنامي تطبيقات الذكاء الاصطناعي، ودخول هذه التطبيقات لكل مناحي الحياة، سواء للجانب الحكومي أو الخاص.

المطلب الأول

مفهوم البيانات الشخصية

إن البيانات تشكل قوة عظمى للدول، فهي تمثل سيادة الدولة وقيمتها العليا، وكل انتهاك لبيانات افراد الدول ومواطنيها يمثل تهديد للمنظومة السياسية، أو الاقتصادية أو القانونية أو غير ذلك.

البيانات الشخصية هي أي معلومات تتعلق بشخص محدد أو يمكن استخدامها لتحديد هوية هذا الشخص، سواء كانت معلومات حساسة مثل الأسماء الكاملة والعناوين والرقم القومي أو معلومات غير حساسة مثل البريد الإلكتروني والعمر والجنس، وتجمع البيانات الشخصية في العديد من الأماكن مثل المواقع الإلكترونية والتطبيقات والمؤسسات التجارية والحكومية، وتعد الحفاظ على سرية وأمان هذه البيانات من أهم الأمور في العالم الرقمي، إذ يمكن استخدام هذه البيانات في الاحتيال الإلكتروني والتجسس والاختراقات الإلكترونية والتعرض للخطر والتهديدات الأمنية الأخرى. لذلك، فإن حماية البيانات الشخصية والحفاظ عليها آمنة يعد أمرًا مهمًا لضمان الخصوصية والأمان الإلكتروني للأفراد.

في بداية الحديث لا بد من ان نبين بانه المشرع العراقي لم يعرف البيانات الشخصية بصورة دقيقة، بل وجدت نصوص في قوانين متعددة تحمي حق الخصوصية أو الحياة الخاصة أو الاسم أو اللقب، مع هذا الاغفال التشريعي ولما تبديها البيانات الشخصية من أهمية كبيرة وخاصة بعد ان باتت تمتلكها العديد من المؤسسات العامة والخاصة، وبما شجع على انتهاكها وباتت تجارة رائجة في هذا الوقت، فما كان على التشريعات الا ان تبين ماهية هذه البيانات وأطر حمايتها، في ظل التحول المتسارع في العالم الرقمي والوصول نحو الاقتصاد الرقمي العالمي.

تعرف البيانات الشخصية في النظام القانوني الأوروبي الذي يعد النظام الاشمل والاقوى عالميًا من أجل حماية البيانات الشخصية، هو ما يطلق عليه النظام الأوروبي لحماية البيانات GDPR في العام ٢٠١٦، إذ عرف النظام في مادته الرابعة البيانات الشخصية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

بانها "أي معلومات تتعلق بشخص طبيعي محدد أو قابل للتحديد ("موضوع البيانات")؛ الشخص الطبيعي الذي يمكن التعرف عليه هو الشخص الذي يمكن تحديده، بشكل مباشر أو غير مباشر، على وجه الخصوص بالرجوع إلى معرّف (IP) مثل الاسم أو رقم التعريف أو بيانات الموقع أو المعرّف عبر الإنترنت أو إلى واحد أو أكثر من العوامل المحددة للعوامل المادية والفسيولوجية، الهوية الجينية أو العقلية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية للشخص الطبيعي.[1] "

وعرفت البيانات الشخصية وفقًا لما جاء به المشرع الفرنسي في تحديد مفهوم البيانات الشخصية بانها معلومات تتعلق بشخص طبيعي تم تحديده أو يمكن تحديد هويته، بصورة مباشر أو غير مباشر، إذ كان ذلك بالرجوع إلى رقم تعريف أو عنصر أو أكثر خاص به، لتحديد الشخص بصورة مباشرة أو غير مباشرة.[1]

وهنا توسع المشرع الفرنسي في تحديد البيانات الشخصية، إذ انه شمل بذلك كل البيانات التي من خلالها يمكن تحديد شخص من خلالها، سواء كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، لان من البين ان العديد من البيانات المحزونة في الأنظمة المؤتمتة لا يمكن ان تدل على الشخص بذاته في الكثير من الأحيان وخاصة في ظل التشفير التي يعتمد من أجل حماية البيانات المحزنة في الأنظمة أو السحابة، وحسنًا فعل المشرع الفرنسي في ذلك.

وحين التطرق لمفهوم البيانات الشخصية في ضوء التشريعات العربية نجد ان القانون المصري عرفها بانها "أي بيانات متعلقة بشخص طبيعي محدد، أو يمكن تحديده بشكل مباشر أو غير مباشر عن طريق الربط بين هذه البيانات واي بيانات أخري كالاسم، أو الصوت، أو الصورة، أو رقم تعريفي، أو محدد للهوية عبر الإنترنت، أو أي بيانات تحدد الهوية النفسية، أو الصحية، أو الاقتصادية، أو الثقافية، أو الاجتماعية.[1] "

من خلال اطلاع الباحث على التشريع العراقي فانه لم يجد أي أثر تشريعي لمفهوم البيانات الشخصية بصورة دقيقة، إذ ان المشرع لم يعرف البيانات الشخصية في أي قانون نافذ لغاية هذه اللحظة، وهو ما يعد قصورًا تشريعيًا، خاصة في ظل تبني العديد من الدول تطبيقات التقنية سواء في منظومتها الحكومية وهو ما يطلق عليه الحكومة الإلكترونية ووصولها للحكومة الذكية، أو في القطاعات الخاصة، وخاصة في ظل استخدام الذكاء الاصطناعي في جميع مرافق الحياة.

ونبين بان المشرع عرف المعلومات المدنية في قانون البطاقة الوطنية بانها "ما يتضمنه القيد المدني المسجل وفقًا لأحكام هذا القانون من الصفات الطبيعية والشخصية والعائلية التي تميز الشخص عن غيره وتحدد مركزه بأسرته.[1] "

وهذا التعريف الذي ارفده المشرع هو لبيان المعلومات التي يتضمنها القيد المدني الخاص بالبطاقة الوطنية وهو يحتوي مجموعة من البيانات التي يمكن من خلالها تحديد الشخص أو أي فرد من اسرته بناءً على الرقم العائلي.

ويرى الباحث بأن البيانات الشخصية يمكن ان تعرف **بأنها أي بيانات تتعلق بشخص طبيعي محدد أو يمكن تحديده، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، من خلال جمع البيانات أو تحليلها، وبأي وسيلة كانت، أو عبر استخدام تطبيقات الذكاء الاصطناعي في إجراء التحليل والمعالجة، الا وفقًا لما تحدده السلطات المختصة** .

المطلب الثاني

صور البيانات الشخصية

اهتمت التشريعات الحديثة وخاصة الرقمية منها، بالنظر للعالم الرقمي على انه عالم جديد ويحتاج إلى رؤية جديدة في صياغة القواعد القانونية التي تتلاءم مع ظروف ومشكلات هذا الرافد الجديد للبشرية.

في هذا الموضع نبين ان البيانات الشخصية تشمل العديد من الصور، منها الاسم والعنوان، ورقم الهاتف، ورقم الضمان الاجتماعي والبيانات الطبية، والبنكية، والموقع الجغرافي، وغيرها من البيانات التي يمكن استخدامها لمعرفة شخص بذاته سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

إن من خلال الأجهزة التقنية وتقنيات الذكاء الاصطناعي يمكن تحديد هوية الشخص من خلال الرجوع إلى خصائص أو صفات

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الجسم مثل بصمة الأصابع أو الخطوط العريضة لكف اليد، وتحليل الشبكية، وقزحية العين، والشبكة الوريدية للأصبع واليد أو شكل الوجه، وكذلك الحمض النووي، فكل هذه البيانات البيومترية المستخرجة من هذه الخصائص أثناء التسجيل في بيانات شخصية .[1]

للبيانات الشخصية صور متعددة إشارات لها التشريعات الخاصة بالبيانات الشخصية نذكر منها:

الاسم: يحمي القانون الحق في الاسم بنفس الحماية التي يسبغها على حقوق شخصية، وقد نصت المادة ٥٠ مدني المصري التي تقضي بأنه "كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.[1] "

إن هذا النص ينطبق على الحق في الاسم بعدّه من الحقوق الشَخصية، والمشرع المصري خص الحق في الاسم بمادة مستقلة تقرر حمايته ضد الاعتداء عليه وهي المادة ٥١ من القانون المدني التي تنص على أنه "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.[1] "

وهذا ما نص عليه المشرع العراقي في المادة ٤٠ من القانون المدني بانه "يكون لكل شخص اسم ولقب..."، ولكن القانون في المادة ٤١ جاء بـ "لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل لقبه، ان يطلب وقف هذا التعرض وان يطلب التعويض إذا لحقه ضرر من ذلك."

ونشير إلى ان المشرع السوري في قانونه المدني قد اضفى حماية للاسم واللقب -وهذا ما نؤيده- إذ جاء بموجب المادة 53 وعلى أنه: "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه ولقبه أو كليهما بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما لحقه من ضرر."

وحين التطرق لتعريف الاسم فانه ورد في قانون البطاقة الوطنية رقم ٣ لسنة ٢٠١٦ بان الاسم المجرد "اسم الشخص الذي يميزه عن غيره من الاسرة الواحدة المدون في السجل المدني وقاعدة البيانات."

ان الاسم يُعد من أبرز صور البيانات الشخصية، وهو ما يؤدي إلى معرفة الشخص بصورة مباشرة أو حتى غير مباشرة، وخاصة لو تضمن الاسم واللقب معًا، مما يشير إلى الوصول بهذه البيانات بصورة تؤدي لمعرفة الشخص بذاته.

البيانات الشخصية الحساسة: "البيانات التي تفصح عن الصحة النفسية أو العقلية أو البدنية أو الجينية [1]، أو بيانات القياسات الحيوية "البيومترية" [1] أو البيانات المالية أو المعتقدات الدينية أو الآراء السياسية أو الحالة الأمنية، وفي جميع الأحوال تُعد بيانات الأطفال من البيانات الحساسة.[1] "

ان المشرع المصري تُعد مجموعة من البيانات بأنه بيانات حساسة، ووصفها بهذا المصطلح لما تتمتع به من خصوصية عالية، وخاصة ان المشرع عد بيانات الأطفال وبكل صورها من البيانات الحساسة، وهو توجه حسن في ظل انتهاكات العديد من المجرمين هذا العالم مستغلًا البيانات الشخصية الخاصة بالأطفال.[1]

صورة الشخص: تُعد صورة الانسان من البيانات الشخصية التي تسمح بتحديد هوية صاحبه بصورة مباشرة، ويتمتع كل شخص على صورته بحماية قانونية مزدوجة، إذ يمكن حمايتها وفقًا لقواعد الحماية الخاصة بالبيانات الشخصية، كما يمكن حمايتها وفقًا للقواعد العامة، بعدّها من الحقوق اللصيقة بالشخصية.[1]

عنوان بروتوكول الإنترنت [1] (Internet Protocol IP): هو المعرف الرقمي لاي جهاز سواء كان (حاسوب، هاتف محمول، آلة طابعة... الخ)، مرتبط بشبكة معلوماتية تعمل بحزمة بروتوكولات الإنترنت، سواء أكانت شبكة محلية أو شبكة الإنترنت الدولية، ويقابل عنوان بروتوكول الإنترنت، مثلًا في شبكات الهاتف رقم الهاتف، اما من الناحية التقنية فهو عبارة عن مجموعة من الأرقام، يمكن من خلاله تحديد الموقع الجغرافي ونوع الجهاز المتصل بالإنترنت، وطبقًا للاختيار الفني والتعاقدي للمستخدم أو الهيئة التي توفر له خدمة الاتصال بالإنترنت، فان عنوان الإنترنت قد يكون غير ثابت يمنح للمستخدم طيلة مدة اتصاله بالشبكة من قبل مورد النفاذ للإنترنت.[1]

وكذلك ورد تعريف العنوان البروتوكولي للشبكة المعلوماتية في قانون مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية الاماراتي بانه:

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

"معرف رقمي يتم تعينه لكل وسيلة تقنية معلومات مشاركة في شبكة معلومات، ويتم استخدامه لأغراض الاتصال ."

إذ يعد عنوان البروتوكول من البيانات الشخصية التي يمكن ان تؤدي سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى تحديد شخص محدد، وبهذا هو ضمن البيانات الشخصية التي يجب ان تخضع للحماية القانونية التي يعطيها المشرع للبيانات الشخصية.

وتشمل البيانات الشخصية العديد من البيانات الأخرى مثل الأرقام الشخصية، العناوين الشخصية، القياسات الحيوية (البيومترية) للإنسان [1]، وتشمل بصمة العين وبصمة الصوت، وبصمة الحامض النووي، وسمات الوجه، الحالة الصحية [1]، الآراء السياسية، المعتقدات الدينية، الجنسية والأصول العرقية، وكذلك رموز الاستجابة السريعة.

المبحث الثاني

تجريم اعتراض وبيع البيانات الشخصية

إن أجهزة الحاسوب تحتوي في الأساس على مجموعة من البيانات، منها ما يتعلق بالحياة الخاصة للأفراد، مثل الحالة الاجتماعية أو الاقتصادية أو الآراء السياسية أو المعتقدات الدينية، وكذلك الصحيفة الجنائية وغيرها من البيانات التي ترتبط بصورة مباشرة وخاصة بالمستخدمين.

إن تجريم أفعال الاعتراض البيانات الشخصية وكذلك بيعها يهدف لحماية خصوصية المستخدمين، وكذلك استغلال بياناتهم الشخصية دون حصول موافقتهم الصريحة، إذ تُعد البيانات الشخصية معلومات حساسة وخاصة بالأفراد، ويجب أن يتم التعامل معها بحرية وشفافية وفقًا للقوانين واللوائح المعمول بها، كما ان تجريم اعتراض وبيع البيانات الشخصية يختلف من بلد لآخر، وتعتمد على القوانين واللوائح المعمول بها في كل بلد، وهذا حسب السياسة الجنائية المتبعة من قبل المشرع.

المطلب الأول

الإجراءات القانونية لحماية البيانات الشخصية

تكمن أهمية البيانات الشخصية بانها مواد يمكن استخدامه في ارتكاب العديد من الجرائم منها جرائم الاحتيال أو التجسس أو الاستغلال، لذا فان الحماية الجنائية للبيانات الشخصية تهدف من خلالها لحماية البيانات من الوصول غير المصرح به واستخدامها بصورة غير مشروعة.

إن أبرز نقطة تكمن في حماية البيانات الشخصية هو اعتماد قوانين لحماية البيانات الشخصية، إذ تتمثل هذه القوانين في إطار قانوني لحماية البيانات الشخصية للأفراد وتضمن عدم جمع البيانات الشخصية الا بموافقة الشخص المعني بها، وكذلك تحديد الأغراض التي يمكن استخدامها فيها.

كما ان المساءلة القانونية تُعد جزء أساس في التصدي القانوني لهذا الخطر، وهي تتمثل في تحديد العقوبات والجزاءات المنصوص عليها في القوانين للأشخاص أو المؤسسات التي تنتهك حقوق الخصوصية والبيانات الشخصية للأفراد .

ان المعني بحماية خصوصية البيانات الشخصية وخاصة لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي أو المواقع الأُخرى، يطلق عليه المسؤول أو معالج البيانات أو المتحكم [1]، لذلك حرصت التشريعات الخاصة بذلك في ايراد تعريف خاصة به لان يمثل الشخص المعني بالأمر من أجل توفير حماية واسعة النطاق للبيانات الشخصية، وكذلك أشار المشرع الأوروبي لمفهوم المناول الذي يعني "كل شخص طبيعي أو معنوي أو أي هيئة أخرى تعالج البيانات الشخصية نيابة عن المسؤول عن معالجة البيانات الشخصية.[1] "

ان تطبيقات الذكاء الاصطناعي ومن خلال العقل الرقمي الذي تمتلكه يمكن لها ان تجمع عدد كبير من البيانات الشخصية، وتستخدمه في استهداف الافراد بالإعلانات، من خلال تحليل تلك البيانات ومعالجتها، وهذا ما انتبهت له التشريعات، في سبيل الحد من انتهاك الخصوصية الرقمية للمستخدمين، فمعني ان يعطي الفرد بياناته لا يخول الشركات والمؤسسات استغلال البيانات الشخصية بهذه الصورة، ولتقنيات الكوكيز [1] الدور الكبير في ذلك التجميع والتحليل، ولهذا فأن معالجة البيانات من خلال تجميعها لا يمكن قانونًا دون موافقة الشخص.[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تجدر بنا الإشارة بقرار المحكمة التجارية بمراكش اذ قضت بتعويض المدعية التي تضررت من استعمال شركة الاتصالات لبياناتها الشخصية بصورة مغلوطة إذ جاء بادعاءات المدعية ان شركة الاتصالات قد أعطت لرجال الشرطة القضائية معلومات مغلوطة تفيد انها قد اشترت منهم الخط الهاتفي الذي كان رجال الشرطة القضائية في إطار البحث عن صاحبه المتورط في قضية ما وهو ما جعل العارضة تدخل في دوامة الاستدعاء والاستماع اليها من طرف الشرطة القضائية، خاصة وانه لم يسبق لها ان اشترت الخط الهاتفي من شركة الاتصالات وان هذه الأخيرة استعملت المعلومات الشخصية والبيانات التي لديها بطريقة خاطئة وهو ما سبب ضرر لها، فقضت المحكمة التجارية بما يلي: "بتشطيب المدعي عليها من سجلاتها على بيان تملك المدعية لرقم النداء الهاتفي رقم ..... وبأدائها لفائدتها تعويضًا قدره ٥٠٠٠٠ درهم .[1] "

ومن خلال تلك القضية نلاحظ أهمية البيانات الشخصيات، وكذلك آلية المعالجة والاعتراض، وبهذا أحاطت القوانين لهذا الموضوع أهمية كبيرة، إذ يشترط القانون لمعالجة البيانات ذات الطابع الشخصي توافر مجموعة من الشروط، وهذا ما نصت عليه المادة ٦ من القانون الصادر عام ١٩٧٨ المعدل في عام ٢٠٠٤ في فرنسا:

تجمع البيانات ومعالجتها بطريقة عادلة وقانونية.

يتم جمعها لأغراض محددة وصريحة ومشروعة ولا تتم معالجتها لاحقًا بطريقة لا تتوافق مع هذه الأغراض، ومع ذلك، فإن المعالجة الإضافية للبيانات للأغراض الإحصائية أو لأغراض البحث العلمي أو التاريخي تعتبر متوافقة مع الأغراض الأولية لجمع البيانات، إذا تم تنفيذها وفقًا للمبادئ والإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل، في الفصل الرابع وفي القسم 1 من الفصل الخامس وكذلك في الفصلين التاسع والعاشر وإذا لم يتم استخدامه لاتخاذ قرارات فيما يتعلق بموضوعات البيانات .

ان تكون كافية، وذات صلة وليست مفرطة فيما يتعلق بالأغراض التي تم جمعها من أجلها ومعالجتها لاحقًا.

ان تكون دقيقة وكاملة ومحدثة إذا لزم الأمر، يجب اتخاذ التدابير المناسبة لضمان محو أو تصحيح البيانات غير الدقيقة أو غير الكاملة فيما يتعلق بالأغراض التي تم جمعها أو معالجتها من أجلها.

يتم الاحتفاظ بها في شكل يسمح بتحديد هوية الأشخاص المعنيين لفترة لا تتجاوز الفترة اللازمة للأغراض التي تم جمعها ومعالجتها من أجلها.

وسار المشرع المصري في هذا الركب من خلال الاتفاق مع بعض ما جاء به المشرع الفرنسي، ونص في قانون حماية البيانات الشخصية، بالالتزامات المعالج بمجموعة من النقاط:

إجراء المعالجة وتنفيذها طبقا للقواعد المنظمة لذلك، بهذا القانون ولائحته التنفيذية، ووفقًا للحالات المشروعة والقانونية وبناءً على التعليمات المكتوبة الواردة اليه من المركز أو المتحكم أو من أي ذي صفة بحسب الأحوال، وبصفة خاصة فيما يتعلق بنطاق عملية المعالجة وموضوعها وطبيعتها ونوع البيانات الشخصية واتفاقها وكفايتها مع الغرض المحدد له.

ان تكون أغراض المعالجة وممارستها مشروعة، ولا تخالف النظام العام أو الآداب العامة.

عدم تجاوز الغرض المحدد للمعالجة ومدتها، ويجب إخطار المتحكم أو الشخص المعني بالبيانات تاو كل ذي صفة، بحسب الأحوال، بالمدة اللازمة للمعالجة.

محو البيانات الشخصية بانقضاء مدة المعالجة أو تسليمها للمتحكم.

القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يكون من شأنه إتاحة البيانات الشخصية أو نتائج المعالجة إلا في الأحوال المصرح بها قانونًا.

عدم إجراء أي معالجة للبيانات الشخصية تتعارض مع غرض المتحكم فيها أو نشاطه الا إذا كان ذلك بغرض إحصائي أو تعليمي ولا يهدف للربح ودون الإخلال بحرميه الحياة الخاصة.

حماية وتأمين عملية المعالجة والوسائط والأجهزة الإلكترونية المستخدمة في ذلك وما عليها من بيانات شخصية.

عدم إلحاق أي ضرر بالشخص المعني بالبيانات بشكل مباشر أو غير مباشر.

إعداد سجل خاص بعمليات المعالجة لديه، على ان يتضمن فئات المعالجة التي يجريها نيابة عن أي متحكم وبيانات الاتصال به

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ومسؤول حماية البيانات لديه، والمدد الزمنية للمعالجة وقيودها ونطاقها وآليات محو البيانات الشخصية لزيه أو تعديلها، ووصفًا للإجراءات التقنية والتنظيمية الخاصة بأمن البيانات وعمليات المعالجة.

توفير الإمكانيات لإثبات التزامه بتطبيق أحكام هذا القانون عند طلب المتحكم وتمكين المركز من التفتيش والرقابة للتأكد من التزامه بذلك.

الحصول على ترخيص أو تصريح من المركز للتعامل على البيانات الشخصية.

يلتزم المعالج خارج جمهورية مصر العربية بتعيين ممثل له في جمهورية مصر العربية وذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية.

وفي حالة وجود أكثر من معالج، يلتزم كل منهم بجميع الالتزامات المنصوص عليها في القانون.

وبهذا تطرق المشرع المصري وكذلك المشرع العماني [1]، لمجموعة من المفاهيم التي يجب ان نوضحها، منها حق حذف البيانات بعد مضي مدة معينة أو انتفاد الغرض منها وهو ما يطلق عليه) حق النسيان الرقمي(The right to be forgotten ، اذ يعد هذا الحق من الحقوق المهمة والتي يجب ان تلتفت لها التشريعات؛ من أجل حماية البيانات الشخصية للأفراد، إن حق النسيان الرقمي من المفاهيم الحديثة والتي افرزتها المخاطر التي تواكب العالم الرقمي.

ان حق النسيان الرقمي يعرف بانه التزام مسؤول معالجة البيانات الخاصة بالأشخاص بالمحافظة عليها وضمان حقهم بالمطالبة بحذفها بعد انتهاء الغرض منها لحماية المستخدم من ماضيه.[1]

لذا فانه يعكس حق المرء في أن يُنسى، مطالبة الفرد بحذف بيانات معينة بحيث لا يمكن لطرف ثالث تعقبها بعد الآن. يعرُف المطلب بـ "الحق في السكوت عن الأحداث الماضية في الحياة والتي لم تعد موجودة"، يُعنى حق المرء في أن يُنسى بالسماح للأفراد بحذف المعلومات والفيديوهات والصور المتعلقة بهم من سجلات الإنترنت بحيث لا يعود من الممكن العثور عليها عبر محركات البحث. منذ عام 2011، لا توجد حماية ضد الضرر الذي يمكن أن تسببه بعض الحالات مثل نشر الوسائط الإباحية بهدف الانتقام، أو رفع الصور بغير قصد.[1]

كما ان مقدم خدمة الشبكات الاجتماعية هو الشخص الذي يمتلك البيانات الشخصية المدخلة لنظامه، وبالتالي يمكن له ان يدخل للنظام ويحدد من خلاله بيانات تحديد هوية الشخص المرتبطة بالحساب، وبالتالي يمكن لهذا الشخص من التحكم بالبيانات الشخصية للمستخدم وبالتالي يمكن له ان يطبق حق تقرير مصير البيانات الرقمية بعد طلب حذفها أو انتهاء الغرض منه معالجتها.

كما من اللازم ان تتضمن الإجراءات القانونية الأخرى إنشاء هيئات تنظيمية مستقلة لتنظيم ومراقبة عمليات جمع واستخدام البيانات الشخصية، وضمان الامتثال لقوانين حماية البيانات الشخصية؛ مما يساعد في تنقية البيانات الشخصية وعدم دخول أي شائبة اعتراض أو اختراق أو تجاوز عليها.

كما يجب على المؤسسات والشركات إعلام المستخدمين بالأغراض التي يتم جمع البيانات من أجلها، وكيفية استخدامها، والجهات التي يتم مشاركة هذه البيانات معها، ويجب أيضًا توفير خيارات الإخلاء والتصحيح للمستخدمين الذين يرغبون في إزالة بياناتهم الشخصية أو تحديثها، وفي حالة عدم الامتثال لقوانين حماية البيانات الشخصية، يتم فرض عقوبات مالية وجزائية على المؤسسات والشركات، وأخيرًا، يجب على المؤسسات والشركات تدريب موظفيها على أهمية حماية البيانات الشخصية، وتوفير التوعية اللازمة للمستخدمين.

المطلب الثاني

الإجراءات الفنية لحماية البيانات الشخصية

إن عنوان IP عبارة عن بيانات شخصية، وان جمعها وتسجيلها يخضع للقواعد القانونية المفروض اعتمادها في القوانين الخاصة بحماية البيانات الشخصية، إذ مع هذه الحالة فانه لا يجوز الاستعانة بعنوان الـ IP كوسيلة للأثبات في حالة عدم اتخاذ الإجراءات

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

القانونية اللازمة وخاصة التصريح من الجهات القائمة على تنفيذ القانون المختصة أو الجهات القضائية، وبهذا يعد العمل الفني في الحصول على عنوان الـIP ، وكذلك معالجته دون الحصول على تصريح عمل غير مشروع، ويعد دليل غير قابل للأخذ به ضمنت ادلة الاثبات؛ لأنه دليل لم يراع في الحصول عليه الإجراءات القانونية السليمة.[1]

تعد البيانات الشخصية من أهم الأصول التي يجب حمايتها، وتتطلب الحماية الفعالة لهذه البيانات تطبيق إجراءات فنية قوية ومتعددة، إن التدابير الفنية التقنية التي يجب ان تتبع من قبل الافراد والمؤسسات من اجل حماية البيانات الشخصية يمكن ان نبين مجموعة منها:

التشفير: [1] يعنى بالتشفير بانه عملية تحويل البيانات من صيغة واضحة وقابلة للقراءة لصيغة غير قابلة للقراءة والفهم، ويكون ذلك من خلال استخدام تقنيات عالية الدقة من تطبيقات الذكاء الاصطناعي، إذ ان الهدف من ذلك هو حماية البيانات من الوصول غير المصرح به من قبل أطراف غير مصرح لهم، وتتضمن تقنية التشفير استخدام خوارزميات رياضية معقدة لتحويل البيانات الواضحة إلى بيانات مشفرة، وتنشا مفتاح تشفير لفك تشفير البيانات، والمفتاح يتم إعطاؤه للأشخاص المصرح لهم فقط للوصول إلى البيانات.

يستخدم التشفير في العديد من المجالات، بما في ذلك الاتصالات الإلكترونية والمعاملات المصرفية الإلكترونية وحماية البيانات الشخصية، ويمكن أن يتم تنفيذ التشفير على مختلف المستويات، بما في ذلك تشفير البيانات المخزنة وتشفير الاتصالات عبر شبكة الإنترنت، وتعد التقنيات الحديثة للتشفير مثل تشفير [1] AES و RSAو [1] TLSمن أكثر التقنيات استخدامًا في الوقت الحالي، وتعد هذه التقنيات موثوقة وفعالة في حماية البيانات الحساسة، وتشكل تقنيات التشفير جزءًا هامًا من الأمن السيبراني وحماية الخصوصية الإلكترونية.

ان تقنية التشفير تعتمد على استخدام برامج إلكترونية معنية أو أجهزة تشفير أو مفاتيح بسيطة تقوم بتحويل البيانات من صورتها الطبيعية إلى صورة غير مقروءة، ومن ثم لا يمكن لاي احد الاطلاع على مضمونها أثناء نقلها عبر الشبكة العالمية، وعند وصولها إلى المرسل اليه يستطيع فك شفرتها من خلال كلمة المرور تكون بحوزته أو مفتاح إلكتروني لفك التشفير، لتصبح البيانات قابلة للقراءة مرة أخرى، وبالتالي يكون المرسل اليه هو الشخص الوحيد الذي يمكنه قراءة هذه البيانات، الامر الذي يحفظ لها سريتها، كما يضمن سلامتها وتكاملها من خلال النأي بها عن متناول الأشخاص غير المصرح لهم بالتعامل معها .[1]

وقد عرف المشرع المصري في قانون حماية البيانات الشخصية مصطلح أمن البيانات بانه "إجراءات وعمليات تقنية وتنظيمية من شأنها الحفاظ على خصوصية البيانات الشخصية وسريتها وسلامتها ووحدتها وتكاملها فيما بينها."

التخزين الآمن:

الحواجز النارية: تعد الحواجز النارية firewall أحد أهم الإجراءات الفنية المستخدمة لحماية البيانات الشخصية، حيث تعمل على منع الوصول غير المصرح به إلى البيانات الحساسة.

الحد من الوصول للبيانات: [1] إن من الضروري ان يقيد الوصول إلى البيانات الشخصية بأقصى درجة ممكنة، وتحديد الأشخاص المسموح لهم بالوصول إلى هذه البيانات وتطبيق نظام متابعة ورصد لتحديد من الذي يدخل ويخرج من النظام .

تحديث البرمجيات: ان موضوع تحديث الأنظمة بين الحين والآخر من الأساسيات في مجال الحماية الرقمية، لذا يجب تحديث البرمجيات بصورة منتظمة، من أجل حماية النظام والبيانات الشخصية من الهجمات والفيروسات والبرمجيات الخبيثة.

النسخ الاحتياطي: عمل نسخ احتياطية من البيانات الشخصية وتخزينها في مكان آمن وبعيد عن مكان النسخ الأصلي، إذ ان هذه الخطوة يمكنها ان تحمي البيانات الشخصية فيس حالة تعرض النظام للاختراق أو الدخول غير المشروع أو تجاوز حدود الدخول واتلاف البيانات أو العبث فيها، فمن خلال عمل نسخ إضافية يمكن استرجاعاها بكل سهولة ومن مكانات مختلفة ستساهم بحماية البيانات الشخصية.

عدم تصدير البيانات لخارج حدود الدولة صاحبة البيانات: تُعد البيانات اليوم من أبرز القوي التي يمكن ان تستثمرها بها الدول في سبيل استخدام التقنية بصورة واسعة، وما نعي هنا بان للبيانات الشخصية قوة في تحديد مستوى التطور في الدولة.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

جاء القوانين الخاصة بحماية البيانات الشخصية بضرورة الحفاظ على البيانات الشخصية في داخل الإطار الحدود الوطني، ولا يجوز تصديرها للخارج، وهو ما سارت بها نص المادة من قانون حماية البيانات الشخصية في جمهورية مصر العربية [1] وكذلك النظام الأوروبي لحماية البيانات الشخصية.[1]

وفي هذا الموضع نشر لقانون البطاقة الوطنية في العراق، إذ انه أشار بانه لا يجوز تداول البيانات والقيود المدنية والمستندات الإلكترونية أو إجراء أي معاملات إلكترونية[1] مع قاعدة البيانات [1] تجري أو جرت خارج سيطرة وإشراف المديرية العامة أو جرت بدون موافقة المدير العام أو من يخوله أو استخدمت في مجالات خلافًا لأحكام هذا القانون .

كما وأشار القانون رقم ٣ لسنة ٢٠١٦ في العراق في بانه "لا يجوز لمن حصل على معلومات وفقًا لأحكام هذه المادة ان يستخدمها في غير الغرض الذي طلبت من أجله"، وبهذا نكون امام حماية قانونية للبيانات الشخصية المتعلقة بالهوية الوطنية وما تحتويها من تفاصيل شخصية للأفراد .

كما ان قانون جوازات السفر قد أشار إلى انه "لا يجوز الاطلاع على البيانات الشخصية المخزنة إلكترونيًا في منظومة اصدار جوازات السفر المقروءة آليًا والمحفوظة ورقيًا أو استنساخها الا بموافقة المدير العام.[1] "

الخاتمة

في النهاية، تعد حماية البيانات الشخصية من أبرز الأمور التي يجب التركيز عليها في عصر التقنية الحديثة، إذ تحمي الفرد والمؤسسات من التعرض للمخاطر والتهديدات الأمنية المحتملة، إذ أن تكون هناك إجراءات قانونية وفنية قوية لحماية البيانات الشخصية، بما في ذلك العمل على زيادة الوعي بأهمية حماية البيانات الشخصية وتعزيز الثقافة الأمنية لدى الناس، على الرغم من أن تقنية المعلومات تقدم العديد من المزايا والفوائد، إلا أن هذا لا يمكن أن يكون على حساب حقوق الأفراد في حماية بياناتهم الشخصية، لذلك، يجب أن يكون لدى المؤسسات والأفراد الوعي الكافي والمعرفة بالطرق المثلى لحماية البيانات الشخصية، ويجب تنفيذ إجراءات الحماية بشكل دائم ومستمر للتأكد من أن البيانات الشخصية في أمان تام.

النتائج:

- تعرف البيانات الشخصية بأنها أي بيانات تتعلق بشخص طبيعي محدد أو يمكن تحديده، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، من خلال جمع البيانات أو تحليلها، وبأي وسيلة كانت، أو عبر استخدام تطبيقات الذكاء الاصطناعي في إجراء التحليل والمعالجة، الا وفقًا لما تحدده السلطات المختصة .
- لا يوجد تشريع في القانون يحمي البيانات الشخصية كاملة، وينظم آلية التعامل به، بصورة متكاملة.
- ان قانون جوازات السفر في العراق قد أشار إلى انه لا يجوز الاطلاع على البيانات الشخصية المخزنة إلكترونيًا في منظومة اصدار جوازات السفر المقروءة آليًا والمحفوظة ورقيًا أو استنساخها الا بموافقة المدير العام.
- اقرت العديد من الدول قوانين لحماية البيانات الشخصية.

التوصيات:

- يلزم على المشرع التدخل بصورة عاجلة لتشريع قانون لحماية البيانات الشخصية، على غرار ما سارت عليه التشريعات الاجنبية والعربية، فهو يعد أمرًا ملحًا خاصة في ظل التطورات السريعة في تقنية المعلومات وزيادة عدد الهجمات السيبرانية والانتهاكات الأمنية الرقمية.
- ضرورة ان يتضمن القانون إضافة الحق الرقمي الجديد ألا وهو (حق النسيان الرقمي)، بعده حق من الحقوق اللصيقة بالشخص في ظل العالم الرقمي.
- يجب العمل على تعزيز الوعي والتثقيف لدى الأفراد والمؤسسات حول أهمية حماية البيانات الشخصية، وتوعيتهم بالطرق الأمثل لتحقيق ذلك.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

- ضرورة أن يكون العمل على حماية البيانات الشخصية شأناً شاملاً يشمل الأفراد والحكومات والشركات والمؤسسات، حيث يعد هذا العمل بمثابة استثمار طويل الأجل في الأمن الرقمي.

المراجع

القوانين:

1- قانون البطاقة الوطنية رقم ٣ لسنة ٢٠١٦، العراق.
2- قانون جوازات السفر رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٥.
3- قانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني وفقاً لآخر تعديل صادر في ١٣ أكتوبر عام ٢٠٢١، مصر.
4- قانون رقم ١٥١ لسنة ٢٠٢٠ بإصدار قانون حماية البيانات الشخصية، العدد ٢٨ مكرر (هـ) في ١٥ يولية سنة ٢٠٢٠، مصر .
5- مرسوم بقانون اتحادي رقم (٣٤) لسنة ٢٠٢١ في شأن مكافحة الشائعات والجرائم الإلكترونية، الامارات .
6- مرسوم سلطاني رقم ٦/ ٢٠٢٢ بإصدار قانون حماية البيانات الشخصية، الجريدة الرسمية، العدد ١٤٢٩، عمان .

الابحاث:

7- أيمن مصطفى أحمد البقلي، حماية الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي الإنترنت في مواجهة متطلبات التجارة الإلكترونية، المجلة القانونية، المجلد ٩، العدد ٤، كلية الحقوق- فرع الخرطوم، جامعة القاهرة، ٢٠٢١، ص ١٠٣٥.
8- فادية حافظ جاسم وهديل علي موحان، المسؤولية الجزائية عن الاعتداء بطي حق النسيان الرقمي، المجلة الاكاديمية العالمية للدراسات القانونية، العدد ٢، الراية الدولية الإلكترونية، الأردن، ٢٠٢٠، ص ٩١.
9- محمد أحمد المعداوي، حماية الخصوصية المعلوماتية للمستخدم عبر شبكات مواقع التواصل الاجتماعي (دراسة مقارنة)، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، كلية الشريعة والقانون، العدد ٣٣، الجزء الرابع، مصر، ٢٠١٨، ص ١٩٤٤ .

قرارات قضائية :

10- حكم عدد ٥٣٧ بتاريخ ٢٠٢١/٢/١٨، ملف رقم ٢٠٢٠/٨٢٠٧/٢٠٧٤.

المصادر الأجنبية:

11- Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 3 novembre 2016, 15-22.595, Publié au bulletin.
12- General Data Protection Regulation (GDPR), 2016.
13- Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
14- pino, G. (2000). "The right to personal identity in Italian private law: Constitutional interpretation and judge-made rights", in: M. Van Hoecke; F. Ost (eds.). Te harmonization of private law Europe (pp.225. 237). Oxford: Hart Publishing. P. 237.
15- Sophie LALANDE: l'adresse IP de votre ordinateur une donnée personnelle relevant du régime de protection communautaire. disponible sur le site www.droit- tic.ory dernière visite le 22/ 10/2016.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المحور الثالث

المحور القانون الخاص

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تملك الأجنبي للعقار في العراق الواقع والطموح

Foreign Ownership of Real Estate in Iraq: The Current Situation and Aspirations

أ.م. د ثامر داود عبود

كلية قانون / جامعة كربلاء

الخلاصة

يُعد موضوع تملك الأجنبي للعقار في العراق من المواضيع التي مرت بمراحل مختلفة, وقد تبيان موقف المشرع العراقي فيها بين المنع والجواز للأجنبي بالتملك فضلا عن ان المشرع العراقي وخلال الحقب الزمنية الماضية قد ميز بين العربي والأجنبي في حق التملك, وان هذا التباين في موقف المشرع العراقي يستدعي الحديث عنه والبحث فيه للوقوف على آخر المستجدات التشريعية التي عالجت مسألة تملك الأجنبي للعقار في العراق وفيما إذا كانت تلك المعالجات قد أتت بحلول تلبي حاجة البلاد أم ان الأمر يتطلب تدخلا تشريعيا ليأتي بحلول تعالج المشكلة محل الدراسة .

الكلمات المفتاحية: تملك، العقار، الأجنبي، الواقع، الطموح.

Abstract

The issue of foreign ownership of real estate in Iraq has undergone different stages, revealing the Iraqi legislature's fluctuating stance between prohibition and permission for foreigners to own property. Moreover, the Iraqi legislature has differentiated between Arabs and foreigners in terms of property ownership rights during past periods. This variation in the Iraqi legislature's position calls for discussion and research to ascertain the latest legislative developments addressing the issue of foreign ownership of real estate in Iraq. It is essential to determine whether these measures have provided solutions that meet the country's needs or if legislative intervention is necessary to offer remedies that adequately address the problem under study.

Keywords: ownership, real estate, foreigner, reality, aspirations

المقدمة

موضوع البحث

ان تملك الأجنبي للعقار في دولة ما, أصبح من الحقوق التي أقرتها الدول في العصر الراهن, فضلا عن الاتفاقيات الدولية وإعلانات حقوق الإنسان, وانه أضحى حق من الحقوق اللصيقة بالإنسان طالما ان القانون الدولي العام قد أعترف وأقر انه على الدول أن تعترف للأجنبي بالشخصية القانونية, الأمر الذي يترتب عليه إقرارها ان للأجنبي حق التملك سواء أكان ذلك التملك يرد على الأموال المنقولة أم الأموال غير المنقولة (العقارات).

أهمية البحث

تأتي أهمية البحث في ان تملك الأجنبي للعقار في دولة ما يُشكل واحدا من التحديات التي تواجهها الدول في العصر الراهن, ذلك

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أن تملك الأجانب للعقار قد يكون له أثرا على النظام الاقتصادي والاجتماعي بل وحتى السياسي في الدولة, وهو الأمر الذي ألقى بظلاله على عدم وجود قاعدة عامة مسلم بها في القانون المقارن إزاء هذا الحق, وبالنتيجة اختلاف المواقف الوطنية والدولية من دولة إلى أخرى في هذا النطاق.

إشكالية البحث

تكمن إشكالية البحث في ان المشرع العراقي لم يسُن أو يشرع حتى هذه اللحظة تشريعا ينظم موضوع تملك الأجنبي للعقار في العراق, فهو بعد أن كان يقر بذلك الحق للأجنبي وفق قوانين سابقة إلاّ أنه وفي عام 1994 قد أصدر مجلس قيادة الثورة (المنحل) قرارا تم بموجبه إيقاف العمل بجميع القوانين والقرارات التي تُجيز للأجنبي بتملك العقار في العراق, ورغم ان دستور جمهورية العراق الدائم لعام 2005 قد أقر بجواز تملك الأجنبي للعقار في العراق وعلق هذا الجواز على ورود استثناء يرد في القانون, ورغم مرور أكثر من ثمانية عشر عاما على صدور الدستور إلاّ ان المشرع العراقي لم يَسُن التشريع الذي ينظم هذا الأمر.

منهجية البحث

ان الإجابة عن إشكالية البحث يتطلب إتباع المنهج التحليلي الوصفي لمجمل القوانين والقرارات التي عالجت موضوع تملك الأجنبي للعقار في العراق وفي مختلف الحقب الزمنية ولغاية إعداد هذا البحث.

هيكلية البحث

سوف نتناول موضوع البحث بتقسيمه إلى أربعة مباحث، الأول في التطور التشريعي لحق الأجنبي في تملك العقار في العراق, والثاني لمبدأ المعاملة بالمثل ودوره في حق التملك, والثالث في شروط تملك الأجنبي للعقار في العراق وأثر الاستثمار فيه, أما المبحث الرابع فهو في الإجراءات القانونية المتبعة في تسجيل العقار باسم الأجنبي في العراق. ثم ينتهي البحث بخاتمة تتضمن أهم الاستنتاجات التي توصلنا إليها، مع إيراد أبرز المقترحات التي تخص موضوع البحث.

المبحث الأول

التطور التشريعي لحق الأجنبي في تملك العقار في العراق

بالنظر لأهمية الأموال غير المنقولة (العقارات) من النواحي المختلفة سواء الاقتصادية منها أو السياسية أو الاجتماعية, فقد احتفظت الدول بوجه عام بحقها الكامل في تقرير جواز تملك الأجانب أو عدم تملكهم لها, أو تعلق هذا التملك على ضرورة استيفاء شرائط أو اجراءات معينة. وعلى أية حال فان مسألة تملك الأجنبي للعقار في العراق قد مر بعدة أدوار أو مراحل وقد رافق هذه الأدوار أو المراحل ظروف خاصة بكل منها, فكانت معالجة مسألة تملك الأجنبي للعقار للعقار في العراق من خلال تشريعات كانت تتناسب إلى حد ما مع ظروف كل مرحلة من تلك المراحل وبحسب منظور أو سياسة المشرع حول مفهوم الأجنبي ومدى حق تملكه للعقار من عدمه. ومن كل ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول التعريف بالأجنبي وحق التملك وفي المطلب الثاني نعقده للتطور التأريخي لحق الأجنبي في تملك العقار في العراق.

المطلب الأول

التعريف بالأجنبي وحق التملك

نقف في هذا المطلب لنبين من هو الأجنبي، وما هو حق التملك من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعرف الأجنبي

عندما تُحدد الدولة من هم وطنيوها، فإنها تكون بذلك قد حددت في الوقت ذاته, وبطريقة غير مباشرة, من هم الأجانب عنها, ذلك أنه إذا كان من تتوافر فيه شروط التمتع بجنسية الدولة يُعد وطنيا, فإن الأجنبي يكون هو من لا تتوافر فيه شروط التمتع بجنسية الدولة, بمعنى ان الأجنبي هو كل من ليس وطنيا ..[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

لذلك تسالم الفقه في مجموعه على أن الأجنبي في دولة ما, هو من لا يتمتع بالصفة الوطنية لتلك الدولة, بمعنى انه لا يحمل جنسية شعب الدولة على وفق أحكام قانون الجنسية الوطني. وهذا يعني ان تحديد الصفة الأجنبية للشخص يتم بطريقة سلبية. فتقتصر تشريعات الجنسية عادة على بيان من هو الوطني دون أن تُعنى بتحديد من هو الأجنبي..[1]

وعلى ذلك ذهب اتجاه إلى تعريف الأجنبي بأنه (هو من لا يحمل الجنسية الوطنية, أي من لا يتوافر فيه الشروط المتطلبة للتمتع بجنسية الدولة) [1]..وهنالك من يعرف الأجنبي بانه (الشخص الذي لا يتمتع بجنسية الدولة المقيم فيها إما لكونه من رعايا دولة أخرى يحمل جنسيتها, أو لأنه عديم الجنسية) [1].. كما ان هناك من عرف الأجنبي بانه (الشخص الذي لا يكون وطنيا بالمنظور القانوني للدولة التي يتواجد فيها).[1]

من كل ما تقدم نجد ان الجنسية تُعد في الوقت الراهن المعيار الوحيد والفاصل للتمييز بين الوطني والأجنبي.

أما تعريف الأجنبي قانونا, فقد أورد المشرع العراقي تعريف الأجنبي في عدد من القوانين العراقية, منها ما ورد في قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 فقد عرف الأجنبي في المادة (154) على النحو الآتي : (1- يُقصد بالأجنبي لأغراض هذا القانون كل شخص لا يحمل الجنسية العراقية ولم يكن من رعايا الإمارات العربية) كما ورد تعريف الأجنبي في قانون العمل رقم (37) لسنة 2015 النافذ في المادة (1/ ثلاث وعشرون) حيث عرف العامل الأجنبي بانه (كل شخص طبيعي, لا يحمل الجنسية العراقية يعمل أو يرغب بالعمل في العراق بصفة عامل, بخلاف عمل لا يكون لحسابه الخاص). كما عرفه في قانون إقامة الأجانب رقم (76) لسنة 2017 النافذ في المادة (1- ثانيا) بانه (كل من لا يحمل جنسية جمهورية العراق). وقد اعطى المشرع العراقي مفهوما أوسع للأجنبي عندما عرفه في قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 النافذ والمعدل في المادة (1- عاشرا) والتي جاء فيها (المستثمر الأجنبي : الشخص الحاصل على إجازة الاستثمار والذي لا يحمل الجنسية العراقية, إذا كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا مسجلا في بلد أجنبي).[1]

الفرع الثاني: التعريف بحق الأجنبي

لا يتردد فقهاء القانون الدولي العام بالقول ان على الدولة ان تعترف للأجنبي بالشخصية القانونية, فهي واجبة له من حيث كونه انسانا, وتنص المادة (6) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن لكل شخص الحق في الاعتراف بشخصيته القانونية في كل مكان, وحينئذٍ يقع على الدولة التزام بأن تعترف للأجنبي بالتمتع بالحقوق التي تعتبر مقومات لهذه الشخصية.[1]

ومن هذه الحقوق حق التملك, فهو أمر لصيق بطبيعة الإنسان وما جُبل عليه من حب اكتساب الأموال وحيازتها والتمتع بثمار عمله وجهده, كما يتفرع حق الأجنبي في التملك عن حقه في مباشرة كافة التصرفات القانونية التي من شأنها الحصول على الثروة واستثمارها والحفاظ عليها, ووفقا لهذه الاعتبارات قد يستدعي الأمر إلى القول بأن حق التملك هو أحد الحقوق الأساسية الذي يجب أن يتقرر للأجانب على قدم المساواة مع مواطني الدولة..[1]

لكن النظر إلى حق الأجانب في التملك من جهة تأثيره على النظام الاقتصادي والاجتماعي للدولة, وربما يتأثر به النظام السياسي أيضا, وهو ما أفضى إلى عدم وجود قاعدة عامة مسلم بها في القانون المقارن بصدد هذا الحق, حيث يختلف الموقف من دولة إلى دولة أخرى حول الاعتراف بهذا الحق للأجانب تبعا لاختلاف أنظمتها الاقتصادية والاجتماعية والأيدلوجية من جهة, وتبعا لطبيعة المال محل التملك من جهة أخرى.[1]

وقد نظم المشرع العراقي حق الملكية في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل في الباب الأول من الكتاب الثالث المخصص للحقوق العينية الأصلية في المواد (1048 – 1168) حيث عرف المشرع العراقي حق الملكية في المادة (1048) من القانون المدني والتي نصت على (الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك, تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا, فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة).

وبلا شك ان حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقا, ومنه تتفرع بقية الحقوق العينية الأخرى والتي تدور وجودا وعدما مع هذا الحق.[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الثاني

التطور القانوني لحق الأجنبي في تملك العقار في العراق

ان حق تملك الأجنبي للعقار في العراق مر بعدة مراحل كان لكل مرحلة منها ظروفها الخاصة:

ففي العهد السابق على عهد الدولة العثمانية, كان يطبق بالنسبة لتملك الأجنبي للعقار في العراق, أحكام الشريعة الإسلامية كاختلاف الدين واختلاف الدار. أما في عهد الدولة العثمانية فلم يكن في بداية عهدها قد شرع قانون تملك الأجنبي للعقار في الإمبراطورية العثمانية, لذلك لم يكن هناك وجود لقانون يمنع الأجانب من تملك العقارات في البلاد التابعة للدولة العثمانية (ومنها العراق) بطبيعة الحال. حيث استمر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. ولكن مع ذلك فإن الدولة العثمانية لم تفسح المجال ولم تسمح للأجانب بتملك الأموال غير المنقولة في بلادها على الرغم من عدم وجود نصوص قانونية تحول دون ذلك التملك, ولكن بصدور قانون الأراضي العثماني الصادر في سنة 1857 أصبح هذا القانون ينظم تملك الأجانب للأموال غير المنقولة في الدولة العثمانية (العراق) والذي جاء مؤيدا ومكرسا للفكرة التي يُؤمن بها الحكومة العثمانية, في عدم تشجيع وإفساح المجال للأجانب بتملك الأموال غير المنقولة في الأقاليم التابعة لها. فقد حرَمت انتقال الأراضي العثمانية (العراق) إلى ورثة الأجانب, كما حَرَمت الأجانب من حق الطابو في الأراضي العثمانية.[1]

وقد استمر الوضع على هذه الحال إلى حين صدور قانون استملاك الأجانب (قانون تملك التبعية الأجنبية) المؤرخ في (7صفر سنة 1284 ه) 1867 م حيث أجاز لرعايا الدولة الأجنبية الموقعة على البروتوكول الملحق به واسمه(Protocole Bouree) ..[1]والمعقود بين الدولة العثمانية وفرنسا عام 1868 أن يستفيدوا من حقوق التصرف بالأموال غير المنقولة الموجودة داخل حدود المدن والقرى والقصبات أو خارجها في جميع أراضي الدولة العثمانية ما عدا الأراضي الحجازية بدون قيد أو شرط عدا خضوعهم للضرائب والرسوم والقوانين والأنظمة المتعلقة بالأمن والبلديات شأنهم في ذلك شأن رعايا الدولة العثمانية.[1]

وقد ظل العمل ساريا بهذه القوانين بالنسبة للتصرف بالأموال غير المنقولة في العراق حتى بداية الاحتلال البريطاني للعراق عام 1917 حيث رأت سلطات الاحتلال انه ليس من المعقول ولا من المصلحة بقار تلك القوانين على حالها, فقد يترتب عليها استفادة بعض الأجانب من جراء ملكيتهم للأراضي, يُخشى منه قيام هؤلاء الأجانب بمضاربات مالية جسيمة تمس النواحي السياسية والإدارية والاقتصادية بضرر, أو نتيجة فقدان بعض سجلات الطابو بسبب انسحاب الحكومة العثمانية من العراق واحتمال حصول تزوير أو تحريف وتلاعب في سندات وسجلات الطابو مما قد يؤدي إلى إرباك المعاملات وضياع حقوق الناس. لذلك أصدر الحاكم الملكي العام (القائد العام) في العراق في 20 تشرين الثاني عام 1917 إعلانا يقضي بمنع تفويض وإفراغ الأموال غير المنقولة في المنطقة المحتلة إلى غير العراقيين, إلاّ بموافقة تحريرية منه أو من ينوب عنه, ثم جرى تعديل هذا الإعلان ببيان آخر صدر في 30 تموز عام 1919. والذي يقضي ببطلان كل معاملة تتعلق بالأموال غير المنقولة دون الحصول على إذن من ناظر المالية أو من ينوب عنه سواء كان الأمر يتعلق بأجنبي أم بعراقي, حيث جاء البيان مطلقا والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يُقيد بدليل ثابت. ثم حل محله فيما بعد وزير الداخلية [1].ثم استمر هذا الوضع حتى بعد صدور القانون الأساسي العراقي سنة 1925 فلم يُبدل أو يلغ من المحكمة العليا بل على العكس تأكد سريانه طبقا للمادة (114) من القانون الأساسي (الدستور).[1]

بعد ذلك صدر نظام الطابو رقم (26) لسنة 1943, ثم طرأ تبدل على تملك الأجنبي للعقار في العراق بعد قيام الجمهورية سنة 1958 حيث صدر نظام الطابو رقم (64) لسنة 1959. وبعدها صدر القانون رقم (38) لسنة 1961 الذي نظم حق الأجانب في تملك الأموال غير المنقولة في العراق والذي سمح للأجنبي بتملك العقار بشروط معينة نصت عليها المادة الرابعة منه. وقد عُدل هذا القانون بموجب قانون التعديل الأول رقم (46) اسنة 1962 ثم عُدل مرة ثانية بموجب قانون التعديل الثاني رقم (82) لسنة 1964. أما بالنسبة لأبناء الدول والإمارات العربية فقد صدر القانون رقم (19) لسنة 1953 وتعديله قانون رقم (99) لسنة 1965 الخاص بتملك الكويتيين أموالا غير منقولة في العراق. وصدر قانون آخر لأبناء الدول العربية رقم (5) لسنة 1955 ثم تلى هذه القوانين صدور قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل.[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وقد استمر جواز تملك الأجنبي للعقار في العراق حتى عام 1994 حيث صدر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (23) لسنة 1994 وبموجبه تم ايقاف العمل بجميع القوانين والقرارات التي تُجيز للأجنبي بتملك العقار في العراق.وهو الأمر الذي ظل ساريا حتى بعد صدور دستور جمهورية العراق الدائم لعام 2005. وقد نص هذا الدستور في المادة (23 / ف3 / أولا) منه على (للعراقي الحق في التملك في أي مكان في العراق ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول إلا ما أُستثني بقانون) يتضح من خلال هذا النص انه لا يجوز لغير العراقي تملك العقار في العراق إلاَّ بشكل استثنائي وبموجب قانون صادر عن السلطة التشريعية في العراق يُنظم هذا الأمر كما ان هذا النص الدستوري يحمل بين طياته معنى آخر وهو ان تملك الأموال غير المنقولة في العراق (التملك العقاري) بالنسبة للفرد الأجنبي يستلزم لحصوله أن يصدر بشأنه قانون ينظم أحكامه. وعلى الرغم من عدم صدور مثل هذا القانون حتى لحظة كتابة هذا البحث. إلا انه أُجيز للمستثمر الأجنبي (استثناء) بتملك العقار عند الاستثمار في العراق وذلك بموجب قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل بغية خلق مناخ مشجع للاستثمار في العراق, خاصة في قطاع الإسكان كما جاء في الأسباب الموجبة.[1]

المبحث الثاني

مبدأ المعاملة بالمثل ودوره في حق التملك

هناك عدد من الوسائل أو الأساليب أو الأدوات القانونية المشتركة والتي تتبعها الدول في تنظيم المركز القانوني للأجانب داخل حدودها. والدولة تلجأ إلى هذه الوسائل من أجل تحسين معاملة الأجانب ورفع الحد الأدنى للحقوق المقررة لهم وبما تراه مناسبا ومحققا لمصالحها العليا السياسية منها والاقتصادية وحتى الاجتماعية, ومن هذه الوسائل مبدأ المعاملة بالمثل, إذ تستخدم الكثير من الدول هذا المبدأ للسماح للأجنبي بتملك العقار في إقليمها. ولما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين نبين في المطلب الأول مفهوم مبدأ المعاملة بالمثل وفي المطلب الثاني دور مبدأ المعاملة بالمثل في حق التملك.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ المعاملة بالمثل وأنواعه

أن مبدأ المعاملة بالمثل يمثل الأساس الذي بُنيت عليه العلاقات الدولية الخاصة عموما, ثم تطورت هذه العلاقات بعد ذلك وتشابكت حتى بلغت عليه بما نراه في الوقت الراهن. غير أن المكان البارز الذي يشغله مبدأ المعاملة بالمثل في نطاق القانون الدولي يوجد دائما في إطار مركز الأجانب.[1]

ان المقصود بمبدأ المعاملة بالمثل هو أن تعامل الدولة الأجنبي بنفس المعاملة التي يجدها أو يلقاها رعاياها في إقليم الدولة التي ينتمي إليها هذا الأجنبي بجنسيته, وعادة ما تلجأ الدول إلى هذا المبدأ لكي تكفل لرعاياها المقيمين في الدول الأجنبية مستوى أو قدر أوسع من الحقوق المقررة لهم بمقتضى العراف الدولي. وقد يتقرر هذا المبدأ أحيانا بموجب تشريعات داخلية للدول, وأحيانا بموجب اتفاقيات دولية, بغية تحقيق المساواة بين الوطنيين الموجودين في دولة أجنبية, وبين رعايا تلك الدولة الموجودين على إقليمها, وذلك في المعاملة والتمتع بالحقوق ..[1]

وبذلك يُعد مبدأ المعاملة بالمثل بوصفه وسيلة من أهم الوسائل الفنية المستخدمة لرفع الحد الأدنى من الحقوق التي يتمتع بها الأجانب في إقليم الدولة. وان نطاق العمل بهذا المبدأ يتحدد في القدر الزائد عن الحد الأدنى الذي تفرضه مبادئ القانون الدولي العام. وان استخدام مبدأ المعاملة بالمثل على هذا النحو يُعد موقفا وسطا بين حلين متناقضين في معاملة الأجانب. أولهما هو الاعتراف غير المقيد للأجانب بكافة الحقوق المقررة للوطنيين. وثانيهما هو رفض تخويل هؤلاء أي حق يزيد عن الحد الأدنى المقرر بمقتضى العرف الدولي. فمؤدى مبدأ المعاملة بالمثل ان تسمح الدولة للأجانب بالتمتع بحق أو مجموعة من الحقوق التي تزيد عن الحد الأدنى بشرط أن تسمح الدولة التي يتبعها هؤلاء لرعايا الدولة المذكورة بالتمتع بنفس الحقوق الممنوحة لمواطني هذه الدول.[1]

ويقسم الفقه مبدأ المعاملة بالمثل عادة إلى قسمين رئيسيين هما : القسم الأول : المعاملة بالمثل من حيث المصدر أو الشكل, والقسم

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الثاني : المعاملة بالمثل من حيث المضمون أو الموضوع. ويمكن ايجاز الحديث عن كل واحدة منها, وكما يأتي:

أولا- المعاملة بالمثل من حيث المصدر أو الشكل .

تنشأ المعاملة بالمثل عن طريق ثلاثة مصادر رئيسة هي : المصدر الأول, الاتفاقيات الدولية وتسمى المعاملة بالمثل الثابتة دبلوماسيا, والمصدر الثاني, التشريعات الداخلية وتسمى المعاملة بالمثل الثابتة تشريعيا, والمصدر الثالث, بحكم الأمر الواقع وتسمي المعاملة بالمثل الثابتة واقعيا, وسوف نوجز الكلام عن كل واحدة منها, وكما يأتي:

1 -المعاملة بالمثل الثابتة دبلوماسيا : وتعني عدم منح الأجانب الذين ينتمون إلى دولة من الدول حقوقا معينة, إلا إذا كانت تلك الدولة تمنح رعاياها نفس الحقوق بموجب معاهدة أو اتفاق.[1]

وهناك من ينتقد هذا النوع من المعاملة من حيث أنه يؤدي إلى (إخضاع حقوق الأجانب لأداة جامدة, فإبرام المعاهدة بطبيعته قد يكون أقل يسرا من وجود تشريع في دولة الأجنبي يكفل المعاملة بالمثل. وفضلا عن ذلك فإن الارتباط باتفاقيات دولية يقيد حرية الدول في الاستقلال بتعديل التشريع وتطوره, وفقا للمصالح الوطنية).[1]

2 -المعاملة بالمثل الثابتة تشريعيا : يُراد منه أنه ينبغي النص على هذا المبدأ في التشريعات الداخلية أو الوطنية لدولة معينة, وهذا يعني أن الدولة لا تمنح الأجنبي المقيم على أراضيها حقوقا, إلا إذا كانت التشريعات الداخلية للدولة التي ينتمي إليها ذلك الأجنبي بجنسيته تسمح لرعايا الدولة الأولى التمتع بذات القدر من الحقوق على أرضها. بموجب نصوص في تشريعاتها الداخلية أيضا.[1]

وعلى ذلك إذا قرر المشرع في دولة من الدول أن الأجنبي لا يتمتع بحق تملك العقارات في الدولة إلا إذا كانت قوانين دولة هذا الأجنبي تسمح لرعاياها التمتع بنفس الحق, فلابد لكي يتسنى للأجنبي تملك العقارات في الدولة أن يرد نص في قوانين الدولة التابع لها يتيح للأجانب التمتع بحق تملك العقارات..[1]

3 -المعاملة بالمثل الثابتة واقعيا : وتعني أن الدولة تعامل الأجنبي على أساس المعاملة الفعلية أو الواقعية التي يتلقاها رعاياها في الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي دون اشتراط وجود نص في معاهدة أو في التشريع, إنما يكتفي الاستفادة من واقع الحال ان رعايا دولة معينة يتمتعون بنفس المزايا التي تمنحها دولتهم لرعايا تلك الدولة.[1]

ثانيا – المعاملة بالمثل من حيث المضمون أو الموضوع:

تتنوع المعاملة بالمثل من حيث المضمون أو الموضوع إلى نوعين أو قسمين هما :

1 -المعاملة بالمثل على أساس التطابق أو التماثل : بمقتضاها تسمح الدولة الوطنية للأجنبي بالتمتع بذات الحق الذي تمنحه الدولة التي ينتمي إليها ذلك الأجنبي بجنسيته لرعايا الدولة الأولى, وذلك من حيث النوع والموضوع, على سبيل المثال لكي تقرر دولة ما حق تملك العقار لأجنبي ما في إقليمها, لابد وأن تقرر دولة هذا الأجنبي للمنتمين إلى تلك الدولة بحق تملك العقار هي الأخرى, وإلا حُرم من هذا الحق في إقليمها, فالمعاملة بالمثل في هذه الحالة تكون بالتطابق أو بالتماثل.[1]

2 -المعاملة بالمثل على أساس التعادل أو المعاوضة : في هذا النوع من المعاملة تقوم الدولة الوطنية بمنح الأجانب المقيمين على إقليمها, مجموعة أخرى من الحقوق تختلف عن الحقوق التي منحتها الدولة التي ينتمي إليها هؤلاء الأجانب بجنسيتهم لرعاياها من حيث النوع والموضوع, ولكنها تعادلها من حيث الأهمية والمقدار المحدد, ودون أن تتطابق أو تتشابه معها, إلا أنها تتساوى في قيمتها وأهميتها بالنسبة إلى رعايا الدولتين اللتين تتعاملان بالمثل.[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الثاني

دور مبدأ المعاملة بالمثل في حق التملك

يحتل مبدأ المعاملة بالمثل دورا بارزا وشرطا مؤثرا في امكانية تملك الأجنبي للعقار من عدمه. ولعل السبب في ذلك يكمن في أن لملكية العقار أهمية بالغة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية, فضلا عن ذلك ان الدولة تعني عادة الإقليم, والإقليم يعني الأرض. وان مفهوم الجنسية يعني علاقة تبادلية وولاء ما بين الفرد والدولة. وعلى هذا فإن ملكية الأجنبي لأرض معينة في دولة من الدول يتضمن تداخل العلاقات ما بين هذا الفرد وتلك الدولة التي لا يتبعها الفرد الأجنبي بجنسيته الأجنبية.[1]

وعند استعراض واقع المجتمع الدولي في الوقت الراهن نجد أن الدول تنقسم في موقفها تجاه تملك الأجنبي للعقار على اتجاهين رئيسيين هما: .[1]

الاتجاه الأول, يسعى إلى حرمان أو منع الأجنبي من تملك العقار بصورة مطلقة, بغض النظر عن مبدأ المعاملة بالمثل. مع وجود نزر يسير من الدول تبيح للأجنبي تملك العقار في أرضها.

الاتجاه الثاني, وهو اتجاه تبنته أغلب دول العالم في الوقت الراهن, فهذه الدول تُجيز للأجنبي تملك العقار, مع تقييده بقيود أو شروط مختلفة, لعل من أهمها وأبرزها, تحقق مبدأ المعاملة بالمثل, وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع العراقي في عدد من القوانين محل الدراسة.

بالنسبة إلى موقف القانون العراقي, نجد أن المشرع العراقي قد ميّز بين طائفتين في أمر تملك الأجنبي للعقار في العراق.

الطائفة الأولى : تتمثل بالأجانب من غير رعايا الدول العربية. وقد نظم شأنهم قانون تملك الأجنبي العقار في العراق رقم (38) لسنة 1961 حيث اشترطت المادة الأولى منه, تحقق مبدأ المعاملة بالمثل بين العراق والدولة التي ينتمي إليها الأجنبي الذي يرغب بتملك العقار في العراق, فقد أجازت هذه المادة للأجنبي بتملك العقار في العراق, إذا كانت دولته تُجيز تملك العراقي للعقار فيها من حيث نوع العقار ومساحته والموقع والاستعمال على أن تضع وزارة العدل التعليمات الخاصة بقواعد المعاملة بالمثل [1].. وقد نصت المادة الأولى من القانون المذكور على أنه : (يُعامل الأجنبي في حق الملكية وفي المعاملات التصرفية التي ترد على العقار بما يُعامل به العراقي في بلد ذلك الأجنبي وفقا لقاعدة المقابلة بالمثل, فلا يجوز أن يملك من العقار في العراق إلاّ ما يجوز أن يملكه العراقي في ذلك البلد من حيث النوع والمساحة والموقع والاستعمال ووفقا لما نص عليه في هذا القانون, وتضع وزارة العدل تعليمات بقواعد المقابلة بالمثل).

وهناك من يعتقد والباحث يؤيده في ذلك ان التفصيلات التي ذُكرت في الجزء الثاني من المادة المذكورة (... فلا يجوز أن يملك من العقار في العراق ...) لا مبرر لها, لأن مجرد ذكر قاعدة المعاملة بالمثل تُغني عن ذكر التفصيلات المذكورة لأن تلك التفصيلات ينبغي أن تتضمنها الأنظمة والتعليمات التي تضعها وزارة العدل طبقا للفقرة الأخيرة من المادة الأولى من هذا القانون ..[1]

ثم جاء بعد ذلك قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المُعدل ليؤكد موقف المشرع العراقي السابق على قيد أو شرط المعاملة بالمثل بموجب المادة (154 /2) والتي نصت على أنه : (يُسجل العقار الكائن ضمن حدود البلدية باسم الأجنبي وفقا للشروط الآتية:

أ- توفر مبدأ المقابلة بالمثل..[1] (وهناك من ينتقد صياغة المشرع العراقي لنص المادة (الأولى) من قانون تملك الأجنبي العقار في العراق, والمادة (154) من قانون التسجيل العقاري حيث يرى أن (دقة الصياغة القانونية واللغوية للنص, كانت تستوجب على المشرع العراقي أن يستعمل مصطلح (المعاملة بالمثل) بدلا من استخدامه لمصطلح (المقابلة بالمثل), سواءً في المادة الأولى من قانون تملك الأجنبي العقار في العراق أم في المادة (154) من قانون التسجيل العقاري, وهو خطأ وقع فيه المشرع العراقي في أكثر من موضع, على الرغم من الفرق الواضح بين المصطلحين من حيث المعنى).[1]

إذاً ان القيد أو الشرط الأول والأهم, الذي اشترطه المشرع العراقي من خلال نصوص القوانين السالف ذكرها هو ضرورة تحقق مبدأ المعاملة بالمثل كشرط لجواز تملك الأجنبي للعقار في العراق والذي يُعد من الشروط الواجب توافرها لتملك الأجنبي للعقار في العراق, وهو ما ثبت تأييده من قبل محكمة التمييز العراقية في حكمها المرقم (33 / 74) بتأريخ 24 / 2 / 1974 [1].. والذي نص

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

على أنه (تملك الأجنبي للعقار في العراق يخضع لأحكام قانون تملك الأجنبي للعقار رقم (38) لسنة 1961 المعدل) والتي تتضمن ما يلي : (يجوز أن يتملك الأجنبي عقارا في العراق وفقا لقاعدة المعاملة بالمثل).

وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من قانون تملك الأجنبي العقار في العراق رقم (38) لسنة 1961 والتي قد تُثير الجدل حول الكيفية التي يتحقق فيها مبدأ المعاملة بالمثل مع دولة من الدول الأجنبية هذا من جانب, ومن جانب آخر حول الصورة التي أخذ بها المشرع العراقي في هذا الخصوص, إذا ما علمنا أن مبدأ المعاملة بالمثل قد يتحقق استنادا إلى مصدره أو شكله في ثلاث صور كما علمنا ذلك في المبحث الثاني (دبلوماسي – تشريعي – وواقعي أو فعلي).

وهناك من يعتقد [1]. ان (المشرع العراقي قد قصد من وراء نص المادة الأولى من القانون المذكور, ضرورة تحقق المعاملة الفعلية أو الواقعية بالمثل مع الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي طالب التملك), ويستدل هذا الرأي على ما ورد في الشطر الأخير من نص المادة (الأولى) التي نصت على (...وتضع وزارة العدل تعليمات بقواعد المقابلة بالمثل ...).

وإن كنا نتفق مع هذا الاعتقاد إلاّ اننا نختلف من حيث الاستدلال فالأَولى بالاستدلال أن يكون من نص المادة ذاته وتحديدا ما جاء فيها من نص (... فلا يجوز أن يملك من العقار في العراق إلاّ ما يجوز أن يملكه العراقي في ذلك البلد من حيث النوع والمساحة والاستعمال ...) فنوع العقار ومساحته واستعماله يتحقق بالضرورة في نطاق المعاملة الفعلية أو الواقعية وليس المعاملة الدبلوماسية أو التشريعية.

وبالعودة إلى نص المادة الأولى من قانون تملك الأجنبي العقار في العراق وتحديدا الشطر الأخير منها والذي نص على (... وتضع وزارة العدل تعليمات بقواعد المقابلة بالمثل ...) والتي يظهر منها ان المشرع العراقي قد ألقى عبء التحقق من ان تلك الدول تسمح أو تُجيز للعراقي فعلا بتملك العقار فيها على وزارة العدل حيث تقوم الأخيرة بهذه المهمة عن طريق مخاطبة وزارة الخارجية والتي من جانبها تتصل بمكاتب السفارات والقنصليات العراقية في تلك الدول للوقوف على حقيقة موقف تلك الدول وفيما إذا كانت تسمح أو تُجيز للعراقي بتملك العقار في أراضيها من عدمه, فإذا ورد الجواب تقوم بإشعار وزارة العدل بموقف تلك الدول في هذا الشأن, وعلى إثر ذلك الجواب تقوم وزارة العدل بإصدار التعليمات الخاصة وبيان أسماء الدول التي قد تحقق معها مبدأ المعاملة بالمثل ومن ثم تُجيز للأجنبي بتملك العقار في العراق بعد توافر الشروط الأخرى التي نص عليها القانون.[1]

جدير بالذكر ان هناك من يرى بأنه (لا يكفي وفقا لذلك, أن تكون تشريعات وقوانين الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي طالب التملك في العراق, تُجيز أو لا تمنع العراقيين من تملك العقارات في إقليمها بل يجب أن يتم التأكد فعلاً بأن العراقي يستطيع فعلاً أن يتملك العقارات في تلك الدولة الأجنبية, وذلك من خلال تسجيل العقار باسمه فعلاً ونقل ملكيته إليه, ودون الاعتداد بما تنص عليه القوانين واللوائح في تلك الدولة ...).[1]

وفضلا عما تقدم فقد تنبه المشرع العراقي - وهو أمر يُحسب له – إلى مسألة إمكانية تبدل أحكام القانون الأجنبي (سواء كان بإلغاء القانون الأجنبي أو تعديله) الأمر الذي قد يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المعاملة بالمثل, وذلك بعد تسجيل العقار باسم الأجنبي في العراق حيث نصت المادة (13/ 3) من قانون تملك الأجنبي العقار في العراق رقم (38) لسنة 1961 الملغي منه على الآتي : (على المتصرف المختص أو من يخوله وزير الداخلية من القائم مقام, أن يطلب إلى دائرة الطابو ببيع العقار الذي يملكه الأجنبي وفقا لقانون التنفيذ, إذا تحقق له أحد الأسباب الآتية : 1- ..., 2- ...,3- تبدل أحكام القانون الأجنبي بما يخل بقاعدة المقابلة بالمثل المنصوص عليها في هذا القانون, أو معاملة العراقيين في البلد الأجنبي معاملة تتنافى مع العمل بهذه القاعدة).

الطائفة الثانية : وهم رعايا وأبناء الدول العربية, فقد خصهم المشرع العراقي بقانون خاص. والقانون الخاص الذي نظم أمر تملك رعايا وأبناء الدول العربية, هو القانون رقم (5) لسنة 1955 والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (3546) في 1955/1/12 والخاص بتملك أبناء دول الجامعة العربية والإمارات العربية للعقار في العراق. وقد أكد المشرع العراقي على سريان ونفاذ هذا القانون, بموجب قانون تملك المواطنين العرب أموالاً غير منقولة في العراق رقم (72) لسنة 1978 والمنشور أيضا في جريدة الوقائع العراقية, بالعدد (651) في 1978/1/5, حيث نصت المادة الثالثة منه على انه (تبقى نافذة المفعول أحكام قانون تملك رعايا دول

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الجامعة العربية والإمارات العربية أموالا غير منقولة في العراق رقم (5) لسنة 1955).[1]

وجدير بالذكر ان القانون الخاص بتملك أبناء دول الجامعة العربية والإمارات العربية للعقار في العراق قد نصت المادة الأولى منه على أنه: (يُستثنى رعايا دول الجامعة العربية على أساس المقابلة بالمثل, ويستثنى أيضا رعايا دولة الإمارات العربية من القيود المفروضة على تملك الأجانب أموالاً غير منقولة في العراق) [1].. ويظهر من خلال هذا النص ان المشرع العراقي قد ميَز أو فرق بين حالتين:

الحالة الأولى : إذا كان الفرد الذي يطلب تملك العقار في العراق من رعايا إحدى دول الجامعة العربية ففي هذه الحالة ينبغي تحقق مبدأ المعاملة بالمثل مع الدولة التي ينتمي إليها العربي بجنسيته, وحينئذٍ لا يسمح له تملك العقار في العراق إلاّ إذا كانت دولته تعامل العراقي الذي يرغب بتملك العقار في إقليمها بالمثل, والذي يقف عند هذه الحالة يجد ان المشرع العراقي قد خَصَّ أبناء الدول العربية برعاية خاصة, من خلال إعفائهم من القيود المفروضة على تملك الأجنبي للعقار في العراق, إلاّ انه وفي ذات الوقت قد اشترط للإعفاء من هذه القيود, ضرورة وحتمية تحقق مبدأ المعاملة بالمثل أيضا, بمعنى أن تكون الدولة التي ينتمي إليها العربي بجنسيته, تعامل العراقي بالمعاملة نفسها من حيث الإعفاء من القيود المقررة في قوانينها وتشريعاتها المفروضة على الأجنبي فيما يخص تملكه للعقار في أراضها, وبذلك يظهر ان المعاملة بالمثل في هذه الحالة, لا ترد على موضوع (حق تملك العقار) في ذاته, كما هو الحال في حالة تملك الأجنبي غير العربي, بل يظهر ان المعاملة بالمثل في هذه الحالة ترد على (الإعفاء من قيود التملك المفروضة على الأجنبي). وهنا يكمن الاختلاف في شرط المعاملة بالمثل بين الحالتين, (المعاملة بالمثل كشرط لتملك الأجنبي غير العربي للعقار في العراق, والذي قررته المادة الأولى من قانون تملك الأجنبي للعقار, والمعاملة بالمثل كشرط لتملك العربي من رعايا دول الجامعة العربية للعقار في العراق, الذي قررته المادة الأولى من قانون تملك رعايا الدول والأقطار العربية في العراق).[1]

الحالة الثانية : إذا كان الفرد الذي يطلب تملك العقار في العراق من رعايا دولة الإمارات العربية المتحدة, ففي هذه الحالة يجوز له تملك العقار في العراق دون حاجة إلى تحقق مبدأ المعاملة بالمثل, شريطة أن يوافق مجلس الوزراء على ذلك..[1]

والسؤال الذي يُثار هنا, لماذا وضع المشرع العراقي قيد المعاملة بالمثل على رعايا دول الجامعة العربية ولم يضعه على رعايا دولة الإمارات العربية المتحدة (علامة استفهام) وما هي الحكمة في ذلك (علامة استفهام).

هناك مَن يُجيب عن هذا السؤال ونحن نؤيده بأنه (لا يوجد حكمة من وراء هذه التفرقة بين رعايا دول الجامعة العربية ورعايا دولة الإمارات العربية, والأرجح ان عدم دقة الصياغة القانونية كان السبب من وراء ذلك, وكان الأجدر أن يكون النص واضحا لا لبس فيه, حتى لا يكون هنالك محل للاجتهاد في الموضوع) .[1]

ومن كل ما تقدم نجد أن قيد أو شرط مبدأ المعاملة بالمثل يُعد عنصرا فعالاً ومؤثراً في إمكانية تملك الأجنبي للعقار في العراق ويمثل الركن الركين في عملية التملك, مع بعض الاستثناءات التي ترد في هذا المقام.

المبحث الثالث

شروط تملك الأجنبي للعقار في العراق وأثر الاستثمار فيه

ان للملكية العقارية آثاراً وأبعادا لا تقتصر على الجانب القانوني فحسب بل تتعداه إلى جوانب أخرى اقتصادية واجتماعية وسياسية, ذلك ان الملكية يمكن ان تستخدم كأداة مؤثرة في عجلة الاقتصاد الوطني سلبا كان ذلك أم ايجابا. وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين, نتناول في المطلب الأول شروط تملك الأجنبي للعقار في العراق وفي المطلب الثاني نبحث في أثر استثمار الأجنبي في تملك العقار في العراق.

المطلب الأول

شروط تملك الأجنبي للعقار في العراق

ان الحديث عن شروط تملك الأجنبي للعقار في العراق يقتضي منا البحث عن هذه الشروط في نطاق قانون تملك الأجنبي العقار

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

في العراق رقم (38) لسنة 1961 والنافذ في 15 آب عام 1961 [1].. والأصل في هذا القانون انه لم يجوز للأجنبي بتملك العقار في العراق بأي سبب من أسباب التملك إلاّ بعد توافر الشروط التالية:

مبدأ المعامل بالمثل : يأتي في مقدمة الشروط الواجب تحققها لكي يتمكن الأجنبي من تملك العقار في العراق هو وجود مبدأ المعاملة بالمثل, وقد نص على هذا الشرط قانون تملك الأجنبي العقار في العراق رقم (38) لسنة 1961 في المادة (الأولى) منه والتي نصت على ما يلي : (يُعامل الأجنبي في حق الملكية وفي المعاملات التصرفية التي ترد على العقار بما يُعامل به العراقي في بلد ذلك الأجنبي وفقا لقاعدة المقابلة بالمثل, فلا يجوز أن يملك من العقار في العراق إلاّ ما يجوز أن يملكه العراقي في ذلك البلد من حيث النوع والمساحة والموقع والاستعمال ووفقا لما نص عليه في هذا القانون, وتضع وزارة العدل تعليمات بقواعد المقابلة بالمثل).

وقد تم وضع هذه التعليمات بالفعل, فقد حددت المادة (الثانية) من تعليمات الطابو رقم (588) بشأن قواعد المعاملة بالمثل والمُبلغة بكتاب وزارة العدل لسنة 1962, فجاءت هذه التعليمات موضحة لشروط المعاملة بالمثل من حيث مساحة العقار ونوعيته وموقعه والذي يمكن أن يملكه الأجنبي في العراق, بنفس المساحة والنوعية والموقع وبقية الأوصاف الأخرى التي تُجوز دولته للعراقي التملك فيها في بلاده. ولا يمكن أن يملك الأجنبي بأكثر مما يسمح قانونه للعراقي. والمعاملة بالمثل بالضرورة هنا هي المعاملة الثابتة واقعيا, أي بما تعمل به وتنفذه دولة الأجنبي في بلاده.[1]

كما تم النص في هذا القانون إضافة إلى شرط المعاملة بالمثل على شروط أخرى ينبغي توفرها في الأجنبي الذي يُريد تملك العقار في العراق أو أن يشترك في مزايدة بيع عقار بشرط موافقة وزير الداخلية نصت عليها المادة (الرابعة) من قانون رقم (38) لسنة 1961 والتي تقضي بأنه : (لا يجوز ان يملك الأجنبي عقارا في العراق بأي سبب من أسباب التملك ولا أن يشترك في مزايدة بيعه, إلاّ بعد توفر الشروط التالية وإستحصال موافقة وزير الداخلية:

1- سبق الإقامة في العراق مدة لا تقل عن سبع سنوات.
2- عدم وجود مانع إداري أو عسكري.
3- أن لا يكون قريبا من الحدود العراقية بما يقل عن ثلاثين كيلو مترا.
4- أن لا يكون العقار أرضاً زراعية أو أرضاً أميرية مهما كان نوعها ويشمل ذلك تفويض الأراضي وإفراغها بطريق الانتقال أو أي سبب آخر.(فضلاً عن الشروط المتقدمة ينبغي إستحصال موافقة وزير الداخلية على تملك الأجنبي للعقار في العراق وهذا يعني أن لوزارة الداخلية الحق في عدم الموافقة على التمليك رغم توافر الشروط المتقدمة التي وردت في المادة (الرابعة) من القانون المذكور.

وقد حدد قانون تملك الأجنبي العقار في العراق رقم (38) لسنة 1962 في المادة (الخامسة) منه الأموال غير المنقولة التي يجوز للأجنبي أن يتملكها في العراق فحددتها بدار واحدة, وأوضحت المادة (الخامسة) من تعليمات الطابو رقم (588) أوصاف تلك الدار حيث تقدر سعتها تبعا لمركز الفرد الأجنبي المالي والاجتماعي وعدد أفراد أُسرته, ومحلا للعمل إذا كانت له مهنة يزاولها بنفسه, كما أوضحت المادة (الخامسة) من التعليمات المذكورة أوصاف محل العمل حيث تقدر سعة محل العمل تبعاً لنوع المهنة وموقع العمل ورأس المال وعدد العمال بعد استشارة وزارة الخارجية. وزيادة في الحيطة والحذر جاء في آخر الفقرة (الأولى) من المادة (الخامسة) من القانون المذكور اعتبار الحصة الشائعة حصة تامة لهذا الغرض.[1]

ثم صدر قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل [1], وقد تم تخصيص الفصل الخامس كله إلى تسجيل العقار باسم الأجنبي المواد من (154- 158) وقد حددت المادة (2/154) منه شروط تسجيل العقار الكائن ضمن حدود البلدية باسم الأجنبي وفقا للشروط التي وردت فيها. فقد جاءت هذه المادة من قانون التسجيل العقاري لتؤكد الشروط الواردة في المادة (الرابعة) من قانون تملك الأجنبي العقار في العراق رقم (38) لسنة 1961. مع إضافة بعض الشروط الجديدة.[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الثاني

أثر استثمار الأجنبي في تملك العقار في العراق

سعى المشرع العراقي في قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل إلى اعتناق ما يُسمى بسياسة الانفتاح الاقتصادي, وهي السياسة التي تهدف إلى تشجيع قدوم المستثمر الأجنبي إلى الأراضي العراقية, والمساهمة على هذا النحو في تنفيذ برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

ومن غير الدخول في الجدل القائم بين الاقتصاديين حول الجدوى الحقيقية للاعتماد على الاستثمارات الأجنبية في تحقيق التنمية الاقتصادية في الدول المضيفة لهذه الاستثمارات, وما إذا كان من الخير بدلاً من ذلك الاعتماد على الادخار الوطني في تحقيق التنمية الداخلية, فإن الأمر الذي لا شك فيه هو أن تشجيع قدوم (المستثمر الأجنبي ورؤوس الأموال الأجنبية) يمكن أن يؤدي دوراً هاماً ومحموداً بالنسبة للدول المتلقية أو المستقبلة لهذه الأموال فيما لو تم ذلك في المجالات التي تخدم التنمية في هذه الدول وفي نطاق لا يؤدي إلى السيطرة الأجنبية على الاقتصاد الوطني من جانب ولا يُنقص في ذات الوقت من القدرة الذاتية للادخار القومي على المساهمة في التنمية الاقتصادية من جانب آخر.[1]

وقد صدر قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 وتضمن في المادة (العاشرة) منه حق المستثمر الأجنبي بالاحتفاظ بالأرض بمقابل يُحدد بينه وبين مالك الأرض دون المضاربة بالأرض ووفق ضوابط تضعها الهيئة الوطنية للاستثمار وبموافقة مجلس الوزراء. ثم جاء التعديل لهذا القانون بموجب القانون رقم (2) لسنة 2010[1], وفي المادة (10/ ثانياً / أ) منه حيث أجازت للمستثمر الأجنبي بتملك الأراضي والعقارات العائدة للدولة والتي نصت على أنه : (أ- للمستثمر العراقي أو الأجنبي حق تملك الأراضي والعقارات العائدة للدولة ببدل تُحدد أُسس احتسابه وفق نظام خاص وله حق تملك الأراضي والعقارات العائدة للقطاعين المختلط والخاص لغرض إقامة مشاريع الإسكان حصراً).

ومن أسباب صدور هذا القانون (التعديل) هو من أجل تهيئة المناخ المشجع لقدوم المستثمر الأجنبي خاصة في قطاع الإسكان وإزالة المعوقات القانونية التي تعترض سبيله الأمر الذي ينعكس إيجاباً على عملية التنمية الاقتصادية ..[1]

وهناك من يجد أن المشرع العراقي في قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل قد ميز في المعاملة بين المستثمر العراقي والأجنبي على أساس معيار شخصي وهو جنسية المستثمر لا على أساس معيار موضوعي وهو طبيعة رأس المال المُستثمر, لذلك فإن هذا الرأي يرى بأنه كان من الأجدر على المشرع العراقي أن يُحدد الصفة الأجنبية للاستثمار, من خلال أجنبية رأس المال لا الصفة الأجنبية للمستثمر, لأن في هذا التوجه كما يرى هذا الرأي تشجيع الوطنيين وكذلك الأجانب على جذب رؤوس الأموال الأجنبية إلى العراق, وأن اعتماد المعيار الشخصي سيجعل الأجنبي الذي يستثمر رأس مال موجود أصلا في العراق في معاملة أفضل من المستثمر العراقي الذي يبتغي جلب رؤوس أموال له خارج العراق..[1]

ومن كل ما تقدم وفي سياق الحديث عن تملك الأجنبي للعقار في العراق نجد أن استثمار الأجنبي في العراق وخضوع استثماره فيه لقانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 المعدل ينتج عنه أثر هام وخطير وهو السماح أو الجواز له بتملك الأراضي والعقارات العائدة للقطاعين المختلط والخاص لغرض إقامة مشاريع الإسكان حصراً, وهو بلا شك يُعد ميزة للمستثمر الأجنبي وحافز له على الاستثمار في العراق.

المبحث الرابع

الإجراءات القانونية المتبعة في تسجيل العقار باسم الأجنبي في العراق

تناولنا في المطلب الأول من المبحث الثالث شروط تملك الأجنبي للعقار في العراق, وهي تمثل القواعد الموضوعية للتملك, وحيث أن تملك الأجنبي للعقار لا يكتمل إلاّ بتطبيق القواعد الشكلية أيضاً, من خلال إجراءات قانونية وردت في قانون تملك الأجنبي العقار في العراق وتعليمات الطابو الصادرة بموجبه, فضلاً عن الإجراءات القانونية التي نص عليها قانون التسجيل العقاري, ولا يقف

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الأمر عند ذلك الحد, فقد ترد موانع قانونية تحول دون تسجيل العقار باسم الأجنبي .

ومن كل ما تقدم سنقسم هذا المبحث على مطلبين يتضمن المطلب الأول آلية تسجيل العقار باسم الأجنبي في العراق والمطلب الثاني نخصصه إلى الموانع التي تحول دون تسجيل العقار باسم الأجنبي.

المطلب الأول

آلية تسجيل العقار باسم الأجنبي في العراق

حدد قانون تملك الأجنبي العقار في العراق والتعليمات الصادرة بموجبه, وكذلك قانون التسجيل العقاري الإجراءات القانونية لتسجيل العقار باسم الأجنبي في العراق, ويبدو أنها تمر بثلاث مراحل نتناولها تباعاً:

1 -قيام الأجنبي بتقديم طلب التسجيل : تقضي المادة (1/58) من قانون العقاري التسجيل رقم (43) لسنة 1971 [1]. بأنه : (يُقدم طلب التسجيل باسم الأجنبي بموجب استمارة خاصة يتعهد فيها بأن تسجيل العقار باسمه لا يتعارض مع الحد القانوني للملكية العقارية المسموح تسجيله باسمه أو باسم زوجته أو أولاده الذين هم دون سن الثامنة عشرة من العمر).

وبذلك فإن النص المتقدم, قد أوجب عل الأجنبي بملأ الاستمارة الخاصة بذلك وهي استمارة مُعدة سلفاً من قبل مديرية التسجيل العقاري العامة , والاستمارة هذه هي نموذج (26 تسجيل عقاري) وذات وجهين الوجه الأول يتضمن المعلومات التي تخص طالب التسجيل (كالمهنة ومحل الإقامة الدائم وجنسيته مع أوصاف العقار وسبب التملك – شراء عقار أم أرث – والغرض من التملك وما يملكه الزوج والولد دون الثامنة عشرة من عقارات أخرى على وجه الاستقلال أو الشيوع وتوقيع الأجنبي وتعهده بأن تسجيل العقار باسمه لا يتعارض مع الحد القانوني للملكية العقارية المسموح تسجيله باسمه أو باسم زوجته أو أولاده الذين هم دون الثامنة عشرة)..[1]

2 -تدقيق الإستمارة وتصديقها : أما الوجه الثاني من استمارة التسجيل العقاري (نموذج 26) فهو مقسم إلى قسمين الأول منهما يتضمن المعلومات التي ينبغي تأييدها من قبل دائرة التسجيل العقاري المختصة, وهو أيضاً بدوره مقسم إلى حقلين : الأول منهما مخصص لأوصاف العقار بمجمله, والثاني مخصص لنتائج تدقيق المعلومات الواردة في الاستمارة, ودائرة التسجيل العقاري تقوم بعد تقديم الاستمارة إليها, بتدقيق المعلومات المتعلقة بالعقار في السجل وإضبارة العقار فتقوم بتصديقها إذا وجدتها مطابقة ولا توجد موانع تحول دون التسجيل, والتصديق هنا يحصل بتوقيع الاستمارة من قبل رئيس الدائرة مع وضع ختم الدائرة عليها. أما إذا وجدتها غير مطابقة أو ناقصة فتكلف طالب التسجيل بإكمالها ليتسنى لها المصادقة عليها حسب الأصول..[1]

3 -إستحصال موافقة السلطات المختصة : بعد مصادقة رئيس دائرة التسجيل العقاري على صحة البيانات الواردة في الاستمارة تُرسلها مع استمارة التسجيل وترفق معها الوثائق الأخرى كوثيقة إقامة الأجنبي أو الوكالة أو القسام إلى المحافظة لتقوم بدورها باستحصال موافقة جميع الجهات المعنية..[1]

أما الوجه الثاني من استمارة التسجيل العقاري وهي (نموذج 26) فانه خاص بتأييد السلطات أو الجهات المختصة الأخرى, وهي تتضمن ستة حقول : أولها مخصص لتأييد دائرة البلدية يتضمن تأييد الدائرة المذكورة بوقوع العقار ضمن حدودها الإدارية, وثانيها, لتأييد المحافظ أو من يخوله قانونا كون العقار يَبعُد عن الحدود بما لا يقل عن ثلاثين كيلومترا, وثالثها مخصص لتأييد وزارة الخارجية أو أية جهة أخرى مخولة بالتحقق من توافر مبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لدولة طالب التسجيل, ورابعها لتأييد السلطة العسكرية بعدم وجود مانع من التسجيل باسم الأجنبي, وخامسا لتأييد المحافظ بعدم وجود مانع إداري من التسجيل, وسادسا لموافقة وزير الداخلية على التسجيل..[1]

وبعد الحصول على الموافقات أعلاه وتصديقها من قبل الجهات المعنية يتم إعادتها إلى دائرة التسجيل العقاري المختصة لتقوم الأخيرة بتسجيل العقار باسم الأجنبي.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

جدير بالذكر انه ينبغي ملاحظة ان معاملة تسجيل العقار باسم الأجنبي تخضع أيضاً لبقية الإجراءات والمراسيم الأخرى المقررة في قانون التسجيل العقاري والقوانين الأخرى والتي يجب مراعاتها في معاملات تسجيل العقار باسم العراقي كإجراء الكشف على العقار من قبل دائرة التسجيل العقاري والبلدية وتصديق الجهات المختصة بالضرائب واستيفاء الرسوم كأية معاملة تتعلق بتسجيل العقار باسم العراقي.[1]

وفي حالة رفض طلب الأجنبي بتملك العقار أو تسجيله باسمه, فلا يجوز النظر في طلبه مرة أخرى إلاّ بعد مضي سنة كاملة على تأريخ رفض طلبه, وهذا ما نصت عليه المادة (9) من قانون تملك الأجنبي العقار في العراق رقم (38) لسنة 1961 المعدل.

وقد تتحقق بعض الوقائع بعد تسجيل العقار باسم الأجنبي في إحدى دوائر التسجيل العقاري كزوال السبب أو الصفة التي جاز للأجنبي بها تملك العقار أو ترك الأجنبي العراق مدة سنتين متواليتين أو تبدل أحكام القانون الأجنبي بما يخل بقاعدة المعاملة بالمثل المنصوص عليها في القانون المذكور أو معاملة العراقيين في البلد الأجنبي معاملة تتنافى مع العمل بهذه القاعدة أو تملك الأجنبي عقاراً يزيد على النصاب المحدد له في القانون المذكور. فما هو الإجراء المناسب الذي يمكن فرضه أو اتخاذه في مثل هذه الحالات (علامة استفهام) أجاب عن ذلك قانون تملك الأجنبي العقار في العراق رقم (38) لسنة 1961 المعدل في المادة (13) منه وهو قيام دائرة التسجيل العقاري المختصة ببيع ذلك العقار وفق أحكام قانون التنفيذ بناءً على طلب المتصرف المختص أو من يخوله وزير الداخلية من القائم مقام.

علماً انه في الفرض الأخير وهو تملك الأجنبي عقاراً يزيد على النصاب المحدد له في القانون فهنا يختار الأجنبي العقار الذي يستبقيه ويُباع ما زاد على النصاب بحكم المادة والقانون المُشار إليهما.

أما إذا قدم الأجنبي عند تسجيل العقار تعهدا باسمه يتضمن عدم تملكه في العراق أكثر مما هو محدد له في المادة (الخامسة) من القانون والتي سبق بيان أحكامها, وتبين انه قد أخفى عقاراً آخر يزيد على ما يسمح له بتملكه, فيعاقب بغرامة لا تزيد على مائتي دينار, فضلاً عن بيع العقار وفق أحكام قانون التنفيذ, وهي بالتأكيد عقوبة لا تتناسب مع حجم الفعل المرتكب والتي ينبغي إعادة النظر فيها عند قيام المشرع العراقي بتشريع قانون جديد يرتبط بتملك الأجنبي للعقار في العراق.

جدير بالذكر ان المشرع العراقي كان يستثني العربي من شروط ومراسيم تسجيل العقارات بأسماء الأجانب إلاّ انه وفي ذات الوقت لا يساويهم بالمواطنين العراقيين, كما يميز فيما بينهم وبين الكويتيين وغيرهم من رعايا الدول والإمارات العربية. وهو الأمر الذي يدعو الباحث إلى ان يقترح على المشرع العراقي إلى تشريع قانون تملك الأجنبي العقار في العراق يوحد فيه بين شروط وإجراءات تسجيل العقار بين الأجنبي والعربي في آن واحد وفي ظل قانون واحد ليتم إلغاء جميع القوانين والقرارات السابقة والتي صدرت خلال حقب زمنية مختلفة ولكثرتها وتشعبها وعدم قابليتها لمواكبة التطورات الحاصلة في البلد وعلى مختلف الأصعدة, فقد تربك العمل بها من قبل الجهات المعنية أو تعديل قانون التسجيل العقاري النافذ ليتضمن ما تقدم.[1]

المطلب الثاني

موانع تسجيل العقار باسم الأجنبي في العراق

ان حق الأجنبي في تملك العقار في العراق وتسجيله باسمه ليس بحق مطلق بل لا بد من شروط تحدثنا عنها سابقا, كما ان الحق مقيد ومحدد بالنسبة للعقارات التي تؤول له بأي سبب كان, فقد يمنع المشرع من انتقال بعض العقارات إلى الأجنبي لأسباب مختلفة. وفي ضوء ما تقدم سنقسم هذا المطلب على ثلاث فقرات نبين في الفقرة الأولى موانع تسجيل العقار باسم الأجنبي وفي الفقرة الثانية نوضح كيفية إبطال التسجيل والفقرة الأخيرة نعقدها لانتقال العقار لورثة المتوفى.

أولاً : موانع تسجيل العقار باسم الأجنبي

ان الأراضي الأميرية التي تؤول للأجنبي بأي سبب من أسباب التملك تظل أرضاً أميرية ويجب تسجيلها باسم الدولة ولا يجوز تسجيلها باسم الأجنبي مهما كان نوع تلك الأراضي (مفوضة بالطابع, ممنوحة باللزمة, صرفة) [1].. وهذا الحكم ورد في المادة (12)

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

من قانون تملك الأجنبي العقار في العراق رقم (38) لسنة 1961 المعدل والتي نصت غلى انه : (تعتبر الأرض الأميرية – مهما كان نوعها- التي تؤول إلى الأجنبي بأي سبب كان أرضاً أميرية تُسجل باسم الدولة ...), وهو ذات الحكم الذي تضمنته المادة (2/1/191) من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل فقد نصت على انه : (1- يُشترط أن يكون أصحاب حق الانتقال من العراقيين فإن كان قسم منهم لا يحمل الجنسية العراقية فينحصر انتقال حق التصرف بالعراقيين منهم. 2- إذا كان جميع أصحاب حق الانتقال من غير العراقيين فتعتبر الأرض الأميرية منحلة وتسجل باسم وزارة المالية).

فضلاً عن ذلك فان القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل كان قد منع من قَبل انتقال الأراضي الأميرية بين مختلفي الدين ولا بين عراقي وأجنبي بموجب المادة (1199) والتي نصت على انه (لا يثبت حق الانتقال ما بين المختلفين في الدين ولا بين عراقي وأجنبي).

أما إذا كانت الأراضي زراعية فانه يجب ان تنتقل ملكيتها إلى عراقي خلال المدة التي حددتها المادة (12) من قانون تملك الأجنبي العقار في العراق رقم (38) لسنة 1961 المعدل والتي نصت على انه : (... أما إذا كانت أرضاً زراعية مملوكة فيجب نقل ملكيتها إلى عراقي خلال سنة من تأريخ أيلولتها إلى الأجنبي ...) [1].,فإذا انقضت المدة ولم يتم نقل الملكية إلى عراقي فتطبق أحكام المادة (الثالثة عشرة) من القانون المذكور والتي سبق توضيحها.

ثانياً : إبطال تسجيل العقار باسم الأجنبي

يُقصد بإبطال التسجيل, إلغاء حكم التسجيل وعده كأن لم يكن وإعادة الوضع القانون للعقار إلى الحالة التي كان عليها قبل التسجيل المُبطل, إذا جرى خلافا لأحكام القانون استناداً إلى وثائق غير قانونية يتعذر إصلاحها ..[1]

وبذلك فإن الأجنبي الذي يقوم بتسجيل العقار باسمه بطريقة مخالفة لأحكام قانون تملك الأجنبي العقار في العراق مثل عدم توفر الشروط القانونية التي نصت عليها المادة (الرابعة) منه, أو ان ملكيته للعقار قد تجاوزت الحد المسموح به في القانون المادة (الخامسة), أو آلت إليه أرضاً أميرية أو زراعية المادة (12), فهنا يُعد مثل هذا التسجيل باطلاً, ويتم إبطاله بقرار يصدر من وزير العدل بناءً على تقرير من المدير العام للتسجيل العقاري .[1]

ثالثا : انتقال ملكية العقار للأجنبي عن طريق الميراث أو الوصية

ان تملك الأجنبي للأموال غير المنقولة في العراق عن طريق الميراث أو الوصية قد مر بمراحل طويلة ومختلفة ولكل منها ظروفه الخاصة .[1]

وعندما صدر قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (78) لسنة 1931, سارت المحاكم العراقية أول الأمر على الأخذ باختلاف الدار مانعاً من الإرث. وكانت تُفسر المحاكم اختلاف الدار بأنه الانتماء إلى دولة ليس بينها وبين العراق علاقات صداقة وتعاون, ثم ذهبت المحاكم العراقية حينها إلى مبدأ اختلاف الدار باختلاف الجنسية, وهو ما أخذت به محكمة تمييز العراق في قرارها المرقم (1932/148) في 1932/3/26 من أن المراد من ذلك هو الاختلاف في الجنسية.[1]

فضلاً عن ذلك ان المادة (5) من قانون الأحوال الشخصية للأجانب المُشار إليه قد قضت بأن اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة والأملاك الصرفة وذلك إذا كانت قوانين الأجنبي تقرر هذا الحق للعراقي.

بعد ذلك صدر القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 فسمحت المادة (22) منه بهذا الحق حيث نصت على انه : (أ- اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث في الأموال المنقولة والعقارات, غير ان العراقي لا يرثه من الأجانب إلا من كان قانون دولته يورث العراقي منه).

وقد صدر قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل فنظم مسألة تسجيل العقار باسم الأجنبي الوارث في المادة (1/188) حيث نصت على انه : (1- يجوز تسجيل حق الإرث عند اختلاف جنسية المورث والورثة ويكون التسجيل باسم الوارث الأجنبي من مورث عراقي استنادا لمبدأ المقابلة بالمثل). وفي الفقرة الثانية من النص المذكور أشار إلى ان تسجيل الإرث باسم الأجنبي يخضع إلى القيود القانونية التي حددها قانون تملك الأجنبي العقار في العراق رقم (38) لسنة 1961 المعدل فنصت على انه : (2-

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

يخضع تسجيل الإرث باسم الأجنبي إلى القيود القانونية المفروضة على تملك الأجنبي العقار في العراق).

فضلاً عن ذلك ان مسألة تسجيل الميراث الذي أشارت إليه المادة السابقة من قانون التسجيل العقاري يتم بموجب قسام شرعي أو حكم قضائي صادر من المحكمة المختصة ومكتسب الدرجة القطعية يُعين الورثة ويحدد أنصبتهم من الميراث, أما إذا كان الحكم صادراً من محكمة أجنبية فلا يمكن تسجيله ما لم يصدر بشأنه قرار التنفيذ الذي ينبغي أن يصدر من محكمة عراقية مختصة. وهذا ما نصت عليه المادة (86)من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 حيث قضت بأنه : (إذا استند طالب التسجيل إلى حجة شرعية أو حكم صادر من محكمة غير عراقية تتعلق بالأحوال الشخصية لغير العراقيين فلا يمكن قبولها ما لم تصادق محكمة عراقية على موافقتها للقانون العراقي).

أما بالنسبة للوصية فقد بينتها المادة (2/23) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل فهي تقضي بأنه : (تطبق القوانين العراقية في صحة الوصية بالأموال غير المنقولة الكائنة في العراق والعائدة إلى متوفى أجنبي وفي كيفية انتقالها). ثم جاء قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل ليؤكد المعنى السابق فنصت المادة (71) منه على انه : (تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به في اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل).

وأخيراً وفيما يتعلق بالوصية فنُشير إلى مسألة فيما إذا كان الموقوف عليه أو الموصى له جهة أجنبية خارج العراق فهنا لا يجوز تسجيلهما استناداً إلى أحكام المادة (157) من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 التي نصت على انه : (لا يجوز تسجيل الوقف أو الوصية على العقار المسجل باسم الأجنبي إذا كان الموقوف عليه أو الموصى له جهة أجنبية خارج العراق).

وبذلك نجد ان أحكام الميراث والوصية للأموال غير المنقولة (العقارات) المتعلقة بالأجنبي جاءت هذه الأحكام هي أيضا متناثرة بين عدة قوانين كقانون الأحوال الشخصية للأجانب والقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية العراقي وقانون تملك الأجنبي العقار وقانون التسجيل العقاري. الأمر الذي يستدعي لملمة شتاتها في قانون جديد وعصري يواكب التطور الحاصل على مختلف الصُعد ويلبي الطموحات التي يتطلبها الاستثمار.

الخاتمة

في نهاية بحثنا هذا نوجز فيما يلي أهم الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا إليها:

أولا / الاستنتاجات

1 -أصدر المشرع العراقي خلال الحقب الزمنية المتعاقبة العديد من القوانين والقرارات التي عالجت موضوع تملك الأجنبي للعقار في العراق.

2 -ان مبدأ المعاملة بالمثل يمثل موقفا وسطا بين حلين متناقضين في معاملة الأجانب هما إما الاعتراف غير المقيد للأجانب بحق التملك أو منع الأجانب من تملك العقار في الدولة.

3 -أن قيد أو شرط مبدأ المعاملة بالمثل يُعد عنصرا فعالا ومؤثرا في إمكانية تملك الأجنبي للعقار في العراق ويمثل الركن الركين في عملية التملك, مع بعض الاستثناءات التي ترد في هذا المقام.

4 -ان المشرع العراقي ميَز بين طائفتين في أمر تملك الأجنبي للعقار في العراق الطائفة الأولى تتمثل بالأجانب من غير رعايا الدول العربية, أما الطائفة الثانية فهم رعايا وأبناء الدول العربية.

5 -من خلال استقراء واقع القوانين والقرارات المرتبطة بتملك الأجنبي للعقار في العراق نجد أن شروط التملك لم ترد في قانون واحد بل تناثرت في العديد من القوانين والقرارات.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثانيا / المقترحات

1 -نقترح على المشرع العراقي عند تشريعه لقانون ينظم تملك الأجنبي للعقار في العراق أن يستعمل مصطلح مبدأ المعاملة بالمثل بدلا من مصطلح المقابلة بالمثل الذي استخدمه في العديد من القوانين محل الدراسة, وذلك للفرق الواضح بين المصطلحين من حيث المعنى.

2 -نقترح على وزارة العدل أن تأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل الثابتة واقعيا وليس الثابتة دبلوماسيا أو تشريعيا لتملك الأجنبي للعقار في العراق , وأن يرد نص خاص في التعليمات التي تضعها بعد صدور قانون جديد يسمح للأجنبي بتملك العقار في العراق.

3 -نقترح على المشرع العراقي سن قانون جديد يسمح بتملك الأجنبي للعقار في العراق وفق شروط وضوابط جديدة ووفق رؤية عصرية آخذا بنظر الاعتبار مبدأ المعاملة بالمثل الثابتة واقعا.

4 -ضرورة وضع مصالح العراق العليا الاقتصادية والاجتماعية والسياسية نصب عين المشرع العراقي وهو يقوم بسن قانون جديد يسمح بتملك الأجنبي للعقار سواء أكان الاستثمار في مشاريع الإسكان أو في غيرها.

5 -نقترح على وزارة العدل وضع ومسك سجلات تتضمن عدد الوحدات العقارية المسجلة بأسماء الأجانب مع بيان جنسها ومساحتها والغرض المخصص لها وجنسية مالكها, مع مراجعة دورية لهذه البيانات.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التنظيم القانوني للايصاء الالكتروني- دراسة مقارنة

أ.د. حيدر حسين كاظم الشمري
كلية القانون – جامعة كربلاء

م.م. هدى نجيب عباس الشامي
رئاسة جامعة كربلاء

المقدمة

موضوع البحث

تناولت هذه الدراسة البحث في موضوع أحكام الايصاء الالكتروني، الذي يعتبر وليد الحياة الرقمية، فقد أدى التطور الرقمي على المستوى العالمي الى زيادة ارتباط الإنسان بها، فأصبح معظم سكان هذا العالم يملكون الحسابات الرقمية ومنها البريد الالكتروني، أو على منصات التواصل الاجتماعي منها الفيس بوك وغيرها، ونتيجة أن حياة الإنسان بمجملها بما تحتويه من أعمال وأفكار وعلاقات أصبحت موجودة في هذا العالم الافتراضي، فقد دفع هذا الأمر الورثة بعد وفاه مورثهم لمطالبة الولوج الى هذه الحسابات بناء على رضا القائم بالايصاء الى الموصى له ، وعليه يعتبر الايصاء الالكتروني من أهم المواضيع القانونية التي طرحت للدراسة في السنوات الأخيرة، بما شكله هذا الموضوع من جدل فنهي وقانوني ومجتمعي بل وعد من القضايا المعاصرة المهمة التي تحظى بعناية ونقاش كبير حول العالم في كثير من الهيئات والمنظمات العالمية من قبل سنوات وإلى الآن النقاش قائم فيها، ولكنها لم تحظ في البلدان العربية بنفس الاهتمام الذي لقيته في الأوساط العالمية بالرغم من قوة سيطرة الإنترنت على حياة الفرد العربي؛ حيث أصبح الإنترنت عاملاً مهما في حياة الناس.

أهمية البحث

اعتدنا الحديث عن الوصية بمفهومها التقليدي وهي في الأصل محل خلاف وقد ذهب جمهور الفقهاء ومنهم أصحاب المذاهب من الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية والجعفرية الى أن الوصية ليست فرضا على كل من ترك مالا ، وليست واجبا للأقربين غير الوارثين ، بل الأصل فيها أنها مستحبة ، ندب إليها الشارع برا للأقربين وصدقة على المحتاجين ، إلا أن الحياة الرقمية اليوم، قادتنا للتطرق والحديث عنها وفقاً، للمفهوم الحديث في العصر الرقمي، بسبب تزايد استعمال منصات الفضاء الالكتروني وشبكات الاتصال المهمة التي أدت إلى زيادة عدد مستخدميها بصورة سريعة ومستمرة؛ مثل : مواقع التواصل الاجتماعي والتجاري والثقافي والسياسي وتقنية الهواتف الذكية، وما تحمله من حسابات وتطبيقات ومستندات وغيرها، وتبرز الاهمية في هذا البحث من دراسة الأبعاد القانونية لمصير هذه المظاهر الرقمية بعد وفاة مستخدميها خاصة ما يتعلق باليصاء الالكتروني كونه موضع جدل بين الفقهاء والباحثين، وتمثل هذا الجدل في استظهار الجوانب القانونية بشقيها الموضوعية والاجرائية، التي تحكم مسألة مصير الموجودات الإلكترونية التي تتميز بالخصوصية، والوسائل المتخذة لحمايتها.

اشكالية البحث

أصبحت المواقع الالكترونية منبرا لكثير من الناس الذين اتخذوا منها وسطاً لبث أفكارهم ونشر الأخبار فضلاً عن التداول المالي والتجاري ، ونتيجة لهذا التطور أطلق على هذا العصر، العصر الرقمي، وهذا التطور في الجانب الرقمي أدى إلى ظهور الكثير من التحديات القانونية التي لم تنظم في القوانين السارية في الوقت الحالي؛ ومنها الميراث والايصاء الالكتروني، و محور تنظيم النشاط الرقمي للشخص في حال حياته، ومصير الموجودات الالكترونية التي يملكها الشخص إذ أظهر ما يسمى بالمال القانوني للأصول

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

والحسابات الرقمية للشخص بعد وفاته، هذا المفهوم الحديث الذي ظهر نتيجة تداول هذه الحسابات بكثرة، أثار التساؤل حول وضع هذه الحسابات بعد وفاة مستخدميها، هل من الممكن الايصاء بها وهل الموصى لهم المستحقون هم نفس الموصى لهم التي أشارت إليها قوانيننا التقليدية وماهي الاموال التي يصح الايصاء بها (مادية – معنوية) وللاجابة على هذه التساؤلات جاءت هذه الدرسة الموجزة كمحاولة للاجابة عليها.

أهداف البحث

سعى البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

بيان وتوضيح مفهوم وأهمية الايصاء الالكتروني؛ وما يقترن به من مفاهيم أساسية للخدمات الالكترونية ومحاولة المساهمة في توفير مرجع متخصص حوله .

عرض الجوانب القانونية للميراث الالكتروني وعلاقته وفق الآراء الفقهية للمواضيع التي لم تأت بها هذه التشريعات، والبحث في مدى تطبيق هذه الجوانب في بلادنا العربية باعتبارها دول حديثة النشأة في هذا المجال.

بيان مدى توافق الايصاء الالكتروني مع مفاهيم الخصوصية؛ التي تفرضها المواقع الالكترونية،والتزام الموصى له بها من ثلاث محاور اهما مزودي الخدمة والموصى له والمصى به .

منهجية البحث

لتحقيق الغاية المنشودة من هذه الدراسة اتبعت المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال تحليل الايصاء الالكتروني، وعرض الأحكام الأساسية التقليدية للميراث وتطبيقها على الجانب الرقمي ومحاولة الموازنة فيما بينها.

خطة البحث

لغرض الاحاطة بموضوع الايصاء الكتروني قسمت البحث الى مبحثين تناولت في المبحث الأول مقهوم الايصاء الالكتروني وقد قسمته الى مطلبين المطلب الأول ماهية الايصاء الالكتروني اما المطلب الثاني اركان الايصاء الالكتروني وفي المبحث الثاني أحكام الايصاء الالكترونيتناولنا فيه في المطلب الاول اثبات الايصاء الالكتروني وخصصنا المطلب الثاني لاثار الايصاء الالكتروني وكان لنا خاتمة تضمن اهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم الايصاء الالكتروني

الوصية بشكل عام من أعظم ما شرعته الشريعة الغراء لأتباعها ، تدارك الإنسان بها ما كان قد فاته في حياته من أعمال البر والصلة والتي تكون له ذخرا في آخرته فضلا عن أهميتها في حياة الناس وتعاملاتهم اليومية، وحينما شرعتها حذرت من الغلو فيها والإضرار بها، وحين ظهر الإسلام كان الجنس البشري قد وصل إلى مرحلة فكرية متقدمة وكان قد خبر تشريعات متعددة ، وأصبح مؤهلا لاستيعاب مبادئ جديدة هي حصيلة ممارسات طويلة ، وعلى رأسها القضايا المتعلقة بكسب الأموال وانتقالها وإنفاقها فكانت قواعد الوصايا والميراث وغيرها والقيود التي وضعت على التصرف بالأموال ، ووصول الإنسان اليوم إلى عصر الحضارة العلمية والتكنولوجية وتوسع التعاملات الإلكترونية ودخول العصر الرقمي، الذي غيرت مفهوم الزمان والمكان، وفرض أنماطا جديدة من السلوك والثقافة والمعاملات، مما اثار تحديات واسعة النطاق لمنظومة المفاهيم السائدة عموما، والمفاهيم القانونية خصوصا. ومن بين هذه التحديات تلك المتصلة بالمال والحسابات الإلكترونية التي يستعملها أو يمكلها الشخص بعد وفاته ومنها موضوع بحثنا الإيصاء الالكتروني او الوصية الالكترونية والتي تتمتع بنفس الحجية القانونية للوصية الورقية وتهدف إلى تسهيل عملية إعداد الوصية، وتقليل الوقت والجهد على الموصي، كما أنها توفر إمكانية الاطلاع على الوصية في أي وقت ومن أي مكان فضلاً عن السهولة والمرونة فيمكن للموصي تحرير الوصية الإلكترونية وتعديلها حسب الحاجة، دون الحاجة إلى زيارة كاتب عدل ، كذلك السرعة فيمكن توثيق الوصية الإلكترونية في دقائق معدودة كذلك عامل الأمان حيث يتم تخزين الوصية الإلكترونية في بيئة آمنة، محمية من التزوير أو

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الضياع ، وتاسيساً على ما تقدم سنتناول في هذا المبحث ماهية الايصاء الالكتروني في المطلب الاول ونخصص الثاني لأركان الايصاء الالكتروني:

المطلب الأول

ماهية الايصاء الالكتروني

مع التقدم التكنولوجي الحديث وعصر الانترنت أصبحت النشاطات الإلكترونية التي يقوم بها الاشخاص سمة غالبة في حياتنا اليومية من إنشاء الحسابات والمدونات واستخدام التطبيقات الرقمية المختلفة وتعديلها وإلغائها وتبادل المواد والبيانات الرقمية وهذا ايضاً ينطبق على مسائل المواريث الرقمية ومنها الوصية والوصية بمفهومها الواسع سلوك اعتمده العقلاء في تحقيق الإستمرارية والتواصل بين الأجيال، فلاتقتصر ممارستها على الوصية بالمال والإملاك بل نراها تطول المبادئ والإعتقادات والتقاليد والقيم الأخلاقية والعرفية لتكون الوصية بمثابة حلقة اتصال تربط الماضي والتجربة الإنسانية من الجيل السابق إلى الجيل اللاحق من دون أن يحدث هذا الإنتقال أي ارباك في نظام الحياة وأية قطيعة أو طفرة في مسار المعرفة[1]، وقد استخدمت الوصية على مدى التاريخ في كل المجتمعات البشرية لأنها شكلت حلقة وصل واستمرار للتراث الإنساني والاجتماعي وقد أكد الشارع على استحباب الوصية ووجوبها وضبط تفريعاتها. وبين مبانيها وتحولت إلى حقيقة قانونية لتسهيل إنتقال الثروات وتوارث القيم والمعارف لهذا ولغرض التوسع في هذا المفهوم سنتناولها من خلال تعريفها لغة واصطلاحا في الفرع الاول اما الفرع الثاني نتطرق فيه الى الايجاب والقبول وعلى النحو الاتي :

الفرع الأول

التعريف بالايصاء الالكتروني

على الرغم من ان الوصية الالكترونية هي من المصطلحات اللغوية الحديثة ولكن لابد من تعريف الوصية واصلها اللغوي، ومعرفة ماهيتها في الاصطلاح وهذا ما سنبينه من خلال الفقرات التالية :

أولاً - الوصية لغة:

الوصبة في اللغة بمعنى" وصى أوصيت له بشيء وأوصيت إليه، إذا جعلته وَصِيكَ. والاسم الوصاية والوصاية بالكسر والفتح. وأوصيته ووصيته أيضاً تَوْصِيَةً بمعنى والاسمُ الوَصاةُ. وتواصى القوم، أي أوصى بعضهم بعضاً، وفي الحديث: اسْتَوْصوا بالنساء خيراً فإنَّهن عندكم عوان" [1]، وعرفت أيضاً " وصى الشيء بالشيء: وصله به ووصى النبت: اتصل وكثر. وأرض واصية النبات. وواصى البلد البلد واصله وأوصيت إلى زيد لعمرو بكذا ووصيت، وهذا وصيّي، وهم أوصيائي، وهذه وصيتي ووصاتي، وقبل الوصي وصايته، وهي مصدر الوصي. ومن المجاز: أوصيك بتقوى الله " ووصى بها إبراهيم بنيه " ووصيتك بفلان أن تبره وبأرضي أن تعمرها. واستوص بفلان خيراً .[1]"

وايضاً : "وَصَى الشيءُ وَصْياً: اتَّصَلَ وأَيْضاً وَصَلَ ونص الأصمعي : وَصَى الشيء يَصِي: اتَّصَلَ ووَصاهُ غيرُهُ يَصِيَه وَصَلَهُ: أَي فَهُوَ لازم متعد"[1] ، وأوصى له بشيء وأوصى إليه جعله وصيه [1]، وعلى هذا القياس فرق فقهاء الشريعة بين المتعدي باللام والمتعدي بألى فجاء في حاشية الدسوقي ما نصه :(يقال أوصيت له أي بمال وأوصيت إليه جعلته وصيا فهما مختلفان)0

ثانياً – الوصية اصطلاحاً وقانوناً

1 -في الشريعة الإسلامية

عرفها الحنفية: بأنها – أي الوصية – تمليك مضاف الى ما بعد الموت[1]بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة.[1]

وعرفها المالكية: بأنها عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعده.[1]

كما عرفها الشافعية بأنها: تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت ،وعرفها الحنبلية بأنها: الأمر بالتصرف بعد

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الموت[1]،وبمال المتبرع به بعد الموت .

وعرفها الأمامية بأنها: عهد من الموصي بما يتعلق ببعد موته سواء تعلق بتمليك الغير أو بفعل يتعلق بنفسه.[1]

2 -في القانون -:

نصت المادة 64 من قانون الأحوال الشخصية – العراقي - رقم 188 لسنة 1959 المعدل، الوصية بأنها : تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض ، وعرفها قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946في المادة الأولى بأنها : تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت.

وجاء في المادة 204 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية : الوصية تصرف على وجه التبرع مضاف الى ما بعد موت الموصي.[1]

ومهما يكن في الأمر يمكن تقسيم هذه التعاريف الى قسمين حسبما ضم بين طياته تمليك الغير أعيان أو منافع تلك الأعيان فقط ، كالحنفية والشافعية والحنبلية.اومع تمليك الغير للشئ ، إقامة شخص مقامه لتنفيذ فيما أوصى كالمالكية والشيعة والزيدية أنا عن تعريف الحنفية بوصفه يشمل ماهو الغالب في الوصية ، و استعملوا التمليك بمعنى واسع يشمل حق الملكية والانتفاع والإبراء، وان اثر الوصية مؤخر لما بعد وفاة الموصي وفيها تفريق عن الهبة، وإنها تبرع دون عوض مبدئيا: وجاء في قرار محكمة التمييز العراقية (...لايعتبر قرضا إقرار مورث المدعية ـ زوجها ـ بانه مدين إليها بمبلغ من المال على أن يستوفي من ثلث تركته بعد وفاته، وإنما يعتبر تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت وبحكم الوصية وفقا للمادة 64 من قانون الأحوال الشخصية...) [1]

وقانون الأحوال الشخصية في العراق سمى القسم الأول – الوصية – وتناولها في الفصل الاول من الباب الثامن، وسمى القسم الثاني – الإيصاء- وتناولها في الفصل الثاني من نفس الباب .

ثالثاً – الوصية الرقمية

لم نجد تعريفاً جامعاً مانعاً للوصية الالكترونية ولكن استدللنا بها من التطورات الحديثة في معالجة موضوع الأصول الرقمية بعد الموت وما صارت تمارسه بعض الشركات المزودة للخدمات والتطبيقات الرقمية «Google» على سبيل المثال، من ضرورة قيام المستخدم بتحديد وصية رقمية تتضمن إرادته بالسماح لأحد الأشخاص بالوصول إلى حساباته وأصوله الرقمية، أو قيام المزود بإلغاء الحسابات ومحتواها الرقمي، على أن يكون تنفيذ الوصية الرقمية للمستخدم بعد فترة زمنية من توقف نشاطه، حددتها اتفاقية الاستخدام الخاصة بخدمات «Google» بمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد عن ثمانية عشر شهرًا ، الحال في شركة «Facebook التي إتاحة إلغاء الحساب بعد موت المستخدم أو إبقاء الحساب تخليدا لذكرى المستخدم دون أن يكون من حق أحد إدارة الحساب أو إلغائه، وكذلك خدمة توريث الحساب من خلال الإعدادات الخاصة بـ«legacycontact» ، وبموجب هذه الخدمة يكون من حق المستخدم أن يختار شخصًا معينا يرث حسابه على موقع التواصل الاجتماعي «Facebook بعد وفاته.[1]

نعتقد ان الوصية بوجه عام مقبولة شرعا وقانونا ،وهي تصرف مضاف الى ما بعد الموت ،وتؤدي الي انتقال جزء من التركة او احد اعيان التركة وفقا لقانون الوصية ،والمطلوب هو التوسع في مفهوم الوصية لتشمل بالمعني التقليدي وكذلك الرقمي.

الفرع الثاني

صيغ الايصاء الكتروني

من المفترض أن صيغة الوصية الالكترونية تخضع للقوانين والتشريعات الداخلية في كل دولة ،ونعتقد انها لا تختلف عن الوصية التقليدية من حيث الموضوع فقد اتفقت القوانين المقارنة على صحتها وجاءت بعبارات متقاربة حيث جاء فيها: تنعقد الوصية بالعبارة أو الكتابة، فإذا كان الوصي عاجزاً عنهما فبالإشارة المفهومة، وهذا النص يتفق أيضاً مع ما أورده الفقهاء المسلمون.[1]

ولكن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ أورد النص التالي: المادة الخامسة والستون - ١- لا تعتبر الوصية الا بدليل كتابي موقع من الوصي أو مبصوم بختمه أو طبعة إبهامه فاذا كان الموصى به عقارا أو مالا منقولا تزيد قيمته على

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

خمسمائة دينار وجب تصديقه من الكاتب العدل، يجوز اثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

وتنعقد الوصية الإلكترونية باعتبارها طريقة للتعبير عن الإرادة عبر الإنترنت تتسم بالسرعة في إنشاء التصرفات القانونية، إذ يستطيع الفرد الذي يروم التعاقد باستعمال الوسيلة الإلكترونية إرسال الايجاب أو القبول إلى الطرف الآخر في أي بلد كان دون الحاجة إلى الانتقال, وهي بذلك تكون غير محددة بحدود جغرافية، إذ يكون بمقدور الفرد إرسال إيجابه أو الحصول على الجواب بالقبول أو الرفض خلال ثواني, وهو جالس في مكانه مادام جهازه متصل بشبكة الإنترنت, وبهذا يتم توفير الوقت والجهد بشكل كبير[1] ، وتاسيساً على ذلك وفي هذا الفرع سنحصر صيغ الايصاء ضمن فقرتين الاولى الايجاب والثانية القبول.

أولاً – الايجاب:

إن السمة المميزة للإيجاب الذي يتم من خلال الفضاء الالكتروني هو ما تتمتع به تلك الوصية من خصوصية تتعلق باعتبارها عقودا مبرمجة عن بعد تبرم عن طريق استخدام وسائل وتقنيات اتصال حديثة، أتاحت تقنية الحاسب الآلي التعبير عن الإرادة من خلال الشبكات الالكترونية المغلقة والمفتوحة، لاسيما عبر البريد المواقع الالكترونية ، ويحصل الإيجاب عبر شبكة الانترنت على شكل عرض يتمثل برسالة الكترونية أوأو عبر الموقع الالكتروني للموصى له.[1]

يعد الإيجاب هو الخطوة الأولى للارادة المتوجهة نحو الايصاء ويلزم بالضرورة أن يبدأ احد الأشخاص بعرضه على آخر بعد أن يكون قد استقر نهائياً عليه والتعبير عن الإرادة حتى يكون ايجاباً أن يكون جازماً وكاملاً وباتاً، وان يعبر عن إرادة واضحة في معنى إبرام الوصية، وان يتضمن الشروط الجوهرية للوصية المراد إبرامها، ولابد ان يكون مشتملاً العناصر الجوهرية اللازمة ، ويترتب على ذلك نشوء حق لمن وجه إليها لإيجاب الالكتروني في قبوله ، ولكن هذا الحق لا ينشأ إلا منذ وقت علم الموجب له بالإيجاب فلا يترتب على مجرد صدور الإيجاب من الموجب أي إلزاما طالما لم يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه ، وقد لوحظ إن للموجب في الإيجاب الالكتروني – كما في الإيجاب التقليدي – الرجوع عن إيجابه وقد يكون ذلك بسحبه من موقع عرضه على شبكة الانترنت بشرط أن يعلن عن رغبته في الرجوع عن الإيجاب ، فيعدم بذلك أثره القانوني .[1]

أما من حيث الصيغة والمقاصد فشأنه شأن الوصية التقليدية يكون ايجاب الوصية - باعتبار اتصال حكمة بصيغته ـ على عدة صور فقد يكون مطلق (غير مقيد)، وقد يكون مقترناً بشرط أو معلقاً عليه، وقد يكون مضافاً إلى زمن محدد في المستقبل أو مقيد بمدة، وغالبا ما يكون إنشاء الوصية بصيغة مطلقة بعيدة عن التقييد، إلا أن ذلك لا يمنع من تقييدها باي شكل من الاشكال، فالوصية المطلقة هي التي لم تقترن صيغتها بشرط من الشروط، ولم تجر اضافتها إلى زمن في المستقبل، كما أنها ليست معلقة على أمر مستقبلي فإذا ما توافرت تلك الامور فإن الوصية تكون حينئذ منجزة، وحكم التنجيز هو ترتب الاثر في الحال بمجرد اطلاق الإيجاب من قبل الموصي، وبالرغم من ذلك فإن الوصية هي : " تصرف مضاف إلى ما بعد الموت " أي أن وصفها بالمنجزة ما هو إلا تعبير مجازي للدلالة على عدم تعليقها أو اضافتها، وحقيقة الوصية هي الإضافة إلى ما بعد موت الموصي، فكل العقود والتصرفات قابلة للتنجيز إلا الايصاء والوصية، فطبيعتهما الإضافة، والأثر فيهما لا يظهر إلا بعد موت الموصي [1]. أما الإيجاب المقترن بشرط ويعرف بأنه الإيجاب الذي تحتوي صيغته على التزام يزيد عن الالتزام الاصلي في صيغة الوصية، واتفق الفقهاء على صحة الإيجاب إن اقترن بشرط صحيح، ولكن لا يوجد لهم رأي موحد أزاء تأثير الشرط الفاسد على الإيجاب، وذلك لأسباب موضوعية مختلفة ليست في مجال بحثنا ، اما الايجاب المعلق على شرط هي الصيغة التي يشترط لنفاذا حصول أمر مستقبلي وهذا الشرط الذي رتبته صيغة الإيجاب من الامور التي يمكن حصولها حال حياة الموصي، اما الإيجاب المضاف إلى زمن أو المقيد بمدة والمقصود بالزمن هو زمن المستقبل، فمن غير الممكن اضافة الوصية إلى زمن الماضي، وهذا يحتاج الى وبما أن الوصية بطبيعتها " تصرف مضاف لما بعد الموت ، أي أنها بطبيعتها لا تكون إلا مضافة إلى المستقبل، من دون الحاجة إلى صيغة معينة في الإيجاب، إلا أن هذه الاضافة ليست هي المقصودة، فالمقصود هو الاضافة إلى زمن المستقبل الذي يأتي بعد زمن الموت[1] فلا مانع من أن يحدد الموصي وقتاً معيناً للبدء بتنفيذ وصيته، و يمكن توقيت الوصية بالمنافع، ، ويصح كذلك أن نقول لمدة سنتان تبدأ بعد شهر من وفاتي، فتصبح الوصية (مضافة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ومقيدة) ومضافة إلى ما بعد الموت لشهر، وبالعودة إلى ماتقدم، فإن إيجاب الوصية يصح أن يكون مطلق أي (غير مضاف أو مقترن أو معلق أو مضاف أو مقيد بمدة) كما يصح أن يكون مقترن بشرط ومضاف وفي مجال الايصاء اللكتروني فهي شأنها شأن المستندات اللاكترونية المستند تتضمن معلومات قابلة للاسترجاع بشكل مفهوم، يتم إنشاؤها أو تخزينها أو استخراجها أو نسخها أو إرسالها أو إبلاغها أو استلامها أو حفظها بوسائل إلكترونية[1] ، محررة على دعامة إلكترونية تثبت واقعة قانونية معينة موقع عليها إلكترونياً ممن أنشأها."

ثانياً- القبول:

يعرف القبول بشكل عام أنه: (التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، فهو الإرادة الثانية في العقد)[1] ، وبذلك لا يختلف مفهوم القبول الالكتروني عن المفهوم التقليدي للقبول سوى أنه يتم عبر وسائط الكترونية من خلال شبكة الانترنت، فهو قبول عن بعد يكون مطابقاً للايجاب .[1]

ويعرف القبول الالكتروني حسب اتفاقية فينا لسنة 1988 " يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف أخر صادر عن المخاطب، يفيد الموافقة على الإيجاب والقبول هو الإرادة الثانية في العقد التي طابق الإيجاب والتي بدونها لا ينعقد العقد، ويجب أن يصدر القبول جوابا للإيجاب له في المسائل الجوهرية.[1]"

يكون قبول الوصية وردها من الموصى له ، ويكون الرجوع عنها من الموصي ، وهي مسائل يرجع فيها ، إلى القانون الذي يحكم موضوع الوصية ، وهو قانون الميراث ، لذلك نستطيع القول أن القبول عبر شبكة الانترنت يمكن أن يتم بأي سلوك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على موافقة من وجه الإيجاب إليه، إذ يدخل ضمن هذا المفهوم جميع الطرق والأساليب الجديدة التي أتاحتها وسائل الاتصال الحديثة في التعبير عن الإرادة واعتماد السلوك المطلوب في إنتاج الأثر القانوني[1]. والقبول يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب [1]، فلا يزيد فيه ولا ينقص منه لأن اقتران الايجاب بما يزيد عليه أو يعدل منه يعد إيجاباً جديداً لا ينعقد به العقد إلا إذا اتصل به قبول الطرف الآخر الذي وجه الإيجاب الأول .

المطلب الثاني

اركان الايصاء الالكتروني

إن انعقاد الوصية يفترض أن عملية التعاقد عبر الانترنت تتم بين أشخاص متباعدين مكانياً، ولا يتوفر لهم اللقاء المادي المتعارف عليه، وبذلك يقترب التعاقد عبر الانترنت من ناحية الزمان وتعاقد بين غائبين من ناحية المكان، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء والتشريع في معظم الدول.[1]

وقد يبدو للبعض أن التفكير بالمحتوى الرقمي الذي سيخلفه الموصي بعد وفاته أمر قليل الأهمية، ولكن الوقائع والحياة اليومية قد أثبتنا مدى الأهمية التي تمثلها تلك الممتلكات والأصول الرقمية للمستخدم خاصة بعد ظهور العديد من الأسباب التي تستدعي انتقال تلك الأصول الرقمية إلى ورثته من بعده؛ نظراً لما يمثله أغلب تلك الأصول الرقمية من قيم اقتصادية حقيقية كما هو الحال في الكتب والمخطوطات وغيرها من الإبداعات الفنية والأدبية والتي يتم تحميلها على مواقع التواصل الاجتماعي والتي يكون لها قيم نقدية في العالم الحقيقي، وكذا ألعاب الكمبيوتر على الإنترنت وما تدره تلك الألعاب من عائدات مالية كبيرة على مبتكريها، وكذا أسماء النطاقات" والتي تحمل قيمة اقتصادية، وكذا الحسابات المنشأة على بعض المواقع الإلكترونية كموقع إيباي [1](Bay) مثلاً له قيمة مالية، فضلاً عن هذا فإن بعض الصور والفيديوهات والرسائل التي يتم نشرها أو مشاركتها على مواقع التواصل الاجتماعي قد تمثل قيمة مالية لاسيما إذا كانت لأحد المشاهير.

وللايصاء اركان لا تختلف عن الايصاء التقليدي من حيث الامور الموضوعية كالتمييز والعقل والاختيار بالنسبة للموصي كذلك بالنسبة للموصى له فانه يشترك بنفس المعنى من حيث ان يكون اهلا للتملك وان لا يكون قاتلاً للموصي لذلك سنتناول ذلك من هذه الناحية في الفروع التالية.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الفرع الاول: - الموصي

الموصي هو من يقوم بالتصرف في امواله تصرفاً مضاف إلى ما بعد موته، ويجب أن يكون شخصا طبيعياً، فلا يمكن أن تكون الوصية إلا من الشخص الطبيعي، ويشترط فيه:

التمييز: ان المعهود في التصرفات المالية أنها لا تصح إلا من قبل الشخص البالغ العاقل، ومع ذلك فقد صح عند الجمهور وصية الصبي المميز، واحتجوا بأن الصغير يتقرب إلى الله بالصوم والصلاة وغيرها، والوصية من ضمنها، لأنه لا ضرر عليه منها، فلا تنفذ الا بعد الموت، كما يجوز الرجوع عنها.[1]

العقل: فمن ذهب عقلة لا يصح تصرفه ومنها الوصية، فقد اتفق الجمهور على أن وصية المجنون باطلة واستدلوا بالسنة والقياس [1] ، فاستدلوا بحديث الرسول (صلى الله عليه وسلم): " رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاثَةٍ : عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الطِّفْلِ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَبْرَأُ - أَوْ يَعْقِلَ "[1] ، واستدلوا بقياسين، فكما لا تصح من المجنون عبادته التي فيها نفع محض له فلا يصح بذل المال منه، وكما لا تصح منه الهبه، فلا تصح منه الوصية.

الاختيار إن تحقق الرضا في الوصية شرط أساسي لصحتها، كما هو الحال في باقي العقود والتصرفات .

وقد اشار قانون الأحوال الشخصية العراقي الى الفقرات اعلاه فنص : " يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً مالكاً لما أوصى به [1] ، ولا يكون الشخص أهلا للتبرع في القانون العراقي إلا إذا أتم (الثامنة عشر) من العمر ، أو اكمل الخامسة عشر من العمر وتزوج بإذن المحكمة [1] ، ولم يكن مصابا بعارض من عوارض الأهلية، واجاز القانون وصية السفيه، والحق حكم ذو الغفلة به ، كما أجاز القانون العراقي لمن حكم عليه بالسجن المؤبد أو المؤقت أن يوصي رغم كونه محكوماً ، كما جعل وصية المكره غير نافذة[1] ، ونعتقد أن القانون العراقي قد الم بجميع أحكام الموصي، ولا ينقصه سوى توحيد أحكامه وجمعها في قانون واحد بدلا من تبعثرها وتشتتها بين القوانين.

الفرع الثاني: الموصي لـــــه

وهو العنصر الثاني من عناصر الوصية، وهو المستفيد منها والمتصرف له، والذي أنشئت الوصية من أجله، وهو من جعله الموصي خلفا له، والوصية بطبيعتها مبنية على التيسير فحقيقتها التمليك، إلا أنها قد تخالف قواعد التمليك، وبناءً على ذلك فقد يكون الموصى له موجوداً عند إنشاء الوصية أو بحكم الموجود، وتارة يكون معدوماً، وقد يكون فرداً أو افراداً معينين أو غير معينين، وقد يكون جهة من الجهات العامة؛ ويشترط فيه: [1]

1-وجود الموصى له عند الوصية: أي وجوده حقيقةً أو تقديراً كالجنين في رحم أمه، سواء كان شخصا طبيعياً أم معنوياً.

أن يكون اهلا للتملك : وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء، فالوصية للحيوان غير جائزة لأنه ليس أهلا للتملك، أما الشخص المعنوي فالوصية له جائزة وتصرف في مصالحه.

أن لا يكون قاتلا للموصي: ويشترط في الموصى له أن لا يكون قاتلا للموصي، ويقصد بالقتل: القتل المانع هو القتل العمد العدوان المباشر من البالغ العاقل، بدون حق أو عذر.

4-أن لا يكون وارثاً ذهب الجمهور إلى جعل الوصية للوارث موقوفة على اجازة الباقين من الورثة .

5 -أن لا يكون جهة معصية الوصية لجهة معصية باطلة باتفاق الفقهاء كالوصية لإطعام النائحات على الميت أو لأندية القمار والملاهي وغيرها من الامور التي نهى عنها الدين الحنيف.[1]

الفرع الثالث: الموصي بـــــه

تجدر الاشارة الى ان القانون العراقي قد جاء بنص مقتضب للموصى به فلم يشتمل على أحكام الموصى به وانما أحال الأحكام إلى القواعد العامة وطبيعة حق الموصى به قد يكون حق ملكية أو حق الانتفاع أو السكنى أو الارتفاق كذلك ضهرت حقوق اخرى

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تطلق عليها تسميات كثيرة نذكر منها الأصول الرقمية هي محتويات الشخص على الحاسوب؛ وهي: البيانات والنصوص، ورسائل البريد الإلكتروني، والوثائق والملفات الصوتية والمرئية والصور ومحتوى وسائل وشبكات الإعلام التواصل الاجتماعي"، والمدونات، وسجلات الرعاية الصحية، وسجلات التأمين الصحي، وبرامج الكمبيوتر ، وتراخيص البرمجيات، والبرمجيات وقواعد البيانات من ذلك: أسماء المستخدمين، وكلمات المرور -التي تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلّمها أو تخزينها بوسائل رقمية على جهاز إلكتروني كذلك التطبيقات الرقمية :وهي جميع الخدمات والعمليات التي يحصل عليها المستخدم لقاء اشتراكه في الخدمة؛ مما ينظمها اتفاقيات الشروط والأحكام؛ سواء أكانت هذه الخدمات مجانية أم مدفوعة الثمن.[1]

المبحث الثاني

أحكام الايصاء الالكتروني

حماية الخصوصية على المواقع الالكترونية هي أكثر المشكلات وتعقيدا،خاصة بما يتعلق بمسائل الاثبات وذلك الموقع الالكتروني يحمل اسم المستخدم و كل ما يتعلق بحياته الخاصة في فضاء الكتروني،، فحين يضع المستخدم بيانات سواء كانت شخصية عنه، أو تعليقات ، أو صور ، أو غير ذلك، فان هذه المواقع و حسب شروط استخدامها تقوم بحفظ كل هذه البيانات وتجميعها، لذلك وضعت سياسة صارمة لهذه الخصوصية حتى بعد الوفاة ، لذلك لا تخلو الوصية الالكترونية من تعقيدات في الاثبات وهذا ما سنتناوله في المطلب الاول اما الثاني سنخصصه للأثار .

المطلب الاول

اثبات الايصاء الالكتروني

بعد التطور الرقمي في العصر الحديث وظهور الكثير من التطبيقات على الوسط الاجتماعي أدى هذا التطور إلى ظهور مصطلحات جديدة وتم تداولها بين الوسط القانوني، الاصول الرقمية، و التطبيقات الرقمية، الحياة الرقمية و الوفاة الرقمية،...الخ ، ولكن في مجال الوصية لابد ان تخضع الى وسائل الاثبات القانونية لصفتها عقد او سند الكتروني يعتد به الموصى له كي تثبت صحة الوصية لذلك سنتناول قواعد الاثبات الالكتروني في الفرع الاول ومن ثم نتطرق الى المصطلحات المرتبطة بالوصية الرقمية واثباتها في فرع ثاني .

الفرع الأول

قواعد الاثبات الالكتروني

مع قيام المشرع العراقي بوضع قاعدة وجوب إثبات التصرفات المدنية بدليل كتابي, إلاّ أنه افترض عند إقرار هذه القاعدة أن يكون الإثبات ممكناً من الناحية العملية, فلا التزام بمستحيل؛ لذلك أورد بعض الاستثناءات على هذه القاعدة بموجبها يجوز أن يُستغنى عن الدليل الكتابي لإثبات ما كان يجب إثبات بالكتابة, والاكتفاء بأي دليل آخر لإثبات الواقعة محل النزاع, لأن الواقع العملي أثبت أن هناك حالات تحول دون إعداد الدليل الكتابي, مما دفع المشرع إلى النص على استثناء حالات معينة لمعالجة ذلك, حفاظاً على حقوق المتعاملين الذين يستحيل عليهم لسبب أو لآخر الحصول على ذلك الدليل, ومن خلال استقراء نصوص قانون الإثبات يتبين أن أهم الاستثناءات التي ترتبط بموضوع البحث تتمثل في:

- إذا وجد اتفاق أو نص في القانون.[1]
- إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة.[1]
- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.[1]
- إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه.[1]

وبما أن قانون الإثبات يتطلب إثبات التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها عن النصاب المحدد بدليل كتابي, ولا يُجيز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة, ولا يوجد فيه نص يسمح بقبول الوصية الإلكترونية دليلاً كاملاً في إثبات تلك التصرفات، فضلاً عن أن

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

قبول السند الكتابي فيه, يعتمد على توافر عناصر أساسية تختلف كلياً عن عناصر الايصاء الإلكتروني بما يحول دون إمكانية قبول هذا الأخير في الإثبات؛ لذا لن يبقى أمامنا سوى التساؤل عما إذا كان من الممكن الاستناد إلى الاستثناءات آنفة الذكر من أجل قبول الايصاء الإلكتروني في إثبات التصرفات المبرمة عن طريق شبكة الإنترنت؟ واعتبارها دليل من ادلة اثبات الالكتروني في الوقائع التي تعرض على المحاكم.

أجازت بعض القوانين العراقية إثبات التصرفات بالوسائل الحديثة ، وهذا الاستثناء لا جدل فيه من حيث اعتماده في الإثبات؛ لأنه ثابت بالنص، ونُشير فيما يأتي إلى بعض القوانين على سبيل المثال:

أخذ قانون النقل رقم 80 لسنة 1983[1]، بمفهوم واسع للتوقيع صراحةً, إذ نصت المادة (142/رابعاً) منه على أن "يكون توقيع سند الشحن بخط اليد أو بأية طريقة أخرى مقبولة", ومن ثم يمكن حسب هذه المادة إصدار سند الشحن بطريقة إلكترونية, وبالتالي اعتماد المستند الإلكتروني في الإثبات.

اجاز قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984[1]، للتاجر الاستعانة بالوسائل الحديثة عوضاً عن الدفاتر التجارية الاختيارية، إذ نص في المادة (19) منه على أن "يجوز للتاجر أن يستعيض عن الدفاتر المنصوص عليها في المادتين 14 و16 من هذا القانون باستخدام الاجهزة التقنية والاساليب الحديثة المتطورة في تنظيم حساباته وبيان مركزه المالي"، ومن ثم يكون للتاجر استخدام المستند الإلكتروني في تنظيم حساباته وبيان مركزه المالي، إلاَّ أنها لن تكون حجة له، إلا إذا قبل الخصم ما قد تحويه هذه المستندات من بيانات، كما أن هذه المستندات لا تكون حجة على صاحبها إلا إذا ذكر فيها صراحةً انه استوفى ديناً، أو ذكر فيها صراحةً انه قصد بما دون فيها ان تقوم مقام السند لمن اثبت حقاً لمصلحته.[1]

أجازت المادة (6) من قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006[1]، للهيئة الوطنية للاستثمار او هيئة الاقليم أو هيئة المحافظة حسب الأحوال، اعتماد المراسلات الإلكترونية فضلاً عن المراسلات الاعتيادية بينها وبين الجهات الرسمية المتعلقة بعمل ونشاط الهيئة من خلال الشبكات المحلية أو الشبكة الدولية وفق ضوابط تحددها الهيئة، فيكون من المُمكن اعتماد المستندات الإلكترونية لإثبات تلك المراسلات.

ومن المعلوم أن قواعد الإثبات تنقسم إلى قواعد موضوعية تتعلق بعبء الإثبات ومحله وطرق الإثبات ذاتها، وقواعد إجرائية تتعلق بنظام التقاضي، وقد اتفق الفقه[1] على عدّ قواعد الإثبات الإجرائية من النظام العام ولا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، أما القواعد الموضوعية فهي لا تتعلق بالنظام العام ويجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها, وقد استقرت على ذلك أحكام القضاء، فقد جاء في احدى قرارات محكمة التمييز الاتحادية أن "سماع البينة الشخصية وعدم سماعها ليس من النظام العام إذ يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك.[1]"

وازاء ما سبق من الاتفاق الفقهي والقضائي على عدم تعلق القواعد الموضوعية للإثبات بالنظام العام، ومع صراحة النصوص القانونية التي اعطت الأفراد حق تعديل هذه القواعد بإرادتهم، يعد جانب من الفقه[1]، ان هذا الاستثناء يُعد مفتاح قبول الوسيلة الإلكترونية في الإثبات، فيمكن للأفراد الاتفاق على اعتماد الاخير في إثبات التصرفات التي تتم بينهم، وقد درج اللجوء إلى هذا الاستثناء في مجالات عديدة مثل علاقات المصارف والمؤسسات المصرفية بعملائها وبالتحديد فيما يتعلق بعقود إصدار بطاقات الائتمان أو بطاقات الصراف الآلي، إذ تُضمّن تلك العقود شروطاً تهدف إلى اعطاء الحجية الكاملة للإجراءات الإلكترونية ونرى من جانبنا ان الرأي السابق صحيح لعمومية النصوص التي اجازت هذا الاستثناء، ولعدم تعلق القواعد الموضوعية للأثبات بالنظام العام، إلا أنه لا يمكن عدّ ذلك قاعدة عامة لإضفاء القوة الثبوتية على الإجراءات الإلكترونية، وهذا نجده لدى المشرع الاردني حيث أخذ بالقواعد الموضوعية في المادة (28/1) من قانون البيئات الاتفاقات وعدها جائزة مالم ينص القانون على خلاف ذلك ،وبهذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز في قرارها بأن القضاء مستقر على القول بصحة الاتفاقات الخاصة بطرق الاثبات كغيرها التي تتعلق بعبء الاثبات وبالواقعة المراد اثباتها ولا يستثنى من ذلك الاتفاقات الخاصة بالنظام العام كالقواعد المتعلقة بأثبات الزواج والوفاة وبقوة الأوراق الرسمية وغير ذلك [1]، وفي قرار لمحكمة الاستئناف أكنت على أنه جرى اجتهاد محكمة التمييز على أن تقديم البيئة الشخصية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

والاعتراض على قبولها في اثبات العقود من حقوق الشخصين اذا قدم أحد الفريقين شهودا لإثبات عقد يقتضي اثباته ببينة خطية ولم يعترض عليه الخصم الآخر، وتكون شهادة الشهود مقبولة قانونا[1]، ويفهم من هذا القرار على أن القواعد المتعلقة بطرق الاثبات هي ليست من النظام العام ويجوز مخالفتها،يلاحظ ان المشرع الأردني ترك للاطراف حرية اختيار وسيلة الاثبات سواء كانت تقليدية أم الكترونية، وذلك بدلالة قانون المعاملات الالكترونية والتي نصت على أنه (... إذا استوجب أي تشريع تقديم أي قيد أو عقد أو مستند أو وثيقة بشكل خطي أو كتابي فيعتبر تقديم السجل الالكتروني الخاص بأي منها منتجاً للآثار القانونية ذاتها شريطة ....) .[1]

مما سبق يتبين لنا أن المشرع أعطى اطراف العلاقة حرية اثبات التعاقد من خلال اعطاء الاثر القانوني للسند الالكتروني طالما توافر فيه الشرطين الواردتين في الماده (6) حتى إذا ما ألزم القانون تقديم سند خطي (عادي). وبالتالي اذا ما اتفق الاطراف على اللجوء الى الاثبات الالكتروني سواء اتفاق صريحا ام ضمنيا، لايجوز لهما اثبات هذا الاتفاق بغير هذه الوسيلة.

الفرع الثاني

علاقة الوصية بإثبات الميراث الالكتروني

منذ وقت ليس بالبعيد، كانت التركة وإدارة ممتلكات المتوفيين عادة عملية ترتكز على الممتلكات المادية للفرد أو التركة المادية، والأصول المالية، والممتلكات، ولكن في عصرنا هذا عصر المعلومات حيث تقريبا كل جانب من جوانب حياتنا بطريقة ما تتأثر أو تسيطر عليها المعلومات التي يتم تخزينها في شكل الكتروني، ونتيجة لذلك ظهر ما يسمى "الأصول الرقمية" التي تكون للشخص من ممتلكات؛ ليست فقط مادية، وإنما رقمية أيضا، ومنذ ظهور هذا المصطلح على الساحة القانونية أدى إلى تغيير في مفهوم التركات بشكل عام، وأصبحت التركات لا تشتمل فقط على الأصول المالية، أو الأصول المعنوية ذات الطابع المالي، إنما ادخل إليها أيضا الأصول الرقمية تعني الأصول الرقمية، البيانات والنصوص ورسائل البريد الإلكتروني، والوثائق والملفات الصوتية والمرئية، والصور ومحتوى وسائل وشبكات العالم التواصل االجتماعي والمدونات وسجلات الرعاية الصحية وسجلات التأمين الصحي، وبرامج الكمبيوتر وتراخيص البرمجيات والبرمجيات وقواعد البيانات، بما في ذلك أسماء المستخدمين وكلمات المرور، والتي جرى إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها، أو تخزينها بوسائل رقمية .[1]

وتختلف سيطرتنا على أصولنا الرقمية بشكل كبير عن سيطرتنا على أصولنا المادية الملموسة، على الرغم من أننا نستطيع التحكم في أصولنا الرقمية خلال الحياة (على سبيل المثال عن طريق حذف حسابات البريد الكتروني، ونشر أو ازاله الصور أو تعليقات من الحسابات على الإنترنت)، ولكن يختلف الأمر عند فقدان الأهلية أو الوفاة بالفقدان لهذه السيطرة. وحتى وقت قريب، كانت الوصايا تستخدم بانتظام لتفعيل نية المتوفى ولكن هذا الأمر يدخل في صراع صارخ مع العقود الناشئة التي تم استحداثها بين الشركة والمستخدم (اتفاقية الشروط) ويتجلى ذلك بوضوح في اتفاقيات شروط الخدمة التي تنظم الأصول الرقمية، وبموجب هذه العقود الخاصة، أو شروط اتفاقات الخدمة، غالبا ما يوافق المستخدم عدم أحقيته في نقل أصوله الرقمية إلى عائله المستخدم عند وفاته.[1]

وترى الباحثة بان قواعد الميراث من النظام العام أي أن معظم قواعده آمرة لا يجوز للإفراد الاتفاق على ما يخالفها وأن اتفاق شروط الخدمة الذي يحتوي على شروط تحد وتقيد وأيضا تمنع عملية توريث المستخدم لأصوله الرقمية إلى ورثته فان هذه الشروط تقع باطلا وفقا لقانون المستخدم لأنها تخالف قواعد تتعلق بالنظام العام وأيضا إن هذا الاتفاق لا اعتبار له لأنه يسقط حقا قبل وجوبه فالتركة تجب بعد وفاه المورث.

أما بخصوص الوصية الالكتروني فكما مر بنا هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ويكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به وتعتبر الوصية سببا من أسباب كسب الملكية بالخلفية بسبب الموت، أما الوصية الالكترونية فهي أيضا تصرف بالإرادة المنفردة من مالك الأصول الرقمية مضاف إلى ما بعد الموت وبها ينتقل حق هذه الأصول من الموصى إلى الموصى له وهي من المفاهيم الحديثة التي فرضتها الحياة الرقمية والتطور الرقمي ومن خلال الظاهر نستنج أن الوصية بمفهومها العام ، والوصية الرقمية كلاهما متوافقتان من حيث المفهوم والمضمون فكلاهما ينقل الحق للموصى له وكلاهما تصرف انفرادي، وكلاهما تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ولكن إذا ما اتجهنا إلى التعمق في أحكام الوصية نجد الاختلاف في كلا المفهومين فالوصية الرقمية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

هي احد الحلول التي أوجدها التشريع المقارن في الدول الغربية لحل الإشكالية في مسالة الميراث الرقمي والوصية بمفهومها العام في العالم العربي مستقاة من الشريعة الإسلامية التي وضعت لها أحكاما محددة ونظمتها ومن أهم هذه الأحكام (لا تجوز الوصية لغير الورثة إلا في حدود الثلث وما جاوز ذلك يكون موقوفا على إجازة الورثة وهذه القاعدة من القواعد المهمة في تنظيم الوصية، فإذا كان الموصى له من غير الورثة لا يجوز أن تزيد الوصية عن ثلث التركة وفي حال الزيادة يكون تحت موافقة الورثة وكذلك الأمر انه لا تجوز وصية لوارث إلا إذا أجازها بقية الورثة وقد جاءت الشريعة الإسلامية بهذه الأحكام وذلك من اجل الحفاظ على مصالح الورثة والحفاظ على تركة المتوفى).[1]

ولكن إذا نظرنا إلى هذه الأحكام بمفهوم مقاربتها مع الوصية الالكترونية، نجد صعوبة تطبيقها من الناحية العملية والتقنية أيضا فالوصية في المجتمع الغربي مطلقة يجوز فيها للموصي أن يوصي لمن يشاء سواء كان من الورثة أم لا وبالحدود التي يريدها سواء بكل التركة أو نصفها أو جزء منها وكثيرا ما نشاهد أيضا بعض الحالات الغربية التي يوصى فيها أن يتم نقل التركة للحيوانات وكما ذكرنا من قبل أن الوصية الرقمية هي من الحلول التي وضعت من اجل حل مسالة الميراث الرقمي من قبل التشريع المقارن الغربي وتم وضعها وفقا لمفهومها المطلق وعليه من ناحية الأحكام نجد صعوبة في المقاربة بين الوصيتين فلا يمكن أن نطبق مسألة عدم الإيصاء لغير الورثة بما يزيد عن الثلث، لان في بعض الأحيان الصفحات الالكترونية التجارية للموصى قد تتعدى قيمتها نصف التركة وإذا افترضنا انه تم الإيصاء بما يقل عن الثلث كيف يمكن إن يتم تقسيم الصفحة الالكترونية فهذا الأمر من الناحية التقنية صعب للغاية وإذا ذهبنا إلى عدم جواز الوصية للوارث إلا بموافقة باقي الورثة فهذه القاعدة تهدد وجود الصفحة الالكترونية فإذا أوصى إلى احد الورثة ولم يوافق باقي الورثة عليها، ففي هذه الحالة تبقى الصفحة بلا مستخدم لها وفي حال عد الاستخدام وفقا لشروط المشغل كما ذكرنا يؤدي إلى إلغاء الصفحة.

وتعتقد الباحثة انه أساسا لا يمكن تطبيق أحكام الوصية بمفهومها العام على الوصية الالكترونية لأنه من الأساس لا يمكننا فرض هذه الأحكام على المشغلين مثل شركة فيس بوك أو ياهو او تويتر وغيرها وعليه نجد انه لا بد من تنظيم تشريعي حديث إلى جانب القواعد العامة ينظم الميراث الالكتروني والوصية الالكترونية أيضا وفق المفاهيم العالمية الجديدة فيما يخص الوصية الالكترونية والميراث الرقمي وذلك من خلال إجبار مزود الخدمة عند إنشاء الحساب أن يضع بيان إجباري يستطلع رغبة منشئ الحساب في التوريث أو عدم التوريث، بمعنى آخر الاحتكام لصاحب الحساب الالكتروني وإعمال إرادته إذ من شأن هذه الآلية أن تقطع أي جدل أو نزاع مستقبلي حول الحق في التوريث من عدمه على أن يبقى من حق صاحب الحساب تعديل هذه الوصية حسب الرغبة، كذلك الحال بالنسبة للحق في النسيان بعد الوفاة .

المطلب الثاني

اثار الايصاء الالكتروني

ملكية المستخدم للحسابات الرقمية كالبريد الإلكتروني ، والصفحات الإلكترونية مثل: الصفحة الشخصية على الفيس بوك أو على الانستغرام وغيرها هي ملكية بمفهومها العام بما تحتويه من استغلال واستعمال وتصرف لذلك الأصول الرقمية ذات أهمية المعنوية ومادية فيمكن الزام مزودي الخدمات بالاحتفاظ بها لمدة زمنية معينة، ويسمح للورثة بالوصول إليها ونسخها متى أرادوا ذلك قبل أن يتم حذفها، أو تفعيل فكرة الوصية الرقمية لو كان المستخدم قد وضعها قبل وفاته.

الفرع الأول

اسس الحماية الرقمية للوصية الالكترونية

أن بعض الأشياء المكونة للميراث الرقمي الشخصي ذات أثمان رخيصة أو بسيطة؛ إلا أنها تتسم بالخصوصية والقيمة المعنوية، كتطبيقات الهاتف النقال والفيديو وغيرها، التي تحتاج إلى طريقة خاصة في انتقالها، وبعضها الآخر متعلق بالهوية الشخصية، والذي يميزها عن الأشياء الملموسة في وجودها، فلا نجد حسابا أو صفحة أو ترخيص إلا فيها صفة شخصية؛ مثل : كلمة المرور أو عنوان

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

البريد الإلكتروني أو بصمة الشخص أو الاسم المدني، فلا يمكن تصور تحول صفحة الفيس بوك أو الحساب الإلكتروني إلى شيء مادي، أو حتى لا يتصور بيعه بالرغم من أنه مقوم بالنقود، مما يحتاج إلى وسائل حماية جديدة تناسب طبيعتها ، ومما لا شك فيه أن التركات الرقمية التي لا يترتب عليها انتهاكا لحرمة الميت، لاسيما بعد أن أصبح الميراث الرقمي واقعا مفروضا لا مفر منه، وأن التشريعات حتى الآن لم يتسنى لها من تشريعات تنظم هذا النوع من التركات، كما أن مزودي بعض الخدمات الإلكترونية لا تتيح للمستخدم توريث حسابه من بعده، كما في بعض حسابات التواصل الاجتماعي، كحساب تويتر وسناب شات ونحوهما، كما تتيح بعض حسابات التواصل الأخرى إمكانية حذف الحساب أو تحويله لمجرد ذكرى دون أن يحق للورثة الاطلاع على محتوى الرسائل الخاصة كما في حسابات انستغرام، وبعض خيارات فيسبوك، ووفقا لذلك لا بد من وضع معالجات تقنية يتفادى بها الورثة الاصطدام مع مزودي تلك الخدمات، وتفادي حاجة اللجوء إلى القضاء لأجل الزام مزود الخدمة بإتاحة تسليم الورثة نسخة من المحتوى الرقمي لمورثهم لمعرفة مفردات ميراث مورثهم الحقيقية، وذلك لا يتم إلا بالاطلاع على تلك الحسابات الرقمية للمتوفي، ولعل أبرز تلك الوسائل للمعالجة التقنية موضوع بحثنا الوصية الرقمية والوصي الرقمي ومن أبرز وسائل الحماية التقنية التي يجب وضعها كأساس للميراث الرقمي الشخصي : هو ما يعرف (بالوصية الرقمية) أو (الإرادة الرقمية) حيث يفترض بعض الشركات المزودة للتطبيقات والخدمات الإلكترونية، كشركة كوكل على سبيل المثال على المستخدمين ضرورة إنشاء وصية رقمية يحدد المستخدم من خلالها شخصا يعهد إليه بإدارة حسابه بعد وفاته، ومن ثم الوصول إلى أصوله الرقمية ومتعلقاته الشخصية كالبريد الالكتروني والرسائل وغيرها [1]، أو يقوم المزود بالغاء الحساب وحذف محتواه الرقمي، على أن يبدأ تنفيذ تلك الوصية عقب مرور فترة زمنية محددة من تاريخ توقف نشاط الحساب التي حددتها (شركة كوكل بمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، ولا تزيد عن ثمانية عشر شهرا، كما تتيح شركة فيسبوك المستخدميها إتباع أحد الخيارين:

الأول : توريث الحساب عن طريق اختيار المستخدم شخصا يرث حسابه بعد وفاته، حيث يمكن اللوارث تلك الحالة قبول طلبات الصداقة الجديدة والكتابة على الصفحة، وكذا تحديث صورة الصاب والصورة الخلفية دون أن يسمح له بالاطلاع على الرسائل المرسلة أو الواردة في صندوق البريد الخاص بالحساب.[1]

والثاني : إلغاء الحساب بعد موت المستخدم، أو تحويل حسابه لمجرد الذكرى.

أيضا من الوسائل التي يمكن اعتمادها لحماية الميراث الرقمي الشخصي هي ما تعرف بـ (الوصي الرقمي) وتعني تلك الوسيلة : قيام المستخدم بتجميع جميع البيانات اللازمة للوصول إلى حساباته الرقمية كالبريد الإلكتروني والصفحات الخاصة به على مواقع التواصل الاجتماعي، وبيانات الدخول وغيرها من التطبيقات والخدمات الرقمية وتركها في ملف مغلق مع وصي التركة، أو أحد الأشخاص المقربين الذين يحظون بثقة المستخدم، لأجل سهولة الوصول إلى تلك الأصول الرقمية الشخصية عقب الوفاة [1] ، كما ويمكن القول إن هناك وسيلة أخرى لمعالجة وحماية الميراث الرقمي الشخصي هي : (صناديق الحفظ الخاصة) أو صناديق التخزين لكلمات المرور، وتعني هذه الطريقة بأن تتم الاستعانة بمواقع إلكترونية خاصة توفر تلك الخدمات، أو برامج تمنح المستخدم الاحتفاظ بكلمات المرور الخاصة بحساباتهم وتخزينها على متصفح أجهزتهم دون الحاجة لطباعة الكلمات عند كل دخول للحساب أو التطبيق، كما يتيح هذا البرنامج خاصية الاسترجاع لكلمات المرور في حال نسيانها، إضافة إلى ذلك توفير خاصية هامة تتعلق بمشكلة الميراث الرقمي الشخصي وهي تمكين المستخدم من تمرير كلمات المرور الخاصة بحساباته وتطبيقاته الإلكترونية إلى ورثته أو إلى الشخص الذي يعينه في وصيته الرقمية عند الحصول على خدمة البرنامج حيث يتمكن الوريث أو المستخدم بواسطة هذا البرنامج الوصول إلى حسابات المستخدم المتوفي وإدارة حساباته الرقمية بالاطلاع عليها أو نسخها أو حذفها بحسب الوصية الرقمية المتروكة للوريث يمكن القول إن الأصل لا يجوز امتداد الخصوصية بعد الوفاة.

الفرع الثاني

آثار تنظيم انتقال الايصاء الالكتروني

مع استمرار الثورة الرقمية ازداد استخدام التكنولوجيا والاستخدام الواسع لأدوات قائمة على البيانات والأرقام، ومع خلو اغلب

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التشريعات من وضع إجراءات تنظم حالة الميراث الرقمي الشخصي لهذا النوع من التركات، لعل ذلك نابع من الطبيعة المستحدثة للميراث في عصر الرقمية، كما أن مزودي بعض الخدمات الإلكترونية لا يتيح للمستخدم الايصاء بحسابه من بعده كما في بعض حسابات التواصل الاجتماعي كتويتر وسناب شات ونحوهما، كما تتيح بعض حسابات التواصل الأخرى إمكانية حذف الحساب أو تحويله لمجرد ذكرى، دون أن يحق للورثة الاطلاع على محتوى الرسائل الخاصة كما في حسابات انستغرام وفيس بوك ووفقا لذلك كان لا بد من وضع معالجات تقنية يتفادى بها الورثة الاصطدام مع مزودي تلك الخدمات، وتبتعد حاجة اللجوء إلى القضاء لأجل الزام مزود الخدمة بإتاحة تسليم الورثة نسخة من المحتوى الرقمي لمورثهم استناداً الى وصية الكترونية تجري بين ثلاثة اطراف الموصي والموصى له و مزودي الخدمة او الشركة ، لمعرفة مفردات وصية مورثهم.[1]

وفي الواقع لم نجد تفصيلا دقيقا وصريحا فيما يتعلق بإجراءات امتداد الخصوصية بعد الوفاة، لكن يمكن البحث في موقف بعض فقهاء المذاهب الإسلامية، لنجد حكما مناسبا في صدد إجراءات التنظيم للايصاء الرقمي الشخصي من حيث حجيته، فوجدنا العديد من آراء جواز احقية انتقال الأشياء اللصيقة بشخصية المتوفي والايصاء بها ، ويمكن أن نلمس ذلك عند الفقه الامامي، الذي أوجد حكم اصطلح عليه بلفظ (الحبوة)[1]، وعند الشيعة يقول السيد الحمامي في – الهداية – وإذا ظهرت للإنسان علامات الموت فيجب أن يوصي بإيصال ما عنده من الودائع والبضائع وغيرها الى أصحابها. كما يجب عليه أن يوصي بأداء ما عليه من الحقوق المالية سواء كانت لخلق كالديون والديات والضمانات، أما للخالق عز وجل كالزكاة والخمس إذا خشي ان الورثة من بعده لايوصلون الأموال الى أهلها ولا يؤدون عنه الحقوق الواجبة . وإذا كانت عليه واجبات بدنية مما تصح فيها النيابة والاستئجار كالصوم والصلاة ولم يكن له ولي يقضيها عنه فيجب عليه أن يوصي باستئجار من يقضي عنه [1] فاذا كانت الاعمال الدينية من الممكن الايصاء فيها يعني وطبقاً للقياس يهو جواز انتقال أشياء الميت الشخصية التي تتعلق به، كالمذكرات والمحبرة ومخطوطاته والسيف وغيرها إلى أحد الورثة بالوصية او الاستيراث، ومن هذا الحكم نستنتج إجازة انتقال الميراث الرقمي الشخصي او الايصاء به المتسم بالصفات الشخصية إلى أحد الورثة او الى الاشخاص الموصى بهم اقرباء او اصدقاء، فالأصل لا يجوز على اعتبار حرمة التعرض لكل ما من شأنه أن يحط من كرامة وقيمة الميت وسمعته، ولكن يمكن الاستدلال بمقتضى قاعدة أصالة الإباحة في انتقال أي شكل مستحدث من أشكال التركات ومنها الوصية الرقمية الشخصية؛ لأن مقتضى هذه القاعدة هو أن كل واقعة لم يرد نص قطعي في تحريمها تبقى في مجال الإباحة، ومن ثم عدم ورود نص خاص في تحريم انتقال الوصية الى الموصى له بشكل عام والميراث الرقمي بشكل خاص، يجعلها محكومة بقاعدة أصل الإباحة التي يمكن الاستناد عليها في الحكم بجواز انتقالها وبسبب الطبيعة الخاصة للميراث الرقمي الشخصي، فإنها لم تقتصر على الطرق التقليدية للانتقال، ويمكن القول إن هناك نقصا تشريعيا بالقانون العراقي والقوانين الخاصة الأخرى في هذا المجال، مما يستدعي الأمر إلى محاولة البحث في القوانين الغربية، وإيجاد أحكام خاصة تنظم إجراءات انتقال الميراث والوصية ، متأملين من التشريعات العربية لاسيما التشريع العراقي تنظيم إجراءات الميراث الرقمي الشخصي.

وتجدر الاشارة أن الفقه الشيعي انفرد بخصوصية الموصي في انتقال الاشياء للغير وذلك بالتسليط على التصرف فيما تركه وفق ما يكون قد رسمه الموصي فيها , إضافة الى التسليط على التصرف في شؤون من خلفهم الميت من القاصرين والصغار, وذلك برعاية مصالحهم والمحافظة على أموالهم , وأطلق عليها بالوصية "العهدية" وان فقهاء الشيعة تناولوا هذين القسمين بالتعريف والبيان وتوضيح أحكامها بالتفصيل[1]، أكثر من بقية فقهاء المدارس الأخرى في الشريعة الإسلامية، وحسنناً فعل الفقه الشيعي بسلوكه هذا المنهج كونه جاء تقيقاً المعنى العام للعهد فشمل كل أنواع الوصية، فالعهد يعني عهد إنسانٍ إلى آخر بشيءٍ ما، سواءاً كان في مالٍ أو غيره، ولذلك فإن كلمة العهد قد ترد ويكون المراد منها عموم الوصية ومن التطبيقات القضائية ماذهبت اليه محكمة التمييز العراقية على ذكر بعض صور الوصية العهدية في قرار لها جاء فيه :(...إذا أوصت المتوفاة بثلاثة أرباع دارها الى المدعي ملكا له بعد وفاتها وجعله وصيا على الربع الباقي للصرف على مراسيم دفنها وتجهيزها وقراءة الفاتحة , لخيرات على روحها ,فان هذه الوصية تعتبر صحيحة شرعاً وقانونا , ونافذة على ربع الدار للخيرات وغيرها باعتبارها وصية عهدية ,وعلى ثلث السهام الأخرى الباقية من الدار وصية تمليكيه باسم المدعى ...).[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الخاتمة

يعتبر موضوع الوصية الرقمية او الالكترونية من الموضوعات الحديثة التي برزت مع التطور التقني الهائل الذي طرأ في السنوات الأخيرة على استخدام شبكة الإنترنت بتطبيقاتها المختلفة والمتسارعة، ولم تكن هذه الدراسة تهدف إلى تقديم معالجة قانونية شاملة للموضوع لصعوبة ذلك في ضوء الحالة الراهنة للتشريع، ولعدم وجود مبادرات تشريعية أو قضائية ناضجة لمقاربة المسائل المتصلة بها وعليه فإن هذه الدراسة سعت بالدرجة الأولى لعرض الموضوع ولفت الأنظار إلى أهمية معالجتها على المستوى التشريعي والتقني، وينبغي الاشارة في هذا المقام على أن موضوع الوصية الرقمية موضوعها شائك ما زال مفتوحا وبحاجة إلى إجراء المزيد من الأبحاث والدراسات التي يقوم على إعدادها متخصصون في القانون والعلوم التقنية بهدف تحديد أبعاد المسائل التي تثيرها في مختلف الجوانب القانونية والتقنية، وتقديم تصورات لشكل ومحتوى التدخل التشريعي المطلوب لمعالجة هذه المسائل في ظل التقدم الهائب والسريع في التكنولوجيا الرقمية وفي نهاية هذا البحث توصلنا الة جملة من النتائج وبعض المقترحات وهي على النحو التالي:

أولاً- النتائج:

1 - بغض النظر الى عدم وجود نصوص في القانون العراقي تعالج مسألة الوصية الرقمية نلاحظ على المشرع العراقي إغفاله العديد من الجوانب المهمة في أحكام الوصايا والمواريث العادية، وإحالتها على الفقه الإسلامي عملاً بأحكام المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية، الأمر الذي يقودنا إلى القول بأنه أحكام التركة الرقمية في التشريع العراقي يطبق عليها ما يطبق على الوصية، والميراث من الأحكام إلا ما استثنى، ولعل من أبرز الجدليات التي يمكن الإجابة عنها وهي مسالة توريث التركة الرقمية أو الايصاء بها، وذهبنا في هذا البحث إلى القول بجواز ذلك للأسباب التي أشرنا إليها بالبحث .

٢ -اختلف الفقهاء في بيان معنى الوصية إختلافا كبيراً ويرجع هذا الاختلاف إلى التباين في كيفية إستخدام الاسلوب والعبارة، وكذلك الاختلاف في ضوابط الاحكام التي إستنبطها أئمة كل مذهب، ويعود السبب الرئيسي لاختلافهم هو اعتبار الوصية شاملة للايصاء أو عدم اعتبار ذلك في حين نجد أن تعريفات اللغويين للوصية لا تفرق بين الوصية والايصاء، بل ويعدونها ذات دلالة واحدة. أما المشرع العراقي فقد عرفها بأنها : تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض " فتناول بذلك جميع أنواع الموصى له والموصى به.

3 -مما يلاحظ أن للميراث الرقمي الشخصي طبيعة خاصة تختلف عن الطبيعة القانونية للميراث المعتاد، كما أن الملاحظ هو كون القوانين لم تأخذ بعين الاعتبار الأشياء المعنوية، والذكريات والمذكرات الرقمية، والجهود الفكرية للمتوفي، فلابد من تسليط الضوء على ما تركه الشخص من أمور لها أثر لدى ورثته.

4-نعتقد أنه يجب تصنيف هذه البيانات والأصول الرقمية فإذا كان منها مالا يحط من كرامة وسمعة وشرف واعتبار المتوفي وهي البيانات ذات الحساسية فلا تنتقل ، أما مالا يعرض السمعة الذي أو تشويه أو يحط من كرامة المتوفي أوله صبغة مالية فهو ينتقل بال حرج.

5 - اختلف الفقهاء حول مفهوم اركان الوصية، فمنهم من يرى أن صيغة الوصية وحدها هي ركن الوصية ومنهم من يرى أن للوصية أركان اخرى غير صيغتها كالموصي والموصى له والموصى به، وهذا الخلاف ناتج عن الخلاف في مفهوم الركن بشكل عام، ويبدو أن الخلاف لفظي فقط، فالوصية تحتاج إلى موصي وموصى له وموصى به، كما أنهم متفقون على أن ايجاب الموصي ركن في الوصية بل هو ركنها الذي لا تقوم الوصية إلا به، أما بالنسبة لقانون الاحوال الشخصية العراقي فلم يتطرق إلى اركان الوصية، بالرغم من ذكره الأطراف الوصية.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثانياً - المقترحات

1-نرى أن موضوع الايصاء الالكتروني ما زال مطروحا ، ويحتاج إلى الكثير من الأبحاث والدراسات على الجانب القانوني والتقني التكنولوجي وكذلك الأمر من المنظور الديني في مجتمعنا العربي وذلك بهدف خلق تصور قانوني كامل في مختلف الجوانب المحيطة به، الذي بدورة سوف يحدد شكل التدخل التشريعي المطلوب لتنظم هذه.

2 -ضرورة وضع تنظيم تشريعي للحق في الايصاء الرقمي دون تعارضه مع الحق في الخصوصية للمتوفي أو الحق في الدخول في طي النسيان.

3 -تنمية الوعي لذي المستخدمين بالوسائل المتاحة لتمكين الورثة أو الموصي له من الوصول إلى التركة الرقمية.

4 -ضرورة تحديث القواعد الناظمة للتعامل عبر شبكات الإنترنت، وبصفة خاصة التواصل الاجتماعي بمختلف تطبيقاته، وتكون سياسية شبكات الإنترنت أكثر وضوح او تنظيما للميراث الرقمي بشكل عام والميراث الرقمي الشخصي بشكل خاص

5 -تنمية الوعي لدى المستخدمين بالوسائل المتاحة لتمكين الورثة، أو الموصى له من الوصول إلى ما ترك المتوفي من ميراث رقمي شخصي أما في حالة غياب الوصية الرقمية للمستخدم فالأولى أن يتولى التشريع تحديد مآل الحسابات والأصول الرقمية الخاصة بالمستخدم المتوفي.

المصادر

أولا- معاجم اللغة والكتب الفقهية:

1. -أبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الملقب بالمواق . التاج والإكليل لمختصر خليل - مكتبة النجاح طرابلس - ليبيا - بدون سنة طبع - م ٦.
2. -الامام شمس الدين أبي قدامة المقدسي - الشرح الكبير على متن المقنع – دار الكتاب العربي - لبنان - بدون سنة طبع - ج ٦.
3. إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي - ملتقى الأبحر - دار سعادات مطبعة عثمانية
4. ابن حزم الأندلسي أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد القرطبي، المحلى بالآثار، ج٨، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر دار الفكر بيروت - لبنان.
5. أبو الحسن الموسوي الاصبهاني –رسالة وسيلة النجاة – مطبعة المرتضوية -ط5– النجف – بدون سنة طبع.
6. -أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد النتف في الفتاوى، تحقيق: صلاح الدين الناهي، ج ٢، ط ٢ ، دار الفرقان - مؤسسة الرسالة عمان - الأردن- ١٩٨٤م.
7. أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري جار الله أساس البلاغة تحقيق: محمد باسل عيون السود، ج ٢، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨م.
8. أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج ٦، طبعة دار الفكر، ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩.
9. إحياء التراث العربي للنشر -بيروت- بدون سنة طبع - سنة ١٣٠٩هـ..
10. السيد محمد علي الموسوي الحمامي – هداية المسترشدين – ج-2 دار الزهراء – بيروت – بدون سنة طبع.
11. عبد الأعلى الموسوي السبزواري - منهاج الصالحين - مطبعة الآداب – النجف – ط ٢ سنة ١٩٧٦. م.
12. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - مختار الصحاح - دار الرسالة - كويت -سنة ١٩٨٢

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

13. محمد بن سليمان الملقب داماد أفندي - مجمع الانهر في شرح ملتقى الأبحر – دار
14. محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق مجموعة من المحققين، ج ٤٠ ، طبعة دار الهداية دون سنة طبع.

ثانياً - الكتب القانونية :

15. د. خالد ممدوح، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، ط١، ٢٠٠٦.
16. د. صلاح الدين الناهي الوجيز الوافي في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية والمملكة الاردنية الهاشمية والكويت، مصادر الحقوق الشخصية
17. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، إثبات المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت بدون دار نشر، ٢٠٠٩
18. د. عبد الكريم زيدان المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط1، المطبعة العربية، بغداد . العراق، ١٩٦٤.
19. د. عبد المجيد الحكيم، ود. عبد الباقي البكري، ود. محمد طه البشر، الوجيز في نظرية الالتزام، ج ١، ط ٣ المكتبة القانونية، بغداد ، ٢٠٠٩م.
20. سهيل الاحمد الاحوال الشخصية الوصية والميراث والوقف، مطبعة النبراس الفنية، الطبعة الأولى، فلسطين، ٢٠١٦.
21. عبد الودود محمد السريتي الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية بدون مطبعه وسنة نشر دار النهضة العربية، بيروت لبنان، ١٩٩٧
22. علاء محمد الفواعير، العقود الالكترونية، دراسة مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان-٢٠١٤.
23. مصادر الالتزامات المصادر الإرادية، مطبعة البيت العربي، الأردن، ١٩٨٤. ابن المنذر ، أبو بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري، الإجماع، ط1، دار المسلم للنشر والتوزيع، الرياض السعودية، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤.

ثالثاً – البحوث والدراسات

24. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 6، ط ٣، المكتب الإسلامي (بيروت - دمشق - عمان)، ١٤١٢هـ - ١٩٩١.
25. د . عبد الرحيم محمد عبد الرحيم عبد المولى، التكييف الفقهي للميراث الرقمي دراسة فقهية مقارنة بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق الشرقية، مصر، العدد ٣٦ ، اصدار أكتوبر، ٢٠٢١.
26. د. عصمت عبد المجيد بكر، مدى تعلق عبء الإثبات بالنظام العام، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية بيت الحكمة، بغداد العدد الأول، السنة ٢، ٢٠٠٢.
27. د. فؤاد العلواني، و د. عبد جمعة موسى الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، والتعاقد عبر الانترنت، عقد البيع التجارية على وفق أحكام وقواعد الانكلوميترمز، لعام ٢٠٠٠، منشورات بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٣.
28. صفاء متعب الخزاعي، الإرث الرقمي دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي بحث منشور بمجلة العلوم العدد الخاص لبحوث مؤتمر فرع القانون الخاص المنعقد تحت، عنوان استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة ، ٢٠١٩.
29. عبد الناصر زياد الهياجنه الميراث الرقمي، المفهوم وتحديات القانونية، المجلة الدولية
30. عبد الناصر زياد هياجنه، الميراث الرقمي : المفهوم والتحديات القانونية ، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر، الدوحة، قطر، ٢٠١٦.
31. للقانون كلية القانون جامعة قطر الدوحة، العدد ٢،٢٠١٦.
32. المجلة العربية للفقه والقضاء - جامعة الدول العربية - العدد الثاني سنة ١٩٨٤م.
33. هلا حسن إيمان فهد كريم، الإرث الرقمي، بحث منشور في مجلة جامعة البعث للعلوم القانونية، المجلد ٤٢ ، العدد ١،

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

سوريا ٢٠٢٠.

34. هويدا بنت بخيت حميد اللهيبي الإرث الرقمي في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية - مركز بحوث القرآن .٢٠٢٢.

رابعاً - الرسائل الجامعية

35. إسماعيل أنس الكيلاني، الحسابات والأصول الرقمية بين التوريث والانهاء ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة قطر، ٢٠٢٢.

36. محمد فخري موسى ابوعياش ، احكام الميراث الإلكتروني " دراسة مقارنة رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة القدس - فلسطين، ٢٠٢٠.

خامساً - القوانين والتشريعات:

37. القانون المدني العراقي رقم ٤١ لسنة ١٩٥١.

38. من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م.

39. من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠م.

40. قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩

41. المادة (١٨) الفقرة الأولى من اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٨.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

حق المتعاقد في العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني

The right of the contractor to withdraw from the implementation of the electronic contract

أ.م.د صفاء اسماعيل وسمي

كلية القانون – جامعة وارث الأنبياء(ع)

الملخص:

يعتبر التعاقد الالكتروني من أكثر العقود انتشاراً في وقتنا الحاضر، فهو كسائر عقود البيع المتصورة ، فإذا تم التراضي وتوافرت أركانه وشروط صحته انعقد العقد وأنتقل طرفاه إلى مرحلة تنفيذه، فأثر العقد هو إنشاء التزام، وأثر الالتزام هو تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه ، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، ويترتب على تنفيذ عقد البيع الإلكتروني نفس أثار عقد البيع التقليدي. أن التعاقد الالكتروني هو اسلوب غير تقليدي للتعاقد ، ومن ثم ينبغي أن يواجه أيضاً بوسائل غير تقليدية حتى تضمن رضاء المتعاقد الإلكتروني لذلك تدخلت التشريعات الحديثة بنصوص قانونية أمرة تخول للمستهلك حق العدول عن تنفيذ العقد.

الكلمات المفتاحية: العدول، العقد الالكتروني، المتعاقد، تنفيذ

Abstract:

Electronic contracting is considered one of the most prevalent contracts at the present time, as it is like all other conceivable sales contracts. What necessitates good faith, and the implementation of the electronic sales contract has the same effects as the traditional sales contract. That electronic contracting is an unconventional method of contracting, and therefore it should also be faced with non-traditional means in order to ensure the satisfaction of the electronic contractor, so modern legislation has intervened with legal texts that give the consumer the right to abandon the implementation of the contract.

Keywords: revocation, electronic contract, contractor, implementation.

المقدمة

موضوع البحث

أن حاجة الانسان للسلع والخدمات تدفعه إلى التعاقد بشيء من السرعة والعجلة مع المورد بغية الحصول على ما يروم إليه لحاجته الماسة. ونظراً لتنامي مقومات ضعف المتعاقد بسبب التطور الصناعي والتقدم التكنولوجي اللذين أديا إلى تغيير ملحوظ في أساليب إنتاج السلع، وتقديم الخدمات، وطرق توزيعها ،وتسويقها. إذ أن المورد (البائع) أصبح يمارس نشاطاته من خلال شركات ضخمة تمتلك المعلومات إضافة إلى قدرتها الاقتصادية، مما يسهل عليه استخدام شتى أنواع وسائل الترويج والدعاية الحديثة مثل الإعلانات التي قد تتضمن معلومات مضللة أو كاذبة، بالإضافة إلى طريقة تحريرها بوساطة عقود نموذجية تتضمن شروطاً اغلبها في صالح المورد فالعلاقة التعاقدية بين طالبي السلع والخدمات ومقدميها علاقة غير متكافئة بسبب التفوق الاقتصادي والقانوني والمعرفي والتقني للأخير. وتهدر حقوق المتعاقد (المشتري) لذا توصف بالتعسفية.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أهمية البحث

لإعادة التوازن في العلاقة بين طرفي العقد بما يرفع الضرر والخطر عن المشتري ، ليس ذلك على مستوى القطر فحسب ، لان التعاملات الالكترونية غالباً ما تكون ذات طابع دولي تبرم عن طريق شبكة الانترنت الدولية ، التي تغطي كافة ارجاء العالم واختصرت المسافات والحواجز المكانية والزمانية ، مما يتطلب ان نوسع حلقة الحماية القانونية للمشتري الضعيف ، أضافة الى ذلك ، فأنه لا فائدة من احاطة المشتري علماً بالبيانات عن السلعة والخدمة المقدمة عبر شبكة الانترنت من دون اعطائه وقتاً كافٍ للتفكير قبل ابرام العقد . لذلك كان لا بد من اعطاء المشتري حق العدول عن التعاقد ، فأذا رأى نموذجاً من السلعة كان له حق العدول ومن ثم امضاء العقد او فسخه ، حمايةً من المشرع للمشتري من اي تلاعب او تغرير او تدليس قد يصدر من البائع المحترف في العقود الالكترونية.

اشكالية البحث

تتمثل اشكالية البحث في مدى أحقية المشتري المتعاقد الكترونياً في العدول عن ابرام العقد.

اهداف البحث

يهدف البحث الى محاولة المشرع حماية المتعاقد الالكتروني بمنحهم بعد ابرام العقد ، مكنة العدول عن التعاقد المتسرع خلال مدة معينة حددها القانون له حسب نوع البضائع والخدمات ، حيث غالباً ما نجد أن المتعاقد الالكتروني يُقدم على التعاقد من دون دراسة متأنية وتروٍ كافٍ فيرى بعد قيامه بأبرام العقد وفوات الاوان بأنه لم يكن يرغب في ابرام هذا العقد.

منهجية البحث

سنتبع في بحثنا المنهج التحليلي المقارن لأنه لابد من تحليل النصوص القانونية للتوصل الى مدى ملائمتها للتطبيق على الواقع ، بالإضافة الى اجراء مقارنة بين الدول في محل البحث.

خطة البحث

للإحاطة بالجوانب القانونية لموضوع البحث وبما ينسجم مع خصوصيته سنقسم البحث الى مطلبين ، نتناول في المطلب الاول مفهوم العدول في التعاقد الالكتروني ، اما المطلب الثاني فسنبحث فيه عن الاثر المترتب عن العدول.

المطلب الاول

مفهوم العدول في التعاقد الالكتروني

تعددت المصطلحات القانونية التي استعملها فقهاء القانون للتعبير عن مفهوم العدول، سواء في الفقه العربي أو الاجنبي، كالحق في أعادة النظر، حق الندم، الحق في النقض، الحق في التراجع، رخصة السحب، غير أن بعض الفقه[1: ص218] ، يرى أن هذه الالفاظ وان تعددت الا ان مضمونها واحد يرمي إلى كيفية أعادة التوازن العقدي الذي أختل بسبب تسرع المستهلك، لذلك أهتم بصياغة تعريفه والذي سنتناولهُ الفرع الأول، وتحديد أهم الخصائص التي يتسم بها في فرعٍ ثانيٍ.

الفرع الاول

تعريف العدول

أجتهد فقهاء القانون في مسألة توضيح معنى ضمان العدول، ما أدى إلى ورود تعريفات فقهية عديدة ومتباينة في شأنه، وأُخرى تعريفات قانونية:

الفقرة الأولى: التعريف الفقهي:

العدول في نظر بعض الفقه[2: ص83] : وسيلة بمقتضاها يمكن لاحد المتعاقدين، بأن يعيد النظر من جديد ومن جانب واحد، في الالتزام الذي ارتبط به مسبقاً. فيما يعرفه جانب آخر[3: ص274] على أنه: سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وقد ذهب الفقه الفرنسي[4: ص127] إلى القول بأن العدول هو: تعبير عن إرادة مخالفة يعدل من خلالها صاحب التصرف، أو التصريح المنفرد بالإرادة عن ارادته ويسحبها وكأنها لم تكن، وذلك بغاية تجريها من كل أثر ترتب عنها في الماضي أو سيترتب عنها في المستقبل.

يبدو لنا من التعريفات الفقهية الواردة بشأن مفهوم العدول، أنها وأن وضحت جزء مهم من معناه الا انها احتوت غموضاً في الجزء الآخر، هذا ما يستنتج مما يلي :

يعتبر استثناءً عن المبادئ العامة المعروفة في القواعد العامة، خاصة منها مبدأ القوة الملزمة للعقد[5: ص386] ، الذي يقضي بضرورة الوفاء بالعقد كالتزام اخلاقي وقانوني، لا يجوز نقضه ولا تعديله، الا باتفاق المتعاقدين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

ضمان ممنوح لكلا المتعاقدين سواء كان بائع أو مشتري[6: ص28] ، غير ان الواقع العلمي يُظهر ضرورة منحه للمتعاقد (المشتري) كونه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي تربطه بالبائع (المحترف)، كما انه من غير المعقول منح هذا الضمان للبائع، لان ذلك يعني منح الحماية لمن لا يستحقها باعتباره يملك من الوقت ما يكفيه للتدبر في أمر إبرام العقد من عدمه[6: ص589].

أنها لم تبين مجال اعماله، فهل يستفيد منه احد العاقدين في أي عقد ما؟ أم أن مجاله محدد على عقود دون اخرى؟ وهو ما أجابت عنه الممارسات التطبيقية لهذا الضمان بفرض أعماله في العقود المبرمة عن بُعد عموماً والإلكترونية خصوصاً[7: ص152] ، نظراً لتعذر حكم المشتري (المستهلك) على المعقود عليه حكماً دقيقاً، أما نتيجة لعدم رؤيته من قبل أو رأى أوصافه على شاشة التلفزيون أو الإنترنت أو سمع عنه عن طريق الراديو أو الجرائد.

كما إنها وبالرغم من أن المجال الخصب لأعمال هذا الضمان هو العقود الاستهلاكية الالكترونية ، بما فيها تلك المبرمة بوسائل الاتصال الحديثة، الا انها لم تورد له تعريف مميز يبين خصوصيته في هذا المجال، لذلك حاولنا تعريفه كما يلي: " إثبات حق المستهلك الإلكتروني في إمضاء العقد أو التحلل منه عند رؤية المعقود عليه، أذا لم يكن رآه عند العقد أو قبله، أو رآه بصورة غير كافية على شاشة الإنترنت أو التلفزيون على الاقمار الصناعية، أو أية وسيلة أُخرى من وسائل الاتصال الحديثة."

فقد عرفه رأي في الفقه العراقي بأنه (ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد أن ابرم العقد صحيحًا (أو قبل إبرامه) دون أن تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك تعويض المتعاقد الآخر عما يصيبه من أضرار بسبب الرجوع"[8: ص168] .[

يتضح من خلال التعريف أنه أشار إلى كونه ميزة أعطاها المشرع للمستهلك على الرغم من أن المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك قد خلا من نص خاص بهذا الخصوص، فلم يخط الخطوة التشريعية ذاتها التي سار عليها المشرع الفرنسي في تقريره لخيار المستهلك في الرجوع عن العقد ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن مشرعنا لا يزال يقف عند حدود القواعد العامة في القانون المدني، وفي مقدمتها العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو العدول عنه أو حتى تعديله بمحض إرادة احد عاقديه .[9]

الفقرة الثانية: التعريف القانوني :

حق العدول في قوانين حماية المستهلك، بوجه عام، أو في مشاريع وقوانين التجارة الإلكترونية، بوجه خاص، يقصد به: "ضمان أو حق يسمح من خلاله المشرع للمستهلك بأن يتراجع عن تنفيذ تعاقده الذي أبرمه مسبقاً، ذلك خلال مدة معينة، ومن دون مبررات أو جزاءات باستثناء مصاريف الرد .[10]"

عرف رأي في الفقه خيار العدول عن التعاقد بأنه أحدى الآليات القانونية الحديثة التي أوجدها المشرع لغرض توفير الحماية اللازمة والفعالة للمتعاقد(المستهلك) في مرحلة تنفيذ العقد[11: ص55] ، أما على نطاق التشريع الفرنسي فقد أرتبط وجود حق العدول ببداية التشريعات التي كانت تهدف إلى حماية المتعاقد (المستهلك) [12] فقد نصت المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم (٨٨/٢١) الصادر في ٦ كانون الثاني/يناير ١٩٨٨ على أنه (في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن للمشتري خلال سبعه أيام من تاريخ تسليم المبيع الحق في إعادته إلى البائع لاستبداله بآخر أو رده واسترداد الثمن وأية نفقات من جانبه سوى مصاريف

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الرد) [13: ص72] .

يتضح من خلال النص أن خيار المتعاقد (المستهلك) بالعدول عن التعاقد ينطبق على عقود البيع التي تتم في إطار ما يسمى بالبيوع عبر المسافات، والتي لا يتمكن فيها المتعاقد من رؤية المبيع وهو ما يصح قوله في عقد الاستهلاك الإلكتروني التي يتعاقد فيها المتعاقد (المستهلك) على خدمة أو سلعة دون أمكانية المناقشة ودون رؤيتها، مثلا الخدمة يتم التعاقد عليها مسبقا ثم يتبين للمستهلك لاحقا عدم استفادته منها نتيجة تقديمها السيء فيرغب في العدول عن العقد، لذا تظهر الحاجة إلى توظيف هذا الاتجاه في نطاق عقد الاستهلاك الإلكتروني. أما بالنسبة لموقف الفقه والتشريع المصري، فقد عرفه رأي في الفقه "بأنه قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة أو الاختيار بين امضائه أو الرجوع فيه"[14: ص767] ، أما قانون حماية المستهلك المصري فلم يقرر مثل هذا الخيار للمستهلك بل نص على حق المتعاقد (المستهلك) في استبدال السلعة أو إعادتها مع استرجاع ثمنها إذا شابها عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات[15] ، ولا يمثل ذلك حقاً للعدول عن العقد على النحو المقرر في القانون الفرنسي وإنَّما ما قرره المشرع المصري هو تطبيق للقواعد العامة في إخلال البائع بضمان عيوب المبيع[16] أما على صعيد التشريعات العربية الحديثة والخاصة بحماية المستهلك فقد تعرض المشرع اللبناني في الفصل العاشر من قانونه الخاص بحماية المستهلك إلى العقود الالكترونية وفي محل إقامته وقرر فيها للمتعاقد (المستهلك) خيار العدول فقد نصت المادة (55) من القانون على أنه "يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفق أحكام هذا الفصل العدول عن قراره بشراء السلعة أو استئجارها والاستفادة من الخدمة ."...

مما تقدم يمكننا تعريف العدول عن التعاقد بأنه (مكنة للمستهلك في أن يعدل عن العقد بإرادته المنفردة خلال المهلة المحددة بموجب القانون أو الاتفاق، حتى ولو لم يخل المحترف بأي من التزاماته ويتم العدول بدون مقابل).

أن العدول هو حق أُعطي للمستهلك المتعاقد عبر شبكة الانترنت ، يكون له بمقتضاه، التراجع عن العقد من غير سبب أو مبرر، حيث يمارس المتعاقد (المستهلك) هذا الحق في مهلة محددة بإرادته المنفردة دون الإلتزام بأي مقابل، شرط أن لا يكون قد ألحق ضرراً بالمنتج لدى استعماله بطريقة خاطئة.

الفرع الثاني

خصائص العدول في التعاقد عن بُعد

يبدو لنا من خلال التعريفات الفقهية والقانونية الواردة بشأن ضمان العدول، انه يتمتع بخصائص عامة تظهر عن أعماله في العقود الالكترونية ، سنبحثها في الفقرة الأولى، ومن ثم ينفرد بخصائص بارزة عن ممارسته في نطاق العقود الإلكترونية في فقرةٍ ثانية ، ولعل سبب انفراده بهذه الخصائص عند ممارسته في العقد الإلكتروني يرجع إلى خصوصية الوسائل التي يُبرم بها هذا العقد الإلكتروني.

الفقرة الأولى : الخصائص العامة لضمان العدول في التعاقد الإلكتروني

يتميز حق العدول في التعاقد الإلكتروني بصورة عامة بجملة من الخصائص التي تميزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له من حيث أنه ضمان مقرر في العقود الملزمة لجانبين، بالإضافة إلى كونه ضمان مقرر بالاتفاق والقانون، كذلك يكون فيه ضمان الوقت مقترن بجهة إسقاط، والذي سنحاول توضيحها في النقاط التالية:

ضمان مقرر في العقود الملزمة لجانبين:

ضمان العدول لا يتقرر للمتعاقد (المستهلك) الا في العقود الملزمة للجانبين[17: ص148] ، كعقد البيع وعقد الايجار، دون العقود الملزمة لجانب واحد، كالهبة والوصية، كما لا يرد أيضاً الا على العقد الذي تم مستوفياً لأركانه وشروطه، حتى ينتج جميع أثاره، لان العقد الباطل لا يرتب أي أثر .

ضمان مقرر بالاتفاق أو بالقانون:

تنحصر مصادر هذا الضمان في تلك المقررة بحكم الشرع، كخيار العيب وخيار الرؤية أن في نص القانون[18: ص125] ، كخيار

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التفكير والتروي قبل إبرام العقد وخيار العدول .

كما يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق على الرجوع في العقد، إما لاحدهما أو لكليهما، كالبيع بالعربون والبيع بشرط التجربة[19: ص114].

ضمان الوقت مقترن بجهة إسقاط:

ينتمي ضمان العدول للمتعاقد (المستهلك) في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني، لطائفة الضمانات المؤقتة، بحيث ينقضي إما بإعمالها أو بفوات المدة القانونية أو الاتفاقية المحددة لممارستها.

وعليه على المستهلك ممارسة حقه في العدول خلال هذه المدة الزمنية المقررة قانوناً، لكي لا يظل العقد المقترن به غير لازم لمدة غير معروفة على نحو يصيب المعاملات بعدم الاستقرار خلالها[20: ص108] ، وحفاظاً ورعاية لمصالح الطرف –البائع (المحترف)- الذي ينبغي أن لا يضر المستهلك بها[21: ص132].

ومن الجدير بالذكر، انه عندما منح المشرع العدول للمستهلك فإن من الطبيعي أن يحدد لمزاولة هذه المكنة مدة معينة بمرورها يسقط حقه في العدول حفاظاً على استقرار التعامل فليس من العدالة أن يبقى المركز القانوني للمحترف مضطرباً مدة طويلة يمكن خلالها أن يفاجأ بطلب نقض عقد مضت على إبرامه مدة طويلة[22: ص96] . حيث تتراوح مدة العدول ما بين يومين إلى ثلاثة أشهر حسب القانون المقارن.

إلا أن القوانين لم تتفق على تحديد مدة العدول هذه حيث حددتها بعض القوانين الفرنسية بثلاثة أشهر من تاريخ بدء التنفيذ كما في المادة (٩) الخاصة بالتعليم عن طريق المراسلة. أما في المادة (٦/١٢١) من تقنين الاستهلاك الفرنسي لعام ١٩٩٣، فقد حددته بسبعة أيام[23] ، ومنها ما تحدد هذه المدة بعشرة أيام[24: ص218] ، في حين تحدد بعض القوانين هذه المدة بـ (١٤) يوماً والبعض الآخر بـ(15) يوم كما في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، والآخر بـ(30) يوماً.

أما فيما يتعلق ببدء سريان مهلة العدول. فإن التوجهات الأوربية تقيم تفرقة بين السلع والخدمات فبالنسبة للسلع تبدأ المدة من يوم استلام المتعاقد (المستهلك) لها، أما بالنسبة للخدمات تبدأ المهلة من لحظة إبرام العقد[25] ، وتكون المهلة أسبوع في الحالتين وذلك بشرط أن يكون البائع (المحترف) قد أكد وفائه بالالتزام بالإعلام أما إذا لم يوفِ المورد بهذا الالتزام إلا بعد إبرام العقد، فإن المهلة تبدأ منذ ذلك الحين بشرط ألا تتجاوز مدة الثلاثة أشهر من تاريخ التسليم أو الإبرام[26: ص155] ، كما لا تتفق القوانين أيضا حول كيفية احتساب هذه المدة فمن القوانين ما تقضي بأنها تحتسب على أساس أيام العمل[27] ، بينما تطلق بعض القوانين تحديد المدة فلا تقيدها بكونها أيام عمل فهي تشمل في احتسابها أيام العمل مثلما تشمل أيام العطل وهذا نصت عليه المادة (١٢١-٢٠) من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

ولاشك أن التوجيه الأوربي كان الأكثر رعاية لمصلحة المستهلك من المشرع الفرنسي إذ أن الأيام الكاملة التي حددها تقنين الاستهلاك الفرنسي تشمل أيام العطل وغيرها مما يجعل المستهلك لا يستفيد من المدة كاملة وقد حاول تدارك الأمر فنص في الفقرة الأخيرة من المادة (١٢١-٢٠) على إنه إذا صادف اليوم الأخير من الأيام السبع يوم سبت أو يوم احد أو يوم عيد أو عطلة فإن هذه المدة تمتد إلى أول يوم عمل تالٍ ومن ثم فإن ما يستبعد وفق هذا النص من حساب المدة اللازمة لممارسة مكنة العدول هو يوم عطلة إذا صادف هذا اليوم في نهاية المدة فيبقى إذا الفرق جلياً بين التوجيه الاوربي وما أخذ به المشرع الفرنسي بهذا الخصوص.[28]

الفقرة الثانية: الخصائص الخاصة للعدول في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني

يتميز حق العدول بخصائص معروفة في العقود العامة، إذ أنه ينفرد بخصائص بارزة تظهر في العقد الإلكتروني، وفي مرحلة التنفيذ تحديداً، حيث يقترن ضمان العدول بالعقود المبرمة عن بُعد (والذي يمثل العقد الإلكتروني أحدث صورة له)، كذلك اقتران ضمان العدول بالسلطة التقديرية للمتعاقد (المستهلك) محاولة من المشرع المساواة بين كفي أطراف العقد. حيث يعد العدول استثناءً عن القوة الملزمة للعقد، بالإضافة إلى اقتران ضمان العدول بالنظام العام، والذي سنحاول توضيحها في النقاط التالية:

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اقتران ضمان العدول بالعقود الالكترونية:

ظهور صور التعاقد الالكتروني التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة، تثير أشكالات قانونية عديدة منها، تعذر حكم المستهلك على حقيقة السلعة أو الخدمة محل التعاقد، بسبب أساليب التسويق المغرية التي بلغت مدى واسعاً من التطور، لدرجة تحكمها في نفسية المستهلك ودفعه للتعاقد في كثر من الاحيان على ما ليس بحاجة إليه[29: ص390] ، أو أنه يكتشف بعد فوات الاوان أن السلعة أو الخدمة لسبب أو لآخر لا تتناسب ورغباته المشروعة .

لذلك ولكي لا يتحمل المستهلك العواقب التي حملته أحياها الوسائل الاغرائية والتسويقية المضللة، قررت بعض التشريعات المنظمة لحماية المستهلك، منحه ضمان العدول حتى لا يلزم بأية سلعة أو خدمة لا تحقق رغباته المشروعة[26: ص125] ، ولا تخدم مصالحه وأهدافه[30: ص184].

اقتران ضمان العدول بالسلطة التقديرية للمستهلك:

أن أعمال ضمان العدول أمر متروك لمطلق إرادة المستهلك وتقديره الشخصي، هذا ما أقرته التشريعات المنظمة له، فما دامت مدة الضمان سارية المفعول، فإن المستهلك أن شاء أتم العقد الإلكتروني وأن شاء عدل عنه، ومن دون ان يعلل أو يذكر أسباب عدوله، بل ودون الحاجة لإثبات تعرضه لإغراءات الدعاية والاعلان المضلل[31: ص89].

كما يمارس هذا الحق بدون مقابل، اذ لا يجوز الزام المستهلك بدفع أي تعويض كجزاء لأعماله لهذا الضمان، لان اشتراط هذا أو ذاك يفرغه من مضمونه القانوني، المتمثل في معالجة عدم التمهل والتسرع في إبرام العقود المبرمة عن بُعد عموماً والعقود الإلكترونية خصوصاً[32: ص352].

حق العدول استثناء عن القوة الملزمة للعقد:

خولت بعض التشريعات الحديثة بهدف حماية المستهلك الإلكتروني، الحق في العدول عن إبرام العقد، أي بعد صدور قبول بات من المستهلك[26: ص125] ، خلافاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فهو قاعدة من القواعد العامة (العقد شريعة المتعاقدين)، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

اقتران ضمان العدول بالنظام العام:

وفقاً للتشريعات الحديثة المنظمة لضمان العدول، لا يجوز للمتعاقد الذي تقرر له التنازل عنه، لأنه يهدف إلى حماية ركن الرضا الذي يعد ركناً اساسياً من أركان العقد[34: ص362] ، كما انه يدخل في اطار القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية المبرمة عن بُعد.

لذلك يعد باطلاً كل شرط أو اتفاق قد يتضمنه العقد الإلكتروني ويقضي بحرمان المشتري (المستهلك) من ممارسته[35: ص108] ، غير انه يجوز للمستهلك التنازل عنه بعد نشأته وثبوته له، وذلك بعدم ممارسته خلال المدة القانونية المحددة له[36: ص594].

المطلب الثاني

الاثر المترتب على العدول

من المتفق عليه، ان عدم عدول المتعاقد (المستهلك) عن تنفيذ العقد الإلكتروني يجعله مستقراً ومرتباً لكافة اثاره، على خلاف الامر في حالة ممارسته لهذا الضمان، حيث يؤدي وبصفة مباشرة إلى ترتيب اثار مختلفة على عاتق كل من البائع سنبحثه في فقرة أولى، والمستهلك في فقرةٍ ثانية على حدٍ سواء.

الفرع الأول

بالنسبة للبائع (المحترف)

تتمثل الاثار الناتجة عن ممارسة المستهلك لضمانه في العدول، في رد ثمن المبيع الذي دفعه المستهلك وفسخ العقد الذي هو احد أطرافه .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الفقرة الأولى: رد الثمن للمستهلك :

في حالة تمسك المستهلك بحقه في العدول، فإن المادة L. 13 من التوجيه الاوربي رقم 2011/83 المتعلق بحقوق المستهلكين[37: ص154] المادة L. 221-24 من قانون الاستهلاك الفرنسي[37: ص155] ، فرضتا على المحترف التزاماً يقضي برد المبالغ التي دفعها المستهلك خلال مهلة زمنية تقدر بأربعة عشر يوماً يبدأ حسابها من تاريخ إبلاغه هذا الأخير بقراره في العدول.

كما تقضي المادتين السالف ذكرهما، بضرورة التزام البائع المحترف ، برد الثمن للمستهلك بنفس الوسيلة التي ابرم بها العقد الإلكتروني محل العدول، ما لم يكن بينهما اتفاق يقضي بإمكانية اختيار المستهلك لوسيلة أُخرى غير تلك التي أبرم بها العقد الاصلي، بشرط ان لا تفرض عليه أعباء مالية تثقل كاهله.

أجاز المشرع الاوربي والفرنسي بموجب المادتين المشار اليهما اعلاه، للمهني الامتناع عن رد ثمن المبيع لحين تنفيذ المستهلك لالتزامه برد المبيع وعلى الحالة التي كان عليها وقت التعاقد، وهذه الفكرة[37: ص160] ، في الواقع ليست غريبة عن القواعد العامة، التي كرستها في مجال العقود الملزمة للجانبين تحت مسمى الدفع بعدم التنفيذ.

كما ذهب المشرع الفرنسي بمقتضى المرسوم رقم ٧٤١/٢٠٠١ الصادر في ٢٠٠١/٨/٢٣ والذي أصبح المادة (١٢١-٢٠) من تقنيين الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٩٣المعدل على الحكم نفسه الذي جاء به التوجيه بصدد التزام المحترف برد ما تقاضاه إلى المستهلك[38: ص69].

أما بالنسبة للتشريعات العربية التي أقرت هذا الخيار ما جاءت به المادة (٥٦) من قانون حماية المستهلك اللبناني والتي نصت على "يتوجب على المحترف، في حال مارس المستهلك حقه المنصوص عليه في المادة (٥٥) إعادة المبالغ التي يكون قد تقاضاها."...

أما تشريع المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي فقد نصت المادة (٣٠) منه على "مع مراعاة الفصل (٢٥) من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في اجل عشرة أيام... وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في اجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاعه البضاعة أو العدول عن الخدمة."...

يتضح من أحكام هذه النصوص بأنها اتفقت من حيث إلزام المحترف برد المبالغ التي دفعها المستهلك خلال مدة معينة، ودون أن يكون المستهلك ملزما بدفع أي تعويض إلى المحترف كونه يستخدم حقاً تشريعيًا، ولكنها تباينت بشأن طول المدة التي يجب على المحترف تنفيذ التزامه خلالها، فقد حددها التوجيه الأوربي رقم(EC/٩٧/٧)، وتقنين الاستهلاك الفرنسي المعدل بثلاثين يوماً من أيام العمل.

أما بالنسبة لقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي فقد حدد المدة بعشرة أيام عمل، في حين جاء قانون حماية المستهلك اللبناني بحكم أنفرد به فعلى الرغم من نصه على إلزام المحترف برد المبالغ المدفوعة من جانب المستهلك لكنه لم يحدد مدة معينة لكي يتم تنفيذ هذا الالتزام خلالها، وهذا بطبيعة الحال لا يتوافق مع ما تقتضيه متطلبات حماية المستهلك التي تستوجب أن يكون المحترف مقيدًا بمدة محددة بنص تشريعي لأن المحترف يستغل هذا النقص التشريعي بغية المماطلة والتسويف صريح لكي لا يبقى مجالاً للاجتهاد وبالتالي التأخير في رد المبلغ المدفوع إلى المستهلك[39: ص70].

ولكن يُثار هنا تساؤل حول مسألة تبعة هلاك السلعة، وذلك بالنظر إلى أنّ المستهلك قد تسلم السلعة دون أنْ يكون مالكاً، لذلك فإن المستهلك قبل إعلان خياره بين المضي في العقد أو العدول عنه يكون مجرد حائز للسلعة ويظل رغم استلامه له مملوكاً للمحترف.

إعمالاً للقواعد العامة فإن المحترف يتحمل تبعة هلاك السلعة، إذا وقع الهلاك خلال مدة العدول، رغم أنّ المستهلك حائز له باعتبار أنّ السلعة مازال مملوكاً للبائع خلال هذه الفترة.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع المصري والعراقي فأنهما وأنّ خلا من نص خاص بصدد حق العدول إلاّ إنهما جاءا بأحكام ضمنية فيما يتعلق بحق المستهلك في ردّ السلعة إلى المحترف.[40]

مما تقدم نرى بأنه من الضروري أن نشير إلى أنّ التشريعات التي نصت على خيار المستهلك في العدول جعلت أحكامه متعلقة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلافها وإلاّ عدّ باطلاً[41] ، وبذلك كفلت هذه التشريعات تحقيق حماية فعالة وحقيقية للمستهلك كما وخففت من إمكانية أدراج شروط تعسفية في العقود التي يبرمها مع المحترف والتي قد يَستبعد بموجبها الأخير تطبيق هذه الأحكام التي أقرت حقاً للمستهلك يحميه في مواجهته..

الفقرة الثانية : تبعة فسخ العقد المرتبط بالعقد الإلكتروني الاصلي الذي عدل عنه المستهلك

إعمالاً لنص المادة L.15 من التوجه الاوربي رقم 2011/83 الصادر بشأن حقوق المستهلكين[42: ص156] ، نص المشرع الفرنسي في المادة L. 221-27 من قانون الاستهلاك الفرنسي[42: ص156] ، على أن ممارسة المستهلك لحقه في العدول يؤدي وبقوة إلى فسخ العقد المتصل بالعقد الاصلي، وبدون أي تعويض أو مصروفات.

ما يستنتج من مضمون هذه المواد، أن المشرع تدخل ليضع قواعد خاصة آمرة، تستجيب لما يتوافق مع رغبات المستهلك ويحقق مصالحه من خلال اعتماده على قاعدة التبعية أو الربط بين عقد القرض والعقد الإلكتروني الاصلي، وذلك أن المستهلك في هذه الحالة ليس لديه أية مصلحة في الارتباط بعقد القرض بعد عدوله عن العقد الإلكتروني.

فقد نصت المادة (٣١١ -١٢٥\ ١) من قانون الاستهلاك الفرنسي[43] ، والتي صدرت إعمالاً لنص الفقرة الرابعة من المادة السادسة من التوجيه التشريعي الأوربي رقم(EC/٩٧/٧) لسنة ١٩٩٧[44] ، على أنه (إذا كان لوفاء بثمن المنتج أو الخدمة قد تمويله كليا أو جزئياً بائتمان من قبل المورد أو من قبل شخص من الغير على أساس اتفاق مبرم بين الأخير والمورد، فإن ممارسة المستهلك لخيار العدول يؤدي إلى فسخ عقد الائتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات باستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الائتمان).

لذا جاء المشرع الفرنسي على غرار ما جاء به هذه التوجيه الاوربي بأن حكاماً مماثلة في نقض عقد الائتمان الذي يبرمه المستهلك لتمويل العقد الذي عدل عنه، كما أكدت ذلك المادة (٣٣) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي والتي تنص على أنه (إذا كانت عملية الشراء ناتجة كليا أو جزئياً من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير، فإن عدول المستهلك عن شراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض).

لذا فإن المشرع ينظر إلى العقدين (العقد المبرم عن بُعد (الأساسي) والعقد المبرم تمويلاً له بوصفهما كُلاً لا يتجزأ)، فقرر أن زوال العقد الأصلي يتبعه زوال العقد الثاني التابع له، ولاشك أن ذلك الحكم يمثل ضمانة للمستهلكين، لان زوال العقد الاصلي بسبب عدول المستهلك عنه يتعين أنهاء العقد المرتبط به والذي لم يعد هناك أي مسوغ للبقاء على العقد المرتبط به (عقد الائتمان) لزوال العلة من وجوده، كما أن الارتباط العقدي يعد من الوسائل التي يجأ إليها المشرع الفرنسي في مجال عقود الاستهلاك بهدف حماية المستهلك[45: ص26].

الفرع الثاني

بالنسبة للمشتري (المستهلك)

اضافة للأثار المترتبة على البائع المحترف نتيجة تنفيذ المستهلك لضمانه في العدول عن تنفيذ العقد المبرم عن بُعد، هناك اثار يتحملها المستهلك، تتمثل في :

الفقرة الأولى : إرجاع الشيء المبيع:

يترتب على اعمال المستهلك لضمانه في العدول إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وهذه الحالة لا تتحقق في العقود الإلكترونية، الا اذا التزم المستهلك بالتنازل عن الخدمة أو برد السلعة إلى البائع وعلى الحالة التي كانت عليها قبل إبرام العقد.

غير ان تحقيق هذه الحالة –رد المبيع على الحالة التي كان عليها قبل التعاقد – يثير العديد من الصعوبات والمشاكل، خاصة وان التشريعات المنظمة لهذا الضمان لم تنتبه لهذه المسألة عند تنظيمها لأحكام وضوابط ضمان العدول لذلك يثور التساؤل حول حالة هلاك المبيع، ومن يتحملها البائع أو المستهلك؟

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تحمُل تبعة الهلاك وفقاً للقواعد العامة يختلف بحسب ما إذا كان المبيع في يد المستهلك أم في يد البائع، فالقواعد العامة ربطت بين واقعة التسليم وتبعة الهلاك.

فإذا كان الهلاك قبل التسليم فالبائع هو من يتحملها حتى ولو كان المشتري قد أصبح مالكاً للمبيع قبل هلاكه، الا اذا قام البائع المهني بإعذار المشتري المستهلك بتسليم المبيع[46: ص155].

أما اذا كان الهلاك بعد التسليم فالمشتري المستهلك هو المسؤول عن الهلاك الذي يصيب المبيع، حتى ولو كانت الملكية لا تزال للبائع ولم تنتقل إليه بعد[47: ص156].

الفقرة الثانية : تحمل مصاريف إرجاع السلعة أو الخدمة:

تفادياً لتعسف المستهلك في إعمال ضمان العدول قرر المشرع الاوربي بموجب المادة[47: ص157] L. 14 -1 من التوجيه الاوربي المتعلق بحقوق المستهلكين، تقييده بدفع المصروفات المباشرة لإعادة البضائع إلى المهني.

إعمالاً لهذا التوجه الاوربي، كرس المشرع الفرنسي الجزاء ذاته في المادة L. 221-23 من قانون الاستهلاك[48: ص199] ، التي تنص في مضمونها على ان المستهلك يلتزم في حالة عدوله عن المبيع برد الشيء المبيع إلى البائع خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ اعلام البائع بقراره في العدول، وذلك بدون أي تأخير أو إبداء أية أسباب أو مبررات أو جزاءات.

كما أشارت المادتين إلى امكانية اقتراح البائع بإرجاع المبيع بنفسه أو عن طريق أي شخص آخر، ويمكنه أن يمتنع عن أعادة الثمن إلى المستهلك حتى يعيد هذا الأخير المبيع أو يقدم دليلاً على ذلك.

أن هذه المصاريف لا تكون يسيرة إذا كان العقد الذي عدل عنه المستهلك قد ابرم عبر الإنترنت[49: ص68] مع محترف أجنبي ينتمي لدوله اخرى، وقد أتحدت مواقف التشريعات بخصوص هذا الالتزام، فقد تضمن[50] التوجيه التشريعي الأوربي رقم(EC/٩٧/٧)، وتقنين الاستهلاك الفرنسي[51] ، وقانون حماية المستهلك[52] اللبناني، وقانون المبادلات التونسي[53: ص69] أحكاما متشابهة تقضي بأن المستهلك لا يتحمل أي مبلغ مقابل ممارسته العدول إلاّ مصاريف إعادة السلعة إلى مصدرها قبل التعاقد.

وهذا ما دفع رأي في الفقه إلى القول أن خيار العدول إضافة لكونه حقاً تقديرياً للمستهلك فهو حق مجاني[53: ص98] ، وهذا الاثر في الحقيقة جاء حماية للمستهلك لان تحميله مصاريف إضافية ستؤدي في حالات كثيرة إلى عزوفه عن استعمال هذا الخيار تفادياً لما قد يلحق به من جزاء، وليس في هذا الحكم اجحاف ألا ينسب إلى المحترف خطأ أو اخلال بتنفيذ التزاماته لذا فليس من العدل الزامه بنفقات اعادة السلعة فالمستهلك هو من اختار العدول وعليه ان يتحمل نفقات ذلك.

ولعل قرار التشريعات بتحميل المستهلك تكاليف ارجاع السلعة لا يعتبر حماية للبائع من تعسف المستهلك في اعمله لهذا الضمان فقط، وإنَّما ضماناً لجديته –المستهلك- في اتخاذ قرار العدول، حتى يكون أكثر تأملاً قبل أعماله[54: ص150].

ويلاحظ بهذا الشأن، أنه اذا كانت هذه التشريعات التي أقرت ضمان العدول لصالح المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني، قد أشارت إلى الاثار التي يرتبها هذا الأخير على طرفي العقد، فأنها اغفلت اثاره بالنسبة للغير، في الفرض الذي يتصرف المستهلك في السلعة أو الخدمة خلال فترة العدول، كأن يقوم بتأجيره أو بيعه إلى شخص ثالث قبل نهاية المهلة المخصصة للعدول، فهل يعتبر هذا التصرف دلالة على رغبته في التنازل عن حقه في العدول أم أن بعد إبرامه لهذا التصرف يمكن له ان يعدل عن العقد الأول الذي ابرمه مع البائع (المحترف)؟ واذا افترضنا ذلك فما مصير العقد الثاني الذي ابرمه؟

رجوعاً إلى القواعد العامة فيما يخص هذه المسألة، يمكننا القول أن المستهلك بمجرد التصرف في السلعة، فإن ذلك يدل على رغبته في إسقاط ضمان العدول، باعتبار ان اعمال أو اسقاط هذا الضمان يعود لسلطته التقديرية وحده دون تدخل أي احد، لكن ليس له بعد ذلك الخيار في الرد طبقاً للقاعدة المعروفة والمعمول بها –الساقط لا يعود- وانطلاقاً من ذلك فإن العقد الثاني الذي أبرمه مع الشخص الثالث يعتبر نافذاً ومنتجاً لأثاره.

وهو الغموض الذي نتمنى أن يتفاداه المشرعين العراقي واللبناني في حال تنظيمهما لضمان العدول في مجال المعاملات

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الإلكترونية.

الخاتمة:

من خلال بحثنا لموضوع (حق المتعاقد في العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني) توصلنا الى عدة نتائج دعتنا الى أن نتقدم بعدة توصيات نأمل أن يأخذ بها المشرع العراقي.

اولاً: الاستنتاجات:

لئن كان التعاقد عن بُعد عبر الوسائل الإلكترونية ينطوي على احتمالات الاضرار بمصالح المستهلكين من خلال عدم الوجود المادي للسلع المبيعة أمام أعين المستهلكين الراغبين في الشراء، ومن ثم عدم قدرة المستهلك على الوقوف بدقة على المبيع وأوصافه، لاسيما مع ما يشهده العالم اليوم من تطور وسائل الدعاية والإعلان الخادع في كثير من الأحيان، فقد ذهب الغالب من المشرعين إلى إضفاء نوع خاص من صور حماية المستهلكين، يتمثل في "خيار العدول عن العقد" وهو خيار استثنائي لا توفره القواعد العامة.

أن العدول هو مكنة قانونية منحها المشرع للمتعاقد الضعيف (المستهلك) بكامل ارادته ورتب على ممارستها اثار قانونية بحيث يقف البائع (المحترف) منها موقف الامتثال ، اذ يأخذ العدول مكان وسط بين الحق بمعناه الدقيق والحرية ، لذلك فأن العدول عن التعاقد ليس حرية ، كما أنه لا يعد أيضاً حقاً شخصياً او عينياً.

وجود الحق في العدول لمثل هذا النوع من العقود لا ينفي وجود العقد ابتداءاً ، فالعقد موجود بكامل عناصره ، الا ان المشرع اضفى عليه صيغة عدم اللزوم خلال مدة العدول.

ثانياً: التوصيات:

لئن كان خيار العدول من قبل المستهلك لا يكون مسموحاً به الا إذا ورد في الاتفاق، لذا نرى ضرورة منح المستهلك هذا الخيار مطلقاً سواءٌ كان قد ورد في الاتفاق أم لم يرد، ذلك ان العقود الإلكترونية هي عقود تتم عن بُعد ومن ثم ففي الغالب قد لا يتسنَ للمستهلك رؤية أو فحص المعقود عليه مباشرةً، بما يجعل من تعاقده متسرعاً مما يوجب تأكيد خيار العدول المشار اليه، مع مراعاة أن تحسب بداية مدة العدول من تاريخ تسلمه السلعة، كما نرى ان تكون نفقات اعادة السلعة حساب المستهلك لا التاجر، طالما أن الأخير لم يُنسب إليه خطأ وإنما كانت أعادتها بناء على محض إرادة المستهلك ودون سبب مبرر.

نجد من الضروري أن يتم تنظيم العقود المبرمة عن بُعد في قانون خاص مستقل وليس في اطار القانون المدني او قانون حماية المستهلك او قانون التجارة الالكترونية ، لما لمثل هذا النوع من العقود من طبيعة خاصة.

من الضروري ان يتعمق المشرع في تحديد صور وحالات العدول أسوة بالتوجيه الاوربي الخاص بحماية المستهلك في العقود الالكترونية.

الهوامش

1. د. نبيل محمد أحمد صبيح، "حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية كدراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية وثلاثون، جامعة الكويت، كلية الحقوق، الكويت، حزيران/ يونيو 2008، ص218 .
2. د. أحمد محمد الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي**، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1994، ص83 .
3. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **المصادر الارادية للالتزام: العقد والإرادة المنفردة (التصرف القانوني)**، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995، ص274 .
4. سامية بويزري، **الضمانات المستحدثة لحماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني**، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج، الجزائر، 2018، ص127 .
5. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، **إبرام عقد البيع عبر الإنترنت (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي)**،

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2010، ص386 .

6. د. مصطفى أحمد أبو عمرو، **التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول (دراسة مقارنة)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2016، ص28 .
7. د. ممدوح محمد مبروك، **أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته: في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة (الكتالوج- التليفزيون- الكمبيوتر- الإنترنت- التليفون)**، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة - مصر، 1999، ص588، 589 .
8. د. محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)**، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة - مصر، 2006، ص152 .
9. د. سليمان براك دايح الجميلي، "الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك"، بحث منشور في **مجلة الحقوق**، العدد (4)، المجلد (8)، جامعة النهرين، كلية الحقوق، بغداد، 2005، ص168 .
10. تنظر: المادة (146) من **القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951** .
11. الفصل (30) من **قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي** رقم (83) لسنة 2000 .
12. د. محمد حسن قاسم، **التعاقد عن بُعد (قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي)**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية- مصر، 2005، ص55 .
13. نظم المشرع الفرنسي خيار العدول عن العقد لأول مرة في القانون الصادر في 12 تموز/يوليو 1971 الخاص بالتعليم بالمراسلة والذي منح بموجبه الطالب خيار الرجوع عن العقد الذي سبق وابرمه خلال (3اشهر) من تاريخ بدء تنفيذ العقد وهذا الخيار متروك لمحض إرادة الطالب وبعد ذلك في القانون الصادر في 22/كانون الأول/ديسمبر 1972 بشأن البيع بالمنازل حيث أجاز للمشتري الرجوع عن العقد خلال مدة سبعة ايام وقد منح هذا الخيار للمقترض بموجب القانون 22 الصادر في 10 يناير 1978 المتعلق بحماية واعلام المستهلكين في نطاق بعض عمليات الائتمان، كما قرر القانون الامريكي تحت عنوان واعترف به المشرع الفرنسي في المادتين 7/14، (2) من قانون حماية المستهلك الصادر في 1983/8/25، كما حرص التوجيه الاوربي رقم (741، 2001) لعام 2001 ليقر هذا الخيار؛ للمزيد يُنظر: د. محمد السعيد رشدي، **التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات**، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 2005. ، ص82؛ وكذلك: د. مصطفى الجمال، **السعي إلى التعاقد في القانون المقارن**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2002، ص218 .
14. د. عبد العزيز المرسي حمود، **الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بُعد (مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص)**، دون دار نشر، دون مكان نشر، 2005، ص72، هامش 1 .
15. د. عمر محمد عبد الباقي، **الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)**، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 2004، ص767 .
16. تنظر: المادة (8) من **قانون حماية المستهلك المصري** رقم (67) لسنة 2006 .
17. نصت الفقرة الأولى من المادة (447) من **القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948** على أنه: "يكون البائع ملزماً بالضمان اذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو اذا كان في المبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه ." ...
18. حوحو يمينة، **عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، 2012، ص148 .
19. د. محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 2006، ص125 .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

20. ابو الخير عبد الونيس الخويلدي، **حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني)**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر، 2005، ص114 .
21. أيمن مساعدة، علاء خصاونة، "خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة"، بحث منشور في **مجلة الشريعة والقانون**، العدد (46)، جامعة الامارات العربية المتحدة، الإمارات، 2011، ص108 .
22. عمار زعبي، **حماية المستهلك من الاضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة**، اطروحة دكتوراه، جامعة بسكرة، كلية الحقوق، تونس، 2013، ص132 .
23. د. الاء يعقوب النعيمي، "الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية"، بحث منشور في **مجلة كلية الحقوق**، عدد (14)، مجلد (18)، جامعة النهرين، بغداد، 2005، ص96 .
24. وقد اخذ **التوجيه الاوروبي** رقم (٧/٩٧) لسنة ١٩٩٧ بنص مقارب لهذا النص في المادة السادسة منه .
25. انظر: المادة (٣٠) من **قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي** رقم (٨٣) لسنة٢٠٠٠ .
26. انظر: المادة (٢/١١) من **تعليمات الاتحاد الاوربي الخاصة بحماية المستهلكين في التعاقد عن بُعد** رقم (٢٣٣٤) لسنة 2000 .
27. د. محمد حسين منصور، **أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك**، طبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، 2016، ص155 .
28. تنظر المادة لهذا النص في المادة السادسة من **التوجيه الاوروبي** لسنة 1997، والمادة (٣٠) من **قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000** .
29. تنظر: المادة (30) من **قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000** .
30. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، **إبرام عقد البيع عبر الإنترنت (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي)**، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2010، ص390 .
31. د. مصطفى أحمد أبو عمرو، **التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول (دراسة مقارنة)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2016، ص184 .
32. أسامة أحمد بدر، **ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2011، ص89.
33. د. خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، 2006، ص352 .
34. د. عمر خالد زريقات، **عقود التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت (دراسة تحليلية)**، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع ودار الراية للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2007، ص362 .
35. د. محمد السعيد رشدي، **التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات**، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 2005، ص108 .
36. د. ممدوح محمد مبروك، **أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته: في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة (الكتالوج- التليفزيون- الكمبيوتر- الإنترنت- التليفون)**، مرجع سابق، ص594 .
37. سامية بويزري، **الضمانات المستحدثة لحماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني**، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج، الجزائر، 2018، ص154 .
38. د. مصطفى أحمد أبو عمرو، **التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول (دراسة مقارنة)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2016، ص160 .
39. د. منصور حاتم محسن، د. اسراء خضير مظلوم، "العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني (دراسة مقارنة)"،

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الرابعة، 2012، ص69 .

40. د. منصور حاتم محسن، د. اسراء خضير مظلوم، "العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني (دراسة مقارنة)"، مرجع سابق، ص70 .

41. نصت المادة (8) من **قانون حماية المستهلك المصري** رقم (67) لسنة 2006 على انه: "مع عدم الإخلال بأية ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، وفيما لم يحدده الجهاز من مدد أقل بالنظر إلى طبيعة السلعة، للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها أو استرداد قيمتها، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للموصفات أو الغرض الذى تم التعاقد عليها من أجله، ويلتزم المورد في هذه الأحوال – بناء على طلب المستهلك – بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية". اما المشرع العراقي فقد جاء بحكم في الفقرة الثانية من المادة السادسة من الفصل الثالث **المتعلق بحقوق المستهلك** حيث نصت على: "للمستهلك وكل ذي مصلحة في حالة عدم حصوله على المعلومات المنصوص عليها في هذه المادة إعادة السلع كلاً أو جزءاً إلى المجهز والمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية عن الضرر الذي يلحق به أو بأمواله من جراء ذلك ."

42. اشارت المادة السادسة من التوجيه رقم (577) الصادر من الجماعات الاقتصادية الاوربية في 20 ديسمبر 1985: "بأنه يقع باطلا أي شرط يقضي بحرمان المتعاقد من ممارسة حق الرجوع كما لا يجوز لمن تقرر له التنازل عنه للغير"؛ أشار إليه: د. عمر محمد عبد الباقي، **الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)**، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 2004 ، ص770، هامش (1)؛ وانظر أيضاً: د. عبد العزيز المرسي حمود، **الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بُعد (مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص)**، دون دار نشر، دون مكان نشر، 2005، ص73.

43. أضيفت هذه المادة إلى قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب المرسوم المرقم (2001، 741) الصادر بتاريخ 2001/8/23 .

44. نص الفقرة الرابعة من المادة (6) من التوجيه الاوربي وهو كما مبين في الموقع الإلكتروني الاتي :

www. Eur,lex. europe. Eu، تاريخ الزيارة: 2020/5/29.

45. د. نبيل ابراهيم سعد، **ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي (دراسة للقواعد الموضوعية والقواعد الاجرائية)**، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية - مصر، 2008، ص26 وما بعدها .

46. د. محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)**، مرجع سابق، ص155 .

47. تقريباً جاءت المادة221 .L ، 23 مطابقة لما تضمنته المادة14 .L ، (1)من التوجه الاوربي رقم 2011/83 المتعلق بحقوق المستهلكين. ينظر: د. محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية - مصر، 2004، ص199 .

48. د. منصور حاتم محسن، د. اسراء خضير مظلوم، "العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني (دراسة مقارنة)"، مرجع سابق، ص68 .

49. نص الفقرة الأولى من المادة السادسة من التوجه الاوربي، منشور على الموقع الإلكتروني التالي :

تاريخ الزيارة: 2020/5/29 www. Eur, lex. europe. eu .

50. تنظر: المادة (121، 20) من **تقنين الاستهلاك الفرنسي** .

51. تنص المادة (56) من **قانون حماية المستهلك اللبناني رقم (659) لسنة 2005** على أنه: " يتوجب على المحترف في حال مارس المستهلك حقه المنصوص عليه في المادة (55) أعادة المبالغ التي يكون قد تقاضاها على ان يتحمل المستهلك، في حال عدل عن قرار بالتعاقد بعد اجراء التسليم مصاريف التسليم ."

52. تنص المادة (30) من **قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000** في نهايتها على انه "...

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ويتحمل المصاريف الناجمة(عن ارجاع البضاعة)"؛ أشار إليه: د. محمد حسن قاسم، **التعاقد عن بُعد (قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي)**، مرجع سابق، ص 69، 71 .

53. د. آلاء يعقوب يوسف، "الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية"، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، عدد (14)، مجلد (18)، جامعة النهرين، بغداد، 2005، ص98 .

54. د. مصطفى أحمد أبو عمرو، **التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول (دراسة مقارنة)**، مرجع سابق، ص150، 151.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية

1 – د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الارادية للالتزام: العقد والإرادة المنفردة (التصرف القانوني)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995، ص274 .

2 – د. ابو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية- مصر، 2005، ص114 .

3 – د. أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1994، ص83 .

4 – د. أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2011، ص89.

5 – د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، 2006، ص352 .

6 - محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، طبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، 2016، ص155 .

7 – د. سامية بويزري، الضمانات المستحدثة لحماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج، الجزائر، 2018، ص127 .

8 – د. عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بُعد (مع التطبيق على البيع عن طريق التلفزيون بوجه خاص)، دون دار نشر، دون مكان نشر، 2005، ص72، هامش 1 .

9 – د. عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت (دراسة تحليلية)، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع ودار الراية للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2007، ص362 .

10 – د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 2004، ص767 .

11 – د. مجد الدين محمد اسماعيل السوسوة، إبرام عقد البيع عبر الإنترنت (دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الاسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2010، ص386 .

12 – د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 2005. ، ص82؛

13 – د. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية - مصر، 2004، ص199 .

14 _ د. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة - مصر، 2006، ص152 .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

15 – د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بُعد (قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية- مصر، 2005، ص55 .

16 - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 2006، ص125 .

17 - مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2016، ص28 .

، 2016، ص184 .

18 – د. مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2002، ص218 .

19 – د. ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته: في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة (الكتالوج- التليفزيون- الكمبيوتر- الإنترنت- التليفون)، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة - مصر، 1999، ص588، 589 .

20 - منصور حاتم محسن، د. اسراء خضير مظلوم، "العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني (دراسة مقارنة)"، مرجع سابق، ص70 .

21 - نبيل ابراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي (دراسة للقواعد الموضوعية والقواعد الاجرائية)، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية - مصر، 2008، ص26 وما بعدها .

ثانياً: الدوريات

1 – د. الاء يعقوب النعيمي، "الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية"، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، عدد (14)، مجلد (18)، جامعة النهرين، بغداد، 2005، ص96 .

2 - أيمن مساعدة، علاء خصاونة، "خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة"، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد (46)، جامعة الامارات العربية المتحدة، الإمارات، 2011، ص108 .

3 -سليمان براك دايح الجميلي، "الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك"، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد (4)، المجلد (8)، جامعة النهرين، كلية الحقوق، بغداد، 2005، ص168 .

4 -منصور حاتم محسن، د. اسراء خضير مظلوم، "العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني (دراسة مقارنة)"، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الرابعة، 2012، ص69 .

5 -نبيل محمد أحمد صبيح، "حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية كدراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية وثلاثون، جامعة الكويت، كلية الحقوق، الكويت، حزيران/ يونيو 2008، ص218 .

ثالثاً: الرسائل والأطاريح الجامعية

1. حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر، 2012، ص148 .
2. عمار زعبي، حماية المستهلك من الاضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، اطروحة دكتوراه، جامعة بسكرة، كلية الحقوق، تونس، 2013، ص132 .

رابعاً: القوانين

1 - القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

2 - القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

4 –قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

5 – قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006
6 – قانون حماية المستهلك العراقي رقم 1 لسنة 2010

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

دور الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي في تحقيق السلم الاجتماعي

حوراء عزيز نصر الله

جامعة كربلاء / كلية القانون

فرسان عبد الله عبد علي

جامعة كربلاء / كلية العلوم

Abstract

Human societies of all races and religions are witnessing the use of social media, and the matter reaches its peak with the scientific and technological progress that all of humanity has witnessed, which has cast astray the imposition of control of these media over its users, whose number has exceeded billions, and what has helped in the speed of their spread is that they are not restricted by age groups. Therefore, it has become necessary to adhere to legal controls when using them, through which a culture of social peace can be spread In light of this, the research will include a basic problem, which is the extent of the effectiveness of the legislative treatment to reduce the legal violations committed when using these means

الملخص

تشهد المجتمعات الانسانية على اختلاف اعراقها واديانها استخدام وسائل التواصل الاجتماعي , ويصل الامر ذروته مع التقدم العلمي والتكنولوجي الذي شهدته البشرية جمعاء وشمل كل مناحي الحياة , الامر الذي القى بضلاله على فرض سيطرة تلك الوسائل على مستخدميها الذين تجاوز عددهم المليارات , وما ساعد في سرعة انتشارها عدم تقيدها بالفئات العمرية . فهي سلاح ذو حدين من حيث كونها بالغة النفع , الا انها عظيمة الاثر , لذلك اضحى من الضروري الالتزام بالضوابط القانونية عند استخدامها , فيمكن من خلالها نشر ثقافة السلام الاجتماعي وتسخيرها في نشر مضامين فاعلة . ولّما كان السلام المجتمعي هو حالة من السلم والوئام في العلاقة بين قوى المجتمع وشرائحه , وعليه فان صفاء اجواءه من الصراعات يجعله مهيأ للتفاعل الاجتماعي بين جميع افراده ابتداءا من الدولة وانتهاء بالفرد . ولعل اسرع طريق قانوني لتحقيق التفاعل هي وسائل التواصل الاجتماعي . ومن هنا فان البحث يسعى لتسليط الضوء على تحديد القواعد القانونية الحاكمة لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي, ومدى اسهامها في تعزيز ثقافة السلام الاجتماعي , ومن ثم الحفاظ على امن واستقرار الدولة وحماية حقوق الافراد وحرياتهم الشخصية . وفي ضوء ذلك سيتضمن البحث اشكالية اساسية وهي مدى نجاعة المعالجة التشريعية للحد من المخالفات القانونية التي ترتكب عند استعمال هذه الوسائل .

الكلمات المفتاحية: الضوابط القانونية , وسائل التواصل الاجتماعي , السلم المجتمعي .

المقدمة

اولا :موضوع البحث

ان وسائل التواصل الإجتماعي اصبحت ضرورة من ضرورات العصر ، ومن متطلبات حياتنا اليومية ، بسبب كثرة تطبيقاتها، وزيادة عدد مستخدميها ، ودورها في تسهيل عملية التواصل وتبادل المعلومات ، وتفعيل الحوار بين مختلف الشعوب والثقافات . كما اصبحت اداة من ادوات التأثير على الافكار والاراء والتوجهات والسلوكيات.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

فقد ترتب على سهولة الحصول على المعلومات ، والتواصل عبر وسائل التواصل الإجتماعي ، العديد من الجوانب الايجابية في تحقيق السلم الإجتماعي ، والمتمثلة في تنمية وسائل كسب المعرفة ، وتعزيز التواصل والتعاون بين الافراد على المستوى الوطني والدولي ، وتعزيز الامن الشخصي ، واستخدامها كأداة للتحذير ، و في الحملات على الارهاب ، والابلاغ عن الانشطة المشبوهة وتتبعها بسهولة وفعالية ، وتعزيز القيم الإجتماعية من خلال نشر الوعي حول القضايا الإجتماعية . في المقابل يؤدي سوء استخدام وسائل التواصل الإجتماعي الى العديد من الجوانب السلبية ، التي ترتب اخطار فردية وجماعية ، من خلال الانتشار السريع للشائعات و اثارة الصراعات والفتن في المجتمع او بين الطوائف ، مما يؤدي الى زعزعة أمن واستقرار المجتمع ككل .

لذا فانه من الضروري بذل الجهود لاستثمار مزايا هذه الوسائل بما ينفع الفرد والمجتمع ، مع التنبيه المستمر، ونشر الوعي للاستخدام الآمن لوسائل التواصل االإجتماعي ، من اجل تفادي تأثيراتها السلبية على قيم المجتمع وامنه وتماسكه واستقراره.

ثانيا: أهمية البحث

يعد موضوع بحثنا (دور الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الإجتماعي في تحقيق السلم الإجتماعي) من المواضيع الحديثة والمتطورة ، مما يتطلب المزيد من البحث والاهتمام ، لا سيما في ظل التطور التكنلوجي الذي طرأ على وسائل التواصل الإجتماعي ، وتعاظم اعداد مستخدميها ، وتنامي دورها والخدمات التي تقدمها ، وما قد تسببه اساءة استخدامها من خطورة على المنظومة القيمية في المجتمع ، والاشكاليات القانونية في ظل عدم وجود نظام قانوني لحماية مستخدمي هذه الوسائل.

ثالثا: اشكالية البحث

ان الاشكالات القانونية التي يثيرها موضوع البحث تتلخص في الاجابة عن السؤال الآتي : ما هو دور الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الإجتماعي في تحقيق السلم الإجتماعي ؟ ويتفرع عن هذا السؤال اسئلة فرعية متعددة ، تتمثل في ماهي الضوابط القانونية وما هي صورها ؟ وماهي سياسات الضوابط القانونية لإستخدام وسائل التواصل الإجتماعي في تحقيق السلم الإجتماعي ؟ وماهي ابعاد هذه الضوابط على المستويين الشخصي والعام ؟

رابعا: منهجية البحث

ان طبيعة البحث وموضوعه تستدعي الاعتماد بدرجة كبيرة على المنهج التحليلي ، لتحليل القواعد القانونية المنظمة للحق في الخصوصية ، والرجوع الى القواعد العامة ، لمعرفة مدى امكانية استنباط احكام معينة تناولتها تلك القواعد القانونية لتطبيقها على الحقوق الرقمية لمستخدمي وسائل التواصل الاجتماعي.

خامسا: خطة البحث

تتحدد خطة البحث من خلال تقسيمه الى مقدمة ومبحثين وخاتمة . حيث سنبين في المبحث الاول المفهوم القانوني للضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الإجتماعي , والذي سنوزعه على مطلبين . التعريف بالضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي عنوانا للمطلب الاول وصور الضوابط القانونية عنوانا للمطلب الثاني . اما المبحث الثاني فسنخصصه لسياسات الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الإجتماعي في تحقيق السلم الإجتماعي , وسنقسمه الى مطلبين . نبين في المطلب الاول الابعاد القانونية للضوابط على المستوى الشخصي ونحدد في المطلب الثاني الابعاد القانونية للضوابط على المستوى العام.

المبحث الأول

مفهوم الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي

اثرّ التطور العلمي والتكنولوجي في الحياة المعاصرة بشكل كبير , فظهرت الوسائل الالكترونية ومنها وسائل التواصل الاجتماعي , واصبح النشر الوسيلة المثلى للتعبير عن الآراء وتبادلها وفي مختلف الجوانب لتحقيق اغراض شتى , والسلم الاجتماعي كاحد هذه الاغراض يتحقق في الحالة التي يتم فيها نشر محتويات لا تتضمن اساءة او اعتداء على حقوق الغير , كذلك تسخير وسائل التواصل بما يخدم المجتمع ويعزز السلم المجتمعي . ومن هنا يستلزم الامر بيان مفهوم الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

, والمقصود بصورها , لذا سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين . نبين في المطلب الاول التعريف بالضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي , ونوضح في المطلب الثاني صور الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي .

المطلب الأول

التعريف بالضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي

تعد مواقع التواصل الاجتماعي من تطبيقات الانترنت وتستخدم لعرض مختلف الافكار او نشر ما يرغب بكتابته او التزود بالمعلومات , كالمعلومات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والقانونية وغيرها التي تحتاج في التعبير عنها الى وسائل عصرية واسلوب جديد تتمثل بوسائل التواصل الاجتماعي . وقد لا تستخدم تلك الوسائل لبسط السلم والامان ودعم الاستقرار في المجتمع , بل قد تتضمن في بعض الاحيان انتهاكات وممارسات غير مشروعة عندما يتم امداد مستخدمي شبكة الانترنت بمعلومات تؤدي الى العداوات والصراعات , مما يتطلب الامر ان تكون هناك ضوابط قانونية تحكم طرح المحتويات الهادفة لنشر ثقافة السلم الاجتماعي . ولبيان تعريف الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي وتحديد النطاق القانوني لها لابد من تقسيم هذا المطلب الى فرعيين . نخصص الفرع الاول لتعريف الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي , فيما نكرس الفرع الثاني لبيان النطاق القانوني لضوابط استخدام وسائل التواصل الاجتماعي .

الفرع الاول: تعريف الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي

نالت وسائل التواصل الاجتماعي عناية الباحثين القانونيين , اذ فسحت تداعيات الثورة المعلوماتية مجالا رحبا للمنازعات العملية التي تنجم بين مستخدمي تلك الوسائل ومزوديها والتي لا حصر لمشكلاتها . وعلى الرغم من شيوع تعبيري " وسائل التواصل الاجتماعي " , " السلم الاجتماعي " في اللغة الدارجة , مما قد يوحي الى الاذهان انها لا تحتاج الى تعريف , فقد اثارت خلافا كبيرا في مختلف الاصعدة ومنها الصعيد القانوني . وذلك لاختلاف وجهات النظر فيما يعتبر العنصر الاساسي والجوهري لتحقيق التفاعل المجتمعي. والواقع انه ليس من الضروري ان نجد اللفظ والمعنى نفسه فيما كتبه الفقهاء , اذ العبرة دائما بالمقاصد والمعاني . ولغرض توضيح المقصود بالضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي لابد من تعريف مصطلحي وسائل التواصل الاجتماعي والسلم الاجتماعي اولا , ثم تعريف الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي في التشريعات المقارنة حتى تتضح الصورة وتكتمل الفائدة , وهو ما سنبحثه في الفقرتين الاتيتين:

اولا: تعريف وسائل التواصل الاجتماعي والسلم الاجتماعي

اذا ما بدانا بتعريف وسائل التواصل الاجتماعي نجد ان البعض برّز الوظيفة الشخصية لها وعرّفها بانها مجموعة من الاشخاص يتحاورون ويتخاطبون باستخدام الوسائل الاعلامية الجديدة [1] , والبعض الاخر ركزّ على الوظيفة الفنية لها المتمثلة بديمومة العلاقة الوثيقة بين طرفيها المشاركين فيها دون الوظيفية القانونية والتي تتمثل بتنظيم تلك العلاقة , فعرّفها بانها تبادل المعلومات والرسائل اللغوية وغير اللغوية بين الافراد والجماعات سواء كان التبادل قصديا ام غير قصدي [1] . ومن خلال التعريفين السابقين امكننا القول بان وسائل التواصل الاجتماعي هي الوسائل الاعلامية الجديدة التي يتحاور ويتخاطب بها الاشخاص لاغراض مهنية او اجتماعية او ثقافية او تربوية .اما عن تعريف السلم الاجتماعي فهو حالة العيش بأمان واحترام وطمأنينة بين افراد المجتمع الواحد وحل الاختلافات في الآراء والمنازعات بالطرق السلمية [1] . او هو جملة من القيم والمبادئ والسلوكيات والافكار التي تهدف الى تحقيق مبدا حسن التعايش مع الاخر[1] . وفي الوقت الحاضر اصبح استخدام وسائل التواصل الاجتماعي شائعا ومسيطرا على جميع المجتمعات , ويمكن من خلالها تعزيز القيم الايجابية بين الافراد , وهذا يتم عن طريق التشريعات التي تضع الضوابط القانونية للمحافظة على السلم الاجتماعي . ولا شك انه اذا ما احسن استغلال تلك الوسائل واستثمارها وتوجيهها بشكل جيد , فانها تستطيع ان تحوّل الافكار والاقوال والتوجهات الى مشروعات عمل جاهزة للتنفيذ , وهذا يتحقق بمراعاة الضوابط القانونية التي ستساهم في تفعيل المشاركة , لتحقق رغبة كل فئة مشتركة في الانشطة والاهتمامات نفسها , والمناصرة والضغط والتفاعل والتاثير بقيادات غير منظمة وفي تحقيق

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المسؤولية المجتمعية [1] . وتتنوع الضوابط القانونية بتنوع تطبيقات السلم الاجتماعي , كالامن الفكري والاجتماعي والنفسي الذي يلعب دورا مهما في تحقيق الاستقرار الاجتماعي والنفسي للافراد وتعزيز مساهمتهم في تنمية وازدهار مؤسسات المجتمع المدني المختلفة , في حين ان الشبكات الاجتماعية قد تساهم في تغيير طرق الاداء الاقتصادي من خلال دعم الحملات التوعية للمستهلكين وطرق المعيشة وتوفير فرص العمل , وبالتالي تحقيق الامن الاقتصادي , وكذلك الامن السياسي الذي يقوم على فكرة مقاومة الانحرافات الفكرية سواء كانت ممنهجة ام غير ذلك وتحقيق الاستقرار الامني وحماية الاوضاع السياسية. [1]

ثانيا : تعريف الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي في التشريع

لو وجهنا انظارنا صوب التشريع وموقفه من تعريف الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي , سنجد ان المشرع الفرنسي لم يعرفها , لانه لم يورد قيودا قانونية على النشر الالكتروني , وهذا ما نفهمه صراحة من عبارة (من دون قيد) الواردة في المادة الرابعة من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي للتواصل الاجتماعي رقم 575 لسنة 2004 , اذ عرفت النشر الالكتروني بانه " بروتوكول اتصال مفتوح او ربط بيانات وتبادلها باي شكل يصل الى الجمهور من دون قيد على اي محتوى تبادلي من مقدمي الخدمات التقنية " , بل ان المادة (7/1-6) منه منعت فرض التزام عام على متعهد الايواء بمراقبة المعلومات التي يتولى نقلها او تخزينها او البحث النشط عن الوقائع والظروف التي تكشف عن الانشطة غير المشروعة[1] . وكذلك المشرع المصري لم يورد تعريفا للضوابط القانونية لاستخدام الوسائل الالكترونية للنشر في قانون حماية الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002 [1] , وانما عرّف النشر بوجه عام في المادة (10/138) منه التي جاء فيها " اي عمل من شانه اتاحة المصنف او التسجيل الصوتي او البرنامج الاذاعي او فناني الاداء للجمهور باي طريقة من الطرق . "

وبقدر تعلق الامر بمشرعنا العراقي , فهو الاخر وان لم يعرّف الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي وعلى غرار التشريعات المقارنة المبسوط ذكرها , وهو موقف يحمد عليه , فالتعريف مهمة الفقه والقضاء , للحيلولة دون حصول اضطراب بين التعريف والنص القانوني , اضف الى ذلك ان التعريف حتما سيكون مرحليا ومؤقتا , فما يتناسب مع مرحلة قد لا ينسجم مع مرحلة اخرى بفعل التطور الذي شمل كل مناحي الحياة , الا انه امتاز عنها بوضع قيود على النشر الالكتروني , الامر الذي يؤول في النهاية الى وجود ضوابط قانونية غير مباشرة تحكم النشر الالكتروني باستخدام وسائل التواصل الاجتماعي . فبعد ان عرفت المادة (1/ثانيا) من قانون شبكة الاعلام العراقي رقم 26 لسنة 2015 [1] , وسائل الاعلام بوجه عام بانها **" يقصد بالمصطلحات والعبارات الاتية .... : ثانيا : وسائل الاعلام : الادوات او الوسائل ... الالكترونية .. التي توفر للمواطنين وعموم المتلقين الاخبار او المعلومات او البرامج التثقيفية او الترفيهية او غيرها "** , جاءت المادة السادسة لتضع مجموعة من الضوابط القانونية للنشر الالكتروني بمختلف الوسائل تمثّل من بينها وسائل التواصل الاجتماعي , حيث نصت **" يلتزم اعضاء مجلس الامناء ورئيس شبكة الاعلام ومنتسبوها بتحقيق اهداف الشبكة وفقا لما ياتي : .. ثانيا : توفير منابر حرة تعزز حرية الراي والراي الاخر في نطاق القانون .. رابعا : وضع لوائح وضوابط من خلال انظمة الشبكة تؤكد التزامها بالمعايير المهنية والقيمية للعمل ... "** . ويمكن النظر ايضا الى المادة السابعة من قانون حماية حق المؤلف رقم 3 لسنة 1971 المعدل [1] , اذ قررت الحق للمؤلف في تعيين طريقة النشر , حيث جاء فيها **" للمؤلف وحده الحق في تقرير نشر مصنفه وفي تعيين طريقة هذا النشر وله ايضا الحق في الانتفاع من مصنفه باي طريقة مشروعة يختارها ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق من دون اذن سابق منه او ممن يؤول اليه هذا الحق "** , فالنص لم يحدد نوع النشر وطريقته , مما يعني انصرافه الى النشر الالكتروني عبر وسائل التواصل الاجتماعي , فضلا عن النشر بالطرق العادية , لاطلاق عبارة (طريقة النشر) , كما ان مباشرة اي حق على النشر الالكتروني عبر تلك الوسائل مقيد بعدم التعسف في استعمال الحق والحصول على الترخيص اللازم لمباشرته , الامر الذي نفهم منه انها تعد قيود قانونية يتحقق بواسطتها السلم الاجتماعي .

مما تقدم يمكننا تعريف الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي بانها القيود القانونية التي تفرض على حرية الافراد في التعبير عن ارائهم باحدى وسائل التواصل الاجتماعي عبر الفضاء الافتراضي الذي يسمح بمشاركة المحتوى مع الاخرين . ونرى ان هذا التعريف جاء شاملا للمحتوى الذي يتم نشره وتداوله او التفاعل معه بين الافراد في المجتمع الافتراضي , كما وجاء

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مناسبا , لانه حدد وسيلة النشر بالطرق الالكترونية وحدد الضوابط بالقيود القانونية دون بيان نوعها .

الفرع الثاني : نطاق الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي

من ابرز مظاهر التطور السريع والهائل للحياة المعاصرة التطور التكنولوجي الذي انتهى الى سيطرة الوسائل الالكترونية على جميع الفئات العمرية , وبالتالي تحرر الانسان من الاطار التقليدي للتواصل الى الاطار الالكتروني له , فيوما بعد يوم تتجلى بوضوح تام الفوائد الحيوية التي تجنى من استخدام الوسائل الالكترونية بصورة صحيحة في تعزيز السلم المجتمعي . ولما كانت هناك زيادة واضحة في استخدام وسائل التواصل الاجتماعي , فكان الاهتمام منصبا في البحث عن القواعد القانونية الكفيلة بحماية مستخدمي تلك الوسائل ومزوديها وارجاع التوازن للعلاقة القانونية التي تتم بينهما عن طريق اقرار العديد من القيود والالتزامات عليهما بما يكفل تحقيق السلم الاجتماعي . لذلك فان السؤال الذي يثار هنا عن النطاق الموضوعي والشخصي للضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي . وهو ما سنبحثه في الفقرتين التاليتين:

اولا : النطاق الموضوعي للضوابط القانونية

تحتاج وسائل التواصل الاجتماعي في وقتنا الحاضر الى تنظيم قدرتها الذاتية من خلال اطار قانوني يحكم عملها ويحدد واجباتها . والسؤال الذي يثار هنا عن القانون الذي ينظم استخدام وسائل التواصل الاجتماعي ؟ واذا ما حددنا هذه القانون فثمة سؤال اخر : هل تعد قواعده امرة لا يتم مخالفتها ام مفسرة يمكن لكل ذي شان تجاوزها بالاتفاق ؟ للإجابة نقول : ان اختلاف الفقه القانوني في تكييف مواقع التواصل الاجتماعي كان سببا في الاختلاف حول القانون الذي يحكم تلك المواقع . فالبعض يرى بان تلك المواقع ما هي الا ناشر الكتروني يزود الوسطاء الاخرين بالمعلومات والبيانات التي تبث على المواقع , والبعض الاخر يراها متعهد ايواء يتولى تخزين التطبيقات والسجلات المعلوماتية لعملائه ويمدهم بالوسائل التقنية والمعلوماتية التي تمكنهم من الوصل الى ذلك المخزون عبر الانترنت [1] . وعطفا على ذلك , هناك من الفقه من يرى انه لا يوجد قانون يحكم وسائل التواصل الاجتماعي , ومن ثم لا يمكن تطبيق قواعد قانونية على ما ينشر على تلك الوسائل وهي لم توضع اصلا لحكم مبادئها . فتطبيق القوانين التي وضعت ما قبل ثورة تكنولوجيا المعلومات هو تطبيق غير ملائم ويصادر حرية التعبير , فالتوسع الهائل في استخدام تلك الوسائل وسرعة وتيرته جعل من المستحيل على قواعد القانون ان تتكيف مع هذا التطور . وينتهي هذا الراي الى ان احكام القضاء لم تبتكر قواعد جديدة تتكيف مع الطابع المعقد لوسائل التواصل الاجتماعي والوجودية في كل زمان ومكان [1] . ورغم ان فريق اخر من الفقه عدّ القوانين المتعلقة بحماية البيانات الشخصية على وسائل التواصل الاجتماعي من قواعد التطبيق الضروري التي تطبق بشكل مباشر دون البحث فيما اذا كانت نصوصها يحميها القانون الوطني او القانون الاجنبي [1] . ان ما ذكر من آراء لا يصمد امام ما يذهب اليه الراي الفقهي الراجح من ان القانون المطبق على وسائل التواصل الاجتماعي هو مزيج من عدة قوانين كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون الجنائي والقانون الاداري وقانون الملكية الفكرية والقوانين المرتبطة بحماية البيانات الشخصية , مما يدعو الى القول بعدم وجود مشكلة غياب القانون الذي يحكم شبكة الانترنت , بل على العكس تظهر مشكلة تزاحم القوانين , كما ان تلك الوسائل الحديثة الوجود هي امكنة افتراضية وتعامل بشكل شبيه لغيرها من الاماكن الحقيقية , ومن ثم تطبق عليها بشكل مستمر قواعد قانونية قائمة يمكن تفسيرها بشكل مرن وتكييفها بشكل لا يحدد طريقة الاتصال او كيفية نشر المعلومات , ما خلا ما لا ينسجم مطلقا من هذه القواعد مع وسائل التواصل بالنظر لطبيعتها الفنية او التقنيات المستعملة , بل وتحاول الدول عن طريق قوانينها الوطنية توسيع نطاق تطبيق تلك القواعد لتشمل المحتوى الصادر خارج حدود اقليمها الوطني , فضلا عن عقد الاختصاص لقانونها اذا تحقق الانتهاك باستقبال المحتوى على الحدود الاقليمية لقانون دولة القاضي , كنشر محتوى يحث على الكراهية على اساس عرقي او اطلاق اقوال تضايق الاخرين او نشر صور غير لائقة [1] . **وبناءا على ما تقدم** يمكن عدّ الضوابط القانونية المنظمة لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي جزء من نظام تشريعي مطبق في دولة . وتتنوع هذه الضوابط بتنوع القواعد التي تنتمي لها , فالاغلب الاعم ان تتخذ صورة بنود اتفاقية بين مزود الخدمة والمستخدم يمنح من خلالها الاول للثاني الحق في انشاء صفحة شخصية على التطبيق الالكتروني الذي يمتلكه المزود لكي يستخدمها المستخدم للتواصل والتفاعل مع الغير ووفقا للمعايير والضوابط التي يضعها المزود ولا يقبل مناقشة فيها [1] . ويمكن ان تتخذ صورة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اجراءات تنظيمية تقوم على انظمة مراقبة الكترونية مخصصة لهذا الغرض لمنع نقل معلومات من الحسابات الرسمية او الشخصية . او صورة اجراءات ادارية تسبق استخدام تلك الوسائل , كالحصول على الترخيص الاداري.

ثانيا : النطاق الشخصي للضوابط القانونية

يراد بالنطاق الشخصي تحديد الاشخاص الذين تخاطبهم الضوابط القانونية عند استخدامهم وسائل التواصل الاجتماعي , وما يتبع ذلك من تكريس ثقافة السلم الاجتماعي بينهم . ولم يبين الفقه القانوني الملزمون بالضوابط , لكن نجد في كتاباتهم ما يمكن ان يحددهم وذلك عند الحديث عن المسؤولية القانونية عن النشر الالكتروني . ونفرق في هذا الصدد بين فرضيات ثلاث : **الفرضية الاولى :** يلتزم بالضوابط القانونية ناشر المنشور على الصفحة الشخصية او الصفحة الرسمية . وتفصيل ذلك , عندما يتم نشر محتوى مؤثرا في الراي العام ويحول دون تحقيق السلم الاجتماعي في احدى الصفحات الشخصية التي يديرها مجموعة من الاشخاص , تتقرر عندئذ مسؤوليتهم التضامنية ويتم مطالبتهم جميعا بالتعويض . ورغم ان المشرع العراقي لم يتضمن بيان مفهوم الناشر الالكتروني في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية , كما لم يبين الالتزامات الملقاة على عاتقه او مسؤوليته المدنية المترتبة على نشره محتوى غير مشروع , الامر الذي يستوجب الرجوع الى ما تقرره النصوص الخاصة بهذا الشأن , ومنها المادة (29) من قانون المطبوعات العراقي رقم 206 لسنة 1968 [1] , التي جعلت مسؤولية مالك المطبوع ورئيس التحرير وكاتب المقال تضامنية بقولها " مالك المطبوع الدوري ورئيس تحريره وكاتب المقال مسؤولين عن الجرائم المعنية بهذا القانون وملزمون بالتكافل ودفع التعويض الذي تحكم به المحكمة " . ولم يعالج المشرع المصري مثل هذا الامر , في حين عدّ المشرع الفرنسي معيار النشر شخصي وهو من يملك المراقبة والتحكم بالمحتوى والمشاركة في اختياره . اما لو كان نشر المحتوى المؤثر في الراي العام في الصفحة الرسمية التي تمثل مؤسسة ما ومن خلالها تنشر ما تريد عرضه على الجمهور , فان الذي يلتزم بالضوابط القانونية هي الجهات الحكومية عند نشرها محتوى يؤثر على السلم المجتمعي . ونفهم من من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي لعام 1804والمادة (147) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والمادة (219) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل ان التابع هو الذي يقوم بادارة الصفحة الرسمية للمؤسسة في مواقع التواصل الاجتماعي لمصلحة المتبوع وهي المؤسسة التي يخضع لتوجيهها واشرافها ومراقبتها في اداء اعمالها .

الفرضية الثانية : كما يلتزم بالضوابط القانونية ناشر المنشور وعلى النحو المبسوط بيانه , يلتزم بها كذلك المتفاعلين مع المنشور سواء كان معيد النشر او كاتب التعليق . وتقرير ذلك , ان وسائل التواصل الاجتماعي تمكن المستخدمين من التفاعل والاعجاب والتعليق مع ما ينشرمن خلالها وما تتيحه من خصائص كمشاركة المنشور والرد عليه , فاذا كان التفاعل مع المنشور او مشاركته من قبل ناشر المنشور يمس سمعة ومكانة الاشخاص فان اعادة النشر تزيد من شهرة المنشور السئ , وبالتالي ينبغي مساءلته عن اعادة النشر السئ , واذا شكل التعليق على المنشور او الرد او التفاعل من خلال نشر صورة او كتابة نص من قبل كاتب التعليق اعتداءا على حقوق الاخرين توجب الامر مساءلته ايضا . [1]

الفرضية الثالثة : يلتزم بالضوابط القانونية وسطاء الانترنت وهم صنفان , متعهد الايواء ومزود خدمة الانترنت , فاما الاول فهو الذي يسمح بالوصول الى الموقع من خلال شبكة الانترنت , حيث يمارس نوعين من الرقابة على المحتوى المؤثر على السلم المجتمعي , الرقابة الذاتية التلقائية التي تتحقق في الحالات التي يكون فيها المحتوى غير المشروع ظاهرا , والرقابة التوجيهية التي تتقرر في الحالات التي يعلم فيها بالمحتوى غير المشروع فيتوجب عليه ازالته والا تحققت مسؤوليته . واما الثاني فهو الذي يقدم خدمة الاتصال للجمهور مباشرة وليس له سيطرة على المحتوى او المعلومة محل البحث , الا انه يمكن ان يتدخل بقطع الاتصال اذا ما لاحظ مخالفات تتعلق بمحتوى المعلومة , وبالتالي تتقرر مسؤوليته عن عدم مشروعية المحتويات التي تبث عبر الموقع قبل نشره اذا تعدى دوره الموكول له من مجرد ربط مستخدمي الانترنت بالشبكة وقام بوظيفة متعهد الايواء فاصبح مكلفا بواجب الرقابة. [1]

نخلص مما سبق ان الطبيعة القانونية لضوابط استخدام وسائل التواصل الاجتماعي يقترب من كونها قيود قانونية ترد على حرية النشر, سواء كانت اتفاقية ام غير ذلك , وذلك ان شروط الخدمة وسياسة الخصوصية في مواقع التواصل الاجتماعي تؤكد ان المستخدم

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

هو الذي تؤول اليه حقوق المنشور , ويتحمل تبعة المسؤولية المترتبة عليه تجاه المحتوى سواء تم نشره على الصفحة الشخصية او الرسمية , او تم اتاحته لعامة المستخدمين او لفئة منهم.

المطلب الثاني

صور الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي

شهدت السنوات الاخيرة تطورا ملحوظا لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي , حيث اصبح لدى عامة الناس وسائل مختلفة على شبكة الانترنت بفعل اجهزة الحاسوب الحديثة والموبايل وانخفاض تكلفة الانترنت التي تكون احيانا عبارة عن خدمة مجانية , وازاء ذلك اصبحت الوسائل الالكترونية ملتقى افتراضي بين مختلف الاشخاص ومن كافة دول العالم . ومثلما لهذا الملتقى فوائد كبيرة في تبادل الخبرات والثقافات , فان له مضار لا حد لها وعلى الصعيدين المادي والمعنوي , فقد تستخدم وسائل التواصل الحديثة من قبل اشخاص مجهولي الهوية ومحترفي الجرائم الالكترونية لابتزاز المواطنين او التشهير بهم او التهديد او التحريض على ارتكاب الجرائم . ولغرض الحيلولة دون وقوع هذه المضار لابد من سَن مجموعة من الضوابط القانونية تنظم استخدامها . وتتخذ الضوابط القانونية صور متعددة بتعدد استخدامات وسائل التواصل , ويمكن ارجاعها الى صورتين اساسيتين , الاولى وهي ما تعرف بالضوابط القانونية العامة التي تستند على مبادئ عامة لا يخلو منها اي زمان او مكان . والثانية تعرف بالضوابط القانونية الخاصة التي تقوم على نصوص تشريعية تكرس ثقافة السلم المجتمعي عن طريق الاستخدام الامثل لوسائل التواصل الاجتماعي . وحتى نقف على صور الضوابط القانونية بوضوح , سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين . الضوابط القانونية العامة عنوانا للفرع الاول . والضوابط القانونية الخاصة عنوانا للفرع الثاني .

الفرع الاول : الضوابط القانونية العامة

ويراد بها الاحكام الشرعية والقيم الاخلاقية والاصول العرفية لتي ينبغي مراعاتها عند استخدام وسائل التواصل الاجتماعي . ويمكن اجمال الضوابط القانونية العامة في الفقرتين الاتيتين : **اولا : الضوابط القانونية العامة ذات الطابع الشرعي :** يعد السلام القاعدة في الاسلام والعنف هو خروج عن هذه القاعدة , ومن هنا دعا الاسلام الى ضرورة السلم المجتمعي في قوله تعالى " فليعبدوا رب هذا البيت . الذي طعمهم من جوع وامنهم من خوف " [1] . فالامن حاجة اساسية وانعدامه يحول دون البناء والاستقرار ويدعو الى التشرد والهجرة , وبالتالي انهيار المجتمع لافتقاره مقومات وجوده . والسلم المجتمعي في الاسلام فريضة شرعية وضرورة حياتية لا يستغني عنها الانسان , فقد كفل الله سبحانه وتعالى للانسان الامن الكامل في مراحل حياته بما وضع له من منهج قويم ينظم حركته فيها . لاشك ان مواقع التواصل الاجتماعي هو ميدان ملئ بالناس بمختلف اديانهم واذواقهم وافكارهم , واصبحت من اهم الادوات القادرة على مخاطبة الناس وربطهم ببعض , وهناك اصول وقواعد مستقاة من احكام الشريعة الاسلامية الغراء يجب مراعاتها عند استخدام وسائل التواصل الاجتماعي في العصر الحاضر . وتتمثل هذه الاصول بعد امور , **الامر الاول** مراعاة القصد المشروع بما يساعد على اشاعة ثقافة السلم المجتمعي من خلال استحضار النية الخالصة وقصد التقرب بوجوه البر , لغرض تحقيق المنعة الخاصة التي تؤول في نهاية الامر الى تحقيق النفع العام . فيتوجب على مستخدم الشبكة العنكبوتية عامة ووسائل التواصل الاجتماعي خاصة ان يستشعر عظمة الله تعالى بين يديه وانه الرقيب عليه في كل سكون وحركة , ولا شك ان هذا سوف يحول دون القيام بالامور المنهي عنها شرعا , فبدلا من اشاعة الفاحشة والفتن في اوساط المجتمع يسعى الى تحقيق الفضيلة والقيم الخلقية السامية [1] . **الامر الثاني** حفظ الحواس . حيث يصرح القران الكريم بان حواس الانسان شاهدة عليه فيما يعمل ويعلم , وفي مقدمتها البصر والسمع , فقال عز من قال **" لا تقف ما ليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسؤولا "** [1] , وقال تعالى **" يوم تشهد عليهم السنتهم وايديهم وارجلهم بما كانوا يعملون "** [1] . فينبغي على مستخدم وسائل التواصل الاجتماعي ان يحفظ حواسه من الوقوع في الحرام وهو يطلق بصره او يبسط سمعه . ومن الجدير بالذكر ان ادمان تصفح وسائل التواصل الاجتماعي بصورة مستمرة وبصفة مفرطة ولاوقات طويلة يضر بصحة الجسم خصوصا العين , وهذا من قبيل الالقاء بالنفس الى التهلكة وهو محرم بدليل قوله تعالى

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

" ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة " [1] . **الامر الثالث** حفظ الاسرار الشخصية . فلا غنى لمستخدم وسائل التواصل الاجتماعي من حفظ اسراره الشخصية واخبار افراد عائلته وعدم البوح بها الى الغير , مصداق ذلك ما جاء في قوله تعالى **" يابني لا تقصص رؤياك على اخوتك فيكيدوا لك كيدا ان الشيطان للانسان عدو مبين "** [1]. وعلى النقيض من ذلك فان قيامه بشرح تفاصيل حياته واماكن تواجده وصورعائلته يجعل منه فريسة للعيون المترصدة . الامر الرابع اشاعة الكلمة الطيبة . يتعزز السلم الاجتماعي بين افراد المجتمع بمراعاة قواعد الذوق في الكلام والتحدث بادب مع الاخرين عند استخدام وسائل التواصل الحديثة , تفاديا لنفور وابتعاد الاخرين عن مستخدمها . ومن هنا تبرز اهمية الكلمة الطيبة وتاثيرها على الاخرين كما قال تعالى **" وقولوا للناس حسنى "** [1] . ويدخل في هذا السياق التاكد من صحة الاخبار التي تترد عبر مواقع التواصل الاجتماعي , وان لا يتم نقل الكلام دون تثبت , فالكثير من الاخبار تكون كاذبة يراد بها اثارة الفوضى والوقيعة بين افراد المجتمع , فيتلقفها الغير لينشرها [1] , غافلا عن قوله عز وجل **" ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب اليم في الدنيا والاخرة والله يعلم وانتم لا تعلمون "** [1] . **ثانيا : الضوابط القانونية ذات الطابع الاخلاقي والعرفي :** ادى استخدام وسائل الاجتماعي الى تقليل الحدود والقيود المستخدمة للتحكم في السلوك المعلوماتي واصبح من الممكن لبعض الاشخاص تجاوز المعايير والقيم والرقابة الاجتماعية , اذ قد تسبب في اختلال التوازن في العادات الاجتماعية والثوابت الاخلاقية والثقافية وزعزعة كل ما هو ثابت , مثل اخفاء الشخصية والعزلة الاجتماعية . ومع ذلك توفر الضوابط الاخلاقية بعض الحلول الواقعية , حيث تهدف الى تحصين المجتمع من الشكوك حول الثوابت والشبهات المضللة , وغالبا ما تستمد تلك الضوابط جذورها من عادات الامة ومعتقداتها ومحددات هويتها حماية عقيدة المجتمع وتفكيره لذلك [1] . ويعد مفهوم النظام العام والآداب من ابرز الضوابط الاخلاقية التي يستعان بها في السلم الاجتماعي . فما لا شك فيه ان النظر الى تلك الوسائل كاداة لضبط السلوك الانساني لتدعيم القيم والمبادئ الاجتماعية من اجل المحافظة على استقرار النظام واقامة نظام اجتماعي متكامل ومتجانس يبيح للدولة التدخل لتنظيم هذا النشاط للمحافظة على استقرار النظام ككل وهذه هي وظيفة الضوابط القانونية [1] . حيث يمنعان من تكريس الكثير من الافكار والمبادئ التي من شانها زعزعة استقرار المجتمع . فغالبا ما تستخدم وسائل التواصل الاجتماعي بحجة حرية الراي والتعبير وتبادل المعلومات لتسليط الضوء على مواطن الفساد داخل المجتمع مما يؤدي الى نشر حالة الياس والاحباط بين افراده . ومن هنا تشكل العادات والتقاليد الجسر الرابط بين اجيال المجتمع المختلفة التي تضمن ديمومته , فنجد ان ما يتعلمه الابناء من عادات وقيم واخلاق عن طريق تنشئتهم الاجتماعية , قد تعارضه ما تنقله وسائل التواصل الاجتماعي من معلومات , مما يؤدي الى زعزعة السلم الاجتماعي وانشار قيم دخيلة على المجتمع تؤدي الى انحلال قيمه الاساسية وتفكك الاسرة , فتطغى العواطف الالكترونية التي تغير طبيعة العلاقات الاجتماعية بين الافراد على المشاعر الحقيقية التي تتكون من الاتصال الشخصي المباشر [1]

الفرع الثاني : الضوابط القانونية الخاصة

ان ترسيخ ثقافة السلم الاجتماعي لا يتم فقط من خلال الضوابط القانونية العامة التي تحددها الاصول الكلية الشرعية والقيم الاخلاقية والقواعد العرفية , وانما هناك ضوابط قانونية اخرى لا تقل تاثير في ترسيخها . وتتمثل هذه الضوابط بالنصوص القانونية الواردة في الوثائق والمدونات الدولية والمعاهدات الدولية او في الدساتير او القوانين الخاصة المعنية بوسائل التواصل الاجتماعي من حيث استعمالها وتنظيمها . ويمكن بلورتها في الفقرتين الاتيتين :**اولا : الضوابط القانونية الخاصة ذات الطابع الدولي :** ونجد لهذه الضوابط تطبيقات كثيرة تؤمن السلم الاجتماعي عند الالتزام بها . ومن تلك التطبيقات المهمة حرمة الحياة الخاصة , وهو ما اكدته المواثيق الدولية , من ابرزها الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عام 1948[1] , حيث اكدت المادة (19) من الميثاق على حرية الفرد في اعتناق الآراء وتلقيها ونقلها الى الاخرين باي وسيلة ودونما اعتبار للحدود . والمعنى نفسه اكده الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب من انه لا يجوز انتهاك حرمة الانسان ومن حقه احترام حياته وسلامة شخصه البدنية والمعنوية ولا يجوز حرمانه من هذا الحق تعسفا باي شكل من الاشكال . وعلى الصعيد العربي تضمنت المادة (32) من الميثاق العربي لحقوق الانسان الصادر عام 2004 الحق في ممارسة الحقوق والحريات في اطار المقومات الاساسية للمجتمع ولا تخضع الا للقيود التي تفرضها حقوق

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الاخرين او سمعتهم او حماية الامن الوطني او حماية النظام العام [1] . **ثانيا :الضوابط القانونية الخاصة ذات الطابع الداخلي :** لا يمكن تحقيق نظام المجتمع إلّا من خلال اتباع القوانين , وهو ما نستقيه من تعريف القاعدة القانونية وهدفها بكونها قاعدة سلوك اجتماعية عامة مجردة ملزمة [1] , للحفاظ على السلام الاجتماعي والنظام ، وإقامة العدل في المجتمعات . فهناك ارتباط وثيق بين الالتزام بنصوص القانون ونجاح العلاقات الاجتماعية ، فلا يوجد مجتمع دون قواعد قانونية تنظم تلك العلاقات وتحمي أفراد المجتمع من بعضهم البعض، ويحفظ الحقوق والواجبات ، ويحمي ويصون الحريات الشخصية . فالمادة (17) من الدستور العراقي لعام 2005 اكدت على المبدا العام وهو الحق في الحياة الخاصة , فنصت **" اولا : لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الاخرين والاداب العامة "** . وعدّت المادة (38) منه ان الاسرة اساس المجتمع وينبغي المحافظة عليها . ولما كان الكثير من المجرمين يتخذون من وسائل التواصل الاجتماعي فضاء للتحريض على الجرائم المنافية للاخلاق والابتزاز الالكتروني , فقد جرّم قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1966 الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة بمختلف صوره بقوله في المادة (438) **" يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار او باحدى هاتين العقوبتين 1- من نشر باحدى طرق العلانية اخبارا او صورا او تعليقات تتصل باسرار الحياة الخاصة او العائلية للافراد ولو كانت صحيحة اذا كان من شان نشرها الاساءة اليهم 2- من اطلع من غير الذين ذكروا في المادة 328 على رسالة او برقية او مكالمة تلفونية فأفشاها لغير من وجهت اليه اذا كان من شان ذلك الحاق ضرر باحد .** [1] **"**

وايا كان الامر فان ثقافة السلم الاجتماعي تتبلور على الصعيد الداخلي من خلال تضافر مجموعة من الضوابط القانونية اهمها التي تعد تدابير وقائية واجراءات لاحقة . وهذه الضوابط **1- الحصول على الترخيص الاداري :** الاصل ان ممارسة الانشطة الفردية يتم بحرية دون اي قيد , غير انه قد يترتب على ممارسة بعض الانشطة ضرر او خطر يصيب المجتمع , مما يدعو الى منع ممارستها او ممارستها وفق ضوابط قانونية محددة تحقيقا لغايات معينة هي حماية النظام العام وتحقيق المنفعة العامة وحماية حقوق الافراد في آن واحد [1]. ولا تبتعد وسائل التواصل الاجتماعي من تلك الاجراءات والضوابط , وتارة تتعلق تلك الاجراءات بالمستخدم الذي يتوجب عليه الموافقة على الشروط التي يضعها مقدم الخدمة لاستخدامها والتي تتضمن توجيهات ومعلومات عامة لضمان الاستخدام السليم لوسائل التواصل وعدم الاضرار بالغير . وتتمثل بالحرص الشديد عند انشاء حساب على مواقع التواصل الاجتماعي وعدم الافصاح الكامل عن بعض الجوانب الخاصة , وعدم الكشف عن كلمات السر الخاصة به وان يكون حذرا في اختيارها وان يتحقق بصورة منتظمة مما قد ينشره على تلك المواقع , فضلا عن تامين الحساب عن طريق ضبط اعدادات الخصوصية التي لا تتيح بياناته في متناول الكافة , وتوخي الحيطة والحذر عند قبول طلبات الصداقة من اشخاص غير معروفين , واذا ما اراد تلافي الغير في الدخول الى المحتوى الالكتروني بعد خروجه عليه تسجيل الخروج [1] . وتارة اخرى تتعلق بالمزود , اذ يتوجب على الشركات القائمة على مواقع التواصل ازالة اي محتوى غير قانوني وفقا لما تتضمنه شروط استخدام تلك المواقع , كتدبير لازم يؤدي ولو بشكل نسبي الى التخفيف من نطاق المحتوى غير القانوني وما يمكن ان يسببه من انعدام الامن الاجتماعي . ويترتب على ذلك ان اختراق الحسابات الخاصة بالافراد او المؤسسات عبر وسائل التواصل الاجتماعي بدون ترخيص من الجهات المختصة يشكل جريمة لخرق التدابير الامنية يتمثل السلوك الاجرامي فيها بفعل الدخول (القرصنة) . اي اجراء اتصال بالنظام محل الحماية القانونية ذو الطبيعة المعنوية بالطرق الفنية اللازمة كصنع او نشر الفيروسات لتدمير المعلومات او البيانات او البرامج وتعطيل شبكة المعلومات لذلك والبقاء غير المصرح بهما , بهدف اختراق الحسابات للحصول على معلومات تسمح له باختراق ضحية اخرى او لغرض التحدي واثبات المهارة التقنية. [1]

2 -عدم التعسف في استعمال الحق : تكاد ان تجمع قوانين الدول على ان ممارسة حرية الراي والتعبير والنشر باستخدام اي وسيلة مقيدة بالعديد من القيود التي تمس حياة الاخرين والمحافظة على النظام العام والامن القومي . فالناشر عبر وسائل التواصل له الحرية الكاملة في التعبير عن اراءه من خلال النشر في صفحته الشخصية ما يشاء , الا ان هذه الحرية مقيدة بعدم التعسف في استعمالها , اذ

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

عليه التقيد باحترام الراي الذي يوجب عليه احترام حقوق الاخرين كحقهم في الحياة الخاصة وعدم الاعتداء عليها او على حق الملكية الفكرية من خلال النشر في الصفحة الشخصية له ما يشكل اساءة اليهم من محتوى كالكتابة او فديو او صور , وان يكون عالما بالمشورات التي تنشر على صفحته ويراقبها ويتحكم بها بعد نشرها [1] . وفي هذا الشأن اكدت المادة الاولى من قانون حرية الاتصالات الفرنسي رقم 67 لسنة 1986 ان حرية الاتصالات بالوسائل الالكترونية لا تمنع من احترام الكرامة الانسانية وحرية ملكية الاخرين والمحافظة على النظام العام . [1]

3 -الرقابة على وسائل التواصل الاجتماعي : ازاء الاخطار المترتبة على استخدام وسائل التواصل الاجتماعي وجدت الدولة نفسها مرغمة على الاستعانة بوسائل عديدة لمواجهة هذه المخاطر . ففرضت نوعا من الرقابة على شبكة الانترنت بحيث تحول هذه الرقابة دون استخدام وسائل التواصل في ارتكاب افعال غير مشروعة او تمنع القيام بها او ازالة اي محتوى غير قانوني ينشر عبر وسائل التواصل . وقد تكون الرقابة التي تفرض على مستخدمي وسائل التواصل الاجتماعي باعتبارها وسيلة نشر الكترونية خاصة تفرض من قبل هيئات خاصة وهم وسطاء الانترنت فضلا عن مواقع التواصل نفسها , وقد تكون عامة تفرض من قبل الهيئات العامة في الدولة . وتوصف هذه الرقابة بانها رقابة سابقة اذا ما تحققت قبل نشر المحتوى على الشبكة او تكون لاحقة اذا تمت بعد نشر المحتوى او قضائية اذا مورست من قبل المحاكم . وقد يطلب ازالة محتوى معين او صفحات محددة منه اذا تضمنت خرقا لقوانين وانظمة الدولة وقد تحجب تلك الصفحات او يوقف الموقع باكمله في الدولة المعترضة . وتستند هذه الرقابة على مجموعة من الاسس وهي التدخل في طريقة نشر المحتوى على مواقع التواصل الاجتماعي بطريقة تنظيمية على وفق النظام الالكتروني لكل دولة , ومبدا سيادة القانون , فالدولة ملزمة بمراقبة تصرفات الاشخاص ونشاطاتهم عبر وسائل التواصل لمنع ووقف اي نشاط يكون مخالفا للقانون , وان امتناعها عن القيام بذلك يعني ان تلك الوسائل تصبح خارج حكم القانون , وهذا ما لا يمكن الاخذ به , فوسائل التواصل شانها شان الانشطة والتصرفات تخضع لحكم القانون واي تصرف يخالفه مصيره البطلان. [1]

المبحث الثاني

سياسات الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي في تحقيق السلم الاجتماعي

أصبح لإستخدام وسائل التواصل الرقمية دورا اساسيا في مجتمعاتنا ، سواء كان في التواصل الاجتماعي أو الاعلام أو نشر المعلومات أو غيرها من المجالات ، ويترتب على إستخدامها اثارا قد تكون ايجابية أو سلبية على المجتمع ، حسب طريقة الاستخدام وشخصية المستخدم ، مما يعني إنه بالإمكان توجيه هذه الوسائل واستغلالها في تحقيق السلم الاجتماعي ، من خلال توعية المستخدمين لهذه الوسائل بأن يكونوا مستخدمين ايجابيين ، ويمكن تحقيق ذلك على مستويين ؛ الشخصي والعام ، وهو ماسوف نتناوله من خلال تقسيم هذا المبحث على مطلبين ؛ نبحث في الأول الأبعاد القانونية للضوابط على المستوى الشخصي ، ونخصص المطلب الثاني للأبعاد القانونية للضوابط على المستوى العام . وكما يأتي:

المطلب الأول

الأبعاد القانونية للضوابط على المستوى الشخصي

إن الضوابط القانونية لإستخدام وسائل التواصل الاجتماعي لها دور مهم في تحقيق السلم الاجتماعي ، وذلك من خلال تحقيق الأمن الشخصي وتعزيز ثقة المستخدمين لوسائل التواصل ، بما توفره من حماية لهم على المستوى الشخصي ، وذلك من خلال المحافظة على خصوصيتهم تارة ، وفرض قيود على حقهم في الخصوصية تارة أخرى ، وهو ما سنتناوله بالبحث في هذا المطلب ، بتقسيمه إلى فرعين ؛ نبين في الأول المحافظة على خصوصية المستخدم لوسائل التواصل الاجتماعي ، ونعرض في الثاني القيود الواردة على حق المستخدم في الخصوصية الرقمية ، وكما يأتي:

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الفرع الاول : المحافظة على خصوصية المستخدم لوسائل التواصل الاجتماعي

إن للحق في الخصوصية أهمية للفرد والمجتمع على حد سواء ، لا يمكن إنكارها ، فهو صمام الامان ، الذي يحفظ للفرد ، صفاءه النفسي ، وشعوره بإحترام أسراره ، وإن وجوده الذاتي مصون ، ومن نتائج إحترام خصوصية الفرد ، أن يصبح يقظ الضمير بما من شأنه الإسهام في تطور مجتمعه ، وتزداد لديه القدرة على الإبتكار والإبداع ، وهذا كله يعود بالنفع على الفرد والجماعة [1] . لبيان دور الضوابط القانونية في المحافظة على خصوصية المستخدم الرقمية ، لابد من بحث مفهوم الخصوصية الرقمية أولا وعرض الآليات التقنية التي يمكن استخدامها من قبل مستخدم وسائل التواصل الاجتماعي للمحافظة على خصوصيته ثانيا ، وكما يأتي :

أولا : مفهوم الخصوصية الرقمية : نحاول في هذه الفقرة بيان مفهوم الخصوصية الرقمية من خلال ؛ تعريفه ، وتحديد طبيعته القانونية ، وكما يأتي:

تعريف الخصوصية الرقمية :. لم تورد أغلب الأنظمة القانونية تعريف هذا الحق ، مكتفية بالإشارة إليه في بعض القوانين ، وهذا هو موقف المشرع العراقي ، إذ إنه أضفى الحماية على بعض صور الحق في الخصوصية من دون أن يضع تعريفا له [1] ، وذلك لصعوبة ضبط هذا المصطلح بدقة ،لأنه يرتكز على فكرة نسبية ، تتغير بتغير الزمان والمكان ، وعادات الناس وتقاليدهم ، وأخلاقياتهم ، إضافة لتطور الحياة ، وعوامل البيئة المتنوعة . إلا إن هذا لم يمنع الفقه القانوني من وضع تعريف له ، فمنهم من عرَّفه بأنه :" حق الأشخاص في التحكم وحماية بياناتهم والمعلومات التي تخصهم ، على الوسائل التكنلوجية ، ومنع الغير من إساءة إستخدامها " [1]، وعرَّفها آخر بأنها " حق الفرد في أن يضبط عملية جمع المعلومات عنه ، وعملية معالجتها آليا ، وحفظها وتوزيعها ، وإستخدامها في صنع القرار الخاص به ، أو المؤثر فيه " [1] ، وهناك من ذهب إلى تعريفه بأنه " حق الشخص في عدم هتك أو إفشاء أو فضح البيانات الرقمية والمعلوماتية الشخصية له ، على وسائل التواصل الاجتماعي ، متى كانت هذه المعلومات ذات خصوصية شخصية ، تعبر عن وجهة نظر صاحب هذا الموقع أو ذاك. [1]"

الطبيعة القانونية لحق الخصوصية الرقمية: اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للحق في الخصوصية الرقمية إلى اتجاهين

الإتجاه الأول : ذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى إن الحق في الخصوصية من الحقوق المعنوية ، وتحديدا(حق ملكية)، إذ إنه يشكل حقا معنويا يشبه حق الإختراع ، ويؤسسون رأيهم على أساس فكرة الحق في الصورة [1]، وملخص هذه الفكرة إن للشخص الحق في ملكية صورته يشبه حق الملكية على جسده ، ولما كانت الصورة جزء من جسم الانسان ، فهي اذن حق ملكية ، نشأت هذه الفكرة بخصوص الحق في الصورة ، ثم تعممت لتشمل الحق في الخصوصية [1] . يترتب على الأخذ بهذا الرأي نتائج قانونية ، أهمها إنه يحق للشخص وقف الاعتداء على حقه من دون الحاجة إلى اثبات حدوث الضرر ، كونه يستحدم حقوق المالك على ملكه ، فضلا عن ذلك يجوز للشخص مباشرة حقوق المالك على جسده من إستغلال وإستعمال وتصرف [1] . هذا الرأي لم يلق فقهيا ، ذلك إن خصائص وطبيعة الحق في الملكية تتعارض مع خصائص الحق في الخصوصية ، لأنه يشترط توافر عنصرين في حق الملكية ؛ هما صاحب الحق ومحل الحق ، وإستنادا لذلك لايمكن أن يكون للشخص حق ملكية على ذاته ، فإذا إتحد صاحب الحق مع موضوع الحق ، يستحيل عندها ممارسة السلطات ، وهو ما لا ينطبق مع الحق في الخصوصية الرقمية ، فمن غير الممكن أن يكون للشخص على نفسه داخل وسط رقمي حق ملكية [1]. **الإتجاه الثاني :** ذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى إن الحق في الخصوصية من الحقوق الشخصية ، ويسري عليه خصائص ومميزات هذا النوع من الحقوق ، والتي يمكن تعريفها بأنها " الحقوق الواردة على عناصر ومقومات الشخصية بمختلف مظاهرها ، سواء كانت إجتماعية أم فردية ، طبيعية كانت أم معنوية ، وتعبر هذه المظاهر والمقومات عما للشخص من سلطات ، وذلك لغرض تأمين الحماية للشخصية من اعتداءات الغير، بإعتبارها عناصر لصيقة ومكونة لشخصية الإنسان " [1] . يترتب على الأخذ بهذ الرأي نتائج قانونية ، أهمها ؛ تكون الحماية للحق وليس الحرية الرخصة لإستخدام ذلك الحق ، لذلك تتوفر الحماية بمجرد التعدي على الحق ، دون الحاجة إلى اثبات الضرر ، كونه أمرا مفترضا [1] . كما يترتب على الأخذ بهذا الرأي ، عدم قابلية التصرف في هذا الحق ، لأنه من الحقوق اللصيقة بالفرد ، فلا تكون الخصوصية محلا للبيع أو الهبة ، ولا يرد عليها التنازل ، وتعد جميع الإتفاقات باطلة ، إلأ لمبررات وإعتبارات معينة ، كما لو تنازل شخص عن خصوصياته ، بمقابل أو بدون مقابل ، وفي

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

هذه الحالة ، لا نكو ن أمام تصرف في الحق ، وإنما تنازل عن ممارسة السلطة على ذلك الحق [1] . فضلا عن عدم قابلية سقوط هذا الحق بمضي المدة أو عدم الإستعمال [1] . وهذا الإتجاه هو الغالب في الفقه ، لأنه يؤدي إلى تلافي عيوب الرأي الأول ، فضلا عن إنه أكثر قوة وفعالية ، في تحقيق الحماية للحق في الخصوصية . [1]

الآليات التقنية للمحافظة على الخصوصية الرقمية لمستخدم وسائل التواصل الاجتماعي : اتجهت العديد من الدول إلى استخدام وسائل تقنية ، لحماية الحق في الخصوصية ، وأهما الوسائل المستخدمة في هذا المجال هي:

تقنيات التشفير: التي تعد من أهم الوسائل المبتكرة ، في مجال توفير أمن وسلامة وحرية المعلومات والصفقات عبر شبكة التواصل الاجتماعي ، وأكثرها إستخداما . ويقصد بها " آلية يتم بمقتضاها ترجمة معلومة مفهومة إلى معلومة غير مفهومة ،عبر تطبيق وبروتوكولات سرّية ، قابلة للإنعاس ، أي يمكن إرجاعها إلى حالتها الأصلية " . وتبرز أهمية هذه الآلية ، في عدم تمكين الغير من الدخول إلى المعلومات والبيانات الخاصة ، والمحافظة على خصوصيتها وسريتها ، عن طريق إستخدام وسائل الكترونية ، تحقيقا لأكبر قدر من الحماية القانونية، لمستخدمي شبكة الإنترنت ووسائل التواصل الاجتماعي [1] 2 **-تقنية الغفلية :** إن شبكة الإنترنت تشكو نقصا في مستوى الأمن الفعلي فيها ، لذلك فإنها تشكل عنصر تهديد اساسي للحق في الخصوصية الرقمية ، مما أدى إلى إبتكار تقنيات متطورة ، تؤمن لمستخدمي شبكة الإنترنت إتصالهم بصورة مستترة ، وذلك من خلال إستخدام معدات يطلق عليها أجهزة معاودة الإرسال بشكل مغفل. [1]

الفرع الثاني : القيود الواردة على الحق في الخصوصية الرقمية

تلجأ بعض الدول إلى اتخاذ إجراءات تقييديَّة ، وزيادة الرقابة على حرية التعامل بالمعلومات على شبكة الإنترنت ، إلا إن هذا الأمر يثير المخاوف والشكوك لدى الكثير من المهتمين بالحقوق الرقمية ، حول إحتمالية إستغلال تلك القيود لإعاقة إنتفاع الأفراد من حقوقهم الرقمية ، ذلك إن بعض هذه التدابير ترقى إلى مستوى حرمان الجميع من الوصول إلى الإنترنت او بعض تطبيقاته . فالحق في الخصوصية ليس حقا مطلقا ، وإنما ترد عليه بعض القيود ، و نقصد بها " الحالات التي يمكن فيها الإطلاع على الحياة الخاصة ، أو الكشف عنها ، دون أن يعد ذلك إعتداءً على حرمة الحياة الخاصة من الناحية القانونية " [1] . ومن أهم القيود هي : **أولا : القيود الخاصة بحماية الحياة الخاصة للأفراد** عدم التدخل التعسفي ، أو التجسس على حياتهم من دون وجه حق ، وبشكل يسبب الضرر للفرد وعائلته ، فالحرية المطلقة في إستخدام الحق في الخصوصية قد تلحق الأذى بالغير ، أو تسبب الإضرار بالمجتمع ، أو الأخلاق العامة ، أو النظام العام ، وفي الواقع إن حماية الخصوصية التي تتيحها اغلب الدساتير الوطنية تكاد جميعها تسلم بوجود قيود وإستثناءات محتملة.[1]

ثانيا : القيود المرتبطة بالأمن الوطني : إذ يمكن إستخدام شبكات التواصل الاجتماعي بصورة سلبية ، فيما يشكل تهديدا حقيقيا لأمن الدولة ، وذلك في الحالات التي تستخدم فيها هذه الوسائل لنشر الأفكار المتطرفة ، أو للتشجيع على العنف والتحريض على الكراهية ، أو لإثارة الفتن الطائفية داخل المجتمع ، وعلى وجه الخصوص المجتمعات التي تتعدد فيها الطوائف والاقليات ، كل هذه المظاهر قد تكون سببا حقيقيا في تهديد الأمن الوطني للدولة ، وتسبب زعزعة الإستقرار فيها ، بآليات متعددة ، منها نشر الإشاعات والمعلومات غير الصحيحة والتي تتعلق بعدد من القضايا الأساسية في المجتمع ، والتي تمثل رأي عام ، فضلا عن ذلك فإن الحرب ضد الإرهاب وإستغلال الجماعات الإرهابية لحرية إستخدام الإنترنت والحقوق الرقمية ، ساهم في زيادة الرقابة على وسائل التواصل الاجتماعي على المستويين الوطني والدولي [1] . وقد شدّد المشرع العراقي على ضرورة مراقبة مواقع التواصل الاجتماعي لضرورات أمنية , فنص بانه **" مراقبة الاتصالات ومواقع التواصل الاجتماعي والألكتروني بناءً على أوامر قضائية "**[1] . و ونص كذلك**" رصد الأنشطة المحظورة من خلال وسائل الإعلام أو مواقع التواصل الإجتماعي أو الندوات أو الإجتماعات أو المؤتمرات أو غيرها** [1] **"**

.

ثالثا: القيود المفروضة على الخصوصية الشخصية في فتح السجلات الطبية لشخص ما ، من دون رضاه ، و ذلك بسبب التقدم العلمي وإكتشاف الحمض النووي للإنسان ، الأمر الذي أدى إلى تقدم كبير جدا في التحقيقات الجنائية ، لا يقتصر على اثبات ذنب

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

بعض مرتكبي الجرائم ، وإنما يتعدى ذلك إلى إثبات براءة المتهمين بجرائم لم يرتكبوها ، وهذا التدخل لا يعد شكلا من أشكال التدخل التعسفي بخصوصية الأشخاص ، فالسلطات المعنية تبرر هذا التدخل بما يحقق مصلحة المجتمع ومنع إرتكاب الجرائم من دون محاسبة المخالفين.[1]

رابعا :القيود المرتبطة بالظروف الإستثنائية : إن من المسلم به في الفقه القانوني ، إن للدولة حق تقييد بعض الحقوق والحريات في أوقات وظروف معينة ، نطلق عليها مصطلح الظروف الاستثنائية ، وهي أوقات حدوث الحروب والكوارث الطبيعية ونحوها ، ومنها الحقوق الرقمية ، لوجود أسباب و مبررات تتمثل في تهديد أمن الدولة جراء تلك الظروف ، إذ يمكن للدولة زيادة القيود المفروضة على وسائل التواصل الإجتماعي ، وتحديدا تلك التي تكون موجهة ضدها ، والمخصصة لنشر أفكار تضر بالسلامة الوطنية الدولة ، أو تلك التي تخدم مصالح الدول الأخرى المتحاربة معها ، أو بعض المواقع التي تحاول إثارة الحروب الأهلية أو تأجيجها ، أثناء النزاعات الداخلية أو الحروب الأهلية ، أو المواقع التي تحاول نشر الفوضى والذعر بين المدنيين أثناء الكوارث الطبيعية. [1]

خامسا: القيود المتعلقة بحرية الصحافة والحق في الاعلام : ونقصد به " الحق في إبلاغ المعلومات والأنباء والآراء للآخرين ،لتوثيق الصلات وكشف الحقائق ، والتعاون على تحقيق الغايات ، لإعلام الآخرين ، طلبا للإستجابة أو التعاون أو المشاركة " [1].
إن الحق في الاعلام يصبح قيدا على الحق في الخصوصية ، وسببا لإباحة الكشف عن الخصوصيات ، في حالات وشروط محددة ؛ الحق في الخصوصية للشخصية المشهورة : ونقصد بها شخصية في مركز أو موضع يجعل منها محط أنظار الآخرين واهتمامهم ، ويكون هناك مصلحة مشروعة في معرفة أخبارها [1]. والسؤال الذي يثار في هذا الصدد ، حول مدى إستمرارية إحتفاظ الشخصية المشهورة بالحق في الخصوصية الرقمية ، من فقدانه ، بسبب الشهرة ؟ وللإجابة عن هذا التساؤل هناك ثلاثة آراء ؛ الأول يرى إن الشهرة تؤدي إلى فقد الحق في الخصوصية ، والثاني يسمح بنشر مايتعلق بالحياة المهنية للشخصية المشهورة دون رضاها ، والثالث وهو الرأي الراجح ، يرى إن الشهرة لاتجرد الأشخاص من حقهم في الاحتفاظ بخصوصياتهم ، وإن الكشف عن الخصوصية بدون إذنهم ، يجب أن يكون في الحدود القانونية التي تقتضيها المصلحة العامة [1]. وكذلك مقتضيات المصلحة العامة للمجتمع : ونقصد بالمصلحة العامة للمجتمع ، كل امر يعود بالنفع على الشريحة الأكبر من شرائح المجتمع المختلفة ، بغض النظر عن نوع هذا النفع ، سواء كان ماديا أم معنويا . [1]

سادسا : القيود المتصلة بالجرائم الالكترونية : تمثل بعض وسائل الاتصال التكنلوجية الحديثة تهديدا لأمن المجتمع ، من خلال الاستخدام السيء لهذه الوسائل ، سواء في أعمال القرصنة الألكترونية ، أو ممارسة أنشطة محظورة في القانون الدولي ، مثل الإتجار بالمخدرات ، وجرائم غسيل الأموال ، وجرائم الإتجار بالبشر، فضلا عن ذلك ، فإنه يمكن إستخدام وسائل التواصل الإجتماعي لتحقيق غايات غير مشروعة ، لذلك تحرص الكثير من الدول ، من منطلق إدراكها للخطورة الكبيرة التي تمثلها وسائل التواصل الإجتماعي ، أن تكون لها سيادة رقمية على تلك المواقع ، وأن تضع آليات للحد من الآثار السلبية لإستخدام وسائل التواصل الإجتماعي ، التي تهدد أمن المجتمع بمخاطر متعددة ، وبما يحقق السلم الإجتماعي ، لهذه الأسباب سابقة الذكر ، تعمل الحكومات على الحد من حرية الوصول إلى الإنترنت ، ضمن بعض المبررات ذات الطابع الجنائي ، وتحاول إستخدام ادوات يتم من خلالها حجب صفحات وسائل التواصل الإجتماعي غير اللائقة ، أو تلك التي يتم إستخدامها في نشر بيانات لا تتناسب مع الفئة العمرية ، أو من شأنها أن تشكل أحد صور الأفعال الجنائية المعاقب عليها في اطار القوانين الجزائية ، سواء كانت تدخل ضمن مفهوم الجرائم التقليدية ، أو الجرائم الألكترونية.[1]

سابعا : القيود المتعلقة بإستخدام الملفات في الأغراض الإحصائية أو البحوث العلمية : ويستلزم الأمر أهمية ضمان الحقيقة ، وأهمية تدقيق المعلومات ، ويشترط في هذه القيود أن تكون ضرورية من أجل إحترام حقوق الآخرين ، أو سمعتهم ، ومن أجل حماية الأمن القومي ، أو النظام العام ، أو حماية الصحة العامة ، أو الأخلاق العامة. [1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الثاني

الأبعاد القانونية للضوابط على المستوى العام

تتمثل أبعاد الضوابط القانونية لإستخدام وسائل التواصل الإجتماعي بالشكل الذي يحقق السلم الإجتماعي على المستوى العام ، في الحماية التي توفرها التشريعات الدولية والوطنية للمستخدم ، وعلى الرغم من خلو التشريعات العراقية من تنظيم قانوني خاص بحماية المستخدم ، إلا إن بعض النصوص القانونية الحالية في القانون المدني العراقي ، يمكن ان تكون المعين الذي يمدنا بالقواعد القانونية ، التي يمكن تطبيقها على المستجدات الحديثة في تعاملاتنا الألكترونية ، والتي تتمثل في نوعين من الوسائل ؛ الأولى وقائية ، والثانية علاجية ، لذلك سوف نبحث هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين ؛ نخصص الأول للحماية القانونية الوقائية لمستخدم وسائل التواصل الإجتماعي ، ونعرض في الثاني الحماية القانونية العلاجية للمستخدم .

الفرع الأول : الحماية القانونية الوقائية للحق في الخصوصية الرقمية

في هذا الصدد سنحاول التعرض إلى الآليات والوسائل القانونية لمواجهة حالات الإنتهاك والتعدي على حرمة الحياة الخاصة لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي ، نظرا للطبيعة الخاصة للطرق المستخدمة في الإعتداء على الخصوصية على مواقع التواصل الإجتماعي ، والتي تتميز بالسرعة في الإنتشار والوصول إلى أكبر عدد من المستخدمين ، بأقصر وقت ، وأقل كلفة وهذه الحماية تنطبق عليها الحماية القانونية للحقوق بصفة عامة ، إذ تتحقق بإتخاذ الإجراءات الوقائية التي تمنع الإعتداء قبل وقوعه ، لأنها تهدف إلى التدخل السريع لمنع المساس بالحقوق الشخصية .

ويقصد بالإجراءات الوقائية في مجال حماية الحقوق الشخصية ، و من بينها حماية الحق في الخصوصية الرقمية للمستخدم ، بأنها تلك الاجراءات التي يتم الإلتجاء إليها بقصد الحيلولة دون المساس بالحقوق الشخصية ، فهي وسيلة وقائية ، الهدف منها منع الاعتداء على الحياة الخاصة للافراد قبل وقوعها ، وتجنب الحاق الضرر بخصوصية الافراد , فهي حماية غير مشروطة بوقوع الضرر ، فمجرد الاعتداء على هذه الحقوق يكون اعتداء على ذاتية الانسان ، وهذا يعد مبررا كافيا لتدخل القضاء ، لتوفير الحماية اللازمة للمضرور [1] . ويضاف إلى ذلك ، انها تمثل التنفيذ العيني لالتزام الكافة باحترام الحقوق الشخصية ، إذ يجب ان لا يفهم من عبارة وقف الاعتداء بأن القانون يسمح بوقف الاعتداء بعد وقوعه ، ولا يسمح بمنعه قبل ذلك ، لان اتقاء حدوث الضرر افضل من علاجه بعدما يقع [1]. مما تجدر الاشارة اليه ، ان قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ قد نصَّ في قواعده العامة على حماية الحقوق الشخصية ، ولم يشترط وقوع الضرر فعلا لإمكانية رفع دعوى وقف الاعتداء ، لان وجود الضرر هو شرط للحكم بالتعويض وليس وقف الاعتداء ، وعليه يمكن طلب وقف الاعتداء لحماية الحقوق الشخصية ، عندما يكون هناك ضرر على وشك الوقوع يبرر طلب حماية هذه الحقوق . "

ومنع الاعتداء او وقفه يقصد به الوسائل والتدابير التي يلجأ اليها القضاء لوقف الاعتداء الواقع نتيجة المساس بالحقوق الشخصية فهو بذلك يوفر الحماية الفعالة على عكس التعويض الذي ينحصر اثره في محاولة جبر الضرر الذي تحقق , ويقصد به منع حدوث الضرر مستقبلا وتجنب اللجوء إلى التعويض فتمنع بصورة مسبقة الاعتداء على البيانات الشخصية اذ قد تتخذ قبل ان يحدث الاعتداء وان يقع الضرر فتحتوي على مضمون الردع ما يمنح صاحب البيانات امكانية المطالبة بالاجراءات من وقف نشر البيانات اذا كانت نشرت ومنع نشرها اذا لم تنشر وتصحيح البيانات مع وقف النشر اذا كانت قد نشرت وتم النشر بصورة مسيئة بأن عمل لها تغيير او تحريف أو بوقف تداول المادة التي نشرت فيها البيانات الشخصية او حظر نشر البيانات او حجز البيانات او المعلومات وايقاف تداولها او حذف بعضها وذلك في حالة الاتفاق على نشر مجموعة من البيانات المحددة ولكن مورد المحتوى قام بالنشر بالاضافة إلى تلك البيانات معلومات اخرى لم تتم الموافقة على نشرها من قبل صاحب البيانات "[1] .فالحماية الحقيقية للخصوصية تتجسد في منع العلانية والمحافظة على سرية الخصوصية ومتى تمت العلانية فان الحماية القانونية وان كانت موجودة الا ان فعاليتها تكون اضعف بكثير .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الفرع الثاني : الحماية القانونية العلاجية للحق في الخصوصية الرقمية

يقصد بالحماية العلاجية الوسائل التي يتم اللجوء اليها لاصلاح الاضرار الناشئة عن المساس بالحقوق الشخصية لمستخدمي وسائل التواصل الإجتماعي متمثلة بالتعويض . وتمثل الحماية المدنية للمتضرر في حصوله على تعويض يساعده ولو بصورة جزئية على جبر ما الم به من جراء الاعتداء على حقوق . والضرر الذي يصيب الغير من استعمال شبكة الإنترنت هو قابل للتعويض على الدوام فما يعد من التصرفات والأفعال غير مشروع في الحياة الواقعية هو ايضا غير مشروع على وسائل التواصل الإجتماعي [1] , ولكن تحديده امر لا يخلو من الصعوبة في ظل غياب التنظيم القانوني لوسائل التواصل الإجتماعي وما يترتب عليها من مشاكل . يعد التعويض وسيلة القضاء العلاجية التي يستخدمها لإزالة الضرر الناشئ عن الاعتداء على الحق الشخصية بشكل عام وحقوق مستخدمي وسائل التواصل الإجتماعي بشكل خاص و التخفيف منه فهو جزاء عام عند تحقق شروط المسؤولية المدنية وهذا ما نص عليه المشرع المدني العراقي في المادة (204) منه على انه **" كل تعد يصيب الغير بأي ضرر اخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض "** , كما نصت المادة (1/205) على انه **" يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك فكل تعد على الغير في حريته او في عرضه او في شرفه او في سمعته او في مركزه الاجتماعي او في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤول عن التعويض "** . وجميع هذه النصوص تحتاج إلى اثبات عنصر الخطأ ويقع على عاتق المتضرر ولصعوبة اثباته عبر شبكة الإنترنت نجد انه يتوجب على المشرع ايجاد نص يبنى على مبدأ عام في احترام الحياة الشخصية للاشخاص ومنع الاعتداء عليها دون الاخلال بحقه في التعويض الادبي والمادي عن الضرر اذ ان الهدف من اثبات المسؤولية المدنية هو حصول المضرور على تعويض سواء كان عينيا او بالمقابل لجبر الضرر الذي حصل من جراء الاعتداء [1]. وذلك في حال عجز الاجراءات الوقائية بوقف الاعتداء على البيانات الشخصية عبر وسائل التواصل الإجتماعي او لم يكن باستطاعة صاحب الحق في اللجوء إلى هذه الوسائل فان هناك وسيلة لجبر الضرر وهي التعويض عما يلحق به من ضرر , فالنصوص المدنية صريحة في ان اللجوء إلى استعمال الاجراءات الوقائية التي يتخذها القضاة لن تؤثر في حقه في المطالبة بالتعويض [1] . ويعرف التعويض بأنه " مبلغ من النقود او اي ترضية مالية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانتا نتيجة طبيعية للفعل الضار ويجب ان يتكافئ التعويض مع الضرر دون ان يزيد او ينقص فلا يجاوزه لكي لا يكون عقابا او مصدر ربح للمضرور وقد يكون نقدي او غير نقدي ويحكم به عن ضرر مادي او معنوي " [1]. وفيما يتعلق بالضرر الناجم عن التعدي على الحق في الخصوصية لمستخدمي وسائل التواصل الإجتماعي قد يكون ضررا ادبيا وهو الوضع الغالب او أن يكون ضررا ماديا وقد يختلطان معا وفي هذه الحالة يجب ان يكون التعويض عن كل واحد منهما بشكل مستقل عن الاخر ولا ينفي التعويض عن احدهما الحق في التعويض عن الاخر [1] . وقد يواجه امر اعادة الحال صعوبة كبيرة عندما يكون تعويضا عن انتهاك الخصوصية لمستخدمي وسائل التواصل الإجتماعي فلا يمكن اعادة الحال في حال انتهاك البريد الالكتروني والاطلاع على مضمونه او نشر محتوياته او كان ايذاء في الشرف او السمعة [1] فيكون التعويض المناسب هو التعويض بمقابل ويشمل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب فضلا عن التعويض عن الضرر الادبي ان كان موجود [1] . وذهب جانب من الفقه إلى ان قيمة التعويض تتحدد وفق نطاق انتشار الضرر باتساع قاعدة المستخدمين لوسائل التواصل الإجتماعي [1] . وهناك من يرى إن تحديد قيمة التعويض في نطاق الحق في الخصوصية بمدى انتشار الخطأ المتمثل بانتهاك الحق في الوسط الرقمي من خلال كثرة المستخدمين لوسائل التواصل الإجتماعي امر عسير من حيث الاثبات وامكانية ان ينتشر خارج شبكة الإنترنت من خلال تناقله من المستخدمين إلى غيرهم لذلك من الافضل ان يقدر التعويض بمستوى واحد بقطع النظر عن سعة انتقال الخطأ بين المستخدمين للانترنت فالضرر يتحقق بمجرد المساس بحق الخصوصية. [1]

الخاتمة

في نهاية بحثنا المعنون (دور الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي في تحقيق السلام الاجتماعي) توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات , لعل من اهمها :

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

1-لم يبين المشرع العراقي المقصود بالضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي , لذلك حاولنا ان نضع تعريفا مناسبا لها , فانتهينا الى ان الضوابط القانونية لاسخدام وسائل التواصل الاجتماعي هي (القيود القانونية التي تفرض على حرية الافراد في التعبير عن ارائهم باحدى وسائل التواصل الاجتماعي عبر الفضاء الافتراضي الذي يسمح بمشاركة المحتوى مع الاخرين).

2-لم تتفق اراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية لمواقع التواصل الاجتماعي , فمنهم من عدها ناشرا الكترونيا ومن من عدها متعهد ايواء. ويميل الفقه الحديث الى تكييفها بانها متعهد ايواء .

3-يتحدد النطاق الموضوعي للضوابط القانونية بان تتخذ في اغلب صورها صيغة بنود اتفاقية بين مزود الخدمة والمستخدم يمنح من خلالها الاول للثاني الحق في انشاء صفحة شخصية على التطبيق الالكتروني الذي يمتلكه المزود . او تاتي بصيغة اجراءات تنظيمية تقوم على انظمة مراقبة الكترونية مخصصة لهذا الغرض لمنع نقل معلومات من الحسابات الرسمية او الشخصية . او صيغة اجراءات ادارية تسبق استخدام تلك الوسائل , كالحصول على الترخيص الاداري.

4-يتحدد النطاق الشخصي للضوابط القانونية من حيث مستخدمي النشر , وهم صنفان من الاشخاص الاول ناشر المنشور عبر صفحته الشخصية او الرسمية , وثانيهما المتفاعلين مع المنشور وهما فئتان معيد المنشور وكاتب التعليق . وتتحد ايضا بالنسبة لمزودي خدمة الانترنت 5- ان الطبيعة القانونية لضوابط استخدام وسائل التواصل الاجتماعي يقترب من كونها قيود قانونية ترد على حرية النشر, سواء كانت اتفاقية ام غير ذلك , وذلك ان شروط الخدمة وسياسة الخصوصية في مواقع التواصل الاجتماعي تؤكد ان المستخدم هو الذي تؤول اليه حقوق المنشور , ويتحمل تبعة المسؤولية المترتبة عليه تجاه المحتوى سواء تم نشره على الصفحة الشخصية او الرسمية , او تم اتاحته لعامة المستخدمين او لفئة منهم.

6-تتخذ الشركات القائمة على مواقع التواصل الاجتماعي التدابير اللازمة التي تؤدي ولو بشكل نسبي الى التخفيف من نطاق المحتوى غير القانوني وما يمكن ان يسببه من انعدام الامن الاجتماعي . وقد تمثلت هذه الوسائل الزام مواقع التواصل الاجتماعي الشخص الراغب بالتسجيل في المواقع بتقديم ما يمكن الموقع من التعرف على شخصه , فضلا عن سياسية الخصوصية التي تتيح لها منع نشر اي محتوى غير قانوني او ازالته بعد نشره.

7 -يعد الحق في الخصوصية من الحقوق اللصيقة بالفرد ، فلا تكون الخصوصية محلا للتصرف ، ولا يرد عليها التنازل ، وتعد جميع الإتفاقات باطلة ، إلاّ لمبررات وإعتبارات معينة ، كما لو تنازل شخص عن خصوصياته ، بمقابل أو بدون مقابل ، وفي هذه الحالة ، لا نكو ن أمام تصرف في الحق ، وإنما تنازل عن ممارسة السلطة على ذلك الحق.

8 -تلجأ بعض الدول إلى اتخاذ إجراءات تقييديَّة ، وزيادة الرقابة على حرية التعامل بالمعلومات على شبكة الإنترنت قد ترقى إلى مستوى الحرمان من الوصول إلى الشبكة او بعض تطبيقاته.

9-قد يكون الضرر الناجم عن التعدي على الحق في الخصوصية لمستخدمي وسائل التواصل الإجتماعي ادبيا وهو الوضع الغالب او أن يكون ضررا ماديا وقد يختلطان معا وفي هذه الحالة يجب ان يكون التعويض عن كل واحد منهما بشكل مستقل عن الاخر ولا ينفي التعويض عن احدهما الحق في التعويض عن الاخر.

التوصيات

1-بالنظر للقصور التشريعي الذي يعتري القانون المدني العراقي بخصوص التنظيم القانوني لحماية الحقوق اللصيقة بالشخصية ندعو المشرع العراقي اضافة نص قانوني ينظم هذه الحقوق على غرار التشريعات المقارنة كالقانون المدني الفرنسي والقانون

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المدني المصري , لتكون القاعدة التي ينطلق منها لرد كل اعتداء واساءة على حقوق الشخصية الناجمة عن النشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي

2-اصبح قانون حماية المطبوعات رقم 206 لسنة 1968 لا تلائم مع مقتضيات التطور الحديث وما نجم عنه من اضرار بفعل استخدام وسائل التواصل الاجتماعي والتي انعكست سلبا على صعيد العملي , لكونه يقتصر على النشر الورقي دون الالكتروني , فاننا نشيد بمشرعنا العراقي اصدار قانون ينظم الية استخدام وسائل التواصل الاجتماعي عبر الفضاء الافتراضي والاستفادة من تجارب الدول المتقدمة التي سبقته في هذا الشان كالقانون الفرنسي والقانون السعودي رقم

ان السلم الاجتماعي لا يعني غياب مظاهر التطرف والعنف , وانما تنمية اقتصادية واجتماعية وسياسية وتجارية , من خلال تضافر الاليات السياسية ببناء مجتمع ديمقراطي والاليات القيمية بارساء ثقافة توحد الموطنين والاليات الاقتصادية من خلال معالجة الفقر والتخلف بكل انواعه .

المصادر

اولا : الكتب القانونية

1.اسامة عبدالله قايد , الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات ,ط2 , , دار النهضة العربية ,القاهرة ,1989.
2.الزبير حايف جاسم , الاعتداء على الحياة الخاصة , ط1 , دار النهضة العربية , 2018.
3.د. حسن كيرة ,المدخل الى القانون ,مطبعة منشأة المعارف , الاسكندرية – 1969.
4.سوزان علي حسن , الوجيز في مبادئ القانون , دار الجامعة الجديدة , 2003.
5.عباس الصراف وجورج حزبون , المدخل الى علم القانون, دار الثقافة, عمان , 2008.
6.سليم جلاد , الحق في الخصوصية بين الضمانات والضوابط في التشريع الجزائري والفقه الاسلامي , رسالة ماجستير, جامعة وهران , 2013.
7.د . شريف محمد غنام , التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الأنترنت , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية , 2011 .
8.عبد الباقي البكري وزهير البشير , المدخل لدراسة القانون , العاتك لصناعة الكتاب , الطبعة الثالثة , 2011.
9.د. عصام ابراهيم خليل ابراهيم , النظيم القانوني والرقابة على محطات الاذاعة والتلفزيون , الطبعة الاولى , دار النهضة العربية , القاهرة , 2007 .

ثانيا : البحوث

10.ابو بكر احمد عثمان , الرقابة على المحتوى غير القانوني لوسائل التواصل الاجتماعي في القانون الاماراتي والمقارن , مجلة الرافدين , جامعة الموصل , ع 67 , السنة 21 , م 19 , 2021.
11.احمد فتحي سرور ,الحق في الحياة الخاصة , مجلة القانون والاقتصاد , ع54.
12.احمد قاسم فرح , النظام القانوني لمقدمي خدمات الانترنت , مجلة المنارة , جامعة ال البيت , الاردن , ع 13 , 2007.
13.اسعد بن ناصر بن سعيد الحسين , اثر وسائل التواصل الاجتماعي على سلوكيات وقيم الشباب من منظور الشريعة الاسلامية , مجلة كلية التربية , جامعة الازهر , ع169 , ج3 , م35 , يوليو 2016.
14.جواد كاظم سميسم ، زينب محمود شاكر , الطبيعة القانونية للحق في الخصوصية ونطاقه , مجلة الكوفة ,ع 1/50.
15.د .الصديق عبد الصادق البدوي بله ود . حسن الفاتح الحسين محمد المبارك , دور مواقع التواصل الاجتماعي في نشر ثقافة السلم المجتمعي , مجلة البحوث التربوية والتعليمية , كلية التربية , جامعة البطانة ,السودان , ع 3 , م 11 , 2022.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

16.بلخثير نجية , السلم الاجتماعي في العراق بعد 2003 , مجلة المعيار , جامعة ابو بكر بلقايد , الجزائر , ع61 , م 25 , 2021 .
17.د . دعاء محمد ابراهيم ابراهيم بدران , التشريعات الممكنة للضبط الاداري والامني لمكافحة الانحراف الفكري عبر منصات التواصل الاجتماعي , مجلة البحث القانونية , جامعة تبوك , الاردن , ع40 , 2023.
18.رائدة محمد محمود , المسؤولية المدنية لمستخدمي النشر عبر مواقع التواصل الاجتماعي , مجلة الرافدين , كلية الحقوق , جامعة الموصل , ع 83 , م 23 , السنة 25 , 2013.
19.د . رضا هميسي , الحياة الخاصة على شبكات التواصل الاجتماعي بين الانتهاكات والمسؤولية , الملتقى الوطني حول تاثير التطور العلمي والتقني على حقوق الانسان , مجلة جامعة بجايا, 2013.
20.زيد لقمان اسماعيل عبدي – حماية الحق في الخصوصية الرقمية في ضوء القانون الدولي المعاصر ,مجلة الجامعة العراقية , م 19 لسنة 2023.
21.شكري عبد الحميد حماد , اثر وسائل التواصل الحديثة على العلاقات الاسرية والاجتماعية , المؤتمر العلمي لكلية الشريعة , جامعة النجاح الوطنية, فلسطين , 2014.
22.د . علي السيد حسين ابو دياب , اضواء على حجية الرسائل في الاثبات في بمواقع التواصل الاجتماعي , ع32 , ج3 , 2017.
23-.د . عمر بن عيشوش , الضوابط الشرعية والقانونية لاستخدام مواقع التواصل الاجتماعي , مجلة صوت القانون , تونس , ع2 , م 6 , نوفمبر 2019.
24.د . محمد فرحان عبد النائلي , احكام مواقع التواصل الاجتماعي في الفقه الاسلامي والقانون العراقي – دراسة مقارنة , بحث منشور في كلية الفقه , جامعة الكوفة , ع 38-39 , م 1, 2022.
25.د . محمود محمد ابو فروة , منصات التواصل الاجتماعي ومسؤوليتها القانونية عن المحتوى غير المشروع , مجلة كلية القانون الكويتية العالمية , ع 3 ,س10 , 2022 .

ثالثا : القوانين

1.الدستور العراقي النافذ 2005.
2.القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
3.قانون المطبوعات العراقي رقم 206 لسنة 1968.
4.قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969.
5.قانون المرافعات العراقي رقم 183 لسنة 1069.
6-.قانون حماية المؤلف العراقي رقم 3 لسنة 1971.
7.القانون المدني المصري رقم 131 لسنة1948.
8.قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002.
9.قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي رقم 575 لسنة 2004.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مبررات العدول عن الحيادية الى الموضوعية في الاسناد

دراسة في إطار القانون الدولي الخاص

أ.د. حسن علي كاظم

كلية القانون/ جامعة كربلاء

المقدمة

أولاً/ فكرة البحث

عند قيام التنازع بين القوانين بمناسبة خصومة معروضة أمام القضاء يتوافر فيها العنصر الأجنبي، سواءً كان هذا العنصر الأجنبي يتمثل باختلاف جنسية أحد الأطراف أو اختلاف موطن أحدهم عن الآخر، أو بسبب محل العلاقة القانونية أو السبب المنشئ لها. عندها يصبح القاضي أمام خيارات عدة في اختيار أو تحديد القانون الواجب التطبيق خاصةً في حالة سكوت أو عدم اختيار الأطراف لقانون محدد ليطبق على نزاعهم (العلاقة القانونية)، هنا يظهر منهجين أولهما (منهج التنازع أو ما يطلق عليه المنهج التقليدي) الذي يعمل على تحديد القانون الواجب التطبيق بدون تقديم حل للنزاع، وثانيهما (المنهج الموضوعي الذي يتعلق بالقواعد التي من شأنها أن تقدم حل للنزاع). في هذا البحث سنحاول تسليط الضوء على منهج حديث بدأ بالظهور خاصة في دول الاتحاد الاوربي والولايات المتحدة وهو الاسناد الموضوعي.

وهذا الاتجاه المسمى بالإسناد الموضوعي هو منهج مشتق من الاسناد التقليدي (الحيادي)، نشأ وما زال يتطور ولم يكتمل نضوجه بعد، اذ يقوم على ركيزتين أساسيتين هما الغاية المادية والاسناد لنظام قانوني معين، ومهمته الوصول الى نتائج محددة لتحقيق غايات متعددة منها، احترام الثقافة الوطنية ومراعاة حقوق الانسان وتحقيق العدالة الموضوعية، وتجسيد المصالح العامة والسياسة التشريعية، وتحكم عمله عدة مبادئ قانونية رئيسة هي مبدأ الرعاية والتفضيل، ومبدأ تخصص قواعد الاسناد ومبدأ الروابط المحلية ومبدأ قابلية التوقع. وينجز هذه الوظيفة باستخدام مجموعة وسائل تعبر عن مادية الاسناد وأخرى تعكس مادية التركيز .

لهذا تواجه قواعد الاسناد التقليدية مأزقاً حقيقياً عند تطبيقها في ظل عولمة بعض فئات قواعد القانون وتطور العلاقات الدولية الخاصة، الأمر الذي يدفع على بحث المشاكل العملية التي تثيرها هذه الضائقة، وليست هذه الازمة وحدها ما يسوغ العدول عن الأسلوب الحيادي في الاسناد الى الأسلوب الموضوعي، بل ان مراعاة الغاية المادية في الاسناد الحيادي ذاته كان معمولاً به ومطلوباً بدافع تحقيق العدالة أو حماية النظام العام أو احترام مصالح الأطراف، وكان هو أيضاً عذراً للانحراف عن المسار التقليدي في الاسناد. وهنا نريد بيان أنه يوجد مرحلة انتقالية في الاسناد الموضوعي، أو يمكن أن يطلق عليها بأنها المرحلة ذات التطبيق المدمج، فالقضاء والتشريع يعترفان في بعض الأحوال بطرق غير حيادية في الاسناد عند تطبيق قاعدة التنازع ذات البناء الحيادي .

ثانياً/ أهمية البحث

على الرغم من الجهود الفقهية والقضائية والمنجزات التشريعية على مستوى القانون الدولي الخاص الأوربي بشكل عام، وعلى مستوى القانون الدولي الخاص الفرنسي بوجه خاص، لم يزل عنوان الاسناد الموضوعي وحتى قواعد التنازع الموضوعية هامشياً في البحث القانوني، فلم تنجز لحد الآن دراسة معمقة في هذا المجال، سوى في فرنسا البلد الأم للمنهج وأن كانت مقتضبة، كما لم تتناوله المؤلفات العربية في ميدان تنازع القوانين بشكل مباشر وصريح، بل تنعدم الاشارة اليه، وهذا ما نطمح اليه أن نصل من خلال هذا البحث الى الاستفادة من تجارب الدول التي سبقتنا في هذا المجال، ونحاول اقتباس الحلول التي من الممكن اعمالها في واقعنا القانوني والقضائي بالعراق .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثالثاً/ اشكالية البحث

ان الأسس التي تسوغ الانحراف عن حيادية الاسناد التقليدي، وعن ازدواجيته أحياناً أو جموده غالباً، لا تشكل تحدياً للقانون الدولي الخاص الأوربي أو الأمريكي فقط، انما هي كذلك بالنسبة لقواعد الاسناد العراقية، لأن تطور العلاقات الدولية الخاصة أسهم في زرع القانون الخاص في ساحة القانون الدولي، والعكس صحيح، ويعد هذا تحدياً كبيراً جداً أمام المحاكم والقضاء والقانون العراقي، ينبغي الانتصار فيه عبر فهم المنهج كما هو، والسعي لتطويع قواعد الاسناد العراقية لإدراك أسس الأسلوب الموضوعي، أو ربما محاولة اعادة صياغة النافذ من هذه القواعد بالشكل الذي يتلاءم مع التطور الحاصل في اطار العلاقات القانونية الخاصة العابرة للحدود وما اتخذته دول الاتحاد الأوربي والدول الرائدة في هذا المجال، لذا نحاول الاجتهاد في تكوين وعي جديد لدى المحاكم العراقية والمتخصصون في هذا المجال لغرض الاستعداد لكتابة مسودة قانون دولي خاص بالعراق، والقضاء على التخبط والفوضى بالتطبيقات والاحكام القضائية في محاكم الاستئناف أو محكمة التمييز الاتحادية، ويكون لدى الجميع مرجع قانوني ممكن الاستناد اليه.

رابعاً/ خطة البحث

تتركز هذه الدراسة على مسألتين مهمتين: أولاهما أزمة تطبيق قواعد الاسناد الحيادية، أما المسألة الثانية تتعلق بمراعاة الغاية المادية عند تطبيق قواعد الاسناد الحيادية. وسنعتمد في هذه الدراسة على مقارنة تجارب قوانين الدول الناجحة التي ستكون غالباً دول أجنبية مستبعدين القانون العراقي من المنهجية ذاتها، الا بالقدر الذي نقيس فيه متى يقترب أو يختلف القانون العراقي من نص قانوني معين لدى هذه الدول، لمعرفة ما هي المعالجات المتاحة سواءً بالتعديل أو التطبيق أو الاستحداث للقواعد .

من أجل ذلك، تتركز دراسة مبررات العدول عن الحيادية إلى الموضوعية في الإسناد في مسألتين: أولاهما أزمة تطبيق قواعد الإسناد المتصفة بالجمود والحياد، وهي محل دراسة المبحث الأول، وثانيهما للمبادئ القانونية التي تساهم في تطبيق منهج الاسناد الموضوعي، ويعالجها المبحث الثاني.

المبحث الاول

أزمة تطبيق قواعد الإسناد المتصفة بالجمود والحياد

تعرف قاعدة الإسناد أو قاعدة التنازع بأنها قاعدة القانونية تعمل على بيان نوع القانون الواجب التطبيق في مجال علاقات القانون الدولي الخاص، وتتجلى مهمتها في أنها ترشد القاضي للقانون المعتمد وتسند اليه مهمة فض الخلاف أو النزاع.

ويرى البعض[1] أنها تواجه قواعد الإسناد التقليدية مأزقاً حقيقياً عند تطبيقها في ظل عولمة بعض فئات قواعد القانون وتطور العلاقات الدولية الخاصة، الأمر الذي يدعونا للبحث في المشاكل العملية التي تثيرها هذه الضائقة، وليست هذه الأزمة وحدها ما يسوغ العدول عن الأسلوب الحيادي في الإسناد إلى الأسلوب الموضوعي، بل إن مراعاة الغاية المادية في الإسناد الحيادي ذاته كان معمولاً به ومطلوباً بدافع تحقيق العدالة أو حماية النظام العام او احترام مصالح الأطراف، وكان هو أيضاً عذراً للانحراف عن المسار التقليدي في الإسناد. فهذا البحث يتطلب منا تسليط الضوء على وجود مرحلة انتقالية في الإسناد الموضوعي، أو يمكن أن يطلق عليها بأنها المرحلة ذات التطبيق المدمج، فالقضاء والتشريع يعترفان في بعض الأحوال بطرق غير حيادية في الإسناد عند تطبيق قاعدة التنازع ذات البناء الحيادي.

ويمكن ملاحظة بعض الأمور بوضوح تتعلق بأن التطور الذي حصل في ميدان القانون الدولي الخاص، قد تأثر باعتبارين متعارضين، الأول يتعلق بضرورة تحقيق الأمن القانوني لعلاقات الأفراد عبر الحدود وتوفير القدرة على توقع الحلول، وهذا الأمر أدى إلى التوجه نحو تقنين القانون الدولي الخاص وصياغة قواعد إسناد تتسم بالتحديد المسبق الذي أدى وصفها بالجمود. أما الاعتبار الآخر فيتمثل في حاجة قاعدة الإسناد المقننة، ولِما تتميز به من العمومية والتجريد، انها بحاجة إلى قدر من المرونة في التطبيق على علاقات ذات صفة خاصة غير اعتيادية. فكانت النتيجة حصول التعارض بين جمود قاعدة الإسناد المُعدة سلفاً، والحاجة لعدالة تتفق

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مع ظروف النزاع وتوقعات الاطراف وما يقتضيه ذلك من ضرورة تدخل القاضي في بعض الأحيان للتقليل من الآثار غير الملائمة لتطبيق قاعدة الإسناد. لذا تولدت فكرة ايجاد استثناءات لتقويم الإسناد وتطبيقها في تلك المجالات من أحوال تنازع القوانين التي لم تعد تتلاءم مع الإسناد القائم على ضوابط ومعايير جامدة ومحددة[1] .

وقد كشفت تجربة قواعد تنازع القوانين بأن نتائج تطبيقها لم تكن مرضية طوال الزمن وفي أنواع العلاقات القانونية جميعها، فثمة عوائق في تصميم هذه القواعد تمنعها من تحقيق نتائج أكثر منطقية وعدالة وإنسانية؛ فالإسناد يكون لأي نظام قانوني مجرداً من أي هدف محدد بشكل مسبق، ويكون حيادياً يستوي لديه أن تفصح القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق عن أحكام مرضية أو متوقعة أو عادلة أم لا. وحتى نستوعب مقدار الحرج في ميدان القانون الدولي الخاص الذي وقع فيه منهج الإسناد الحيادي في تنازع القوانين، يتطلب منا إظهار المشاكل التي كانت سبباً لهذا المأزق وهي، جمود الإسناد وحياديته، وتركيز العلاقة القانونية في مطالب متعددة .

المطلب الأول

إشكالية الجمود في تطبيق قاعدة الإسناد

أن التطور الذي حصل في مجال علاقات القانون الدولي الخاص، قد تأثر باعتبارين متعارضين، الأول هو ضرورة تحقيق الأمن القانوني لعلاقات الأفراد العابرة للحدود وتوفير القدرة على توقع الحلول، وهو الأمر الذي أدى إلى التوجه نحو اعادة النظر بالقواعد المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، والعمل على صياغة قواعد إسناد تتسم بالتحديد المسبق ورفع الجمود. أما الاعتبار الآخر فيتمثل في حاجة قاعدة الإسناد المقننة، ولِما تتميز به من العمومية والتجريد، إلى قدر من المرونة في التطبيق على علاقات ذات صفة خاصة غير اعتيادية، فكانت النتيجة حصول التعارض بين جمود قاعدة الإسناد المُعدة سلفاً، والحاجة لعدالة تتفق مع ظروف النزاع وما يقتضيه ذلك من ضرورة تدخل القاضي في بعض الأحيان للتقليل من الآثار غير الملائمة لتطبيق قاعدة الإسناد، ومن هنا كان مولد فكرة استثناءات تقويم الإسناد وتطبيقها في تلك المجالات من أحوال تنازع القوانين التي لم تعد تتلاءم مع الإسناد القائم على ضوابط ومعايير جامدة ومحددة. وإذ كان من أبرز المجالات التي يمكن فيها إعمال فكرة استثناءات تقويم الإسناد هي مجالي الالتزامات العقدية والالتزامات غير العقدية. لذا سنبحثها بفرعيين متتاليين:

الفرع الأول

الجمود في القواعد الحاكمة للالتزامات العقدية

تخضع العقود في تكوينها وشروطها وأثارها لقانون أو نظام قانوني معين وتحديد ذلك القانون هو عمل المتعاقدين أنفسهم، فلهم اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم، وهذا هو مبدأ قانون الإرادة في العقود الخاصة الدولية[1]. ولكن نريد أن نبين أن إرادة الأشخاص مقيدة بوجود صلة بين العقد والقانون المختار، اذ يتصل العقد بالقانون المختار أما بجنسية أحد المتعاقدين أو بموطنه أو بمحل إبرام العقد أو محل التنفيذ، وقد تأتي الصلة بين العقد والقانون المختار من حاجة التجارة والمعاملات الدولية. وهنا يجب التفرقة بين موضوع العقد الذي يخضع لقانون الإرادة المشار إليه، وهذا ما أخذت به إيطاليا وفرنسا وانكلترا والدنمارك والمجر، ومن الدول العربية مصر وسوريا وليبيا ولبنان والأردن[1]، أما موقف المشرع العراقي فكان واضحاً بالأخذ بهذا الاتجاه من خلال النص صراحةً في المادة (1/25) مدني على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه ."

ويتبين لنا من النص أعلاه أن المشرع قد أخضع الالتزامات التعاقدية للقانون الذي يختاره المتعاقدان بإرادتهما الصريحة، إن أعلن عنها في العقد وإلا فبإرادتهما الضمنية، التي يمكن للقاضي أن يستخلصها من ظروف الحال، ومن خلال تقصيه للإرادة الضمنية. أما إذا لم توجد إرادة صريحة ولم يستطع القاضي أن يستكشف من ظروف الحال إرادتهما الضمنية، فقد أفترض القانون أن المتعاقدين قد أرادا قانون موطنهما المشترك هذا إذا اتحدا موطنا، أما إذا اختلفا موطنا فقد أفترض أن القانون المختار هو قانون الدولة التي يتم

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

فيها العقد. لذا يتصف النص المذكور بالجمود والتحديد المسبق للقانون دون مراعاة لتوقع الاطراف.

وتعد مشكلة الجمود أهم عقبة أمام قواعد الإسناد التقليدية، إذ تتألف هذه القواعد من مجموعة من الضوابط المعدة سلفاً التي يفضي إعمالها إلى تحديد القانون الواجب التطبيق من دون أن تعنى بنتائج تطبيق هذا القانون، فهي قواعد بسبب تصميمها حجب رؤية النتيجة التي يبتغيها أطراف العلاقة، فتتجمد القاعدة القانونية المهيأة لحل مشكلة تنازع القوانين، أي أنها لا تسمح بتكييف مضمون القاعدة القانونية مع ظروف القضية، وتطور العلاقات الاجتماعية وحاجات الخصوم[1]. فلا يمكن أن تتعامل قواعد الاسناد التقليدية مع مضمون القوانين بمرونة، فتأخذ كل حالة على حدة لتسير بها نحو تحقيق نتيجة معينة، لأن المشرع يتولى تحديد ضوابط الإسناد ويلتزم القاضي بتطبيق القانون الذي أشارت إليه تلك القواعد، فالجمود الذي يصيب هذه الضوابط هو نتيجةً لعدم توافقها مع فكرة القانون الأوثق صلة بالعلاقة القانونية وتجاهلها الطبيعة الذاتية للعلاقة القانونية، وعلى الرغم من أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية إلا أنه في الوقت ذاته لا يأخذ في الحسبان الظروف الخاصة بكل نوع من الروابط القانونية، وهذا هو أثر جمود قاعدة التنازع وعلى خلاف ذلك، نجد الاتجاه المرن الذي يمنح القاضي صلاحية تحديد القانون في ضوء ظروف الحالة المعروضة عليه، واختيار القانون الأشد ارتباطاً بها. وأبرز مثال يمكن ضربه هنا ما نصت عليه نظام روما الأول لعام 2008 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة فيه .[1]

فمرونة الإسناد تعني ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق عن طريق إسناد العلاقة القانونية إلى البلد الذي يكون لقانونه صلة وثيقة بها، إذ يقوم القاضي بالتركيز الموضوعي للعلاقة القانونية في نظام قانوني معين ترتبط به في ضوء ظروف القضية، فغاية الإسناد المرن هي تحقيق العدالة بأسلوب يوصف بأنه أفضل من الإسناد الجامد، لأنه يهدف إلى اختيار ما يسمى القانون الملائم عند غياب الاتفاق الصريح أو الضمني، والقانون الواجب التطبيق الذي تكشف عنه ضوابط الإسناد المرن هو الذي سيوصف حقاً بأنه الأوثق ارتباطاً بالنزاع.[1]

لذلك نجد منهج الإسناد المزدوج يفضي إلى نتيجة غير عادلة أحياناً، فهو يشير إلى تطبيق نظام قانوني لدولة معينة من دون النظر إلى محتوى قواعده الموضوعية، بقصد تطبيقه على العلاقة القانونية محل النزاع من أجل ذلك تبقى قاعدة الإسناد التقليدية جامدة لا تسعف القاضي في سعيه لمضمون محدد في القانون الواجب التطبيق، وهذا عيب أساسي في هذه القواعد، ومن أجل معالجة ذلك نجد ضرورة منح سلطة تقديرية للقاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية محل النزاع، وذلك عند غياب الاختيار مع تقييده بحدود معينة وبأهداف وضوابط إسناد متعددة، فيصار الى الوصول لنتيجة معينة عن طريق قواعد الاسناد ذاتها معبراً عن الاتجاه الحديث في الإسناد المرن .

وقد اتجه بعض الفقه[1] إلى وضع ضوابط من شأنها أن تسهل على القاضي مهمة تحديد القانون الذي يحكم العقد في حالة غياب قانون الإرادة، كما أن أحد أساليب الاتجاه المرن لا يقوم على التحديد المسبق لضوابط إسناد متعددة، بل تخويل القاضي السلطة التقديرية للكشف عن القانون الأوثق صلة بالعقد من خلال مجمل الظروف المتعلقة بالقضية.

الفرع الثاني

الجمود في القواعد الحاكمة للالتزامات غير العقدية

إشكالية جمود الإسناد ومرونته لا تنحصر في ميدان العقود، وإنما يمكن ملاحظة تطبيقها بشكل واسع في ميدان العمل غير المشروع، فضابط مكان وقوع الفعل الضار لا ينجح في جميع الفروض في الوصول لتطبيق قواعد موضوعية ملائمة وقريبة من عناصر النزاع، فإذا تبين أن الرابطة بين العمل غير المشروع وقانون الدولة التي تحقق فيه الفعل الضار أو الضرر لوحده هي رابطة عرضية، وأن قانوناً آخر أشد ارتباطاً بالنزاع، فمرونة الإسناد ترشد إلى القانون الأخير، أما القاعدة الجامدة فلا تقبل إلا تطبيق قانون المكان الذي تحقق فيه الفعل الضار، ولو على سبيل الصدفة[1]، والقصد من وراء مرونة الإسناد هو تحقيق نتائج مرضية، وحلول عادلة، ودور المحكمة المختصة في تحقيق هذه الغاية بتلك الوسيلة يفرض عليها مراعاة عدة اعتبارات أبرزها القانون الأصلح للمضرور، سواءً كان قانون القاضي أم قانوناً أجنبياً، فيقع عليها عبء البحث في كل حالة على حدة عن أقرب القوانين صلة بالنزاع

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وانجعها في تحقيق النتيجة المرغوبة .

إذ لا يزال يحكم مسائل الالتزامات غير العقدية في أغلب الأنظمة القانونية المعاصرة[1]. ولكن مع استمرار سيادة مبدأ اختصاص القانون المحلي كضابط إسناد أصيل في مجال المسؤولية التقصيرية، إلا ان هذا المبدأ لم يبقَ على ذات المفهوم الذي كان عليه في بدايات ظهوره، وذلك على أثر ما شهدته السنوات الأخيرة من التطور في ميدان العلاقات الخاصة الدولية. فالتقدم الكبير في التقنيات والاختراعات وفي وسائل المواصلات والاتصالات وما تركه ذلك من أثر في ظاهرة انتقال علاقات الأفراد العابرة للحدود، متمثلاً بنمو هذه الظاهرة واستمرار العمل فيها، إضافة إلى ما حصل من تطور في الطبيعة الذاتية للمسؤولية المدنية بشكل عام واعتبارها ذات وظيفة اجتماعية بالدرجة الأولى[1]، كل ذلك أدى إلى ان يكون هذا المبدأ، بمعناه المكاني أو الجغرافي، غير ملائم في بعض المسائل ليسري على النزاعات المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، وتلك هي المسائل التي يظهر فيها ان الرابطة بين القضية المعروضة وقانون الدولة التي حدث فيها الفعل الضار، هي رابطة عرضية أو ثانوية إذا ما قورنت بالروابط التي تربط تلك المسألة بقانون آخر .[1]

ومثال على ما تقدم أن يحصل في إحدى الدول حادث اصطدام بين مركبتين يُسفر عن إصابة سائق إحدى المركبتين وتضرر سيارته، ويكون السائقان أجنبيان ومن جنسية واحدة أو أنهما متوطنان في دولة أجنبية واحدة أو مقيمان فيها، ولم تتدخل بهذا الحادث أية عوامل تابعة للدولة التي وقع في إقليمها، ففي هذا الفرض يكون وقوع الفعل المنشئ للالتزام قائماً على مجرد الصدفة التي لا تصلح أساساً سليماً للإسناد، لذلك يبدو من المناسب عدم تطبيق قانون مكان وقوع ذلك الفعل وتطبيق قانون آخر يكون أقرب إلى طبيعة العلاقة من القانون السائد في المكان الذي تحقق فيه الفعل الضار من الناحية المادية، واستجابة لذلك فقد ظهر اتجاه حديث في القانون الدولي الخاص يدعو للتخفيف من جمود مبدأ الإسناد للقانون المحلي واتباع نوع من المرونة في تطبيقه حتى يكون ملائماً لمثل تلك الفروض، وذلك تطبيقاً للمفهوم الاجتماعي للقانون المحلي، أو ما تعرف بفكرة القانون المحلي الاجتماعي .[1]

اذ يقوم الاتجاه المشار اليه أعلاه على نقطة بداية مفادها الإبقاء على اختصاص القانون المحلي كقاعدة، مع فسح المجال للخروج عليه بصفة استثنائية لصالح قانون آخر هو القانون المشترك للأطراف، كقانون موطنهما المشترك أو محل إقامتهما المعتادة أو قانون جنسيتهما المشتركة، وهذا يَعد تركيز الفعل الضار في مكان ارتكابه هو تركيز جغرافي مادي مجرد يعزل الفعل عن مضامينه الخاصة مثل جنسية أو موطن الأطراف أو موقع المال المضرور أو العلاقات السابقة التي تربط بين الأطراف وطبيعة المسؤولية الناشئة عن تلك العلاقات، وهو بذلك لا يحدد الصلة الأكثر ثباتاً مع المصالح التي تعبّر عنها المسألة مثار النزاع، فإذا كشفتْ تلك المضامين عن أن الفعل الضار يتركز في وسط اجتماعي معين يختلف عن وسط تركيزه المادي أو الجغرافي، فإنه يجب الاعتداد بالتركيز الاجتماعي في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية، وتفضيل هذا القانون على قانون محل التركيز المادي أو الجغرافي للفعل، أي قانون الدولة التي ارتكب فيها الفعل الذي ترتبت عليه تلك المسؤولية[1]. وذلك مع الأخذ بنظر الاعتبار، أن لا يتم تطبيق قانون الوسط الاجتماعي إلا على سبيل الاستثناء، وكوسيلة تصحيحية لِما يمكن ان يترتب على الإعمال الجامد للقانون المحلي بمفهومه المكاني من عدم الملاءمة لظروف النزاع في بعض الحالات، وبما يحقق هدف قاعدة الإسناد في اختيار انسب القوانين وأكثرها ملاءمة لحكم المسألة المعروضة، ويراعي

توقعات الأطراف ويحمي مصالحهم المشروعة عبر الحدود[1]. وقد لقيت فكرة القانون المحلي الاجتماعي ترحيباً من العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص في مصر وفي فرنسا، كما وردت في توصيات مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة إدنبرة عام 1969، إضافة إلى ذلك فقد أخذت بها العديد من التشريعات الوطنية المعاصرة في تنازع القوانين واعتنقتها اتفاقية لاهاي لعام 1971 بشأن القانون الواجب التطبيق على حوادث الطرق والمعمول بها في فرنسا [1]، وكذلك قد أخذت الفكرة طريقها إلى التطبيق أمام القضاء الانكليزي .[1]

أما موقف المشرع العراقي، الملاحظ عليه قد اكتفى باعتناق المبدأ العام في إسناد الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار للقانون المحلي، وذلك في المادة (1/27) من القانون المدني رقم 40 لعام 1951 ، التي نصت على ان "الالتزامات غير التعاقدية يسري

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام"، ولم يورد المشرع على هذا المبدأ أي استثناء يُخضع بموجبه المسائل المتعلقة بتلك الالتزامات للقانون الملائم في الحالات التي تظهر فيها عَرَضية المكان الذي حدثت فيه الواقعة المنشئة للالتزام، أو يظهر فيها وجود قانون آخر أوثق صلة أو أشد ارتباطاً بتلك الواقعة. ومع صراحة نص المادة (1/27) بإخضاعها مسائل المسؤولية عن الفعل الضار لقانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، فإن من المستبعد أن يتم تفسير القانون المحلي على انه قانون الوسط الاجتماعي أو البيئة الاجتماعية للفعل الضار، وذلك لأنه "لا مساغ للاجتهاد في مورد النص" وفقاً لما يقضي به القانون المدني.[1]

ويكون المشرع العراقي بذلك قد اكتفى بالاعتداد بالقانون المحلي بمعناه الجغرافي ولم يَعتد بالمفهوم المرن لهذا القانون وفقاً لما أخذ به الاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص. ولكن مع ذلك فإن من الممكن أن يَعمل المشرع العراقي على تقدير أهمية الاتجاهات الحديثة في التشريع والقضاء والفقه المقارَن نحو تطويع مبدأ سريان القانون المحلي على مسائل الالتزامات غير التعاقدية، وأنْ يأخذ بعين الاعتبار تلك التطورات التي حصلت في مفهوم هذا المبدأ، وبإمكان المشرع أن يعطي الحق للمضرور في اختيار قانون محل وقوع الخطأ أو قانون الدولة التي ترتب فيها الضرر، وقد يكون هذا الاختصاص أكثر عدالة كونه يمكن الطرف الضعيف وهو المتضرر من اختيار الطريق الأيسر والأنفع له، لذا نقترح بإعادة صياغة الفقرة الأولى من هذه المادة بالشكل الآتي: "1. يسري على الالتزامات التي تنشأ عن الفعل الضار قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، بشرط الا يؤدي ذلك إلى حرمان المضرور من الحماية التي تكفلها له قواعد القانون في الدولة التي يوجد فيها محل إقامته. 2. إذا توزعت عناصر الفعل الضار في أكثر من دولة واحدة، فيطبق قانون المكان الذي نشأ فيه الفعل أو الذي تحقق فيه الضرر، إذا أنجمع أحدهما مع محل إقامة المضرور، فإن لم يتحقق ذلك، فيطبق القاضي القانون الأصلح للمضرور."

المطلب الثاني

إشكالية الحياد في تطبيق قاعدة الإسناد

من المعلوم أن الأسلوب المعتمد لحل تنازع القوانين وفقاً للأسلوب التقليدي، يكون عن طريق قواعد الاسناد، وهذه الأخيرة من خصائصها أنها مجردة وحيادية في مسألة اسناد العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي الى أحد القوانين المتنازع في حكمها، لذا نسلط الضوء عليها سواءً من الجانب النظري والعملي بفرعين متتاليين:

الفرع الأول

الحياد من الجانب النظري

إن صفة التجريد في قاعدة الإسناد تعني أن تلك القاعدة لا تقوم بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، بل أن مهمتها تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات أو المراكز القانونية ذات الطابع الدولي وبشكل حيادي دون الانحياز الى أحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة، فهي تنص فقط على أن العلاقة يحكمها القانون الذي يرتبط بالعنصر الأساسي في تلك العلاقة[1]. والأثر القانوني في قاعدة الإسناد الذي يتمثل في إعطاء الاختصاص لقانون دولة معينة، بالنظر للاعتبارات التي قدرها المشرع عند وضعه لقاعدة الإسناد، هي اعتبارات لا تقوم على مقارنة مسبقة بين الأحكام الموضوعية للقوانين المتنازعة بل هو افتراض نظري، وهي مقارنة تبدو مستحيلة بالنظر إلى عدم معرفة المشرع الوطني أو توقعه للقوانين التي يمكن أن تتزاحم بشأن علاقة قانونية معينة [1]. أما مسألة الحياد في قاعدة الإسناد فيبدو من جهتين هما:

الجهة الأولى/ يظهر الحياد في علاقة قاعدة الإسناد بالقوانين كافة التي تتزاحم في حكم العلاقة محل النزاع المطروح، فهي تختار أحد تلك القوانين التي تقدر أنه الأكثر ملاءمة ومناسبة دون النظر إلى المضمون الموضوعي لأحكامه، وتلك الملاءمة تتم من خلال وزن أوجه الصلة بين العلاقة و القوانين المتنازعة ليكون الاختصاص للقانون الذي توجد معه أكثر الروابط وثوقاً وجدية.[1]

الجهة الثانية/ يظهر الحياد في قاعدة الإسناد بنظام قانوني بأكمله، فهي تعطي الاختصاص التشريعي للنظام القانوني لدولة معينة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

دون أن تحدد قاعدة موضوعية معينة في ذلك النظام ليحكم المسألة المعروضة على القضاء، فكأن الحياد مقتضاه اعتماد فكرة الإسناد الإجمالي إلى النظام القانوني الواجب التطبيق[1]. وتترتب على خاصية الحياد في قاعدة الإسناد نتيجتين هما:[1]

النتيجة الأولى/ يختار القاضي قانون من بين مجموعة قوانين دون أن يعرف مضمونه، فتحديد القانون واجب التطبيق كما يقول الفقيه الفرنسي باتيفول ، "تتم بطريقة معصوبة العينين وتعد بمثابة قفزة في المجهول، لا تعرف نتيجتها إلا في اللحظة التي يتم فيها تطبيق القانون المختص"، وهذا يمكن أن يؤدي إلى صرف الأطراف عن التعاقد لافتقاد عنصر الأمان والطمأنينة في التعامل، وقد يؤدي في النهاية إلى إحجام كثير من الناس عن الدخول في علاقات قانونية لاسيما في العلاقات ذات الطابع الدولي.

النتيجة الثانية/ أن القانون الذي سيحكم النزاع هو قانون وضع لحكم العلاقات الداخلية ولا يتناسب مع العلاقات ذات الطابع الدولي.

الفرع الثاني

الحياد من الجانب العملي

يعيش منهج القواعد الاسنادية أزمة حقيقية، لا سيما بعد الحرب العالمية الثانية، نتيجةً لتطور منهج القواعد الأمرة "يسميه الفرنسيون قوانين البوليس" ومنهج القواعد المادية الدولية، اذ ظهر تعدد في المناهج التي تتكفل بتسوية النزاعات الناشئة عن العلاقات الدولية الخاصة، ولم يقتصر نطاق الأزمة على ولادة مناهج أخرى للمنهج الإسنادي التقليدي، بل تعداه إلى التعارض داخل هذا المنهج، فأخذ يتفاعل مع منهج القانون الملائم من جهة، ويتقبل أسلوب الإسناد الأحادي الجانب من جهة أخرى، والسبب هو الانعتاق من الصفة الجامدة والحيادية لقواعد الإسناد ومن التصور السائد بأن تنازع القوانين هو تنازع بين السيادات التي تمنع من مراعاة المصالح الخاصة أو مصلحة الدولة في تطبيق قانونها على مواطنيها في خارج إقليمها[1]. وبعد هذه التطورات، كيف سيكون موقف منهج الإسناد من الجانب العملي التطبيقي، وما هو دور الصفة الحيادية ومصيرها أمام تعاظم وسائل الإسناد الموضوعية...؟

على الرغم من الصفة الحيادية لقواعد الاسناد التي يجعلها لا تعنى بالنظام المادي، لذا نعتقد أنه من الناحية العملية لا توجد قواعد إسناد حيادية محضة، فجميع القواعد لها غاية مادية، ونلاحظ مثلاً النزاعات التي يكون موضوعها متعلق بمسائل الأحوال الشخصية، يكون الإسناد منحازاً لصالح القانون الوطني أو قانون الموطن، وذلك مراعاةً لاعتبارات تتعلق بالتنظيم الديموغرافي الذي يتعلق بالمصلحة الوطنية، وكذلك في حال قيام التنازع بين قانون القاضي وقانون أجنبي وميل المحكمة لتطبيق قانونها بيد أن هذه الفكرة ليست قاعدة عامة.[1]

أذن آلية عمل هذه القواعد يكشف عن أن قواعد الاسناد تقوم بشكل أساسي على ضوابط إسناد متعددة يتم اختيار القانون بموجبها من دون مراعاة لمحتوى القوانين المتنازعة، فالوظيفة الأساسية لقاعدة الاسناد الحيادية أن تؤدي إلى تعيين قانون هذه الدولة أو تلك بمنأى عن أي اعتبار لمحتواه المادي، كما أنها لا تتضمن حلاً موضوعياً للمسألة القانونية المطروحة، فالقانون الواجب التطبيق في ميدان المسؤولية التقصيرية هو قانون مكان وقوع الفعل الضار، لأن هذا القانون ينطوي على الروابط الأكثر أهمية مع الواقعة محل النزاع، وليس سبب الإسناد أنه القانون الذي يحتوي النتيجة المادية المفضلة[1]، والحقيقة أن التمسك بنعت قواعد الاسناد أنها حيادية في تحديد القانون واجب التطبيق ولو من الناحية النظرية، هو إجحاف بحق التطور الذي لحق تركيبها وكيفية تطبيقها عبر فترات طويلة.

وبناءً على هذا الفهم تتلاشى الصفة الحيادية عندما تأخذ قاعدة الإسناد القيم الاجتماعية أو المبادئ الأساسية في الدستور بنظر الاعتبار، أو حين تقوم بوظيفة البحث عن نتيجة مادية معينة في القانون الواجب التطبيق، فتصبح ذات غاية مادية وصفة موضوعية، ولا يعني فقدان الصفة الحيادية في قاعدة الإسناد، أنها لم تعد قاعدة إسناد أو أنها أصبحت قاعدة موضوعية؛ لأنها ما زالت تقوم بالاختيار من بين القوانين المتزاحمة وتنشد تطبيق القانون المحلي لدولة معينة، وأن الاختلاف فيما بين قاعدة الإسناد الحيادية وقاعدة الإسناد الموضوعية ليس في طبيعة القاعدة، بل هو اختلاف في الدرجة . فالصبغة المادية لقاعدة الاسناد لا تؤدي بالضرورة إلى تغييب الطابع التنازعي للقاعدة، ودليل ذلك أن النتيجة المادية موجودة في القانون الذي عينته القاعدة وليس في مضمون القاعدة ذاتها؛ أي أن

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

هذه النتيجة لا يمكن بلوغها ما لم يتم تطبيق القانون المسند اليه، وبذلك تحتفظ قاعدة الاسناد الموضوعية بطبيعتها التنازعية، لكنها تجردت من آليتها الحيادية.

المبحث الثاني

المبادئ القانونية التي تساهم في تطبيق منهج الاسناد الموضوعي

عندما نعمل على تحليل النتائج المتعلقة بفحص الأساليب الموضوعية في الإسناد التشريعي والقضائي، يسفر التحليل عن نتيجة مفادها أنه ينطوي على وسائل يستعين بها كأسس قانونية تسهم في نجاح مهمته، وهي عبارة عن مبادئ بارزة في ميدان القانون الدولي الخاص، تقوم هذه القواعد الإسنادية ذات الطابع الموضوعي على أحدها أو بعضها أو جميعها، بحسب الأحوال مثل مبدأ الرعاية والتفضيل والقابلية للتوقع للنتائج من قبل الأطراف، وثانيها مبدأ تخصص قواعد الإسناد، و تحليل العلاقات القانونية وربطها مع القانون الاشد وثاقةً.

فهذه المبادئ ضرورية جداً لربط الإسناد بالنتائج المادية، لأن هذه المبادئ بحاجة لتمحيص النظم القانونية وتفضيل أحدها على الآخر، ورعاية المصالح الخاصة لبعض الفئات من الأشخاص، ووضع ضوابط إسناد ملائمة لنوع العلاقة القانونية، وضمان إسناد الحكم للقانون الذي تربطه روابط وثيقة جداً بالنزاع، وتوفير قواعد إسناد تكفل احترام التوقعات المشروعة للأفراد بشأن القانون الواجب التطبيق وما يتضمنه من محتوى موضوعي. ومن أجل دراسة هذه المبادئ، سنخصص المطلب الأول لمبدأ التفضيل وتحقيق الأمان القانوني، والثاني نخصصه لمبدأ تخصص القواعد القانونية وربط النزاع بالقانون الأكثر وثاقة.

المطلب الاول

مبدأ التفضيل وتحقيق الأمان القانون

يعد مبدأ الأمن القانوني المدخل الرئيس لتأمين الجانب الاجتماعي والاقتصادي وحتى النفسي المتعلق بالطمأنينة للأطراف، وما يستتبع ذلك من تحقيق استقرار في المجال السياسي، وهذا المبدأ يتسع مضمونه ويعد فكرة فضفاضة يصعب حصرها بحيث يصعب وضع تعريف محدد لها، ويعد من المبادئ واجبة الاحترام والعمل بها والنص عليها في القوانين، ومحاولة ازالة المعوقات التي تواجه هذا المبدأ من خلال وضع استراتيجية لتقييم أداء النصوص القانونية في الواقع العملي.

من أجل تسليط الضوء على هذه المبادئ المهمة بالنسبة للقاضي أو المحكم المتصدي لحل النزاع، نفرد فرعين، الأول نخصصه لمبدأ التفضيل والثاني نخصصه لمبدأ الأمان القانوني بالنسبة للطرفين، وحسب الآتي:

الفرع الأول

تطبيق مبدأ التفضيل في حل النزاع

يقصد بمبدأ التفضيل(Principe de faveur préférence) ، هو تفضيل النظام القانوني الأكثر استجابة للهدف المشترك للقوانين المتنافسة، أو الذي يضمن بحسب ظروف كل قضية أعلى مستوى للحماية للأطراف في النظام القانوني[1] . ويعزى أول ظهور لهذا المبدأ القانون الأفضل (better law) في الولايات المتحدة الأمريكية، الذي يبرر للقاضي تفضيل تطبيق قانون ولايته على قانون ولاية أخرى مزاحم له بزعم تحقيق العدالة، واختيار القانون الأفضل يكون من دون مراعاة ضوابط الإسناد المحددة في القانون. [1]

ولأهمية مبدأ التفضيل حيث تبنته القوانين والنظم الأوروبية، وقدمت نموذجاً خاصاً يحترم منهج الإسناد وقواعده، وذاك من خلال قبول فكرة مراعاة مصالح الأفراد، في قاعدة الإسناد بأسلوب يسمح باختيار القانون الأصلح له أو لهم ويكون واجب التطبيق على نزاعاتهم. أما المفاضلة التي يفرضها مبدأ الرعاية لمصالح الأفراد تعتمد على الأحكام الموضوعية للقوانين، بتفضيل النتائج المادية بعضها على بعض، فهو مبدأ يحكم قواعد تنازع القوانين على مستوى ضوابط الإسناد من جهة، وعلى مستوى التركيز من جهة أخرى. وبهذه العملية انحصرت سلطة القاضي في تحديد القانون الذي يضم نتائج مادية أفضل، وبذلك يكون مبدأ اليقين القانوني

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مصوناً [1]. فإذا كان هذا هو مفهوم المبدأ، فما هي المصلحة...؟ وما هو معيار التفضيل بين الحلول...؟ وما دور ذلك كأساس في منهج الإسناد الموضوعي...؟

ممكن القول إن مسألة تفضيل نتيجةٍ دون أخرى ليس قراراً ينفرد به النظام القانوني للمحكمة التي تنظر النزاع، بل هو اتجاه تشترك فيه معظم القوانين التي تنتمي لأسرة قانونية واحدة، كالنظام المعمول فيه بمدرسة القانون الخاص ذات الجذور والتقليد اللاتيني، وأساسه القانون المدني (Civil law) ، ونظام القانون العام المعمول فيه في الدول ذات التقليد الأنجلو أمريكي (Common law) ، و كذا قوانين الدول التي تعتمد الشريعة الإسلامية (Islamic law)، بيد أن التفضيل عموماً يوجه نحو ثلاثة مجالات هي:

تفضيل الصحة الشكلية أو الموضوعية للتصرفات القانونية، كالوصية، والزواج، والعقود عامة.

تفضيل وضع معين، كالبنوة، أو تثبيت النسب، أو وضع الزوج، أو انحلال علاقة الزواج بالطلاق أو الفسخ أو التفريق القضائي.

تفضيل شخص معين، كالمضرور، أو المستهلك، أو العامل، أو الدائن بالنفقة، أو أي شخص يعده النظام القانوني ضعيفاً أو أن مصالحه جديرة بالحماية.

وعندما نفترض أن المصلحة ترتبط بصحة التصرف القانوني من الناحية الشكلية، فينبغي ان تكون معايير التفضيل المتاحة تحقق هذه النتيجة، وهي ستكون كذلك إذا انطوت قاعدة الإسناد على ضوابط متنوعة، ربما ينجح أي واحد منها في تحديد قانون تؤكد قواعده الموضوعية صحة هذا التصرف[1]. وقد تكون النتيجة المادية المطلوبة هي الحكم بإنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق، ومن ثم المفاضلة تكون بين قانون يلبي هذه النتيجة وآخر لا يفضي إليها، والمراعاة ستكون لمضمون القانون الذي يحقق هذه النتيجة، لذا نجد بعض قواعد التنازع تتضمن ضابطاً رئيساً هو جنسية الزوج، أو الجنسية المشتركة للزوجين، فإن كان القانون الواجب التطبيق يحظر الطلاق، فثمة ضابط ثانوي هو قانون المحكمة. وإذا تبين أن العقد غير صحيح طبقاً لقانون الإرادة، فهذا الحكم خلاف التوقعات المشروعة للمتعاقدين، فمصلحة هؤلاء تتعارض مع فرضية اختيارهم لقانون ينقض علاقتهم، ومراعاة هذه المصلحة تقضي بأن مثل هذا الاختيار لن يسري أثره في تحديد القانون الواجب التطبيق[1].وقد تكون المصلحة المطلوب مراعاتها تعود للمحتاج للنفقة (الدائن بها)، فتبرر استخدام ضابط ثانوي مع الضابط الرئيس في حالة عدم الوصول إلى النتيجة المرغوبة، أو باستخدام قواعد خاصة لتحكم النفقة لصالح بعض الفئات .[1]

ويأخذ مبدأ التفضيل مدى أوسع في التطبيق، خاصةً عندما يكون النظام القانوني لا يسمح باستخدام الإحالة، وكان القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد لا يفضي إلى النتيجة المتوقعة، ففي هذه الحالة يمكن الاستفادة من تطبيق الإحالة كأسلوب تفضيل بين الحلول، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في إحدى أحكامها[1].

ومن الناحية الفنية، تعتمد كيفية التفضيل على أسلوب المشرع الوطني، في طرح ضوابط إسناد متعددة وجعل استخدامها اختيارياً غير مقيد، أو مرهوناً بتسلسل يجب مراعاته، أو يفرض استخداماً جامعاً للضوابط، أو يتيح فرصة للأطراف لاختيار قانون يحقق مصالحهم، وأخيراً يمكن أن يؤدي استخدام الضوابط إلى تطبيق قوانين تنطوي على النتيجة المادية المطلوبة، لكن أحد هذه القوانين هو أفضلها وأصلحها للشخص المعني. ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أن دور مبدأ التفضيل يضعف مع وجود الإرادة المشتركة، فاختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يعد أكثر ضرورة وأهمية من إدراك النتائج المادية عبر المبدأ المعني. ويؤكد ذلك القانون الدولي الخاص السويسري والألماني في ميدان الفعل الضار، وفي ميدان النظام المالي للزوجين. [1]

الفرع الثاني

تطبيق مبدأ الأمان القانوني

من مهام قاعدة الاسناد أن تعمل على اختيار القانون الملائم والأوثق صلة بالرابطة القانونية محل النزاع، وتطبق أحكامه ولا تفرق بين القانون المختص اذا كان وطني أو أجنبي، وهذا يفترض تحقيق للأمان القانوني وتكريس لمبدأ احترام توقعات الاطراف (previsbilite)وتحقيق نتائج عادلة. اذاً القابلية للتوقع تعني مدى قدرة اطراف العلاقة على التنبؤ المسبق بالقانون الذي من الممكن أن يحكم بقواعده الموضوعية الروابط القانونية التي تعقد الأطراف.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

كما يعمل مبدأ الأمان القانوني أو القابلية للتوقع على حماية الأطراف من أي ضرر مرتبط بعدم وضوح القوانين التي تنطبق على نزاعهم، وهذا ما أكدته الاتفاقيات الدولية والتنظيمات الأوروبية على هذا العمل في إشارات واضحة بشأن دور مبدأ الأمن القانوني (securite juridique) في تطبيق قواعد الاسناد على النزاعات والعلاقات القانونية المختلفة. على سبيل المثال، يؤكد تنظيم روما الثاني أن التطبيق العملي لقاعدة مكان ارتكاب الفعل غير المشروع في حالة تشتت معايير الاسناد في بلدان عدة، يعني ذلك أن الفعل وقع في بلد وتحقق النتيجة في بلد أو بلدان متعددة هذا سيخلق عدم يقين قانوني بخصوص القانون الواجب التطبيق، فيشير هذا التنظيم إلى احترام سلطان الإرادة، فيكون للأطراف القدرة على اختيار القانون الواجب التطبيق على التزامهم غير العقدي، فالإرادة والاختيار أقرب طريق لتحقيق اليقين القانوني وأدق وسيلة للوصول إلى ما يتوقعه الأطراف أنفسهم. [1]

ومن أجل ذلك فإن القاعدة القانونية هي أحوج ما يكون لمبدأ اليقين القانوني في هيكليتها حتى تكون واضحة المعالم ومحددة وميسورة الفهم للمخاطبين، والقائمين على تنفيذها، فأي قاعدة قانونية تسعى بصفة عامة لتحقيق الأمان القانوني. ولما كانت أغلب قواعد القانون الدولي الخاص مصدرها وطني، فهذه الغاية لن تكون سهلة المنال، لأن تحديد القانون الواجب التطبيق يعتمد على المحكمة القضائية المختصة التي تنظر النزاع، أي أن هذا القانون لن يكون واحداً عند تغير المحكمة المختصة، فكل محكمة تطبق قواعد الاسناد المنصوص عليها في القانون الوطني، وهكذا لا يمكن التنبؤ بالقانون الواجب التطبيق وقت نشوء النزاع، ومن ثم يصبح مبدأ قابلية التوقع أمام أزمة حقيقية.[1]

كذلك تبرز في هذا المجال مشكلة أخرى تتعلق بالتكييف، فالقاضي يقوم بوظيفة تكييف موضوع النزاع حتى يتمكن من الرجوع لقاعدة الاسناد المختصة، فاذا كان محل النزاع يتعلق بشكل التصرف أو بموضوع العقد مثلاً، فأن التكييف يختلف في هذه المسائل وذلك بسبب اختلاف الاسس والفلسفة للأنظمة القانونية ذات العلاقة بالنزاع. و ربما يكون اختيار الاطراف لقانون يحكم عقدهم هو أكثر تحقيقاً للعلم وقرب للواقع من افتراض وجود الارادة ومن غيابها ، أي أن قانون الإرادة يعزز اليقين القانوني ويجسد توقعاتهم .[1]

بيد أن المشكلة تثار في حالة عدم الاختيار، ففي إطار النظام القانوني الأوروبي، أكد المشرع الأوربي على دور مبدأ اليقين القانوني في تطبيق قواعد تنازع القوانين، اذ يشير تنظيم روما الأول بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، الى أن هدفه تعزيز اليقين القانوني في قواعد الاسناد، ويشدد على أن وضع تعريف واضح لمحل الاقامة المعتاد للشخص، واقتصار قاعدة الاسناد على معيار واحد لتحديده هو ما يجب تحقيقه، وبعكسه يكون صعب على الاطراف توقع القانون الواجب التطبيق. أما ما يتعلق بتنظيم روما الثاني المتعلق بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، اذ يقرر أن اشتراط اليقين القانوني وضرورة تحقيق العدالة على الحالات الفردية، هما أهم عنصرين في ميدان القضاء، فتحقق الفعل الضار في بلد والنتيجة في بلد أو بلدان متعددة، سوف يؤدي الى خلق عدم القدرة على معرفة القانون الواجب التطبيق.[1]

وإن غاية اليقين القانوني لا يسعى اليها مشرعو قواعد الاسناد فقط، بل هي مهمة يقوم بها القاضي الذي ينظر النزاع، اذ يقع على عاتق المحكمة أن تراعي التوقعات المشروعة للأطراف عبر سلطتها التقديرية في فهم وقائع القضية وموضوع النزاع.[1]

وهنا نطرح تساؤل مهم عن الفرق الذي سيحدثه الإسناد الموضوعي في ميدان القابلية للتوقع وتحقيق اليقين القانوني...؟ وبهذا الصدد نقول يعد عدم إمكانية التوقع من أعظم العيوب التي تعرقل نجاح عمل قواعد الاسناد الموضوعي، كون قواعد الاسناد قد تتضمن عدة ضوابط اسناد تخييرية، اذ لا يمكن معرفة الجهة التي تملك القدرة على تحديد القانون الواجب التطبيق، عندما لم يقم المشرع بهذا التحديد، كذلك مسألة تطبيق قاعدة القانون الأصلح لا تفضي دائماً الى الحل ذاته، لأن ما هو أصلح في مسألة قد لا يكون كذلك في مسألة أخرى.[1]

بيد أنه لا يمكن تعميم الرأي المذكور أعلاه، كون قاعدة الاسناد التي تستخدم الأسلوب الأحادي الجانب، وتلك التي تشير الى قانون بلد أو مكان المال، أو التي تضع ضابطاً واحداً عند غياب الاختيار في العقود التي يشترك فيها طرف ضعيف، أو القواعد الآمرة في محل اقامة المستهلك أو مكان انجاز العمل، هذه كلها قواعد تؤكد احترام اليقين القانوني وتؤكد امكانية الأطراف على التوقع. كذلك من صفات قاعدة الاسناد الموضوعية أنها تعمل على تركيز الاهداف المادية للأطراف، فاذا تطابقت هذه الاهداف مع وسائل الاسناد

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تحققت توقعات الاطراف.[1]

نخلص مما تقدم أن قابلية التوقع الذي يؤخذ بنظر الاعتبار عند بناء أي قاعدة تنازع حيادية، يجب مراعاته وقت انشاء قواعد الاسناد الموضوعية، فاحترام التوقعات المشروعة للأطراف ينطوي على امكانية توقع النتائج القانونية، ويعني ذلك وجوب التزام اطراف العلاقة القانونية أن يعرفوا أو يتوقعوا وقت انشاء العلاقة أو نشوء النزاع ما ستكون عليه الحلول المادية.

المطلب الثاني

مبدأ تخصص قواعد الاسناد وقابليتها ربط النزاع بالقانون الأكثر ملائمة

أتضح لنا أن قاعدة الأسناد بأنها قواعد قانونية مهمتها اختيار القانون الملائم على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي محل النزاع، فهي لا تبين الحل الموضوعي، بل تحدد القانون الذي يكمن الحل فيه ، وهي بذلك لا تتضمن حلاً موضوعياً للنزاع، وانما هي تحدد القانون الذي يوجد فيه ذلك الحل، كما أنه لم يبين بشكل واضح الهدف والغاية لقاعدة الأسناد من اختيار القانون الملائم والذي يعد الأكثر صلةً والأكثر وثاقةً بموضوع النزاع، والذي من شأنه تحقيق العدالة المادية، وصيانة توقعات الأطراف المشروعة. ولغرض بحث تفاصيل هذه الخصائص لقاعدة الاسناد، نفرد فرعين متتاليين:

الفرع الأول

مبدأ تخصص قواعد الاسناد

ترتبط ظاهرة تخصص قواعد القانون الدولي الخاص بعملية تجزؤ العلاقة القانونية، والمراد بعملية التجزؤ، هو أن يحكم كل جزء في العلاقة قانون مستقل، ومقتضى ذلك أن يكون هناك تصنيف أكثر دقة للمفاهيم والأفكار، تقسم على أنواع إسناد مختلفة، واستخدام لضوابط إسناد تتوافق مع هذه المفاهيم والأصناف، وليس معنى ذلك بالضرورة وجود قواعد إسناد متنوعة ومتخصصة، بل يكفي أن تحتوي القاعدة الواحدة على ضوابط تراعي هذا التخصص وذاك التجزؤ، أو أنها تتيح إمكانية اختيار هذا التخصص في الإسناد، والقول بأن التخصص ظاهرة يدعمها المسلك القانوني للتشريعات الحديثة في ميدان القانون الدولي الخاص، سواءً على مستوى القوانين المحلية أو التنظيمات الأوروبية أو الاتفاقيات الدولية، التي تمتاز بتعدد قواعدها بما يتناسب مع نوع المسألة المطروحة في النزاع.[1]

والإسناد الموضوع يحتاج إلى التخصص، عندما تسعى القواعد الموضوعية الى تحقيق أهداف خاصة تكون بحاجة لخضوعها لضوابط اسناد خاصة أيضاً، خاصةً على المستوى الدولي لضمان احترام المصالح التي تحميها هذه القواعد [1]، اذاً مسلك التخصص يقوم بوظيفة اساسية وهي ملائمة قواعد الاسناد للمسائل القانونية المطروحة في ميدان محدد، كما يؤدي وظيفتان هما: أولاهما تتمثل بالعمل على تحقيق أفضل تركيز للعلاقة القانونية محل النزاع، والثانية هي الوصول الى تنظيم مرضي لها بإيجاد حل موضوعي للنزاع. وهذه الوظائف تأتي من خلال أسس التخصص في الاسناد الموضوعي، ومن خلال العمل على تجزئة العلاقة القانونية من خلال ثلاث أساليب هي:

الأول/ تجزئة العلاقة القانونية بإرادة الأطراف: في هذه الحالة يقوم المتعاقدون باختيار أكثر من قانون ليحكم كل واحد منها جزءاً من العقد، فيخضع أحد عناصر العقد لقانون دولة معينة، في حين تخضع العناصر الأخرى لقانون دولة أخرى [1]. ولا يقتصر حقهم هذا على إسناد العقد للقانون الوطني، وإنما يمكنهم المزج بين قانونً وطني وقانون أجنبي .

وقد منحت اتفاقية روما الأولى الملغية لعام 1980 هذا الحق لأطراف العقد الدولي قبل أكثر من أربعين سنة في المادة (3 - 1) منها، اذ تقضي (يحكم العقد الذي يختاره الأطراف ..... ويجوز للأطراف بهذا الاختيار تعيين القانون الواجب التطبيق على مجمل عقدهم أو على جزء واحد فقط)، ثم اقتبست المادة أعلاه في تنظيم روما الأول لعام 2008 هذه الصيغة. وبهذا الحكم ينتهي الجدل حول موقف التشريع الأوربي بخصوص تجزئة العقد وتعدد القوانين الواجبة التطبيق عليه، وتصبح ارادة الأطراف هي سبب التخصص في الاسناد.[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أما من جانب النظم القانونية العربية، فما زال الجدل قائماً بشأن وحدة أو تجزئة العلاقة القانونية أو العقدية في هذا المجال، لعدم افصاح بعض التشريعات عن موقفها حول هذه النقطة، كما هو حال القانون العراقي في المادة (25) مدني، أو تأكيد بعضها البعض على وحدة القانون الواجب التطبيق، كما هو شأن القانون الدولي الخاص التونسي في الفصل.(64)

الثاني/ تجزئة العلاقة بحكم تشريعي: تفرض التشريعات المحلية والدولية نوعين من التجزئة: أولهما يتعلق بأصناف الإسناد (catégorie de rattachement)، والثاني بالمسائل القانونية (questions de droit)

تجزؤ أو تخصص أصناف الاسناد: بسبب الحاجة الملحة الى التخصص في الاسناد والتفرد في المعاملة والتمييز في توزيع المواضيع الى أصناف الاسناد، لذا كان لابد من ايجاد اصناف فرعية أو مشتقة جديدة مستلة من الاصناف التقليدية، مثلاً قاعدة الاسناد المتعلقة بمسائل الميراث، حيث نرى جزء يختص بانتقال الأموال المنقولة ويخضعها لقانون المورث (جنسية أو موطن بحسب القانون) [1]، والجزء الآخر يختص بانتقال الأموال غير المنقولة ويحكمها قانون موقع العقار [1]. كذلك تجزئة المسؤولية غير التعاقدية إلى (فعل ضار، وكسب دون سبب، وخطأ سابق للتعاقد، وفضالة، واعتداء على حق فكري، والمسؤولية عن فعل المنتجات، والأضرار بالبيئة والمنافسة غير المشروعة) [1]. والتمييز بين ثلاثة أقسام للإسناد تتعلق جميعها بالعقد هي أهلية المتعاقد، وشكل العقد، والشروط الموضوعية لصحة العقد.

تجزئة المسائل القانونية: قد يثير تطبيق قاعدة إسناد معينة بشكل متكرر على قضايا معينة تدخل في صنف واحد، إلى اضطراب في النتائج وظلم في الحلول المادية. وقد تنبهت بعض القوانين إلى هذه المشكلة، فرسمت لها طريقاً مميزاً في الإسناد من دون تغيير في صنف الإسناد. ومثال ذلك، الفصل بين المسألة القانونية وآثارها، كما هو الحال في ميدان البنوة، وهو صنف إسناد معروف باستقلاليته، يتم فيه الفصل بين مساءلة شروط اثبات البنوة، وبين الإقرار بها وانكارها، فيكون لكل مسألة إسناد مستقل، وكذلك الأمر في صنف الفعل الضار، حيث يتميز إسناد مسألة وجود الخطأ عن مسألة نطاق التعويض.[1]

الثالث/ تجزئة المسائل القانونية: في هذا المقام يظهر التخصص في الإسناد عند قيام القاضي بتجزئة المسألة القانونية وإخضاع كل جزء لحكم قانون مختلف، ويكمن السبب وراء تحمل المحكمة هذا العبء، أن ضرورة حسم النزاع بما يتفق مع توقعات الخصوم وبأسلوب يحقق حلولاً عادلة تفرض أحياناً استخدام سلطة تقسيم المسألة وتوزيع الاسناد. وأبرز مثال ما يتعلق بالمسائل الأولية التي يكون حسمها لازماً ابتداءً لحسم المسألة الأصلية، كما لو كان النزاع المعروض أمام المحكمة يخص النفقة أو الميراث، وهذه هي المسألة الأصلية، وتمسك المدعى عليه ببطلان عقد الزواج أو أنكر نسب الوارث للمورث، وهذه المسألة الأولية. كذلك الأمر في النزاع المتعلق بنقل ملكية المال المنقول، والنزاع في مسألة أولية بشأن صحة عقد البيع، والحقيقة لا يوجد اتجاه راجح في هذا المجال، لأنه هناك من يرى خضوع المسائل الأصلية لحكم القانون الذي تحدده قواعد الاسناد في قانون القاضي الذي ينظر النزاع، وخضوع المسائل الأولية لحكم القانون الذي تعينه قواعد الاسناد في البلد الذي يحكم قانونه المسألة الأصلية. وهذا يعني أن القواعد الموضوعية في قانون هذا البلد ستحكم المسألة الأصلية وقواعد الاسناد فيه ستحدد القانون الواجب التطبيق على المسائل الأولية .[1]

أما الاتجاه الثاني[1]، يعتقد بضرورة تطبيق قواعد الاسناد في قانون القاضي في كل مرة يراد فيها تحديد القانون الواجب التطبيق وحل مشكلة تنازع القوانين، وهذا يعني الرجوع أولاً لقواعد الاسناد في قانون القاضي مرة أخرى، والخاصة بالمسائل الأولية في النزاع المعروض أمام المحكمة، وعلى أي حال كان اتجاه المحكمة، سواءً طبقت قواعد الاسناد الوطنية أم قواعد الاسناد الأجنبية، فلابد أن تؤمن بأن المسائل الأولية لها طريق مستقل في الاسناد، يجب مراعاته بمعزل عن المسألة الأصلية، كما أن اختيارها اتجاهاً يقوم على مراعاة الروابط بين المسائل الأولية وقاعدة الاسناد وظروف كل قضية وحماية توقعات الأطراف وتحقيق العدالة.

الفرع الثاني

مبدأ القانون الأكثر ملائمة

صار من المعلوم أن ضوابط الاختيار تعد ركناً أساسياً تقوم بوظيفتها عن طريق قاعدة الاسناد، اذ يأتي دائماً مجرداً لا يحدد قانون دولة معينة بالذات، بل يرشد الى وجوب تطبيق قانون الدولة التي تتركز فيها العلاقة أو تبدو أنها وثيقة الصلة بها أكثر من

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

غيرها، يعني ذلك أنها تقوم بعملية تفاضل بين القوانين بحياد وموضوعية في السعي الى تلبية مصالح وواجبات الدول ذاتها، أو مصالح أحد الأطراف في الروابط الخاصة ذات الطابع الدولي، لهذا يلجأ المشرع في وضع قاعدة الاسناد الى أساليب فنية تمكنه من ادراك وتحقيق تلك المصالح من خلال ربط العلاقة القانونية بالقانون الأكثر ارتباطاً أو صلة أو ملائمةً، وهذا الاختلاف في التشريعات في صياغة قاعدة الاسناد يؤدي الى الاختلاف في أحكام القوانين الوطنية الواجبة التطبيق على نفس موضوع النزاع.

ولهذه الاسباب دفع بعض الفقه الحديث [1] الى محاولة تخطي هذه المثالب نحو المضمون والاسناد الموضوعي، بعد وصف قاعدة الاسناد بأنها قاعدة عمياء تكتفي بتحقيق العدالة الشكلية لا الموضوعية، كونها تسند العلاقة أو الرابطة محل النزاع بطريقة آلية الى أكثر القوانين ارتباطاً بالعلاقة وفقاً للسياسة التشريعية لدولة القاضي وحدها، ومن وجهة نظرها دون أن تعرف سلفاً مضمون القانون الواجب التطبيق. لذا هؤلاء الفقه اتجهوا الى أسلوب آخر من خلاله تقوم المحكمة بالموائمة بين مختلف النتائج المترتبة على تطبيق مختلف القوانين في اختيار القانون ليس لأنه القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد، ولكن لأنه يحقق بصورة واضحة أفضل النتائج، فهو بالتالي أفضل قانون طالما أنه يقدم أفضل حل للنزاع من الناحية العملية، فبدلاً من التساؤل عن أفضل قاعدة اسناد، يتعين التركيز على مسألة ما هي أفضل نتيجة أو حل للقضية، أي الرجوع الى معرفة الحل الموضوعي وبعد اجراء مواجهة فيما بين القوانين المتنازعة .

لذا مبدأ المفاضلة لاختيار القانون الأكثر ملائمة والاوثق صلة بموضوع النزاع، يقضي إذا كان محل تحقق الضرر يحقق للمضرور حماية أفضل من تلك المقررة في قانون المخطئ أو قانون محل ارتكاب الخطأ، ويطبق قانون محل تحقق الضرر مالم تكن هناك صلة وثيقة وقوية بين المضرور ومحدث الضرر، تبرر تطبيق القانون الذي يحكم هذه العلاقة. وهذا الأمر يتطلب من القاضي مجهوداً كبيراً في فحص مسبق لجميع القوانين ويزيد هذا الجهد بزيادة القوانين المرتبطة بالعلاقة ومن ناحية تحقيق الأهداف السياسية والاجتماعية وتحقيق العدالة فيما بين الخصوم، فالأهداف هذه تكون مختلفة ومتعارضة عادةً، وفكرة العدالة مرنة وغير منضبطة تختلف من قاضٍ لآخر، فضلاً عن بقاء الأطراف في شك حول القاعدة التي تحكم نزاعهم.[1]

أذن لم يأت هذا المبدأ لينسخ قواعد الاسناد ولا ضوابط الاسناد التقليدية، بل جاء ليطور عملها فتصبح أقرب للواقع عبر مراعاة عناصر كل قضية على حدة، فيفترض في قاعدة الاسناد أن تلبي حاجة تتعلق بعرفة القانون الواجب التطبيق على وجه التحديد، فهي كذلك تعمل على تحقيق طموح وتوقعات الأطراف في حكم موضوعي ملائم في القانون المسند اليه، لذلك يؤسس مبدأ القانون الملائم والاكثر صلة بالرابطة العقدية توفيقاً بين مسألة امكانية توقع الحل وقضية أثر الواقعة في نوع النتيجة المتوخاة.[1]

وعلى الرغم من استخدام الفقه الفرنسي لهذا المصطلح[1]، الا أنه يعد تعبيراً آخر ساد وأنتشر عالمياً بفضل استخدامه من قبل النظم الأوربية له وه مبدأ القانون الأكثر ملائمة والاشد وثوقاً وصلةً بالرابطة القانونية محل النزاع، لذا يعد هذا المبدأ أساساً قانونياً مهماً يسهم في ترسيخ منهج الاسناد الموضوعي عبر مظاهر أو تطبيقات مختلفة له، ويعد معيار الاداء المميز من أبرز تطبيقاته لا سيما في مجال العقود الخاصة الدولية، فيحدد القانون الواجب التطبيق على وفق هذا المعيار عند غياب الارادة، يكون قانون البلد الذي يوجد فيه محل الاقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز، لأنه البلد الذي له أوثق صلةً بالعقد محل النزاع[1]، لهذا نعتبر معيار الاداء المميز ليس سوى قرينة على مبدأ القانون الملائم أو الأكثر صلة ووثاقةً بالرابطة العقدية، ومن الممكن اثبات عكس هذه القرينة فيتعطل العمل بهذا المعيار.

الخاتمة

بعد ان انتهينا عن تبيان تفاصيل موضوع بحثنا مبررات العدول عن الحيادية الى الاسناد الموضوعي وما يثيره من اشكاليات في التطبيق، لذا نحاول بيان أهم الاستنتاجات والتوصيات المقترحة لذلك بنقطتين متتاليتين:

أولاً/ الاستنتاجات

- يحتاج الاسناد الموضوعي الى عناصر ثلاث هي، نوع الاسناد وبيان آلياته والنتائج المترتبة عليه.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

- ليس الاسناد الموضوعي حيادياً أو جامداً، لكن يعد ذو اسناد مزدوج الجانب وأحدي الجانب في بعض الاحيان.
- نعتقد الاسناد الموضوعي هو انعكاس لثقافة المجتمع، وقواعده تستهدف مراعاة عناصر هذه الثقافة، ويجب تطبيقه بطريقة تراعي الثقافات الأجنبية، بالقدر الذي لا يتعارض مع صميم الثقافة الوطنية.
- تسعى وسائل الاسناد الموضوعي الى تحقيق مصالح الافراد والمصالح العامة في النظام القانوني لدولة معينة، وتعد أحد وسائل الدفاع عن السياسة التشريعية.
- يؤدي الاسناد الموضوعي على تركيز الالتزامات التعاقدية في الدولة التي يوجد فيها محل اقامة، أو مركز عمل الشخص المدين بالأداء المميز، ما لم يتبين من الظروف أن العقد يرتبط بالقانون الاشد صلة ووثاقةً وملائمةً لمصالح الاطراف.
- اسناد العلاقات التعاقدية التي يكون أحد أطرافها ضعيف مقابل طرف قوي، وذلك عند غياب الاختيار، تسند العلاقة الى قانون الدولة التي يوجد فيها محل اقامته المعتاد، كما هو حال المستهلك والناقل، أو الى قانون الدولة التي يوجد فيها المكان الذي ينجز فيه العمل عادةً بالنسبة للعامل .
- التعدد التخييري أو المتعاقب أو الجامع لضوابط الاسناد، ومنح القاضي أو أحد الأطراف أحياناً اختيار القانون الأصلح للمضرور في حالة الالتزامات غير التعاقدية.
- ضرورة وجود منافذ للتصحيح التشريعي أو للاجتهاد القضائي للإسناد، وذلك مراعاةً للمحتوى المادي أو الموضوعي في القانون الواجب التطبيق.

ثانياً/ التوصيات

- اعادة صياغة قواعد الاسناد بالشكل الذي يعكس ثقافة المجتمع العراقي، وتكفل حمايتها وتحترم مبادئ وأحكام الشريعة الاسلامية في مجال العلاقات الأسرية مثلاً.
- تأكيد رقابة المحكمة الاتحادية العليا على مدى توفر الشرعية الدستورية والدولية لقواعد الاسناد العراقية.
- تعديل قواعد الاسناد الحالية واستيعاب أنواع جديدة في التشريع مثل، (الأموال الثقافية، البضائع المشحونة والفضالة والمسؤولية عن فعل المنتجات والاضرار البيئية والنظام المالي للأزواج لغير المسلمين وغيرها).
- منح المتعاقدين حرية اختيار أكثر من قانون ليحكم أجزاء مختلفة من العقد، وفي حالة غياب الاختيار يطبق قانون الدولة التي يوجد فيها محل اقامة المدين بالأداء المميز، وعند عدم امكانية تحديد الاداء المميز يصار الى تنفيذ قانون الدولة التي تم فيها تنفيذ الالتزام أو ينبغي تنفيذه فيه، أو قانون محل ابرام العقد.
- العمل على تطبيق القانون العراقي في حالة حدوث استحالة تعيين القانون الواجب التطبيق أو تحديد مضمونه.
- تعاد صياغة قاعدة الاسناد الخاصة بالفعل الضار (المادة/27) مدني، تكون بالشكل التالي: (1- يسري على الالتزامات التي تنشأ عن الفعل الضار قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام، شرط الا يؤدي ذلك الى حرمان المضرور من الحماية التي تكفلها له قواعد القانون في الدولة التي يوجد فيها محل اقامته. 2- واذا توزعت عناصر الفعل الضار في أكثر من دولة، يطبق قانون المكان الذي حدث فيه الفعل أو الذي تحقق فيه الضرر، واذا توحد مكان أحدهما مع محل اقامة المضرور يطبق قانون هذا المكان، فان لم يتحقق ذلك يطبق القاضي القانون الاصلح للمضرور) .
- وضع قاعدة عامة في ميدان تنازع القوانين نقترح نصها بالشكل التالي: (1- تطبق الأحكام الآمرة في القانون العراقي مباشرة أياً كان القانون الذي عينته قاعدة الاسناد. 2- يطبق القاضي الأحكام الآمرة في القانون الأجنبي عند وجود رابطة أو صلة وثيقة بين العلاقة القانونية وقانون هذه الدولة).
- نوصي القضاء العراقي أن يستغل قاعدة (تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً)، للتحول عن الاسناد

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الجامد الى الاسناد المرن، ومحاولة الافلات من الاسناد الحيادي الى الاسناد الموضوعي، واستكمال بعض أنواع الاسناد التي لم ينظمها المشرع العراقي بالتفصيل .

قائمة المصادر

أولاً/ المصادر باللغة العربية:

الكتب القانونية:

1. د. أبراهيم أحمد أبراهيم، أسلوب الاسناد في الميزان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
2. د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
3. د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية- دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، ط2، القاهرة، 2018 .
4. د. أحمد عبد الكريم سلامة، مدونة أبحاث في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
5. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
6. د. أحمد عبد الكريم سلامة، السياحة والعقود الدولية الجديدة (عقد المشاركة الزمنية او اقتسام الوقت في القانون الدولي الخاص)، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الثاني، 2006.
7. د. أحمد محمد عطية محمد، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة (دراسة مقارنة في ضوء الفقه وأحكام القضاء)، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
8. د. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
9. د. أشرف محمد وفا، استبعاد تطبيق قاعدة التنازع بواسطة اتفاق الأطراف نظام الاتفاق الاجرائي، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 60، 2009.
10. د. السيد عبد المنعم حافظ السيد، عقد التأجير التمويلي الدولي، دراسة تحليلية مقارنة في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
11. د. جمال محمود الكردي، المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه بشأن دعاوى المسؤولية والتعويض عن مضار التلوث البيئي العابر للحدود، الدار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
12. د. حسن علي كاظم المجمع، القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة، ط1، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2021.
13. د. حسن علي كاظم، قواعد الاسناد وآليات التطبيق في العراق، مجلة أهل البيت (ع)، العدد 20، 2012.
14. د. حسام الدين فتحي ناصف، المرونة المتطلبة في تطبيق القانون المحلي على وقائع المسؤولية التقصيرية المعقدة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.
15. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.
16. د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، الفنية للطباعة والنشر، الاسكندرية، 1993 .
17. د. هشام علي صادق. تنازع القوانين في مسائل المسؤولية التقصيرية المترتبة على التصادم البحري والحوادث الواقعة على ظهر السفن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.
18. د. هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 1986.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

19. د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، القاهرة، 1990.
20. د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي دار النهضة العربية القاهرة 1987.
21. د. عباس العبودي، تنتزع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية- دراسة مقارنة، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2015.
22. د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة 1998.
23. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الأول (تنازع القوانين. الاختصاص القضائي الدولي. تنفيذ الأحكام الأجنبية)، ط1، مكتبة دار الثقافة، عمان – الأردن، 1998 .
24. د. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005 .

الرسائل والأطاريح:

1. ليث عبد الرزاق علي، فكرة الامان القانوني ودورها في تنازع القوانين، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، 2017.
2. صالح مهدي كحيط، نظرية الحل الوظيفي وأثرها في تطوير قواعد الاسناد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة كربلاء، 2018.

ثانياً/ المصادر باللغة الأجنبية:

1. Bernard Audit, Le droit International privé à la fin du XXe siècle, progres ou recul, R.I.D.C. Vol 50, N2, Avril- juin 1998.
2. González Campos Julio ; Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, RCADI, Vol,2000.
3. Dominique Bureau et Horatia Muir Watt ; Droit international privé, Editor : Presses Universities de France - P.U.F. 5e edition, Tome 1,
4. Paris, 2021.
5. Loussouarn, Yvon; Droit international privé, La règle de conflit est-elle une règle neutre , Travaux du Comité français de droit international privé, paris, Année 1981.
6. LAGARDE (P); principe de proximite dans le droit international prive, Cours general de D.I.P. Rec, des cours. T,196, paris, 1986.
7. SPYRIDON VRELLIS, Conflit ou coordination de valeurs en droit , international privé, RCADI, Vol. 328, 2007.
8. VRELLIS Spyridon, Conflit ou coordination de valeurs en droit international prive, RCADI, Vol, 2007.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مفهوم واساس حق المستهلك بالعدول عن العقد

الاستاذ الدكتور: ضمير حسين ناصر المعموري
كلية القانون – جامعة بابل

المقدمة

مفهوم واساس حق المستهلك بالعدول عن العقد

في ظل تنامي الوسائل التسويقية التي يعتمدها التجار اعلاناً وترويجاً لبضائعهم وسلعهم، حيث باتوا يستخدمون وسائل الاعلان والتعاقد الجارية عبر وبواسطة الانترنيت ،الامر الذي يقدم معه المستهلك على التعاقد دون فرصة كافية للتبصر في التصرف القانوني وآثاره والمعقود عليه ومواصفاته بقدر كافٍ، مما قد يندفع المستهلك وتحت تأثير ضغط معنوي الى شراء سلعة لا تتناسب واحتياجاته ، فبرزت الحاجة الماسة لإيجاد آليات ووسائل قانونية لحماية المستهلك، ويأتي العدول عن العقد أو الرجوع عنه في مقدمة هذه الآليات ، التي توفرها القوانين الخاصة، والحق في العدول او التراجع او الرجوع عن العقد يقترن في الغالب بحق اخر ، الا وهو مهلة التفكير. والهدف الاساسي منه منح المستهلك مهلة يراجع امورها ويدقق حساباته ويتحقق من صلاحية التعاقد ومناسبته له، واقتران حق الرجوع او العدول بمهلة التفكير والتروي جعل الفقه يختلف في تكييف حق الرجوع ، ما بين اتجاه يرى فيه ان التراجع عن العقد بعد ابرامه لا يخرج عن مرحلة تكوين او تكون العقد ، بينما راى اتجاه اخر ان العقد انعقد وتجاوز مرحلة التكوين الى التنفيذ، وممارسته تقود الى مساس بالقوة الملزمة للعقد.

ومعه فأن الحديث في حق العدول يستلزم بيان ماهية العدول وخصائصه في المطلب الاول والوقوف على الطبيعة والاساس القانوني في مطلبٍ ثانٍ.

المطلب الأول

ما هية حق المستهلك بالعدول وخصائصه

ان الحديث في ماهية حق المستهلك في العدول يستلزم الحديث في تعريفه في فرع اول وخصائصه في فرع ثان.

الفرع الأول : تعريف الحق في العدول

عدول المتعاقد عن العقد، يعد خروجاً على مبدأ سلطان الارادة وخروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد، لكن الفقه والتشريع الوضعي بدء يقر به وبأهميته في توفير الامان للمتعاقد وحماية رضاه. ويعتبر الحق في العدول، احد حقوق المستهلك والمتعاقد عن بعد، اذ نصت علىه قوانين حماية المستهلك بأعتباره احدى الاليات الحديثة، التي توفر حماية للمستهلك المتعاقد عن بعد. وهذا الحق يمثل اداة تشريعية تمارس دوراً في حماية الاشخاص الذين يتعاقدون في ظروف تنعدم معها فرصة مناقشة شروط التعاقد، فضلاً عما توفره وسائل الأعلان من تأثير يكون ضاغطاً على ارادة المتعاقد، مع ما يرافق ذلك من عدم رؤية المعقود عليه أو الوقوف على خصائصه بدقة.

وقبل الولوج في تحديد المقصود منه ووظيفته، نقول لقد كرس المشرع الفرنسي هذا الحق بمقتضى قانون 88/21 الصادر في 6 يناير 1988، بشأن البيع عن بعد والبيع من خلال التلفزيون، وذلك بنصه في المادة الأولى منه ((في جميع العمليات التي يتم فيها البيع عن بعد، فأن مشتري المنتج وذلك خلال سبعة ايام كاملة تحسب من تاريخ تسلمه طلبه، الحق في ارجاعه الى البائع اما لاستبداله بآخر او لرده وأسترداد ثمنه دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد)).

ثم نص المشرع الأوربي على حق المستهلك في الرجوع في العقود المبرمة عن بعد في 7-97، حيث وردت المادة 1-6 منه بتقرير الحق بالعدول خلال سبعة ايام على الاقل في جميع العقود عن بعد، وعلى ذلك اصدر المشرع الفرنسي مرسوماً مرقماً 471-2001 حيث اشارت المادة 121/16 منه على جعل حق المستهلك في العدول في جميع العقود عن بعد.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وهو ما أكده التوجيه الأوربي المرقم 48-2008 والتوجيه رقم 83 -2011 والذي يعد الاطار العام الجديد الذي تبنته اغلب التشريعات الاوربية ومنه المشرع الفرنسي ، الذي قرر حق عدول المستهلك في عقود الائتمان وبتوجيهات لاحقة باتت المدة التي يحق فيها العدول أربعة عشر يوماً , وهو ما يعرف لدى المشرع الأمريكي ب . Coling- off-period وقد استعمل الفقه الانكلوسكسوني مصطلحات من قبل (ritght of renunciation) و (right of cancellation)و.(right of withdrawal)

أما المشرع العراقي، وبالرغم من اصداره قانون حماية المستهلك (رقم 1 لسنة 2010)[1] الا أنه لم يرد فيه نص يشير الى منح المستهلك حق العدول ويمكننا ان نجد للعدول تطبيقات في القانون المدني العراقي أو قوانين خاصة كقانون حماية المؤلف رقم 3 لسنة 1971 الذي اعطى للمؤلف خيار سحب مصنفه من التداول بعد نشره، بأرادته أو بقرار من المحكمة[1] .وقد نص المشرع اللبناني في قانون حماية المستهلك على ما يلي **"يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفقا لاحكام هذا الفصل العدول عن قراره بشراء سلعة او استئجارها او الاستفادة من الخدمة وذلك خلال مهلة عشرة ايام تسري اتعبارا اما من تاريخ التعاقد ، فيما يتعلق بالخدمات ام من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة[1]** ." في حين نص المشرع المصري في قانون حماية المستهلك على ((مع عدم الاخلال بأي ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، يحق للمستهلك الذي يتعاقد عن بعد الرجوع في العقد خلال أربعة عشر يوماً عن إستلامه السلعة. وفي هذه الحالة يلتزم المورد برد المبلغ المدفوع من المستهلك بذات طريقة دفعه، ما لم يتفق على طريقة اخرى للردوذلك خلال مدة لا تتجلوز سبعة ايام من تاريخ اعادة المنتج بالنسبة للسلعة ، او من تاريخ التعاقد بالنسبة للخدمات ، ويتحمل المستهلك نفقات الشحن واعادة المنتج، ما لم ينص العقد على غير ذلك . واذا تاخر المورد في تسليم المنتج عن التاريخ المتفق عليه او لم يسلمه خلال ثلاثين يوما اذا لم يكن قد اتفق على تاريخ التسليم ، يكون للمستهلك الرجوع في التعاقد دون اي نفقات ، خلال اربعة عشر يوما من تاريخ التاخر او من تاريخ الاستلام ايهما اطول على ان يخطر المورد بذلك،...)) [1]. وهو ما نص عليه المشرع التونسي ايضاً(1).اما المشرع الجزائري فقد عرفه بالقانون 09 – 03 قانون حماية المستهلك وقمع الغش بالقول "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب1."

ويقصد بالعدول عن العقد حق يمنحه المشرع للمستهلك المتعاقد عن بعد يكون له بموجبه الرجوع عن العقد خلال مدة معينة رغم كون العقد قد انعقد صحيحا نافذا بل ولازما في حق احدهما. وهذا قرره المشرع الوضعي استثناء من حكم القواعد العامة وهو مقتصر على عقود الاستهلاك بل طائفة منها ، وهي تلك العقود المبرمة عن بعد.

ولعدم وجود تعريفات تشريعية للحق في العدول ،فقد تباينت التعريفات المطروحة من الفقه بصدد تعريف الحق في العدول او الحق في الرجوع. وقد تعددت اصطلاحات الفقه في التعبير عن هذا الحق ، فمنهم من عبر عنه بحق الخيار، او حق الندم ، او اعادة النظر ، وبغض النظر ‘عن هذا التعدد ، فهو يدل لديهم على تمكين المستهلك المتعاقد عن بعد من الرجوع عن العقد بموجب ارادته المحضة ووفقا لاجراءات وشروط قانونية ودون مقابل باستثناء نفقات العدول، ودون اشتراط ان يكون المهني قد اخل بالتزاماته[1] .فقد عرفه جانب بانه **" سلطة احد المتعاقدين بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على ارادة الطرف الاخر[1]. "**

وقد عرفت القواعد الفقهية في قاموسها حق الرجوع بأنه التعبير عن إرادة مغايرةٍ حيث يمكن لصاحب العمل أو لصاحب التعبير المنفرد عن هذه الارادة العدول عنها وسحبها واعتبارها كما لو أنها لم تكن، ذلك من حرمانها من كل مفعول ماضٍ أو مستقبلي[1]. وعرفه جانب بالقول "خيار يمنح للمستهلك مهلةً إضافيةً للتروي والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه مع المحترف درءاً للأخطار التي قد تلحق به كأثر للتسرع في التعاقد"[1]. ويسجل على هذه التعاريف عدم بيانها مصدر هذا الحق التشريع ام الاتفاق ، وعد ابرازها عدم تحمل المستهلك لاي تبعات او جزاءات بسبب استعمال هذا الحق ، وعدم تقييد استعمالة بمدة محددة .وفي نطاق الفقه العراقي عرفه جانب محاولا تجاوز الملاحظات المؤشرة فقال ، بانه((ميزة قانونية اعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد أن أبرم العقد صحيحا أو قبل إبرامه دون أن تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك في تعويض المتعاقد الآخر عما يصيبه من ضرر بسبب الرجوع)).[1]

ويتمثل حق الرجوع في سلطة أحد المتعاقدين في نقض العقد والتحلل منه بأرادة المنفردة، خلال مهلة معينة لاحقة لأبرامه ،

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وفق ضوابط معينة روعي في تقديرها عدم الاضرار بمصالح المتعاقد الاخر من جهة، وضمان استقرار المعاملات من جهة اخرى[1].

وعندنا انه يمكن تعريفه **"رخصة تشريعية للمستهلك المتعاقد عن بعد وخلال مدة محددة لاحقة لأنعقاده ووفق ضوابط محددة نقض العقد بأرادته المنفردة وتجريده من آثاره المستقبلة والماضية دونما جزاءات تلحق به".** وحقيقة الحق في العدول تمكن المستهلك المتعاقد وخلال المدة القانونية من الرجوع في العقد الذي انعقد صحيحا نافذا منتجا لاثاره ، مع عدم جواز تحميله اي تبعات من جراء ممارستة هذا الحق شريطة عدم التعسف .

وننبه، هنا ان اعطاء المشرع الفرنسي المستهلك مهلة للتفكير والتروي فيما يعرض عليه او يعقده من عقود كان على نوعين الاولى تكون عقب الايجاب الواصل اليه، اذ لا يعترف المشرع بأي حق قبل ان يصدر من القابل قبل مدة من الزمن، بمعنى ان لم يصدلر من القابل شيء فلا حق التزام عليه ولا حق للموجب في ذلك ، فيما يبقى الموجب ملتزماً بأيجابه قائماً خلالها،وهو مايسمى بمهلة التفكير والتروي. أما الثانية فتلحق ابرام العقد وتجيز للمتعاقد المستهلك العدول عن العقد الذي أبرمه، وقد سميت بمهلة العدول أو الرجوع ، وتشمل مهلة العدول أو الرجوع، عدول المتعاقد عن العقد المبرم بين حاضرين في الزمان والمكان وقبل تنفيذه وعدوله عن العقد المبرم عن بعد.

وفيما يتعلق بموقف المشرع العراقي من العدول عن العقد ، انه رغم اصداره قانون المستهلك رقم (7 لسنة 2017) انه لم يخطُ الخطوات التشريعية التي قطعها المشرع الفرنسي والمصري واللبناني والجزائري، ولعل السبب في ذلك مرده انه لا زال يقف عند حدود القواعد العامة الواردة في القانون المدني وفي طليعتها العقد شريعة للمتعاقدين وان العقد لا ينقض ولا يعدل بأرادة احد عاقديه، وانه يقع على عاتق كل طرف ان يسهر على حماية مصالحه وحقوقه، وليس له ان يدعي انخداعه بوسيلة او اخرى خارج اطار النظريات التقليدية والرخص الممنوحة له،[1] وهذه الثباتية والتريث الواضح في موقف المشرع العراقي في عدم الخروج على القواعد العامة قد يكون مرده ، ان الاخيرة في نفس الوقت تعد من ثوابت الفقه الاسلامي الذي يمارس دوراً توجيهياً وارشادياً لا يسهل في احيان كثيرة الانفلات منه.

ووفيما يتعلق بعدم اعتراف المشرع العراقي والاردني الحق في العدول نجد ان العقود الاستهلاكية والمعقودة عن بعد ايضاً تكون محكومة بالقواعد العامة والخاصة الواردة في القانون المدني، وغني عن التقرير ان بعض هذه القواعد العامة تعطي المستهلك وخاصة في العقود المبرمة بين غائبين نوعاً من الحماية، نجدها بشكل واضح تعطي المشتري حق التمسك بخيارات عدم لزوم العقد كما هو الحال في خيار الشرط وخيار الرؤية، ولعله من المبكر القول ان نطاق هذه الحماية تقصر عن تلك الحماية التي توفرهـــــــا النصوص الخاصة .

الفرع الثاني : خصائص الحق في العدول(1) ومبرراته

سنحاول في هذا الفرع استجلاء خصائص الحق في العدول والوقوف على مبررات اقراره. وهو ما سيكون محلا للحديث في الفقرتين الاتيتين .

اولاً :- خصائص الحق في العدول.

حق في الرجوع لا يقبل الانقسام، فلا يملك المستهلك التمسك بجزء من العقد والرجوع عن الباقي. فاذا اختار الرجوع , كان رجوعه نهائياً وشاملاً وليس له بعد ذلك التمسك بالعقد.

هذا الحق لا يرد الا على عقد لازم، دون العقود غير اللازمة او الجائزة بطبيعتها ، ويرد على عقد صحيح ولا يرد على عقد باطل ، لان الاخير لا يرتب أثراً.

حق تميل التشريعات التي اقرته الى جعله محصورا في نطاق العقود المبرمة عن بعد.

تنحصر مصادر الحق في العدول على النص او الاتفاق كما في البيع بشرط التجربة والبيع بالعربون .

الحق في العدول لا يمنع من الانعقاد الفوري للعقد[1].

حق العدول من العقد بوصفه حقا قانونيا نظمته قواعد امرة، بمعنى ان قواعده متعلقة بالنظام العام، ولا يجوز التنازل عنه، اذ

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

يقع باطلاً كل اتفاق يمنع او يقيد ممارسة هذا الحق بعد نشأته وثبوته، وذلك بعدم ممارسة المستهلك لهذا الحق خلال المدة المحددة. ويذكر ان الصفة الآمرة للقواعد المنظمة لهذا الحق تهدف الى تعزيز حسن نية البائع في تنفيذ التزاماته وحماية الرضا بوصفه ركنا جوهريا في العقد ، وحماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، والصفة الامرة للحق في العدول ، لا تحول دونما اتفاق المتعاقدين على اضافة شروط او التزامات تحقق مصلحة المتعاقد المستهلك كما في اطالة المهلة المحددة لممارسة هذا الحق.

للمتعاقد المستهلك سلطة تقديرية في امضاء العقد او نقضه بارادته المنفردة، دون ان يكون ملزماً بتبرير قراره وتسبيبه، حتى وان لم يصدر من الطرف الاخر اي خطأ ينسب أليه، فعدوله عن العقد يعتمد على ارادته ورغبته في الرجوع عن العقد دون موافقة الطرف الأخر، مع عدم مسؤوليته عن ذلك، رغم ما في ذلك من خرق لمبدأ القوة الملزمة للعقد، وأن اشترط بعض المشرعين بيان مبرراته[1] ، مما يجعل قرار العدول خاضع للرقابة القضائية.

نصت التشريعات المنظمة لحق العدول على أن تكون ممارسته دون عوض أو جزاء واي مصاريف اضافية يتحمله المتعاقد العادل وذلك لتضمن ممارسة المستهلك لحقه دون عوائق، ومعه فلا يكون مقبولاً من المهني مطالبة المستهلك بأي مبالغ أو مصاريف أو اعباء جراء ممارسة هذا الحق ((بمجانية الحق)). [1]

ممارسة العدول لا يترتب عليه اي جزاء يتحمله المستهلك.

حق العدول من الحقوق المؤقتة، ذلك ان ممارسة المستهلك له محدد، بمدة زمنية، وينقضي هذا الحق بأستعماله أو فوات المدة المحددة لممارسته دون استعمال. والتحديد الزمني لممارسته، مرده سعى المشرع في المحافظة على استقرار المعاملات وعدم زعزعة مراكز الأطراف في العلاقة العقدية. ذلك ان بقاء العقد معلقاً لفترة طويلة يؤثر على التبادلات الاقتصادية واستقرار المعاملات والائتمان الواجب التوفر. ويطرح هنا، سؤال ،مفاده هل يسقط الحق بالعدول بالموت ام لا ؟ الأرجح وتحقيقاً لمصلحة المتعاقد وخلفه العام عدم انقضاءه وانتقاله الى الورثة، ومن جانب اخر وتحقيقاً لمصلحة المهني، يلزم أن تكون ممارسته من ورثة المستهلك في حدود المتبقي من المهلة المحددة.

ثانياً:- مبررات حق العدول

ان حماية المستهلك من الاندفاع في التعاقد قبل التفكر الكافي والتروي المطلوب مدفوعا باسباب عديدة ، هي الحكمة المرجوة من تقرير حق الرجوع عن العقد خلال مهلة محددة ممنوحة للمستهلك للتدبر والتروي والتبصر والتفكر في ابعاد التصرف القانوني الذي ابرمه ولمعالجة ما يترتب عن تصرفه من آثار لسبب تسرعه وقلة خبرته المهنية، لا سيما ان القواعد العامة قد لا تسعفه بما يكفي من الحماية اللازمة.

ولقد تعددت الاسباب والمبررات التي حثت التشريعات على اقرار حق العدول حمايةً للمستهلك. وفيما يلي أهمها: [1]

أولاً: تطورت وتكاثرت بشكل كبير الأعلانات التجارية مع تزايد حاجة المستهلكين الى البضائع والسلع، حيث شهدت العقود الأخيرة إقبال المنتجين والمهنين في استعمال الدعاية والأعلان لجذب واغراء المستهلك ودفعه للتعاقد، وبات عدم التوافق ما بين حقيقة المنتج وما يعلن عنه أمراً شائعاً ، وذلك لأستعانه المهني في اعلانه بوسائل تظهر وتعظم محاسنه وتخفي مساوئه وعيوبه، مما ينعكس في نفسية المستهلك فيندفع الى ابرام عقد دون الاطلاع الكافي والوقوف الدقيق على مواصفاته دون ان يأخذ الوقت الكاف للتفكير والتمعن في نتائج تصرفه، فكان لا بد من وسيله لحماية ارادة المتعاقد والحفاظ على رضاه مستنيراً مستبصراً وتحقق التوازن الذي اخذل بالعملية التعاقدية.

ثانياً: انعدام التوازن المعرفي ما بين المهني صاحب الخبرة والمعرفة بأدق تفاصيل المنتج وبكل ما يتعلق بمجال عمله وصنعه والنتائج المترتبة عليه، وما بين المستهلك لقلة خبرته وصعوبة احاطته بالمعلومات المتعلقة بالمنتج والتحسب والتنبأ بخفاياه وسلبياته، هو ما دفع المشرعين لأقرار حق المستهلك في العدول من أجل أن يخطى المستهلك بأرادة حرة واعية ومستنيرة.

فأطمئنان المستهلك وعدم قلقه من العقد الذي أبرمه، وتحرره من الضغوطات بأن رضاه غير سليم هو ما يحققه له الحق في العدول. كما يقال بأن حق العدول يحقق حماية للمستهلك ازاء المهني وحمايته في قبال نفسه.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثالثاً: تطور وسائل الاتصال الحديثة والأندفاع نحو استخدام الوسائل الحديثة والتكنولوجية في ابرام العقود واتساع التعامل ما بين الاشخاص وتجاوز الحدود الجغرافية جعلت المستهلك عاجزاً وقاصراً أمام استيعاب هذه الوسائل. وقد باتت شبكة الانترنيت من وسائل ابرام العقود وتقديم الخدمات بأختلاف الاشكال وتعدد المجالات، مما زاد في إقبال المستهلكين على استخدامها، الامر الذي أدى لتعدد المواقع واشتداد المنافسة بينهما لاجتذاب المستهلكين ،اذ تعمد هذه المواقع لأعتماد الوسائل المشروعة وغير المشروعة لعرض البضائع والخدمات، ما أوجب آليات تحمي المستهلك من مغبة مثل هذه الوسائل. ويأتي الحق بالعدول عن التعاقد عن بعد خلال فترة زمنية محددة بأرادته المنفردة بمقدمتها.

المطلب الثاني

طبيعة حق العدول واساسه القانوني

العدول عن العقد او الرجوع عنه تصرف يقع بأرادة منفردة في حقيقته يمثل قدرة الارادة المنفردة بالرجوع عن العقد استثناءً من القواعد العامة التي تجعل للعقد قوة ملزمة مما يحول دون نقضه أو الرجوع فيه الا بأتفاق الطرفين. وهكذا يظهر ان العدول مما يتصل بدور الارادة المنفردة في الغاء او نقض المراكز العقدية. والرجوع أو العدول عن العقد مكنة او قدرة الارادة المنفردة على هدم وازالة العقود أو بعض العقود ، فهل يعتبر العدول مكنةً ارادية أم خيار أم حق وهل هو رخصة أم حرية. ولما كان كل من المصطلحات يمثل مركزاً قانونياً مختلفاً يقترب او يبتعد عن غيره ، من جهة السلطات والمزايا التي يخولها لصاحبه.وقد اتضح لنا، ان العدول هو نقض لعقد أبرم صحيحاً بأرادة منفردة وأنه يشكل مساسا بمبدأ القوة الملزمة للعقد، فما هو الأساس الذي يستند اليه هذا الرجوع، وماهو التسويغ القانوني الذي أفرغ العقد من قوته الملزمة وكيف نستطيع تفسير هذا الرجوع رغم انعقاد العقد صحيحاً؛ ومعه فأن حديثنا في هذا المطلب سيكون في طبيعة العدول عن العقد في الفرع الاول وفي الاساس القانوني له في الفرع الثاني.

الفرع الاول: طبيعة العدول والرجوع عن العقد

الحق يأتي في مقدمة المراكز القانونية. ونعني بالمركز القانوني الوضع الذي يتواجد فيه الشخص ويرتب عليه القانون آثاراً ونتائج معينة. ويوجد بجانب الحق مراكز قانونية أخرى تقترب من الحق على اساس وحدة ما يسعى اليه الحق من هدف ، اذ تمنح صاحب الحق سلطات تمارس فتحدث أثراً يقره القانون ، كالرخصة والمكنة والميزة ، وأن اختلفت عن الحق في تخلف بعض عناصره او عدم قبولها لكل ما يقبله الحق من سلطات او تصرفات. ومعه سنتعرف على كل من الحق والحرية والرخصة والمكنة والخيار. ونقرر هنا ان ما يجمع بين هذه المراكز المشتركة عامل يتمثل بالأباحة التي يخولها كل مركز لصاحبه، والتي يكون له التصرف وفقاً للقدرات التي يملكها والمتصلة بالمركز القانوني الذي يتواجد فيه. وكل من الحق والحرية والرخصة يشكل مركزاً قانونياً يمنح صاحبه قدرات تمثل نوعاً من الأباحة. وهذا الحد المشترك بينهما. وهذا لا يمنع من استقلال كل منهما بمضمون ومحتوى ذاتي يختلف عن سواه. وهذا ما سوف نتعرف عليه تباعا :.[1]

أولاً- الحق :

نال الحق قدراً كبيراً من التعريفات وطرحت محاولات فقهية عدة في تعريفه ورصده ، وهذا ديدن جميع الافكار المجردة، وتوزعت المدارس والنظريات في تعريفه ما بين المدرسة الشخصية التي عرفته بأنه قدرة أو سلطة ارادية يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم , ويتصل هذا التعريف اتصالا وثيقا بالمذهب الفردي وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة، تلك الإرادة التي تملك خلق الحقوق او انشاءها كما تمـــــــــــــــلك تغييرها اوانهاءها. في حين المدرسة الموضوعية عرفته على انه مصلحة يقرها ويحميها القانون.أما المدرسة المختلطة فقد جمعت بين النظريتين الشخصية والموضوعية. أما النظرية الحديثة فهي التي عرفت الحق على انه استئثار صاحب الحق بقيمة معينة، وما يفترضه هذا الاستئثار من قدرة وتسلط[1]. وتكاد تجمع المدارس الفقهية رغم اختلافها في تحديد المقصود من الحق، على الاتفاق على عناصر الحق الذي لا يعدو ان يكون رابطة اقتضاء او تسلط مع استئثار. والحق مركز يبيح لصاحبه سلطات قانونية يعبر عنها بالميزة أو بالسطات. فالحق مركز قانوني يخول صاحبه سلطات او مزايا ترد

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

على شيء أو القيام بعمل او الامتناع عن عمل او تسليم شيء مع استئثار صاحب الشيء بقيم معينة يختص بها دون سواه تكون تابعة له ويمارس عليها ما يخوله القانون من اقتضاء حقه من الغير/ عملاً اداءً او امتناعاً/مع تسلط على الشيء بالتصرف المادي والقانوني واخيراً مختصاً به دون سواه.

فالحق مركز قانوني يخول صاحبه ميزةً او أباحة. ومثل هذا الكلام وان كان كافياً في رسم حدود الحق كمركز قانوني من غيره من المراكز القانونية كالواجبات والإلتزامات، لكنه لا يقف صامداً في محاولة رسم حدود وتميز الحق عن سواه من المراكز القانونية التي تعطي إباحة عامة أو خاصة دون فرض واجبات أو التزامات. فكل من الحرية والرخصة تشتركان مع الحق في ان كل منهما يمنح صاحبة اباحة او اذناً قانونياً.

وهذه الأباحة، التي يخولها الحق لصاحبه إباحة خاصة ومقصورة عليه دون سواه، مما يكون له الأستئثار والأنفراد في ممارستها ، لذا يصح وصفها بأنها اباحة خاصة تجعل من صاحب الحق المستأثر به في مركز قانوني أعلى ومتميز عن مراكز سواه من الاشخاص، مما يجعل هذه الأباحة الخاصة ميزة يتمتع بها صاحب الحق، مختصاً ومستأثراً بها ومانعاً في ذات الوقت غيره ممن لا يشتركون معه في هذه الميزة من التقاطع او الاعتداء على حقه من خلال الحماية القانونية . وعلى هذا فالحق ميزة يختص بها صاحب الحق من دون غيره، أو هو اختصاص منفرد مانع للغير.

و في الحق استئثار , و هذه الميزة لا تتحقق في جميع المراكز , كما هو الحال في الحريات، ذلك ان الحريات يتوفر فيها تسلط صاحبها من خلال تمتعه وممارسته لما تستوجبه وتتضمنه هذه الحرية، لكن لا على وجه الاستئثار ، فلا يستطيع من يمارس ويتمتع بالحرية منع غيره وذلك لعدم الاختصاص، أو قل ، بعبارة أدق لعدم الانفراد الاستئثاري أو عدم الأنفراد الأختصاصي. لهذا لا يحضى الحق بما تحضى به الحريات من شمولية وعمومية فضلاً عن أهميتها ودورها الكبير الواقعي في حركة المجتمعات وتغيراتها المستمرة وذلك لسعة قاعدة الجماهير التي تتمتع بالحرية على خلاف الحق. وبهذا المعنى تكون الحرية سبباً لثورة المجتمعات في حين يكون الحق سبباً لمطالبة صاحبه.

وهذه الميزة الخاصة، أو الاستئثار التي يتمتع بها الحق أقتضت أن يتسم الحق بالوضوح والتحديد والحصر، لأن فيه معنى تميز فرد دون آخر، مما استلزم تحديد صاحب الحق ومحل الحق لفرزه عن غيره ، كما استوجب تحديد شروط له تجعل منه محلاً للحماية أم لا. لذلك الحقوق لا تمنح الا لشخص محدد على خلاف الحرية. ولأن الحق يستخدمه الفرد والحرية يستخدمها المجموع كان الاول دون الثاني محلاً للتعسف والتغول. كذلك ان الاستئثار الذي يتمتع فيه صاحب الحق يجعل منه في مركز قانوني أعلى أو تجعل الدائن ذا سلطة يتفوق فيها صاحب الحق على غيره، لذا فأن المساواة في الحق تكون مستبعدة، لما يمتاز به الحق في مجال حصري. في حين الحرية يتساوى فيها الجميع.

ويذكر أخيراً أهمية عدم الخلط ما بين الحق وما يخوله من سلطات والتي كثيراً ما يطلق عليها تسمية الحق، رغم أنها أثراً أو نتيجة تترتب على الحق ، فأستعمال صاحب الملكية لحقه والأنتفاع به واستغلاله لا يكون حقاً وانما هو استعمال للحق.[1]

ثانياً- الحرية :

والبصر بعنصريّ الحق الأساسين وهما كل من الرابطة اقتضاءً أو تسلطاً مع استئثار صاحب الحق وأنفراده دون سائر الناس بما تخوله الرابطة من تسلط أو إقتضاء، يتيح التميز بين الحق وبين ما قد يختلط به من أوضاع مشابهة كالحريات أو (الرخص العامة) مثل حرية الأعتقاد وحرية الاجتماع وحرية التنقل والسفر والتعاقد، فكل هذه الحريات أو الرخص العامة تعطي للأفراد سلطات يوفر لها القانون حماية من الأعتداء الواقع عليها، وهذا ما كان مبرراً لان تكون محلاً للخلط بينهما وبين الحقوق بالمعنى الأصطلاحي الدقيق، حتى ان كثيراً من الفقهاء والوثائق الدستورية والدولية أطلقت عليها اسم الحقوق، رغم ان الفارق بينهما كبير.

فالحقوق بالمعنى الأصطلاحي، تفترض وجود رابطة قانونية بين الأفراد، مما يفترض وجودهم في مراكز متفاوتة بعضهم أزاء بعض، فيكون صاحب الحق في مركز ممتاز على غيره من افراد المجتمع ، بما يخوله الحق له من تسلط أو اقتضاء على نحو الاستئثار. بينما الحريات العامة لا تفترض وجود روابط ما بين الناس، بل الكل في مركز واحد، اذ لا تفاوت بين الافراد في شأنها، اذ

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

يكون الجميع في ذات المركز تمتعا بما يخوله الحق، لكن المائز ما بين الحرية والحق، هو أنه رغم توفر عنصر التسلط في الحريات، فأن الأقتضاء لا يتوافر فيها , او يحضر حضورا باهتا , وأيضاً لا يتوافر بشكل أكثر وضوح عنصر الاستئثار أو الأنفراد، اذ يكون الجميع في ممارسة الحريات العامة على قدم المساواة ، دون اختصاص أو انفراد أحد الافراد بالتمتع بالحق، دون سواه, فممارسة فرد ما لحرية السفر، لا تحول دون ممارسة غيره لذات الحق ، وليس لك حق الدعوى بالأعتداء على حقك اذا ما تمتع بهذا الحق (الحرية) غيرك، فالحقوق العامة (الحريات العامة) كما قلنا، لا تفترض وجود رابطة تتفاوت فيها مراكز الافراد بشأنها ، بل تفترض وجود الجميع في ذات المركز.

مع الاشارة الى ان الحريات العامة قد ينشأ منها حق بالمعنى الدقيق اذا ما وقع اعتداء عليها، اذ عند وقوع الاعتداء لا قبله تنشأ رابطة تخول المعتدى عليه اقتضاء حقه من المعتدي. فالحريات والرخص العامة، ليست حقوقا بالمعنى الدقيق، ولكنها قد تولد حقوقاً حين يقع الاعتداء عليها[1]. فالحرية تثبت للجميع وتقوم على اساس المساواة، وتتنافى مع الاستئثار والتخصيص.

ثالثاً-المكنة القانونية أو حق الأمكان القانوني[1]

كشف الفقه الالماني عن طائفة من الحقوق تتيح لأصحابها استحداث اثار جديدة، أو تعديل آثار قائمة أو ازالة هذه الاثار. ومضمون هذه الطائفة إمكان التأثير في مراكز قانونية موجودة من قبل بتغيير هذه المراكز أو محوها أو أنشاء مراكز أخرى جديدة .

وقد سميَّ هذا النوع من الحقوق بالحق الأرادي حيناً، وبالحق التخييري حيناً وبالحق الترخيصي حيناً وبالحق المنشئ حيناً ، ونشايع جانبا من الفقه بتأييد مصطلح الامكان القانوني أو المكنة القانونية. وتنبني فكرة الامكان القانوني على مبدأ الحرية والأختيار اي القدرة المعطاة للشخص بالعمل او عدم العمل في ان يتصرف او لا يتصرف في حدود القانون. وهذا المبدأ هو ذات ما تتأسس عليه الحقوق والحريات العامة أو الرخص العامة، اذ يكون لكل فرد إباحة القيام بالعمل أو عدم قيام الآخرين بذات العمل أو الامتناع عنه.

وقد عرف حق الأمكان القانوني بأنه " قدرة الشخص بناءً على مركز قانوني خاص، على ان ينشئ بأرادته وحدها أثراً قانونياً " في حين عرفه آخر بأنه " قدرة الشخص على أن يحدث بتعبير عن الارادة أثراً قانونياً له مصلحة فيه أو يزيل وضعاً قانونياًضارا به " ومثال حق الأمكان التمسك بالشفعة وحق الموجَب له بقبول الإيجاب وحق الأصيل في أقرار أو نقض ما أبرمه النائب المتجاوز حدود الوكالة، وحق من شابَ إرادته عيباً من عيوب الرضا أو المالك المتصرف بملكه بأجازة أو نقض التصرف الذي شابه عيب الأكراه أو الغلط أو الغبن مع التغرير وحق الدائن في المطالبة بالتعويض بدلاً من التنفيذ المتأخر وحق التمسك بالمقاصة أو التقادم، وحق الموكل في انهاء الوكالة وحق الوكيل في اعتزاله وحق الواهب في الرجوع عن الهبة ، وحق الشريك في طلب ازالة الشيوع وأنهاء عقد غير محدد المدة ... وغيرها كثير . ويمكن القول ان حق الامكان يتحقق في الخيار الممنوح للمتعاقد الذي شاب ارادته عيب من عيوب الرضا أو خيار المالك في تصرف الفضولي، أو انهاء عقد من العقود غير اللازمة أو رد المعقود عليه فيها والحقوق التي يملكها الشريك المشتاع والدائنون والمدينون المتضامنون.

وفي كل هذه الاحوال يكون للشخص إمكانية التعبير عن ارادته وحده، في ان يحدث أثراً قانونياً له فيه مصلحة أو انهاء مركز قانوني لا يحقق مصلحته، في قبال اشخاص لا يكونون ملزمين بأي اداء من جراء ذلك ويكونون خاضعين لما أتجت اليه ارادة الشخص محدث التغير.

وحقوق الامكان منطقة وسطى بين الرخصة القانونية العامة والحقوق العادية فالرخصة القانونية العامة تعطي صاحبها إباحة او جواز القيام أو عدمه، كالحق في التنقل والعمل والتعاقد، وكل هذا ، جائز او مباح ممكن القيام به من الناحية القانونية وهذا موضع التقاء الرخصة مع حق الامكان القانوني ، إلا أن المباينة بينهما في تخلف الرخصة أو عدم قدرة صاحب الرخصة في اخضاع الاخرين لسلطان حقه، بمعنى ان يتأثر قانونياً بممارسته ويخضع له، فمن يملك رخصة التعاقد أو السفر أو العمل، لا يستطيع اخضاع الآخر بأن يقبل تعاقده أو ان يسافر على وسائل النقل العائده له او ان يعمل في معمله بالضرورة إذ يبقى الآخر حرّا في قبول وعدم القبول التعاقد او السفر او العمل، واذا قبل نشأ الإلتزام من اقتران الارادتين، وان رفض ارتدّ تعبيره ولم يحدث اي أثر. فالمكنة القانونية يتوافر فيها وجوب امتثال الغير وخضوعه لآثار التعبير الذي احدثه صاحب الحق. ومن هنا كان الأمكان أقوى من الرخصة لتضمنه

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

خضوع وأمتثال الآخر للآثار المحدثة. وهذا ما لا يتحقق في الرخصة التي لا خضوع ولا امتثال فيها للآثار فمن يكون له حق التعاقد مع الغير أو الوصية او الاشتراط لمصلحة غيره، لا يستطيع ان يرتب على قدرته هذا آثاراً تلزم الغير بالخضوع لها، اذ يكون بوسع الغير قبول أو رفض التعاقد بخلاف صاحب الامكان الذي يترتب على ابرامه والتعبير عن ارادته آثاراً لا يقوى الاخر على ردها كما في حال تمسك المتعاقد الذي شاب ارادته عيب بنقض العقد، فلا يستطيع العاقد الاخر التمسك ببقاء العقد، ومن يتمسك بالتقادم لا يكون امام المالك الاصلي الا الامتثال له. ومن يتمسك بالمقاصة انما يحدث أثراً لا يكون في وسع غريمه الا الامتثال للأثر المتمثل بأنقضاء الدينين في حدود الاقل منهما.

فحق الامكان أضعف من الحق العادي، فهو لا يكون فيه تسلط شخص على شيء وليس فيه علاقة اقتضاء وليس هنا اداء يطالب به صاحب المكنة الأخر ليقوم به، فالامكان مجرد قدرة لا يقابلها واجب او التزام، فهو حق بلا واجب في قبال السلطة التي يقررها الحق. فصاحب حق الامكان لا يكون امامه مَن هو ملتزم في مواجهته كما في الإلتزام الشخصي وانما يكون امامه شخص ليس في قدرته الا التحمل بالاثار التي احدثها التعبير المنفرد لصاحب الحق، ومن هنا، كان العدوان عليه غير مقبول. ومن هذه الجهة اصبح حقاً لا يقبل الاعتداء عليه. في حين ان الحق العادي يتضمن سلطة يقابلها التزام او واجب بالقيام بعمل او الامتناع عن عمل او تسليم شيء او الامتناع من الاعتداء ازاء صاحب الحق.

فالامكان القانوني صورة مستقلة عن الحق العادي تختلف عنه اختلافاً عميقاً من حيث التكوين والأستعمال والنتائج المترتبة على كليهما. إذ لا يقابل الامكان التزام الآخر بالقيام أو الأمتناع، فهو سلطة لا يقابلها واجب . فالحق العادي يقابله التزام أو واجب على الشخص المواجه لصاحب الحق. في حين في الامكان القانوني صاحب حق الامكان يقابل شخص يخضع او يمتثل للمكنة القانونية. والحق العادي يكون من خلال الانتفاع او الاستغلال او التصرف من جهة الحق العيني والمطالبة في الحق الشخصي اي من خلال عمل او تصرف إيجابي، في حين أن الأمكان يستعمل من خلال (تعبير صاحب الحق عن إرادته) أو منع تحقق الآثار فيكون بطريق ايجابي اوسلبي كما في امتناع صاحب الحق من الاجازة. وأستعمال الحق العادي يؤدي الى تنشيط مظاهر الشخصية في حين استعمال حق الأمكان يكون من خلال انشاء او انقضاء او تعديل مركز قانوني. وفيما يتعلق بأثار الامكان هناك نظريتان نظرية تجعل للامكان حداً واسعاً يتمثل بتعديل او انقضاء او انشاء مركز قانوني، في حين النظرية الثانية تحصر الامكان في انشاء مركز قانوني جديد فقط. والنظرية الأولى أقرب للصحة. وتتنوع انواع حقوق الامكان الى حقوق منشئه وحقوق معدله وحقوق قاضية[1].

ويترتب على التميز ما بين الحق العادي والأمكان القانوني ان الاول دون الثاني يكون محلاً للتعسف في استعمال الحق ، ذلك أن المكنات القانونية أو ما يسمى بالحقوق التقديرية يعود استعمالها لمحض تقدير صاحبها. والقول بأن استعمال الحقوق التقديرية يكون خاضعاً لسلطان المحكمة يصيّر القاضي هو صاحب السلطة في الحق التقديري،لا صاحبه. وإن اعترض بعض على اخراج الحقوق التقديرية من سلطان نظرية التعسف في استعمال الحق ، ورأى ان ذلك من رواسب الاتجاهات المعادية لهذه النظرية. وثانياً ان حقوق الامكان لما لم تعد حقوقاً بالمعنى الدقيق، فلا مانع من تطبيق القانون الجديد عليها دون ان يعتبر هذا التطبيق تطبيقاً رجعيا للقانون على الماضي بوصفها حقوقاً مكتسبة.إلا أن الاعتماد على نظرية الحقوق المكتسبة كمعيار لتحديد سريان القانون من حيث الزمان لم يعد مرحباً به لدى الفقه وبات الفقه يعتمد على الاثر الفوري للقانون الجديد، ومعه بات القانون يطبق على جميع الوقائع والمراكز القائمة وقت صدور القانون الجديد. ومعه لم تعد حقوق الامكان وحدها يطبق عليها القانون دون ان يوصف بالتطبيق الرجعي للقانون على الماضي ، بل المراكز القانونية المستمرة في انتاج آثارها وحق الامكان.

ومعه لم يبق في التمييز ما بين حق الأمكان في جهة تطبيق القانون من الزمان ومن جهة خضوعها لنظرية التعسف في استعمال الحق غير ذي أهمية من هذه الجهة.

والحقيقة ان الحق العادي يمنح صاحبه سلطة يقابلها التزام في حين ان الامكان يمنح صاحبه سلطة دون أن يقابلها التزام وإن قابلها امتثال وخضوع.

رأينا أن حق الأمكان القانوني يعطي صاحبه الأذن والترخيص أي إباحة أو إذن القيام بشيء أو عدمه مع امتثال وخضوع الآخر

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

لما يترتب من آثار ومعه يمكننا القول أن حق العدول أو الرجوع عن العقد بعد ابرامه انما هو حق الامكان القانوني أو الحق الترخيصي او التقديري. فالخيار مركز قانوني يُخول صاحبه سلطان معينة مرادف للرخصة والتي هي التعبير عن قدرة الشخص في التأثير في المراكز القانونية بمحض إرادته واختياره، ولكونه كذلك فهو يتضمن ميزه قانونية مقصورة على صاحبها، وحصر الميزة بصاحبها يقربه من الحق، ويبعده عن الحرية التي لا تمنح لفرد بل للجميع، فهي إباحة عامة.ولوحدة نطاق كل من الحق والرخصة الخاصة أو الخيار سوّى بعض الفقه بينهما فقالوا ان الخيار حق. ومحاولة تحديد طبيعة هذا الحق تظهر صعوبة لتعذر أن يكون هذا الحق عينياً أو شخصياً لعدم تحقق شروطهما مع حق الأمكان أو الخيار، لذا اتجهت الجهود نحو حق الامكان.[1]

وقد عرف الفقه الاسلامي هذه المنطقة ، وقد اشار الى ذلك الأستاذ شفيق شحاته في كتابه النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، ومثل له بالمقبوض بالدين المشترك ، وهو الدين الذي يملكه اكثر من دائن ، فاذا قبض احد الدائنين شيئا منه ، كان للباقي حق في المقبوض، اذا ان المقبوض ملك القابض خاصة ، على ان للدائن الشريك حقا ثابتا في الشيء المقبوض ، وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضا مما قبضه القابض ولو انه لا يستطيع تتبع المقبوض بين يدي الغير[1].ومما يقطع في وجود هذه المنطقة الوسطى في الفقه الاسلامي ، ان القرافي في الفروق يقارن ما بين المكنة والرخصة ، فيقول صاحب الرخصة هو " من ملك ان يملك " وصاحب المنطقة الوسطى هو " من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك"، وينكر على الاول ان يكون مالكا ويجعل الثاني محل للنظر وننقل عنه ما يلي " ان من ملك ان يملك لا يعد مالكا .انما وقع الخلاف فيمن جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك؟ امل وينتهي الى انه اذا انعقد له سبب جاز ذلك. اذ يميز القرافي:

ما بين من ملك ان يملك كمن يملك ان يشتري دارا او ان يتزوج او يقتني سلاحا ، فهولاء جميعا لا يملكون ، وانما لهم بلغة الفقه المعاصر رخصة التملك، والرخصة ليست حقا .

وضع من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك كما في طلب الشريك حصة شريكه بالشفعة عند بيعها، وهولاء لا يملكون بمجرد جريان السبب الذي يقتضي المطالبة بالتمليك ، بل لا بد من المطالبة. فهي منزلة وسطة ما بين رخصة التملك والملك.

واخيرا من جرى له سبب الملك، وهذا هو من له الملك .

والرجوع أو خيار الرجوع هو ليس حقاً بالمعنى الدقيق، اذ هو ليس حقاً شخصياً كما انه ليس حقاً عينياً وأنه ليس مجرد حرية، بل هو منطقة وسطى ما بين الحق العادي والحرية، فهو مكنة أو قدرة قانونية وهذه الرخصة هي التي تقابل في الفقه الاسلامي مركز "مَن جرى له سبب يقتض المطالبة بالتمليك"، حيث تمتاز هذه المرتبة الوسطى بقدرة صاحبها على احداث اثر قانوني بمجرد إرادته المنفردة دون توقف ذلك على إرادة شخص آخر اعمالاً لدور هذه الأرادة وقدرتها على إنشاء التصرفات وتعديلها وهدمها. فالرجوع مكنة قانونية لها استقلالها القانوني ونظامها الخاص، اذ تخولها صاحبها قدرة أو مكنة تغيير مركز قانوني سابق بمحض إرادته ويتمثل بالعقد السابق أبرامه وقدرته على التأثير في هذا المركز تتمثل بالهدم والحل ونقض التصرف .

فخيار الرجوع في التعاقد مكنة أو حق إرادي محض ، تتوقف على محض إرادة ومشيئة صاحبها وخضوع من يمارس الحق في مواجهته لصالح صاحب الحق مع كون العقد موسوماً بالشك وعدم اليقين فهو عقد غير لازم ، جائز الرجوع.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لحق الرجوع

آثار موضوع تحديد الاساس القانوني لخيار الرجوع عن العقد بوصفه مكنة قانونية نقاشاً واسعاً بين الفقه ، فحاول بعضهم أرساءه على مرتكزات متبناة من الفقه الاسلامي كخيار الرؤية وخيار العيب والمجلس، ومنهم من حاول اسناده الى انظمة قانونية في الفقه والتشريع الوضعي تمثلت بالتكوين التدريجي او المتتابع للعقد أولاً ، والعقد المعلق على شرط ثانياً والعقد غير اللازم ثالثاً. ومعه والحديث في هذا الفرع سيكون في ستة فقرات تباعاً في خيار الرؤية وخيار العيب وخيار المجلس والتكوين التدريجي للعقد والعقد المعلق على شرط والعقد غير اللازم.

أولاً- الخيارات

خيار الرؤية.[1]

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

خيار الرؤية حق بمقتضاه يكون للعاقد أن يبرم أو يرجع عن العقد عند رؤية المحل اذا لم يكن قد رأه وقت ابرام العقد أو قبله. اذ يمنح خيار الرؤية للمتعاقد الذي لم يشاهد العقد خيار النقض أو الأجازة. ومسند إقرار خيار لرؤية هو عدم رؤية المعقود عليه، وهو ذات ما دفع التشريعات لأقرار خيار الرجوع للمستهلك عن العقد لا سيما تلك العقود المبرمة عن بعد. فخيار الرؤية يوفر للمتعاقد دفع الضرر عن نفسه من خلال عدم الإلتزام بعقد لا يحقق مصلحته. ومع ما بين خيار الرجوع وخيار الرؤية من تشابه فأن بينهما اختلافات تمثل أن صاحب الرؤية عليه، أن يمارس خياره بعد رؤية المبيع ، اما خيار العدول أو الرجوع فيثبت للمتعاقد خلال مدة زمنية سواء رأى المعقود فيها ام لم يره، مع ان خيار الرؤية يرد على عقود معينة وهي تلك العقود التي لها محل معين بالذات، في حين ان خيار الرجوع يثبت في جميع العقود باستثناء ما يتعلق بالخدمات.والحقيقة ان خيار الرؤية وخيار الرجوع كل منهما مكنة قانونية إلا ان شروط إعمال كل منهما مختلف.

ب- خيار العيب

يعرف خيارالعيب بانه " منح احد العاقدين الحق في فسخ العقد أو امضائه اذا كان المبيع معيباً عيباً يستوجب الرد. وأعطاء العاقد خيار الرجوع يرجع الى أهمية الرضا وأسيّته في التعاقد، وكنا سابقاً قد كتبنا في رسالتنا للماجستير أن اساس التعاقد في هذا الفرض فوات المنفعة المقصودة من العقد. واستعمال خيار العيب يمّكن المتعاقد من دفع الضرر الناجم عن تخلف سلامه المبيع[1] . والفرق ما بين خيار العيب وخيار الرجوع ان استعمال الأول مشروط بوجود عيب في المعقود عليه لتخلف سلامته، في حين أن خيار العدول يكون متاحاً للمستهلك ولو لم يكن هناك عيب في المحل.

ج- خيار المجلس

خيار المجلس ينشأ في العقد غير اللازم خلال فترة مجلس العقد بقوة القانون، فيفقده هذا لزومه، اذ يكون لأحد المتعاقدين امضاءه أو نقضه، ويهدف الى معالجة التسرع وعدم التأني في ابرام العقد. ويكون خيار المجلس في فترة انعقاد العقد، فترة الايجاب والقبول، ويكون لكل المتعاقدين. في حين خيار العدول يكون للمستهلك وخلال فترة تنفيذ العقد[1]. ورغم ما بينهما من تشابه فأن بينهما فروق. وسنعود مستقبلا للتفصيل في هذا الامر.

ثانيا- فكرة التكوين التعاقبي للرضا [1]

وتقوم هذه الفكرة على أن عقود والاستهلاك ، لا تبرم بلحظة واحدة هي لحظة ارتباط الايجاب بالقبول، بل يستغرق تكوينها فترة من الزمن تبدأ بالقبول وتنتهي بأنقضاء فترة العدول. وتأكيد القبول ، فاذا لم يقم المستهلك بتأكيد القبول لا ينعقد العقد. وقد وجدها بعض الفقه اساساً قانونياً للحق في العدول عن العقد على اساس ان الرضا الكامل بالعقد المقترن بشرط الخيار لن يتحقق ، إلا بأنقضاءالمدة التي يجوزفيها لمن تقررله هذا الحق ممارسته ، والبيع القابل لاعادة النظر فيه اثناء فترة زمنية محددة ، هو بيع يتحقق فيه رضا المشتري على مرحلتين المتعاقبتين يتحقق في الأولى تطابق الأرادتين ورغم تمام العقد فيها إلا أنها ليست محلاً للأطمئنان من قبل المشرع لتخلف تأنّ وتدبر وتروي المشتري ، لذا قرر المشرع لهذا المشتري مدة زمنية له وخاصة في البيع عن بعد لا يكتمل العقد إلاّ بأنقضاءها وبعد ذلك تبدأ المرحلة الثانية وهي مرحلة اكتمال لعقد، بمعنى أن العقد يولد في المرحلة الاولى ولا يكتمل وجوده إلاّ عند انتهاء فترة المراجعة أو اعادة النظر إذ يظل العقد فيها مهدداً بالزوال.

اذ يرى بعض الفقه ان الرضا الصادر ابتداءاً انما هو رضا مؤقت مما لا يعد العقد معه نهائياً، إلا بإجازة العقد أو عدم رده خلال هذه المهلة وانه ليس هناك ما يمنع من اضفاء الصفة المؤقتة على العقد المقترن بحق العدول، اذ ينتهي التوقيت بأستعمال الحق، وانالرضا في حال العدول لن يكون إلا رضا مؤقت، فضلاً ان خيار العدول يؤثر في فعالية العقد لا في وجوده.

إذ يذهب جانب ان اقراره حق المتعاقد في العدول لا يمس بمبدأ القوة الملزمة، لأن الأخير لا يطبق إلا اذا كان العقد قد تكوّن بالفعل، وهذا ما لا ينطبق على العقد المقترن بخيار الرجوع. ويذكر ان القانون المدني الالماني نص على عملية التكوين التدريجي للعقد اذ ورد في المادة (154) "أن الاتفاق على بعض الشروط لا يكفي لانعقاد العقد حتى لو كانت تلك الشروط هي الشروط الرئيسية وتم صياغتها كتابة"، ولم يشأ أن يتبنى المشرع العراقي هذه النظرية اذ نصت المادة (86) "يطابق الإيجاب القبول إذا أتفق الطرفان

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

على محل المسائل الجوهرية التي تفاوض فيها، أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت الأتفاق كتابة" واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الأتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فأن المحكمة تقضي فيها لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة."

ويؤخذ على الرأي القائل بمنح العقد المقترن بالحق في الرجوع في التعاقد صفةَ مؤقتة تنتهي بدعمه الضمني لدى انتهاء مهلة الرجوع ، وان الرجوع سوف يكون رجوعاً عن رضا مؤقت فضلاً عن ان فعالية العقد هي من تتأثر لا وجوده انكار انعقاد العقد بمقتضى الرضا الاول وهو ما يناقض واقع التعاقد وحقيقة ما تتجه اليه ارادة المتعاقدين، خاصة على ما يترتب على ذلك من تأخير الآثار المترتبة على هذه الاتفاقيات وتأجيل تنفيذها مع ما يرافق ذلك من احتمالية تضعف حتمية تنفيذها.

ثالثا- عقد مقترن بشرط واقف

ذهب رأي الى القول أن العقد المقترن بحق الرجوع معلق على شرط مع الاختلاف في طبيعة هذا الشرط ما بين واقف أو فاسخ. وقد انتقد هذا الرأي ذلك ان الشرط الفاسخ في ضوء ما يوفره للمشتري من اختيار الرجوع في التعاقد خلال مهلة التروي، يتعارض مع مقصود المتعاقدين، فما كان من مقصوده من إدراج الشرط الفاسخ تأجيل تنفيذ العقد حتى انقضاء مدة الرجوع، ذلك أن الاصل من الشرط لا يمنع من تكوين عقد ثابت وفوري التنفيذ، وفيما يتعلق بالشرط الواقف فأنه يعني اختيار المشتري العقد وعدم رجوعه خلال المهلة، فأنه غالباً ما يكون شرطاً إرادياً محضاً ومثل هذا الشرط يكون شرطاً باطلاً[1]. ورغم ذلك يلزم عدم المبالغة في التمسك ببطلان الشرط الأرادي فمثل هذا الشرط يكون مقبولاً في العقود الملزمة للجانبين، التي يكون فيها كل متعاقد دائناً ومديناً في الوقت ذاته مع أن الحظر للشرط الأرادي المحض يكون في الواقف دون الفاسخ.

رابعا- شرط التجربة

من الممكن طرحه أساساً لتبرير رجوع المتعاقدين عن عقده خلال المهلة المحددة بعد ان وقف على عدم مناسبته له اثناء الأستخدام، ورغم ذلك فأن جانب من الفقه بادر استبعاد فكرة البيع بشرط التجربة كوسيلة يتم بمقتضاها للرجوع في العقد ، والتي تعني ان البيع وان كان قد أبرم بين البائع والمستهلك ، إلا أنه يحتفظ بحق تجربة المبيع، فالبيع تحت شرط التجربة يجيز للمشتري قبول البيع أو رفضه، مما يعني ان البيع معلق على شرط واقف ألا وهو تجربة المبيع وموافقة المشتري عليه، فأن قبله تحقق الشرط الواقف وأنتج العقد آثاره، وإن رفضه فأن الشرط يكون قد تخلف، ويكون العقد كأن لم يكن، مبرراً استبعاد هذا الرأي الى أن مهلة التفكير التي تمنح للمستهلك لا تهدف الى التحقق من ملاءمة المبيع للأستعمال المخصص له، وانما لتساهم في نضج واكتمال تحقق الرضا المستنير وانجاز تأنٍ وتروي وعدم تسرع المستهلك، من جانب ، ومن جانب أن ممارسة خيار الرجوع يتوقف على محض إرادة المستهلك وتقديره الذي لا يكون خاضعاً لأي تسبيب أو رقابة، في حين تجربة البيع تتوقف على مدى ملاءمة وصلاحية البيع للمشتري واغراضه ،ونتيجة التجربة لا تتوقف على محض تجربة المتعاقد بل تكون خاضعة لمراقبة القضاء، كما ان البيع بشرط التجربة لا يكون العقد فيه فيه منعقداً، بل يتوقف انعقاده على نتيجة التجربة.

ولما تقدم من اعتراضات على فكرة البيع بالتجربة ، قال جماعة بتشبيه خيار الرجوع التشريعي عن العقد بالرجوع الاتفاقي، على اساس ان كل منهما يخول أحد طرفي العقد نقضه بإرادته المنفردة. وقد انتقد على اساس وجود اختلاف جوهري ما بين الرجوع التشريعي و الرجوع الأتفاقي، ذلك ان الأخير عادة ما يتقرر، مقابل مبلغ من المال يفقده من يرجع في العقد كما في العربون، في حين ان خيار الرجوع التشريعي وكما رأينا في خصائصه حق مجاني، وتؤكد بعض التشريعات على هذه المجانية بنصوص رغبة من المشرع في عدم تجاوزها. وان حاول البعض التخفيف من حدة هذا الاعتراض، بالقول ان انعدام المقابل، مرده الى ارادة ورغبة المشرع الذي استبعده والحقيقة ان ما يعد فارقاً ما بين الخيار التشريعي بالرجوع وبين الخيار الأتفاقي في الرجوع ليس وجود مقابل من عدمه، وانما الفارق في مخالفة القوة الملزمة للعقد، تلك المخالفة التي لا تتحقق مع العدول الأتفاقي ، مع خضوع العدول الاتفاقي الى رقابة وتقدير القضاء التي لا تتوافر مع العدول التشريعي.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

خامساً- عقد غير لازم

ورأى جانب امكانية الاعتماد على العقد غير اللازم كأساس لرجوع المتعاقد عن تعاقده، ذلك ان العقد رغم ابرامه صحيحاً يكون نافذاً لازماً في مواجهة أحد طرفيه فقط، دون الزام الطرف الآخر، اذ يكون العقد لهذا الطرف جائزا غير لازم، اذ يكون له الخيار في قبوله وجعله لازماً أو رفضه فيزول العقد من أساسه. [1]

وعموماً فأن الاساس حظيَ بتأييد جانب الفقه لكنه لم يسلم من النقد ذلك ان العقد غير اللازم كأساس للرجوع لا تحول دون ترتيب العقد لآثاره، إلا ان المتعاقد يملك إنهاء العقد بأرادته المنفردة وسلطة هذا الانهاء مقيدة بعدم الحاق الضرر بالغير، على خلاف خيار العدول التشريعي فأنه مانع من ترتيب العقد لآثاره لغاية انقضاء المدة المحددة لممارسته .

وفيما يتعلق بالقول بالعقد غير اللازم ، يستدعي التساؤل عن الطرف الذي يكون العقد في قباله غير لازم، أم يكون العقد غير لازم في حق كلا الطرفين، بمعنى يكون غير لازم بالنسبة للمحترف وللمستهلك على حد سواء، وهذا امر غير صحيح، ذلك ان العقد يكون لازماً بالنسبة للمحترف منذ ابرامه ولا يستطيع العدول عنه، وهذا ما قد يدفع البعض للقول بأن العقد المقترن بالحق في العدول هو عقد غير لازم لطرف واحد وبعد انقضاء المهلة او فواتها دون ممارسة يتحول العقد لازما لهذا الطرف أيضاً، ومثل هذا التصور غير سليم من الناحية القانونية، ذلك ان اللزوم صفة تكون في العقد ابتداءً وانتهاءً، والقول بهذا القول يجعل للعقد طبيعتين مختلفتين متعارضتين . [1]

سادساً- النص التشريعي كأساس للعدول

كما رأينا ان كل الآراء التي طرحت من الفقه كأساس لحق العدول عن العقد، لم تسلم من النقد، فأنه يمكن القول ان الحاجة لأقرار مثل هذا الاساس، تكون ملحة في حال غياب القاعدة القانونية التي تقرر الحق، ومع وجود القاعدة القانونية أو النص القانوني بذلك فتبدو الحاجة غير ماسة لأقرار أساس له، إذ سيكون النص هو الاساس المعول عليه، ذلك ان النص التشريعي هو من يقرر حق العدول، وأن القوة الملزمة للعقود الصحيحة تثبت ما لم يجردّها من ذلك الاتفاق أو النص، وقد جرّد المشرع عقود الأستهلاك المبرمة عن بعد من القوة الملزمة لمصلحة المستهلك ، خلال مهلة زمنية محددة ، خروجاً عن الأصل العام في قوتها، نزولاً عند اعتبارات جديرة بالأعتبار وذلك عندما وجد المستهلك في موقف ضعيف وتعجز معه الوسائل الحمائية في القواعد العامة من تقديم الحماية اللازمة له، لذلك قرر الخروج على هذه القواعد بنص تشريعي.

الخاتمة:

عدول المتعاقد عن العقد، يعد خروجاً على مبدأ سلطان الارادة وخروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد.ويعتبر الحق في العدول، احد حقوق المستهلك والمتعاقد عن بعد. اذ نصت عليه قوانين حماية المستهلك بأعتباره احدى الاليات الحديثة، التي توفر حماية للمستهلك المتعاقد عن بعد. وهو يمثل اداة تشريعية تمارس دوراً في حماية الاشخاص الذين يتعاقدون في ظروف تنعدم معها فرصة مناقشة شروط التعاقد.

يقصد بالعدول عن العقد حق يمنحه المشرع للمستهلك المتعاقد عن بعد يكون له بموجبه الرجوع عن العقد خلال مدة معينة رغم كون العقد قد انعقد صحيحا نافذا بل ولازما في حق احدهما. وما قرره المشرع الوضعي استثناء من حكم القواعد العامة وهو مقتصر على عقود الاستهلاك بل طائفة منها ، وهي تلك العقود المبرمة عن بعد.

وفيما يتعلق بموقف المشرع العراقي من العدول عن العقد ، انه رغم اصداره قانون المستهلك رقم 1 لسنة 2010 ، الا انه لم يخطُ الخطوات التشريعية التي قطعها المشرع الفرنسي والمصري واللبناني والجزائري، ولعل السبب في ذلك مرده انه لا زال يقف عند حدود القواعد العامة الواردة في القانون المدني وفي طليعتها العقد شريعة للمتعاقدين وان العقد لا ينقض ولا يعدل بأرادة احد عاقديه، وانه يقع على عاتق كل طرف ان يسهر على حماية مصالحه وحقوقه، وليس له ان يدعي انخداعه بوسيلة او اخرى خارج اطار النظريات التقليدية والرخص الممنوحة له، وهذه الثباتية والتريث الواضح في موقف المشرع العراقي في عدم الخروج على القواعد العامة قد يكون مرده ، ان الاخيرة في نفس الوقت تعد من ثوابت الفقه الاسلامي الذي يمارس دوراً توجيهياً وارشادياً لا يسهل

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

في احيان كثيرة الانفلات منه.

وفيما يتعلق بعدم اعتراف المشرع العراقي والاردني بالحق في العدول نجد ان العقود الاستهلاكية والمعقودة عن بعد ايضاً تكون محكومة بالقواعد العامة والخاصة الواردة في القانون المدني، وغني عن التقرير ان بعض هذه القواعد العامة تعطي المستهلك وخاصة في العقود المبرمة بين غائبين نوعاً من الحماية، نجدها بشكل واضح تعطي المشتري حق التمسك بخيارات عدم لزوم العقد كما هو الحال في خيار الشرط وخيار الرؤية، ولعله من المبكر القول ان نطاق هذه الحماية تقصر عن تلك الحماية التي توفرها النصوص الخاصة .

الحق في الرجوع لا يقبل الانقسام، فلا يملك المستهلك التمسك بجزء من العقد والرجوع عن الباقي. فاذا اختار الرجوع , كان رجوعه نهائياً وشاملاً وليس له بعد ذلك التمسك بالعقد. وهو لا يرد الا على عقد لازم، دون العقود غير اللازمة او الجائزة بطبيعتها ، ويرد على عقد صحيح ولا يرد على عقد باطل. و تميل التشريعات التي اقرته الى جعله محصورا في نطاق العقود المبرمة عن بعد .تنحصر مصادر الحق في العدول على النص او الاتفاق كما في البيع بشرط التجربة والبيع بالعربون. الحق في العدول لا يمنع من الانعقاد الفوري للعقد.

حق العدول عن العقد بوصفه حقا قانونيا نظمته قواعد امرة، بمعنى ان قواعده متعلقة بالنظام العام، ولا يجوز التنازل عنه، اذ يقع باطلاً كل اتفاق يمنع او يقيد ممارسة هذا الحق بعد نشأته وثبوته. للمتعاقد المستهلك سلطة تقديرية في امضاء العقد او نقضه بارادته المنفردة، دون ان يكون ملزماً بتبرير قراره وتسبيبه، حتى وان لم يصدر من الطرف الاخر اي خطأ ينسب أليه.

اما مبررات اقرار الحق في العدول فترجع الى:

تطور وتكاثر الأعلانات التجارية مع تزايد حاجة المستهلكين الى البضائع والسلع، حيث شهدت العقود الأخيرة مما ينعكس في نفسية المستهلك فيندفع الى ابرام عقد دون الاطلاع الكافي والوقوف الدقيق على مواصفاته دون ان يأخذ الوقت الكاف للتفكير والتمعن في نتائج تصرفه، فكان لا بد من وسيله لحماية ارادة المتعاقد والحفاظ على رضاه مستنيراً مستبصراً وتحقق التوازن الذي اخذل بالعملية التعاقدية.وانعدام التوازن المعرفي ما بين المهني صاحب الخبرة والمعرفة بأدق تفاصيل المنتج وبكل ما يتعلق بمجال عمله وصنعه والنتائج المترتبة عليه فاقراره يوفر للمستهلك أرادة حرة واعية ومستنيرة. فاطمئنان المستهلك وعدم قلقه من العقد الذي أبرمه، وتحرره من الضغوطات بأن رضاه غير سليم هو ما يحققه له الحق في العدول. كما يقال بأن حق العدول يحقق حماية للمستهلك ازاء المهني وحمايته في قبال نفسه.

تطور وسائل الاتصال الحديثة والأندفاع نحو ،وقد باتت شبكة الانترنيت من وسائل ابرام العقود وتقديم الخدمات بأختلاف الاشكال وتعدد المجالات، مما زاد في إقبال المستهلكين على استخدامها ،مأوجب آليات تحمي المستهلك من مغبة مثل هذه الوسائل. ويأتي الحق بالعدول عن التعاقد عن بعد خلال فترة زمنية محددة بأرادته المنفردة بمقدمتها.

كما رأينا ان كل الآراء التي طرحت من الفقه كأساس لحق العدول عن العقد، لم تسلم من النقد، فأنه يمكن القول ان الحاجة لأقرار مثل هذا الاساس، تكون ملحة في حال غياب القاعدة القانونية التي تقرر الحق، ومع وجود القاعدة القانونية أو النص القانوني بذلك فتبدو الحاجة غير ماسة لأقرار أساس له، إذ سيكون النص هو الاساس المعول عليه، ذلك ان النص التشريعي هو من يقرر حق العدول، وأن القوة الملزمة للعقود الصحيحة تثبت ما لم يجردّها من ذلك الاتفاق أو النص، وقد جرّد المشرع عقود الأستهلاك المبرمة عن بعد من القوة الملزمة لمصلحة المستهلك ، خلال مهلة زمنية محددة ، خروجاً عن الأصل العام في قوتها، نزولاً عند اعتبارات جديرة بالأعتبار وذلك عندما وجد المستهلك في موقف ضعيف وتعجز معه الوسائل الحمائية في القواعد العامة من تقديم الحماية اللازمة له، لذلك قرر الخروج على هذه القواعد بنص تشريعي.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المصادر:

اولا: الكتب القانونية.

1. د.ابراهيم الدسوقي ابوالليل، العقد غير اللازم، جامعة الكويت، ذات السلاسل ، الكويت ، 1994.
2. د.ابراهيم دسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا، مجلة المحامي ، جمعية المحامين الكويتية، الكويت، س2، ع3، 1985.
3. د.أحمد ابراهيم الحيارى، عدول المستهلك عن العقد المبرم بالانترنيت – المجلة الاردنية في القانون والعلوم السياسية مج1 ع2 رجب 1430هأ، تموز2009م.
4. احمد صبري كاظم السعدي، خيار المستهلك في العدول عن العقد الالكتروني ، رسالة ماجستير مقدمة ، جامعة كربلاء، كلية القانون.
5. بن شوك سجية وقتوني أحال، حق المستهلك في العدول عن العقد في التشريع الجزائري . رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة أمحمد بوقره – بومرداس. 2019-2020.
6. د. بوهنتاله أمال، الحق في العدول عن التعاقد كوسيلة لحماية رضا المستهلك، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، ع الخامس ديسمبر 2018، ص138.
7. د. حسن كيره، المدخل الى القانون، القانون بوجه عام، نشأة المعارف في الاسكندرية، بلا تاريخ.
8. د.حسن كيره، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، طبعة مكررة ،مكتبة مكاوي ، بيروت، 1977.
9. د.شفيق شحاتة النظرية العامة للألتزامات في الشريعة الاسلامية، ج1.
10. ضمير حسين ناصر المعموري ، فوات المنفعة المقصودة من العقد ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بابل ، 2000.
11. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، منشورات جامعة بغداد، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1983.
12. د.عبد الستار ، ابو غده، الخيار وأثره في العقود، ط2،ج2/ مطبعة مقهوي- كوين ،985.
13. د.عبد الله العلفي ، احكام الخيارات، دار النهضة العربية، القاهرة 1988.
14. د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني واحكام الإلتزام، .
15. د.عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون منشأة المعارف في الاسكندرية، 1425-2004 – ص772.
16. كريد الحاج صلاح، الحماية العقدية للمستهلك، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة زيان عاشور- الجلفة- 2019-2020.
17. كريم علي سالم الحريري ، حق المستهلك في العدول ، رسالة ماجستر مقدماً جامعة الاسكندرية، 2017.
18. محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية في الفقه الاسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 1998.
19. معتز محمود المعموري، خيار الرؤية ، رسالة ماجستيرمقدمة الى كلية القانون جامعة بابل.
20. د. منصور حاتم محسن اسراء خضير مظلوم، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، كلية القانون، ع الثاني، مج4/كانون الاول 2021.
21. د. منصور مصطفى منصور، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الحق، ج 2، مكتبة عبد الله وهبة ، خال من مكان النشر ، 1961.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

22. د.منى ابو بكر الصديق محمد حسان- الحق في الرجوع في العقد كأحد الآليات القانونية لحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد-دراسة تحليلية في ضوء القانون الفرنسي والتوجيهات الاوربية، مجلة البحوث القانونية الاقتصادية ع(165) ابريل 2018.
23. نصيرة خلوي، ونبيل نويس، حق العدول عن عقد الاستهلاك الالكتروني، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، 2016.
24. د. يوسف الشندي , اثر خيار الرجوع على تحديد لحظة الابرام ، مجلة الشريعة والقانون ، ع 43 السنة 24 العام 2010 ، بحث متاح على الرابط التاليscholarworks.uaeu.ac.ae.//:https

ثانيا :القوانين :

1. قانون حماية المستهلك رقم 1 لسنة 2010 المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 4113 في 8 شباط 2010 , السنة الحادية والخمسون.
2. قانون حماية حق للمؤلف3 لسنه1971المعدل. المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 1957 في 21 كانون الثاني 1971 , السنة التاسعة والثلاثون.
3. قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2004.
4. قانون حماية المستهلك رقم (118) لسنة (2018) المنشور في جريدة الوقائع المصرية العدد (37) تابع لسنة 2018.
5. قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000.
6. قانون حماية المستهلك المغربي رقم 31.08 في 18 فبراير 2011.
7. قانون رقم (15) لسنة 2020 الاماراتي.
8. قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 18/ 09 2018 الجزائري .
9. قانون النقد والقرض من خلال الامر رقم11/03 لعام 2003 في المادة 119 منه.
10. قانون الاستهلاك الفرنسي.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

دور المصارف الاسلامية في تحقق السلم الاجتماعي من خلال التكافل

أ.د. سماح حسين علي الركابي

كلية القانون – جامعة بابل

اولاً: موضوع البحث واهميته

لا يخفى على احد مدى ارتباط التكافل بالسلم الاجتماعي ,فتكافل افراد المجتمع مع بعضهم البعض لتوفير احتياجات الطبقة الاقل مورداً من السبل الناجعة لتحقيق الاستقرار المجتمعي , وهو ما تنبهت اليه التشريعات المقارنة , ومن تلك التشريعات المصرفية وذلك بإصدار تشريعات التكافل المصرفي و تشريعات المسؤولية المجتمعية .

وفي العراق نجد ان البنك المركزي العراقي قد اسس لفكرة التكافل من خلال اصدار ضوابط التكافل الخاصة بالمصارف الاسلامية و المتمعن في نصوص هذه الضوابط يجد ان الهدف الاسمى منها هو تحقيق السلم الاجتماعي في حال افلاس او تعثر احد المصارف الاسلامية و عجزها في دفع المخاطر الائتمانية و منها رد ودائع المودعين و الحيلولة دون زعزعة الوضع الامني و الاقتصادي للعراق في حال تحقق حالة الافلاس او التعثر المصرفي , واذا كان هناك تنظيم تشريعي للتكافل ضمن نطاق العمل المصرفي الاسلامي (و الذي سنورد عليه العديد من الملاحظات), الا ان الصورة الاخرى للتكافل و المتمثلة بالمسؤولية الاجتماعية للمصارف لم تنظم تشريعياً ليومنا هذا على الرغم من وجود اشارة لها في قانون الشركات العراقي رقم 21لسنة 2004 المعدل , وهو امر محل نظر لدينا بخاصةٍ مع التطور التشريعي في هذا المجال مقارنة مع التشريعات العربية و الاجنبية الاخرى, علماً انه توجد بعض التطبيقات العملية لها من قبل بعض المصارف الاسلامية.

ثانياً : منهجية البحث

سنحاول ان نعتمد المنهج التحليلي للتشريعات المصرفية العراقية , مع الاشارة الى بعض التطبيقات العملية للمصارف الاسلامية العراقية.

ثالثاً: اسباب اختيار موضوع البحث

يمكن اجمال اهم تلك الاسباب بالآتي:

1- القاء الضوء على علاقة التكافل بالسلم الاجتماعي.
2- بيان اثر التشريعات المصرفية الداعمة للتكافل في تحقيق السلم الاجتماعي.
3- بيان دور المسؤولية المجتمعية في تحقيق التكافل الذي يعد اهم طرق السلم الاجتماعي.

رابعاً: خطة البحث

سنحاول ان نتناول موضوع البحث على مبحثين ؛ الاول نبين فيه الموقف التشريعي للتكافل في اطار العمل المصرفي ، اما الثاني سنتناول فيه اهم التحديات التي تواجه تحقيق التكافل للوصول الى السلم المجتمعي , ننهي البحث بخاتمة تتضمن اهم النتائج و المقترحات.

الكلمات المفتاحية: المصارف الاسلامية , التكافل , السلم المجتمعي , صندوق التكافل , المسؤولية المجتمعية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

Summary

It is no secret to anyone the extent to which solidarity is linked to social peace. Members of society interdependence with each other to provide the needs of the class with the least resources as an effective means of achieving societal stability. This is what comparative legislation has drawn attention to, including banking legislation, by issuing banking solidarity legislation and social responsibility legislation.

In Iraq, we find that the Central Bank of Iraq established the idea of solidarity by issuing solidarity controls for Islamic banks. A person who carefully examines the texts of these controls will find that their ultimate goal is to achieve social peace in the event of bankruptcy or default of one of the Islamic banks and their inability to pay credit risks, including: Returning depositors' deposits and preventing destabilization of the security and economic situation of Iraq in the event of bankruptcy or bank default, and if there is a legislative regulation of solidarity within the scope of Islamic banking (on which we will make many comments), but the other image of solidarity, which is represented by responsibility Social banking for banks has not been legislatively regulated to this day, although there is a reference to it in the amended Iraqi Companies Law No. 21 of 2004, which is a matter that is subject to our consideration, especially with the legislative development in this field compared to other Arab and foreign legislation, noting that there are some practical applications for it from Before some Islamic banks.

Keywords: Islamic banks, solidarity, societal peace, solidarity fund, social responsibility

المبحث الاول

الموقف التشريعي للتكافل في اطار العمل المصرفي

اشارةً الى موقف المصارف من تحقيق السلم الاجتماعي من خلال اقرار فكرة التكافل , نجد تارةً ان هناك تنظيم تشريعي لها من خلال قيام المصارف الاسلامية بتأسيس صندوق تكافل الا ان نطاقه محدد بفئة محددة , او بدون تنظيم تشريعي يصل الى المرجو و المطموح من خلال الزام الشركات بتحمل المسؤولية الاجتماعية لإقرار التكافل الاجتماعي على الرغم من نطاقه الواسع في تحقيق التكافل و بالتالي تحقيق السلم الاجتماعي و هو ما سنحاول معالجته في المطلبين الآتيين :-

المطلب الاول

النطاق المحدد لنطاق التكافل في إطار العمل المصرفي

عرف نظام التكافل الصالادارة،بنك المركزي العراقي التكافل بـأنه (يتضمن قيام اشخاص بدفع اشتراكات بمبالغ محددة على

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اساس الالتزام بالتبرع لتحقيق هدف التعاون الجماعي في مواجهة اثار اخطار معينة يحتمل ان يتعرض لها مجموعة المشتركين من حملة الوثائق و ذلك من خلال تعويضهم بما يدفع عنهم الاضرار المؤمن منها , وذلك طبقاً للوائح و الوثائق المعتمدة , وتقوم شركة التكافل بإدارة عمليات هذا التنظيم التعاقدي و استثمار الاموال المتجمعة في صندوق حملة الوثائق , على اساس عقد الوكالة باجر من حيث الادارة , وعلى اساس عقد المضاربة من حيث الاستثمار و بذلك تكون حسابات الشركة منفصلة عن حسابات المشتركين .) , من المعروف أن نشاط المصارف الإسلامية يتعرض إلى العديد من المخاطر المصرفية، الأمر الذي يتطلب منها اتخاذ الأساليب والتدابير اللازمة والمتوافقة مع الشريعة الإسلامية، والتي يمكن من خلالها الحفاظ على سلامة واستقرار الجهاز المصرفي الإسلامي. وعليه تسعى هذه الدراسة إلى التعرف على أهم المخاطر التي تواجه المصارف الإسلامية والمتمثلة في المخاطر الائتمانية، و إبراز دور نظام التأمين التكافلي كأسلوب حديث في تقوية و تعزيز إدارة هذه المخاطر للحد من هذه التعثرات التي تأثر على نشاط ومسيرة عمل المصارف الإسلامية، اذ ان أسلوب التأمين التكافلي البديل الشرعي للتأمين التقليدي بتحويل المخاطر الائتمانية من المصرف إلى جهة اخرى تساهم في الحد من هذه المخاطر.

وحقيقة الامر ان التكافل المصرفي لا يقتصر اثره على المصرف الاسلامي ذاته بل يمتد الى المودعين، فالتعثر المصرفي يلقي بضلاله المضرة على المودعين انفسهم , بحيث لن يتمكنوا من استرداد ما ودائعهم .

والسؤال هو ما اهمية التكافل وما علاقته بالسلم الاجتماعي؟ تظهر اهمية التكافل في تجمع و تعاون مجموعة من الاشخاص يتعرضون لخطر واحد من خلال دفع اشتراكات بأوقات محددة لدفع الاثر المترتب على تحقق الخطر المؤمن منه , وهو ما تقوم عليه فكرة التكافل المصرفي اذ انها تقوم على اساس اشتراك مجموعة من المصارف الاسلامية على انشاء صندوق يسمى صندوق التكافل , والذي يلتزم المشتركون بدفع اشتراكات دورية , علما ان هذا الصندوق يدار من قبل شركة يتم انشائها لغرض ادارة الصندوق تسمى شركة التكافل .

اما عن الاجابة عن الشق الثاني من التساؤل اعلاه، فيتطلب بيان المقصود بالسلم الاجتماعي ,

اذ يقصد بالسلم الاجتماعي (وجود علاقة جيدة و قوية بين الشعب و الدولة و الجماعات المجتمعية المختلفة، وعندما يثق الشعب بان قرارات الدولة عادلة و يتم اتخاذها من خلال اسس سليمة و جيدة , حتى ولو لم تنفعهم بشكل مباشر.) , و تظهر اهمية السلم الاجتماعي في تحقيق الامن الاجتماعي و الحد من الفوضى التي قد يتعرض لها المجتمع لأسباب مختلفة منها اسباب مالية بحته .

و بالعودة الى بيان العلاقة بين التكافل المصرفي و السلم الاجتماعي , نجد ان التعثر المصرفي يؤثر و بطريقة مباشرة على السلم الاجتماعي كما حدث في لبنان عندما عجزت المصارف عن ارجاع الودائع للمودعين الامر الذي سبب الفوضى داخل المجتمع اللبناني , ومع وجود وسيلة تسهم في تخطي تلك المصارف لازمتها المالية وعدم توفر السيولة .

المطلب الثاني

النطاق الموسع للتكافل في إطار العمل المصرفي

يتمثل النطاق الموسع للتكافل للعمل المصرفي بالمسؤولية الاجتماعية للمصارف الاسلامية , و على الرغم من اهمية المسؤولية الاجتماعية في تحقيق التكافل الا ان المشرع العراقي لم ينظمها, عكس المشرع الاماراتي الذي عرفها في قرار مجلس الوزراء الاماراتي رقم 2 لسنة 2018 بشأن المسؤولية المجتمعية للشركات و المنشأت بأنها " **المساهمة الاختيارية للشركة او المنشأة في التنمية المجتمعية من خلال تقديم مساهمات (نقدية و أو عينية لتنفيذ المشاريع التنموية منها و الاقتصادية و الاجتماعية و البيئية في الدولة بالإضافة الى ممارسات المسؤولية المجتمعية الواردة في المادة 5من هذار القرار**".

و المؤسسات المالية المصرفية التي تعد المصارف الاسلامية احد مرتكزيها لا يقتصر دورها في تعزيز الجانب الاقتصادي للبلد بل يمتد ليشمل الجانب الاجتماعي ايضاً , من خلال شعورها بالمسؤولية الاجتماعية المحققة لفكرة التكافل الاجتماعي , و لو اخذنا نموذجاً لهذه المصارف الاسلامية المتمثل بالمصرف الوطني الاسلامي و ذلك من خلال تحقيق الاتي :

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

1- **انشاء صندوق لدعم الموظفين** : من خلال انشاء صندوق التكافل الاجتماعي لدعم الموظفين العاملين في المصرف , من خلال ايجاد حالة من التكافل بين الموظفين , على سبيل المثال تتم من خلال تقديم الدعم المالي لهم في حال حاجتهم لإجراء العمليات الجراحية , فيقوم الصندوق بتغطية التكلفة المالية لإجرائها .
2- **المساهمة في تمويل تجربة محو الامية** : من خلال منح مبالغ محددة لتغطية نفقات هذه التجربة و تمويلها.
3- **منح قروض للمشروعات الصغيرة و المتوسطة** : و بالتالي المساهمة في الحد من البطالة و تحقيق السلم المجتمعي.
4- **منح القروض الحسنة** : اذ قام المصرف بدفع قروض حسنة لمجموعة من الفقراء و المحتاجين .
5- **المساهمة في تدريب طلاب الجامعات**: و ذلك بإدخالهم ببرامج توعوية و تدريبية لرفع خبرتهم العملية .

و يبدو جليا الدور الفاعل للمسؤولية الاجتماعية مما سبق ذكره في تحقيق السلم المجتمعي من خلال تحقيق فكرة التكافل داخل المجتمع الذي يعد من ابرز وسائل السلم المجتمعي.

المبحث الثاني

التحديات التي تواجه التكافل في العمل المصرفي

المطلب الاول

التحديات التي تواجه التأمين الاسلامي التكافلي

على الرغم من ان التأمين الاسلامي التكافلي من المفترض ان يكون له الدور الفاعل في الحد من المخاطر التي يمكن ان تتعرض لها المصارف الا ان هناك تحديات معينة يمكن اجمالها بالاتي:

1- الية تمويل العجز :- نصت المادة (15) من نظام على انه "يلتزم حملة الاسهم بتمويل أي عجز يحدث في حساب المشتركين عبر منح قرض حسن على ان يسدد من الفائض الذي يتحقق خلال الفترات اللاحقة سواء دفعة واحدة او بدفعات وفقاً لما تقرره الهيئة العامة شريطة ان لا يتجاوز القرض الحسن نسبة (50%)من صافي حساب حملة الاسهم , و ذلك بعد موافقة ديوان التأمين , و في حالة عدم قيام الشركة بتمويل العجز يتم اعداد خطة مالية مقترحة لسد العجز و يتم تقديمها الى ديوان التأمين لاستحصال الموافقة على اعتمادها", و المتمعن في الية فض العجز الذي يتعرض له الصندوق يجد ان تلك الالية قد تعجز بحد ذاتها في معالجة ذلك العجز , اذ ان القرض الحسن لا يتجاوز النصف من صافي حساب حملة الاسهم , الامر الذي يدعونا الى التساؤل عن النصف الثاني من العجز من الجهة التي من الممكن ان تموله , وبالتالي فان ذلك سوف ينعكس سلباً على المشتركين في حال تعرضهم للخطر , الامر الذي لن يحقق فكرة التكافل.

ومن ناحية اخرى الحل المقترح في حال عجز الشركة عن تمويل العجز اصلاً نصت المادة على وضع خطة لسده , **و السؤال هو , من هي الجهة التي يجب وضع تلك الخطة , وما الحكم ان لم تكن تلك الخطة ناجعة ؟** و بتصورنا هو امر لابد من معالجته .

2- انهاء عقد التأمين التكافلي المصرفي :- نصت المادة /5 من النظام على انه (تكون اقساط الاشتراكات ملزمة للمشترك على اساس الالتزام بالتبرع , و يحق للشركة انهاء الوثيقة او اجبار المشترك على الدفع قضائياً , وفي حالة وجود عجز في صندوق حملة الوثائق تلتزم الشركة بتقديم قرض حسن لتغطية العجز , واذا لم يكف , فيحق للشركة زيادة قيمة الاشتراكات او نسبة التحمل على المشترك في التعويض.), من المفروض ان اشتراكات المصارف الاسلامية سوف تؤثر سلبا على مصادر صندوق التكافل , وان السماح بإلغاء اشتراك المصرف الاسلامي في حال تلكؤه في دفع الاشتراكات او اجباره على دفع الاشتراك قضائياً , والاحرى ان يتم اجباره قضائيا فقط بوصفه مصدراً من مصادر تمويل الصندوق .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الثاني

التحديات التي تواجه تحقيق المسؤولية الاجتماعية للمصارف الاسلامية

يبدو جلياً ان من ابرز التحديات التي واجهت تحقيق المسؤولية الاجتماعية للمصارف الاسلامية تتمثل بوجود فراغ تشريعي ينظمها في العراق , فقانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل بالرغم من اشارته البسيطة لها في نص المادة / 74 منه التي نصت على انه **" اولاً : يستخدم الاحتياطي لأغراض توسيع و تطوير اعمال الشركة , ومن اجل تحسين اوضاع العاملين فيها , ومن اجل الاشتراك في مشاريع لها علاقة بنشاط الشركة , ومن اجل المساهمة في حماية البيئة و برامج الرعاية الاجتماعية ..."**الا انه لم ينظمها بتشريع مستقل على غرار اغلب الدول كالمشرع الاماراتي بقرار **مجلس الوزراء رقم 2 لسنة 2018 بشأن المسؤولية الاجتماعية للشركات و المنشات,** الذي قرر تنظيمها بتشريع مستقل من خلاله قامت بإنشاء صندوق مستقل للمسؤولية الاجتماعية , فضلاً عن انشاء منصة قائمة بحد ذاتها لتسجيل الشركات المشاركة في تحقيق المسؤولية الاجتماعية و دورها التنموي في التكافل الاجتماعي و بالتالي المساهمة بطريقة مباشرة في الاعلان و التسويق لتلك الشركات .

ويبدو ان **البنك المركزي العراقي** قد ساهم بطريقة و اخرى في تحقيق المسؤولية الاجتماعية , من خلال اعداد برامج لتدريب الخريجين , ودعم الدراما , وحمية البيئة ...الخ , اما فيما يتعلق بالمصارف الاسلامية , نجد ان هناك بعض المصارف ساهمت في تحقيق اهداف المسؤولية الاجتماعية .

الا ان من ابرز التحديات التي تواجه تحقيق التكافل من خلال المسؤولية الاجتماعية هو غياب التنظيم التشريعي , فلا وجود لمنصات للمسؤولية الاجتماعية و لاوجود لصندوق يدعم المسؤولية الاجتماعية للمصارف بصورة عامة او المصارف الاسلامية بصورة خاصة , وهو امر محل نظر لدينا على المشرع العراقي اخذه بنظر الاعتبار لأهميته من خلال اصدار تشريعات خاصة بالمسؤولية الاجتماعية للشركات بصورة عامة و المصارف الاسلامية و غير الاسلامية بصورة خاصة .

الخاتمة

يمكن اجمال اهم النتائج و المقترحات كخاتمة لبحثنا بالاتي:

اولاً : الاستنتاجات/ و التي تتمثل بالاتي _

- من سبل تحقيق السلم الاجتماعي هو تحقيق فكرة التكافل الاجتماعي .
- من وسائل تحقيق التكافل الاجتماعي في مجال العمل المصرفي التكافل المصرفي و المسؤولية المجتمعية للمصارف الاسلامية .
- يتحدد نطاق التكافل الاجتماعي للسلم المجتمعي بنطاق محدد بالمتعاملين مع المصرف كالمودعين في التشريعات المنظمة للتكافل الاسلامي للمصارف الاسلامية و بالتالي يستهدف شريحة معينة .
- يتوسع نطاق التكافل الاجتماعي للسلم المجتمعي بنطاق واسع يستهدف شرائح متعددة من المجتمع في نطاق التشريعات المنظمة للمسؤولية المجتمعية للمصارف الاسلامية .
- هناك العديد من التحديات التي تواجه تحقيق السلم الاجتماعي من خلال التشريعات المنظمة للتكافل في المصارف الاسلامية , وخلو المنظومة التشريعية من وجود تشريع ينظم المسؤولية المجتمعية للشركات بصورة عامة و من ضمنها المصارف .

ثانياً : المقترحات / و التي تتمثل بالاتي-

بسبب العلاقة الوطيدة بين السلم الاجتماعي و التكافل في مجال العمل المصرفي نقترح الاتي:

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

- ندعو المشرع العراقي الى سن تشريع يشمل كل الشركات المصرفية و غير المصرفية لتحقيق التكافل من خلال التأمين التكافلي لأنشطة الشركات و تأسيس صندوق متخصص للتكافل في حال تعثر الشركات عن دفع التزاماتها المالية بسبب التعثر و بالتالي المحافظة على السلم الاجتماعي.
- ندعو المشرع العراقي الى الزام جميع الشركات في المشاركة في صندوق التكافل دون استثناء و اجبارها على دفع مستحقاتها المالية قضائيا.
- ندعو المشرع العراقي و على غرار المشرع الاماراتي تنظيم تشريع للمسؤولية المجتمعية للشركات بصورة عامة لتحقيق التكافل و بالتالي تحقيق السلم المجتمعي .

المصادر:

1- قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.
2- ضوابط التكافل الصادرة عن البنك المركزي العراقي لسنة 2019.
4- متاح على الموقع الالكتروني الاتي :
5- https://cbi.iq/static/uploads/up/file-156135645249399.pdf
3- قرار مجلس الوزراء الاماراتي رقم 2 لسنة 2018 بشأن المسؤولية المجتمعية للشركات و المنشآت.
6- متاح على الموقع الالكتروني الاتي :
7- https://qistas.com/legislations/uae/view/MTE4NDYzMTg=

المواقع الالكترونية:

1- الموقع الرسمي للبنك المركزي العراقي.
https://cbi.iq/
2- الموقع الرسمي للمصرف الوطني الاسلامي.
https://www.nib.iq/

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التنظيم القانوني للاختصاص القضاء الدولي بالعلاقات الخاصة الدولية

م.د. هند فائز احمد الحسون

م.د بان سيف الدين

الخلاصة

المشرع الداخلي له الحرية بتحديد حدود ولايه القضاء الوطني للنظر في المنازعات الخاصه الدوليه من خلال تحديد ضوابط نتيجتها يتحدد اساس الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية. وهذا التنظيم في الاختصاص مساله متعلقه بالنظام العام نتيجه لتحديد السياده وبالتالي تكون الحريه للدوله في تنظيم ذلك الاختصاص سواء على المستوى الداخلي او الدولي دون قبول او تدخل خارجي من هيئه او دوله اجنبيه ولها ان توسع هذا الاختصاص او تضيقه او تغيره تبعا لما يتماشى مع مصالحها الوطنيه. وبالنسبه لحريتها لا تحدد بقيود سوى تلك التي ترضيها لنفسها وبارادتها واختيارها في المعاهدات والاتفاقيات الدوليه التي تصادق عليها وتلتزم بها وتمنح الحصانة القضائيه للدوله الأجنبية ورؤساء الدولة الأجنبية، بالإضافة الى البعثات الدبلوماسيه واخراجها من نطاق اختصاص قضاءها وقوانينها.

Abstract

Legal regulation of international judicial jurisdiction over international private relations. The domestic legislator has the freedom to determine the limits of the jurisdiction of the national judiciary to consider private international disputes by setting the controls for their outcome. The basis of the international jurisdiction of national courts is determined. This organization of jurisdiction is an issue related to public order as a result of determining sovereignty. Therefore, the state is free to regulate that jurisdiction, whether at the internal or international level, without acceptance or external interference from a foreign body or state. It has the right to expand, narrow, or change this jurisdiction according to what is consistent with its national interests. As for her freedom, she is not limited to restrictions other than those that she pleases for herself, of her own will and choice, in the international treaties and agreements that she ratifies and abides by. Judicial immunity is granted to the foreign state and the heads of the foreign state. In addition to diplomatic missions and removing them from the jurisdiction of its judiciary and laws.

المقدمة

أولا: موضوع البحث

يعد الاختصاص القضائي من المسائل التي يفصل فيها القاضي الوطني بمناسبه النظر في المنازعات الخاصه الدوليه ويقصد بها الحدود التي تباشر فيها الدوله سلطاتها القضائيه في مقابل سلطات قضائيه لدول اخرى عن طريقه يتم تعيين حدود ولايه محاكم الدوله في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي اتجاه غيرها من الدول وتتكفل كل دوله بتحديد اختصاصها بنظر تلك المنازعات احتراما لسلطاتها وسيادتها ومنها ياخذ القواعد المنظمه لذلك الاختصاص المتعلق بالطابع الوطني.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثانيا: اهميه الموضوع

تبرز اهميه الموضوع في تنامي المنازعات الدوليه الخاصه وما يترتب عليها من تداخل في المسائل القانونيه وهذا راجع لعده اسباب من أبرزها تجاوز علاقات الافراد الحدود الوطنيه والتي لم تعد قاصره على حدود دوله معينه الامر الذي يترتب عليه نشوء نوع من العلاقات ذات البعد الدولي

ثالثا: اسباب اختيار الموضوع

تجاوزت علاقات الافراد الحدود الوطنيه بالاضافه الى تلقي الامتدادات في الضوابط التي تناقش القواعد المحدده للاختصاص مع وجود تلك القيود القانونيه الموجوده والاثر الذي يتسلط على تلك القيود

رابعاً: اشكالية البحث

في تحديد القيود التي ترد على الاختصاص القضائي والاثر المترتب عليها يلزم بيان ذلك التنظيم القانوني بالاضافه الى القيود الوارده على ذلك الاختصاص

خامسا خطه البحث

قسمنا البحث الى مبحثين الاول لبيان مفهوم الاختصاص القضائي والثاني لبيان الاثر واسباب وجود القيود الوارده على الاختصاص القضائي مسبوقه بمقدمه ومنتهيه بخاتمه تشتمل نتائج وتوصيات

المبحث الاول

مفهوم الاختصاص القضائي الدولي

ان الغايه من تحديد الاقتصاص القضائي الدولي هو تحديد ولايه القضاء الوطني فيما يتعلق بالمنازعات المشتمله على عنصر اجنبي مما يتضمن معه معرفه قضاء اي دوله هو مختص بالفصل في ذلك النزاع ويعتبر الاقتصاص القضائي الدولي مساله اوليه اسبق على تطبيق قواعد تنازع القوانين اضافه الى ذلك فان للدوله تملك الحريه في تحديد اختصاص محاكمها في المنازعات الدوليه الخاصه وفقا لضوابط التي تختارها وهذا اعمالا عن حريه سياده الدوله ان هذه الحريه مقيده في مواجهه الاشخاص الذين خول لهم العرف الدولي حق الحصانه لذلك ستناول في هذا المبحث تعريف الاختصاص القضائي الدولي والمميزات التي يتميز بها هذا الاختصاص

المطلب الاول

تعريف الاقتصاد القضائي الدولي

عند النظر لمفهوم الاختصاص القضائي الدولي نجد انها مختلفه حيث تختلف باختلاف الرؤى المعنيه في الفقه فعرفه البعض على انه بيان القواعد التي تحدد ولايه محاكم الدوله في المنازعات التي تتضمن عنصرا اجنبيا ازاء غيرها من محاكم الدول وذلك بالمقابل لقواعد الاختصاص الداخلي التي تحدد اختصاص كل محكمه من محاكم الدوله ازاء غيرها من محاكم الدولة نفسها[73].

وعرفه البعض بانه بيان الحدود التي تباشر فيها الدولة سلطاتها القضائية[74]، بالمقابلة للحدود التي تباشر فيها الدول الاخرى سلطاتها القضائيه وعرفه اخرون بانه توزيع العمل بين المحاكم والهيئات القضائيه المختلفه عن طريق بيان نصيبها في المنازعات

[73]) د. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، القسم الثاني، 1996، دار النهضة العربية، القاهرة، ص23.

[74]) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ط2، 1977، دار النهضة العربية، القاهرة، ص602.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

والمسائل التي يجوز الفصل فيها ومنح الحماية القضائية بشأنها [75].

اما الاختصاص القضاء الدولي بالمنازعات الخاصه الدوليه يعرف بانه مجموعه القواعد التي تحدد ولايه محاكم الدوله بنظر المنازعات التي تتضمن عنصر اجنبي بالمقابله للحدود التي تباشر فيها محاكم الدول الاخرى سلطاتها القضائيه يعني ان قواعد الاختصاص القضائي الدولي في اي دوله تعني الحالات التي تختص فيها محاكمها بنظر المنازعات المتضمنه عنصر اجنبي دون ان تتعدى ذلك في بيان حالات اختصاص محاكم دول اخرى في الحالات التي لا تقتصر بها المحاكم الداخليه او الوطنيه وبناء على ما تقدم من تعريف بالاقتصاص القضائي الدولي في حال رفع دعوه متعلقه بمنازعه خاصه دوليه امام احدى محاكم دوله ما يلتزم القاضي الوطني في هذه الحاله ان يبحث اولا عن مدى اختصاص محاكم دولته الوطنيه بنظر المنازع المطروحه فاذا تبين ان اختصاصها تعين عليه الانتقال الى احكام الاقتصاص القضاء الداخلي اللي يرى هل تدخل المنازعه ضمن اختصاص المحاكم الوطنيه القيمي او النوعي او المحلي وبالنظر الى الفقه الفرنسي نجد ان الاختصاص القضائي يعني على صلاحيه القضاء في نظر المنازعه امام قضاء الدوله طبقا للقواعد المعمول بها في تنظيم القضاء الداخلي وهذا يعتبر مساله اوليه يلتزم النظر فيها من قبل القاضي الفرنسي لبحث مدى اختصاص الولائي من عدمه اما القانون الدولي الخاص فقد عالج مساله الاختصاص القضائي من الناحيه الفقهيه على اعتبار صلاحيه القاضي او المحكم في النظر

بالنزاع [76].

المطلب الثاني

مميزات الاختصاص القضائي الدولي

لقد تميزت قواعد الاختصاص القضاء الدولي بسمات عده تميزها يمكن ايجازها على النحو التالي:

اولا : قواعد الاختصاص القضاء الدولي قواعد داخليه وطنيه حيث تتكفل كل دوله بوضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها وتحديد النطاق المكاني والزماني لتطبيقها وذلك لتحقيق اهدافها الاقتصاديه والاجتماعيه التي تتبناها سياستها التشريعيه في ظل العجز الدولي عن وضع تنظيم موحد للاختصاص القضاء الدولي تلتزم به سائر الانظمه القانونية للدول المختلفة [77]، ويتولى مهمه توزيع المنازعات بين الانظمه القضائيه للدول المختلفه والجدير بالذكر ان قواعد الاختصاص القضاء الدولي تشترك في تلك الخصوصيه مع سائر قواعد القانون الدولي الخاص كقواعد الجنسيه وقواعد مركز الاجانب وقواعد تنازع القوانين فقواعد الاختصاص القضائي الدولي هي من صنع المشرع الوطني في كل دوله ينفرد بوضعها وتحديد نطاق ولايه محاكم دولته الوطنيه هل هذه منازعات وطنيه بحته ام كانت متضمنه عنصر اجنبي وهو ما يدعو للقول باختصاص المحاكم الوطنيه بالنظر في كل المنازعات التي يمكن ان تثور على اقليم هذه الدوله دون النظر عن كونها منازعات وطنيه ام دوليه مشوبة بعنصر اجنبي[78]، ومن ثم فانه اذا ثبت الاختصاص لقضاء دوله معينه بنظر منازعه خاصه دوليه فان قواعد الاختصاص القضاء الداخلي التي وضعها المشرع تتولى تحديد اي من محاكم هذه الدوله تختص بنظرها ويترتب على ذلك باستئثار كل دوله في التشريع ووضع القواعد التي ترسم حدود ولايه قضاؤها سواء

---

[75]) د. علي عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، ك 1، ط1، بدون سنة نشر، مكتبة الجلاء الجديدة، ص248.

[76]) د. صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي في المنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للاحكام والاوامر الأجنبية في سلطنة عمان، 2008، دار الجامعة الجديدة، ص24.

[77]) د. حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، 2012، دار النهضة العربية، القاهرة، ص30.

[78]) د. هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، 2001، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص6.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

بالنسبه للعلاقات الوطنيه او الدوليه مجموعه من النتائج اهمها تباين ضوابط الاختصاص القضائي الدولي من دوله الى اخرى مع امكانيه نقل الضوابط بالاختصاص الاصلي الدولي لتكون ضوابط للاختصاص القضائي الدولي ولكن هناك من يرى انه اذا كانت الوطنيه هي سمه مصادر قواعد القانون الدولي الخاص سواء ما يتعلق منها بتنازع القوانين او بالاختصاص القضائي الدولي الا ان هذا المبدا ليس مطلق وان هناك من قواعد القانون الدولي الخاص ما قد يتعلق بها بتنازع القوانين او بالاختصاص القضاء الدولي الا ان هناك من قواعد القانون الدولي الخاص ما قد يتم لكل دوله على الاخذ بها اما استجابه الالتزام دولي بموجب قواعد القانون الدولي العام او نزولا على مشروعات التعايش المشترك بين الدول وهي ما تمثل اهم القيود التي ترد على حريه الدوله في تحديد اختصاص القضائي الدولي لمحاكمها [79].

وبناء على ما تقدم لا يعني الصلاحيه المطلقه للدوله في ان تفرض ما تشاء من قواعد للاختصاص القضائي الدولي دون ان تلزم بقيود معينه فقد جمع الفقه على ان الدوله حين تضع قواعد الاختصاص القضائي الدولي الخاصه بها تبقى ملتزمه ببعض القيود اولها ضمان حق الاجانب في التقاضي على اراضيها اعمالا لمبدأ الثابت في معامله الاجانب والمعروف بالحد الادنى للمعامله الاجانب الذي يتضمن جمله من الحقوق تضمنتها الكثير من الاتفاقيات والعهود الدوليه ومنها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

ثانيهما ان الدوله ملزمه بمراعاه ضوابط الحصانه القضائيه التي تدفلها الاعراف والاتفاقيات الدولية ثانياً : قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد ملزمه القاضي يلزم بها من تلقاء نفسه باعتبارها قاعده من قواعد القانون الداخلي فالمشرع الوطني يضع تلك القواعد ويكفل في الوقت ذاته احترامها ويترتب على خطا القاضي في تطبيقها الغاء حكمه من جانب المحكمه العليا اضافه الى انها تمثل مظهر من مظاهر سياده الدوله وذلك لان وجود رابطه جديه بين النزاع ومحكمه الدوله معينه يكفي لتقرير اختصاص تلك المحكمه للفصل في هذا النزاع وان اختصاص محكمه اخرى غيرها تعتبر بمثابه اعتداء على سياده تلك الدولة.

وان اعتبار قواعد الاختصاص القضائي قواعد امره لا يحول دون خلق مرونه في هذه القواعد تسمح للمحكمه بتجاهل اختصاصها متى يتبين ان محكمه دوله اخرى هي الاقدر والاصلح للنظر في النزاع من قواعد الامره فتعني سحب البساط من تحت الاطراف وليس المحكمة المختصة [80]

ثالثاً: قواعد تعتبر مفرده الجانب اي انها ذات شق واحد تقتصر وظيفتها فقط على بيان حالات اختصاص المحاكم الوطنيه بالمنازعات ذات الطابع الدولي دون ان تتضمن ذلك ببيان حدود اختصاص المحاكم الاجنبيه وهي تختلف بهذه الحقيقه عن قواعد تنازع القوانين فقواعد تنازع القوانين قواعد مزدوجه الجانب لا تقتصر على تحديد حالات تطبيق القانون الوطني فحسب بل تتولى ايضا بيان القانون الواجب التطبيقي على المنازعه ذات الطابع الدولي دونما اعتبار لكون هذا القانون هو القانون الوطني ام قانون اجنبي [81].

رابعاً: قواعد الاختصاص القضاء الدولي قواعد ماديه او موضوعيه فقواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد ذات مضمون محدد فعندما تشوب النزاع المتضمن عنصر اجنبي فان قاعده الاختصاص تتدخل لتبين وتوضح مدى اختصاص القضاء الوطني بنظر هذا النزاع من عدمهم وهذه الخاصيه تميز قواعد الاختصاص القضائي الدولي عن قواعد تنازع القوانين بانها قواعد غير مباشره وغير محدده المضمون فالاخيره تقتصر وظيفتها على تحديد القانون الواجب التطبيقي دون ان ترشد الى الحكم الموضوعي الذي يوقعه

---

[79]) د. هاشم صادق، القانون الدولي الخاص ، 2005، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ، ص7.

[80]) د. هشام خالد ، قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص69.

[81]) د. حسام الدين فتحي ناصف ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ، 2012 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص33.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

هذا القانون على النزاع القائم

خامساً: قواعد الاختصاص القضائي قواعد اجرائيه ذات طابع سياسي

قواعد الاختصاص القضائي لمحاكم الوطنيه وتنفيذ الاحكام الاجنبيه ليست لها طبيعه موضوعيه بل هي قواعد اجرائيه تشكل جزء من القانون الاجرائي او القانون العام للاجراءات التي تنظم الوسائل والاشكال التي بواسطتها تحقق الحاجة الفعالة للحقوق والمراكز القانونية الخاصة [82].

المبحث الثاني

الاسباب الموجبة للعمل بالاختصاص القضائي الدولي والاثر المترتب عليه

بما انه المحكمه تبدا بتكييف العلاقه القانونيه لموضوع النزاع وبالنتيجه تتبع قواعد التكييف الوارده في قانونها وبعد انتهاء العمليه الاخيره يلتزم بتحديد القانون الواجب التطبيقي ويتم اعمال قواعد الاسناد ويؤدي ذلك الى تحديد المحكمه التي تطبق التكييف واسناد القانون حيث ان التكييف لا يطبق اذا لم يكن هناك محكمه ذات اختصاص وعليه سنبين الاسباب الموجبه للعمل بالاختصاص القضائي الدولي والاثر المترتب عليه وذلك في مطلبين نسلط الضوء في بالمطلب الاول على الاسباب الموجبه والثاني على الاثر المترتب على ذلك الاختصاص [83].

المطلب الاول

الاسباب الموجبة للاختصاص القضائي الدولي

حتى يكون الاختصاص القضائي المنعقد لمحاكم الدوله مصوره صحيحه لابد من وجود الصله ما بين الدعوه والمحكمه الناظره فيها وهذه الصله يقتضي ان تكون جديه حقيقيه يعبر عنها البعض بالمصلحه المشروعه وتظهر هذه الصله من خلال جمله ظروف وضوابط يصطلح عليها بالمعايير من خلالها يتحدد اختصاص المحكمه وهذا الاختصاص يكون اما أصليا او طارئا كما لاحظنا وهذه الاسباب تقسم الى نوعين وجود معايير شخصيه واخرى اقليميه [84].

اولا: المعايير الشخصية

وهذه التي ترتبط بالاشخاص وتمتاز بالمرونه لقابليتها على الحركه اثر حركه الاشخاص ومن ثم يمتد بها الاختصاص القضاء الدولي لمحاكم وهذا يعني ان هذه المعايير تقوم على محددات زمنيه معنويه لامكانيه ماديه او كما انها معايير مستمره لا وقتيه وتظهر هذه المعايير على شكل رابطه قانونيه سياسيه تربط الدعوه بمحكمه الدوله ما من خلال جنسيه المدعي او المدعي عليه ، كما يمكن ان تكون على شكل رابطه اراديه تظهر من خلال معيار اراده الاطراف عندما تتحرك باتجاه اختيار الخضوع صراحه او ضمنا لولايه محاكم دوله ما عن طريق الرابطه الاولى فينعقد الاختصاص القضاء الدولي الاصلي للمحكمة [85] ، عن طريق الرابطة الثانية فينعقد الاختصاص القضائي الدولي الطارئ للمحكمه في اطار الرابطه الاولى فيننهض الاختصاص المحكمه على مبررات تتمثل بمبدا سياده الدوله الشخصيه على مواطنيها في الداخل والخارج وهو ما يمنح المحكمه مساهمه اوسع في ممارسه اختصاصها بمثابه دعاوى ترفع على مواطنيها او منهم في الداخل والخارج كما ان هذا المعيار يعطي مرونه في اقامه الدعوه للفرد فيكون للفرد الخيار بين اقامه

---

[82]) د. حسام الدين فتحي ناصف ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ، مصدر سابق ، ص 35-36.

[83]) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، بيروت، 1969، ص424.

[84]) محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، مصر ، الإسكندرية ، 1955، ص481.

[85]) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي ، الكويت ، 1974 ، ص215.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الدعوه امام محكمه الدوله جنسيه وبين اقامتها امام محكمه اجنبيه اخرى على اساس معيار الجنسية التي يحملها الأجنبي [86].

وهذا يعني ان الاختصاص يمكن ان يكون مشترك بمثابه الدعاوى التي يعتمد فيها ومعيار الجنسيه لتحديد الاختصاص المعيار الاخير يمنح الوطني فرصه مقاضات الاجنبي امام محاكمه الوطني او امام المحاكم الاجنبيه التي يحمل الاجنبي جنسيه دولتها كما يمنع هذا المعيار الفرصه بالمقابل للاجنبي فليس هناك اذا اختصاص استئثاري لمحاكم دوله حيث الخصوم يمنع محاكم اخرى من مزاوله اختصاصها واذا كان معيار الجنسيه الذي ينعقد به الاختصاص يمنح الفرصه للوطني والاجنبي باقامه الدعاوى امام محاكمه الوطنيه او الاجنبيه فكذلك يكون لهم ان يختاروا الخضوع اختياريا لولايه قضاء دوله اخرى غير دوله جنسيتهم عن معيار الإرادة [87].

ويتحدد انعقاد الاختصاص القضاء الدولي بحسب معيار الجنسيه في دعوى بمثابة مسائل معينه تتحدد بمسائل الاموال ومسائل الحقوق الشخصيه اي لا يصح ان ينعقد بمعايير اخرى تتعلق بالمسائل الشخصيه وليس بالمسائل العينيه وهناك راي يقول ان ذلك المعيار الخاص بانه معقد لا يستطيع تحديد الاختصاص القضائي الدولي به ما لم يتعذر بمعيار اخر لانه معيار يقوم على امتيازات سياسية لا تتلائم مع طبقه الاختصاص القضائي الدولي وهو يحقق صله جديه قويه معينه بين الدعوة والمحكمة [88].

ثانياً: المعيار الاقليمي

وهو معيار يتصل بالإقليم بصله فيكون ذا صله مكانيه ماديه تتسم بالجمود ولا تتحرك عبر الحدود وما دامت تحقق اساس في ذلك الدوله فلا تتصل الاختصاص على الاقل يكون بحسب هذا الراي حاله كحال المنقول عندما ينتقل من محكمه الى محكمه اخرى وتكون على اعتبارات منها سياده الدوله اضافه الى انها تحقق صله جديه ما بين الشخص والاقليم وبالتالي يحقق وجود فعلي ما بين الالتزام والمحكمه فيقال يكون تنفيذ الحكم اسهل وكذلك التزام يكون اقرب لتلك المحكمه وفي ضوء ما تقدم من ان الاختصاص القضائي للمحاكم العراقيه تعتبر بمثابه حادث سواء كان الاجنبي ام عراقي داخل العراق لا يؤثر معيار الجنسيه بالنسبه له لان ذلك الضرر يعتبر بحسب وجود الفاعل فيكون ثقل الاختصاص خارج العراق لان الجنسيه لا تتصل بمعيار ضمن الذي يترتب عليها اثار المسؤوليه الجزائيه ووجود السبب داخل العراق فبالتالي سوف ينعقد الاختصاص لصالح المحاكم العراقيه وكذلك في حال وجود نزاع على عقار كل تلك الاسباب المذكوره يكون الاتصال للاختصاص القضائي للمحاكم العراقية [89].

المطلب الثاني

الاثر المترتب على الاختصاص القضائي الدولي

ان تحديد الاختصاص القضائي له اثر كبير في قبول تنفيذ الاحكام الاجنبيه الصادره من المحاكم الوطنيه وتكون قابله للتنفيذ في اقليم الدوله التي صدرت هذه الاحكام من محاكمها من حيث ان الاحكام التي تصدر في محاكم اجنبيه لا يمكن تنفيذها الا اذا مرت بالمراحل اللازمه لتنفيذ الاحكام الاجنبيه وبما ان الاختصاص القضائي له اثره في تعيين القانون الواجب التطبيقي فان للاختصاص التشريعي اثر في تحديد الاختصاص القضائي (المحكمه المختصه) فقد يؤدي الاختصاص القانوني للاختصاص القانون الاجنبي بحكم النزاع المتعلق بالعلاقه القانونية ذات العنصر الأجنبي[90] ، الى ان تكلف المحكمة المدعي برفع دعواه الى المحكمه الاجنبيه وقد

---

86) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، مصدر سابق ، ص426.

87) د. صالح جاد المنزلاوي ، مصدر سابق ، ص42.

88) د. هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، مصدر سابق ، ص8.

89) د. عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ، بيروت ، دار السنهوري ، 2015 ، ص246.

90) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص428.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اخذت بهذا الحكم قوانين بعض الدول وعلى ذلك يكون الاختصاص القضائي ذات تاثير كبير في عقد الاختصاص للقانون المحكمه المرفوع امامها النزاع وذلك في الحالات التي يستخدمها تطبيق القانون الاجنبي لمخالفه النظام العام لان مخالفه القانون الاجنبي للنظام العام المقرر في قانون المحكمه المرفوع امامها النزاع يؤدي الى استبعادها لذلك القانون وتطبيق قانونها الأجنبي[91].

يعتبر الاختصاص القضاء الدولي امرا هاما في تسويه النزاعات بين الاطراف من دول مختلفه ويمكن ان يكون له تاثير قانوني كبير على كيفيه معالجه القضايا التي تمثل اطراف دوليه حيث يمكن ان يؤدي الى تطبيق قوانين دوليه واتخاذ القرارات التي تؤثر على الاطراف المعنيه بالاضافه الى ذلك يمكن ان يكون هناك اختصاص معقد يتطلب فهما للقوانين والاتفاقيات ما بين الدول وبالتالي يؤثر على تنفيذ القرارات القضائيه وتحقيق العداله الدوليه

الخاتمة

بعد دراسة الاختصاص القضائي الدولي والاثر المترتب عليه نتلخص باحد النتائج والتوصيات

1. تعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي مظهر من مظاهر سيادة الدولة تتميز عن كونها قواعد وطنيه
2. رغم ان المشرع الوطني لديه ما يكفي من حريه في تحديد الاقتصاص بالنسبه للمحاكم الا انه وفقا لما تقتضيه مصالح الدول تعتمد مبدا التعايش المشترك وانتماء الدوله الى الجماعه الدوليه وما يعرف بها بالعرف الدولي
3. الحاجة الى تحديد الاختصاص القضائي بشكل دقيق وموضوعي
4. ضرورة احترام السيادة الوطنية للدول
5. تعزيز التعاون الدولي في مجال القضاء
6. الحاجة الى وضع اليات لحل النزاعات القانونية بين الدول بشكل مغاير وعادل

المصادر

1. د. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، القسم الثاني، 1996، دار النهضة العربية، القاهرة.
2. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ط2، 1977، دار النهضة العربية، القاهرة.
3. د. علي عاشور مبروك، الوسيط في قانون القضاء المصري، ك 1، ط1، بدون سنة نشر، مكتبة الجلاء الجديدة.
4. د. صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي في المنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام والاوامر الأجنبية في سلطنة عمان، 2008، دار الجامعة الجديدة.
5. د. حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، 2012، دار النهضة العربية، القاهرة.
6. د. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، 2001، دار النهضة العربية، القاهرة.
7. د. هاشم صادق، القانون الدولي الخاص، 2005، دار الفكر العرب، الإسكندرية.
8. د. هشام خالد، قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
9. د. حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، 2012، دار النهضة العربية، القاهرة.
10. د. حسام الدين فتحي ناصف، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، مصدر سابق.
11. د. فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، بيروت.
12. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مصر، الإسكندرية، 1955.
13. د. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، الكويت، 1974.
14. د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، بيروت، دار السنهوري، 2015.

[91]) د. هشام علي صادق ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، مصدر سابق ، ص18.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التأمينُ الإلزاميُّ من الأخطاء في المجال الطبيِّ "دراسة تحليليَّة مُقارنة"

م د علي عبد الستار جواد

جامعة بابل كلية القانون

الملخَّص

إنَّ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة إحدى أهمِّ صور التأمين من المسئوليَّة التي لاقت ترحيبًا في الآونة الأخيرة؛ إذ كانت أهمِّيَّتُها ملموسةً لا سيَّما في الواقع العمليِّ، وعلى الرَّغم من أهميَّة صورة التأمين المُتقدِّمة، فإنَّ الإشكاليَّة الجوهريَّة تتمثَّل في مدى كفاية التَّنظيم التَّشريعيِّ الذي أقامه المُشرِّع بصدد هذه الصورة، إضافةً إلى غير ذلك من الإشكاليَّات الأخرى، الأمرُ الذي كان محلَّ اهتمامٍ كبيرٍ من جانبنا، وإزاء ذلك ألقينا الضَّوء على مضمون التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، واستعرضنا الحديثَ بصددها عن تعريف التأمين من هذه المسئوليَّة وأهمِّيَّته وخصائصه وآثاره، ثم انتقلنا إلى بيان نطاق التأمين، واستعرضنا كافة مخاطر التأمين، سواءٌ المخاطر المُغطَّاة أو المُستبعَدة من نطاق التأمين، ثم أفرَدْنا الحديث عن واقع التأمين وأوضحنا فاعليَّته، وتصدّع المسئوليَّة المدنيَّة تجاهه، وفي إطار إعمال المنهج التحليليِّ المُقارن، توصَّلنا إلى عددٍ من النتائج والتَّوصيات؛ أهمُّها أنَّ المُشرِّع العراقيَّ لم يُنظِّم التزام المُؤمَّن له بعدم الاعتراف بالمسئوليَّة ضمن القانون المدنيِّ لا سيَّما وخطورة هذا الالتزام والحيلولة وتحقيق التواطُؤ، الأمرُ الذي كان محلَّ اقتراحٍ من جانبنا بضرورة تعديل القانون المدنيِّ العراقيِّ، وإدراك هذا الالتزام بين النصوص المُنظِّمة لعقد التأمين.

الكلمات الافتتاحيَّة: عقد التأمين – المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة – المخاطر – المسئوليَّة الجماعيَّة – المسئوليَّة الموضوعيَّة.

Abstract

CMR insurance is one of the most important forms of CMR insurance that has recently been welcomed; In practice, and despite the importance of the advanced insurance picture, their importance has been significant. The fundamental problem is the adequacy of the legislative regulation set up by the legislator in connection with this picture. In addition to other problems, it was a matter of great interest on our part. In response, we highlighted the content of CMR insurance. We reviewed the conversation about the definition of insurance from this liability and its importance, characteristics and effects and then we went to the insurance scope statement, and we reviewed all the insurance risks. The risks covered or excluded from the scope of insurance, and then we talked about the reality of insurance and explained its effectiveness. as part of the implementation of the comparative analytical approach, we have reached a number of conclusions and recommendations; It is important that the Iraqi legislator did not regulate the obligation of the insurer not to recognize responsibility within civil law in

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

particular and the seriousness of this obligation and to prevent and achieve collusion, which was the subject of a proposal by us to amend Iraqi civil law and to recognize this obligation among the provisions governing the insurance contract.

keywords: Insurance Contract - Civil Medical Liability - Risks - Collective Liability - Objective Liability.

أولًا: المقدِّمة

ممَّا يتعيَّن الإشارةُ إليه أنَّ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبية يعدُّ إحدى صور التأمين من المسئوليَّة المُستحدَثة والتي كشف عنها الواقعُ العمليُّ والمُمارسات الحياتيَّة، وترجعُ أهميَّة التأمين من هذا النوع من المسئوليَّة المدنيَّة إلى أنه أحدثَ واقعًا ملموسًا وتغييرًا ظاهرًا في قواعد المسئوليَّة المدنيَّة ذاتها والتي يرجعُ تأصيلها إلى القواعد العامَّة، لذلك فإننا نجد أنَّ قوام هذه الصورة من التأمين لها خصوصيَّتُها عن قواعد التأمين الوارد النصُّ عليها في إطار القواعد العامَّة وللتأمين أهمية أخرى تتجلى في الحيلولة والتهرب من الأخطاء التي يقع فيها الأطباء ومساعديهم ، إذ كثيراً ما نعلم عن حالات وفاة يعود فيها السبب الرئيسي إلى خطأ الطبيب أو عجز للمريض بفعل هذا الخطأ، ومن ثم لا يتحقق ثمة نشاط إيجابي لأجل تعويض المضرور ، وفي خصوصيَّة الدراسة نتناول تعريف التأمين من المسؤولية المدنية الطبية وأهمِّيَّتَها وخصائصَها وآثارَها، ثم ننتقلُ إلى بيان نطاقها وإيضاح كافة صور المخاطرالمتصلة بها؛ سواءٌ التي يغطِّيها التأمين، أو المُستبعَدة من نطاقه، وفي الأخير نتناولُ فاعليَّة هذا التأمين في إطار الخصوصيَّة، ثمَّ بيان ما أحدثه من تصدُّع لقواعد المسئوليَّة المدنيَّة، وهذا ما سنعرضُ له بصورةٍ مُفصَّلة في متن الدِّراسة.

ثانيًا: نطاق الدِّراسة

يتحدَّد نطاقُ الدِّراسة وَفْق جانبَيْن رئيسَيْن، الجانب الأول يتمثَّل في فكرة التأمين الإلزاميّ دون غيره من صور التأمين الأخرى، أمَّا الجانب الثاني فنتناولُ فيه الأخطاءَ في المجال الطبيّ دون غيره من المجالات الأخرى، لذلك يخرجُ عن نطاق الدِّراسة صورُ التأمين الأخرى، أو أيُّ مجالٍ آخر على خلاف المجال الطبيّ.

ثالثًا: مُشكلة البحث

يُثير موضوعُ التأمين الإلزاميّ من الأخطاء في المجال الطبيّ مُشكلةً رئيسةً، ألا وهي مدى كفايَّة التَّنظيم التَّشريعيّ الذي أقامه المُشرِّعُ العراقيُّ في هذا النطاق، وهل هذا التَّنظيم كافٍ أم يعتريه جانبٌ من القصور، وعلى إثر هذه المُشكلة الرئيسة، نعرضُ لعددٍ من الإشكاليَّات الفرعيَّة، وهي على النَّحو الآتي:

- هل يُوجد اختلافٌ بين موقف المُشـــرِّع العراقيّ ونظيره المُقارن بصـــدد فكرة التأمين الإلزاميّ من الأخطاء في المجال الطبيّ؟
- هل يوجد اختلافٌ حقيقيٌّ بين فكرة المسئوليَّة الفرديَّة ونظيرتها الجماعيَّة؟
- هل حقَّق تنظيمُ قواعد التأمين من المســئوليَّة في التَّشــريع العراقيّ فاعليَّة، أم أنَّ الأمر لا يَعْدُو كونه تنظيميًّا، وفي حالة تحقُّق هذه الفاعليَّة ما مظاهرُها ونواتجُها الإيجابيَّة؟

رابعاً: أهدافُ الدِّراسة:

نستعرضُ في إطار الحديث عن أهداف الدِّراسة النقاطَ الآتية:

1- الحديث بشكل تحليلي ومفصل عن مفهوم التأمين من المسؤلية المدنية الطبية ، وفي إيضاح هذا التأمين ، نعرض لتعريف هذه الصورة من التأمين وأهمية ، هذا من جانب ، ثم نتناول خصائصه من جانب أخر.

2- إستعراض الحديث بشكل مفصل عن آثار عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية ، بحيث نتناول الإلتزامات الناشئة عن

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

هذا العقد ، هذا بالإضافة إلى إلقاء الضوء على فكرة المسؤلية الجماعية .

3- التطرق بشكل مفصل إلى نطاق التأمين من المسؤلية المدنية الطبية ، وتناول كلتا صور المخاطر ؛ المغطاة ، ونظيرتها المستبعدة .

4- بيان واقع التأمين من المسؤلية المدنية الطبية ، ونتناول فى إيضاح ذلك الحديث عن فاعلية هذه الصورة من التأمين ، ثم نعرض لمسألة تصدع المسؤلية فى نطاق هذه الصورة من التأمين .

خامساً: منهجيَّة الدِّراسة:

نُعرّج في إطار منهجيَّة الدِّراسة على منهجيَّة الدِّراسة الآتية:

1- المنهجُ التحليليُّ:

يعتمدُ الباحثُ في إطار هذا المنهج على تحليل إرادة المُشرّع من خلال الاستقراء الجيّد للنصِّ القانونيّ وإدراك الهدف منه، هذا إلى جانب تمحيص وتحليل موقف الفقه واجتهادات القضاء.

2- المنهجُ المُقارن:

يعتمدُ الباحثُ في إطار هذا المنهج على النَّظر في أوجه التشابُه والاختلاف بين النُّظم القانونيَّة المُختلفة، وفي هذا الصَّدد نَقْصُرُ الحديثَ على موقف المُشرّع العراقيّ، ثم موقف نظيره المصريّ.

سادساً: خطة البحث:

- المبحث الأول: مضمونُ التأمين في المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة.
  - **المطلب الأول:** مفهومُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة.
    - الفرع الأول: تعريفُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة وأهمِّيَّتُه.
    - الفرع الثاني: خصائصُ عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة.
  - **المطلب الثاني:** آثارُ عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة.
    - الفرع الأول: الالتزاماتُ التي يُرتِّبها عقدُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة.
    - الفرع الثاني: تحوُّل المسئوليَّة المدنيَّة من الفرديَّة إلى الجماعيَّة.
- المبحث الثاني: نطاقُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة وواقعُها.
  - **المطلب الأول:** نطاقُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة.
    - الفرع الأول: المخاطرُ المُغطَّاة من تأمين المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة.
    - الفرع الثاني: المخاطرُ المُستبعَدة من تأمين المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة.
  - **المطلب الثاني:** واقعُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة.
    - الفرع الأول: فاعليَّةُ التأمين في مجال المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة.
    - الفرع الثاني: تصدُّع المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة أمام التأمين.

المبحث الأول

مضمونُ التأمين في المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة

إنَّ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة يعدُّ إحدى صور التأمين من المسئوليَّة بصفةٍ عامَّة، ولا شكَّ أنَّ هذه الصورة من التأمين لها أهمِّيَّتُها في الواقع العمليّ، وهذه الأهميَّةُ لا يمكنُ - بطبيعة الحال - نكرانُها، لمَّا كان ذلك وكان لهذه الصورة من التأمين مضمونٌ خاصٌّ، فإننا نُقسِّم حديثنا إلى جانبين، الجانب الأول نتناولُ فيه مفهومَ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، وفي هذا الجانب نسردُ

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الحديثَ إلى الجانب الثاني كي نتناولَ آثار هذا العقد، وفي نطاق هذا الجانب نتناول بصورةٍ مُبتدأةٍ الالتزامات التي يُرتِّبها هذا العقد، وكذلك تحوُّل المسئوليَّة المدنيَّة من طابعها الفرديّ إلى طابعها الجماعيّ، وعلى ضوء ذلك نُجمل حديثنا في تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النَّحو الآتي:

المطلب الأول

مفهومُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة

يعدُّ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة إحدى صور التأمين من المسئوليَّة[92] ذات الأهميَّة، وفي ضوء الحديث عن مفهومه نتناولُ جانبين مهمَّيْن، الجانب الأول نستعرضُ فيه تعريفَ هذه الصورة من عقد التأمين، وكذلك أهمِّيَّته، أمَّا الجانب الثاني فنتناولُ فيه خصائصَ هذا العقد، وسوف نعرضُ بصورةٍ مُفصَّلةٍ لكلِّ جانبٍ من هذين الجانبين في الفرعين التاليين.

الفرع الأول

تعريفُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة وأهمِّيَّته

نُقسِّم حديثنا إلى جانبين، نتناولُ في الأول تعريفَ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة[93]، أمَّا الثاني فنتناولُ فيه أهميَّةَ هذا التأمين، لا سيَّما وأنَّ هذه الصورة المُتقدِّمة لها أهمِّيَّتُها الخاصَّة التي تكشفُ عن مناطها وجوهرها وتُميِّزها عن غيرها من صور التأمين من المسئوليَّة الأخرى، وإزاء ذلك نعرضُ لتعريف التأمين من المسئوليَّة أولًا، ثم نعرِّج إلى بيان أهمِّيَّته، وذلك تباعًا على النَّحو الآتي:

أولًا: تعريفُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة:

إنَّ مسألة استعراض تعريف التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة أمرٌ يستوجبُ معه القول بضرورة الإفصاح عن كافة صور التعاريف التي تكشفُ عن حقيقة التأمين، بحيث نتناولُ في الجانب الأول التعريفَ التَّشريعيّ، ثم التعريف الفقهيّ، ونعرضُ لكافة ما تقدَّم على النَّحو التالي بيانه.

التعريفُ التَّشريعيُّ:

إذا كان الأصلُ العامُّ في هذا المقام يتمثَّل في كون المُشرِّع بعيدًا عن مسألة إرساء التَّعاريف القانونيَّة تاركًا أمرَ تنظيمها إلى اجتهادات الفقه والقضاء، إلا أنه يتعيَّنُ التفرقةُ بين موقف كلٍّ من المُشرِّع العراقيّ ونظيره المصريّ، فيما إذا كان أحدُهما قد نظَّم مفهومًا من عدمه، ونعرضُ لموقف كلٍّ منهما على حِدَة.

موقفُ المُشرِّع العراقيّ:

نظَّم المُشرِّع العراقيُّ تعريفَ عقد التأمين في إطار ما عوَّلت عليه المادَّة (1/983) من القانون المدنيّ[94]، وممَّا يتعيَّن الإشارةُ إليه أنَّ المفهوم المُتقدِّم يعدُّ صورةً صادقةً لتعريف عقد التأمين ذاته، والذي يعدُّ التأمينُ من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة في هذا المقام إحدى صوره، لذلك فلا يجوز التذرُّع بقَوْل: إنَّ المُشرِّع العراقيَّ لم يضعْ تعريفًا لعقد التأمين، وإلا عُدَّ ذلك مُناهضًا للحقيقة، وإهدارًا لقيمة

---

(92) يُراجع قريبًا من ذلك؛ منال ميسر نايف، إسراء صالح داود، التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة للمُحامي، مجلة الرافدين للحقوق، العدد (37)، كليَّة الحقوق، جامعة الموصل، 2008م، ص119 وما بعدها.

(93) سناء خميس، التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة: دراسة مُقارنة في القانون الجزائريّ والفرنسيّ، مجلة الفقه والقانون، العدد (51)، يناير 2017م، ص49 وما بعدها.

(94) تنصُّ المادَّة (1/983) من القانون المدنيّ العراقيّ على أنه "التأمينُ: عقدٌ به يلتزمُ المُؤمِّن أنْ يُؤدِّيَ إلى المُؤمَّن له أو إلى المُستفيد مبلغًا من المال أو إيرادًا مُرتبًا أو أيَّ عوضٍ ماليّ آخر، في حالة وقوع الحادث المُؤمَّن ضدَّه، وذلك في مُقابل أقساطٍ أو أيَّة دفعةٍ ماليَّةٍ أخرى يُؤدِّيها المُؤمَّن له للمُؤمِّن".

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

العمل التَّشريعيّ.

موقفُ المُشرّع المصريّ:

تناولَ المُشرّع المصريُّ في هذا المقام مفهومَ عقد التأمين بصفةٍ عامَّة، وذلك فيما نصَّت عليه المادَّة (747) من القانون المدنيّ المصريّ[95]، أمَّا تعريفُ عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة فيراه بمثابة إحدى صور عقد التأمين، وهذا واقعٌ، ولا يختلفُ موقفُ المُشرّع المصريّ عمَّا نظَّمه المُشرّع العراقيُّ، إذ إنَّ كليهما اتَّخذ ذات المسلك في إطار عَرْض وبيان التعريف التَّشريعيّ.

التعريفُ الفقهيُّ:

ممَّا لا شكَّ فيه أنَّ هناك اتِّجاهاتٍ مُتعدِّدةً إزاء تعريف عقد التأمين[96]، أمَّا خصوصيَّة عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، فقد لاقى ترحيبًا من جانب الفقه؛ نظرًا لأهمِّيَّة التأمين من المسئوليَّة[97]، وإزاء ذلك نتناولُ الاتِّجاهاتِ الفقهيَّةَ التي تناولت تعريفَ عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، وهذه الاتِّجاهاتُ نُوجزها على النَّحو الآتي:

الاتِّجاه الأول: يذهبُ رائدُ هذا الاتِّجاه إلى تعريف عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة على أنه عقدٌ يرمي إلى تغطية الأضرار التي يتعرَّض لها المُؤمَّن له (الطبيب أو الأشخاص المُلزمون بالتأمين)؛ وذلك بسبب رجوع الغير عليه بالمسئوليَّة، أو أنَّ الغير المضرور يرجعُ على المُؤمَّن له بالتَّعويض عن الأضرار التي تُصيبه طبقًا لقواعد المسئوليَّة المدنيَّة[98].

الاتِّجاه الثاني: يذهبُ هذا الاتِّجاهُ إلى أنَّ عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة هو عقدٌ بمُوجبه يُؤمِّن المُؤمِّن "شركة التأمين" الطبيبَ باعتباره مُؤمنًا له من الأضرار التي تلحقُ به من جرَّاء رجوع المريض أو ذويه أو ورثته أو المُستحقِّين من الخلف أو المُتضرِّرين من الغير عليه بالمسئوليَّة الطبيَّة أثناء مُمارسته لمهنته؛ لارتكابِ ما يُوجب المسئوليَّة[99].

وعلى الرَّغم من وجاهة الاتِّجاهين المُتقدِّمين، فإننا نميلُ إلى الاتِّجاه الثاني؛ إذ نراه تعريفًا جامعًا مانعًا، لا سيَّما وأنه تناول الجانبَ الشخصيَّ والموضوعيَّ للتأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة بصورةٍ مُفصَّلة.

([95]) تنصُّ المادَّة (747) من القانون المدنيّ المصريّ على أنه "عقدُ التأمين: هو عقدٌ يلتزمُ المُؤمِّن بمُقتضاه أنْ يُؤدِّيَ إلى المُؤمَّن له أو المُستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغًا من المال أو إيرادًا مُرتبًا أو أيَّ عوضٍ ماليٍّ آخرَ في حالة وقوع الحادث أو تحقُّق الخطر المُبيَّن بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أيَّة دفعةٍ ماليَّةٍ أخرى يُؤدِّيها المُؤمَّن له للمُؤمِّن".

([96]) تناول الفقهُ تعريفَ عقد التأمين في مواضعَ عدَّة، واتِّجاهاتٍ مُتعدِّدةٍ، إذ ذهب اتِّجاهٌ في الفقه إلى أنَّ عقد التأمين هو عقدٌ يهدفُ إلى ضمان المُؤمَّن له من الأضرار التي تلحقُ به من جرَّاء رجوع الغير عليه بالمسئوليَّة. يُراجع: د/ محسن البيه، حقيقة أزمة المسئوليَّة المدنيَّة ودور تأمين المسئوليَّة، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، 1993م، ص32؛ يُراجع أيضًا في تفصيل ذلك: وهبة الزحيلي، التأمينُ وإعادة التأمين، مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، جدَّة، العدد (2)، 1986م، ص548؛ محيي الدين المرسي، المبدأ التَّعويضيُّ في التأمين من المسئوليَّة، رسالة دكتوراه، كليَّة الحقوق، جامعة المنصورة، 1994م، ص25.

([97]) يذهبُ اتِّجاهٌ في الفقه إلى أنَّ التأمين من المسئوليَّة هو تأمينُ الذمَّة الماليَّة للمسئول ضدَّ المُطالبات التي يقدِّمها المضرورون، فهو يحمي النشاطَ الفرديَّ من الانهيار نتيجةً لازدياد الحالات التي تُؤدِّي إلى المسئوليَّة وخاصَّةً بعد ذيوع مسئوليَّة الحارس على الأشياء الميكانيكيَّة، وتلك التي تتطلَّبُ حراستُها عنايةً خاصَّةً والتي لا تتطلَّبُ إثبات الخطأ ولا وجوده لإقامة تلك المسئوليَّة. يُراجع في تفصيل ذلك: د/ برهام محمد عطا الله، التأمين: مُتضمنًا نصوص القانون الجديد للتأمين على حوادث السيَّارات رقم 72 لسنة 2007م، دار الفتح للطِّباعة والنَّشر، الإسكندريَّة، 2009م، ص52.

([98]) مكربش سميَّة، عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، رسالة دكتوراه، كليَّة الحقوق، جامعة الإخوة منتوري – قسنطينة، الجزائر، 2018-2019م، ص54.

([99]) يُراجع: مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبيّ في ظلِّ قواعد المسئوليَّة المدنيَّة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنَّشر والتَّوزيع، عمَّان، 2015م، ص66.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثانيًا: أهميَّةُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة:

1. تتجلى الأهمية الأولى بالنظر إلى المركز القانونى للمؤمن له ، إذ يتجلى دور عقد التأمين فى توفير الدعم الكافى للأطباء ، وذلك من أجل إيجاد المزيد من الإبتكار وعدم الحد من قدراتهم فى التوجه إلى كافة ماهو جديد ، وذلك للمساهمة فى رفع مستوى أدائهم المهنى ، لا سيما وأن ذلك يخلق لديهم شعوراً بالطمأنينة والأمان فى أداء واجبهم الوظيفى ، على النحو الذى يؤدى إلى تشـــجيع المبادرات الفردية والأنشـــطة الطبية الأخرى بتغطية الأخطار والأضرار التى تنجم عن ممارسات العمل الطبى ، وذلك فى ضوء الأصول المتعارف عليها[100].
2. تتجلى الأهمية الثانية بالنظر إلى الغير المضـــرور ، أى المريض ، بإعتبار أن نظام التأمين فى هذه الحالة يعد النظام الوحيد الذى يوفر الأمان للمريض والطمأنينة ، نظراً لأن اللجوء إلى الأطباء قد ينتج عنه فى بعض الأونة أخطاء طبية ، تكون هذه الأخطاء فى حاجة إلى تغطيتها ، نظراً لأن نظام التأمين فى هذه الحالة يوفر لهم التعويض المناسب[101].
3. الحيلولةُ ومُواجهة الخسـائر الماليَّة النَّاتجة عن الخطأ الطبيّ، وهذا ما يدعو الأطبَّاءَ إلى تجنيب جزءٍ من أموالهم لصالح التأمين.
4. يُساعد الدولةَ على تنميةِ التِّجارة غير المنظورة، وذلك بالنِّسبة للأطبَّاء للمُقيمين بالخارج، عن طريق دفع أقساط التأمين الخاصَّة بالأطبَّاء.
5. يكشف التأمين من المسئولية المدنية الطبية عن معالجة ومواجهة كافة الأخطاء التي تقع من الطبيب أو تابعيه ، بحيث يكون الخطأ الحاصل لا محالة محل تصدى ، والتصدى في هذا الخطأ نراه يتم بصورة غير مباشرة ، نظراً شركات التأمين هي من يقع على عاتقها إعمال هذا الدور .
6. يأتي في المقام الأخير أهمية جوهرية للتأمين من المســؤولية المدنية الطبية والتي تتمثل في إرســاء قواعد العدالة[102] ، والأمن القانونى حال تنظيمه[103]، والعدالة تتجلى في أعظم صورها في حال إرضاء المضرور

([100]) كمال فريحة ، المسؤولية المدنية للطبيب ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمرى ، تيزى وزو ، 2012م ، ص 336.

([101]) كمال فريحة ، المرجع السابق ، ص 336 ، كذلك ، سناء خميس ، التأمين من المسؤولية المدنية والطبية ، المرجع السابق ، ص 16 وما بعدها .

([102]) محمود بسطامي ، أزمة العدالة في الفكر القانونى ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد [55] ، العدد [1] ، مارس 2012م ، ص (7) وما بعدها.

([103]) يراجع في هذا الصدد موقف الفقه الفرنسي بشأن ترسيخ مبدأ الأمن القانوني في الأتى :

:La norme, Le juge et la sécurité juridique in la norme déclin ou renouveau juridique: Vues Justice et cassation: Dalloz, 2012, P. 67; B. Mathieu, "Le juge et la sécurité B. Mathieu-Le Respect De 1604 ؛du palais-Royal et du quai de l'horloge", D. 2004, n° 23, P. la légitime confiance Des Citoyens s'impose Au Législateur, P. 170; Yann AGUILA - Le principe de sécurité juridique consacré par le Conseil d'Etat - Revisita opiniao Juridica, P. 331 345; M. A. Benabdallah, le princip de confiance 2006 ,Fortaleza, V. 4, n. 7 . REMALD, numéro 101, Novembre-décembre 2011, P. 130,l'egitime

كما يراجع بصدد مجلس الدولة الفرنسي الأحكام الأتية :

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

من العمل الطبي الذي أحدثه الطبيب أو مساعديه فور حصوله على التعويض العادل ، تعويلاً على القاعدة التي تقضي بأنه " لاضرر ولاضرار" .

الفرع الثاني

خصائصُ عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة

جديرٌ بالذكر أنَّ خصائص عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة لها خصوصيَّتُها التي تُميّزها عن خصائص عقد التأمين بصفةٍ عامَّة[104]، وعلى إثر ذلك نعرضُ لبعض هذه الخصائص بصورةٍ مُفصَّلة، بحيث نعرضُ بصورةٍ مُبتدأةٍ الطابعَ الإجباريَّ لعقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، ثم نعرّج على الطابع المهنيّ، ثم في الأخير إلى قِصره على تغطية المسئوليَّة المدنيَّة، وذلك على النَّحو الآتي[105].

أولًا: عقدٌ مهنيٌّ:

يرجعُ السببُ الجوهريُّ في اعتبار عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة عقدًا مهنيًّا إلى طبيعة الأخطار المُتولِّدة عن تنفيذ هذا العقد، وهي طائفةُ الأخطاء المهنيَّة النَّاتجة أثناء مُمارسة المهنيّ لمهنته، وعلى ضوء ذلك فإنَّ محلَّ هذا العقد يتمثَّلُ في الأخطاء المُرتبطة بمُمارسة مهنة الطب.

ثانيًا: عقدٌ إجباريٌّ:

إنَّ المقصود باعتبار عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة وكونه عقدًا إجباريًّا أنَّ ذلك العقد تنتفي فيه الإرادةُ الحرَّةُ للأطراف المُتعاقدة، مفادُ ذلك أنَّ العقد المُتقدِّم يخلو من الإرادة الحرَّة في تكوين هذا العقد، أو حتى بنوده والتزامات طرَفَيْه، وكذلك آثاره، ممَّا قاد إلى القول بأنَّ العلاقة التعاقديَّة لم تَعُدْ ثنائيَّةً كما كانت الحال بصدد بقيَّة عقود التأمين، لا سيَّما وأنَّ وجود العقد أضحى يتوقَّفُ على

- 293..EDCE pour l'année 2006 n° 57, "sécurité jundique at complexité du droit", P
- .CC, decision n° 81-132 DC du 16 jan, 1982
- .CC, decision n° 84-183 DC du 18 jan, 1985
- .CC, decision n° 87-226 DC du 2 juin, 1987
- .CC, decision nº 2000-428 DC du 4 Mai, 2000
- .CC, decision n° 2000-435 DC du 7 déc, 2000
- .CE, 26 Oct. 2001, Ternon, nº 197018
- .CE, 6 Nov. 2002, Mme soulier, nº 223041
- .CE, 23 Nov. 2001, Compagnie nationale Air France, nº 195550
- .CE, 23 déc. 2003, préfet de la seine-Maritime C\M. El Bahi, n° 240267
- CE, 6 Février 2004, Mme Hallal, nº 240560

([104]) يمتازُ عقد التأمين بصفةٍ عامَّةٍ بعدَّة خصائصَ جوهريَّة، وهذه الخصائصُ تتمثَّل في الطابع الرضائيّ، مُلزم لجانبين، مُعارضة، احتمالي، زمني مُستمر، إذعان، عقد من عقود الاستهلاك، عقدٌ من عقود حسن النيَّة. يُراجع في تفصيل ذلك: مكربش سميَّة، عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، المرجع السَّابق، ص58 وما بعدها.

([105]) مكربش سميَّة، عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، المرجع السَّابق، ص66 وما بعدها.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

إرادةٍ مُشترَكةٍ بين كلٍّ من المُؤمِّن والمُؤمَّن له والمُشرِّع.

ثالثًا: عقدٌ يُغطِّي المسئوليَّة المدنيَّة:

يُغطِّي عقدُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة الجانبَ المدنيَّ من المسئوليَّة دون الجانب الجنائيّ، حتى بالنِّسبة لنتائجها الماليَّة، كالغرامات باعتبار العقوبة شخصيَّة[106] يتحمَّلها الشخص مُرتكب الفعل المُعاقَب عليه قانونًا، الأمرُ الذي مفادُهُ عدمُ جواز إلقاء تَبِعَة العقوبة على شخصٍ آخر، ونرى من جانبنا أنَّ السببَ الحقيقيَّ في قصر أحكام تغطية أخطار التأمين على المسئوليَّة المدنيَّة دون الجنائيَّة هو اتِّصالُ الأخطار الجنائيَّة بالنِّظام العامّ[107] ومصلحة المُجتمع.

المطلب الثاني

آثارُ عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة

يعدُّ عقدُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة كغيره من العقود الأخرى، إذ يترتَّبُ على انعقاده سريانُ هذا العقد وترتيبُ آثاره في مُواجهة الأطراف وغير الأطراف على النَّحو الذي أدَّى إلى إفراز المسئوليَّة الجماعيَّة والتي كانت فرديَّةً في أساسها، وعلى ضوء ذلك وفي إطار الحديث عن هذا المطلب نُقسِّمه إلى فرعين رئيسَيْن، بحيث نتناولُ في الأول الالتزاماتِ التي يُرتِّبها عقدُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة، أمَّا الفرعُ الثاني فنتناولُ بصدده تحويل المسئوليَّة المدنيَّة من الفرديَّة إلى الجماعيَّة، ونعرضُ لكليهما تباعًا على النَّحو الآتي.

الفرع الأول: الالتزاماتُ التي يُرتِّبُها عقدُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة

في إطار الحديث عن الالتزامات التي يُرتِّبُها عقدُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة[108]، نقسِّم حديثنا إلى جانبين، بحيث نتناولُ في الجانب الأول التزاماتِ المُؤمَّن له في إطار خصوصيَّة هذا العقد، أمَّا الجانب الثاني فنتناولُ فيه التزامات المُؤمِّن، ونعرضُ لكليهما تباعًا على النَّحو الآتي[109]:

أولًا: التزاماتُ المُؤمَّن له:

1- الالتزامُ بعدم الاعتراف بالمسئوليَّة:

يَتَّجِهُ جانبٌ من الفقه إلى أنَّ الاعتراف بالمسئوليَّة مفادُه إقرارُ المُؤمّن له بمبدأ المسئوليَّة من الجانب القانونيّ؛ أي التزامُه بتعويض المضرور وكونه مسئولًا عن هذا التَّعويض، حيث إنَّ المُؤمَّن له يُقِرُّ بأنه المسئولُ الوحيدُ عن الضَّرر الذي وقع، أو يقرُّ استنادًا إلى ما حدث، فهو في الأخير ينتهي إلى نتيجةٍ قانونيَّةٍ وكونه مسئولًا عن أداء التَّعويض، ويتمثَّل الهدفُ الأصيل من هذا الالتزام في الحيلولة دون تواطُؤ المُؤمَّن له مع المضرور، وتحميل المُؤمَّن له نتيجة اللا مبالاة التي قد يُظهرها بسبب اقتناعه بأنه لن يتحمَّلَ عبءَ التَّعويض في حالة إقراره بالمسئوليَّة، إلا أنه ينبغي التفرقةُ بين الإقرار الصَّادر من الطبيب المُؤمَّن له بالمسئوليَّة، وبين مُجرَّد اعترافه بالوقائع الماديَّة، وتتمثَّل هذه الأخيرةُ في الاعتراف الصَّادر من جانب الطبيب بتعطيل جهاز الإنعاش لإمداد المريض بالأكسجين، وعوائق من

---

(106) يُراجع في تفصيل ذلك: د/عمار عباس الحسين، مبدأ [شخصيَّة العقوبة] ودورُه في تحقيق العدالة الجنائيَّة، مجلة الكليَّة الإسلاميَّة الجامعة، المجلد [3]، العد [٦]، الجامعة الإسلاميَّة، ٢٠٠٩، ص157 وما بعدها.

(107) فيصل نسيغة، رياض دنش، النِّظام العام، مجلة المُنتدى القانوني، العدد [5]، كليَّة الحقوق والعلوم السِّياسيَّة، قسم الكفاءة المهنيَّة للمُحاماة، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2008م، ص١٦٧ وما بعدها.

(108) يُراجع في تفصيل هذه الالتزامات: د/ سالم الغناي فرحات، التأمين من المسئوليَّة القانونيَّة المهنيَّة، مجلة العلوم الشرعيَّة والقانونيَّة، العدد (1)، كليَّة القانون بالخمس، جامعة المرقب، 2020م، ص299 وما بعدها.

(109) يُراجع في تفصيل ذلك: أمينة عيسى حمد أبو حيدر، آثار عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة، رسالة ماجستير، كليَّة الدِّراسات العليا، الجامعة الأردنيَّة، عمَّان، 2015م، ص8 وما بعدها.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

هذا القبيل[110].

ونرى في هذا المقام أنَّ الاعترافَ بوجود خطأ أو حالة عطلٍ فنيٍّ أمرٌ من شأنه عدمُ تحقُّق المسئوليَّة من جانبه، حيث إنَّ هناك فارقًا جوهريًّا بين حصول الخطأ وبين نسبته إلى الشخص، إذ إنَّ الاعترافَ بوجود هذا العطل ليس مفادُه ارتكابَهُ من الجانب الشخصيّ، وإلا باتَ ذلك بمثابة جُرم عمديّ يخرجُ عن نطاق التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة على النَّحو الذي أشرْنَا إليه[111].

2- الالتزامُ بعدم التَّصالُح مع المضرور:

يعدُّ التزامُ المُؤمَّن له بالتصالُح مع المضرور مضيعةً لحقوق المُؤمِّن لا سيَّما حقِّه في الرجوع، ويذهبُ جانبٌ من الفقه إلى أنَّ اشتراط منع المُؤمَّن له من التَّصالُح لا يَعْدُو كونه بمثابة اعترافٍ بالمسئوليَّة حتى لو كان جزئيًّا على النَّحو الذي أسلفناه في الالتزام السَّالف، إذ يرى أنَّ السَّماح بإجراء الصلح من جانب المُؤمَّن له يعدُّ أخطرَ بالنِّسبة للمُؤمِّن من الاعتراف بالمسئوليَّة، لا سيَّما وأنَّ عقد الصلح يترتَّب على إبرامه تحديدُ مبلغ التَّعويض، ممَّا لا يُعطي الفرصة للمُؤمِّن بمُناقشة هذا المبلغ، هذا ويتعيَّنُ الإشارةُ إلى أنَّ شرط عدم التَّصالُح مع المضرور على النَّحو المُتقدِّم يُشكِّل منعًا للمُؤمَّن له من التَّصالُح مع المضرور بدون مُوافقة المُؤمِّن على ذلك، هذا بالإضافة إلى أنه قد يتخذُ صورةَ إعطاء المُؤمِّن بمُفرده الحقَّ في إجراء الصلح مع المضرور دون أنْ يكونَ للمُؤمَّن له أيُّ تدخُّل في ذلك[112].

والتساؤُل الذي يطرحُ نفسَه : هل اعتنى المُشرِّعُ بتنظيم هذا الالتزام في ضوء تشريعه المدنيّ، أم أنَّ الأمر خالٍ من التَّنظيم؟

نرى أنَّ موقف المُشرِّع بصدد الالتزام بعدم التَّصالُح مع المضرور جاء خاليًا من تنظيمٍ صريحٍ وواضحٍ، إذ إنَّ الرجوع إلى القواعد المُنظِّمة لعقد التأمين في القانون المدنيّ جاءت خاليةً من تنظيم هذا الالتزام، سواءٌ تعلَّق الأمرُ بالتَّشريع العراقيّ أو نظيره المصريّ.

ثانيًا: التزاماتُ المُؤمِّن:

في إطار الحديث عن التزامات المُؤمِّن في نطاق عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، نتناولُ بصورةٍ مُبتدأةٍ الحديث عن الالتزام بإدارة دعوى المسئوليَّة، ثم ننتقلُ بعد ذلك إلى الالتزام بالرجوع على الغير المسئول، ونعرضُ لكلِّ التزام ممَّا تقدَّم على حدةٍ

---

(110) مكربش سميَّة، عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، المرجع السَّابق، ص200 وما بعدها.

(111) وبالرجوع إلى أحكام القانون المدنيّ، لا سيَّما المادَّة (986) من القانون العراقيّ والتي تنص على أن " أ – أنْ يدفع الأقساط أو الدفعة الماليَّة الأخرى في الأجل المُتَّفق عليه. ب – أنْ يُقرّر وقت إبرام العقد كلّ الظروف المعلومة له، والتي يهمُّ المُؤمِّن معرفتها؛ ليتمكَّن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه، ويُعتبر مهمًّا في هذا الشأن الوقائعُ التي جعلها المُؤمِّن محلَّ أسئلة مكتوبة. ج – أنْ يُخطر المُؤمِّن بما يطرأ أثناء العقد من أحوالٍ من شأنها أنْ تُؤدّيَ إلى زيادة هذه المخاطر". والمادَّة (750) من القانون المصريّ والتي تنص على " يقعُ باطلًا ما يَرِدُ في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: (1) الشرطُ الذي يقضي بسقوط الحقّ في التأمين بسبب مُخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوتْ هذه المُخالفة على جنايةٍ أو جنحةٍ عمديَّة. (2) الشرطُ الذي يقضي بسقوط حقّ المُؤمِّن بسبب تأخُّره في إعلان الحادث المُؤمَّن منه إلى السُّلطات أو في تقديم المُستندات إذا تبيَّن من الظروف أنَّ التأخُّر كان لعذرٍ مقبول. (3) كلُّ شرطٍ مطبوعٍ لم يبرزْ بشكلٍ ظاهرٍ وكان مُتعلِّقًا بحالةٍ من الأحوال التي تُؤدّي إلى البُطلان أو السقوط. (4) شرط التَّحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامَّة المطبوعة لا في صورة اتِّفاقٍ خاصٍّ مُنفصلٍ عن الشروط العامَّة. (5) كلُّ شرطٍ تعسُّفيٍّ آخر يتبيَّن أنه لم يكنْ لمُخالفته أثرٌ في وقوع الحادث المُؤمَّن منه". نجد أنَّ هناك اتِّفاقًا حول عدم إقرار المُشرِّع لهذا الالتزام سواءٌ تعلَّق الأمر بموقف المُشرِّع العراقيّ أم نظيره المصريّ، الأمرُ الذي يتعيَّنُ معه الاقتراح بتدخُّلٍ تشريعيٍّ من جانب المُشرِّع لمُعالجة هذا الالتزام.

(112) مكربش سميَّة، عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، المرجع السَّابق، ص207.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

واستقلالٍ على النَّحو الآتي[113]:

1- التزامُ المُؤمِّن بإدارة دعوى المسئوليَّة:

يلتزمُ المُؤمِّن في إطار عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة بإدارة دعوى المسئوليَّة، وهذا الالتزامُ في ضوء ما يذهبُ إليه الفقه يتعيَّن أنْ يكونَ منصوصًا عليه في وثيقة التأمين، مفادُ ذلك احتفاظُ المُؤمِّن بحقِّه في توجيه إجراءات الدَّعوى لفائدة شخص المُؤمَّن له، ويعدُّ النصُّ على هذا الشرط بمثابة التزامٍ على عاتق المُؤمَّن له؛ بأنْ يُهيِّئ للمُؤمِّن كافة سبل الدفاع، وأنْ يُمِدَّهُ بكافة المُستندات والأدلة التي تُمكِّنه من إدارة دعوى المسئوليَّة، وهذا يعدُّ هو الجانب الإيجابيَّ للالتزام، أمَّا الجانبُ السلبيُّ للالتزام فيتمثَّل في امتناع المُؤمَّن له عن التدخُّل بشكلٍ سيِّئ في مُواجهة المُؤمِّن[114].

وفي إطار هذا الالتزام المُتقدِّم، يثورُ التساؤل عمَّا إذا كان المُشرِّع نظَّم هذا الالتزامَ من عدمه، سواءٌ تعلَّق الأمرُ بموقف المُشرِّع العراقيِّ أو نظيره المصريِّ.

وبالرجوع إلى ما نظَّمه المُشرِّع في القانون المدنيِّ، سواءٌ تعلَّق الأمر بالمُشرِّع العراقيِّ أو المصريِّ ، فإننا نرى أنَّ هذا الالتزام لم يُنظِّمه المُشرِّعُ بين النصوص المُتقدِّمة، إلا أنَّ هذا الالتزام نراه يتفقُ مع المنطق والواقع العمليِّ.

2- التزامُ المُؤمِّن بالرجوع على الغير المسؤول:

في بادئ الأمر يتعيَّنُ الإشارةُ إلى أنَّ العلاقاتِ القانونيَّةَ في إطار عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة لم تَعُدْ مقصورةً على طرفي المُؤمِّن والمُؤمَّن له، بل إنَّ الأمر يتعدَّى ذلك في بعض الأحيان إلى وجود علاقةٍ بين المُؤمِّن والغير مُرتكب الحادث، وتطبيقًا لذلك، وفي نظام التأمين من المسئوليَّة في المجال الطبيِّ، فإنَّ الخطر قد يتحقَّقُ من قبل أحد تابعي المُؤمَّن له أو مُساعديه، أو بواسطة طبيبٍ آخرَ لا تقوم بينه وبين هذا الأخير علاقةٌ تبعيَّةٌ كما هو الحالُ بصدد الطَّبيب البديل، مفادُ ذلك أنَّ الرجوعَ يعدُّ حقًّا للمُؤمِّن في مُواجهة المسئولين عن الضَّرر[115].

والتساؤُل الذي يثور في هذا المقام: هل نظَّم المُشرِّعُ هذا الالتزام؟ بالرجوع إلى قواعد القانون المدنيِّ يتعيَّن التفرقةُ بين موقف المُشرِّع العراقيِّ ونظيره المصريِّ، وذلك على النَّحو الآتي:

أ- موقفُ المُشرِّع العراقيِّ:

نظَّم المُشرِّع العراقيُّ الحقَّ في الرجوع؛ عملًا بما نصَّت عليه المادَّة [1001] من القانون المدنيِّ[116]، إلا أنَّ هذا الالتزام جاء بمُناسبة الحديث عن أخطار الحريق بصفةٍ خاصَّة، وهذا لا يَحُولُ دون إعمال فحوى النصِّ المُتقدِّم على التأمين من المسئوليَّة الطبيَّة، شريطةَ الوفاءِ بالتَّعويض لصالح المضرور.

ب- موقفُ المُشرِّع المصريِّ:

---

(113) يُراجع: أمنيَّة عيسى حمد أبو حيدر، آثارُ عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة، المرجع السَّابق، ص28 وما بعدها.

(114) مكربش سميَّة، عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، المرجع السَّابق، ص225، 226.

(115) مكربش سميَّة، عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، المرجع السَّابق، ص٢٢٩ – 230.

(116) تنصُّ المادَّة [1001] من القانون المدنيِّ العراقيِّ على أنه "يحلُّ المُؤمِّن قانونًا محلَّ المُستفيد بما يدفعُه من تعويضٍ عن الحريق قبل مَن تسبَّب بفعله في الضَّرر الذي نجمت عنه مسئوليَّة المُؤمِّن، وتبرأُ ذمَّة المُؤمِّن قبل المُستفيد من كلِّ التعويض أو بعضه، إذا أصبح هذا الحلولُ مُتعذِّرًا لسببٍ راجعٍ إلى المُستفيد".

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

نظَّم المُشرّعُ المصريُّ الالتزامَ المُتقدِّم في ضوء ما نظَّمته المادَّة [771] من القانون المدنيّ[117]، وقد جاء موقفُ المُشرّع المصريّ في هذا المقام مُتفقًا تمامًا مع موقف نظيره العراقيّ بصدد التأمين من أخطار الحريق.

الفرع الثاني

تحوُّل المسئوليَّة المدنيَّة من الفرديَّة إلى الجماعيَّة

في هذا السِّياق يثور التساؤل بصدد مسألة تحوُّل المسئوليَّة المدنيَّة من طابعها الفرديّ إلى طابعها الجماعيّ في نطاق التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، الأمرُ الذي يتعيَّنُ معه استظهارُ التفرقة بين مفهوم المسئوليَّة الفرديَّة، ثم استعراض الحديث عن مفهوم المسئوليَّة الجماعيَّة، وكيف يتمُّ إقامتُها في هذا الصَّدد ثم لأحكام هذه المسئوليَّة، ونعرضُ لهذه النقاط الجوهريَّة تباعًا على النَّحو الآتي:

أولًا: المسئوليَّةُ الفرديَّة:

هي تلك المسئوليَّةُ التي تُقام على شخص المُخطئ، يتعيَّنُ القولُ بأنَّ تحريك المسئوليَّة قد تكون من قبل فردٍ ضدَّ فردٍ آخر؛ لذلك سُمِّيت فرديَّة.

ثانيًا: المسئوليَّةُ الجماعيَّة:

يتعيَّن الإشارةُ إلى أنه على الرَّغم من ندرة المفاهيم التي قيلت بصدد المسئوليَّة المدنيَّة الجماعيَّة[118]، فإنَّ هناك اتِّجاهًا في الفقه عرَّفها على أنها "إقامةُ المسئوليَّة على مجموعةٍ من الأشخاص أو الأفراد دون التمكُّن من إثبات الرابطة السببيَّة بالشكل المعهود بين الفعل المُتسبِّب بالضَّرر والضَّرر من قِبَل المُتضرّر"[119].

ثالثًا: أحكامُ المسئوليَّة الجماعيَّة:

يثورُ في هذا النظام تساؤلٌ جوهريٌّ، ألا وهو: هل نظَّم المُشرّعُ فكرة المسئوليَّة الجماعيَّة، ونظَّم أحكامها، أم لا؟ وفي هذا الخصوص نفرّق بين موقف المُشرّع العراقيّ من جانبٍ ثم موقف نظيره المصريّ من جانبٍ آخر، إلا أن موقفهما واحداً ، سلبياً من تنظيمها[120].

([117]) تنصُّ المادَّة [771] من القانون المدنيّ المصريّ على أنه "يحلُّ المُؤمِّن قانونًا بما دفعه من تعويضٍ عن الحريق في الدَّعاوى التي تكونُ للمُؤمَّن له قبل من تسبَّب بفعله في الضَّرر الذي نجمت عنه مسئوليَّة المُؤمِّن، ما لم يكنْ مَن أحدث الضَّرر قريبًا أو صهرًا للمُؤمَّن له ممَّن يكونون معه في معيشةٍ واحدةٍ، أو شخصًا يكون المُؤمَّن له مسئولًا عن أفعاله".

([118])تختلفُ صورةُ المسئوليَّة في الحالة المُتقدِّمة عن سابقتها، لا سيَّما وأنَّ المسئوليَّة في هذه الحالة قد تكونُ من قِبَل هيئةٍ جماعيَّةٍ أو جماعةٍ من الأفراد ضدَّ هيئةٍ جماعيَّةٍ أو جماعةٍ أخرى من الأفراد، ونقول في ذلك بأنَّ الخطر الحاصل قد يكون نتاجَ فريقٍ طبيٍّ مُتكامل أثناء عمليَّة جراحيَّة، كما قد يكون المضرورُ مجموعةَ أفرادٍ وليس شخصًا بعينه، وفي هذه الحالة صارت المسئوليَّةُ جماعيَّة، والقولُ من جانبنا يتلخَّص في أنَّ هذه الصورة من المسئوليَّة بات معمولًا بها في الوقت الحاليّ؛ نظرًا لتشعُّب المُعاملات الطبيَّة وزيادتها.

([119]) أ.د/ أميد صباح عثمان، موكريان عزيز محمد، المسئوليَّة المدنيَّة الجماعيَّة "دراسة تحليليَّة مُقارنة"، مجلة كليَّة القانون للعلوم القانونيَّة والسِّياسيَّة، المجلد [10]، العدد [٣٧]، كليَّة القانون والعلوم السِّياسيَّة، جامعة كركوك، مايو ٢٠٢١، ص٤١٩.

([120]) 1- موقفُ المُشرّع العراقيّ:

جاء موقفُ المُشرّع المدنيّ العراقيّ خاليًا من تنظيم فكرة المسئوليَّة الجماعيَّة لا سيَّما وأنَّ تحريك الدَّعوى لا يختلفُ فيما إذا كان القائمُ عليها شخصًا فردًا أم هيئة جماعيَّة، وكذلك الأمرُ بالنَّظر إلى المُقام عليه الدَّعوى.

2- موقفُ المُشرّع المصريّ:

سلك المُشرّعُ المصريُّ في هذا الصَّدد موقف نظيره العراقيّ، إذ إنَّ المُشرّع المدنيَّ المصريَّ لم يُنظِّم هو الآخر فكرة المسئوليَّة الجماعيَّة.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المبحث الثاني

نطاقُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة

تمهيدٌ وتقسيمٌ:

في إطار الحديث عن نطاق التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة وواقعها، نقسِّم حديثنا إلى جانبين، نتناولُ في الجانب الأول الحديثَ عن نطاق هذه المسئوليَّة، ونستعرضُ في هذا الجانب كلتا صورتي مخاطر تأمين المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، سواءٌ تعلَّق الأمر بالمخاطر المُغطَّاة أو المُستبعَدة، أمَّا الجانب الثاني فنتناولُ بصدده واقعَ هذه الصورة من تأمين المسئوليَّة، ونعرضُ فيها فاعليَّة هذا التأمين، ثم نتطرَّق بعد ذلك لتناوُل تصدُّع المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة أمام التأمين. وفي ضوء ذلك نقسِّمُ هذا المبحث مطلبين، وذلك على النَّحو الآتي:

المطلب الأول

نطاقُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة

يتعيَّنُ الإشارةُ إلى أنَّ نطاق التأمين يتحدَّد على ضوء الأخطار، باعتبار أنَّ التأمين من المسئوليَّة يعدُّ إحدى صور تأمين الأضرار[121]، لذلك فإنَّ تحديد هذا النِّطاق يتعيَّنُ معه استعراضُ جانبَيْن من المخاطر، الجانب الأول يتمثَّل في المخاطر المُغطَّاة، أمَّا الجانب الثاني فيتمثَّل في المخاطر المُستبعَدة، ونعرضُ لكلٍّ منهما على حدةٍ تباعًا على النَّحو الآتي.

الفرع الأول: المخاطرُ المُغطَّاة من تأمين المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة

المقصودُ بالمخاطر المُغطَّاة: هي تلك المخاطرُ التي يُغطِّيها عقدُ التأمين، إذ نتناولُ عدَّة نقاطٍ جوهريَّةٍ نعرضُ لها على النَّحو الآتي:

أولًا: شمولُ التأمين لنوعَيْ المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة:

الأصلُ في طبيعة المسئوليَّة الطبيَّة أنها عقديَّة[122]، إلا أنها ليست كذلك في جميع الحالات؛ فمن المُمكن أنْ تكونَ مسئوليَّةً تقصيريَّةً في العديد من الفروض الأخرى، إذ لا يمكنُ تصوُّرُ وجود عقد لتخلُّف رضا المريض[123]، وذلك في حالة أنْ يتدخَّل الطبيب من تلقاء نفسه لإنقاذ جريح، أو أنْ يمتنعَ الطبيبُ بغير مُبرِّرٍ مشروعٍ عن إنقاذ مريض، لذا يجبُ أنْ يُغطِّيَ عقد التأمين من المسئوليَّة الطبيَّة كلتا صور المسئوليَّة المدنيَّة للطبيب؛ بحيث لا يقتصرُ الأمر على إحداهما دون الأخرى، ولا تثور مُشكلة ما إذا نصَّ العقد صراحةً على أنَّ الضَّمان يُغطِّي المسئوليَّة العقديَّة والمسئوليَّة التقصيريَّة للطبيب المُؤمَّن له على السَّواء ، إذ إنَّ هذا النصَّ يحتكمُ إلى إعمال مبدأ سُلطان الإرادة العقديَّة[124].

وفي هذا المقام يتعيَّن القولُ من جانبنا بأنَّ إقامة دعوى المسئوليَّة، سواءٌ تعلَّق الأمرُ بجانبها الموضوعيّ أو الإجرائيّ، أمرٌ لا يَعْدُو كونه جانبًا ذا طابعٍ تنظيميٍّ يرجعُ تقديرُه إلى الواقع العمليّ، حتى وإن لم يتمّ تنظيمُه بشكلٍ صريحٍ في إطار النصوص القانونيَّة.

(121) يُراجع: حمزة يحيى يوسف، أثرُ تأمين الأضرار على المسئوليَّة المدنيَّة، رسالة ماجستير، عمادة الدِّراسات العليا، جامعة مؤتة، الأردن، 2006م، ص33 وما بعدها.

(122) يعدُّ هذا هو الأصل العام لا سيَّما وأنَّ هناك إيجابًا وقبولًا على العقد، سواءٌ كانت بين الطبيب والمريض أو الطبيب والجهة التي يعملُ فيها.

(123) Lambert Faivre droit du Dommage Corporel , Systeme d ' edition, 5C , indemnistation Daloz ,2004 , p. 270.

(124) يُراجع: عادل البوعزاوي، محمد حفو، مبدأ سُلطان الإرادة: بين التطوُّرات والتغيُّرات، مجلة قانونك، العدد (17)، 2023م، ص72 وما بعدها.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثانيًا: مدى شمول التأمين عن المسئوليَّة الطبيَّة بدون خطأ:

لا يعني الأخذُ بمبدأ المسئوليَّة بدون خطأ الاستغناءَ عن الخطأ كليًّا والبحث عن معيارٍ آخرَ؛ لأنَ ذلك يُخالف القواعد المُستقرَّةَ في المسئوليَّة[125].

مفادُ ذلك أنه وإنْ كان الخطأُ له نصيبٌ في نطاق التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، إلا أنَّ هذا الخطأ قد لا يُعوَّل عليه في بعض الأحيان لا سيَّما إذا تعلَّق الأمرُ بالمسئوليَّة المدنيَّة الموضوعيَّة كما سنرى لاحقًا في إطار الفرع الأخير من الدِّراسة.

ثالثًا: تغطيةُ التأمين لمسئوليَّة الطبيب النَّاتجة عن فعله الشخصيّ:

ينحصرُ التأمينُ في نطاق النشاط المهنيّ الطبيّ الذي يُمارسه الطبيبُ أو مُساعدوه، سواءٌ مارس هذا النشاطَ في المُستشفى أو في العيادة أو المركز الصحيّ؛ حيث لا أثرَ للمكان الذي يُزاول به النشاط الطبيَّ المُختصَّ، إذ المُعتبر هو خروجُ الطبيب عن نشاطه الطبيّ المُحدَّد في عقد التأمين في مرحلة التشخيص، أو مرحلة العلاج، أو خلال إجراء عمليَّةٍ جراحيَّةٍ، أو خلال الاستشارة الطبيَّة، أو الزيارة، أو العلاج.

رابعًا: تغطيةُ التأمين للأخطاء النَّاجمة عن تابعي الطبيب:

إنَّ التأمين من المسئوليَّة الطبيَّة يمكنُ أنْ يُغطِّيَ الأخطاء التي تقعُ من التابع، الذي يسمحُ له الطبيبُ المُعالج بالتدخُّل في العلاج، كما يشملُ التأمينُ أيضًا ما يصدرُ من المُتدرِّب الذي لم يُمارس المهنة، ما دام الطبيبُ قد استعان به أثناء قيامه بالعمل، كما تشملُ الأخطاءُ الشخصَ الذي لم يُمارس المهنة، ما دام الطبيبُ قد استعان به أثناء قيامه بالعمل، كما تشملُ الأخطاءُ الشخصَ الذي يُصنِّفه المُستشفى تحت تصرُّف المريض.

على أنَّ هذا الضَّمان لا يشمل تابعي الطبيب المُؤمَّن له، إلا في نشاطهم المهنيّ المأذون لهم قانونًا بمُمارسته، والذي يجبُ أنْ يكونَ مُحددًا في التأمين، وهذا أمرٌ تمَّ الاستقرارُ عليه في إطار ما عوَّل عليه المُشرِّع العراقيُّ[126]، وكذلك نظيرُه المصريُّ[127]، مفادُ ذلك عدمُ جواز الاتِّفاق على استبعاد بعض تابعي المُؤمَّن له أو جميعهم، إلا أنَّ ما نظَّمه المُشرِّع العراقيُّ يعدُّ أكثرَ تشدُّدًا ممَّا نظَّمه نظيرُه المصريُّ.

---

[125] فقد أخذ المُشرِّعُ الفرنسيُّ بالتأمين الإجباريّ من المسئوليَّة في بعض المجالات الطبيَّة استثناءً على الأصل العامّ، بالمسئوليَّة دون خطأ، والتي تقومُ على فكرة الالتزام (نقل الدم بمُوجب لائحة يونيو 1980م، والتَّجارب الطبيَّة بمُوجب القانون 20 ديسمبر 1988م؛ نظرًا لعدم وجود علاقةٍ فيما بين المريض المضرور وبنك الدم؛ فالمريضُ يتلقَّى الدَّم اللازم لعلاجه بوساطة المُستشفى أو الطبيب المُعالج، فالعلاقةُ تكونُ بين بنك الدم والطبيب المُعالج أو المُستشفى الذي يتولَّى العلاجَ في إطار عقد التَّوريد الذي يكونُ بين المُستشفى وبنك الدم، فالمريضُ هنا لا يستطيعُ الرجوعَ إلى المُستشفى أو الطبيب المُعالج على أساس المسئوليَّة العقديَّة إلا على الجهة التي تتولَّى علاجه (سواءٌ أكانت مُستشفًى عامًّا أم طبيبًا خاصًّا)، وذلك بناءً على عقد العلاج المُبرَم بينهما، ثم تقومُ تلك الجهةُ بالرجوع إلى المركز بناءً على عقد التَّوريد، أمَّا فيما يتعلَّقُ برجوع المريض إلى بنك الدم، فقد كان القضاءُ الفرنسيُّ يُقرِّرُ مسئوليَّة بنك الدم على أساسٍ تقصيريّ.

[126] قريبٌ من ذلك: ما عوَّل عليه المُشرِّع العراقيُّ بالمادَّة (2/1000) من القانون المدنيّ بقوله: "ويكونُ مسئولًا أيضًا عن الحريق الذي يتسبَّب فيه تابعو المُستفيد، ولو كانوا مُتعمِّدين"، أي المُؤمِّن.

[127] تنصُّ المادَّة (769) من القانون المدنيّ المصريّ على أنه "يُسأل المُؤمِّن عن الأضرار التي تسبَّب فيها الأشخاص الذين يكونُ المُؤمَّن له مسئولًا عنهم، مهما كان نوعُ خطئهم ومداه".

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

خامسًا: تغطيةُ التأمين للأخطاء التي تقعُ من الطبيب البديل:

المقصودُ بالطبيب البديل هو طبيبٌ يحلُّ محلَّ المُؤمَّن له في حالة غيابه؛ وذلك لاستمرار الرعاية الطبيَّة للمريض في حال غياب الطبيب المُعالج، وتسري نفسُ الشروط الخاصَّة بالطبيب المُعالج المُثبتة في عقد التأمين على البديل الذي حلَّ محلَّه[128]، وإن كان المُؤمِّن قد وضع قيودًا أخرى مثل شرط الكفاية. كما يُشترَط حتى يغطِّيَ التأمينُ أخطاءَ البديل، أنْ يكونَ غيابُ الطبيب المُعالج غيابًا قانونيًّا، وإذا كان مُخالفًا لذلك لا يمتدُّ الضَّمان إلى أخطاء البديل.

سادسًا: تغطيةُ التأمين للمسئوليَّة النَّاجمة عن حوادث الآلات والأجهزة المُستخدَمة في النشاط الطبيّ للطبيب أو المُستشفى:

تترتَّبُ هذه المسئوليَّة على أساس المسئوليَّة العقديَّة، وذلك متى كانت العلاقةُ بين الطبيب والمريض علاقةً عقديَّة، وتكون مسئوليَّةً تقصيريَّةً في بعض الأحيان، وهي مسئوليَّةٌ عن الأشياء غير الحيَّة إذا لم يكنْ هناك عقدٌ بين الطبيب والمريض، فيلزمُ النصُّ صراحةً في العقد على أنه يشمل الأضرارَ النَّاشئة عن استعمال الأدوات والآلات، التي استعملها الطبيبُ المُؤمَّن له في مُباشرته عمله.

الفرع الثاني

المخاطرُ المُستبعَدة من تأمين المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة

في عقد التأمين يجبُ أنْ يكونَ الخطرُ المُؤمَّن عليه احتماليًّا وليس أكيدَ الوقوع[129]، كما أنَّ على المُؤمَّن له واجبًا مُعينًا هو أن لا يتعمَّد الفعلَ المُؤدِّيَ إلى وقوع الخطر، وإلا أصبح التأمينُ وسيلةً من وسائل الهروب من المسئوليَّة؛ ممَّا يتعارضُ مع أسس المسئوليَّة المدنيَّة؛ لذلك نستعرضُ نوعيَّة الأخطار التي يتمُّ استبعادُها من التأمين في النقاط الآتية[130]:

1- استبعادُ نتائج الخطأ العمديّ أو الغشّ الصَّادر من المُؤمَّن له:

إنَّ عقد تأمين مسئوليَّة الطبيب يضمنُ نتائجَ الأخطاء المهنيَّة للطبيب، سواءٌ أكانت يسيرةً أم جسيمةً، ولكن لا يضمنُ عقد التأمين بأيِّ حالٍ الخطأ العمديَّ الذي يرتكبُه الطبيب، إضافةً إلى ذلك فإنه يشترط الخطر المُؤمَّن منه، أن لا يتوقَّف تحقُّقه على إرادة أيٍّ من طرفي العقد، والسببُ في ذلك يرجعُ إلى أنَّ الخطأ العمديَّ يُنشئ معه حالة المسئوليَّة الجنائيَّة، فالخطأ العمديُّ للطبيب إذا كان محلًّا للمُساءلة الجنائيَّة، فإنَّ التأمين لا يُمكن أنْ يُغطِّيَه؛ نظرًا لمساس المسألة بقواعد النِّظام العامِّ كما أسلفنا البيان، أمَّا فكرةُ الغشِّ وإن كانت تُفسد التصرُّفات القانونيَّة، وهي قاعدةٌ أرساها القضاء، إلا أنَّ مردودَها على العمل الماديّ يتجلَّى في ضرورة مُعاقبة الشخص بنقيض مقصوده، لذلك تعدُّ هذه الأخطارُ مُستبعَدة.

2- عدمُ تغطيةِ التأمين تابعي المُؤمَّن له:

إنَّ التأمين لا يُغطِّي نتائجَ الأضرار التي تُصيب تابعي المُؤمَّن له - الطبيب - أفراد أسرته إلى الدرجة الثانية؛ حيث لا يُغطِّي التأمينُ الأضرار النَّاتجة من خطأ الطبيب، والتي تُصيب والدي الطبيب، أو أحد أقاربه من الدرجة الثانية، عندما يقومُ بمُعالجتهم؛ حتى لا يحدثَ تواطُؤ من قِبَل الطبيب بالاعتراف بقيام المسئوليَّة.

3- عدمُ تغطيةِ التأمين لعدَّة أنشطةٍ طبيَّةٍ مُتفرِّقة:

---

[128] نرى في هذا المقام أنَّ المرجع أو تأصيل هذه المسئوليَّة يرجعُ إلى إعمال نظريَّة الحلول.

[129] يُراجع: حميدان عويد الظفيري، التأمينُ من المسئوليَّة المدنيَّة للطبيب، رسالة ماجستير، كليَّة الدِّراسات العليا، الجامعة الأردنيَّة، عمَّان، 2016م، ص61 وما بعدها.

[130] لمزيد من التفاصيل يُراجع: بن دخان رتيبة، الخطر في عقد التأمين، مجلة العلوم الإنسانيَّة، العدد (46)، جامعة منتوري - قسنطينة، ديسمبر 2016م، ص255 وما بعدها.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

إنَّ التأمين في مجال المسئوليَّة الطبيَّة لا يُغطِّي الأنشطة الطبيَّة الآتية[131]:

1) الأضرار التي تقعُ قبل إبرام العقد، أمَّا التي تقعُ بعد إبرام العقد أثناء مُمارسة الطبيب لعمله؛ فإنَّ التغطيةَ تشملُها.
2) لا يُغطِّي التأمينُ المسئوليَّة النَّاتجة عن حوادث السيَّارات التي تقعُ بفعل الطبيب المُؤمَّن له، أو أيٍّ من الأشخاص الذين يُسأل عنهم؛ لأنَّ هذه المسئوليَّة تدخلُ في نطاق التأمين الإجباريّ من المسئوليَّة عن حوادث السيارات[132].
3) التأمين لا يشملُ المسئوليَّة النَّاتجة عن وقوع الأضرار؛ بسبب وقوع حريق، أو انفجار، أو تسرُّب مياه، أو غاز، أو حوادث كهربائيَّة، ومن الأشياء أو الحيوانات التي تكون مملوكةً للطبيب المُؤمَّن له أو يكون حائزًا لها، أيًّا كان سندُ حيازته.

(131) سعيد سالم عبد الله الغامدي، التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة في المجال الطبيّ - دراسة مُقارنة بين القانونَيْن المصريّ والفرنسيّ وقانون مُزاولة المهن الطبيَّة السعوديّ، رسالة دكتوراه، كليَّة الحقوق، جامعة عين شمس، 2017م، ص٣٢٨ – ٣٢٩.

(132) تأمين المسؤلية المدنية للطبيب يتحدد نطاقها بالأخطاء الطبية التى تقع منه بإعتباره طبيب ، بإعتبار أن هذه الأعمال تدخل ضمن صميم عمله الطبى ، أما حوادث السيارات فهى أعمال مادية تخرج عن نطاق التأمين فى هذه الحالة .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الثاني

واقعُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة

يتمثَّل الواقعُ الفعليُّ لصورة التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة في استعراض حقيقة هذه الصورة من التأمين، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعَيْن رئيسَيْن، بحيث نتناولُ في الفرع الأول فاعليَّةَ التأمين في مجال المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، أمَّا الفرعُ الثاني فنتناولُ فيه تصدُّع المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة أمام التأمين، وذلك تباعًا على النَّحو الآتي.

الفرع الأول

فاعليَّةُ التأمين في مجال المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة

نعرضُ مقدماً لإشكاليَّةٍ جوهريَّةٍ، ألا وهي: ما المقصودُ بفاعليَّة التأمين في مجال المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة؟ وهل توجد فاعليَّة أم أنَّ الأمر صوريٌّ ولا يتحقَّق معه ثمة فاعليَّة؟ وإذا كانت هناك فاعليَّةٌ حقيقيَّة، هل هي إيجابيَّة أو سلبيَّة؟ وفي هذا النطاق نُجيب عن كافة التساؤلات المطروحة، وذلك على النَّحو الآتي:

أولًا: مفهومُ الفاعليَّة بوجهٍ عامٍ:

المقصودُ بالفاعليَّة أنْ يكونَ هناك سلوكياتٌ من شأنها تحقيقُ ثمارٍ إيجابيَّةٍ ذات طابعٍ مشروع[133]، وبصورةٍ أوضحَ، فإنَّ ما يُنظِّمه المُشرّع من قواعدَ قانونيَّةٍ، سواءٌ كانت موضوعيَّةً أو إجرائيَّة، لا بُدَّ أنْ تُشكِّل مجالًا للتطبيق، لا سيَّما وأنَّ القاعدة القانونيَّة كأصلٍ عامٍ تجدُ ذاتيَّتَها في كونها قاعدةَ سلوك اجتماعيّ[134].

ثانيًا: مفهومُ فاعليَّة التأمين في مجال المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة:

في بادئ الأمر يتعيَّنُ الإشارةُ إلى أنَّ تنظيم التأمين في مجال المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة أمرٌ يَجِدُ تأصيله في إطار القواعد العامَّة المنصوص عليها في القانون المدنيّ، سواءٌ تعلَّق الأمر بموقف المُشرّع العراقيّ أو نظيره المصريّ، لذلك فإنَّ بيان مفهوم فاعليَّة التأمين في مجال المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة مفادُه وجودُ قاعدةٍ قانونيَّةٍ ترعى التأمين في مجال المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة بوجهٍ خاصٍّ، بحيث يكون من شأن تطبيق هذه القاعدة أنْ يكونَ لها مردودُها في الواقع العمليّ. لمَّا كان ذلك، وكان تنظيم التأمين في صورته المُتقدِّمة يتمُّ الرجوع بصدده إلى القواعد العامَّة، فنرى أنَّ هذه الفاعليَّة بحاجةٍ إلى تنظيمٍ تشريعيٍّ خاصٍّ، على الرَّغم من أنَّ هناك إيجابيَّاتٍ للتَّطبيق في ضوء ما تُعوّل عليه القواعد العامَّة.

ثالثًا: الفاعليَّةُ الإيجابيَّة والسلبيَّة:

في هذا السِّياق نُقيم تفرقةً حقيقيَّةً بين الفاعليَّة الإيجابيَّة ونظيرتها السلبيَّة، وهذا يرجعُ إلى طبيعة السلوك التَّنظيميّ، ونتناولُ هذه التفرقة على النحو الآتي:

الفاعليَّة الإيجابيَّة:

هي التَّنظيمُ الإيجابيُّ المشروع المُتَّبع بصدد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة، وهنا نكونُ أمام أمرَيْن لأجل تحقيق هذه الفاعليَّة؛ الأول: أنْ يتمَّ تنظيمُ تشريعٍ خاصٍّ لأحكام التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة على النَّحو الذي أسلفناه، وهذا هو الواقعُ وإنْ كان غيرَ مُتحقِّق في كلا النظامين العراقيّ والمصريّ. أمَّا الثاني فهو تنظيمٌ لائحيٌّ لأجل تفصيل وتفسير القواعد العامَّة في سياج من الخصوصيَّة على فكرة التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة.

الفاعليَّة السلبيَّة:

---

(133) الفاعلية فى هذا المقام فى نظرنا نراها تتجسد فى تحقيق إرادة المشرع على النحو الذى نظمه فى مرحلة التفريد التشريعى ، بإعتبار هذه المرحلة الأخيرة هى المعول عليها فى الوصول إلى الفاعلية الحقيقية وإردراك الهدف من تنظيم القاعدة القانونية .

(134) د/ نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون: نظريَّة القانون، دار الجامعة الجديدة، 2018م، ص31.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تتجلَّى هذه الفاعليَّة في عدم وجود تنظيمٍ تشريعيٍّ خاصٍّ أو لائحيٍّ على النَّحو الذي أسلفنا الإشارةَ إليه، إلا أنَّ واقع إعمال القواعد العامَّة في نظام عقد التأمين الوارد النصُّ عليها في إطار القواعد العامَّة وتطبيقها في الواقع العمليّ يجد حيويَّةً واضحةً في التطبيق؛ لذلك تتحقَّق هنا الفاعليَّة، حتى وإنْ لم يكنْ هناك تنظيمٌ تشريعيٌّ[135].

الفرع الثاني

تصدُّع المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة أمام التأمين

المقصودُ بفكرة تصدُّع المسئوليَّة المدنيَّة التأثيرُ الذي أحدثته قواعدُ التأمين على المسئوليَّة المدنيَّة، إذ إنَّ الأمر لا يَعْدُو الوقوف عند فكرة الخطأ باعتبارها إحدى عناصر المسئوليَّة المدنيَّة، مفادُ ذلك أنَّ إعمال قواعد التأمين في نظام المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة أمرٌ من شأنه العدولُ عن فكرة الخطأ في نظام التأمين، والتعويلُ على فكرة المسئوليَّة الموضوعيَّة[136].

والتساؤُل الذي يطرحُ نفسَه : ما المقصودُ بالمسئوليَّة الموضوعيَّة؟ وما مدى فاعليَّتها في نطاق التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة؟ وكيف أحدثَ هذا التأمينُ تصدُّعًا في المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة؟ نُجيب في هذا الصَّدد عن كافة هذه التساؤُلات المُتقدِّمة، وذلك على النَّحو الآتي:

أولًا: مفهومُ المسئوليَّة الموضوعيَّة:

تعدَّدت المفاهيمُ التي قيلت بصدد مفهوم المسئوليَّة الموضوعيَّة، وعرضَ الفقهُ اتِّجاهات عدة فى بيان هذا المفهوم ، نتناولُ منها الآتي:

الاتِّجاه الأول: يذهبُ رائدُ هذا الاتِّجاه إلى القول بأنَّ المسئوليَّةَ الموضوعيَّةَ هي تلك المسئوليَّةُ التي تتطلَّب وجودَ علاقةٍ سببيَّةٍ مُباشرةٍ بين الضَّرر والعمل في غيبة أيّ خطأ من جانب المسئول حتى لو كان العملُ أو النشاط مصدر الضَّرر في ذاته سليمًا وصحيحًا[137].

الاتِّجاه الثاني: يذهبُ رائدُ هذا الاتِّجاه إلى أنَّ المسئوليَّة الموضوعيَّة هي مسئوليَّةٌ غيرُ خطئيَّةٍ تنشأ حال وجود الضَّرر، بما يجعلُ من الضَّرر وحده سببًا لقيام المسئوليَّة[138].

وعلى إثر ما تُوضِّحه المفاهيمُ المُتقدِّمة يتعيَّن الإشارةُ إلى أنَّ المسئوليَّة الموضوعيَّة هي مرحلةُ انتقال الاعتراف بالخطأ إلى الاعتراف بالضَّرر وَحْدَه، فلا عبرةَ بالخطأ ووجوده في نطاق هذا النوع من المسئوليَّة، لذلك فإننا نجدُ أنَّ هذه المسئوليَّة مُشدَّدة، وهي أقصى صور المسئوليَّة.

ثانيًا: تأثيرُ التأمين الطبيّ على قواعد المسئوليَّة المدنيَّة:

أثَّرت بصورةٍ فعليَّةٍ فكرةُ التأمين على قواعد المسئوليَّة المدنيَّة؛ أي إنها باتت مسئوليَّةً مُشدَّدة، وإذا كانت عناصرُ المسئوليَّة

---

[135] لكننا على الرَّغم من ذلك نرى أنَّ الثمار التي تُؤتيها الفاعليَّة الإيجابيَّة هي أكثرُ حيويَّةً في إطار تنظيم التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة.

[136] د/ محمد الشمري، د/ محمد خير العدوان، تصدُّع المسئوليَّة المدنيَّة بفعل التأمين، مجلة المنارة للبحوث والدِّراسات، المجلد (21)، العدد (1)، عمادة البحث العلميّ، جامعة آل البيت، جمادي الأولى، 2015م، ص141 وما بعدها.

[137] أ. د/ نزيه محمد الصادق المهدي، نطاق المسئوليَّة المدنيَّة عن تلوُّث البيئة، مُؤتمر نحو دورٍ فعالٍ للقانون في حماية البيئة وتنميتها في دولة الإمارات العربيَّة المُتحدة، الفترة (٢-٤] مايو 1999م، ص25.

[138] د/ محمد شعيب محمد عبد المقصود، المسئوليَّة الموضوعيَّة من حيث الأساس والتطبيق، مجلة الدِّراسات القانونيَّة والاقتصاديَّة، المجلد (7)، ملحق، كليَّة الحقوق، جامعة مدينة السَّادات، 2021م، ص6.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المدنيَّة في إطار القواعد العامَّة تجدُ ذاتيَّتَها في اجتماع الخطأ والضَّرر وعلاقة السببيَّة[139]، إلا أنَّ نشر المسئوليَّة الموضوعيَّة أبرزَ الاهتمام بعنصر الضَّرر وحده والتَّعويل عليه في نطاق المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة[140]، والتصدُّع الحاصل نجده في العبارة الآتية: [أنَّ مُجرَّد إتمام عقد التأمين وترتيب آثاره ... ثم تحقُّق ضررٍ للمضرور ... يُسأل المُؤمّن عليه عن هذا الضَّرر حتى ولو لم يكنْ هناك خطأٌ من جانبه]، فالطبيبُ يُسأل عن الأضرار الحاصلة للمريض حتى ولو لم يرتكبْ خطأً، سواءٌ وقع هذا الخطأُ من جانبه أو من أحد مُساعديه أو تابعيه، لذلك يُمكننا أنْ نَصِفَ هذه المسئوليَّة بأنها مسئوليَّةٌ حمائيَّةٌ تُوفِّر حمايةً مُتكاملةً للمضرور على الرَّغم من الظلم الذي يتعرَّض له المُؤمَّن عليه.

نخلصُ ممَّا تقدَّم إلى أنَّ التأمين الطبيَّ أحدث تصدُّعًا فعليًّا في قواعد المسئوليَّة المدنيَّة، ومظهرُ هذا التصدُّع يجد ذاتيَّتَه في جانبين:

الجانب الأول: حالة تحوُّل المسئوليَّة المدنيَّة في نظام التأمين الطبيّ من المسئوليَّة الفرديَّة إلى المسئوليَّة الجماعيَّة على النَّحو الذي أسلفنا الإشارة إليه.

الجانب الثاني: يتمثَّل في حالة تحوُّل المسئوليَّة المدنيَّة القائمة على فكرة الخطأ إلى المسئوليَّة الموضوعيَّة المُشدَّدة.

الخاتمة

يعدُّ التأمينُ من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة أحد أهمِّ صور التأمين من المسئوليَّة، وقد استعرضنا في هذا الخصوص جانبَيْن رئيسَيْن، تناولنا في الجانب الأول مضمونَ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، وقد استعرضنا بصدده عدَّة نقاطٍ جوهريَّة، إذ تناولنا تعريفَ عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة وأهمِّيته، إضافةً إلى بيان خصائصه، وكذلك الآثار المُترتِّبة على انعقاده، سواءٌ تعلَّق الأمر بالتزامات أطرافه، أم تعلق بنشوء فكرة المسئوليَّة المدنيَّة الجماعيَّة، أمَّا الجانب الثاني فانتقلنا في ضوئه إلى الحديث عن نطاق التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة وواقعها، وفي إطار هذا الجانب تناولنا عدَّة نقاط جوهريَّة، أي إننا تناولنا مخاطر التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، سواءٌ تعلَّق الأمرُ بالمخاطر المُغطَّاة وكذلك المُستبعَدة، وفي الأخير استعرضنا واقع التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، وأدركنا فاعليَّة هذه الصورة من التأمين، وكذلك تصدُّع فكرة المسئوليَّة المدنيَّة أمام التأمين، وخلصنا في نهاية المطاف في ضوء إعمال المنهج التحليليّ المُقارن إلى عددٍ من النتائج والتوصيات، نعرضُ لها على النَّحو الآتي:

أولًا: النتائج:

1- جاء القانونُ المدنيُّ العراقيُّ خاليًا من النصِّ على التزام المُؤمَّن له بعدم الاعتراف بالمسئوليَّة، ويتفقُ في ذلك موقفُ نظيره المصريّ.

2- جاء القانونُ المدنيُّ العراقيُّ خاليًا من النصِّ على التزام المُؤمَّن له بعدم التَّصالُح مع المضرور، لا سيَّما وأنَّ فقدان هذا الالتزام يُشكِّل خطرًا على مصلحة المُؤمّن، إضافةً إلى أنه يتعارضُ مع ما استقرَّ عليه الفقه والقضاء.

3- جاء القانون المدنيُّ العراقيُّ خاليًا من النصِّ على التزام المُؤمِّن بإدارة دعوى المسئوليَّة بعد تحقُّق الخطر.

4- جاء التَّشريعُ العراقيُّ خاليًا من تنظيم قانونٍ خاصٍّ لأحكام التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، مثله في ذلك مثل موقف المُشرِّع المصريّ.

---

(139) بردان صفيَّة، تطوُّر أزمة المسئوليَّة المدنيَّة، المجلة الجزائريَّة للحقوق والعلوم السِّياسيَّة، العدد [4]، معهد العلوم القانونيَّة والإداريَّة، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، ديسمبر 2017م، ص٢٨٧ وما بعدها.

(140) يعقوب بيران، التوجُّه نحو فكرة المسئوليَّة الموضوعيَّة، مجلة دفاتر البحوث العلميَّة، العد [٧]، المركز الجامعي مرسلي عبد الله بتيبازة، يناير 2016م، ص٢٣٩ وما بعدها.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثانيًا: التوصيات:

1- نقترحُ على المُشرِّع العراقيّ تعديلَ القانون المدنيّ، وإدراج نص يتضمن الالتزام بعدم الاعتراف بالمسئوليَّة ضمن الالتزامات المُتعيَّن على المُؤمَّن له الالتزامُ بها.

2- نقترحُ على المُشرّع العراقيّ تعديلَ القانون المدنيّ، وإراج نص يتضمن التزام المُؤمَّن له بعدم التَّصالُح مع المضرور.

3- نقترحُ على المُشرِّع العراقيّ تعديلَ نصوص القانون المدنيّ المُتعلِّقة بعقد التأمين وإدراج التزام المُؤمِّن بإدارة دعوى المسئوليَّة.

4- نقترحُ على المُشرِّع العراقيّ - إلى جانب القواعد العامَّة الواردة بصدد عقد التأمين في القانون المدنيّ - ضرورة تنظيم قانونٍ مُستقلٍّ يُنظِّمُ قواعد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، بحيث يكون قانونًا خاصًّا، ويُطبق القانون المدني كونه صاحب الولاية العامَّة فيما لم يَرِدْ بشأنه نصٌّ.

قائمة المراجع[ii]

المؤلفات :

1- برهام محمد عطا الله، التأمين: مُتضمنًا نصوص القانون الجديد للتأمين على حوادث السَّيَّارات رقم 72 لسنة 2007م، دار الفتح للطِّباعة والنَّشر، الإسكندريَّة، 2009م.

2- الحسين بن عبد الله بن سينا، القانون في الطب، تحقيق/ محمد أمين الضناوي، بدون دار وسنة نشر.

3- عبد الرحمن بن نصر بن عبد الله، أبو النجيب، جلال الدين العدوي الشيزري الشافعي، نهاية الرتبة الظريفة في طلب الحسبة الشريفة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنَّشر، بدون طبعة وسنة نشر.

4- محسن البيه، حقيقة أزمة المسئوليَّة المدنيَّة ودور تأمين المسئوليَّة، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، 1993م.

5- مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبيّ في ظلّ قواعد المسئوليَّة المدنيَّة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتَّوزيع، عمَّان، 2015م.

6- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون: نظريَّة القانون، دار الجامعة الجديدة، 2018م.

7- نزيه محمد الصادق المهدي، نطاق المسئوليَّة المدنيَّة عن تلوُّث البيئة، مُؤتمر نحو دور فعال للقانون في حماية البيئة وتنميتها في دولة الإمارات العربيَّة المُتحدة، الفترة (٢-٤] مايو 1999م.

الرسائل العلميَّة:

1- أمينة عيسى حمد أبو حيدر، آثار عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة، رسالة ماجستير، كليَّة الدِّراسات العليا، الجامعة الأردنيَّة، عمَّان، 2015م.

2- حمزة يحيى يوسف، أثرُ تأمين الأضرار على المسئوليَّة المدنيَّة، رسالة ماجستير، عمادة الدِّراسات العليا، جامعة مؤتة، الأردن، 2006م.

3- حميدان عويد الظفيري، التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة للطبيب، رسالة ماجستير، كليَّة الدِّراسات العليا، الجامعة الأردنيَّة، 2016م، عمَّان.

4- سعيد سالم عبد الله الغامدي، التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة في المجال الطبيّ - دراسة مُقارنة بين القانونَيْن المصريّ والفرنسيّ وقانون مُزاولة المهن الطبيَّة السعوديّ، رسالة دكتوراه، كليَّة الحقوق، جامعة عين شمس، 2017م.

5- محيي الدين المرسي، المبدأ التعويضيُّ في التأمين من المسئوليَّة، رسالة دكتوراه، كليَّة الحقوق، جامعة المنصورة، 1994م.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

6- مكربش سميَّة، عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة، رسالة دكتوراه، كليَّة الحقوق، جامعة الإخوة منتوري – قسنطينة، الجزائر، 2018-2019م.

الأبحاث والمجلات:

1- أميد صباح عثمان، موكريان عزيز محمد، المسئوليَّة المدنيَّة الجماعيَّة "دراسة تحليليَّة مُقارنة"، مجلة كليَّة القانون للعلوم القانونيَّة والسِّياسيَّة، المجلد [10]، العدد [٣٧]، كليَّة القانون والعلوم السِّياسيَّة، جامعة كركوك، مايو ٢٠٢١م.

2- بردان صفيَّة، تطوُّر أزمة المسئوليَّة المدنيَّة، المجلة الجزائريَّة للحقوق والعلوم السِّياسيَّة، العدد[4]، معهد العلوم القانونيَّة والإداريَّة، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، ديسمبر 2017م.

3- بن دخان رتيبة، الخطر في عقد التأمين، مجلة العلوم الإنسانيَّة، العدد (46)، جامعة منتوري - قسنطينة، ديسمبر 2016م.

4- سالم الغناي فرحات، التأمين من المسئوليَّة القانونيَّة المهنيَّة، مجلة العلوم الشرعيَّة والقانونيَّة، العدد (1)، كليَّة القانون بالخمس، جامعة المرقب، 2020م.

5- سناء خميس، التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة: دراسة مُقارنة في القانون الجزائريّ والفرنسيّ، مجلة الفقه والقانون، العدد (51)، يناير 2017م.

6- عادل البوعزاوي، محمد حفو، مبدأ سُلطان الإرادة: بين التطوُّرات والتغيُّرات، مجلة قانونك، العدد (17)، 2023م.

7- عمار عباس الحسين، مبدأ [شخصيَّة العقوبة] ودوره في تحقيق العدالة الجنائيَّة، مجلة الكليَّة الإسلاميَّة الجامعة، المجلد [3]، العد [٦]، الجامعة الإسلاميَّة، ٢٠٠٩م.

8- فيصل نسيغة، رياض دنش، النظام العام، مجلة المُنتدى القانونيّ، العدد [5]، كليَّة الحقوق والعلوم السِّياسيَّة، قسم الكفاءة المهنيَّة للمُحاماة، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2008م.

9- محمد الشمري، محمد خير العدوان، تصدُّع المسئوليَّة المدنيَّة بفعل التأمين، مجلة المنارة للبحوث والدِّراسات، المجلد (21)، العدد (1)، عمادة البحث العلميّ، جامعة آل البيت، جمادى الأولى، 2015م.

10- محمد شعيب محمد عبد المقصود، المسئوليَّة الموضوعيَّة من حيث الأساس والتطبيق، مجلة الدِّراسات القانونيَّة والاقتصاديَّة، المجلد (7)، ملحق، كليَّة الحقوق، جامعة مدينة السَّادات، 2021م.

11- منال ميسر نايف، إسراء صالح داود، التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة للمُحامي، مجلة الرافدين للحقوق، العدد (37)، كليَّة الحقوق، جامعة الموصل، 2008م.

12- وهبة الزحيلي، التأمين وإعادة التأمين، مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، جدة، العدد (2)، 1986م.

13- يعقوب بيران، التوجُّه نحو فكرة المسئوليَّة الموضوعيَّة، مجلة دفاتر البحوث العلميَّة، العد [٧]، المركز الجامعي مرسلي عبد الله بتيبازة، يناير 2016م.

14- محمود بسطامى ، أزمة العدالة فى الفكر القانونى ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد (55) ، العدد (1) ، مارس 2012م.

المراجع الأجنبيَّة:

1- الكتب والإبحاث:

- Justice et cassation: Dalloz, 2012, P. 67.
- B. Mathieu, "Le juge et la sécurité juridique: Vues du palais-Royal et du quai de l'horloge", D. 2004, n° 23, P. 1604.
- B.Mathieu-Le Respect De la légitime confiance Des Citoyens s'impose Au Législateur,

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

.P. 170

- Yann AGUILA - Le principe de sécurité juridique consacré par le Conseil d'Etat . 345- P. 3312006 ,Revisita opiniao Juridica, Fortaleza, V. 4, n. 7
- REMALD, numéro 101, ,M. A. Benabdallah, le princip de confiance l'egitime .Novembre-décembre 2011, P. 130
- indemnistation, 5C , edition ‘Lambert Faivre droit du Dommage Corporel , Systeme d Daloz ,2004.

.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

.

المعالجات التشريعية للترخيص بالعمل للعمالة الاجنبية في ظل قانون الإقامة العراقي الجديد المرقم 76 لسنة 2017 المعدل دراسة قانونية تحليلية مقارنة

م. د احمد زكي يحيى

كلية القانون – جامعة كربلاء

الملخص

الخصوصية تشغيل العمالة الاجنبية في العراق والاشكاليات التي تثيرها هذه الفئة من العمالة تبادر ألينا عمل هذه الدراسة والتي تعالج وتناقش المعالجات التشريعية لترخيصها في العراق وفق قانون الإقامة الجديد رقم 76 لسنة 2017 المعدل، من حيث الأصل وبعض القوانين المقارنة التي جاءت بمعالجات قد أغفل عنها مشرعنا والتي تتناسب ووضع العراق الحالي.

ولتمكين استقدام وتشغيل العمالة الاجنبية، ورسم الطريق لضمان الامان الاقتصادي والاجتماعي والامني من مخاطر العمالة الاجنبية على الواقع الاقتصادي والعمالة الوطنية على حداً سواء تعلقت هذه الشروط والاجراءات بالعامل الاجنبي المستَقدم ,ولاسيما أن أغلب الدولة تستقدم العمالة الاجنبية بسبب الحاجة لخبرتها والتي تفتقر لها العمالة الوطنية من الاستعانة والاستفادة من تجاربها الاقتصادية والعلمية وغيرها، ولكن لابد من أجراء موازنه بينها وبين العمالة الوطنية وحماية الأخيرة لأولويتها في التمتع بفرصة العمل ، ويتم ذلك ببعض الشروط وكان منها الحصول على الترخيص بالعمل ، والذي سوف نبينه بالتفصيل وبمطلبين الأول يخصص لمفهوم الترخيص, أما الثاني يكون محوراً لإجراءاتها وعلى النحو الاتي :-

الكلمات الافتتاحية: الترخيص – العمالة الأجنبية – الإقامة – قانونية

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المقدمة

أولا: -موضوع البحث

يُعد حصول العامل الاجنبي على الترخيص بالعمل من أجل ممارسة نشاطه من الشروط الاجرائية الاساسية التي ستطلبها القواعد القانونية والتعليمات واللوائح المنظمة لهذا النوع العقود من العامل الاجنبي لتمكينه من أبرام عقد التشغيل مع صاحب العمل المستقدم من قبل الجهات المختصة في بلد التشغيل، ويمكننا القول بكون الترخيص بالعمل للأجنبي يُعد شرطاً مفترضاً، لكي يتمكن من ممارسة العمل خارج دولته، وأن الحصول على الترخيص تُعد مسألة أولية تسبق البحث والتكلم عن الحقوق والالتزامات المرتبطة بأداء العمل.

ثانيا: - أهداف البحث

تهدف هذه الدراسة الى وضع المعالم القانونية لترخيص العمالة الأجنبية في بلد استقدامها، وذلك من خلال بيان المعالجات التشريعية التي جاءت بها النصوص القانونية المنضمة لبعض مفاصلها، وذلك من خلال بيان ماهية الترخيص، والية منحه، وشروط تحققه، فضلاً عن بيان الإجراءات التي الواجب اتباعها من قبلها عند دخول بلاد الاستقدام، مع ابداء التعديلات الضرورية للمعالجات التي تتعلق به.

ثالثا: - مشكلة البحث

تكمن مشكلة الدراسة في معالم الترخيص بحيث لا توجد صورة واضحة ومتكاملة لعدم اكتمال او عدم وضوح بعض اليات منحة، والتي بدورها تلقي ظلالها على شرعية وقانونية عقد تشغيله بصورة كاملة، سواء تعلق الامر بالفحص الطبي، أو التنسيق مع بلده الأصلي، ومدى مسؤولية صاحب العمل المستقدم عنه، وغيرها من الإشكاليات التي سنعالجها في ثنايا البحث.

رابعاً: - منهجية البحث

سنعتمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية والمتعلقة بقانون العمل العراقي النافذ رقم 37 لسنة 2015, وبعض القوانين المقارنة كالقانون العمل المصري والسعودي والاماراتي، فضلاً عن الآراء الفقهية وبعض القرارات القضائية المتعلقة بموضوع دراستنا قدر الإمكان.

خامساً: - خطة البحث

ستكون خطة البحث على مطلبين الأول يكون محوراً لبيان مفهوم الترخيص، وشروط منحه، بينما يكون المطلب الثاني محور لإجراءات منح الترخيص للعمالة الأجنبية، ثم نختمها بأهم النتائج والمقترحات.

المطلب الأول: -مفهوم الترخيص بالعمل للعمالة الأجنبية وشرائطه: -

يُعد حصول العامل الاجنبي على الترخيص بالعمل من أجل العمل الخاص به من الشرط الاجرائية الاساسية التي لا يتم بدونها، وذلك باعتباره شرط من الشروط الاجرائية المهمة التي ستطلبها القواعد القانونية والتعليمات واللوائح المنظمة لهذا النوع العقود من العامل الاجنبي ضرورة الحصول عليه لتمكينه من أبرام عقد التشغيل هذا مع صاحب العمل المستقدم من قبل الجهات المختصة في بلد التشغيل، من أجل بيان الاحكام الخاصة به بالتفصيل وأثره على عقد التشغيل.

ويمكننا القول بكون الترخيص بالعمل للأجنبي يُعد شرطاً مفترضاً، لكي يتمكن من ممارسة العمل خارج دولته، وأن الحصول على الترخيص تُعد مسألة أولية تسبق البحث والتكلم عن الحقوق والالتزامات المرتبطة بأداء العمل، ويوصف الترخيص للعامل الاجنبي بأبرام عقد التشغيل {بكونه أذن لممارسة الاجنبي العمل في المملكة العربية السعودية، يصدر عن السلطات المختصة، محدد بنشاط أو مهنة معية، ومنشأة بذاتها، وصالحاً لفترة مؤقتة} [1] .

ويلاحظ عليه أنه قصر مفهوم الترخيص للعمالة الاجنبية التي تروم العمل في المملكة العربية السعودية، ولكن جاء بتحديد ملامح أو محددات الترخيص بالإشارة الى تحديد جهة الاصدار، ونوع النشاط او العمل، وجهة العمل، ومدة الترخيص والتي جعلها مؤقتة وقابلة للتجديد، وهذه مسائل مهمة ومحددة لملامح عقد التشغيل في الوقت ذاته لارتباط الوثيق بينهما، فلا يتم أحدما ألا بتمام الاخر.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وعرف أيضاً بأنه {أذن يجب على العمال الاجانب الذين يرغبون العمل لدى بلد التشغيل الحصول عليه من الجهات المختصة، والذي لا يقتصر دوره في العادة على التحقق من مدى الحاجة الى مثل تلك العمالة، بل التأكد من بعض المسائل الامنية مثل شرعية الدخول الى الدولة، وحسن السلوك، وغير معاقب لارتكابه جريمة، فضلاً عن الشروط الاخرى} [2] .

وما يميز هذا التعريف عن سابقة هو الاشارة الى مسألة عدم وجود عقوبة عن جريمة مرتكبها العامل الاجنبي في وطنه، والذي يُعد من الشروط الجوهرية الواجب التي يجب التأكيد عليها عند منح الترخيص، للحفاظ على الامن والسلم الاجتماعي لبلد التشغيل.

مما تتضح لنا أهمية الترخيص في تشغيل العمالة الاجنبية للدور الذي يؤديه فمن خلاله يمكن تحقيق التوازن بين مصلحة الدولة، وحاجتها للعمالة الاجنبية، وتقرير حق التشغيل للأجنبي على حساب العمالة الوطنية بتعرضها للبطالة وما تحققه من أضرار اقتصادية، واجتماعية، ووضع ما يُحد ذلك عن طريق الترخيص [3] بتحديد احتياجاتها من الخبرة الاجنبية، ومراقبة نظام تشغيل الاجانب، وحماية الايدي العاملة الوطنية من خطر المنافسة الاجنبية.

ويشترط في موافقة الجهات المختصة للحصول على الترخيص لتشغيل العمالة الاجنبية العديد من الشروط المهمة، ومنها الحاجة لخبرة ومؤهلات العمالة الاجنبية والتي تعد الغرض الرئيسي للاستقدام، أي حاجة البلاد وصاحب العمل المستقدم الى الخبرة الفنية والعلمية للعمالة الاجنبية، حيث يستوجب اللحاق بالدول المتقدمة وتطوير التنمية الاقتصادية والاجتماعية الاستعانة بالخبرات الاجنبية، وخاصة المشاريع الاستثمارية الجديدة والسماح لها بالاستقدام، لسد النقص الحاصل في قدرات وخبرات العمالة الوطنية.[4] .

ويتطلب لتحقق هذا الشرط هو أن تتناسب مؤهلات وخبرات العمالة الاجنبية مع العمل المطلوب والحاجة لها، أذ يجب الموائمة بين الحاجة للاستعانة بالخبرات الاجنبية في المجال المطلوب، وبين مؤهلات العامل الاجنبي التي يجب بحثها جيداً لتحديد مدى الحاجة له. [5] .

ولتحقيق الغرض من الترخيص لتطوير الكفاءة وزيادة الانتاج وتحسين الخدمات في الدولة، فيكمن من خلال المستندات التي يعمد العامل الاجنبي على تقديمها الى الجهات المستقدمة له للتأكد من كفاءته وصلاحيته للعمل المطلوب والانخراط به، ومن الاهمية بمكان ضرورة التدقيق من خلال الفحص للأوراق التي تقدم من قبل العمالة من حاجة المشرعات والمؤسسات الى تلك الايادي العاملة للعودة ذلك على النفع الاقتصادي، أذ تُعد أهم مؤشرات منح الترخيص، ومنع التخمة بالعمالة غير الماهرة.

وهذا ما تضمنته القواعد القانونية المنظمة له، أذ نصت المادة الرابعة من قرار وزير القوى العاملة والهجرة المصري ب {1- أن تتناسب مؤهلات وخبرات الاجنبي مع المهن ..... 5- الحاجة البلاد الاقتصادية}، والمادة الخامسة عشر من نظام العمل السعودي في فقرتها الثانية الى القول {2- وأن يكون من ذوي الكفاءات المهنية أو المؤهلات الدراسية التي يحتاجها البلاد .....}، والمادة الثالثة عشر من قانون العمل الاماراتي ب {..... أن يكون العامل من ذوي الكفاية المهنية أو المؤهلات الدراسية التي تحتاج أليها البلاد ....} [6] .

بينما نجد المشرع العمالي العراقي وأن لم ينص على هذا الشرط في قانون العمل رقم 37 لسنة 2015 ، ألا أنه قد ذكره في تعليمات ممارسة الاجانب العمل في العراق رقم 18 لسنة 1987 في المادة الرابعة منها على { مدى حاجة العراق الى الايادي العاملة الاجنبيةً على ضوء ما تُطلبه الاقتصاد الوطني ....} ، وتماثلها المادة الخامسة من تعليمات ممارسة الاجانب العمل في أقليم كردستان [7] ، والملاحظ على المشرع العمالي العراقي الاختلاف عن بقية التشريعات سالفة الذكر أنه أشترط على العمالة الاجنبية الحصول على الترخيص بالعمل بمدى حاجة العراق الى الايادي العمالة الاجنبية ، ولم يذكر شرط الكفاءة ، والذي يُعد مُفترض توافره فيها ، وعدم توافره في العمالة الوطنية ، وذلك في غاية الاهمية لتقنين مسألة استقدام العمالة الاجنبية وحماية العمالة الوطنية .

وكما يشترط لمنح الترخيص هو عدم مزاحمة العمالة الاجنبية العمالة الوطنية في الحصول على فرصة العمل، حيث تقتضي المصلحة العامة الاخذ بمبدأ أولوية العامل الوطني وتفضيله على غيره من العمال الاجانب في شغل الوظيفة، حتى وأن كانوا ينتمون الى دول عربية، لجعل الاستعانة بالعمالة الاجنبية في أضيق الحدود، وفي مهن يتعذر فيها وجود العمالة الوطنية[8] .

ولا سيما التأكيد علية من قبل نصوص التشريعات المنظمة منح الترخيص العمالة الاجنبية، والتي جعلته من شروط منحه،

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وضعت له العديد من المعايير لتأكد من عدم المزاحمة، وعدم توافر عمالة وطنية في ذات الاختصاص والمؤهلات، ومنها مبدأ عدم مزاحمة العمالة الاجنبية للعمالة الوطنية.

وكما يُعد الفحص الطبي وخلو العامل الاجنبي من الامراض المعدية من أهم شروط منح الترخيص، حيث لا يمكن الاستفادة من العمالة وزيادة الانتاج، ألا من خلال الاطمئنان الى خلو العمالة الاجنبية من الامراض، وخاصة المعدية منها، والتي تسمى بالبطاقة الصحية، مما يوجب عبى العامل الاجنبي من الخضوع الى الكشف الطبي بعرفة السلطات المختصة للدولة المراد العمل بها، أو أي جهة أخرى تحددها الدولة، ولا يمكن مزاولة العمل قبل هذا الاجراء [9] .

ولا سيما والوضع الحالي وكثرة الامراض والفايروسات ومنها فايروس كورونا، مما أصبحت ضرورة ملحة، ومن غير الممكن السماح للعمالة الاجنبية المصابة من الاختلاط مع أفراد المجتمع، ولا سيما أن حماية العامل الاجنبي والمحافظة عليه من الاضرار الصحية تقع على صاحب العمل، ومن مقتضيات حسن النية، مما يوجب استخدام عمالة تسمح ظروفهم الصحية لذلك، ووضع الدولة التدابير اللازمة لمراقبة هذا الامر.

ولخصوصية هذا الشرط نجد أغلب القواعد المنظمة له نصت في قرارات ملحقة بقوانين العمل ، ومنها قرار رقم 292 لسنة 2010 الصادر عن وزير القوى العاملة المصري ، بهذا الخصوص ولكن اشارة الى الفحص الطبي على نوع واحد من الامراض { الايدز}، والذي يمكن القياس عليه ، والمادة الرابعة والعشرون في فقرتها الخامسة من لائحة الاستقدام العمالة السعودية[10] .على { يلتزم المرخص له بأجراء فحص طبي شامل للعمل قبل وصوله الى المملكة ، للتأكد من أنه لائق صحياً ولا يعاني من أي مرض مزمن أو معدي لا يمكنه من أداء عمله ، على أن يرفق تقارير الطبية بعقد عمله} ، وأيضاً أخذ بهذا الشرط القانون الإماراتي بشأن فحص الوافدين بموجب قرار مجلس الوزراء[11] لغرض العمل ..... للفحوص الطبية المنصوص عليها في هذا القرار وتحدد شروط منح الاقامة أو تجديدها وفقاً لنوع الاصابة .....}.

والملاحظ أن التشريعات قد جعلت من الفحص الطبي من اوائل الامور ضرورة تحققها لمنح الترخيص ، ومما تحقق الرقابة على الية منحها والمحافظة على الوضع الصحي في البلاد ، وخاصة نجد المشرع الإماراتي قد جعل التجديد أيضا مرهوناً بها ، واقتصاره على الجهات الرسمية في أجراءه ، مع أمكانية التعاون مع بلد المصدر للعمالة من خلال الاجراء الفحص قبل المغادرة ، وعند الوصول ، بحسب المادة الحادية عشر من ذات القرار ، وضرورة أرفاق التقارير الطبية مع العقد عند الترخيص كما هو في النظام السعودي ، فيحقق ذلك الرقابة من جهة ، وتحديد متمسكات عقد التشغيل من جانب أخر .

اما على صعيد قانوننا فلم نجد الاشارة الى هذا الشرط المهم لمنح الترخيص للعمالة الاجنبية لا في القواعد بقانون العمل النافذ، ولا بتعليمات ممارسة الاجانب العمل في العراق، ولكن نجد مشرعنا قد أشاره الى هذا الامر بصورة عامة في قانون اقامة الاجانب رقم 76 لسنة 2017 المعدل في مادة الثامنة بالقول {ثبوت خلوه من الامراض السارية والمعدية والعوز المناعي المكتسب على وفق القانون – على وفق تعليمات وزارة الحصة العراقية}، وليس متعلق بالترخيص للعمالة الاجنبية فقط ، بل يشمل حتى العراقي العائد الى البلد.

ومما يمكننا التأكيد عليه عند منح سمة الدخول والاقامة لغرض العمل ، وعدم ترك الامر عاماً لخطورة الامراض التي ممكن ان تجلبها العمالة الاجنبية ، والتأكيد عليها بقانون العمل أو تعليمات ممارسة الاجانب العمل في العراق ، أو بتعليمات مشتركة بين وزارة الصحة ووزارة العمل ،وجعلة شرطاً اساسياً في منح الترخيص وليس بطريقة غير مباشرة مع ضرورة ارفاق التقارير في العقد ، وجعل هناك فحص طبي دوري للعمالة كل ستة أشهر من مدة العقد.

وكما يشترط أيضاً لمنح الترخيص هو أن لا يكون هناك مانع أمني أو قانوني يمنع العامل الاجنبي من الحصول على الترخيص وابرام عقد التشغيل ، ومن خلال تأييد من الدوائر الامنية المختصة في البلاد ، لان ذلك سوف يكون خطراً على من يعمل معه ، فضلا عن خطورته على المجتمع [12] ، فضلاً عن ألغاء الترخيص ، وأنهاء عقد التشغيل أثناء التنفيذ أذ اصبح وجودة خطراً على الدولة والمجتمع ، والتي سوف نبينها عند الكلام عن انتهاء هذا العقد.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ويُشار أيضاً ولتشديد على مسالة منح التراخيص هو عدم منحه للعامل الذي سبق وأن عمل في البلاد وفصل لأخلاله بسلوكه أو حكم عليه بجناية مخله بالشرف او الأمانة او ترك العمل لدى أحد الهيئات العامة دون موافقتها ، أو انهاء العقد بغير الاسباب اعلاه ولم تمضي على مغادرته ستة اشهر ، والدخول بسمة دخول غير سمة العمل ، مما يثير الشكوك حوله [13] .

ويجب أن يكون العامل الاجنبي قد تعاقد مع صاحب العمل المستقدم لغرض منح الترخيص ، وهذا جاء به نظام العمل السعودي في المادة الثالثة والثلاثون منه في فقرتها الثالثة بالقول{ أن يكون متعاقداً مع صاحب العمل وتحت مسؤوليته }، وحسن ما فعل المشرع السعودي عند اشتراط هذا الامر ، وهذا لم نجده في باقي القوانين المقارنة وحتى القانون العراقي ، بالرغم من الاهمية التي يحققها أذ لا يمنح الترخيص ألا أذا وجدت جهة منحة أنه قد تعاقد مع صاحب العمل المستقدم ، والذي من شأنه يمنع انفلات العمالة الاجنبية عند دخول البلاد ، وتنقلها بحرية من صاحب عمل الى أخر ، مما يحقق أهم الألية في مراقبتها من قبل الجهات المختصة ، فضلاً عن ايقاع عبء مسؤولية العامل الاجنبي على صاحب العمل فيما لو خالف الاول لشروط العمل وأخل بالأمن الوطني ، لذلك ندعوا المشرع العراقي الاخذ بهذا الشرط في تعليمات ممارسة عمل الاجانب في العراق في المادة الرابعة منه بإضافته فقره ثالثة ب {ثالثاً :- أن يكون متعاقداً مع صاحب العمل المستقدم وتحت مسؤوليته.}.

المطلب الثاني: - إجراءات منح الترخيص بالعمل للعمالة الأجنبية: -

وبعد تحقق هذ الشروط يجب أتباع مجموعة من الاجراءات للحصول على الترخيص، وتتمتع هذه الإجراءات بخصوصية في هذا العقد، بكون اقتصار الدراسة على الاستقدام عن طريق شركات الاستقدام، والتي عن طريقها يتم اتخاذ هذه الاجراءات بعد تقديم الطلب لها، دون الاستقدام المباشر، مما يضفي على هذا العقد الجدية والرقابة واحترام القواعد المنظمة له.

وخاصة أن كل القوانين المقارنة قد وضعت أحكاماً تنظم مسألة إجراءات الحصول على رخصة العمل ، فنجد نظام العمل السعودي قد وضع نموذجاً معين يتم من خلاله تقديم طلبات منح التراخيص ، المُعد من قبل الوزارة ، الذي يقدم من قبل شركة الاستقدام المخولة من قبل صاحب العمل المستقدم أو من يكون وكيلاً عنه بمقتضى القانون بحسب عقد الاستقدام بتعهدها باستقدام العمالة له وفق شروط الطلب ، الى مكتب العمل الواقع ضمن دائرتها المركز الرئيسي للمنشأة ، أو صاحب العمل الذي يرغب بطلب الترخيص ، سواء كان العامل الاجنبي داخل البلد أم خارجه [14] ، بعد تقديم معه كافة المستندات المطلوبة ، والتي يجب التأكد من مضمونها وصحتها ، أذ أن عمله وممارسته لأي نشاط دون استيفاء كافة الاوراق المتعلقة به يمثل تهديدا للنظام العام في الدولة [15] .

ومنها تعبئة وختم استمارة الطلب ، ارفاق اصل جواز السفر ، وجود حساب جاري في اي بنك ، تحديث بيانات صاحب العمل ، ارفاق نسخة من تسجيل العامل الاجنبي في الحاسب الالي ، نسخة تبين نسبة العمالة المستخدمة في المنشأة بحسب القانون ، وتقديم كافة الوثائق والمستندات التي تبين مدى ملائمة مع النشاط المرخص له ، ودفع الرسوم ، وغيرها من المستندات لمنح الترخيص [16] .

بينما نجد قانون العمل الاماراتي قد توسع في طلب المتمسكات لمنح الترخيص ، حيث أستلزم تقديم الطلب عن طريق النموذج الالكتروني المُعد من قبل الوزارة ، وتدوين به البيانات التي نص عليها القرار الوزاري [17] ، وذلك في المادة الرابعة منه ، { 1- ومنها تثبيت العقود المتعاقد عليها مع المنشأة طالبة الاستقدام للقيام بتنفيذها معتمدة من الخطة المتعاقدة ومصدقاً على التوقيعات فيها وموضحاً بها بالتحديد أماكن العمل في المشروعات محل العقود ، 2- التقارير التي تحدد في جدول زمني مراحل تنفيذ المشروع أو تفصيلاته والعمالة المطلوبة في كل مرحله ونوعيتها مدة كل مرحلة ، 3- أثبات حاجة المنشأة الطالبة لحجم العمالة المطلوبة.}.

وبعدها تقوم وزارة العمل من مفاتحة بقية الجهات التي لها علاقة بالأمر مثل أدارة الجنسية والهجرة أو سفارات دولة الامارات في الخارج لعمل التصاريح والتأشيرات والاذونات بعد سداد الرسوم [18] .

مما يتضح التشدد في الاجراءات لمنح الترخيص ، وتكمن ايضاً في الاصل بتقديم طلبات الاستقدام أن يكون فردياً ، ألا أذا دعت الضرورة لتقديم الطلبات جماعياً ، وأحاطت بظروف الاستقدام صفة الاستعجال ، مع توضيح مبررات الاستعجال للوزارة لغرض البت به بالقبول أو الرفض ، وأن لا يقل عدد العمالة بطلب الجماعي عن خمسة وعشرون عاملاً [19] .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مما يوضح الية حماية العمالة الوطنية ، وتقنيين وتقيد استقدام العمالة الاجنبية ، وعدم اغراق سوق العمل بالعمالة غير الماهرة ، فضلاً عن تدوين كل ما تقدم من قبل صاحب العمل في سجلات محددة من الوزارة ، وجعل الاستقدام فردياً وحسن ما فعل ، والذي لم نجده في النظام السعودي ، لضمان الرقابة على العملية بكاملها .

أما على صعيد قانون العمل المصري فنجد قد أختلف عن القوانين أعلاه المنظمة لإصدار تصاريح العمل للعمالة الاجنبية من حيث نوع وطبيعة الاجراءات ، حيث نصت المادة التاسعة والعشرون منه على الية منح الترخيص من خلال اتباع الشروط والاجراءات التي يضعها الوزير المختص بقرارات تصدر عنه [20] .

وبالرجوع الى القرارات منح التراخيص العمل للعمالة الاجنبية ، أنها أشاره الى وجوب تقديم مستمسكات عامة تشمل كل عامل اجنبي ، ومنها قرار وزير القوى العاملة والهجرة رقم 136 لسنة 2003 ، في المادة السابعة منه على الزام العامل الاجنبي عند تقديم طلب الترخيص المستمسكات وهي ما يفيد سداد الرسم المقرر ، وموافقة الجهة التي ستقوم بالعمل لديها أذ كان الاجنبي هو طالب الترخيص ، والترخيص بمزاولة المهنة في الاحوال التي تقتضي ذلك ، وما وردت في قرار رقم 485 لسنة 2010 [21] . في المادة الاولى والرابعة منه ، ولكن هنا صاحب العمل أو المنشأة هو مقدم الطلب ، ومنها صورة من الكتاب الموجة لمصلحة الجوازات والهجرة ، وصورة عن جواز سفرة ، صورة عن مؤهلاته ، نماذج الترخيص ، وشهادة خلوة من الامراض { الايدز } ، صورة عن السجل التجاري للمنشأة المستقدمة ، فضلاً عن الخطاب المالي المعتمد عن المنشأة .

لكن بالإضافة الى المستمسكات العامة، قد يتطلب القانون بعض الشروط لبعض الفئات الاجنبية من اجل منح الترخيص ، مثل الاجنبي الحاصل على اقامة خاصة لعشر سنوات ، او العاملون في المنشاة السياحية وغيرها من الفئات ، مما يتطلب بعض المستمسكات خاصة بطبيعة النشاط [22] .

أما على صعيد قانوننا فنجده قد ترك الامر في تحديد الاجراءات منح الترخيص للعمالة الاجنبية التي تروم العمل في العراق الى تعليمات ممارسة الاجانب العمل في العراق رقم 18 لسنة 1987 النافذة ، السادسة منه ، ولكن فرق في الاجراءات بين الاجنبي الموجود في خارج العراق والاجنبي الموجود في داخل العراق ، وهي تقديم الطلب الترخيص ويكون تحريريا الى وزارة العمل والشؤون الاجتماعية ، عن طريق الممثليات في الخارج او عن طريق صاحب العمل او وكليه ، ويتضمن كافة المستمسكات المطلوبة ومنها مثل الاسم والجنسية ونوع العمل واسم صاحب العمل وعنوانه وغيرها ، وبعد الموافقة تمنح له سمة الدخول من قبل الجهات المختصة ، أما أذا كان في الداخل فهي ذات الاجراءات والوثائق ما عدى تقديم المستمسكات القانونية التي تثبت دخوله بطريقة مشروعة واقامته فيه.

على عكس تعليمات ممارسة الاجانب في اقليم كردستان[23] التي نظمت بالإضافة للعامل الاجنبي سواء داخل العراق او خارجة ، وكانت مماثلة له ، لن تميزت بتنظيم اجراءات منح الترخيص عن طريق شركات الاستقدام ، وذلك في المادة السابعة منها على { ثالثاً – ب- على الشركات التي تقوم بتشغيل الايادي العاملة الاجنبية اتباع الاجراءات التالية :-

1 – ان يتقدم بطلب تحريري الى مديريات التشغيل في المحافظات مرفقاً بقائمة تتضمن المعلومات الكاملة عن العمال الاجانب ومؤهلاتهم للذين يرمون استقدامهم الى الاقليم . 2- عند موافقة مديريات التشغيل في المحافظات على الطلب المقدم توجه كتابا الى دائرة الاقامة لمنحهم سمة الدخول للإقليم .....}.

وهو حسن ما فعل المشرع في اقليم كردستان، وان كان التنظيم خجولاً ، أذ اقتصر على الترخيص لها وهو تنظيم أجرائي لا موضوعي ، لذا ندعوا المشرع العراقي الحذو حذو القوانين المقارنة , وجعل الترخيص واتخاذ الاجراءات عن طريق شركات الاستقدام ، لضمان تقنين عمليات الاستقدام وتحيق الرقابة عليها ، مما ينعكس ايجاباً على الواقع الاقتصادي للبلاد .

مما يتضح لنا أن الجهة المختصة في منح الترخيص بعد تدقيق الوثائق والمستندات المقدمة من أطراف عقد التشغيل ، أنها ذات طبيعة وغاية واحدة ، وأن اختلفت في التسميات ، فنجد المشرع المصري اذ اعطى هذ الصلاحية الى مديريات القوى العاملة والهجرة الواقع في دائرتها ، أو المكاتب التي يحددها والوزير [24] بينما المشرع السعودي[25] جعل اختصاص وزارة العمل وفق نماذج معده

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

سلفاً لمنح الترخيص للعمالة الاجنبية في حين اعطى المشرع الاماراتي[26] لجهة قسم خاص باستخدام غير المواطنين في وزارة العمل والشؤون الاجتماعية .

في حين نجد قانون العمل العراقي قد اعطى هذا الامر الى وزارة العمل والشؤون الاجتماعية [27] ، ولكن ما يعاب على المشرع انه أفرد وزارة العمل وحدها في هذا الامر من دون اشراك بقية الجهات ذات العلاقة ، ومنها الجهات النقابية العمالية المختصة لكونها أكثر الماماً بالأعمال التي يمارسها العامل الاجنبي ، ومدى الحاجة لهم ، وحجم البطالة ، فضلاً عن وزارة التخطيط ودائرة الإقامة وغيرها من الجهات للوصل الى التنظيم المثالي للعمالة الاجنبية.

ويمتاز الترخيص بطبيعة خاصة وهي كونه غالباً مؤقت ومحدود بوقت معين وينتهي بانتهائه ، والذي ترتبط مدة العقد بكاملة به ، وهو شرط استمرار لا بداية ، بمعنى يجب ان يتحقق الترخيص من بداية العقد وتنفيذه الى نهاية وانتهائه ، والذي اختلفت القوانين المنظمة له ، فمنها من جعله لمدة سنه ومنها سنتان وثلاث ، وذلك حسب الحاجة للعمالة الاجنبية .

ولكن يلاحظ على المشرع العراقي لو جعل مدة الترخيص هي سنتان بدل من سنة ، لغرض التقليل من الروتين الاجرائي في منح التراخيص ، والتأكيد على نوعية العمالة الاجنبية ، ومع أمكانية الغاء الترخيص متى ما اصبح وجود العامل يشكل خطراً على المصلحة الوطنية .

ومن جانب أخر يمكن لأطراف عقد التشغيل ولعدم انتهاء عمل العمالة الاجنبية من أعادة تجديد الترخيص ، وذلك بعد توافر شرط الحاجة لها ، وشروط الترخيص سالفة الذكر جميعها ، ومع ان يقدم طلب التجديد الاجازة عن طريق صاحب العمل قبل فتره وجيزة من انتهاء الترخيص.

والذي نصت عليه النصوص القانونية المنظمة للترخيص حيث أجازت ذلك بعد توافر الشروط ، وتحقق الحاجة لها وسداد الرسوم ، وقد حددت ذلك بفتره وجيزة قبل انتهاء مدة الترخيص ومنها جعلها بستين يوم ، ومنها بثلاثين يوم قبل الانتهاء ، والتي يكون للجهة المانحة للترخيص الصلاحية في تجديده من عدمه ، وذلك بعد التأكد من الحاجة الضرورية ، وعدم وجود من العمالة الوطنية ان يحل محله ، وغالباً تكون مدة التجديد هي ذات المدة الاصلية للترخيص ، والذي يقدم الطلب هو صاحب العمل المستقدم .

والملفت للنظر لم نجد لا في طيات نصوص المنظمة للترخيص في القانونيين المقارنة ، ولا نصوص القانون العراقي من الاشارة الى مسألة الاعتراض على منح التراخيص للعمالة الاجنبية ، اذ وللدور الذي تؤديه العمالة والاضرار الكبيرة في العمالة الوطنية ، والاقتصاد الوطني على حداً سواء ، وأن كانت قد وضعت قيوداً على الترخيص ، فمن باب أولى ان يعطى للنقابات العمالية ، أو جهة معينة في وزارة التخطيط حق الاعتراض على كمية التراخيص التي تعطى لها ، للحد من العمالة المتسربة داخل البلاد دون قيداً او شرط ، وتنظيم مسألة رسومها .

ولا سيما نجد ان المشرع العراقي لم يشير الى مسألة في غاية الاهمية في عقد تشغيل العمالة الاجنبية وهي مسألة رفض منح الترخيص أو تجديده للعمالة الاجنبية بصورة مباشرة ، وأنما بصورة ضمنية ، من خلال الاشارة الى الرفض عند عدم توافر شرط أو جميع الشروط المطلوبة له ، والاكثر من ذلك لم يشير الى مسألة الاعتراض على رفض منح الترخيص من قبل العامل الاجنبي نفسة ، أو من قبل صاحب العمل المستقدم ، وعدم بيان الجهة ، والوقت , والالية التي يمكن ان تتبع في الاعتراض , وهل أصلاً يسمح بذلك ام لا ، وما هو طبيعة القرار الذي يمكن ان يصدر عند الاعتراض ، وهل يشترط التسبيب في قرار الرفض ام لا.

على العكس من القوانين المقارنة التي وأن اشارة الى ذلك ولكن ليس بالمستوى المطلوب ، أذ بينت أمكانية الجهات المختصة في منح الترخيص أو تجديده للعامل الاجنبي ، ويكون الرفض مستنداً الى تخلف شرط أو اكثر من شروط منح الترخيص ، والتي اجازت لصاحب العمل المستقدم أو للعامل الاجنبي الذي رفض ترخيصه ، أو تجديده السابق منحه له ، من التظلم من القرار لدى الجهات الادارية المختصة مثل المدير العام ، أو الوزير العمل بإصدار التراخيص عمل الاجانب خلال فترة معينة ، فمنها جعلها بثلاثون يوم ، ومنها 15 يوم ، من تاريخ التبليغ بالرفض ، من خلال طلب يتضمن اسباب رفضه ومؤيداً بالمستندات ، والذي تبلغ بعدها الجهات المانحة للرد على هذا الطلب خلال فترة وجيزة ، ويمكن له الاعتراض ثانية ، ويجوز الاحتفاظ به دون الرد اذا لم

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

يتضمن اسباب جديدة ، بينا من جعل قرار الوزير في الرد عن التظلم نهائياً [28] .

لذلك ندعوا المشرع العراقي الى أنشاء هيئة مشكلة من جهات متعددة، منها وزارة العمل ، والنقابات العمالية ، ووزارة التخطيط ، ومديرية الجوازات والاقامة ، يُشرف عليها وزير العمل ، للناظر بطلبات الاعتراض على رفض منح الترخيص ، او تجديده ، خلال فترة خمسة عشر يوم من تاريخ تبليغ العامل الاجنبي ، او صاحب العمل المستقدم ، ويكون القرار نهائياً ، مكتوباً ومسبباً .

وبعد الموافقة على منح الترخيص ، يُسلم العامل الاجنبي وثيقة تسمى { بطاقة أو إجازة – التشغيل } ، تتضمن كافة المعلومات المطلوبة عن العامل الاجنبي ، ومحدد فيها بداية الترخيص ونهايته [29] ، وفي حال فقدانها يمكن له من استخراج بدل فاقد أو تالف للترخيص ، من قبل الجهات المختصة ، وبعد تقديم ما يثبت ذلك ، وفي ذات اليوم ، وخاصة نجد القوانين المنظمة لبطاقة الترخيص ، بعضها قد أعفى طالب البطاقة من الرسوم وجعلها مجانية ، في حين الاخر الزم العامل الاجنبي بدفع الرسوم حسب القانون للحصول عليها .

وهذا لم نجد له المثيل في النصوص المنظمة للترخيص في القانون العراقي لا من قريب ولا من بعيد ، لتحقيقها للعديد من المنافع ، كتقنين التشغيل ، والرقابة عليه ، ومنع الانتقال الى صاحب عمل أخر دون اتخاذ الاجراءات القانونية ، وجعلها برسوم عالية من اجل تحفيز العمالة على الاحتفاظ به عند تعديل تعليماته.

وعليه وبحصول العامل الاجنبي على الترخيص من قبل الجهات المختصة ، سيتمكن من ابرام عقد التشغيل مع صاحب العمل المستقدم ، والالتزام به والتمتع بالحقوق الناتجة عنه ، والحصول على الحماية التي توفرها القواعد المنظمة له ، وخاصة ان الترخيص هو شرط بداية واستمرار طوال مدة العقد كما قلنا ، مما يعني أن أي خلل في أحد شروط الترخيص بعد منحة يكون له أثراً كبير على الترخيص بحد ذاته ، وعلى عقد التشغيل أيضاً على حداً سواء ، وخاصة أن هذه القواعد تتصف بالصفة الحمائية الامرة التي لا يمكن مخالفتها .

فيكون أثره على الترخيص هو الالغاء ، بمعنى تقوم الجهات المختصة المانحة للترخيص من ألغاء الترخيص للعامل الاجنبي [30] ، ويكون ذلك من خلال الجولات التفتيشية التي تجريها الجهات المختصة ، أو ابلاغ صاحب العمل المستقدم عن ذلك لرفع المسؤولية عنه ، لوجود نوعين من الجزاء الذي يفرض للمخالف ، الجزاء الجنائي والجزاء المدني ، فضلاً عن تحديد القواعد القانونية المنظمة للترخيص حالات الغاء الترخيص.

ويكون أثره على عقد التشغيل كبيراً ،وهو بطلان العقد ، ويأتي البطلان لمخالفة التصرف الذي أبرمه العامل الاجنبي للقواعد القانونية التي أقرتها الدولة بشأن نظام عمل الاجانب ، مما يجعل تصرف العامل الاجنبي ورب العمل المستقدم لا وجود له قانوناً ، ويتحقق البطلان بحكم القانون المطلق الذي لا تلحقه أجازه لمخالفة قواعد النظام العام في دولة العمل ، حين يتم وضع هذه النصوص لحماية اهداف اساسية ومحددة قدرها المشرع ، ووضع لها ضوابط قانونية لا يجوز الانحراف عنها ، حتى وأن لم تنص القوانين المنظمة لها صراحة ، بل مكتفية بالقواعد العامة في القانون المدني لتقرير بطلان عقد التشغيل لمخالفة النصوص الصريحة للقواعد المنظمة له ،مما يترتب عليه اثار العقد الباطل والذي يقتضي أعادة الوضع الى ما كان عليه سابقاً ، والذي له خصوصية في عقد تشغيل العمالة الاجنبية.

الخاتمة

وبعد الانتهاء من كتابة بحثنا يمكن ان نورد بعض النتائج التي توصلت لها وبعض المقترحات التي ندعو الى الاخذ بها.

أولا: - النتائج: -

1-. يضح لنا أهمية الترخيص في تشغيل العمالة الاجنبية للدور الذي يؤديه فمن خلاله يمكن تحقيق التوازن بين مصلحة الدولة، وحاجتها للعمالة الاجنبية، وتقرير حق التشغيل للأجنبي على حساب العمالة الوطنية بتعرضها للبطالة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وما تحققه من أضرار اقتصادية، واجتماعية، ووضع ما يُحد ذلك عن طريق الترخيص وذلك بتحديد احتياجاتها من الخبرة الاجنبية، ومراقبة نظام تشغيل الاجانب، وحماية الايدي العاملة الوطنية من خطر المنافسة الاجنبية.

2- يلحظ الباحث بان نصوص التشريعات المنظمة تأكد علي منح الترخيص العمالة الاجنبية، والتي جعلته من شروط منحه، وضعت له العديد من المعايير لتأكد من عدم المزاحمة، وعدم توافر عمالة وطنية في ذات الاختصاص والمؤهلات، ومنها مبدأ عدم مزاحمة العمالة الاجنبية للعمالة الوطنية.

3- نجد ان اغلب التشريعات قد اتفقت على ضرورة قيام العمالة الاجنبية بتعبئة وختم استمارة الطلب، ارفاق اصل جواز السفر، وجود حساب جاري في اي بنك ، تحديث بيانات صاحب العمل ، ارفاق نسخة من تسجيل العامل الاجنبي في الحاسب الالي ، نسخة تبين نسبة العمالة المستخدمة في المنشأة بحسب القانون ، وتقديم كافة الوثائق والمستندات التي تبين مدى ملائمة مع النشاط المرخص له ، ودفع الرسوم ،وغيرها من المستندات لمنح الترخيص.

ثانياً : - المقترحات: -

1- ندعو المشرع عند منح سمة الدخول والاقامة لغرض العمل ، وعدم ترك الامر عاماً لخطورة الامراض التي ممكن ان تجلبها العمالة الاجنبية ، والتأكيد عليها بقانون العمل أو تعليمات ممارسة الاجانب العمل في العراق ، أو بتعليمات مشتركة بين وزارة الصحة ووزارة العمل ،وجعلة شرطاً اساسياً في منح الترخيص وليس بطريقة غير مباشرة مع ضرورة ارفاق التقارير في العقد ، وجعل هناك فحص طبي دوري للعمالة كل ستة أشهر من مدة العقد.

2- نقترح على المشرع تعديل تعليمات ممارسة عمل الاجانب في العراق في المادة الرابعة منه بإضافته فقره ثالثة ب {ثالثاً :- أن يكون متعاقداً مع صاحب العمل المستقدم وتحت مسؤوليته.}.

3- ندعوا المشرع العراقي الى أنشاء هيئة مشكلة من جهات متعددة، منها وزارة العمل ، والنقابات العمالية ، ووزارة التخطيط ، ومديرية الجوازات والاقامة ، يُشرف عليها وزير العمل ، للناظر بطلبات الاعتراض على رفض منح الترخيص ، او تجديده ، خلال فترة خمسة عشر يوم من تاريخ تبليغ العامل الاجنبي ، او صاحب العمل المستقدم ، ويكون القرار نهائياً ، مكتوباً ومسبباً.

الهوامش:

([1])ينظر عبدالله بن محمد بن أحمد ، النظام القانوني للعمال الأجانب في المملكة العربية السعودية, رسالة ماجستير, كلية الحقوق, سنة , ص 110.

([2])د. محمد مصطفى الهوني ، الوجيز في شرح قانون العمل ، الطبعة الثانية ، دار الفضيل ، ليبيا ، 2009 ، ص44، د. محمد احمد اسماعيل ، النظام القانوني لعمل الاجانب في القانون المصري , مجلة البحوث القانونية والاقتصادية , كلية الحقوق , جامعة بني سويف, 1993 ، ص 45.

([3])وهناك تسميات أخرى له ، ومنها إجازة العمل ، أذن عمل ، أذن الاستقدام ، التصريح بالعمل ، ترخيص التشغيل ، وكل هذه التسميات تؤدي ذات المعنى ، وهو حصول العامل الاجنبي الترخيص لممارسة العمل في بلد التشغيل ، وللمزيد ينظر ، د. خالد عبد الفتاح محمد ، الترخيص بالعمل للأجانب بين الضوابط القانونية و النصوص الجزائية , دار الفكر والقانون , الطبعة الاولى , مصر , 2019 , ص60 ، د. محمد الروبي ، عمل الاجانب، دار النهضة العربية، القاهرة, 2003 , ص 100 ، أسراء عبد

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الزهرة كاطع ، عمل الأجنبي في العراق , مجلة التربية الأساسية , جامعة المستنصرية, المجلد الثاني, العدد 83, العراق , 201، ص23.

(4)- ينظر د. محمد احمد اسماعيل ، النظام القانوني لعمل الاجانب في القانون المصري , مجلة البحوث القانونية والاقتصادية , كلية الحقوق , جامعة بني سويف, 1993 ، ص 53 ، د. رغد عبد الامير ، تخويل الأجنبي العمل في العراق في ظل القانون الدولي الخاص , بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية ، الجامعة العراقية ، بالعدد 44 ، الجزء 3 ، لسنة ، ص 416.

(5)ينظر د. خالد عبد الفتاح محمد ، مصدر سابق ، ص 64

(6)الخاص بشروط واجراءات الترخيص بالعمل للأجانب في مصر رقم 136 لسنة 2003 ، ونظام العمل السعودي رقم الصادر بالمرسوم الملكي رقم 51 لعام 1426 ه ، وقانون العمل الاماراتي الاتحادي رقم 8 لسنة 1980

(7)حيث نصت على { أولاً :- مدى حاجة الاقليم الى الايادي العاملة الاجنبية على ضوء ما يتطلبه سوق العمل .....} رقم 2 لسنة 2007

(8)ينظر د. محمد الروبي ، مصدر سابق ، ص 107 ، د. صلاح محمد أحمد دياب ، مفهوم الشرط الافضل كصورة من صور حماية العامل في قانون العمل دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام القضاء، الطبعة الاولى ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2010 ،

(9)ينظر ليلى محفوظ عمران ، النظام القانوني لعمل الاجانب في ليبيا دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر , 2016 ، ص 205 ، هانا سهام بكر ، مصدر سابق ، ص 33.

(10)حيث جاء هذا القرار معدل قرار وزير القوى العاملة والهجرة المصري رقم 136 لسنة 2003 ، في البند الاول من المادة الرابعة منه ، لائحة شركات الاستقدام وتنظيم استقدام العمالة للغير وتقديم الخدمات العمالية ، رقم لسنة .

(11)قرار مجلس الوزراء رقم 28 لسنة 2010 ، بشأن تعديل أحكام قرار مجلس الوزراء رقم 7 لسنة 2008 بشأن نظام الفحص الطبي للوافدين للدولة للعمل او الاقامة

(12)ينظر د. اسراء عبد الزهرة كاطع ، المصدر سابق ، ص 238 ، د. اسيل عمر مسلم , التنظيم القانوني للعمالة الوافدة الى العراق (دراسة مقارنة), مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية , العدد الثالث , السنة التاسعة , كلية القانون , جامعة القادسية , العراق , 2017 , ص 566 .

(13)ينظر د. محمد عبد الخالق عمر ، قانون العمل الليبي ، الطبعة الاولى ، المكتب المصري الحديث ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص 169 .

(14)ينظر المادة الرابعة والعشرون من لائحة شركات الاستقدام وتنظيم استقدام العمالة للغير وتقديم الخدمات العمالية للغير ، رقم لسنة .

(15)ينظر د. محمد جمال مطلق ، شرح قانون العمل , الطبعة الاولى , مكتبة القانون والاقتصاد , , السعودية , 1433 ، ص 259 ، د. حسين عبد اللطيف ، قانون العمل اللبناني ، الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003 ، ص 272

(16)ينظر وثيقة متطلبات الخدمة الموحدة ، الصادرة عن وزارة العمل السعودية ، الاصدار الاول ، 1434ه ، ص 14 ، المنشورة على الموقع .

(17)ينظر القرار الوزاري الاماراتي رقم 52 لسنة 1989 ، بشأن تحديد القواعد والاجراءات الواجب اتباعها في اقسام التراخيص العمل بالنسبة لاستقدام العمال غير المواطنين لاستخدامهم في الدولة .

(18)ينظر المادة السابعة من القرار أعلاه .

(19)ينظر المادة الخامسة من القرار أعلاه

(20)حيث نصت على { يحدد الوزير المختص بقرار منه شروط الحصول على الترخيص بالعمل المشار الية في المادة السابقة واجراءات التي يتضمنها .....}.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

(21)الصادر عن وزارة القوى العاملة والهجرة المصرية بشأن القواعد والاجراءات التنفيذية للترخيص بالعمل للأجانب ، الوقائع المصرية ، العدد 280 في 9-12-2010

(22)ينظر المادة الرابعة في فقرتها الثانية من القرار اعلاه.

(23)الخاصة بممارسة الاجانب العمل في اقليم كردستان رقم 2 لسنة 2007 ،

(24)ينظر المادة الثانية من قرار وزير القوى العاملة والهجرة رقم 136 لسنة 2003 في شأن شروط واجراءات الترخيص بالعمل للأجانب

(25)ينظر المادة الثالثة والثلاثون من نظام العمل السعودي رقم 51 لسنة 1426ه.

(26)ينظر المادة الثالثة عشر من قانون العمل الاماراتي رقم 8 لسنة 1980.

(27)ينظر المواد {2-3-4} من تعليمات ممارسة الاجانب العمل في العراق.

(28)ينظر د. محمد جمال مطلق, مصدر سابق, ص234.

(29)ينظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، مصدر سابق ، ص 155

303030(30)ينظر المادة العاشرة من قرار وزير القوى العاملة والهجرة المصرية رقم 485 لسنة 2010 بشأن القواعد والاجراءات التنفيذية للترخيص بالعمل للأجانب ، والمادة الخامسة عشر في فقرتها التاسعة عشر من اللائحة التنفيذية السعودية الصادرة بقرار وزاري رقم 1982 لسنة 1437ه ، والمادة الخامسة من تعليمات ممارسة الاجانب العمل في العراق رقم 18 لسنة 1987 ، والمادة الثانية عشر من القرار الوزاري رقم 233 لسنة 1998 بشأن قواعد الترخيص للتوسط للاستخدام او توريد العمال غير المواطنين الاماراتيين.

المصادر: -

أولا: - الكتب القانونية: -

1. د. حسين عبد اللطيف ، قانون العمل اللبناني ، الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2003 .
2. د. خالد عبد الفتاح محمد ، الترخيص بالعمل للأجانب بين الضوابط القانونية و النصوص الجزائية , دار الفكر والقانون , الطبعة الاولى , مصر , 2019
3. د. صلاح محمد أحمد دياب ، مفهوم الشرط الافضل كصورة من صور حماية العامل في قانون العمل دراسة تحليلية مقارنة في ضوء أحكام القضاء، الطبعة الاولى ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2010 .
4. د. محمد مصطفى الهوني ، الوجيز في شرح قانون العمل ، الطبعة الثانية ، دار الفضيل ، ليبيا ، 2009.
5. د. محمد الروبي ، عمل الاجانب، دار النهضة العربية، القاهرة, 2003.
6. ليلى محفوظ عمران ، النظام القانوني لعمل الاجانب في ليبيا دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر , 2016.
7. د. محمد عبد الخالق عمر ، قانون العمل الليبي ، الطبعة الاولى ، المكتب المصري الحديث ، مصر ، بدون سنة نشر
8. د. محمد جمال مطلق ، شرح قانون العمل , الطبعة الاولى , مكتبة القانون والاقتصاد , السعودية , 1433.

ثانياً : الرسائل

1- عبدالله بن محمد بن أحمد ، النظام القانوني للعمال الأجانب في المملكة العربية السعودية, رسالة ماجستير, كلية الحقوق, سنة

ثالثاً : البحوث

1. أسراء عبد الزهرة كاطع ، عمل الأجنبي في العراق , مجلة التربية الأساسية , جامعة المستنصرية, المجلد الثاني, العدد

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

83, العراق , 201.

2. د. رغد عبد الامير ، تخويل الأجنبي العمل في العراق في ظل القانون الدولي الخاص , بحث منشـــور في مجلة الجامعة العراقية ، الجامعة العراقية ، بالعدد 44 ، الجزء 3 .
3. د. محمد احمد اسماعيل ، النظام القانوني لعمل الاجانب في القانون المصري , مجلة البحوث القانونية والاقتصادية , كلية الحقوق , جامعة بني سويف,1994.
4. د. محمد احمد اسماعيل ، النظام القانوني لعمل الاجانب في القانون المصري , مجلة البحوث القانونية والاقتصادية , كلية الحقوق , جامعة بني سويف, 1993.

رابعاً : - القوانين: -

1-التعليمات الخاصة بشروط واجراءات الترخيص بالعمل للأجانب في مصر رقم 136 لسنة 2003.

2- ونظام العمل السعودي رقم الصادر بالمرسوم الملكي رقم 51 لعام 1426 ه.

3- قانون العمل الاماراتي الاتحادي رقم 8 لسنة 1980 .

4- قرار مجلس الوزراء رقم 28 لسنة 2010 ، بشأن تعديل أحكام قرار مجلس الوزراء رقم 7 لسنة 2008 بشأن نظام الفحص الطبي للوافدين للدولة للعمل او الاقامة .

5- ينظر المادة الرابعة والعشرون من لائحة شركات الاستقدام وتنظيم استقدام العمالة للغير وتقديم الخدمات العمالية للغير ، وقم لسنة

6- ينظر وثيقة متطلبات الخدمة الموحدة ، الصادرة عن وزارة العمل السعودية ، الاصدار الاول ، 1434ه.

7- ينظر القرار الوزاري الاماراتي رقم 52 لسنة 1989 ، بشأن تحديد القواعد والاجراءات الواجب اتباعها في اقسام التراخيص العمل بالنسبة لاستقدام العمال غير المواطنين لاستخدامهم في الدولة.

8- تعليمات رقم 2 لسنة 2007 ، الخاصة بممارسة الاجانب العمل في اقليم كردستان .

9- نظام العمل السعودي رقم 51 لسنة 1426ه

10- قرار وزير القوى العاملة والهجرة المصرية رقم 485 لسنة 2010 بشأن القواعد والاجراءات التنفيذية للترخيص بالعمل للأجانب.

11- اللائحة التنفيذية السعودية الصادرة بقرار وزاري رقم 1982 لسنة 1437ه.

12- تعليمات ممارسة الاجانب العمل في العراق رقم 18 لسنة 1987.

13- القرار الوزاري رقم 233 لسنة 1998 بشأن قواعد الترخيص للتوسط للاستخدام او توريد العمال غير المواطنين الاماراتيين.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أثر الرضا بالجريمة في جرائم الاموال على المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون

الاستاذ الدكتور منى عبد العالي موسى المرشدي

كلية القانون/ جامعة بابل

الملخص

تعد جرائم الاموال من الجرائم التي نالت اهتمام المشرع الاسلامي والوضعي ، اذ نجد ان العديد من الافعال قد اشتركت الشريعة الغراء والمشرع الوضعي بتنظيمها وتجريمها بنصوص واضحة كالسرقة ، الا ان المشرع الاسلامي قد خلق واقعاً افضل من القانون الوضعي للحد من الجريمة قبل ان تقع ، فالاسلام قد تفرد على سائر التشريعات الوضعية للحد من الجريمة وانفردت الشريعة الاسلامية بتحريم اضاعة المال دون ان يكون هناك مصلحة إذ قد قال تعالى في كتابه العزيز ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ....﴾[1] ، وقد نظمت احكام جرائم الاموال في التشريع العراقي في المواد من (439-486) من قانون العقوبات وقد شملت عدد كبير من الجرائم منها ماعده المشرع من الجنايات وبعضها من الجنح واخرى من المخالفات ومنها جريمة السرقة وخيانة الامانة والاحتيال وجرائم الافلاس وجرائم التخريب والاتلاف ونقل الحدود وجرائم التعدي على حقوق الملكية المعنوية . والجرائم بشكل عام اما ان تكون جرائم تمس الحق العام ولايكون لرضا المجنى عليه اثر في نفي المسؤولية عن الجاني ، وجرائم تمس الافراد ولا أثر أيضا لرضا المجني عليه ولا غيره فيها، إلا إذا كانت هذه الجريمة يسقط احد اركانها برضاء المجني عليه ومنها على سبيل المثال جرائم إتلاف المال الخاص بكل أشكاله كالحيوان والنبات وغير ذلك. وبذلك فقد عدت الشريعة الاسلامية ان الرضا بالجريمة لايبيحها الا اذا ادى الرضا الى انتفاء احد اركان الجريمة. كما ان المشرع في المادة (3) من قانون اصول المحاكمات الجزائية حدد بعض جرائم الأموال ومنع تحريك الدعوى فيها الا بشكوى من المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً ومن هذه الجرائم "....3 – السرقة او الاغتصاب او خيانة الامانة او الاحتيال او حيازة الاشياء المتحصلة منها اذا كان المجني عليه زوجاً للجاني او احد اصوله او فروعه ولم تكن هذه الاشياء محجوزاً عليها قضائياً او ادارياً او مثقلة بحق لشخص آخر. 4– اتلاف الاموال او تخريبها عدا اموال الدولة اذا كانت الجريمة غير مقترنة بظرف مشدد. 5– انتهاك حرمة الملك او الدخول او المرور في ارض مزروعة او مهيأة للزرع او ارض فيها محصول او ترك الحيوانات تدخل فيها.6-رمي الاحجار او الاشياء الاخرى على وسائط نقل او بيوت او مبان او بساتين او حظائر."

ان من اهم الملاحظات التي نود ان نشير اليها هنا ان المعوقات التي ابتلي بها المجتمع هو اكتظاظ السجون بجرائم تمس الاموال ، وعدم اللجوء الى العقوبات المالية التي لجأ اليها المشرع الاسلامي كعقاب لبعض الجرائم ، بل نجد ان العقوبات لهذه الجرائم جاءت اغلبها هي عقوبات سالبة للحرية ثبت بمرور الزمان عدم جدواها حيث تحولت السجون الى مدارس للاجرام ، بل نجد ان تشريعات بعض الدول الغربية لجأت الى العقوبات البديلة ومنها العقوبات المالية كبديل للعقوبات السالبة للحرية وذلك ادى الى افراغ السجون التي ارهقت ميزانيات الدول.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية -الجنائية - الرضا - الجرائم - الاموال

(1) سورة النساء/جزء من الآية:29.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المقدمة

اولا: التعريف بموضوع البحث

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى اله الطيبين الطاهرين وبعد ، تعد جرائم الاموال من الجرائم التي انتشرت بشكل واسع مع التقدم العلمي الذي شهده المجتمع وتطور وسائل واليات ارتكاب الجريمة كجريمة السرقة وخيانة الامانة والاحتيال واغتصاب السندات والاموال واخفاء اشياء متحصلة من جريمة ، ان المشرع في قانون العقوبات قد جرم الافعال التي رأى المشرع انها جديرة بالحماية ولا يعتد بالرضا كقاعدة عامة الا انه استثناءا يعتد بالرضا في جرائم مختلفة على اساس حق الحرية الشخصية أو لمقتضيات المصلحة العامة .

ثانياً: أهمية البحث

تتمثل اهمية البحث في هذا الموضوع بأن الرضا او انعدامه في جرائم الاموال من المواضيع المهمة التي لم تنل الاهتمام الكافي من لدن الباحثين على الرغم من انتشار جرائم الاموال في المجتمع ، كما ان ما يصل الى سوح القضاء لا يشكل الرقم الحقيقي لهذه الجرائم ، فارتئينا البحث في هذا الموضوع من اجل ايضاح الاحكام التي تنظم الرضا في جرائم الأموال في القانون الجنائي.

ثالثاً: اشكالية البحث

تتركز اشكالية البحث في ان المشرع غلب الطابع العام على الطابع الفردي في العديد من جرائم الأموال التي عدتها الشريعة الاسلامية من جرائم التعازير وليست من جرائم الحدود ووضع لها عقوبات شديدة مما ادى الى اكتظاظ السجون بالمدانين في حين جعل بعض جرائم الاموال ذات طابع شخصي لاعتبارات مختلفة منها عدم جسامة الفعل وكذلك مراعاة الروابط العائلية ، ولذلك فإنه لم يعاقب عليها في حالة توفر الرضا ومنها مانص عليه في المادة (3) من قانون اصول المحاكمات الجزائية والمادة (455) من قانون العقوبات والمادة (463) من قانون العقوبات . لذلك سنطرح مشكلة البحث في عدة تساؤلات وهي هل اعتد المشرع برضاء المجنى عليه في سياسة التجريم والعقاب؟ ماهو اثر الرضا على المسؤولية الجزائية في الشريعة الاسلامية وماهو اثر الرضا على المسؤولية الجزائية في قانون العقوبات وماهو الفرق في اثر الرضا على المسؤولية الجزائية بين الشريعة الاسلامية والمشرع العراقي في قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 ، ما مدى كفاية الحماية الجزائية التي وفرها المشرع في قانون العقوبات لتحقيق الاستقرار في المجتمع؟ .

رابعاً: منهجية البحث

ان المنهج الذي سنعتمده في البحث هو المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص التشريعية للمشرع العراقي في كل من قانون العقوبات العراقي وقانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي وما يقابلها من نصوص للمشرع الاسلامي من اجل الحصول على الاستنتاجات الذي يهدف البحث الوصول اليها.

خامساً: نطاق البحث

يتحدد نطاق البحث في بعض جرائم الاموال في قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 وقانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ، ويقتصر البحث على التجريم والعقاب فقط .

سادساً: خطة البحث

سيتم تقسيم خطة البحث وفقاً للآتي : سنتناول في المبحث الاول مفهوم الرضا في جرائم الاموال أما المبحث الثاني فسيكون لأثر الرضا من الناحية الاجرائية والموضوعية وسننهي بحثنا بخاتمة تتضمن (الاستنتاجات والمقترحات).

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المبحث الاول

مفهوم الرضا في جرائم الاموال

وللتعرف على مفهوم الرضا سنقوم بتعريفها في المطلب الاول ومن ثم سنقوم ببحث ذاتية هذه الجريمة في المطلب الثاني.

المطلب الاول

تعريف الرضا

لتعريف الرضا سنقوم بإيراد التعريف اللغوي في الفرع الاول وفي الفرع الثاني سنقوم بإيراد التعريف الاصطلاحي.

الفرع الاول

تعريف لغة

من اجل تعريف الرضا لغة لابد لنا من ايضاح معانيه لغة واصطلاحاً:

1. **أثر:** الأثر: بقية الشيء، والجمع آثار وأُثور. وخرجت في إِثْره وفي أَثَره أَي بعده. وأَتَثَرْتُه وتَأَثَّرْته: تتبعت أَثره[2].
2. **الرضا:** ضد السُّخط، والرضا بالشيء الركون إليه وعدم النفرة منه. ورَضِيَ عنه بالكسر رِضَاً مقصور مصدر محض والاسم الرِّضَاءُ ممدود وجاء في الذكر: ﴿فَهُوَ فِي عِيشَةٍ رَاضِيَةٍ﴾[3] ، أي مَرْضِيَّةٌ، لأنه يقال رَضِيْتُ معيشته على ما لم يسم فاعله ولا يقال رَضِيَتْ ويقال رَضِيَ به صاحبا وربما قالوا رضي عليه في معنى رضي به وعنه وأَرْضَيْتُهُ عني ورَضَّيْتُهُ أيضا تَرْضِيَةً فَرَضِيَ وتَرَضَّاهُ أَرْضَاهُ بعد جهد واسْتَرْضَيْتُهُ فَأَرْضَانِي. وأرضاه:أي أعطاه ما يرضى به، وترضَّاه: أي طلب رضاه. والرضوان: الرضا الكثير[4] وجاء في التنزيل العزيز: ﴿لِسَعْيِهَا رَاضِيَةٌ﴾[5] .
3. **الجريمة:** الجريمة لغة من الذنب، والجريمة أسم مصدر من الجرم، والجَرْمُ بمعنى القطعُ، وجَرمهُ يجرمه جَرماً بمعنى قَطعهُ، وشجرة جريمة أي مقطوعة[6]، وقد جاء في القرآن الكريم لفظ الجرم في آيات عديدة كقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ أَجْرَمُوا كَانُوا مِنَ الَّذِينَ آمَنُوا يَضْحَكُونَ﴾[7] وقوله تعالى:﴿قُلْ لَا تُسْأَلُونَ عَمَّا أَجْرَمْنَا وَلَا نُسْأَلُ عَمَّا تَعْمَلُونَ﴾[8] .
4. **المسؤولية:** هي مايسأل عنه الانسان وهو استدعاء معرفة أو ما يؤدي إلى معرفة وسأله مسألة اي استعلمه[9] ، وجاء في قوله تعالى: ﴿وَقِفُوهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ ﴾ [10] .
5. **الجنائية:** وأصلها من الجناية وتعني: الذنب أو الجرم أو كل ما يفعله الإنسان من ما يوجب عليه العقاب والقصاص في الدنيا والآخرة ، وهي من جنى الذنب عليه جناية من أجره[11].

---

[2] جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد السابع ، دار صادر ، بيروت ، ص97.

[3] سورة القارعة/ الآية 7.

[4] لسان العرب ، الباحث العربي متوافر على الموقع: الباحث العربي - معنى كلمة رضا(baheth.info) .

[5] سورة الغاشية/ الآية 9.

[6] جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم أبن منظور ، لسان العرب ، المجلد الثاني ، دار صادر ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص132.

[7] سورة المطففين / الآية 29.

[8] سورة سبأ / الآية 25.

[9] سورة القارعة/ الآية 7.

[10] سورة الصافات/ الآية 24.

[11] ابي الفضل جمال الدين ابن منظور, مصدر سابق, ص197-198.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي للرضا

لم تعرف التشريعات الجزائية الرضا ولا رضاء المجنى عليه وهو مسلك محمود اذ ان ايراد التعاريف ليس من مهمة المشرع بل من اختصاص الفقه ، وان التعريف مهما كان جامعاً لابد ان يعتريه القصور في موضع معين، ولم نعثر في حدود ما اطلعنا عليه من مصادر على تعريف قضائي. في حين عرف الفقه الرضا الفقه القانوني بأنه (حالة ذهنية يعبر عنها بلفظ الرضا)[12] كما عرف بأنه (القصد إلى الفعل وتفضيله على غيره بمحض إرادته ، أو قصد الفعل دون أن يشوبه اكراه)[13] كما عرف من الفقهاء المسلمين بأنه (القبول للشيء والمدح له والثناء عليه)[14] كما عرف بأنه (اختيار الشيء بقبول واستحسان)[15]ويعتبر الرضا من أعلى مقامات الدين ، وأشرف منازل المقربين[16]. فالرضا هو اذن صادر من شخص في التصرف في امواله يترتب عليه أثر.

أما رضاء المجنى عليه فقد عرف من أحد الفقه بأنه "إذن صادر بإرادة حرة حقيقية عن شخص من اشخاص القانون العام أو الخاص حال تعامله ضمن إطار القانون الخاص الى شخص أو أكثر للقيام بفعل مخالف للقانون من شأنه تعريض المجنى عليه للضرر أو الإيذاء شريطة عدم المساس بالمصلحة العامة"[17] ، وبذلك فقد اكد التعريف الى ضرورة عدم مساس الفعل المخالف للقانون بالمصلحة العامة .

المطلب الثاني

شروط صحة الرضا وتمييزه عن الاكراه

سنبين في هذا المطلب شروط صحة الرضا في الفرع الاول كما سنميز الرضا عن الاكراه في الفرع الثاني:

الفرع الاول

شروط صحة الرضا

يشترط لصحة الرضا عدة شروط :-

1. ان يكون الحق المعتدى عليه من الحقوق الفردية فالمشرع قد غلب فيه المصلحة الفردية على المصلحة العامة ، اما اذا كان الحق المعتدى عليه يمس المصلحة العامة فلا يكون للرضا اثر على المسؤولية الجنائية في جرائم الاموال ويكون رضاؤه باطلاً[18] .

---

[12] محمد صبحي نجم ، رضاء المجنى عليه واثره في المسؤولية الجنائية – دراسة مقارنة ، ط1 ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 2000 ، ص21.

[13] تعريف د. على محيي الدين القرة داغي ، مقدمات في المال والملكية والعقد - دراسة فقهية قانونية اقتصادية ، مطبوع ضمن سلسلة حقيبة طالب العلم الاقتصادية ، ط2، دار البشائر الإسلامية ، بيروت لبنان ، ٢٠١٣، ص310.

[14] بدر الدين أبى عبد الله محمد بن إبراهيم بن سعد الله الحموي الشافعي، تحقيق وهبي سليمان غاوجي الألباني ، ،ايضاح الدليل في قطع حجج أهل التأويل ، ط1، دار السلام للطباعة والنشر ، مصر ، ١٩٩٠م ، ص175.

[15] د.حلمي عبدالحكيم الفقي ، الرضا بالجريمة في ميزان الشريعة الاسلامية ،مجلة الشريعة والقانون بطنطا ، مصر، المجلد 32 ، العدد2 ، 2017، ص677.

[16] محمد باقر المجلسي ، بحار الانوار ، ج68 ، ردمك ، 1968 ، ص152.

[17] ضاري خليل محمود ، اثر رضا المجني علية في المسئولية الجزائية، دار القادسية للطباعة ، بغداد ، 1982، ص20.

[18] د.خالد حامد مصطفى ، شرح قانون الاجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 2017، ص48.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

2. ان يكون الرضا سابق او معاصر للجريمة .

3. ان يكون الرضا صادر من شخص مدرك كامل الاهلية لاتعتري ارادته اي عيب من عيوب الارادة ، اما اذا كان الرضا صادرا من شخص غير مميز او كان صادرا نتيجة الاكراه المادي او المعنوي او فلا تقوم الجريمة.

الفرع الثاني

تمييز الرضا عن الاكراه

ان الاكراه نوعين اكراه مادي واكراه معنوي وقد ساوى المشرع بين نوعي الاكراه على الرغم من ان الاكراه المادي يختلف عن الاكراه المعنوي في ان الاول يعدم حرية الاختيار في حين ان الثاني يقلل من حرية الاختيار ولايعدمها وسنقوم بتمييز الاكراه عن الرضا وكالاتي :-

اولا:اوجه الشبه:

1. ان كل من الرضا والاكراه يجب ان يكونان صادرين عن ارادة حرة مختارة .
2. ان يكون الاكراه سابقا او معاصرا لارتكاب الجريمة.

ثانيا:أوجه الاختلاف:

1. الرضا قد يكون صريحا او ضمنيا بينما الاكراه لابد ان يكون صريحاً.
2. الاكراه يمنع المسؤولية الجزائية لانه يعدم حرية الاختيار لدى المجنى عليه .

المبحث الثاني

أثر الرضا من الناحية الاجرائية والموضوعية

سنبين في هذا المبحث اثر الرضا من الناحية الاجرائية والموضوعية وسنقسمه على مطلبين .

المطلب الاول

اثر الرضا من الناحية الاجرائية

ان للرضا أثر في العديد من الاجراءات الجزائية في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 ، إذ ان إذ ان عدم اقامة الدعوى الجزائية أو تنازل المجنى عليه او الصلح مع المتهم في جرائم محددة قانوناً من شأنه ان ينهي الدعوى الجزائية ويمنع الاستمرار في الاجراءات الجزائية وسوف نتناول اثر الرضا في عدم تحريك الدعوى الجزائية والصلح والتنازل والصفح في الفرع الاول أما الفرع الثاني فسنبحث فيه أثر الرضا انقضاء الدعوى الجزائية وكالآتي:-

الفرع الاول

اثر الرضا في عدم اقامة الدعوى الجزائية

اورد المشرع في قانون العقوبات وقانون اصول المحاكمات نصيين مهمين يتعلقان بالرضا في عدم اقامة الدعوى الجزائية وهو نص المادة (455) من قانون العقوبات العراقي حيث اعطى المشرع للبائع الحق في اقامة او عدم اقامة الدعوى في حالة قيام المشتري بالتصرف في منقول اشتراه ولكن احتفظ البائع بملكيته الى حين تسديد الثمن[19]، وكذلك فان المادة (463) من قانون العقوبات ايضاً

[19] نصت المادة (455) من قانون العقوبات على ان "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو باحدى هاتين العقوبتين من إشترى مالاً منقولاً احتفظ البائع بملكيته إلى أن يستوفي ثمنه كله فتصرف به تصرفاً يخرجه من حوزته دون اذن

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اعطت الحق للمجنى عليه في حالة رضائه بالضرر الذي لحق به عدم اقامة الشكوى في حالة كونه الزوج او احد الاصول او الفروع وذلك عن الجرائم التي وردت في الجرائم المتعلقة بالاموال في الفصل الأول (جريمة السرقة) والثاني (جريمة إغتصاب السندات والأموال) والثالث (جريمة خيانة الامانة) والرابع (جريمة الإحتيال) والخامس (جريمة إخفاء أشياء متحصلة عن جريمة) ولا تسري احكام هذه المادة في حالة ما اذا كانت الاشياء محل الجريمة محجوزا عليها قضائياً أو إداريا أو من جهة ذات اختصاص أو موضوعة تحت يد القضاء أو مرهونة للغير او كانت مثقلة بحق انتفاع للغير [20].وتأسيساً على ماتقدم نرى بأن غالبية الجرائم اعلاه هي من جرائم التعازير في الشريعة الاسلامية والتي يترك لاولي الامر تحديد مايحرم منها وحسب الظروف[21] بأستثناء جريمة السرقة والتي تعد من جرائم الحدود وعقوبتها قطع اليد. وبالتالي في حالة اقامة الدعوى وثبوت قيام من استثناهم المشرع بإرتكابها يترتب عليه تطبيق عقوبة السجن او الحبس بحق الجاني على العكس من المشرع الاسلامي الذي تطلب ان تطبق عقوبة الحد وهي القطع ، ولكن مما يلاحظ ان غالبية التشريعات في الدول الاسلامية تخشى تطبيق هذه العقوبة وذلك خوفاً من اتهامها بعدم مواكبة التطور[22] لذلك تلجأ الى عقوبة السجن أو الحبس والتي لم يأخذ بها المشرع الاسلامي وهذا يؤدي الى اكتظاظ السجون بالمدانين.

وتأسيساً على ما تقدم يعد الرضاء الذي يمس المصلحة الفردية يعد من قبيل الرضاء المانع من إقامة الدعوى الجزائية.

الفرع الثاني

اثر الرضا في انقضاء الدعوى الجزائية

هناك العديد من الاسباب الخاصة التي تنتهي بها الدعوى الجزائية[23] ، الا اننا سنركز على الاسباب التي تنتهي بها الدعوى الجزائية والتي لها مساس بموضوع بحثنا:

أولاً: الصلح : عرف فقهاء القانون الجنائي الصلح بأنه "نزول من المجتمع عن سلطته في العقاب مقابل الاتفاق الذي تم بين المتهم للمجنى عليه على التصالح بينهم في جرائم محددة حصراً" [24]أما فقهاء الشريعة الاسلامية فقد عرفوا الصلح بأنه "التسالم بين شخصين على تمليك عين أو منفعة أو على إسقاط دين أو حقّ بعوض مادّيّ أو مجّاناً." [25].

سابق من البائع. ولا تقام الدعوى الا بناء على شكوى البائع وتنقضي الدعوى بتنازل البائع عن شكواه قبل صدور حكم نهائي فيها، ويوقف تنفيذ الحكم فيها اذا حصل التنازل بعد صدور الحكم.".

20() نصت المادة (463) نصت على "لا يجوز تحريك الدعوى او أي اجراء ضد مرتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الفصول السابقة من هذا الباب اضرارا بالزوج او احد الاصول او الفروع الا بناء على شكوى المجنى عليه وتنقضي الدعوى الجزائية بتنازل المجنى عليه عن شكواه قبل صدور حكم نهائي في الدعوى. ويوقف تنفيذ الحكم اذا حصل التنازل بعد صدور الحكم. ولا تسري احكام هذه المادة في حالة ما اذا كانت الاشياء محل الجريمة محجوزا عليها قضائيا او اداريا او من جهة ذات اختصاص او موضوعة تحت يد القضاء او مرهونة للغير او كانت مثقلة بحق انتفاع للغير".

21() عرفت التعازير في الفقه بأنها "العقوبة على الكبائر من فعل الحرام أو ترك الواجب اللذين لا تقدير للعقوبة عليهما وانما ترك تقدير ذلك الى الحاكم بما يراه على ان لايبلغ في التقدير الحد المنصوص عليه للجرائم كالقتل" ، محمد جواد مغنية ، ج6، مصدر سابق ،ص267. عبدالقادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي ، ج1 ، مصدر سابق ، ص127-128.

22() د.محمد جبر الالفي ، أحكام السرقة في الشرع الاسلامي ، منشورات مجلة الشريعة والقانون ، الإمارات، 1993، ص262.

23() تنظر المواد من (300-306) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

24() د.خالد حامد مصطفى ، مصدر سابق ، ص140.

25() منهاج الصالحين ،ج2، كتاب الصلح ، 1445هـ ، متوافر على الموقع الالكتروني: كتاب الصلح - منهاج الصالحين - الجزء الثاني (الطبعة المصححة 1445 هـ) - موقع مكتب سماحة المرجع الديني الأعلى السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله)(sistani.org) .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ان الصلح لايتم قبوله الا في الجرائم التي يتوقف تحريكها على شكوى من المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانوناً. ومن جرائم الأموال التي تقبل المصالحة فيها والتي أوردتها المادة (3)"....3. السرقة او الاغتصاب او خيانة الامانة او الاحتيال او حيازة الاشياء المتحصلة منها اذا كان المجني عليه زوجاً للجاني او احد اصوله او فروعه ولم تكن هذه الاشياء محجوزاً عليها قضائياً او ادارياً او مثقلة بحق لشخص آخر. 4.اتلاف الاموال او تخريبها عدا اموال الدولة اذا كانت الجريمة غير مقترنة بظرف مشدد.5. انتهاك حرمة الملك او الدخول او المرور في ارض مزروعة او مهيأة للزرع او ارض فيها محصول او ترك الحيوانات تدخل فيها. 6. رمي الاحجار او الاشياء الاخرى على وسائط نقل او بيوت او مبان او بساتين او حظائر. 7.الجرائم الاخرى التي ينص القانون على عدم تحريكها الا بناء على شكوى من المتضرر منها." ، والذي نلاحظه على هذه الجرائم انها اما ان تكون بسيطة في عقوباتها كونها من جرائم المخالفات كرمي الاحجار على وسائل المواصلات وجريمة المبان والبساتين والحظائر أو ان تكون مقتصرة على صلة القرابة اي كون المجنى عليه زوجاً للجاني فيما يتعلق بجرائم السرقة او الاغتصاب او خيانة الامانة او الاحتيال او حيازة الاشياء المتحصلة منها والغرض من ادراجها هو المحافظة على اواصر العلاقة الزوجية او صلة الرحم والقرابة.

ثانياً:التنازل عن الشكوى: وهو تنازل المشتكي عن حقه الجزائي دون الحق المدني مالم يصرح بغير ذلك[26]ويجوز للمشتكي اذا كانت الجريمة من الجرائم التي يجوز الصلح عنها دون موافقة القاضي ان يصدر قاضي التحقيق قراره برفض الشكوى وغلق الدعوى نهائياً[27]، اما اذا كانت الدعوى امام محكمة الموضوع فيعد عدم حضور المدعي بالحق المدني اول جلسة للمحاكمة بعد التبليغ بها قانوناً ترك للدعوى المدنية[28]دون الدعوى الجزائية الا إذا استنتجت المحكمة من غيابه انه متنازل عن شكواه الجزائية ايضاً[29] وكانت من الجرائم التي يجوز الصلح عنها دون موافقة المحكمة فتقرر رفض الشكوى الا ان ذلك لا يمنع من تجديدها[30]. والملاحظ هنا ايضاً ان التنازل عن الشكوى يشمل الجرائم المنصوص عليها في المادة (3) من قانون اصول المحاكمات الجزائية والتي سبق وان ذكرها. كما اورد المشرع نصين في قانون العقوبات اجاز للمجنى عليه التنازل عن الشكوى وهو نص المادة(455) والمادة (463) من قانون العقوبات العراقي ونص المادة الاخير راعى فيه المشرع صلة القرابة ايضاً.

ثالثاً: الصفح: عرفته المذكرة الايضاحية لقانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي في الفقرة (40) تعريفاً موجزاً بأنه (الصلح عن الجريمة بعد صدور الحكم فيه) ، كما عرف بأنه "تصرف قانوني نابع عن ارادة المجني عليه المنفردة في اسقاط حقه في الدعوى بعد صدور الحكم فيها ولم يقترن بأرادة المحكوم عليه كما في الصلح فهو اقرب الى التنازل اصطلاحاً وقانوناً" ونرى ان هذا التعريف كان وافياً ليبين بوضوح اختلاف الصفح عن الصلح ، فالاول يكون بارادة المجنى عليه على العكس من الصلح الذي يتطلب ان تلتقي فيه ارادة الجاني والمجنى عليه لاقراره وكذلك نجد ان الصفح يقع بعد صدور الحكم في الدعوى لكن كلا الاجرائيين يرد على الجرائم التي لاتحرك فيها الدعوى الا بشكوى.

لكن مما يلاحظ على الاجراءات التي حددها المشرع وتنتهي بها الدعوى الجزائية انها حددت جرائم محدودة بسيطة لاتزيد عقوبتها على السنة والجرائم التي ترتكب من الاقارب وهذا ادى الى اكتظاظ السجون العراقية بالمدانيين بجرائم الاموال ولم يقم المشرع العراقي باللجوء الى أحكام الشريعة الاسلامية وكذلك مسايرة التشريعات الجنائية الحديثة والتطور الذي حصل في السياسة الجنائية بإيجاد عقوبات بديلة لجرائم الاموال ومنها العقوبات المالية ، اذ ان وجود اعداد كبيرة من المدانيين في داخل المؤسسات العقابية يرهق

---

[26] تنظر المادة (9/و) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

[27] تنظر المادة (130/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

[28] تنظر المادة (22) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

[29] تنظر المادة (150) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

[30] تنظر المادة (181) من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ميزانية الدولة بنفقات باهضة ، وهي جرائم تقع على الأموال لا الأشخاص ، كما ان الشريعة الإسلامية جعلت جريمة السرقة فقط من جرائم الحدود وحددت لها عقوبة قطع اليد اما غالبية جرائم الاموال فهي من جرائم التعازير[31].

المطلب الثاني

أثر الرضا من الناحية الموضوعية

ان للرضا أثر في العديد من الجرائم في قانون العقوبات العراقي وعليه سنتناول اثر الرضا في هدم اركان الجريمة في الفرع الاول وفي الفرع الثاني بعض تطبيقات الرضا على فرعين

الفرع الاول

اثر الرضا في هدم اركان الجريمة

تتكون الجريمة من مجموعة من العناصر وهذه العناصر يجب ان تتوافر لكي تقوم الجريمة والعناصر اما ان تكون اركان او ظروف والعناصر لاتدخل ضمن اركان الجريمة ، الا ان الركن هو ماتقوم عليه الجريمة فإذا انعدم احد الاركان لم تقم الجريمة ، وقد تقتصر بعض الجرائم على الاركان العامة وهي الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي في حين نجد ان جرائم اخرى تتطلب لقيامها اركان خاصة تتعلق بصفة الجاني أو المجنى عليه او محل الاعتداء[32]. والاصل ان رضاء المجنى عليه بالجريمة لا يبيحها لان الشارع يحمي حق المجتمع من خلال العقوبة ولو كان صاحب الحق راضياً بالجريمة ، لذلك لايكون لصاحب الحق التنازل عن حقه واباحة الجريمة الا اذا اعطاه المشرع هذا الحق فأتفقت بذلك الشريعة الاسلامية مع القانون الوضعي على ان رضاء المجنى عليه بالجريمة لايبيح الجريمة ولا يسقط العقوبة الا اذا كان الرضا يهدم ركناً من اركان الجريمة ، وهذا يعني ان الرضا اذا هدم احد اركان الجريمة كالسرقة والغصب[33] مثلاً - فالركن الأساسي في الجريمتين هو اخذ المال من الجاني من دون رضاء المجنى عليه - فإذا رضى المجنى عليه عن قيام الجاني بأخذ المال يكون الفعل مباحا ولكن بشرط ان المشرع قد اقر هذا الحق له فلا يعاقب وفقاً لأحكام القانون ولا يقام عليه الحد وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية[34].

الفرع الثاني

بعض تطبيقات الرضا في قانون العقوبات

ان الحماية التي قررها المشرع للعديد من الجرائم الواقعة على الاموال هي لحماية مصلحة الفرد لذاته وبالتالي فإن من المفترض ان يكون لرضائه دور في عدم معاقبة من يرتكب هذه الجرائم، إذ أن الفعل المجرم اذ ماوقع على مال المجنى عليه بموافقته فإن الفعل يخرج من نطاق التجريم الى الاباحة فيكون لرضاه بذلك اثر كبير ، فالحقوق المالية الاصل فيها هو حرية تصرف المالك بهذه الاموال بأية طريقة يراها مناسبة على الا يشكل فعله اعتداءً على أموال الدولة او الافراد ، اذ يجوز له ان يهبها او يبيعها او حتى ان يتلفها.

---

[31] الحد هو العقوبة التي نص عليها الشارع واوجب انزالها بالعاصي مرتكب الجريمة والغاية منه الردع والزجر عن المحرمات وقد سمي الحد بالعقوبة المقدرة لان الشارع هو الذي قدرها أما التعازير فهي العقوبة على الكبائر من فعل الحرام او ترك الواجب اللذين لاتقدير للعقوبة عليهما وترك تقديره الى الحاكم ، للمزيد ينظر محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق ، ج6 ، مؤسسة السبطين (عليهم السلام) العالمية ، شريعت ، ايران ،1428هـ ، ص267.

[32] د.علي حسين الخلف ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة طبع ، ص 205.

[33] تنظر المادة (3) من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[34] عبدالقادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، ج1، دار الكتاب العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص140. يوسف شلال الشمري ، أثر الرضا بالجريمة على المسؤولية الجنائية ، المجلة العلمية لكلية الآداب – جامعة اسيوط ، العدد (85) ، 2023 ، ص258. د.محمد جبر الالفي ، مصدر سابق ، ص101.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ومن هذه الجرائم:

1. اتلاف الاموال او تخريبها عدا اموال الدولة اذا كانت الجريمة غير مقترنة بظرف مشدد : يقصد بالاتلاف هو جعله غير صالح سواء كان عقاراً أم منقولاً[35]، ويمكن للمالك اتلاف امواله اوحتى تفويض غيره للقيام بذلك [36] إذ لايعاقب لأن المال ملكه وله حرية التصرف فيه وبذلك فهو يشمل الاموال المنقولة وغير المنقولة[37]. ولا بد من الاشارة الى ان المشرع العراقي قد نظم الاتلاف في القانون المدني في المواد (186-191) واوجب الضمان في حالة اتلاف اموال الغير.
2. الدخول او المرور في ارض مزروعة او مهيأة للزرع او ارض فيها محصول او ترك الحيوانات تدخل فيها ورمي الاحجار او الاشياء الاخرى على وسائط نقل او بيوت او مبان او بساتين او حظائر[38]. وتعد هذه الجرائم من المخالفات وهي من الجرائم اليسيرة والتي تكون في الغالب عقوبتها الغرامة[39].

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحثنا هذا لابد لنا نعيد النظر اليه كرة اخرى لعلنا نسجل اهم النتائج والمقترحات التي توصلنا اليها.

أولاً: الاستنتاجات:

1. ان القرآن الكريم هو من عند الله لذا نجد انه قد وضع فيه كل ماينا سبنا من أحكام في كل زمان ومكان فالأولى ان نتبعه وهذا ماكدته العديد من الآيات القرآنية إذ قال تعالى في كتابه العزيز في سورة الجاثية الآية/ 18 ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ .
2. قسم المشرع الجرائم الى نوعين ، جرائم ماسة بمصلحة المجتمع وجرائم ماسة بالفرد ، والجرائم الاولى تمس المجتمع وبالتالي فلا أثر لرضا المجنى عليه أو غيره لرفع صفة التجريم عنها أما الجرائم الماسة بالفرد فهي ايضاً لا أثر للرضا فيها على نفي صفة التجريم عن الفعل ، الا اذا تدخل المشرع وجعلها من الجرائم المعلقة على شكوى فيسقط احد اركان اقامة الدعوى الجزائية .
3. ان المشرع العراقي غلب الطابع العام لجرائم الاموال فنظمها في الكتاب الثالث الخاص بالجرائم الواقعة على الاشخاص وذلك في الباب الثالث في المواد من (439-486) . ولم تشمل غالبية هذه الجرائم بالصلح. على الرغم من ان العديد من جرائم الأموال التي نظمها المشرع العراقي في قانون العقوبات العراقي هي ليست من جرائم الحدود بل من جرائم التعازيز فالامر متروك لولي الامر في تحديد العقوبة.
4. وجود عدد كبير من النزلاء في دائرة اصلاح الكبار لان غالبية العقوبات المنصوص عليها للعديد من الجرائم ومنها جرائم الاموال هي عقوبات سالبة للحرية .
5. ان وجود رب الاسرة في المؤسسة العقابية نتيجة الحكم عليه عن جريمة من جرائم الاموال يحرم هذه الاسر من المعيل الشرعي وبالتالي قد يؤدي الى خروج العديد من الاطفال للعمل في الشوارع واحيانا ممارسة التسول وقد يؤدي ذلك الى

---

[35] تنظر المادة (477) من قانون العقوبات العراقي.

[36] تنظر المادة (190) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

[37] تنظر المادة (62) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

[38] ميار جمال سالم فرشات ، رضاء المجنى عليه وأثره في المسؤولية الجنائية ، رسالة ماجستير ، جامعة القدس ، فلسطين ، 2023 ، ص39.

[39] تنظر المادة (500) من قانون العقوبات العراقي.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

انحراف بعض هؤلاء الاطفال.

ثانياً: المقترحات:

1. ندعو المشرع الى ضرورة احداث تطور مهم وانطلاقة لمعالجة كبيرة في التشريع الجزائي العراقي بزيادة الجرائم المشمولة بالصلح - والتي اورها المشرع العراقي في المادة الثالثة من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 المعدل – ليضيف اليها الجرائم المتعلقة بالاموال والتي لا تعد من جرائم الحدود أو القصاص لدى المشرع الاسلامي - مراعاة للتطور الذي حصل في المجتمع والتوسع في الأخذ بالعقوبات البديلة بدلاً من العقوبات السالبة للحرية ، إذ توجد العديد من انواع الغرامات التي من الممكن ان يسدد بها الجاني الاضرار التي نجمت عن الجريمة ومنها الغرامة اليومية والخدمة للمصلحة العامة في بعض المرافق لحث المذنبين وتشجيعهم على خدمة المجتمع ، ومن جهة اخرى فإن وجود عدد كبير من هذه الدعاوى يؤدي الى تراكمها كما ان زيادة عدد النزلاء في دائرة اصلاح الكبار يثقل كاهل الدولة بمصاريف تنفق على هذه المؤسسات الاصلاحية قد تحتاجها لاعمار مرافق اخرى من الدولة.
2. ندعو المشرع العراقي الى تغليب الطابع الفردي على الطابع العام لبعض جرائم الاموال والتي تكون من جرائم الجنح من حيث الجسامة وجعلها من الجرائم المعلقة على شكوى وذلك لأن المشرع يضع لكل جريمة علة فاذا زالت العلة من التجريم انتفت المصلحة من التجريم .
3. ندعو المشرع العراقي الى تعديل نظام ايقاف التنفيذ ليشمل الجرائم الخاصة بالاموال والتي تزيد على السنة بنظام ايقاف التنفيذ اذ ان هذا النظام لا يسمح بإيقاف التنفيذ بالنسبة للجرائم الا عند الحكم في جناية او جنحة بالحبس مدة لا تزيد على سنة.
4. محاولة العودة الى القوانين المدنية وليس الجزائية لتطبيقها على بعض الافعال وبالاخص جرائم الاتلاف الاتلاف .

المصادر

-القرآن الكريم.

اولا: الكتب

1. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، ج3 ، دار صادر ، دمشق ، بلا سنة طبع.
2. أبو الفضل جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم أبن منظور ، لسان العرب ، المجلد الثاني ، دار صادر ، بيروت ، بلا سنة طبع .
3. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد السابع ، دار صادر ، بيروت ، بدون سنة طبع.
4. بدر الدين أبى عبد الله محمد بن إبراهيم بن سعد الله الحموي الشافعي، تحقيق وهبي سليمان غاوجي الألباني ، ط1، دار السلام للطباعة والنشر ، مصر ، ١٩٩٠م.
5. د.خالد حامد مصطفى ، شرح قانون الاجراءات الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 2017.
6. ضاري خليل محمود ، اثر رضا المجني علية في المسئولية الجزائية، دار القادسية للطباعة ، بغداد ، 1982.
7. عبدالفادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، ج1، دار الكتاب العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع.
8. د.علي حسين الخلف ود.سلطان عبدالقادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة نشر .
9. د. على محيي الدين القرة داغي ، مقدمات في المال والملكية والعقد - دراسة فقهية قانونية اقتصادية ، مطبوع ضمن سلسلة حقيبة طالب العلم الاقتصادية ، ط2، دار البشائر الإسلامية ، بيروت لبنان ، ٢٠١٣.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

10. د.فخري عبدالرزاق صلبي الحديثي ، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، دار السنهوري ، بيروت – لبنان ، 2016.
11. محمد باقر المجلسي ، بحار الانوار ، ج68 ، ردمك ، 1968.
12. د.محمد جبر الالفي ، أحكام السرقة في الشرع الاسلامي ، منشورات مجلة الشريعة والقانون ، الإمارات، 1993.
13. محمد جواد مغنية ، فقه الامام جعفر الصادق ، ج6 ، مؤسسة السبطين (عليهم السلام) العالمية ،شريعت ، ايران ،1428هـ.
14. محمد نجم محمد صبحي ، رضا المجنى عليه واثره في المسؤولية الجنائية – دراسة مقارنة ، ط1 ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، 2000 .

ثانياً: الرسائل الجامعية

1. ميار جمال سالم فرشات ، رضاء المجنى عليه وأثره في المسؤولية الجنائية ، رسالة ماجستير ، جامعة القدس ، فلسطين ، 2023.

ثالثاً:البحوث

2. د.حلمي عبدالحكيم الفقي ، الرضا بالجريمة في ميزان الشريعة الاسلامية ،مجلة الشريعة والقانون بطنطا ، مصر، المجلد 32 ، العدد2 ، 1993.

رابعاً: القوانين

1. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.
2. قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971.

خامساً: الروابط الالكترونية

1. منهاج الصالحين ،ج2، كتاب الصلح ، 1445هـ ، متوافر على الموقع الالكتروني: كتاب الصلح - منهاج الصالحين ـ الجزء الثاني (الطبعة المصححة 1445 هـ.) - موقع مكتب سماحة المرجع الديني الأعلى السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله)(sistani.org) .
2. لسان العرب ، الباحث العربي متوافر على الموقع: الباحث العربي - معنى كلمة رضا(baheth.info) .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

حماية حقوق الاقليات في العراق وتأثيره على السلم الاجتماعي

م. د انعام مهدي جابر

كلية العلوم – جامعة بابل

م. د فراس مكي عبد

كلية القانون – جامعة بابل

المقدمة

تتنوع جماعات الأقليات وتنقسم الى مجموعة فئات منها فئات لغوية، ودينية، ومذهبية، وعرقية بأختلاف انواعها. في العراق ايضا تنقسم الأقلية الواحدة احيانا الى اقليات اخرى اصغر على مستوى ديني او مذهبي او حتى لغوي.

وبناء على ذلك العراق يحتوي على تنوع ثري: ديني, وقومي, ولغوي, والبلاد يوجد فيها أقليات يعود تاريخ البعض منها الى اكثر من عشرة قرون ويمكن ان نذكر امثلة منها هي المندائيين والايزيديين الخ, وهناك فئات من الديانة المسيحية نشأت في بداية القرن الاول الميلادي. وتكشف المراحل التأريخية تنوعا هائلا في العراق وهذا التنوع يشمل العادات والتقاليد والفلكلور، حي شهدت بلاد ما بين النهرين العديد من الثقافات والاديان وكذلك امبراطوريات وكانت ارث للعراق المعاصر عندما بدات الدولة الحديثة.

مشكلة البحث وتساؤلاتها

كانت الاقليات احد الاهداف المهمة للعنف الذي حدث بالعراق وخاصة بعد دخول امريكا للعراق عام 2003,وبسبب الخطورة التي تستهدف التنوع العرقي والديني والثقافي واللغوي لذلك ارتأينا البحث في دراسة الدفاع عن حقوق الاقليات وتفعيلها والعمل من اجل الحفاظ على حقوقهم وهويتهم التأريخية ووجودهم القومي والديني والعرقي والحفاظ على لغاتهم وتراثهم وديموغرافية مناطقهم وكذلك العمل على تحقيق الضمانات الدستورية للحقوق السياسية والثقافية والدينية والقومية للاقليات.

وقد اعتمدنا في منهج البحث على الاسلوب التحليلي لقواعد القانون وخاصة الاحكام التي ترتبط بحماية الحقوق لهذه الاقليات باستخراج النصوص التي تستفيد منها الاقلية من كافة النصوص القانونية والدستورية.

وقد أرتأينا ان نقسم هذه الورقة البحثية الى مبحثين المبحث الاول مفهوم الأقليات وأنواعها في العراق " الدينية والاثنية واللغوية", اما المبحث الثاني يتضمن الحماية الدستورية في العراق وهي الحماية من الابادة الجماعية وكذلك حماية الحرية الدينية وحماية المشاركة السياسية في العراق لهذه الفئات واثر حماية حقوق الاقليات العراقية على التعايش السلمي.

المبحث الأول

مفهوم الأقليات وأنواعها في العراق

المطلب الأول

مفهوم الأقليات

من المهم ان يكون لهذه الأقليات تعريف مقبول لأن حماية الأقليات من التمييز والاضطهاد تقتضي تعريف من تشمله هذه الحماية. ولكن الجهود التي بذلت لتعريف الأقلية على نحو مرض للجميع قد باءت بالفشل.

لقد جاء بشأن هذا المفهوم العديد من التعاريف، سيتم ذكر البعض منها على سبيل المثال لا الحصر بغية الوصول الى تعريف جامع وشامل. وقد عرفت الموسوعة الأمريكية الاقليات بانها احدى الجماعات التي لها اجتماعيا وضعا خاصا داخل المجتمع ومن

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ناحية تأثيره يكون أقل تأثيرا من وضع الجماعات المهيمنة او الاغلبية في نفس المجتمع ، ولها قدرا أقل من القوة والنفوذ ولها عددا من الحقوق اقل مقارنة بالجماعات المهيمنة في المجتمع، وغالبا ما يحرم افراد الأقليات من التمتع اللازم بأمتيازات مواطني الدرجة الاولى .

من اكثر التعاريف شائعا على نطاق واسع التعريف الذي وضعه المقرر الخاص فرانسسكو كابوتورتي في تقريره الصادر عام 1979م، حيث عرف الأقلية بأنها " مجموعة عددية من الافراد تقل عن بقية السكان في دولة من الدول، وتكون في وضع غير مهيمن ولأفرادها من مواطني الدولة المذكورة صفات وخصائص دينية أو عرقية أو لغوية مختلفة عن صفات وخصائص بقية السكان، ويظهرون ولو ضمنيا روح تضامن موجهة نحو الحفاظ على دينهم أو تقاليدهم أو ثقافاتهم أو لغتهم" (برقوق، 2002-2003).

تتعدد جماعات الأقليات وتنقسم الى عدة اقسام الى جماعات وفئات عرقية، ودينية، ومذهبية، ولغوية متنوعة. وتنقسم احدى الأقليات العرقية أحيانا الى أقليات أخرى أصغر على صعيد ديني أو مذهبي أو حتى لغوي.

اما العراق فهو "يمتاز بثراء تنوعه على اساس لغوي وقومي وديني ويوجد به أقليات تاريخية يبلغ عمر بعضها الى عشرين قرنا واكثر مثل المندائيين والايزيديين، والزرداشتيين، اما الجماعات المسيحية فقد كانت نشأتها في القرن الاول للميلاد . ان هذا الموروث الهائل من اللغات والعادات و والفلكلور والتقاليد يمثل تنوعا يبرز الفترات التأريخية التي عاشتها بلاد ما بين النهرين من اديان وثقافات وامبراطوريات كانت ورثا للعراق في القرن الماضي وبالتحديد في العشرينيات منه وحينها بدأت تجربة الدولة الحديثة عندما كان العراق محتل من قبل بريطانيا " (سلوم، 2017).

المطلب الاول

أنواع الأقليات في العراق

الفرع الاول

الاقليات الدينية

اولا: افراد الديانة اليهودية

العراق في الماضي كانت الديانة اليهودية من اكبر الجماعات فيه وفي الشرق الاوسط، على العكس الأن يعيشون القليل من الديانة اليهودية في بغداد ، لا يتعدى عددهم ستة أو سبعة افراد على حسب اخر الاحصائيات، وهؤلاء يمثلون اخر دليل على اضمحلال الأقلية اليهودية الذي استمرت لسنوات عديدة حوالي اكثر من 2500 عام في العراق (منشد، 2017).

اليهود في العراق يتحدثون اللغة العربية بلهجة قديمة وهذه الهجة تطورت عندما كان الخليفة هارون الرشيد يحكم العراق، وعرفت هذه اللهجة بالعربية اليهودية، وهي قريبة من لهجة المنطقة الغربية في العراق ولهجة الموصل. وهذه اللهجة مليئة بمفردات عبرية توراتية، وكانت ايضا تضم خليط من المفردات الأرامية، والتركية، والفارسية لكن بعد الأستعمار البريطاني أضيفت بعض المفردات الأنكليزية وايضا قليل من المفردات الأوربية.

عندما تأسست الدولة العراقية الحديثة أقام اليهود في العراق حياة مستقلة، وقد كانت حياتهم غاية الاندماج يمع الاوضاع الاقتصادية والسياسة والاجتماعية ، واستعربوا بصورة كاملة، بحيث ان تقاليدهم الاجتماعية و معيشتهم لايمكن تفريقها عن أقرانهم العرب.

يعد التهجير ليهود العراق وخاصة بعد تأسيس دولة أسرائيل حدثا قسريا قد وقع بالاكراه، وينظر اليه اليوم على انه جزء من مؤامرة تبنتها قوى استعمارية وقومية عربية وايضا صهيونية، بالتواطئ مع العديد من القوى السياسية العراقية أدت الى فقدان اهم نسيج حيوي في العراق (كورية، 2002).

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثانيا:افراد الديانة المسيحية

تحدد هوية المسيح في العراق على اساس مذهبي واثني ، فهم من حيث الاعراق متعددون ما بين مسيحي ارمن ، وسريان، وكلدان، وكذلك اشوريين، ومن حيث المذهب ينقسمون الى مسيحيين كاثوليك ، وارثودوكس ، وانجيلين وبروتستانت... وغيرها. ويتوزعون في مكانات متعددة في العراق و يتمركزون في بغداد، وفي شمال العراق في محافظة اربيل، والموصل (سهل نينوى). (سلوم، 2017).

القانون في العراق يعترف ب 14 طائفة مسيحية بصورة رسميا، وحيث ان القانون العراقي حافظ على خصوصية هذه الطائفة في اكثر من نص قانوني فعلى سبيل المثل لا الحصر اشار قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ على ان أحكام هذا القانون تسري على جميع العراقيين إلا من استثني منهم بقانون خاص وعلى هذا فإن جميع من يحمل الجنسية العراقية يخضع لأحكام هذا القانون سواء كان الشخص مقيماً في العراق أو موجوداً خارجه وبغض النظر عن مذهبه أو ديانته أو طائفته إلا من استثني بقانون خاص مثل طائفة المسيحيين والموسويين فيطبق عليهم قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (32) لسنة 1947.

والواقع فأن الأقلية المسيحية يوجد تمثيل لهم في ديوان الوقف المسيحي، وكذلك تصل مشاركتهم السياسية بتمثيلهم وزاريا ويساهم المسيحيين بظام الكوتا في مجلس النواب العراقي. هناك احصائية كانت تشير الى وجود ما يقارب مليون واربع مئة الف مسيحي في العراق، وهذا العدد تضائل بشكل كبير بسبب الهجرة خارج العراق(مجلس القضاء الاعلى، 2020).

ثالثا: الزرادشتيون

تعد الزرادشتية واحدة من أقدم الديانات في العالم التي ماتزال طقوسها تمارس حتى اليوم في مناطق عديدة، ومنها بعض مناطق كردستان العراق وما حولها، وقد أعلن في مناسبة خاصة عن وعودتها والتي جرى الكلام فيها عن كيفية ظهور هذه الديانة وتاريخ ظهورها وقد سميت بهذا الاسم نسبة الى مؤسسها زرادشت، والتعاليم التي صدرت عنه في كتابه المسمى الافيستا الذي يحتوي على فلسفتها، ويتواجد أتباع هذه الديانة في ايران، وافغانستان، واذربيجان والهند .

لايوجد احصاء دقيق حول اعداد اتباع الزرادشية، لكن يقدر عددهم نحو 300 الف وهناك تقارير تشير الى ان بعض الاكراد اعتنقوا الزرادشتية في السنوات الأخيرة، الزرادشتية يعترفون بكل الاديان ويحترمونها ولديهم علاقة قوية مع الجميع ويطلبون التعايش السلمي معهم ، لان الزرادشتية ضد العنف، ففي بلدان الشرق الأوسط ، تعاني هذه الدول من مخاطر زوال تنوعها الديني، وخاصة في العراق وسوريا ، فبظهور داعش في العراق وتهديداته للتنوع الديني، قد سهلت ومن جانب اخر عودة ديانة كانت قد اختفت عن الوجود مدة خمسة عشر قرنا منذ دخول الاسلام الى العراق" (سلوم، 2017).

اما بالنسبة لتمثيلهم الرسمي فقد أفتتح الزرادشت مقر لهم في الشمال في محافظة السليمانية، وكذلك اصبح لهم تمثيل رسمي في وزارة الأوقاف بعد ما تم الاعتراف بديانتهم واعتبرت واحدة من المعتقدات الدينية في شمال العراق وضمن قانون حماية المكونات في كردستان .

رابعا: الكاكائيون

تعتبر الكاكائية أقلية دينية تتمركز في كردستان العراق، وخاصة في محافظة كركوك وفي الاقسام الجنوبية الشرقية ،حيث تعتبر مدينة كركوك موطنهم الرئيس ، وكذلك المناطق الحدودية مع ايران وايضا على ضفاف نهر الزاب، ويتوزع الكاكائيون في جلولاء ومندلي وخانقين وهورمان والسليمانية واربيل . أما الموجودين منهم في دولة ايران وخاصة سربيل زهاب وصحنة وكرماشان قصر شيرين فيطلقون عليهم تسمية اهل الحق كذلك يتواجدون في محافظة نينوى في منطقة سهل نينوى قضاء الحمدانية، اما بالنسبة لديانتهم فقد اختلف المؤرخون والباحثون بشأنها اختلافا كبيرا بسبب الغموض والسرية والرمزية التي تحيط عقائدهم، فضلا عن تداخل الاديان والمذاهب في عقائدهم.

فيما يخص تمثيلهم السياسي فليس هناك اي تمثيل سياسي لهم ، اذ انهم في الانتخابات لم ينضووا بقائمة واحدة يدخلون من خلالها، بل كانوا ضمن احزاب كردية رئيسية، وخارج هذه الاحزاب ليس لهم اي تمثيل سياسي ، اما في البرلمان فليس لهم تمثيل فيه ، اما

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

في الدستور فلم يطالبوا بذكرهم فيه مثل بقية الأقليات، ولم يطالبوا ايضا بضمهم الى كوتا الأقليات، مما يجلب صورة مبهمة عن مطالبهم وهويتهم (مؤسسة التحالف من اجل المساواة والتنمية الشاملة ، 2021).

خامسا: البهائيون

تعتبر الديانة البهائية من الديانات الصغيرة ،هؤلاء يعتنقون واحد من الديانات الحديثة في العالم الحالي وهم موزعين في العراق في مناطق متفرقة. وليس هناك احصائية عن أعدادهم بدقة ، بسبب اخفائهم لهويتهم واتخاذهم السرية في ذلك وخوفهم من اشهارها.

كانوا البهائيون من ضمن البنية الدينية للمعتقدات المعترف بها رسميا في العراق ومنذ تأسيس الدولة العراقية ، ففي عام 1936 صدر الدليل الرسمي من وزارة الداخلية العراقية ولم يذكروا البهائيون فيه كأحد المكونات الاجتماعية في العراق، فضلا عن ممثلي الديانات الاخرى. اما في احصاء 1957 فقد ادرجت ثلاثة عقائد دينية هي، الصابئة، والايزيدية، والبهائية بالاضافة الى ذكر ثلاثة أديان رئيسة هي، الاسلام والمسيحية واليهودية. ومع انقلاب البعثيين 1963 لم يتم ذكرهم مطلقا .

اما بالنسبة لتمثيلهم على المستوى السياسي فلم يحظى بالقبول وذلك بسبب حظر معتقداتهم الدينية، لكن جاءت مطالبهم واضحة تتمثل بالغاء هذه التشريعات المجحفة بحقهم ومنحهم قدر اكبر من حريتهم الدينية والتي كفلها لهم الدستور (الربيعي، 2020).

سادسا: الايزيديون

تمتد الديانة الايزيدية جذورها الى الالاف السنين وتعتبر من الديانات القديمة في بلاد ما بين النهرين. يتواجدون في شمال العراق والشمال الغربي منه، وخاصة في منطقة جبل سنجار غربي الموصل وفي قضاء الشيخان ، وايضا يتواجدون في محافظة دهوك في قرى تلكيف ونواحي بعشيقة وأقضية زاخو وسميل .

يعاني الايزيديون من مشاكل عديدية منها ما يتعلق بالدين وأخرى تتعلق بمناطقهم, فالمشاكل التي تتعلق بمناطقهم هي اغلب مناطقهم تقع في الاراضي والمناطق المتنازع عليها بين حكومة اقليم كردستان وبين الحكومة المركزية في بغداد مثال على المناطق (تلكيف, سنجار, بعشيقة في سهل نينوى), اما المشاكل التي تتعلق بالدين بأعتبار أن ديانتهم غير تبشيرية وايضا في مسأل الزواج حيث لايسمح بالزواج من خارج فئاتهم وكذلك لايسمح بالزواج من الطبقات الاجتماعية مع المراتب الدينية الاخرى مثل الامير والزعيم الروحي وشيوخ الطريقة والنساك المتعبدون وعامة الناس.

ان دستور العراق النافذ لسنة 2005 ذكر اسم ديانتهم في المادة ثانيا واعترف بهم رسميا حيث لم يذكروا سابقا في الدساتير العراقية السابقة ، وتم تشكيل هيئة لأوقاف الأيزيدية، وهي مدروجة ضمن أوقاف الديانات الغير مسلمة، وكذلك تمثيلهم نيابيا في البرلمان العراقي (رشو، 2023).

سابعا: الصابئة المندائية

ان الموطن الاصلي لسكن الصابئة المندائيون جنوب العراق (العمارة) وكذلك في بغداد ويشكلون ثقافات الفية عابره للتحديت والامبراطوريات والأديان التي حلت على ارض العراق، في زمن امتد لالاف السنين، وهم بذلك اقدم ممثلي الاديان في العراق.

للمندائيين لهجة يتحدثون بها وهي من لهجات اللغة الأرامية الشرقية، حيث جاءت هذه اللغة بالدرجة الثانية من بعد اللغة السومرية . وقد أدرجتها منظمة اليونسكو من اللغات المعرّضة للأنقراض. وقد سكنوا الصابئة المندائيين قرب الانهار في جنوب العراق وفي ايران ، وقد سكنوا المدن الجنوبية ومنها مدينة الطيب في ميسان، والمجر الكبير، ومدينة الكحلاء والمشرح، و البصرة ، والناصرية، وسوق الشيوخ، ومدينة مندلي وواسط.ومن ثم انتقل قسم من الصابئة الى العاصمة بغداد، فقد هاجروا اليها في اوائل القرن العشرين، ومن ثم اصبحت بغداد اكثر المدن التي تمركز فيها الصابئة المندائيون، وبعد ذلك انتقل قسم من الصابئة الى الأنبار وكركوك والديوانية.

بعد الاحتلال الأمريكي للعراق عام 2003، وبسبب استهداف الأقليات وانعدام الأمن وانتشار الجرائم مما اضطر عدد من المندائيين الهجرة الى شمال العراق، والاستقرار فيه وخاصة في مدينة اربيل والسليمانية (عمران، 2015).

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

قبل ثمانينيات القرن الماضي كانت الطائفة الصابئية من دون تمثيل أو بنية مؤسسية ، وفي بداية الثمانينيات بدأت الهوية المندائية الدينية والثقافية تتجسد في أطار مؤسسي، فقاموا المندائيين بتشكيل ثلاث مجالس لتمثيلهم وهم (مجلس الشؤون، ومجلس العموم ، المجلس الروحي) .

المجلس الروحي يرأسة رئيس الطائفة الصابئة في العالم والعراق ويضم كذلك عدد من رجال الدين ويهتم هذا المجلس بالشؤون الدينية.

مجلس العموم يعتبر هذا برلمان الطائفة وهو يتكون من ممثلين من كل عائلة وعشيرة تنتخبهم عوائلهم، واجبات هذا المجلس التشريع وايضا دور الرقابة، وظيفة هذا المجلس هو تمثيل المندائيين في المناصب الرسمية من خلال انتخاب عموم الصابئة المندائيين.

مجلس الشؤون يتكون هذا المجلس من مجموعة اعضاء يتم انتخابهم من مجلس العموم ويحتوي هذا المجلس على عدد من الاقسام، اما واجبات هذا المجلس فهي أدارة الشؤون الحياتية التي تتعلق بالصابئة.

الطائفة المندائية تواجه قلة عددها في التمثيل في مجلس النواب، وكذلك مجالس المحافظات، مثلا في مجلس النواب للدورة الاولى لم يحصلوا على مقعد، بعد ذلك جاء نظام الكوتا ومن خلاله تمكنوا من الحصول على مقعد واحد في مجلس محافظة بغداد لعام 2008-2012 وكذلك حصلوا على مقعد واحد في البرلمان في الدورة الثانية لعام 2010-2014.

الان يمتلك الصابئة المندائية مقعدين كوتا في مجالس المحافظات واحد في محافظة ميسان والاخر في بغداد. (كركوك ناو، 2022).

المطلب الثاني

الأقليات الأثنية واللغوية

اولاً: التركمان

يتواجد ويعيش التركمان في المناطق الشمالية من العراق ويتركزون في كركوك ومنطقة التن كوبري والموصل واربيل ومنطقة كفري وخانقين ويعدّ التركمان ثالث الجماعات العراقية بعد العرب والاكراد والاغلبية من التركمان هم من المسلمين وهناك قسم منهم يعتنقون الديانة المسيحية المذهب الكاثوليكي تحديدا، اللهجة التركمانية تمثل الجزء الاكبر من اللغة التركية ويتحدث التركمان اللهجة الاذرية وهي جزء من اللغة التركية (الصامنجي، 1999).

من مميزات التركمان هو الطابع الأثنوديني أو الاثنوطائفي متوزع على الاحزاب والتيارات القومية والاسلامية مثل الجبهة التركمانية العراقية، والائتلاف التركماني، وحركة الوفاء التركماني، وحزب العدالة التركماني، وحزب تركمان، وحزب الحركة القومية، وحركة الاصلاح كركوك والاتحاد الاسلامي.

نفوس التركمان وعددهم غير دقيق في الوقت الحاضر وانما فقط تخمين من قبل جهات تركمانية كون لاتتوفر احصائية رسمية بذلك لكن عددهم يقدر بحوالي 7%- 10% من نفوس العراق.

التركمان يسعون ويطالبون الحكومة العراقية الى استحداث محافظات لهم مثل تلعفر، وطوزخرماتوا، وكذلك تكييف وضع محافظة كركوك ومنحها وضع خاص من اجل الحفاظ على التعددية الموجودة فيها ومنها التركمان، وايضا من اجل الحفاظ على التعايش السلمي في المحافظة.

ثانيا: الشبك

قبل حوالي 5000 سنة يعيش الشبك في شمال العراق، وهم يعتنقون الدين الاسلامي ويتحدثون بلغة تختلف عن اللغة العربية وبقية اللغات، وهؤلاء يعيشون في مناطق الموصل مع بقية الطوائف من المسيح، والكاكلئيين، والايزيديين.

يقدر عدد الشبك بحوالي 250 الف نسمة، وهذه الاحصائيات ناتجة عن اصدارات قامت بها منظمات عالمية ودولية .

بعد العام 2003 اصبح لهم تمثيلا سياسيا ، وبالتحديد كان في 20 آيار 2003 وهو تجمع الشبك الديمقراطي، وكان يضم

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مجموعة من الشخصيات العشارية والمثقفين ، ونخبة من الشباب كان همهم هو تمثيل الشبك وبيان هويتهم المستقلة.

وبما ان الشبك اقلية صغرى فهم بذلك يواجهون من جهة تحديات الانصار في الهوية الكبرى، ومن جهة اخرى يواجهون الصراع والمساومات بين الجماعات الكبرى، وحسب رأيهم ادت الصراعات والمواجهات الى عدم ذكرهم في الدستور العراقي النافذ ، لذا يطالبون الشبك بذكر اسمهم ضمن المادة 125 بعدهم أقلية قومية (عبود، 2012).

ثالثا: الفيليون

الفيليين يعيشون على خط الحدود المجاور مع ايران في قمم جبال زاكروس، وايضا القسم منهم يعيش في بغداد. اما بشان كلمة فيلي اختلف الباحثون حولها فأنهم يرونها مشتقة من اللغة الفهلوية وهي من لغات اجداد الفيليين، وتعتبر لغة مقدسة لديانات مثل المجوسية والديانات القريبة منها (غلام، 2021).

يعتبر الفيليين ابرز مثال من بين الاقليات على التمييز الصريح منذ بداية تأسيس الدولة العراقية، من خلال النظر الى اول قانون للجنسية في العراق رقم (42) لسنة 1924 الملغي ، والذي اصبح في ظله هناك عراقيون من التبعية العثمانية والبعض الاخر من التبعية الايرانية ، في حين اعطى الفيلي التجنس بصفة مكتسبة ومن الدرجة الثانية ، وأن كانت أسرته تعيش في العراق منذ مئات الأعوام.

تعرض الفيليون خلال حوالي نصف قرن الى مسلسل من عميات التهجير، أيضا تعرضوا الى التعذيب والأعتقال لأسباب طائفية نتيجة الحرب بين العراق وايران.

مايزال الفيليون حتى اليوم يواجهونة مشكلات ادراية معقدة في استعادة جنسيتهم، لذلك من طلباتهم هو أستعادة أملاكهم وجنسيتهم، كذلك شمولهم بالتمثيل السياسي بنظام الكوتا أسوة بالأقليات الأخرى، لاسيما تحت غياب عنوان سياسي موحد يمثلهم (الفيلي، 2013).

المبحث الثاني

الحماية الدستورية والقانونية للأقليات في العراق

أكد الدستور العراقي لسنة 2005 على الحقوق السياسية والتمتع بها ، حيث اكد في المادة (20) من الدستور بان للمواطنين حق المشاركة في الشؤون العامة سواء كانوا رجالا ام نساء والتمتع بالحقوق السياسية اي لهم حق التصويت والانتخاب والترشيح (الأنباري، 2018).

كذلك أكد الدستور على الحق في المساواة وعدم التمييز بين العراقيين، حيث اكد في المادة (14) منه على ان العراقيون متساوون أمام القانون وكذلك عدم التمييز بسبب الدين او المذهب اوالرأي او المعتقد اوالجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الوضع الاقتصادي او الاجتماعي . كذلك كفل الدستور تكافؤ الفرص للجميع، حيث نص في المادة (16) كمايلي " تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين، وتكفل الدولة اتخاذ الأجراءات اللازمة لتحقيق ذلك".

واكد الدستور على مواجهة اي كيان سياسي والتصدي له يدعو الى التمييز العنصري ومن اجل الخلاص من موروث التمييز وذلك في المادة (7) من الدستور حيث جاء فيه بوجوب الحظر لكل كيان أو نهج يتبنى الارهاب او التكفيراو العنصرية أو التطهير الطائفي، أو يمهد او يشجع أو يبرر لهذا الكيان او الجهة ، وخاصة رموز النظام السابق البعثي في العراق واعوانه ، اوبظل أي تسمية كانت، ولا يسمح لهم ان يكونوا ضمن التعددية السياسية في العراق (الأنباري، 2018).

ومن اجل الاحاطة بموضوع الحماية الدستورية والقانونية للاقليات سنبحث ذلك في مطلبين رئيسيين هما المطلب الأول حماية المشاركة السياسية للأقليات في العراق، أما المطلب الثاني هو حماية حقوق النساء للأقليات في العراق.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الاول

حماية المشاركة السياسية للاقليات في العراق

الفرع الاول

حق المسيحيين في المشاركة السياسية

يعترف العراق بحوالي اربع عشر طائفة من المسيح رسميا (القوانين والتشريعات العراقية ، 1981) ، وللمسيح، وللمسيح ديوان اوقاف المسيحيين، في العراق تصل مشاركتهم السياسية الى مستوى تمثيل وزاري، ايضا نال المسيحيين الكوتا التي منحتهم مقاعد في البرلمان التحادي وكذلك برلمان اقليم كردستان.

كان للمسيحين مشاركة في العملية السياسية منذ المراحل الاولى بعد التغير الذي حصل في البلاد ومن هذه المشاركات هي التمثيل في مجلس النواب الانتقالي، كذلك كتابة الدستور، والمشاركة في مجلس الحكم.

بالنسبة لتمثيل المسيحيين في الحكومة الاتحادية وأقليم كوردستان، فنجد ان برلمان كردستان يتكون من 111 مقعدا، وتكون هذه المقاعد موزعة على المكونات في كردستان كالاتي: مائة مقعد مخصصة للاكراد، خمسة مقاعد مخصصة للتركمان، خمسة مقاعد مخصصة للكلدان السريان الأشوريين ومقعد واحد مخصص للأرمن . اما بالنسبة للبرلمان الأتحادي فيتكون من 329 مقعدا تتوزع على التالي 320 مقعدا مخصصة للمسلمين، خمسة مقاعد مخصصة للمسيحيين، ومقعد واحد مخصص لكل من الأيزيديين والمندائيين والشبك.

وكذلك اكد قانون الانتخابات العراقي في المادة 13 منه على تخصيص مقاعد للمكون المسيحي ، فالبرلمان يتكون 329 نائب يتم توزيعهم على 320 مقعد، وعدد المقاعد الكوتا المضافة هي 9 يتم تخصيص منها 5 الى المكون المسيحي في المحافظات كل من بغداد ونينوى وكركوك ودهوك واربيل.

نلاحظ في الفترة الاخيرة مطالبة المسيحيين بزيادة المقاعد المخصصة لهم في مجلس النواب العراقي ، ويتذمرون من ان نظام الكوتا لايحقق تمثيلا حقيقيا لهم ومتوازنا في نفس الوقت في البرلمان.

كذلك يطالب بعض البرلمانيين المسيحيين برفع عدد مقاعدهم في البرلمان الى 10 مقاعد، ويدعون انه عند اقرار الكوتا وحيث كان معدل الاحتساب لكل 100 الف نسمة مقعد برلماني، وكان عدد المسيحيين في العراق آنذاك اكثر من مليون ونصف نسمة بان الكوتا مجحفة بحقهم ، وحتى وفق مبادئ الديمقراطية، فأن الديمقراطية ليست بالعدد فقط ، خصوصا في بلد تعددي وزاخر بالاقليات مثل العراق، وانما يجب أن تكون ديمقراطية توافقية ويؤخذ في نظر الاعتبار الارث التأريخي للمسيحيين في هذه الارض, فهم جزء مهم من سكانها الأصليون واسسوا حضارات عظيمة فيها .

من التنظيمات والتيارات السياسية الفعالة في الساحة السياسية هي الحزب الوطني الاشوري، والمجلس القومي الكلداني السرياني الاشوري، والحركة الديمقراطية الاشورية، وكيان ابناء النهرين، وحزب بين نهرين الديمقراطي، والمنبر القومي الكلداني، واتحاد بين نهرين الوطني (خلف صالح علي ، 2021) .

الفرع الثاني

حق الشبك في المشاركة السياسية

ان مشاركة الشبك في العمل السياسي وممارسته من خلال الاحزاب السياسية جديدا فلم يكن يعرفوه قبل التغيير الذي حصل في العراق عام 2003، اذ برز بعد ذلك اول كيان سياسي مثلهم في عام 2003 واطلق عليه تسمية "تجمع الشبك الديمقراطي"، حيث ضمن نخبة من الشخصيات المثقفة وكذلك شيوخ عشائر والشباب ايضا، حيث تحملوا مسؤولية تمثيل هذا المكون وابراز الهوية المشتقلة له.

في البرلمان العراقي مثّل الشبك عددا من السياسيين حيث اختلفت ميولهم وتحالفاتهم السياسية وذلك من خلال تيارين سياسيين

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

هما تجمع الشبك الديمقراطي وتجمع أحرار الشبك.

ولم يرد ذكر الشبك وهم أحدى الأقليات في العراق في الدستور العراقي لسنة 2005، ولكن تم تخصيص مقعد لهم في البرلمان العراقي ومجلس محافظة نينوى، لذلك يواجه الشبك مشكلة الاعتراف بهم كأقلية من الاقليات القومية، لذلك يطالب ممثلي الشبك بأدراج اسمهم ضمن المادة 125 من الدستور العراقي حيث لم يرد اسمهم ضمن الاقليات القومية التي ذكرتها المادة آنفة الذكر (عبيد، 2012).

وهناك رأي لبعض السياسيين من الشبك وهو بتطبيق المادة 140 من الدستور التي تنص على اجراء استفتاء لأهالي المناطق المتنازع عليها ومن ضمنهم الشبك، وهم يقررون اما البقاء في محافظتهم او الانضمام الى اقليم كردستان. وهناك رأي لبعض السياسيين الشبك وهو ان انضمامهم لاقليم كردستان فيه مصلحة لأفراد الشبك، وخاصة بعد ما واجهه الشبك في الفترة الماضية من تهجير وقتل وتشريد وعدم اعتراف بحقوقهم كمواطنين. ويضيفون ايضا ان هناك جدية من قبل حكومة الأقليم في الاعتراف بالشبك كمكون من مكونات كردستان (عبيد، 2012).

الفرع الثالث

حق التركمان في المشاركة السياسية

بعد التغيير في العراق الذي حدث عام 2003 كان هناك تنظيم سياسي هي الجبهة التركمانية والمتمثلة بعدة احزاب مثل الحزب الوطني التركماني والتركمان المستقلين وهناك احزاب تركمانية أخرى مثل حزب الاتحاد الاسلامي التركماني، ومجموعة احزاب اخرى، الأن تحولت الجبهة التركمانية الى حزب ولم تعد مجرد مظلة للتركمان. وكانت قيادة الجبهة تتغير كل ثلاث سنوات عن طريق الانتخاب.

على مستوى الساحة السياسية الآن الاحزاب الفاعلة والمسجلة رسميا هي: حزب الحق التركماني، وهناك الجبهة التركمانية التي تحولت الى حزب، وحزب العدالة التركماني، وحزب الاتحاد الأسلامي، وحركة وفاء وهناك ايضا العديد من التجمعات والجمعيات والحركات التركمانية الأخرى مثل الحركة القومية التركمانية والتجمع القومي وحزب القرار.

يعتقد الكثير من ممثلي التركمان أن السبب في ضعف مشاركتهم السياسية هوعدم التنسيق بين التيارات السياسية التركمانية لتوحيد المطالب ، وايضا يرى عدد من السياسيين التركمان أن الاحزاب والحركات والشخصيات التركمانية عليها تقع مسؤولية كبيرة بسبب عدم تمكنها من تشكيل مشروع تركماني موحد، خوفا من فقدان امتيازاتها.

التركمان يطالب بأستحداث محافظات لهم مثل محافظة طوزخورماتو وكذلك تلعفر بالاضافة الى ذلك هو منح كركوك وضعا خاصا بسبب وجود التركمان فيها وكذلك الحفاظ على التعدد للاقليات بداخل المدينة ، كذلك يطالب التركمان باعادة الاراضي التركمانية التي سلبت بقرار من النظام البائد وقوانين لجنة شؤون الشمال التي عجز التركمان عن استرجاعها بسبب العديد من القوانين المتداخلة التي عمل بها نظام البعث في مصادرة هذه الاراضي (الحسيني، 2016).

المطلب الثاني

حماية حقوق النساء للأقليات في العراق

في تاريخ العراق الحديث برزت شخصيات كثيرة من نساء الاقليات، نستهل بالذكر منهن رائدة الصحافة عراقية الجنسية مسيحية الديانة (بولينا حسون روفائيل) وكذلك التاريخ المسيحي الحديث يحتفظ بأمرأة فريدة من نوعها هي (ماري تيريزه أسمر) حيث تعتبر أول رحالة تقوم برحلات استكشافية في القرن التاسع عشر، كانت ماري تتحدث اكثر من لغة مثل العربية والانكليزية والسريانية والكلدانية والتركية واللاتينية والكردية والفرنسية والايطالية (عيس ع.، 2009).

وكذلك كانت من نساء الأقلية الأيزيدية الأميرة ميان خانو 1873-1956 من سلالة أمراء الايزيديين التي استطاعت أن تتولى ادارة شؤون اقليمها الدينية لوحدها بعد اغتيال زوجها، وكانت سبقت زمنها في الدافع عن حقوق النساء دعوتها للمساواة الكاملة بين الرجال والنسا.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

كذلك عند الكاكائيون السيدة المتميزة (رزبار) التي قامت بتربية الشخصية المركزية المقدسة للكاكائين وهو السلطان اسحاق والذي كان مثلا اعلى في مجتمعه .

اما عند المندائيون فكانت هناك شخصية امرأة هي (هيونه) وهو اسم مندائية كانت بدرجة ريش الامة وكانت صاحبة فكرة استنساخ الكتب المندائية في القرون الأولى للميلاد. اما الشاعرة لميعة عباس عمارة والتي كانت من الطائفة المندائية ولها الاثر المهم في الشعر العراقي المعاصر.

وكذلك برزت في تاريخ الأرمن في العراق شخصية سارة اسكندريان المعروفة ب (سارة خاتون) الفتاة الأرمنية الثرية التي كان لها الموقف المهم في حياة الأقلية الأرمنية اثناء الأبادة الجماعية التي تعرض لها الأرمن عام 1915.

وبرزت ايضا في المجتمع الشبكي امرأة تسمى زينب سليمان زوجة الزعيم الشبكي رشيد اغا. كانت زينب اول امرأة من اقلية الشبك تساهم وتؤثر في الحملات الانتخابية في العهد الملكي الخاصة بالبرلمان لأنتخاب من يمثل الشبك من القيادات السياسية آنذاك.

وعلى صعيد الأقلية التركمانية، فقد أشتهرت امرأة تسمى نسرين أربيل، الرسامة والشاعرة وهي تنتمي الى عائلة معروفة في مدينة أربيل، فازت بالجائزة الاولى في امريكا عام 1957 عن قصيدتها (كلنا للحب).

وهناك أمثلة عديدة يمكن ذكرها فيما يخص نساء الاقليات في العراق. ومن الواجب علينا دائما ان نذكر ونتذكر الجوانب الايجابية المشرقة لنساء الاقليات ونضالهم ودعمهن للعمل الجاد من أجل تحسين وتطوير الواقع الثقافي والاقتصادي والاجتماعي لنساء الاقليات.

في هذا المبحث سنتناول الاطار القانوني لحماية حقوق نساء الأقليات وكذلك المشاركة السياسية الفعالة لنساء الأقليات.

الفرع الاول

الأطار الدستوري لحماية حقوق نساء الأقليات

الدستور العراقي النافذ لعام 2005 نص في مواد مختلفة على عدم التمييز وكذلك المساواة، ونص أيضا على حماية نساء الأقليات حيث اكد الدستور على ان العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب القومية اوالعرق او الدين او المذهب او الجنس أو الاصل أو اللون أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاجتماعي أو الاقتصادي .

وايضا اكد الدستور العراقي على حظر جميع اشكال العنف ضد الاسرة، حيث اشارت المادة 29 من الدستور العراقي لعام 2005 ايضا على منع كل اشكال العنف والتعسف في الأسرة والمدرسة والمجتمع. من خلال استطلاع المادة اعلاه نلاحظ سريان المادة الدستورية على النساء و توفير حماية لنساء الاقليات كونها تمثل جزء مهم من جسد المجتمع العراقي.

كذلك الحماية التي توفرها المادة 37 من الدستور العراقي النافذ، التي جرمت الاتجار بالنساء والاطفال وكذلك جرمت السخرة والعبودية وتجارة الجنس.

أن الحقوق التي وردت في الدستور العراقي النافذ لعام 2005 اذا لم تتحول الى تشريعات، لايمكن ضمان نظام الحماية الفعال لنساء الأقليات، فنحن ندعو المشرع العراقي الى تشريع قانون يكفل المساواة وعدم التمييز ومحاسبة من يرتكبون تمييزا ضد نساء الأقليات الأساسية مثل الحق في المشاركة العامة والحق في الوجود والحق في عدم التمييز والحق في الهوية .

وكذلك الحال في تشريعات تجرم الاتجار بالبشر، او تجريم المتاجرين بالنساء ومحاكمة من يسيئون لكرامة المرأة وحقوقها في هذا الصدد، فالمنظومة التشريعية تفتقر لأية قوانين تقف بالضد من العنف الاسري والجرائم التي تقع النساء ضحية لها، ايضا ايقاف ومعالجة تقاليد تترتب عليها تشوية الاعضاء التناسلية الانثوية للمرأة حيث أنها موجودة في العديد من المجتمعات التي تعيش فيها الاقليات في العراق والشرق الأوسط .

الفرع الثاني

الحق السياسي الفعال لنساء الأقليات

أن تحقيق المشاركة السياسية الفعالة للنساء بصورة عامة ونساء الأقليات بصورة خاصة يكون ذلك بتمثيلهن و بالمساوة مع

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الرجال سواء على مستوى الدولة أو داخل الأقليات نفسها من جهة، ومع نساء الأغلبية من جهة اخرى ، وايضا مشاركتهن في حل القضايا التي تؤثر فيهن أو تتعلق بهن، أو التي تخص شؤون الأقلية وشؤون المجتمع معا .

وتتمثل ايضاً مشاركة المرأة السياسية في حالات تعود بالنفع على المجتمع عامة من خلال مساهمتها في التصدي للظواهر العامة المشتركة في المجتمع والتطبيق الفعلي للتنوع الذي يضفي قوة وتماسك على المجتمع. لكن واقع الحال يحول دون ذلك حيث أن نساء الأقليات يواجهن صعوبات تمنع المشاركة السياسية ومن هذه العراقيل العادات والتقاليد الثقافية للمجتمع ، زخاصة في المجتمعات التقليدية المحلية التي تمنع النساء من المشاركة في اتخاذ القرارات،وفيها يظهر تمييز اكثر تجاه نساء الأقليات وبالتالي يمنعهن من ابداء ارائهن في القرارات السياسية الوطنية، بسبب انهن نساء بالمرتبة الاولى و ينتمين الى أقليات بالمرتبة الثانية . وقد تتعرض النساء الى التهميش داخل مجتمعات الأقليات التي ينتمن اليهن، وهنا تبرز مسؤولية الدولة والمجتمع المدني ليقع على عاتقها زيادة تمثيل نساء الأقليات داخل مجتمعاتهن .

واذا كانت مساهمة الأقليات غير مؤثرة في الكثير من الاحيان وذات طابع صوري في الوزارات والدوائر العامة ، وفيما يخص التنمية الوطنية والحياة الاقتصادية ووضع الميزانية ، فالحالة تصبح شبه مستحيلة بالنسبة لنساء الأقليات، ولهذا السبب لاتعطى لها الاهمية الضرورية لتحقيق دورها في التغيير المثمر .

ان مراكز صنع القرار في العراق تجذب القوى الدينية والقومية عامة والتي لها التأير المباشر في المجتمع، وبالتأكيد ان الأقليات ليست من ضمنهم باي حال من الاحوال ، مما يعوق دون مشاركة نساء الأقليات ويصبح ذلك مستحيلا ، ولوعي المجتمع والنظام السياسي لهذا الحال فقد ظهرت الحاجة الى نظام (الكوتا) لتفعيل المساواة إلى حد ما ، وعلى الرغم من تشريع القوانين التي تنص على حق المشاركة السياسية ولجميع طوائف واديان المجتمع العراقي ، إلا ان النصوص القانونية لم تكن قادرة على إيصال نساء الأقليات إلى مراكز السلطة ، ولا إلى الوظائف الإدارية المهمة، لذا فأن نساء الأقليات يشعرن بانعدام الأمن النفسي والاجتماعي نتيجة لذلك، وتنعكس هويتها الدينية أو القومية أو حتى الجنسية عليها مما يجعل منهاعائقاً أمام اندماجها الاجتماعي، ومشاركتها السياسية .

ان التحدي الاكبر الذي تواجهه نساء الأقليات هي الفارق الكبير بين النص القانوني، وبين الواقع والتطبيق الذي تعيشه ، ففي المجتمع الذي تكون فيه العادات السائدة متقدمة على القانون، و القبيلة سابقة على الدولة، يكون من غير المجدي أن ينص الدستورعلى موادا تكفل الحريات الدينية والثقافية لنساء الأقليات، و بدون وجود ضمانات ومؤسسات تكفل تطبيق هذه القوانين، وخير مثال على ذلك قوانين العمل والأجور التي لم تفرق بين النساء ومن مختلف القوميات والاديان والطوائف وبين الرجال، إلا ان نساء الاقليات يعانن من تمييز في المجال الوظيفي والعمل، وهوعدم استطاعتها تولي المناصب المهمة في ظل نظام قائم على المحاصصة الطائفية (سلوم، 2017).

الفرع الثالث

اثر حماية حقوق الاقليات العراقية على التعايش السلمي

التعايش السلمي هو محصلة لبناء علاقة ايجابية بين حتمية المساواة وحق الاختلاف ، واي خطأ في المعادلة ، يخل في حقيقة التعايش السلمي في اي مجتمع مهما كان ، والتعايش حسب طبيعته لا يلغي الاختلاف بين مكونات الشعب والتعبيرات الخاصة به ، وانما يضبط متتابعاتها ، ويحدد وسائلها ، فالتعايش السلمي لا يعني الرتيبة والسكون وانما يكون الوسيلة الصحيحة لعملية التنافس والاختلاف ويرفض العنف لفض النزاع او الخلاف .

ان افراد الاقليات العراقية وباختلاف اصولها الدينية والاثنية تعاني من تحديات اقتصادية وسياسية واجتماعية وامنية، تتحد كلها لتكون بيئة تثبت مسارات المستقبل بالنسبة لها، وتقيد من اندماجها وانسجامها في المجتمع مع بقية افراده وبالتالي سيكون هناك تكتل ديني او اثني للحفاظ على وجودها، بالنسبة لتحدي المشاركة السياسية والتمثيل السياسي للاقليات في العراق بعد عام 2003 فقد اخذ العراق كنظام لتقاسم السلطة هو نظام المحاصصة الطائفية بين مكوناته وبالنتيجة وجدت الاقليات نفسها خارج العملية السياسية وخارج سيطرة الكتل السياسية المهيمنة لذلك كانت الاقليات تعاني من التمييز والاقصاء والتهميش واقصائهم عن

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المشاركة السياسية والسبب في ذلك هو سيادة الولاء الطائفي والعرقي على توجه الكتل السياسية المهيمنة وبسبب الصراع ايضا على السلطة والنفوذ وسياسة الاقصاء على اساس طائفي وعرقي والتركيز على المصالح الفردية وتغليبها على المصالح الوطنية واستغلال اصوات الاقليات الانتخابية لغرض الاستفادة منها في حساب الاغلبية واستغلالهم بدلا من حمايتهم كل ذلك ادى الى عدم المشاركة السياسية او ضعفها (سعد محمد ، 2019) .

وبعد تحسن الوضع الامني في العراق بقي الحال على ما هو عليه من الاقصاء والابعاد خارج العملية السياسية .

ومن التحديات الاخرى التي تعرضت له الاقليات في العراق هو الارهاب والعنف السياسي وخاصة بعد عام 2014 في محافظة الموصل حيث تعرضوا للاقصاء والتهجير القسري وخاصة المكون المسيحي وحيث يمكن ان يقال بان الموصل قد فرغت من المسيحيين

الخاتمة

أن الأقليات لاتزال تحتل مكانة متميزة في بؤرة اهتمام الجماعة الوطنية والدولية المعاصرة ويعود ذلك الى ما يمكن أن يترتب على انتهاك ما لها من حقوق وحريات من الأخلال بحالة السلم والأمن. لذا سوف نتطرق الى اهم النتائج والتوصيات بشان هذا الموضوع:

النتائج

1. فيما يخص تعريف الأقليات لم يتفق فقهاء القانون على تعريف جامع ومانع لمصطلح الأقلية والسبب في ذلك يعود الى اختلاف المعيار الذي يعتمد في تحديد هذا التعريف.
2. أن الحقوق والحريات التي يتمتع بها أبناء الأقلية في مختلف دول العالم أساسها في القوانين التي تتبناها الدولة التي ينتمون اليها وبالتالي لابد للدولة أن تلتزم بما تقرره تلك القوانين والاحكام وتتولى المنظمات والهيئات مهة الاشراف على تطبيق النصوص الخاصة بضمان حقوق القليات وضمان احترامها ولابد من وجود ضمانات داخلية.
3. أن دستور جمهورية العراق لعام 2005 اشار في العديد من مواده الى الضمانات اللازمة لحماية كافة أفراد الشعب العراقي وعدم تعرض بعضهم للاضطهاد من قبل البعض الاخر، كما حدث في العراق خلال القرن الماضي، حيث تعرضت الاقليات القومية والدينية الى العديد من الابادات الجماعية والاضطهادات ولاسيما جريمة تعرض الشعب الكردستاني الى القصف الكيمياوي وماسمي بمعركة الانفال ، كذلك جريمة الابادة الجماعية ضد الكورد الفيلية ، وكذلك ما تعرضت اليه الاقلية الايزدية وتم ذلك بتحويل هويتهم القومية من الكردية الى العربية. مع العلم أن السلطات العراقية لم تستطع حماية أبناء شعبها وخصوصا الاقليات.
4. تدهور حالة الأقليات في العراق نتيجة النزاع المسلح منذ الاحتلال الأمريكي للعراق في عام 2003 ، والذي انطوى على تصعيد حاد للهجمات وايقاع خسائر فادحة استهدفت المدنيين والأقليات على نحو متزايد.
5. من خلال الدراسة اتضح بأن الاستهداف والنزوح السكاني الهائل لأبناء الأقليات والتغيير الحاصل نتيجة احتلال العراق عام 2003، والنزاع المسلح بعد ذلك الى انتهاك واضرار بالغة بحقوق الأقليات.
6. تقع على المجتمع والدولة مسؤولية المحافظة على التنوع المجتمعي في العراق بشكل عام، وخاصة اذا كان التنوع مهدد بالقضاء عليه من أرض عاش فيها منذ سنين طويلة خلت، فلقد عاشت الاقليات أخطر مراحلها التاريخية بعد عام 2003 نتيجة عدم الاستقرار السياسي والامني، لذلك نحن بحاجة الى سياسات عامة تؤكد قيم المواطنة القائمة على الاعتراف بالتعددية، والمساواة .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التوصيات

1. أنضمام العراق الى المعاهدات الاقليمية والدولية التي تدعو الى ترسيخ حقوق الاقليات .
2. على الحكومة العراقية اتخاذ كل التدابير اللازمة لمنع تهجير وترحيل الأقليات، وكذلك تقديم حلول عاجلة لمعالجة ازمة نزوح الأقليات.
3. على الحكومة العراقية مراعاة تفعيل وتطبيق المعاهدات الدولية والأقليمية وبالأخص التي تمثل قوة ودعم للقضاء العراقي وحمايتة لحقوق الأقليات في العراق.
4. نقترح على صانع القرار السياسي العراقي اعداد سياسات لبناء ذاكرة عراقية تعنى بالتنوع المجتمعي العراقي وتعرف بالدور الوطني للاقليات سواء في الحاضر او الماضي او المستقبل ونشر ثقافة السلام والتسامح ونبذ العنف واشراك الاقليات في سن التشريعات القانونية الوطنية التي تمس مصالحهم ووجودهم في العراق .

المراجع

1. احمد ناصر الفيلي. (2013). *الكرد الفيليون الاصالة التاريخية والمواطنة المهدورة* . بغداد: اتحاد الناشرين العراقيين.
2. اسراء نوري غلام. (2021). *الكرد الفيليون في العراق*. بغداد: تموز للطباعة والنشر والتوزيع.
3. القوانين والتشريعات العراقية .(19 9 ,1981) .نظام رعاية الطوائف الدينية رقم 32لسنة 1981در *العراق* .
4. الليدي دراوور. (1969). *الصابئة المندائيون*. بغداد: مطبعة الارشاد.
5. خلف صالح علي (2021) مستقبل الالقليات في العراق بحث في تحديات الواقع وسياسات التمكين المستقبلي ، بحث منشور في مجلة كلية القانون والسياسة جامعة الانبار العدد (12) من عام 2021 .
6. زهير كاظم عبود. (2012). *الشبك في العراق*. لبنان : المؤسسة العربية للدراسات والنشر .
7. سعد سلوم. (2017). *حماية الأقليات الدينية و الأثنية واللغوية في العراق دراسة تحليلية*. بغداد: جمعية الأمل العراقية.
8. سعد محمد وروافد محمد العطار ، 2019 ، المشاركة السياسية للاقليات في العراق بعد عام 2003 ، مجلة الباحث العدد 32 ،كلية التربية للعلوم الانسانية ، جامعة كربلاء .
9. صباح الأنباري. (2018). *دستور جمهورية العراق 2005*. بغداد: المكتبة القانونية .
10. عبد الوهاب الكيالي. (1986). *الموسوعة السياسية* (المجلد 1). بيروت: دار التعمة للطباعة.
11. عدنان عاجل عبيد. (2012). *القانون الدستوري*. بغداد: مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع.
12. عزيز الصامنجي. (1999). *التاريخ السياسي لتركمان العراق*. لندن: دار الساقي.
13. علي المهداوي و اكرم عمران. (2015). الجذور التاريخية للصابئة المندائيين. *مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية / جامعة بابل* (21).
14. علي سيدو رشو. (2023). *محطات من واقع الأيزيديين*. القاهرة : كنوز للنشر والتوزيع.
15. علي نجم عيس. (1 12 ,2009). رحلة الاميرة البابلية ماريا تريز اسمر. *مؤسسة النور للثقافة والاعلام* .
16. مجاهد منشد. (2017). *مختصر تاريخ يهود العراق*. بغداد: بلا.
17. مجلس القضاء الاعلى. (2020). بغداد: مجلس القضاء الاعلى .
18. محمد طه الحسيني. (2016). *مبادئ القانون الدستوري* . بيروت: منشورات زين الحقوقية.
19. محمد عيس. (2021). الحماية الدولية لحقوق الاقليات في القانون الدولي الاوغيور والروهينغا نموذجا. *2* (23).
20. محند بروقوق سالم برقوق. (2002-2003). الأقليات في القانون الدولي دراسة اصلاحية وقانونية حالة الأقليات المسلمة. *المجلة الجزائرية للعلوم السياسية والاعلامية* ، 225.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

21. مكي ,ف .(1983) .*القانون الدستوري* .بغداد :مطبعة الحرية.
22. مؤسسة التحالف من اجل المساواة والتنمية الشاملة . (2021). *الكاكائيون في زمن كورونا*. كركوك: مؤسسة كركوك ناو.
23. نبيل عبدالامير الربيعي. (2020). *البابية والبهائية في العراق*. بابل: دار الفرات للثقافة والاعلام.
24. يعقوب كورية. (2002). *يهود العراق تاريخها احوالهم هجرتهم*. بغداد: الاهلية .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المسؤولية الجنائية الناتجة عن استخدام الذكاء الاصطناعي والتقنيات الالكترونية

الدكتور يوسف محمد نعمة

كلية القانون/جامعة بابل

مقدمة

اقترن مفهوم الذكاء الصناعي بالعالم الأمريكي جون ماركثني فهو اول من استخدم مصطلح "الذكاء الاصطناعي" وذلك في عام 1955 وأصبح مفهوم الالة التي تبتكر الحلول بنفسها في حل المعضلات التي تواجهها حلما يراود مخيلة العلماء، حتى أخذت أفلام الخيال العلمي هذا المفهوم الى أقصاه عندما انتجت السينما الغربية أفلام حروب المستقبل بين الانسان والالة، و التي يتطور لديها القدرة على التنبؤ ومحاكاة الظواهر الكونية بطريقة الانسان[40] لم يتم الاهتمام بموضوع الذكاء الصناعي في العالم العربي الا مؤخرا حيث أعلنت دولة الامارات العربية في عام 2017 انشائها اول وزارة تعنى بالذكاء الاصطناعي، ثم أسست جامعة منفصلة تختص بالذكاء الاصطناعي في عام 2019[41].

رافق التطور المذهل في ثورة الذكاء الصناعي تطور اعراض الطبيعة البشرية في ابتكار الجريمة واستخدم الذكاء الصناعي في سرقة البيانات والمعلومات الخاصة بالشركات والدول وتنوعت الاستخدامات الشريرة بحيث أصبح لزاما ان يتم وضع قوانين تحد من الطبيعة الاجرامية التي يقوم بها افراد او مؤسسات بخرق القوانين، فظهرت الحاجة الى معرفة المسؤولية الجنائية وابعاد تأثير الذكاء الصناعي في توليف نطاق غير مسبوق في القرصنة الإلكترونية [42]، سيكون هذا البحث مركزا في مجال المسؤولية الجزائية الناتجة عن استخدام الذكاء الصناعي والتقنيات الالكترونية، سنعالج فيه اهم المحاور التي تتعلق بتقنيات الذكاء الاصطناعي وطبيعة الجرائم التي يمكن ارتكابها من خلالها، وسيتم دراسة فرضيات تطبيق "المسؤولية الجنائية" في قضايا جرائم الذكاء الاصطناعي.

أولا: أهمية البحث

تأتي أهمية البحث من موضوع تغلغل الذكاء الاصطناعي بشكل غير مسبوق، في حياتنا، وكذلك من حجم الأخطاء والجرائم التي ترتكب بطرق مختلفة يكون الذكاء الاصطناعي احد عناصر الجريمة الإلكترونية. لذلك فان مناقشة المسؤولية الجنائية من المواضيع التي تؤسس لفلسفة قانونية متطورة في تحديد المسؤولية الجنائية وتحديد نوع العقوبة القضائية التي ستقع على المصنع للتقنيات، وعلى المالك، اول على الذكاء الاصطناعي نفسه مقدمة تنبؤية لقدرة الذكاء الاصطناعي في المستقبل بقدرته على صنع القرار بدون تدخل احد. كما سيتم مناقشة نوع العقوبات، وطبيعة تطبيقها وتحديد نوعها بحسب نوع الجريمة ونسبة الاسهام في احداث الضرر. لذلك فان الهدف الأساسي هو تحديد المسؤولية الجنائية عن الجرم ونوعية العقوبة.

مشكلة البحث

تعتبر مشكلة هذا البحث هي محاولة الإجابة على سؤال جوهرية وهو اذا ارتكبت تقنيات الذكاء الاصطناعي جريمة جنائية

([40]) المسئولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي: يحيى إبراهيم دهشان (عمان – الأردن : مطبعة غيداء , 2007) , ص 36.

([41]) التعليم و وظائف المستقبل : تأهيل الثروة البشرية لاستكمال مسيرة التنمية الإماراتية : مركز الامارات للدراسات والبحوث (أبو ظبي – الامارات العربية المتحدة : Emirates Center for Strategic Studies and Research , 2021) , ص 7.

([42]) قواعد المسئولية الجنائية عن تطبيقات الذكاء الاصطناعي : يحيى إبراهيم دهشان \ (أبو ظبي – الامارات : مجلة الشريعة والقانون – كلة القانون – جامعة الامارات العربية المتحدة , 2019) , ص 15.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

فكيف سيحدد القضاء المسؤولية الجنائية عن تلك الجريمة ؟ وماهي أدوات القانون التي ستساعد في فهم ودوافع جريمة الذكاء الاصطناعي؟ وهل سيبقى الانسان سواء كان مصنعا او مالكا للذكاء الاصطناعي طرفا في الجريمة الالكترونية ؟ ومن هذا السؤال سيتفرع عدد من الأسئلة التي سنحاول الإجابة عليها مثل :

1. هل يمكن للقضاء ان يمنح الذكاء الاصطناعي شخصية اعتبارية ؟
2. ماهو المدى الذي يمكن اعتبار الذكاء الاصطناعي مسؤولا عما يحدث من جريمة ؟
3. مامدى مسؤولية مالك الالة التي تعمل بالذكاء الاصطناعي عن الجريمة التي يرتكبها ؟
4. هل القوانين التقليدية التي تم تاسيسها على تحديد المسؤولية الجنائية يمكن تطبيقها على جرائم الذكاء الاصطناعي ؟

المبحث الأول

ماهية الذكاء الاصطناعي

يعرف الذكاء الاصطناعي بانه " أحد أفرع علوم الكمبيوتر المعنية بكيفية محاكاة الآلات لسلوك البشر، فهو علم إنشاء أجهزة وبرامج كمبيوتر قادرة على التفكير بالطريقة نفسها التي يعمل بها الدماغ البشري " [43]. ويعرف أيضا بانه " ذلك الفرع من علوم الحاسوب الذي يحاكي أسلوب الذكاء الإنساني في أداء المهام، والذي يتطلب التفكير والتفهم بأسلوب منطقي " [44]. يكاد يجمع معظم الباحثين على ان البدايات الحقيقية لنشوء الذكاء الصناعي كانت بعد الحرب العالمية الثانية، حيث بدأت مراكز البحوث باستحداث برامج حاسوبية تتسم بالقدرة على محاكاة الذكاء البشري خاصة في مجال الألعاب [45].

تقوم الية الذكاء الاصطناعي على محاكاة الذكاء البشري من خلال انشاء منظومات معقدة من الشبكات الحاسوبية التي تتماثل في عملها مع معطيات دراسة سلوك الانسان في معالجة المعوقات والمشاكل التي تعترضه في المسائل البسيطة صعودا الى حل المسائل المعقدة في الرياضيات والفيزياء والعلوم الأخرى. ويبلغ هذا المجال ذروته حينما استطاع الانسان ابتكار الية تمكن الآلات من التعلم لوحدها وجمع البيانات وتحليلها واتخاذ القرارات بطريقة تتشابه تماما مع البشر. تتنوع مجالات استخدام الذكاء الاصطناعي بحسب تطور المدنية الحديثة ولكن يتركز الاهتمام الأكبر في استخدام الذكاء الصناعي في المجال الأمني[46]، حيث ان الخطر المتزايد على حياة الانسان جعله يركز جل اهتمامه في توظيف كل ما يستطيع لأجل التنبؤ مثلا في وقوع الهزات الأرضية، او نشاط الأوبئة والفايروسات، او في الحروب الحديثة التي تحول اغلبها الى نشاط سيبراني غاية في الخطورة[47]. كما يستخدم في بناء المدن الذكية، وخلق البيئة المستدامة وإعادة تدوير المخلفات، وصيانة النظام البيئي واستخدامات أخرى لا حصر لها في حياة الانسان.

([43]) المسؤولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي في التشريع الإماراتي -دراسة مقارنة : احمد إبراهيم محمد (القاهرة – مصر : جامعة عين شمس – أطروحة دكتوراه , 2019) , ص 35.

([44]) الذكاء الاصطناعي معالمة وتطبيقاته وتأثيراته التنموية والمجتمعية : محمد مهدي الهادي (القاهرة – مصر : الدار المصرية اللبنانية , 2021) , ص 114.

([45]) اكتشاف الوصول غير الشرعي للجذر الرئيسي باستخدام الذكاء الاصطناعي: محمد ذيب حمود العتيبي (الرياض – السعودية : جامعة الامام محمد بن سعود , 2005) , ص 17.

([46]) الحروب المعلوماتية.. في المجال الأمني والعسكري أمريكا والصين: فراس جمال شاكر \ (عمان – الأردن : مطبعة اليازوري , 2022) , ص 189.

([47]) الحرب السيبرانية الاستعداد لقيادة المعارك العسكرية في الميدان الخامس: إيهاب خليفة \ (القاهرة – مصر : العالمية للنشر , 2021) , ص 36.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الاول

تطبيقات استخدام الذكاء الاصطناعي

هناك تطبيقات عديدة يمكن توصيف بعضها كالاتي:

1. **الاستخدام المتقدم في تحليل البيانات**: يعتبر توليد النصوص الطبيعية، وتمييز الصور والاشكال من اهم تطبيقات الذكاء الاصطناعي، يتبع ذلك توليد القدرة على اتخاذ القرارات خاصة بعد ظهور التعلم العميق التي اصبح للألة القدرة على القياسات الحيوية والمقارنة واتخاذ القرار[48]. وقد تركز هذا النوع من الاستخدام في الدوائر الحكومية، وفي المؤسسات والمعاهد التي تعالج كميات هائلة من البيانات. ويعتبر الروبوت احد اهم نتائج استخدام الذكاء الاصطناعي، وخاصة الأدوات التي يتم التحكم فيها عن بعد في مجال التسليح والإنقاذ . وقد نشطت هذه الصناعة في الدول المتقدمة مثل الولايات المتحدة والصين، فمثلا تملك الولايات المتحدة وحدها 20 الف وحدة صناعية تقوم بإنتاج أسلحة تعتمد على الذكاء الصناعي.
2. **تطبيق الذكاء الاصطناعي في التعلم العميق:** تعتبر تقنية " التعلم العميق " احد اهم خصاص القفزات المتطورة لاستخدامات الذكاء الاصطناعي، حيث استطاع الباحثون تطوير شبكات عصبية قادرة على محاكاة عمل الدماغ البشري في التعلم والتطوير الذاتي من دون ان يتدخل الانسان في تعديل عمل هذه الشبكات [49].
3. استخدام الذكاء الاصطناعي في تحليل السلوك البشري

8- استطاعت الشركات المتخصصة في صناعة البرامج والذكاء الاصطناعي تطوير اليات تمكن العلماء من التنبؤ و تحليل السلوك البشري، فمثلا استطاع معهد ماساتشوستس تصميم خوارزميات قادرة على تحليل اكثر من 600 ساعة من مقاطع الفيديو وتحليل سلوك الأشخاص وافعالهم، وكانت نسبة الدقة في التشخيص حوالي 43 % [50]. حيث تقوم الأجهزة المزودة بالذكاء الاصطناعي على تحليل " البيانات الضخمة " من المعلومات الشخصية ليتم التعرف على التحولات في أنماط السلوك البشري ونتائج تفاعلات دوافعه مع معطيات البيئة المحيطة والافراد. وقد ساعدت نتائج التحليل بشكل كبير على تحليل تطور سلوك المجتمعات البشرية وطباعة المجموعات والأقليات خاصة من قبل منظمات الأمم المتحدة ليتم التعامل مع السكان والمناطق المنكوبة وفق معطيات نتائج تحليل الذكاء الاصطناعي [51].

4. استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي لمحاربة الجريمة

درج الانسان على ان تكون الجريمة جزء من صيرورته التاريخية فلا يوجد رافد لدعم الحياة عبر التاريخ الا كانت الجريمة أحد النتائج العرضية التي تظهر نتيجة عجز الانسان عن ادراك الابعاد الطولية والعرضية لوجوده (52). ومؤخرا تم استحداث وسائل لا حصر لها من أدوات الذكاء الاصطناعي في تتبع الجريمة سواء كانت الرقمية الو التقليدية لأجل القضاء

([48]) تحليلات الاعمال وتنقيب البيانات: دعاء محمود عبد العال واخرون \ (عمان – الأردن : مكتبة اليازوري , 2023) , ص 19.

([49]) تطبيقات الذكاء الاصطناعي ومستقبل تكنولوجيا التعليم : أسماء السيد عبد الصمد \ (القاهرة – مصر : مكتبة نهضة مصر , 2020) , ص 52.

([50]) الذكاء الاصطناعي ثورة في تقنيات العصر : عبد الله موسى واحمد هلال \ (القاهرة – مصر : دار الكتب المصرية , 2019) , ص 57.

([51]) الشيطان في الفكر الإسلامي من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية : حسين سليمان \ (القاهرة – مصر : دار الهادي , 1999) , ص 49.

([52]) نفس المصدر السابق، ص 51.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

عليها او تقليل اثارها. فقد استطاع رجال الامن من اختصاصيو الشبكات تطوير أساليب جيدة في الرصد والمتابعة وتحليل الأدلة الجنائية وحتى وسائل التحقيق مع المجرمين الاذكياء. واجهت هذه الوسائل مشكلة قانونية غير مسبوقة هي مدى شرعية الأساليب التي تعتمد على الذكاء الاصطناعي في تطبيقها على الافراد والجماعات (53). نجحت دول عديدة في استخدام الذكاء الاصطناعي في مجال الجريمة ومكافحتها، فمثلا قامت شرطة نيويورك مؤخرا بأنشاء " مركز إدارة الجريمة " كوحدة نظامية الأولى من نوعها تستخدم تقنيات الذكاء الاصطناعي في تحليل البيانات، والتنبؤ التحليلي، حتى انه له الكنايات توقع حدوث الجرائم سواء من تحليل سلوك الافراد او من تحليل أنماط وقوع الجرائم في الاحياء التي تنتشر فيها الجريمة اكثر من غيرها.

اما مجالات استخدام الذكاء الاصطناعي فهي تفوق الحصر فقد تغلغل في ادق التفاصيل الحياتية ابتداء" من المجال الأمني، الى تصميم المدن الذكية مرورا بالميادين الطبية، والاستخدام العسكري ،والاتصالات وغيرها.

المطلب الثاني

المسؤولية الجنائية في استخدام الذكاء الاصطناعي

تعرف المسؤولية الجنائية في اللغة على انها "تحمل الانسان لناتج افعاله المجرمة التي يأتيها وهو مدرك لمعناها و ما سينتج عنها, فالمجرم يسال لأنه اختار الطريق المرفوض والممنوع قانونا" [54]. اما من الناحية القانونية فان المسؤولية الجنائي تعني "تحمل الشخص تبعة عمله الاجرامي بخضوعه للجزاء المقرر في قانون العقوبات"[55]، او هي "أهلية الانسان العاقل لان يتحمل عقاب ناشيء من افعاله"[56].

وتتشكل اركان المسؤولية الجنائية في استخدام الذكاء الاصطناعية على النحو الاتي:

1. **الركن المعنوي**: في القانون المعاصر وفي دساتير معظم الدول لايمكن للشخص ان يكون مسؤولا من الناحية الجنائية مالم تقوم الجريمة على الركن المعنوي الى جانب الركن المادي[57]. ان الركن المعنوي هو الرابطة الحسية بين السلوك الطاهري الانسان وبين الدوافع الداخلية. ويكون الركن المعنوي عادة على صورتين:

A. **الخطأ العمدي**: تم تعريف الخطأ العمدي في مختلف القوانين على انه " ارتكاب ما يخالف القانون, لكن دون إرادة النتيجة الحاصلة"[58] ويقصد به "خطأ الجاني بانحراف سلوكه عن سلوك الانسان العادي في نفس الطروف وبنفس الوقائع" [59]. عادة هذا النوع من الأخطاء ناتج من عدم التحوط وعدم مراعاة القانون.

B. **القصد الجنائي**: عندما تتجه إرادة الجاني الى ارتكاب الجرم مع علمه المسبق بعواقب الجريمة، فربما لديه كامل التفاصيل بالعقوبة والجزاء الذي سيناله ان تم الإمساك بع ولكن رغم ذلك يمارس سلوكه الجرمي، أي ان هناك

([53]) الحماية الجنائية للبيانات في ظل التحول الرقمي: يحيى إبراهيم دهشان \ (عمان – الأردن : مطبعة غيداء , 2022) , ص 7.

([54]) موانع المسؤولية الجنائية في الشريعة والقانون: حامد الفهداوي \ (القاهرة – مصر : دار الجنان للنشر والتوزيع , 2014) , ص 19.

([55]) الذكاء الاصطناعي واقعه ومستقبله : الان بونية , ترجمة احمد لطفي \ (الكويت : مطبعة الكويت الاميرية , 1993) , ص 19

([56]) نفس المصدر السابق، ص 29.

([57]) جرائم الإرهاب والإرهاب الإلكتروني : محمد علي سويلم \ (بيروت – لبنان : المناهل , 2019) , ص 56.

([58]) قانون العقوبات القسم العام (النظرية العامة للجريمة) : محمد صبحي نجم\ (القاهرة – مصر : دار الثقافة والنشر والتوزيع , 2008) , ص 36.

([59]) المسؤولية الجنائية الناتجة عن اعمال الذكاء الاصطناعي: عمر محمد منيب ادلب \ (الدوحة – قطر : كلية القانون , 2023) , ص 84.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اقتران بين الفعل والعقوبة او الفعل ونتيجة الفعل[60]. اما في جرائم الذكاء الاصطناعي وفي حالة ارتكاب الجريمة وثبوتها على الجاني من خلال استخدام او برمجة او تصنيع الفعل الجرمي بواسطة الذكاء الاصطناعي. أي نه قد جرى توفر الركن المعنوي من حيث توفر الهدف والوسيلة [61].

يتم التمييز بين القصد الجنائي والعمدي بان الأول مدفوع بهدف وإرادة بينه في ارتكاب الجريمة لان لديه اهداف اجرامية وخطط ونتيجة لتحقيقها، بينما الجرم العمدي قد يكون ناتج من مزاولة الفعل الاجرامي ولكن من دون ان يكون هناك نتيجة مستحصله يرمي الى تحقيقها [62]. وقد تكون بعض الفقرات القانونية الصادرة عند بعض الدولة كفنلندا مثلا ان يسقط قواعد القانون المدنية في ارتكاب الجريمة القصدية على الجرائم التي يتم ارتكابها باستخدام الذكاء الاصطناعي بحيث يكون الجاني مرتكب الفعل الاجرامي مباشرة كان يخطئ في ضبط الخوارزميات، او خطأ تصميم الروبوت، او القيادة ذاتية القيادة ولكن بإنذار السائق البشري ولكن لا يتم الالتزام بهذه الإنذارات والمسائل الشبيهة بها.

2. **الركن المادي:** وهو ان يقوم الشخص بالقيام بنشاط خارجي يستحق العقوبة عليه قانونا، لان القوانين بكافة اشكالها لا تعاقب الافراد على نية الفعل الخارجي الا اذا قام الشخص بتحويل النية الى فعل خارجي ملموس [63]، الركن المادي هوا الدعامة والأولى التي يقوم عليها الفعل الجرمي والمسؤولية الجنائية . في الذكاء الاصطناعي يظهر هذا المفهوم من خلال عند توافر السلوك الاجرامي عندما تقوم طائرة ذاتية القيادة بالهبوط على النهر او في غير المطارات المعهودة، او عندما يمتنع جهاز روبوت عن تقديم خدمة الزبائن في المطاعم والمستشفيات [64]. في الفقه القانوني يرتكز الركن المادي على ثلاثة عناصر، وهي كالاتي :

A. **الفعل الاجرامي الذي يصدر عن الجاني:** ويعرف بانه مجموعة الأفعال التي تصدر عن الجاني نحو المجني عليه (الضحية) بحيث تؤدي الى تعرضه الى خطر محدق في وجوده وحياته [65]. وفقا لهذا المعنى فان السلوك الاجرامي يعتبر العنصر الأساسي من بين عناصر تشكيل مكونات الركن المادي للجريمة، فهو القاعدة التي يقوم عليها جميع أنواع الجرائم سواء كانت قصدية او غير قصدية، او " تكون تامة او غير تامة " فبحسب

([60]) القصد الجنائي في الجرائم المعلوماتية دراسة تأصيلية مقارنة : مروان بن مرزوق \ (بيروت – لبنان : مطبعة المناهل , 2013) , ص 39.

([61]) الجرائم المعلوماتية دراسة مقارنة في التشريعات العربية والأجنبية : ايمن عبد الله فكري \ (بيروت – لبنان : مطبعة المناهل , 2014) , ص 67.

([62]) المسؤولية الجزائية عن الجرائم المحتلة : معتز حمد الله \ (عمان – الأردن : جامعة الشرق الأوسط (رسالة ماجستير) , 2014) , ص 29.

([63]) الجرائم الإلكترونية الواقعة على العرض بين الشريعة والقانون المقارن : هيثم عبد الرحمن البقلي \ (القاهرة – مصر : دار العلوم للنشر , 2010) , ص 51.

([64]) المسؤولية الجنائية الناتجة عن عمال الذكاء الاصطناعي: عمر محمد منيب \ (الدوحة – قطر : جامعة قطر , 2023) , ص 82.

([65]) المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي عن جريمة تلويث البيئة : لقمان بامو \ (الجزائر: جامعة قاصدي مرباح , 2011) , ص 45.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

معظم القوانين الحديثة " لا جريمة بدون سلوك مادي " [66]. بالإضافة الى ذلك هناك نوعين من السلوكيات الاجرامية، الأول هو ذلك السلوك " الإيجابي " والذي يكون بحسب فعل قد اعتبره القانون سلوكا اجراميا، والثاني هو " الامتناع عن القيام بفعل قد اباحه القانون " [67].

B. **النتيجة والقصد الاجرامي :** يعتبر هذا الركن هو العنصر الثاني من اركان " الركن المادي " وهو تجليات الفعل ونتيجته، والتي تنعكس على شكل اثر يحدثه الفعل الجرمي في العالم الخارجي [68]. وهذا العنصر يتضمن قصدين، الأول هو النتيجة القانونية وهو المعنى الدال على حدوث خطر يهدد مصلحة فرد او افراد تحت حماية القانون، اما القصد الثاني فهو النتيجة المادية المباشرة للفعل الجرمي عندما يؤدي الجرم الى ازهاق الأرواح، وهو الامر الذي لا يشترط ان يقع الضرر لشخص بعينه [69].

المبحث الثاني

القواعد والفرضيات التي تحدد المسؤولية الجنائية

بعد ان أصبحت تقنيات الذكاء الاصطناعي تستخدم في كل الصناعة العسكرية، والخدمات الطبية والصناعات المدنية بكافة اشكالها وفي الألعاب وغيرها، اصبح لزاما فرض المسؤولية الجنائية وتوقيع القيد الجنائي على كافة اركان وتطبيقات الذكاء الاصطناعي[70]. ودخل مفهوم تحمل الذكاء الاصطناعي المسؤولية الجنائية في المشاريع القانونية الحديثة في اغلب الدول التي تستخدم الذكاء الاصطناعي.

المطلب الاول

تحديد المسؤولية الجنائية في مجال الذكاء الاصطناعي

من المعروف انه اجل تحديد وفرض المسؤولية الجنائي لابد من تحديد عنصرين مهمين، **الأول** هو العنصر الخارجي (السلوك الاجرامي)، والثاني هو الداخلي وهو المعرفة او القصد العام في السلوك الاجرامي، فلا يمكن فرض أي مسؤولية جنائية بدون هذين العنصرين، فالنظام القضائي بطبيعته يجرم الأفعال الاقوال ولكن هناك حاجة الى عناصر أخرى تتم صورة الفعل الجنائي مثل نتائج الفعل الجنائي, والظروف التي رافقت السلوك الاجرامي.

" يتم التعبير ع اعلى مستوى من خلال المعرفة، بينما يكون أحيانا مصحوبا بمتطلب نية محددة، ولا يلزم معايير او قدرات أخرى لفرض المسؤولية الجنائية " [71]، لا يشترط ان يكون ذلك الالة او من البشر او الشركات والكيانات صاحبة الاختراع والابتكار

([66]) المسؤولية الجنائية الناتجة عن أخطاء الذكاء الاصطناعي: عبد الله احمد مطر الفلاسي \ (الخرطوم – السودان : المجلة القانونية , 2021) , العدد الثامن , ص 2864.

([67]) الدفاع الشرعي في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي : سمير صبحي \ (عمان – الأردن : مطبعة اليازوري , 2015) , ص 107.

([68]) المسؤولية الجنائية عن الجرائم المحتلة : معتز حمدا الله أبو سويلم \ (عمان – الأردن : جامعة الشرق الأوسط , 2014) , ص 27.

([69]) نفس المصدر السابق، ص 31.

([70]) المسئولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي: يحيى إبراهيم دهشان \ (عمان – الأردن : مطبعة غيداء , 2007) , ص 42.

([71]) التطبيقات المعاصرة للجرائم الناجمة عن الذكاء الإصطناعي دراسة قانونية في منظور القانون الدولي : عمر عباس العبيدي \ (عمان – الأردن : المركز العربي للنشر والتوزيع , 2022) , ص 39.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

. يضرب المختصين مثلا في القانون لتحديد المسؤولية القانونية هو ان لدغة العنكبوت لا تحمل العنكبوت تبعات أي مسؤولية قانونية رغم ان قدرة العنكبوت على لدغ الانسان مؤكدة وهي إشارة على انه قادر على العمل ولكنه غير قادر استكمال تصور الفعل الجرمي، والعنكبوت مثلا هو قادر على تكرار الكلمات التي يلقنها له صاحبة ولكنه غير قادر على ابتكار كلمات من تلقاء نفسه [72].

ان فرض المسؤولية الجنائية كما اسلفنا تفترض ركنين او توفر عنصرين هما القدرة على العمل والإرادة الفعلية، ولذلك يجب الاخذ بنظر الاعتبار هذين الشرطين عند البحث عن المسؤولية الجنائية في الذكاء الاصطناعي سواء كان ذلك على الروبوت او الأجهزة الأخرى التي تدار بالذكاء الاصطناعي [73]. وهنا يتم اقتراح عدد من الأساليب وهي كالاتي :

A. **تحديد المسؤولية الجنائية**: يرى العديد من الباحثين ان عوامل تحديد المسؤولية الجنائية لم يتم دراستها بشكل يحمل المصنع مسؤولية الفعل الجنائي الذي انتج الذكاء الاصطناعي للتقنية التي ارتكبت الفعل الجرمي، لذلك تم طرح لائحة الحصانة القضائية من خلال بنود اتفاقية الاستخدام، والتي يتم توقيعها من قبل صاحب (المالك) التقنية الذكاء الاصطناعي وبين المصنع, وبحيث يتحمل مالك التقنية المسؤولية الجنائية واخلاء مسؤولية المصنع من أي مسؤولية لجريمة مرتكبة من قبل أداة الذكاء الاصطناعي [74]. ولكن المسالة التي تثار هي الى أي حد يكون المصنع مسؤولا اذا كان الجريمة الجنائية التي تسبب بها الذكاء الاصطناعي ناتجة من خطأ في البرمجة؟ وهنا يكون المصنع يتحمل جزء من المسؤولية الجنائية للذكاء الاصطناعي وهنا يجد القانون نفسه يميز بين حالتين الأولى هي ان يكون سلوك المصنع متعمدا وهنا تكون المسؤولية الجنائية تقع على المصنع بنسبة أكبر، اما اذا كان الجرم حدث نتيجة خطأ غير متعمد فهنا تكون العقوبة مختلفة عن الحالة الأولى، اما اذا كان الخطأ حدث بسبب خلل في البرمجة لتقنية الذكاء الاصطناعي، فهنا تكون المسؤولية محصورة بالمصنع والمبرمج الذي ادخل هذه التقنيات قيد العمل [75].

B. **اثار سوء الاستخدام من المالك لتقنيات الذكاء الاصطناعي:** ان طرق التعامل مع تقنيات الذكاء الاصطناعي قد تكون هي المسبب للجريمة في حالة الاستخدام السيء خارج حدود البرمجة، ويترتب على ذلك ثلاث حالات:

i. الحالة الأولى هي عندما تحدث الجريمة كنتيجة لخطأ او اهمال المالك بدون أي دور لأطراف أخرى في حدوث الجريمة، أي ان المالك هو المسؤول الأول والأخير عن الجريمة ومثال ذلك ان يقوم المستخدم بتعطيل القيادة الالية للسيارة، فعند حدوث أي تداعيات للحوادث التي ممكن ان تحدث لعدم امتثال السائق للتعليمات الالية فيتحملها السائق وحده، وتكون المسؤولية الجنائية على السائق فقط [76]. لان مسؤولية المصنع تتوقف على وجود اشعارات وتنبيهات للسائق بتجنب بعض الأمور والافعال، فعندما يتجاوزها السائق يكون هو المسؤول ويتحمل التبعات القانونية [77].

ii. الحالة الثانية هي عندما تكون الجريمة تتعلق بالفاعل الرئيسي مع اطراف أخرى مثل المصنع، والتقنية الذكاء

([72]) المسئولية الجنائية عن جرائم الذكاء الاصطناعي: يحيى إبراهيم دهشان \ (عمان – الأردن : مطبعة غيداء , 2007) , ص 72.

([73]) نفس المصدر السابق، ص 93.

([74]) جرائم الذكاء الاصطناعي وآليات مكافحتها : يحيى إبراهيم دهشان \ (عمان - الأردن : مطبعة اليازوري , 2022) , ص 63.

([75]) نفس المصدر السابق، ص 65.

([76]) قواعد المسئولية الجنائية عن تطبيقات الذكاء الاصطناعي : إبراهيم دهشان \ (عمان – الأردن : مطبعة اليازوري , 2021) , ص 83.

([77]) الجرائم الإلكترونية من منظور الشريعة الإسلامية وأحكامها في القانون القطري والقانون اليمني: دراسة مقارنة : إبراهيم محمد الزنداني \ (تايلند : جامعة فطاني , 2022) , ص 110.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الاصطناعي، وطرف خارجي أخر، مثل قيام صاحب السيارة ذات القيادة الذاتية بتغيير قواعد التشغيل والحركة بمساعدة شخص اخر محترف في هذه المسائل، قد يكون هذا الاشتراك يهدف الى ارتكاب جريمة او نفي التهمة عن مالك السيارة في ارتكاب جريمة ما وتحميل المسؤولية على المصنع او البرمجة، وهذا مالتم تنص عليه حرفيا قوانين جرائم المعلوماتية في العراق ولكن يمكن الاستدلال عليه من خلال افق القانون وابعاده [78]. تنص المـاد (35) من قانون العقوبات رقم 111 الاتي " تكون الجريمة غير عمدية اذا وقعت النتيجة الإجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ اهمالا أو رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر " [79]

المطلب الثاني

نظرية الفاعل المعنوي

يرى العديد من خبراء القانون انه يمكن تحديد المسؤولية الجنائية بحسب استخدام الذكاء الاصطناعي أي ان مسبب الجريمة تنحصر بمن يقوم بتحريف اهداف الذكاء الاصطناعي واستخدامه في أغراض أخرى, فيصبح المالك هو " الفاعل المعنوي " بينما يكون الروبوت او الاله المستخدمة هو " الفاعل المادي " وهنا يمكن اسناد المسؤولية الجنائية الى المالك، او المستخدم بحسب نظرية الفاعل المعنوي [80]. وهل هذا الأساس تم وضع تعريفات عدة للفاعل المعنوي منها انه " كل من دفع وبأية وسيلة شخصا اخر الى تنفيذ الفعل المكون للجريمة، إذا كان هذا الشخص غير مسؤول جزائيا عنها لاي سبب من الأسباب" [81].

وعلى هذا الأساس تتضح نظرية الفاعل المعنوي بانها كل من " يسخر غيره للقيام بجريمة، فيقوم على تنفيذها بحيث ينحصر دوره كأداة للمنفذ الحقيقي للجريمة " [82]، وذلك لان المنفذ قد لا يدرك ابعاد الفعل المادي او نتائج ما يقوم به من فعل، سواء كان السبب حسن النية او الة لا تدرك المسؤولية الجنائية من الفعل كان يكون الانسان مجنونا او صبيا او لا يميز بين الصواب والباطل [83]. فالفاعل المعنوي بحسب هذا المعنى لايقوم بتنفيذ الفعل الجنائي بنفسه بل هو يدفع شخصا اخر للقيام بذلك. ومن الأمثلة على ذلك هو ان يقوم شخص بتكليف شخص اخر بتوصيل طرد او حقيبة تحتوي على مواد ممنوعة الى شخص اخر في بلد اخر . او ان يقوم شخص ما بتسميم الطعام والطلب من شخص اخر تقديمه الى الضحية، فالشخص المباشر او أداة الجريمة لا يحمل النية ولا يدرك الأثر الذي سيحدثه الطعام المسموم وليس لديه النية في إيذاء الضحية. فهنا مسؤوليته الجنائية تنحصر بمواد قانوني تختلف عمن يحمل النية في القتل وارتكاب الجريمة، فوجود شخص ثالث او طرف ثالث بينه وبين الجريمة لا يلغي مسؤوليته المباشرة عن الفعل الجنائي

([78]) ادارة الشرطة الحديثة وتكنولوجيا الذكاء الاصطناعي : عماد الحسبان , خالد الخزاعلة \ (عمان – الأردن : مكتبة اليازوري , 2021) , ص 38.

([79]) الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية : اسعد عبيد الجميلي \ (عمان- الأردن : دار الثقافة للنشر والتوزيع , 2011) , ص 173.

([80]) قاموس مصطلحات المعلوماتية واللغويات الحسابية إنجليزي-عربي, مع مسارد بالإنجليزية والعربية : نبيل زهيري \ (عمان – الأردن : مطبعة رغد , 2009) , ص 85.

([81]) قواعد المسئولية الجنائية عن تطبيقات الذكاء الاصطناعي : يحيى إبراهيم دهشان : مصدر سابق , ص 15.

([82]) مكافحة تمويل الإرهاب في القانون الدولي والتشريعات الوطنية : محمد حسين شنكالي \ (الرباط – المغرب : مطبعة السلام , 2013) , ص 185.

([83]) النظرية العامة للقانون الجزائي اللبناني نظرية الجريمة والمجرم : محمد عبد المنعم سليمان \ (بيروت – لبنان : المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1996) , ص 288.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

[84]. فبحسب الفقه الشرعي والجنائي يعتبر الفاعل المعنوي هو المسؤول الأول والأخير عن الجريمة الجنائية فهو يستغل حسن النية وجهل الطرف الثالث في تحقيق الهدف من الجريمة. وعادة ما يشير علماء القانون الى هذا الحال على ان" من يدفع أحدهم على تنفيذ الركن المادي للجريمة يكون فاعلا معنويا لها أيضا " [85]. من خلال بيان هذه النظرية نستنتج ان المسؤولية المفترضة في جرائم الذكاء الاصطناعي تتجه الى التحول من نظام " المسؤولية المبنية على نظام الخطأ الى نظام المسؤولية المبنية على نظام المخاطر " [86]. ان المالك والمستخدم كلاهما قد يكونا ضحية لطرف اخر قد يقوم في التداخل الجنائي في جريمة الذكاء الاصطناعي ، عن طريق الاختراق او طرق أخرى بحيث يؤدي الى ارتاك جريمة لا نية للمالك او المستخدم في ارتكابها وهذه جريمة وقائعها تكون اكثر تعقيدا من الأولى، ففي هذا الحالة نحن نقف امام حالتين

الأولى : هي عندما يقوم طرف خارجي باستغلال نقاط الضعف في برنامج الذكاء الاصطناعي كان يستغل وجود ثغرة الكترونية وتوظيفها لهدف اخر غير معني بالهدف الأساسي لوظيفة البرنامج، وبالتالي يقوم بارتكاب جريمة نتيجة ضعف مهارة المالك في سد الثغرات فهنا وبحسب القانون تكون الجريمة والمسؤولية الجنائية مشتركة بين الطرفين المالك (المصنع او البائع) والطرف الخارجي، مثال ذلك اتاحة اطراف خارجية الحصول على شفرة العمل في برنامج الذكاء الاصطناعي نتيجة الإهمال مما سهل عمل الطرف الخارجي في تحويل مسار عمل البرنامج الى طريق اخر أدى الى ارتكاب جريمة متعددة الأطراف [87].

الحالة الثانية: هي عندما يقوم الطرف الخارجي باستغلال مزايا برنامج الذكاء الاصطناعي وثغراته من دون ان يكون هناك اهمال او مساعدة من المالك والمستخدم، لذلك تقع المسؤولية كاملة على الطرف الخارجي في ارتكاب العمل الجرمي، مثال ذلك، قيام طرف خارجي باختراق برنامج الذكاء الاصطناعي في السحابة الالكترونية والتي تستخدم في تخزين وتنظيم تقنية الذكاء الاصطناعي، بحيث يستطيع ارسال أوامر الى برنامج الذكاء الاصطناعي يؤدي الى ارتكاب جريمة قد تكون سرقة معلوماتي، او أخطاء طبية مميته، او جرائم أخرى [88].

وقد أخذ المشرع العراقي بالمذهب الحديث إذ عرف الفاعل المعنوي في المادة (3/47) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 (يعد فاعلا للجريمة: من دفع بأية وسيلة شخصا على تنفيذ الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الشخص غير مسؤول جزائيا عنها لأي سبب) يفهم من النص إن القانون العراقي لا يأخذ بفكرة الفاعل المعنوي إذا كان منفذ الفعل المكون للجريمة حيوانا أو أية آلة ميكانيكية، ذلك إن القانون أستلزم ان يكون منفذ الفعل شخصا، ونرى إن ذلك يشكل نقصا تشريعيا يجب ان يكمل، إذ يمكن في الوقت الحاضر ان ترتكب الجرائم بشتى الطرق والوسائل وتوجد الكثير من الأدوات الأخرى لتنفيذ الجريمة من غير الاشخاص مثل الحيوانات المدربة والمفترسة والآلات الميكانيكية والكومبيوتر والانترنيت وغير ذلك من الوسائل الحديثة المتطورة. ويتضح مما تقدم ذكره أن وجه الشبه بين الشريك والفاعل المعنوي يكمن في أن الركن المادي للجريمة الموصوف بالنموذج القانوني لا يباشر من قبل كل منهما، وعلى الرغم من هذا الالتقاء والتقارب بينهما إلا إن هناك فارقا جوهريا يكمن في إن الفاعل المعنوي يستعين بشخص يكون بمثابة أداة

([84]) جرائم الاستغلال الاقتصادي للأطفال دراسة مقارنة : صلاح عبد الغفار \ (عمان – الأردن : مطبعة غيداء , 2015) , ص 141.

([85]) القانون الإداري بين التشريعي المصري و السعودي : عبد العزيز بن محمد الصغير \ (الرياض – السعودية : مكتبة الخليج , 2015) , ص 148.

([86]) الخطأ السلبي في المسؤولية المدنية دراسة مقارنة : سهام عبد الرزاق \ (بيروت – لبنان : مطبعة المناهل , 2019) , ص 85.

([87]) الوسيط في النظام القانوني لمجال إداراه الشركات المساهمة العامة دراسة مقارنة : تركي مصلح حمدان \ (عمان – الأردن : دار الخليج للنشر والتوزيع , 296.

([88]) قراءة جديدة لقانون التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث المرور على ضوء ما صدر من دراسات فقهية و أحكام قضائية : سالم السحيمي \ (بيروت – لبنان : مطبعة المناهل , 2015) , ص 73.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مسخرة أو وسيلة يتوسل بها لتنفيذ الجريمة ويكون هذا الشخص أما غير مسؤول (صغير السن أو مجنون) أو يكون حسن النية كمن يغري طفلا أو مجنونا بحرق منزل شخص أو يطلب من شخص حسن النية تسليم حقيبة تحتوي على مخدرات دون علمه. أما الشريك فانه يتعاون مع شخص يكون مسؤولا في نظر القانون، مثال ذلك الخادم الذي يريد أن ينتقم من مخدومه فيترك احدى نوافذ المنزل مفتوحة للسارق الذي يريد أن يسرق المنزل باتفاق مسبق معه.

كما إن الفاعل المعنوي يعمل على أساس ان الجريمة مشروعه الشخصي، فهو يملك السيادة على المشروع الاجرامي والمنفذ المادي يعمل لحسابه هو أما الشريك فانه يعمل على أساس أن الجريمة مشروع غيره (الفاعل الاصلي) وتتجه إرادته إلى أن يساهم في الجريمة بوصفه شريك فيأتي سلوكا لمعاونة ومعاضدة صاحب المشروع الاجرامي (الفاعل الاصلي).

بالإضافة الى إن إرادة الفاعل المعنوي هي الارادة الوحيدة في المشروع الاجرامي إذ تنصرف إرادته إلى استخدام المنفذ المادي الذي لا يعتد بإرادته ويمكن التوصل إلى ان الركن المعنوي للجريمة يكون متمثلا أو متحققا في الفاعل المعنوي دون الركن المادي الذي يتحقق بالفعل الذي يأتيه المنفذ المادي (الشخص غير المسؤول جزائيا أو حسن النية).أما الشريك فإرادته ليست هي الوحيدة في المشروع الاجرامي، بل تكون جنبا إلى جنب مع إرادة الفاعل الاصلي للجريمة.

ويمكن القول أن الركن المعنوي والركن المادي للجريمة يتحققان بالفعل الذي يأتيه الشريك إلى جانب تحقق هذين الركنين في سلوك الفاعل الاصلي للجريمة.

المبحث الثالث

العقوبات التي تقع على جرائم الذكاء الصناعي

يعتبر مبدأ الشرعية الجنائية هو الركن الأساسي في تنظيم القانون الجنائي، فالمؤسسات المدنية لا تستطيع تجريم سلوك احد ومعاقبته الا ان يكون هذا السلوك هو سلوك اجرامي وفق القانون [89]. لذلك أصبحت مواكبة التشريعات والقوانين العراقية ضرورة ملحة في تسد فراغ هذه المسالة. لذلك سنتحدث في هذا المبحث عن العقوبات التي يتم ايقاعها مصنع تقنيات الذكاء الاصطناعي، وعقوبات أخرى تقع على من يملك هذه التقنيات.

المطلب الاول

العقوبات التي توقع على مصّنع تقنيات الذكاء الاصطناعي

يعتبر القانون ان من يصنع تقنيات الذكاء الاصطناعي هو المتحكم الأول في أنظمة تشغيلها، وتقع عليه مسؤولية توفير ضوابط معينة تجعل من عمل هذه التقنيات محميا وامنا في حالة استخدامها، فنحن عندما عرفنا الذكاء الاصطناعي قلنا ان البرامج قادرة على اتخاذ القرار لوحدها بدون تدخل الانسان وقادرة على التعلم الذاتي، أي انه يجب ان نتوقع ان هذه البرامج ستكون لديها القدرة على ان تأخذ طبيعة البشر في ان تكون صالحة ومجرمة مثل طبيعة البشر . لذلك فان العقوبات التي يمكن ان تقع على مصنع هذه التقنيات يجب ان تكون بحجم الضرر ونوع الجريمة التي ترتكبها برامج الذكاء الاصطناعي، وهذا يعني ان هناك عقوبة الإعدام، والسجن المؤبد، او المشدد والحبس او الغرامة, تبعا لخطورة الجريمة التي تم ارتكابها [90].

لذلك يجب ان يتم ادراج قوانين عقوبات الذكاء الاصطناعي كأحد المشاريع القانونية التي يجب مناقشتها بإسهاب، فعلى الرغم ان تقنيات الذكاء الاصطناعي ليست لها جذور في العراق لحد الان، حتى وان كان هناك بعض الاستخدامات في مجالات محدود، الا ان الامر عاجلا ام اجلا سيكون واقعا في العراق، لذلك فأن تطوير المنظومة القانونية في هذا المجال ضرورة ملحة، خاصة عندما

([89]) القانون الجنائي الدستوري : احمد فتحي سرور \ (القاهرة – مصر : درا الشروق , 2002) , ص 32.

([90]) قواعد المسئولية الجنائية عن تطبيقات الذكاء الاصطناعي : يحيى إبراهيم دهشان : مصدر سابق, ص 40.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

يتعلق الامر بتعارض تقنيات الذكاء الاصطناعي مع التقاليد والأعراف الاجتماعية ومع الدين[91]. فمثلا ظهرت مؤخرا ان الانسان قادر على ان يبقى حيا بعد الموت عن طريق نقل وعيه الى أنظمة الحواسيب فهذه أحد المسائل الجوهرية التي لم يتطرق لها الفقه الإسلامي ربما لحد الان بحدود علم الباحث.

المطلب الثاني

العقوبات التي توقع على مالك تقنيات الذكاء الاصطناعي

ان الانتقال المباشر لتقنيات الذكاء الاصطناعي من المصنع الى المالك فانه يتمتع بجميع مميزات هذه التقنيات الامر الذي يجعله مسؤولا عنها وعن الجرائم التي قد ترتكب من قبل هذه التقنيات، ورغم ذلك يجب التفريق بين مسالتين، **الأولى** : هي مسؤولية المالك عن الجرائم التي تحدث بسبب هذه التقنيات بسبب الإهمال من قبله او من قبل المستخدم المخول من قبل المالك والتي تعتبر خاصية الحال الان في استخدامات الذكاء الاصطناعي حيث ان التدخل غير المدروس في هذه التقنيات من قبل المالك تسبب خلالا ما فيها او إعطاء أوامر معينة، او تعطيل خاصة معينة يؤدي حتما الى حدوث مشكلة او جريمة جنائية، في هذه الحال يجب ان تقع العقوبة على مالك التقنيات، لأنه المسؤول الأول عن الجريمة الاجرامية أي توفر الركن المعنوي والمادي للجريمة . والحكم يختلف اذا كانت الجريمة نتيجة قصد جنائي او خطأ غير متعمد في هذه الحالة تختلف العقوبة للمالك والمستخدم. **الثانية**: العقوبة التي تقع من قبل التقنية بدون أي تدخل خارجي، كان تكون سبب خطأ جسيم في تصميم الخوارزميات الذكاء الاصطناعي، او قد يكون معالجتها لنوع البيانات ليس بالدقة التي تمنح حدوث تسرب للمعلومات او تنفيذ أفعال ذات طبيعة إجرامية بسبب ذلك [92]. ان مستقبل الذكاء الاصطناعي يوحي بان الالات في طريقها للحصول على استقلالية تامة عن المصنع والمالك وبذلك قد تكون قادرة على ارتكاب جرائمها بإرادة حرة من دون مؤثر خارجي لا المالك ولا المصنع، عندها وبحكم المسؤولية الجنائية لايمكن إيقاع العقوبة على المالك او المصنع, وذلك لخلو الفعل الجرمي من المؤثر الخارجي [93].

الخاتمة

ان حياة الانسان ستكون مليئة بالذكاء الاصطناعي في كل شيء وان بداياته الخجولة في هذا القرن ماهي الا ارهاصات حياة لايمكن تصورها من قبل الانسان المعاصر . لذلك أصبحت معالجة الجريمة التي يرتكبها الذكاء الاصطناعي مقدمة فكرية قد تعاجل الخلل الذي يرافق خلق الانسان للاشياء، وان التوافق بين الذكاء الاصطناعي وحياة الانسان لا يمكن تصورها في اكثر الفلسفات تفائلا، لان إرادة الانسان الحرة مقيدة بعبادة الله الواحد الاحد، وتقنيات الذكاء الاصطناعي لاتدرك جوهر الايمان والتسامي الروحي ولا يمكن ان تدرك الدين والأخلاق الا بحكم قوانين العقاب، لذلك فان تقنين الذكاء الاصطناعي واحدا من اهم الاسهامات الإنسانية التي تستبق الزمن الذي يبدو اننا لانعرف عنها الى الا القليل .

نتائج البحث:

توصل الباحث بحكم دراسته للدراسات السابقة ومعالجة المسالة القانونية لتقييد وتفسير سلوك الذكاء الاصطناعي الى النتائج التالية :

1. الذكاء الاصطناعي ودورة في حياة الإنسانية يتسارع بشكل يفوق حتى الفكر الذي صنع فلسفة الانسان عن الوجود.
2. فكر الارتباط بين بعض اهم حاجاتنا ونشاطنا الإنساني واصبح الذكاء الاصطناعي هو من يقوم بها بدلا عن الانسان.

([91]) رؤية الإسلام للذكاء الاصطناعي (المُحْدَث) في إطار الفكر التطويري التقني : بسيوني الخولي \ (بيروت – لبنان : المطبعة المصرية اللبنانية , 2024) , ص 443.

([92]) ادارة الشرطة الحديثة وتكنولوجيا الذكاء الاصطناعي : عماد الحسبان , خالد الخزاعلة \ (عمان – الأردن : مكتبة اليازوري , 2021) , ص 213.

([93]) دروس في علم العقاب : عبد التواب معوض السوربجي \ (القاهرة – مصر : جامعة الزقازيق , 2019) , ص 28.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

3. المسؤولية الجنائية تقع على الانسان على الأقل في هذه المرحلة من مراحل تطور الذكاء الاصطناعي فنحن لانعرف المدى الذي سيتغلغل فيه في حياتنا.
4. تقوم المسالة الجنائية على الركن المادي والمعنوي .
5. عدم وجود تشريعات كافية في القضاء العراقي في ضبط استخدام الذكاء الاصطناعي.
6. عدم وجود بحوث معمقة في المسالة القانونية، وجل ما موجود هو ترجمة حرفية للقوانين الغربية، مما يعني انها لا تراعي الجانب الأخلاقي والديني المنسجم مع الثقافة العربية في إدارة التعامل مع تقنيات الذكاء الاصطناعي

المقترحات:

1. ندعو المشرع العراقي الى سن قانون خاص بالذكاء الاصطناعي فمع التطور التقني الهائل اصبح لزاما ان تكون هناك ضوابط ضمن اطار تنظيم قانوني يخضع لميدأ الشرعية الجزائية.
2. يجب على الباحثين في المجال القانوني العمل على انتاج تأصيل قانوني جاد لرفد المشرع العراقي باهم المعطيات التي يمكن الركون اليها في مجال التشريع الخاص بالذكاء الاصناعي.
3. نرى انه من الضروري عقد دورات تدريبية وورش عمل متخصصة ومشتركة بين المختصين في مجال القانون الجنائي والمختصين في المجال التقني للوقوف على الوقائع التي من الممكن ان يتنجها الذكاء الاصطناعي.
4. انشاء مؤسسات مختصة بالاستفادة من تقنيات الذكاء الاصطناعي في مختلف المجالات القانونية.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

استقلال جهاز الادعاء العام وأثره في تحقيق السلم الاجتماعي (دراسة مقارنة)

The independence of the public prosecution apparatus and its impact on achieving social peace (A comparative study)

أ.م.د.فخري جعفر أحمد الحسيني

كلية القانون والعلوم السياسية-جامعة وارث الانبياء

ملخص

إن التوجه السائد اليوم يذهب الى ابعاد جهاز الادعاء العام عن التوازنات السياسية خصوصا بعد ان أصبح من ضمن تشكيلات السلطة القضائية وتم اعتبار اعضاء الادعاء العام من القضاة،مما يقتضي استقلالهم ويتعين عليهم ان يتصرفوا بطريقة عادلة ومحايدة وموضوعية،فإستقلال القضاء لا يكون باستقلال قضاة الحكم فقط بل باستقلال قضاة الادعاء العام أيضا،وقد عبرت عن ذلك المحكمة الاوربية لحقوق الانسان في قراراتها التي ترفض فيها ربط جهاز الادعاء العام،بصفته احد تشكيلات السلطة القضائية،بعالم السياسة وخاصة السلطة التنفيذية.

ولا يعني ذلك ان يرتبط جاز الادعاء العام ارتياط تبعي بالسلطة القضائية،فمن مهام جهاز الادعاء العام مراقبة تنفيذ وتطبيق القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية،والجهات المعنية بتنفيذ وتطبيق القوانين هما السلطة التنفيذية والسلطة القضائية،أي أن جهاز الادعاء العام يراقب أعمال السلطة التنفيذية والسلطة القضائية من ناحية تطبيق القوانين وتنفيذها،ولكي يمارس جهاز الادعاء العام مهامه هذه بحيادية وموضوعية وعدالة يجب ان يكون مستقلا ليس فقط عن السلطة التنفيذية،بل عن السلطة القضائية أيضا،فهو ممثل المجتمع والمدافع عن مصالحه ولابد ان يكون مستقلا في عمله ولا سلطان عليه لغير القانون كي يستطيع مراقبة المشروعية وتحقيق العدالة فتحقيق العدالة هو اساس السلم الاجتماعي في البلاد.

Abstract

The prevailing trend today is to distance the public prosecution apparatus from political balances, especially after it became part of the formations of the judicial authority and members of the public prosecution were considered judges, which requires their independence and they must act in a fair, impartial and objective manner. The independence of the judiciary is not only the independence of the judges. But also the independence of public prosecution judges, and this was expressed by the European Court of Human Rights in its decisions in which it refuses to link the public prosecution service, as one of the formations of the judicial authority, to the world of politics, especially the executive authority.

This does not mean that the Public Prosecution Authority has a subsidiary connection to the judicial authority, as one of the tasks of the Public Prosecution Authority is to monitor the implementation and application of the laws issued by the legislative authority, and the parties concerned with the implementation and application of the laws are the executive authority and

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

the judicial authority, meaning that the Public Prosecution Authority monitors the work of the executive authority and the judicial authority from In terms of implementing and enforcing laws, in order for the Public Prosecution Service to exercise its duties impartially, objectively, and fairly, it must be independent not only from the executive authority, but also from the judicial authority, as it represents society and defends its interests. It must be independent in its work and have no authority over it other than the law so that it can Monitoring legitimacy and achieving justice, as achieving justice is the basis of social peace in the country.

مقدمة:

لقد كان وما يزال الادعاء العام هو المسؤول عن حماية المصلحة العامة والحق العام،فهو ممثل المجتمع في الدفاع عن مصالحه،وقد عهد المشرع إلى اعضاء الادعاء العام بالدفاع عن المصلحة العامة والحق العام،وهم ليسو قضاة بالمعنى الفني للكلمة،لكنهم اعضاء في جهاز الادعاء العام،وأطراف أساسية في الدعوى الجزائية،ولقد ارتبط جهاز الادعاء العام تدريجيا بالسلطة التنفيذية بمبرر تنفيذ السياسة الجنائية للدولة والدفاع عن مصالحها،وتأسست فكرة تبعية الادعاء العام تسلسليا للسلطة التنفيذية على منطق الشرعية الديمقراطية التي يؤطرها مبدأ التوازن بين السلطات.

ويُعَدّ الإدعاء العام أحد أهم الأجهزة التي اهتمت بها الانظمة القانونية،فدوره مهم وأساسي في المحاكم الجنائية،وفي المحافظة على كيان الدولة واستمرار بقائها وستقرارها،لكن هذه الأنظمة اختلفت فيما بينها في طريقة تكوين الإدعاء العام ونطاق صلاحياته والسلطات الممنوحة له،فبعضها وسع من صلاحياته،في حين وضع البعض الآخر قيوداً عليها.

إن البحث في موضوع "استقلال الإدعاء العام وأثره في تحقيق السلم الاجتماعي" يستلزم بالضرورة الإلمام بما يشتمل عليه من مسائل مهمة،ومشاكل جوهرية قد تكون السبب في الحد من استقلال الإدعاء العام في أداء دوره كنائب عن المجتمع في الدفاع عن مصالحه وحماية حقوقه من أي انتهاك.

وعليه سيتم تقسيم المقدمة إلى ستة نقاط وكالآتي:

أولاً: موضوع البحث.

بعد إمعان النظر في الدراسات القانونية لاختيار موضوع البحث أخذنا بعين الاعتبار الآتي:

1. البحث في موضوع غير مطروح ولم يسبق تناوله من قبل.
2. عدم وجود دراسة تخصصية في موضوع البحث.
3. ضرورة أن يكون موضوع البحث ضمن الموضوعات الحيوية على الساحة الجنائية.

ثانياً: أهمية البحث.

ترجع أهمية البحث الى الدور المهم الذي يلعبه جهاز الإدعاء العام في استقرار المجتمع من خلال ملاحقته للمتهمين في ارتكاب الجرائم وصولا إلى الحقيقة وتقديم المجرمين منهم إلى القضاء لينالوا جزائهم العادل،بالاضافة الى دوره في مراقبة سلطات الدولة من حيث تنفيذ وتطبيق القانون في ظل المشروعية القانونية.

ثالثاً: مشكلة البحث.

تتلخص مشكلة البحث في الإجابة عن التساؤلات الآتية:

1. ما هي السلطات والصلاحيات التي يمتلكها جهاز الإدعاء العام؟وهل هي مطلقة أم مقيدة؟
2. هل جهاز الإدعاء العام يعمل بمهنية واستقلال وحياد كسلطة اتهام؟وهل للضغوطات السلطوية تأثير في ذلك؟

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

3. هل أن الإدعاء العام أصبح أكثر استقلالاً في أداء دوره في ضل قانون الادعاء العام رقم 49 لسنة 2017 أم تم فرض قيود إضافية على سلطاته؟.
4. ما هو دور الإدعاء العام في تحقيق السلم الاجتماعي واستمرار بقائه؟

رابعاً: منهج البحث

إن الركيزة الرئيسة لمنهج البحث في هذا الموضوع تَستَند على إتباع التحليل والتأصيل للقواعد القانونية ذات الصلة؛حتى يمكن فهم أبعادها,ومقاصدها وذلك من خلال استعراض وتناول التعليقات التي أثيرت بشأنها بهدف استجلاء حقيقة تلك القواعد وبيان موقف الباحث منها من أجل إلقاء الضوء على الموضوع بشكل أوسع وأشمل،وبصورة موضوعية.

سادساً: خطة البحث

سنبحث استقلال الإدعاء العام وأثره في تحقيق السلم الاجتماعي في مبحثين،إذ نتناول في المبحث الأول ماهية الادعاء العام واستقلاله،ويكون المبحث الثاني لعلاقة الادعاء العام بالسلم الاجتماعي،ثم نعقبهما بخاتمة البحث التي تتضمن أهم النتائج والتوصيات التي سنتوصل إليها.

المبحث الاول

ماهية الادعاء العام واستقلاله

إن الإدعاء العام بوصفه نائباً عن الهيأة الاجتماعية فلابد من أن يكون مكلف من قبلها بذلك،وهذا يعني أن الإدعاء العام هو وظيفة ومن يشغلها يعد نائبا عن المجتمع،لذلك يكون له امتيازات معينة،وليس لأحد التدخل في ما يقوم به من مهام وظيفته،ليستطيع تحقيق الاهداف التي رسمها القانون له بشكل حيادي نزيه.

وعلى ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين،يكون الأول لمفهوم الإدعاء العام،والثاني لاستقلال جهاز الادعاء العام عن سلطات الدولة الثلاثة.

المطلب الاول

مفهوم الادعاء العام

يمتاز الإدعاء العام بخصائص معينة تجعل من أعضائه وحدة واحدة،وترفع عنهم المسؤولية أثناء ممارستهم لعملهم ،ولا تدع لأحد التدخل في ما يقومون به من مهام وظائفهم من غير أن يكون من أعضاء الإدعاء العام،إذ يعمل الإدعاء العام وفق نظام التدرج الوظيفي،وله اهداف يسعى لتحقيقها.

وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع،يكون الاول لتعريف الادعاء العام،ويطرق الثاني للطبيعة القانونية للادعاء العام واهدافه،بينما يبحث الثالث في خصائص الادعاء العام.

الفرع الاول

تعريف الادعاء العام

تعددت تعريفات الإدعاء العام،كما تعددت تسمياته،لكنها أجمعت على جعله ممثلاً ونائباً عن المجتمع أمام القضاء.

فالإدعاء العام يعتبر بمثابة هيأة خاصة منبثقة عن الدولة،تتمتع بضمانات قضائية هامة في أدائها العمل بسلطة رفع الدعوى الجنائية وتمثيل المجتمع في المطالبة بحقه في العقاب،وهذه الهيأة هي النيابة العامة (الادعاء العام)التي تحتكر حق تحريك الدعوى الجنائية وتملك توجيه الإتهام بأسم الجماعة،وكل شخص يمنحه القانون هذا الحق فإنما يقرر له على سبيل الاستثناء عن الأصل(1).

لذلك يمكن تعريفه بأنه: الجهاز المنوط به الدعوى الجنائية في تحريكها ورفعها ومباشرتها أمام القضاء(2).

وعرف البعض الإدعاء العام من خلال تعريفه للدعوى العمومية بأنه: طلب السلطة الممثلة للمجتمع (الادعاء العام)توقيع العقاب

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

على المتهم(3).

ويرى آخر أن الإدعاء العام بأنه: وسيلة المجتمع إلى السلطة القضائية من أجل توقيع العقاب على مرتكب الجريمة(4).

ولقد تعددت التسميات التي أسبغت على الإدعاء العام بصفته نائبا عن المجتمع في إقامة الدعوى الجنائية والإدعاء بالحق العام،أو ممثلا عن الهيئة الاجتماعية في الدفاع عن مصالحها وتحقيق الصالح العام،ففكرة النيابة عن المجتمع تؤدي إلى أن يقوم الإدعاء العام بحماية حق المجتمع أي الحق العام،لذلك يطلق عليه أحيانا أسم النيابة العامة وعنصرها النائب العام،أو أسم الإدعاء العام وعنصرها المدعي العام أي المدعي بالحق العام ويقابله المدعي بالحق الخاص(5).

ففي فرنسا يسمى "النيابة العامة"(Le Ministere Public) وهي تختص وحدها بمباشرة الادعاء العام(6).وهذه التسمية تستخدم في مصر أيضا بنص القانون،فالنيابة العامة تختص دون غيرها برفع الدعوى ومباشرتها؛ولا تُرفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون(7).

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فيسمى "الإدعاء العام" , ويعرف ممثل الإدعاء العام تحت عدة مسميات منها(District attorney - County attorney - Circuit solicitor) وهؤلاء على المستوى المحلي,ويسمى Federal prosecutors))على المستوى الفدرالي(الاتحادي)(8).

وفي إنكلترا يسمى "هيأة الإدعاء العام الملكي" بحسب قانون الإدعاء العام الصادر في (1985) الذي تضمن إنشاء جهاز الهيأة الملكية للإدعاء العام ليحل محل الأجهزة المختلفة التي كانت تضطلع بتلك المهمة , وبدأ العمل به عام (1986) وقد أجريت بعض التعديلات على هذا القانون في عام 1994,لكن تسمية الهيأة بقيت كما هي(9).

وقد أطلق المشرع السعودي عليه تسمية "هيأة التحقيق والإدعاء العام" والتي صدر نظامها بالمرسوم الملكي رقم (2/56) في (1409/10/24هـ)(10).

وفي العراق يسمى "جهاز الإدعاء العام" ,فقد نصت المادة (89) من دستور جمهورية العراق لعام(2005) على كونه أحد أجهزة السلطة القضائية بقولها((تتكون السلطة القضائية الاتحادية، من مجلس القضاء الأعلى والمحكمة الاتحادية العليا ومحكمة التمييز الاتحادية وجهاز الإدعاء العام...))،كذلك وردة هذه التسمية في نص المادة(25/أولاً)من قانون الإدعاء العام العراقي رقم (159) لسنة(1979) الملغي،وفي قانون الادعاء العام العراقي النافذ رقم 49 لسنة 2017 المعدل.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للادعاء العام واهدافه

يُعَدَّ تمثيل الإدعاء العام للهيأة الاجتماعية بحكم النيابة القانونية عنها،وبما أن الدولة هي التشخيص القانوني للمجتمع وتحكم باسمه،فإن ممثل المجتمع في إطار الدفاع عن حقوقه لابد أن يكون بصفة موظف حكومي،وذلك لكي تكون مهمة هذه الهيأة الوظيفية حماية المصلحة العامة والحق العام بالإدعاء به إزاء حالات المساس به،على الرغم من أن الإطار النظري لا يحول دون فكرة إمكان تمثيل الإدعاء العام من قبل هيأة من المتطوعين من أبناء المجتمع،ولكن هناك صعوبات تعترض ذلك منها صعوبة تشكيل هذه الهيأة،وضمان توافر الكفاءات القانونية والمهنية في أعضائها وحسن انضباط أعضائها ووجوب حمايتها بتوفير الحصانات اللازمة لها الأمر الذي دعا غالبية الدول إلى تكوين هذه الهيأة من الموظفين(11).

وطبيعة عمل الإدعاء العام تحتم بان يكون له طبيعة خاصة في العمل تختلف عن طبيعة العمل الإداري أو غيره،فهو جهاز مستقل،وكل عضو فيه يتبع رئيسه إلى أن ينتهي ذلك برئيس الإدعاء العام.

وهؤلاء الموظفين بمجموعهم يشكلون جهاز الادعاء العام،الذي يتحتم أن يكون له طبيعة خاصة في العمل تختلف عن طبيعة العمل الإداري أو غيره،فهو جهاز مستقل،وكل عضو فيه يتبع رئيسه إلى أن ينتهي ذلك برئيس الإدعاء العام،وله اهداف معينة حددها القانون عليه تحقيقها،كونها تصب في مصلحة المجتمع وتدعم تحقيق المصلحة العامة والصالح العام،وهذه الأهداف تتمثل في الآتي(12):

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

1. حماية نظام الدولة وامنها والحرص على المصالح العليا للشعب و الحفاظ على اموال الدولة والقطاع العام.
2. دعم النظام الديمقراطي الاتحادي ، وحماية اسسه و مفاهيمه في اطار احترام المشروعية، و احترام تطبيق القانون .
3. الاسهام مع القضاء و الجهات المختصة في الكشف السريع عن الافعال الجرمية و العمل على سرعة حسم القضايا و تحاشي تاجيل المحاكمات بدون مبرر لاسيما الجرائم التي تمس امن الدولة و نظامها الديمقراطي الاتحادي.
4. مراقبة تنفيذ القرارات والاحكام والعقوبات، وفق القانون.
5. الاسهام في تقييم التشريعات النافذة لمعرفة مدى مطابقتها للواقع المتطور.
6. الاسهام في رصد ظاهرة الاجرام والمنازعات، وتقديم المقترحات العملية لمعالجتها وتقليصها.
7. الاسهام في حماية الاسرة والطفولة.

الفرع الثالث

خصائص جهاز الادعاء العام

يمتاز الإدعاء العام بعدة خصائص تميزه عن غيره من الأجهزة الأخرى؛لأنه الجهاز المنوط به مباشرة الدعوى الجنائية منذ لحظة وقوع الجريمة وحتى بعد صدور الحكم فيها،فهو جهاز مستقل،ويمتاز أيضا بالتبعية التدريجية،وبالوحدة وعدم التجزئة أي أن أعضائه يشكلون وحدة واحدة لا تتجزأ،عدم المسؤولية عند اداء مهامه.

ولما تقدم سيتم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة نقاط نتناول فيها خصائص الادعاء العام،وكالآتي:

أولاً: التبعية التدريجية

يخضع عضو الإدعاء العام لرقابة وإشراف رئيسه الأعلى الذي يستمد منه الصلاحيات المخولة له في مباشرة عمله,ويلتزم بتوجيهاته وأوامره(13).

وعليه إن مارس عضو الإدعاء العام عمله دون أن تكون لديه صلاحية ممارسة هذا العمل فإن تصرفه معرض للبطلان،لأنه بدون سند قانوني،فمثلاً: حضور نائب المدعي العام في مرحلة التحقيق دون أن يكون قد خصص لهذه المهمة،فإن حضوره يُعَدَّ غير قانوني،وكذلك الحال فيما لو حضر أمام محكمة الجنايات دون أن يكون مكلف بأداء عمله أمام هذه المحكمة،فالعضو إذاً لا يستطيع أن يمارس أعمال وظيفته أمام هذه الجهة أو تلك إلا بتكليف من رئيسه وعليه طاعة الأوامر وإلا عرض نفسه للعقوبات التأديبية،وحتى بعد تكليف عضو الإدعاء العام بأداء أعمال وظيفية أمام جهة معينة فان رئيسه يستطيع أن ينبهه عن المخالفات لواجبات الوظيفة،كما يملك رئيس الإدعاء العام هذا الحق في تنبيه عضو الإدعاء العام أيضا،فرئيس الإدعاء العام يملك حق الرقابة والإشراف الإداري المباشر عليه،وله في سبيل ذلك إصدار ما يراه مناسبا من الإرشادات والتعاميم الخاصة لتنظيمه(14).

ثانيا: عدم التجزئة

يُعَدَ الادعاء العام جهازاً متكاملاً من حيث أعضائه وغايته تحقيق العدالة،بمعنى أن أعضاء الإدعاء العام يكمل بعضهم عمل البعض الآخر على أن يراعى في ذلك الاختصاص النوعي والإقليمي؛ذلك لأن مهمة عضو الإدعاء العام كلها تهدف لهذه الغاية فتحقيق العدالة إذاً هو رائد هذا الجهاز،لذلك فإن حضور عضو في مرحلة التحقيق وآخر في مرحلة المحاكمة وثالث في تقديم الطعون لا يغير من طبيعة عمل هذا الجهاز لأنهم يهدفون إلى غاية واحدة(15).

وهذا يعني أن تصرفات كل عضو لا تنسب إليه وإنما إلى جهاز النيابة العامة (الإدعاء العام) ككل لا يتجزأ،وهذه الوحدة (عدم التجزئة)تستند إلى أن النيابة العامة(الإدعاء العام)هي الأمينة على الدعوى الجنائية وتمثل في ذلك المجتمع،فترتد جميع تصرفاتها إلى المجتمع بغض النظر عن العضو الذي باشر التصرف، وإذا كان القانون يعد النائب العام(رئيس الادعاء العام)هو الأمين على الدعوى الجنائية،فهو يباشر ما يتعلق بها عن طريق أعضاء النيابة (أعضاء الإدعاء العام)،لذلك فإن أي تصرف يجريه عضو النيابة يُعَدَّ صادراً

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

عن النيابة العامة (الإدعاء العام) كجهاز منوط به الدعوى الجنائية نيابة عن المجتمع(16).

ثالثاً: الاستقلال

إن أهمية الاختصاصات المخولة للإدعاء العام،وما يجب أن يلتزم به من حيدة ونزاهة في مباشرته هذه الاختصاصات أدى إلى ضرورة تحقيق الاستقلال للإدعاء العام في العمل عن أجهزة الدولة الأخرى؛لكي يستطيع عضو الإدعاء العام أن يؤدي واجبات وظيفته بكل أمانة وإخلاص،فالنيابة العامة(الإدعاء العام) جزء من الهيأة القضائية لا الإدارية،وأعمالها التي تباشرها بوصفها أمينه على الدعوى الجنائية تعد أعمالا قضائية،سواء أكانت متعلقة بجمع الاستدلالات أم بأعمال التحقيق والاتهام،والنيابة العامة(الإدعاء العام)في مباشرتها لهذه الأعمال إنما تبغي دائما المصلحة العامة في ضمان التطبيق السليم للقانون وحماية المجتمع من الأفعال التي تكون اعتداء على المصالح التي حماها المشرع الجنائي،ومن ثم فإن حيدة النيابة العامة (الإدعاء العام) لا يمكن أن تتأتى إلا بضمان استقلالها(17).

رابعاً: عدم المسؤولية

لكي يؤدي عضو الإدعاء العام واجباته بدون خوف أو تأثير لا بد من توفير الحماية القانونية له،,وذلك من خلال منحه الحصانات التي تجعله في مأمن فلا يتحرج من اتخاذ ما يراه مناسبا في حماية الحق وصولا إلى تحقيق العدالة،فكانت القاعدة أن لا يسأل الإدعاء العام عن الأعمال التي يأتيها بخصوص الدعوى الجنائية ـ من تحقيق أو اتهام ـ مسؤولية مدنية،فليس للمتهم إذا ما قضي ببراءته أن يرجع عليه بالتعويض أو المصاريف(18)،وذلك لاعتبارين: الأول: قانوني وهو أن مباشرة الإدعاء العام لجميع إجراءات التحقيق والاتهام إنما يعد استعمالا للسلطة المخولة له بمقتضى القانون،وبالتالي يتوافر بشأنها دائماً سبب الإباحة المتعلق بأداء الواجب واستعمال السلطة،والثاني: أن الإدعاء العام هو مجرد خصم شكلي لا يهدف إلى تحقيق مصلحة ذاتية له،وإنما دائما يرعى الصالح العام ومن ثم فلا يجوز مساءلته مدنيا عن أعمال القبض والتفتيش التي يجريها بصدد متهم معين إذا ما قضي ببراءته بعد ذلك(19)،غير أن مبدأ عدم مسؤولية الإدعاء العام عن مباشرة الدعوى الجنائية ليس مطلقاً،بل مقيد بقواعد المخاصمة والرد(20).

المطلب الثاني

استقلال جهاز الادعاء العام عن سلطات الدولة الثلاثة

يقوم جهاز الإدعاء العام بدور رقابي ودور مساند لسلطات الدولة الثلاثة،لذلك يقتضي ان يكون جهاز الإدعاء العام مستقلا في مواجهة كل سلطات الدولة،وفي مواجهة المتقاضين بشكل عام وفي علاقته بالمحاكم،فليس لأي من تلك السلطات أن تفرض عليه أو تعطي تعليمات لأعضاء الإدعاء العام؛لتكون بمنأ عن رقابته أو أن توجهه بالشكل الذي يجعله أداة بيدها ضد باقي السلطات،لذا اقتضى ان تكون علاقة جهاز الإدعاء العام مع سلطات الدولة علاقة خاصة تغيب عنها التبعية ويسود فيها التعاون والثقة المتبادلة.

وعليه سنستعرض علاقة جهاز الإدعاء العام بسلطات الدولة الثلاثة وفقا للقوانين النافذه في ثلاثة فروع.

الفرع الأول

جهاز الادعاء العام والسلطة التشريعية

يقصد بالسلطة التشريعية تلك السلطة التي لها حق اصدار القواعد القانونية الملزمة التي تحكم تصرفات افراد المجتمع وسلطات الدولة التشريعية والتنفيذية والقضائية وجميع الهيآت الأخرى داخل كيان الدولة، وتتجه أنظمة الحكم ذات الطابع النيابي كما هو الحال في دستور جمهورية العراق لعام 2005 الى اعطاء حق التشريع لمجلس النواب الذي يمثل السلطة التشريعية في الدولة(21).

فالسلطة التشريعية في التعريف الدستوري هي السلطة المختصة بعمل القوانين،وتقوم مع ذلك بالإشراف على اعمال السلطة التنفيذية.فهي السلطة المسؤولة-إلى جانب مراقبتها للحكومة-عن وضع القوانين التي لا يسع أحد تجاوزها،مما يقتضي مراقبة الإلتزام بهذه القوانين خصوصاً من قبل السلطتين التنفيذية والقضائية.

وعليه سنبحث أوجه الرقابة والتعاون بين جهاز الادعاء العام والسلطة التشريعية،واوجه ارتباط جهاز الادعاء العام بالسلطة التشريعية في نقطتين وكالآتي:

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أولا: أوجه الرقابة والتعاون بين جهاز الادعاء العام والسلطة التشريعية

من المهام الأساسية للسلطة التشريعية اصدار القوانين من أجل تنظيم العلاقات في المجتمع وحماية الحقوق والحريات وتنظيم اعمال هيآت الدولة ومؤسساتها،وهي تفعل ذلك في اطار دستور الدولة،فليس لها ان تشرع أي قانون يتعارض مع القواعد الدستورية،فهذه القواعد تحتل قمة الهرم القانوني في الدولة وتعلو على غيرها من القواعد القانونية وتعتبر في الوقت نفسه مصدر قانونية جميع القواعد في الدولة(22)، فالدستور هو القانون الأعلى الذي يحدد القواعد الأساسية لشكل الدولة (بسيطة أم مركبة) ونظام الحكم (ملكي أم جمهوري) وشكل الحكومة (رئاسية أم برلمانية) وينظم السلطات العامة فيها من حيث التكوين والاختصاص والعلاقات بين السلطات وحدود كل سلطة،والواجبات والحقوق الأساسية للأفراد والجماعات ويضع الضمانات لها تجاه السلطة،لذلك فان اي خلل في تطبيق الدستور قد يعرض السلم المجتمعي للخطر.

ومن الجهات التي لها حق مراقبة تطبيق الدستور جهاز الادعاء العام،فللإدعاء العام حق مراقبة دستورية القوانين والطعن بها امام المحكمة الاتحادية العليا(23)،وهذا يعني أن الرقابة تكون لجهاز الادعاء العام على اعمال السلطة التشريعية من هذا الجانب الذي يشكل صلب عمل السلطة التشريعية،مما يقتضي عدم وجود علاقة تبعية بين جهاز الادعاء العام والسلطة التشريعية،فذلك سيؤثر حتماً على استقلال الادعاء العام في أداء مهامه في مراقبة تطبيق الدستور ودعم النظام الديمقراطي الإتحادي وحماية اسسه ومفاهيمه في اطار احترام المشروعية،التي نص عليها القانون(24).

أما أوجه التعاون بين جهاز الادعاء العام والسلطة التشريعية فتتجسد في كون الادعاء العام هو الرقيب على المشروعية واحترام تطبيق القانون(25)،وبذلك تَضمُن السلطة التشريعية الإلتزام بالقوانين التي تشرعها.

كذلك يساهم الإدعاء العام في تقييم التشريعات النافذة لمعرفة مدى مطابقتها للواقع المتطور(26)،فمهام الإدعاء العام الواسعة واحتكاكه بالواقع الاجتماعي وبمختلف القوانين وفي مجالات عدة تجعله في موقع يسمح له من تقييم تلك القوانين ومدى مسايرتها للتطورات التي تحدث في المجتمع،مما يساعد السلطة التشريعية في تعديل القوانين بما يتلائم والتطورات التي تحصل في المجمع.

ثانياً: اوجه ارتباط جهاز الإدعاء العام بالسلطة التشريعية

جعلت بعض الدول ارتباط الادعاء العام بالبرلمان،ليكون وسيلة لتحقيق التوازن بين سلطة البرلمان والسلطة التنفيذية،وللحد من تعسف الإدارة في مواجهة الأفراد،ومن تلك الدول السويد وفلندا والدنمارك ونيوزلندا وكندا،فالسويد وهي أول الدول اخذت بهذا الاتجاه أستحدثت نظام مفوض البرلمان أو لامبودسمان في دستورها لعام 1809،وطورت هذا النظام الى ان شمل الرقابة على الادارة وعلى جهاز القضاء وعلى القوات المسلحة،إذ نص دستور السويد لعام 1908 على أن للمفوض البرلماني حق اقامة الدعوى امام المحاكم المختصة ضد من ارتكبوا اعمالاً مخالفة للقانون بسبب التحيز أو المحسوبية أو أي سبب آخر أو أهملو في تأدية واجباتهم على النحو المطلوب(27).

أما في العراق فإن ارتباط جهاز الإدعاء العام بالبرلمان مقتصر على الموافقة على تعيين رئيس جهاز الإدعاء العام(28)المرشح من قبل مجلس القضاء الأعلى فيصدر مرسوم جمهوري بتعينه(29).وهذا أمر حسن كون البرلمان سيكون له دور في اختيار من سيتعاون معه في المستقبل ليدافع عن الحق العام وحق الشعب الذي هو يمثله ويدافع عن المشروعية وتطبيق القوانين التي يصدرها،كما أن ليس في ذلك أي تبعية للبرلمان كون البرلمان هو أحد السلطات الثلاثة التي تشترك في تعيين رئيس جهاز الإدعاء العام.

وهنالك ارتباط آخر بين جهاز الادعاء العام ومجلس النواب نص عليه قانون الادعاء العام لسنة 2017 ألا وهو التقرير الذي يرفعه رئيس هيئة الاشراف القضائي عن نتيجة تفتيشه لجهاز الادعاء العام بكافة تشكيلاته الى مجلس النواب(30)،إلا أن هذا الارتباط قد الغي من قبل المحكمة الاتحادية العليا بعد الطعن به من قبل رئيس مجلس القضاء الأعلى(31)،وكان من الأفضل الإبقاء على هذه الرابطة كي يطلع البرلمان، وهو ممثل الشعب،على عمل جهاز الادعاء العام المدافع عن المصلحة العامة وحق الشعب، بغية زيادة اوجه التعاون بينهما لتحقيق مصلحة المجتمع،مع تحفظنا على دور هيئة الإشراف القضائي في التفتيش على جهاز الإدعاء العام،لأن ذلك يمس باستقلال جهاز الإدعاء العام،لذا يقتضي نزع هذا الاختصاص من هيئة الاشراف القضائي،خصوصا ان المشرع أعطى هذا

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الاختصاص لرئيس الادعاء العام في نفس الوقت(32)، والذي يمكن تكليفه برفع تقرير سنوي عن سير عمل جهاز الإدعاء العام ومنجزاته الى السلطات الدولة الثلاثة،ليطلعها على سير عمل جهاز الإدعاء العام ومنجزاته خلال السنة،لذا نقترح تعديل المادة 13 من قانون الادعاء العام رقم 49 لسنة 2017 بحيث تكون بالشكل الآتي:

أولا: يقوم رئيس الإدعاء العام أو من ينوب عنه بالإشراف والتفتيش على جهاز الإدعاء العام بكافة تشكيلاته ومراقبة حسن قيام اعضائه باختصاصاتهم والتزاماتهم المنصوص عليها في هذا القانون،ومراقبة تصرفاتهم وسلوكهم الشخصي وانتظام اعمالهم ودوامهم والتزاماتهم المنصوص عليها في هذا القانون.

ثانيا: يقوم رئيس الادعاء العام برفع تقرير سنوي عن سير عمل جهاز الادعاء العام ومنجزاته الى مجلس النواب ومجلس القضاء الأعلى ومجلس الوزراء للإطلاع على منجزات جهاز الإدعاء العام خلال السنة.".

الفرع الثاني

جهاز الادعاء العام والسلطة التنفيذية

السلطة التنفيذية هي هيئة تختص بتنفيذ القوانين،والنهوض بأعباء الوظيفتين الإدارية والسياسية في الدولة،وقديماً كانت الوظيفة التنفيذية مختلطة بالوظيفتين التشريعية والقضائية ولم تتمايز عنهما إلا مع ظهور افكار الفقيه الفرنسي"مونتسكو "عن الفصل بين السلطات،حيث انفصلت كل واحدة منها عن الاخرى.

ويمارس السلطة التنفيذية عدد كبير من الموظفين يملك كل منهم اختصاصات معينة بحكم القانون، وتربطهم رابطة التبيعية التدرجية التي تربط الرؤساء بالمرؤوسين،وتتمثل في الأوامر الرئاسية وفي الاشراف والتوجيه،وتعقب التصرفات،فيكون للرؤساء حق اقرار تصرفات مرؤوسيهم أو سحبها أو إلغائها.

وللسلطة التنفيذية أختصاصات واسعة وخطيرة،فهي تختص بتنفيذ القوانين التي تقرها السلطة التشريعية، ولها أن تصدر الأنظمة والتعليمات المفسرة والمفصلة لتطبيق تلك القوانين،كونها أقرب للواقع وأكثر فهما له من السلطة التشريعية،كذلك تختص السلطة التنفيذية بمهام حفظ الأمن الداخلي والدفاع الخارجي والصحة والتعليم والتخطيط والثقافة والاعلام والصناعة والتجارة وادارة العلاقات الخارجية،فترسم السياسة العامة لكل تلك المجالات وتكون مسؤولة عن تنفيذها أمام السلطة التشريعية،كما ان لها بعض الاختصاصات الإستثنائية التي تمنحها صلاحيات واسعة في حالة الضرورة(33).

ومن هنا يتبين أن عمل السلطة التنفيذية يهدف الى تحقيق الصالح العام والحفاظ على حق الدولة في الوجود والاستمرار،والادعاء العام بصفته المدافع عن الحق العام وحق المجتمع يسعى الى تحقيق نفس الأهداف،مما يقتضي وجود علاقة بين السلطة التنفيذية وجهاز الإدعاء العام لتحقيق تلك الاهداف المشتركة.

وعليه سنتطرق الى أوجه الراقبة والتعاون بين جهز الادعاء العام والسلطة التنفيذية،ولأوجه ارتباط جهاز الإدعاء العام بالسلطة التنفيذية في نقطتين وكالآتي:

أولاً: أوجه الرقابة والتعاون بين جهاز الادعاء العام والسلطة التنفيذية

تضطلع السلطة التنفيذية بدور مهم وفعال، إذ تمارس الوظيفة التنفيذية وهي من الوظائف الأساسية التي تقوم بها الدولة إلى جانب الوظيفة التشريعية والوظيفة القضائية،فالسلطة التنفيذية تكون مسؤولة عن تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، وعن إدارة شؤون الدولة والمواطنين فيها بحسب ما تنص عليه تلك القوانين،وهي تفعل ذلك من خلال اصدارها للانظمة والتعليمات لتسهيل تنفيذ تلك القوانين،على ان لا تكون تلك الانظمة والتعليمات مخالفة للقانون المراد تنفيذه أو لأي نص من نصوص الدستور،كما للسلطة التنفيذية تخطيط وتنفيذ السياسة العامة للدولة(34)،ومن ضمنها السياسة الجزائية التي تعني مجموع المناهج التي من خلالها تحمي الدولة الاشخاص والممتلكات وكذلك حقوقهم الطبيعية،أو هي الوسائل التي من خلالها يجب على المشرع،في اطار الاحكام الخاصة بكل دولة،الوقاية من الجرائم وحماية الحقوق الطبيعية لافراده، أو فك تشفير الظاهرة الاجرامية واستعمال الوسائل المتاحة لمكافحة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التصرف المنحرف والاجرامي(35)، وتهدف السياسة الجزائية،بشكل عام،الى البحث عن مرتكبي الجرائم ومتابعتهم واستصدار احكام ضدهم وتنفيذ الاحكام العقابية بحقهم،وهنالك اهداف أخرى للسياسة الجزائية تتمثل في الوقاية من الجرائم والوساطة الجزائية وحماية الضحايا(36).

ان السلطات الممنوحة للسلطة التنفيذية واسعة وخطيرة،يمكن ان تشكل خطرا على الدولة ونظامها واموالها وعلى المجتمع إذا ما ؤسيء استعمالها،لذلك كان من الضروري ان تكون هنالك جهة رقابية تضطلع بمهام الرقابة على اعمال السلطة التنفيذية في كل المجالات التي تختص بها.

وجهاز الادعاء العام هو الجهة الاكثر تأثيرا في هذه الرقابة كونه الاقرب الى الواقع الاجتماعي الذي تمارس فيه السلطة التنفيذية اختصاصاتها،لذلك أقر المشرع للادعاء العام سلطات واسعة في هذا المجال، فنص على ان " قانون الادعاء العام يهدف الى حماية نظام الدولة وأمنها والحرص على المصالح العليا للشعب والحفاظ على اموال الدولة والقطاع العام،ودعم النظام الديمقراطي الاتحادي وحماية اسسه ومفاهيمه في اطار احترام المشروعية واحترام تطبيق القانون،ومراقبة تنفيذ الاحكام والقرارات والعقوبات وفق القانون،والاسهام في رصد ظاهرة الاجرام والمنازعات وتقديم المقترحات العلمية لمعالجتها وتقلصيها، والاسهام في حماية الاسرة والطفولة"(37).

ولو نظرنا بتمعن لهذه الاهداف لوجدناها تدخل ضمن اختصاصات السلطة التنفيذية وفقا للدستور(38)، سواء لرئيس الجمهورية أو لرئيس الوزراء،مما يجعل التعاون شيء لابد منه بين السلطة التنفيذية وجهاز الادعاء العام لتحقيق هذه الاهداف.

وتحقيقاً لهذه الاهداف منح المشرع الادعاء العام الحق في " اقامة الدعوى بالحق العام وقضايا الفساد المالي والاداري ومتابعتها استناداً الى قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971، ومراقبة التحريات عن الجرائم وجمع الادلة التي تلزم بالتحقيق فيها واتخاذ كل ما من شأنه التوصل الى كشف معالم الجريمة،والنظر في شكاوى المواطنين المقدمة اليه من ذوي العلاقة أو المحالة عليه من الجهات المختصة وارسالها الى المرجع القضائي المختص ومتابعتها مع بيان رايه بشأنها،ورقابة وتفتيش المواقف واقسام دائرة الاصلاح العراقية ودائرة اصلاح الاحداث وتقديم التقارير الشهرية عنها الى الجهات المعنية، الطعن بعدم دستورية وقانونية الانظمة امام المحكمة الاتحادية العليا "(39)،وهذه الاختصاصات تعطي الادعاء العام حق الرقابة على اعمال موظفي السلطة التنفيذية.

كذلك منح المشرع للادعاء العام حق التحقيق في جرائم الفساد المالي والاداري وكافة الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل،على ان يحيل الدعوى خلال 24 ساعة الى قاضي التحقيق المختص من تاريخ توقيف المتهم(40)،ولتنفيذ هذه المهمة يتم استحداث دائرة المدعي العام الاداري والمالي وقضايا المال العام تتولى الاشراف على مكاتب الادعاء العام الماي والاداري في دوائر الدولة،ويؤسس مكتب للادعاء العام المالي والاداري في الوزارات والهيئات المستقلة(41)،إلا انه،ومع الأسف،قد تم الطعن على هذا الاختصاص امام المحكمة الاتحادية العليا من قبل رئيس مجلس القضاء الاعلى بحجت ان الادعاء العام لا يملك اختصاص التحقيق في الجرائم،مع ان الادعاء العام هو من خريجي المعهد القضائي وله امتيازات القضاة،وله حق ممارسة صلاحيات قاضي التحقيق عند غيابه في مكان الحادث(42)،مما جعل الادعاء العام يفقد جنبة مهمة من جنبات الرقابة على وظيفة السلطة التنفيذية،في وقت انتشرت في جرائم الفساد المالي والاداري وبشكل كبير في جميع دوائر الدولة والقطاع العام،ولمعالجة هذه المسألة نقترح تعديل الدستور وتضمينه النص على جهاز ادعاء عام اداري كهيئة قضائية مستقلة يتولى التحقيق في المخالفات الإدارية والمالية، وكما الحال في الدستور المصري(43).

ثانياً: اوجه ارتباط جهاز الإدعاء العام بالسلطة التنفيذية

لقد ارتبط جهاز الادعاء العام تدريجيا بالسلطة التنفيذية بمبرر تنفيذ السياسة الجنائية للدولة والدفاع عن مصالحها،وتأسست فكرة تبعية الادعاء العام تسلسليا للسلطة التنفيذية على منطق الشرعية الديمقراطية التي يؤطرها مبدأ التوازن بين السلطات.

لكن التوجه السائد اليوم يذهب الى ابعاد جهاز الادعاء العام عن التوازنات السياسية خصوصا بعد ان أصبح من ضمن تشكيلات السلطة القضائية وتم اعتبار اعضاء الادعاء العام من القضاة،مما يقتضي استقلالهم ويتعين عليهم ان يتصرفوا بطريقة عادلة ومحايدة

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وموضوعية،فإستقلال القضاء لا يكون باستقلال قضاة الحكم فقط بل باستقلال اعضاء الادعاء العام أيضا،وقد عبرت عن ذلك المحكمة الاوربية لحقوق الانسان في قراراتها التي ترفض فيها ربط جهاز الادعاء العام،بصفته احد تشكيلات السلطة القضائية،بعالم السياسة وخاصة السلطة التنفيذية.

وتجسد ذلك في قراري"مديفيدف"(44)،و"مولان"(45) الذين اصدرتهما المحكمة الاوربية لحقوق الانسان (CEDH) والذين انتهيا الى ادانة فرنسا لانتهاكها أحكام الاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان،كون أن تقديم المشتبه فيهم أمام النيابة العامة التابعة هرميا لوزير العدل يخرق أحكام المادة الخامسة من الاتفاقية، ويتجاوز حقوق الانسان كون أن النيابة العامة ليست سلطة قضائية بالمفهوم الفتي الوارد في نصوص الاتفاقية لافتقارها لأهم ضمانة تميز السلطة القضائية،ألا وهي الاستقلالية.

ولقد سسبب هذين القرارين صدمة لفرنسا،وأصبحت مدعوة لإعادة النظر في وضعية أعضاء النيابة العامة وعلاقتهم بالسلطة التنفيذية وذلك بما يتماشى مع قرارات المحكمة الدولية لحقوق الانسان،ويكفل لفرنسا القيام يالتزاماتها الدولية،وبالفعل صدر القانون رقم 392 بتاريخ 2011/4/14 المتعلق بالتوقيف للنظر(46)،كما قرر قانون 2013/7/25 في فرنسا أن وزارة العدل تقود السياسة الجزائية التي تحددها الحكومة، وتسهر على وحدة تطبيقها على اقليم الجمهورية،ويمكن لوزارة العدل،لهذا الغرض،توجه لقضاة النيابة العامة تعليمات عامة ،ولا يمكن ان توجه لهم تعليمات في قضايا خاصة،وينشر سنويا تقرير حول تطبيق السياسة الجزائية المعدة من طرف الحكومة،محددا ظروف تطبيقها،والتعليمات العامة الموجهة للنيابة العامة ويحال هذا التقرير الى البرلمان،ويمكن ان يكون محل مناقشة في الجمعية العامة وفي مجلس الشيوخ.

ولذلك لم يعد متقبلا اليوم وجود جهاز للنيابة العامة،ينتمي هيكلياً للجهاز القضائي،ويخضع وظيفياً للسلطة التنفيذية،وهكذا فإن حظر توجيه تعليمات حكومية خاصة الى قضاة النيابة العامة،اضحى اليوم مبدأ مقدساً في فرنسا.

وهذا الاتجاه تبناه المشرع المصري بتعديله لقانون السلطة القضائية بالقانون رقم 142 لسنة 2004، الذي قرر إلغاء تبعية النيابة العامة لوزير العدل.

أما في العراق فقد كان جهاز الادعاء العام منذ تاسيسه يرتبط بوزير العدل ويخضع لتعليماته(47)،الى ان صدر دستور العراق لسنة 2005،والذي جعل الادعاء العام احد مكونات السلطة القضائية(48)،كما نص على ان مجلس القضاء الأعلى هو الذي يتولى إدارة شؤون الهيأت القضائية ومن بينها الادعاء العام(49)، بالاضافة الى ان ترشيح رئيس الادعاء العام يكون من مجلس القضاء الأعلى(50)، وبذلك اصبح جهاز الادعاء العام يرتبط بالسلطة القضائية،وليس للسلطة التنفيذية ممثلةً بوزير العدل اي سلطة،من ناحية الرقابة والتوجيه،على جهاز الادعاء العام،اي ان جهاز الادعاء العام اضحى مستقلاً عن السلطة التنفيذية.وحسناً فعل المشرع،فذلك يعطي جهاز الادعاء العام اكثر حرية في مراقبة تنفيذ القوانين ومشروعية القرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية، بالاضافة الى ملاحقة حالات الفساد المالي والاداري في دوائر الدولة ومؤسسات القطاع العام.

الفرع الثالث

جهاز الادعاء العام والسلطة القضائية

تعتبر السلطة القضائية ثالث سلطات الدولة،ويشاركها السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية،وهي فرع الدولة المسؤول عن تفسير تطبيق القوانين التي يسنها البرلمان وتنفذها الحكومة.

لذلك يلعب النظام القضائي دوراً رئيسياً في ترسيخ قيم العدالة وحقوق الانسان، بحيث يبقى الإنتقال من الدولة الشرعية الى دولة الحق والقانون التي يخضع فيها الحاكمون كما المحكومين الى سلطة القانون رهينا بمدى فعالية هذا النظام القضائي،وإستقلاله،وهذا يقتضي وجود جهة مستقلة تمثل المجتمع لمراقبة فعالية السلطة القضائية وحيادها،ولا جهة افضل من جهاز الادعاء العام ليقوم بهذه المهمة.

وعليه سنبحث أوجه الراقبة والتعاون بين جهز الادعاء العام والسلطة القضائية،وكذلك أوجه ارتباط جهاز الإدعاء العام بالسلطة القضائية في نقطتين وكالآتي:

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أولاً: أوجه الرقابة والتعاون بين جهاز الادعاء العام والسلطة القضائية

السلطة القضائية هي المسؤولة عن القضاء والمحاكم في الدولة ومسؤولة عن تحقيق العدالة،كما أنها مسؤولة عن مسيرة وتقاليد القضاء في الدولة ومصداقية القوانين التي تطبقها.

فالسلطة القضائية هي سلطة الفصل في المنازعات المعروضة أمامها.أوهي السلطة التي تتولى تطبيق القانون عند الفصل في المنازعات بين الأفراد وبعضهم أو بينهم وبين أحد جهات السلطة العامة في الدولة.

وبعد صدور دستور جمهورية العراق لعام 2005، يُعَدّ جهاز الادعاء العام قطبا من اقطاب السلطة القضائية الاتحادية، وهذا ما يفهم من صريح نص الدستور، فهو القطب الثاني من اقطاب العدالة، والتي يعد القضاة قطبها الاول،كون عمل جهاز الادعاء العام عمل تكاملي مع عمل القضاء،فهو يساهم مع القضاء والجهات المختصة في الكشف السريع عن الافعال الجرمية،ويعمل على سرعة حسم القضايا، والوصول الى العدالة الجنائية المنشودة(51)،وفي نفس الوقت يراقب المشروعية ويعمل على احترامها وتطبيقها من خلال التزام حكم القانون،وقد يقوم في حالات محدودة مقام قاضي التحقيق وبنص صريح القانون(52).

وهذا الامر لايقتصر على نوع من الدعاوى دون غيرها، بل ان دوره يتجسد امام المحاكم المدنية أو الادارية او الجزائية، ولكنه اكثر وضوحا وجلاء اما المحاكم الجزائية، سواء كانت محاكم جنح ام جنايات، او محاكم مختصة(53)، سعياً منه في الوصول الى العدالة الجنائية المنشودة من خلال تكامل الادوار والمحافظة على الشرعية القانونية.

ومن هنا يتبين الدور المزدوج لجهاز الادعاء العام بالنسبة للسلطة القضائية فهو من ناحية يتعاون معها لتحقيق العدالة ومن ناحية اخرى هو يراقب الالتزامها بحكم القانون والشرعية القانونية.

ثانياً: اوجه ارتباط جهاز الإدعاء العام بالسلطة القضائية

وفقاً لما ورد في دستور جمهورية العراق فإن جهاز الادعاء العام هو احد مكونات وأجهزة السلطة القضائية الاتحادية، فهو جزء من تلك السلطة، الامر الذي يجعل منه تابعاً وخاضعاً لرئيس هذه السلطة، من حيث التبعية الادارية والفنية والوظيفية، في حين كان حرياً بالمشرع أن يجعل من هذه الجهاز جهازاً مستقلا تمام الاستقلال عن السلطة القضائية،او احدى مكوناتها- مجلس القضاء الاعلى- ، لأن دوره ليس بالدور القضائي الصرف او التام، أي الفصل في النزاعات وإصدار الأحكام بين المتخاصمين، بل دوره رقابي للالتزام بحكم القانون والشرعية القانونية.

فالادعاء العام كمركز قانوني في الدعوى الجزائية يعد طرفا موضوعيا ومحايدا في الدعوى الجزائية، لا يريد سوى تطبيق حكم القانون، وفقاً لقناعته القانونية التي تكونت لديه من خلال وقائع الدعوى الجزائية وإجراءاتها والأدلة الواردة فيها تحريا وتحقيقا ابتدائيا وقضائيا ومحاكمة،حتى وان جاز الشكوى منه او تنحيه او رده في بعض الحالات.

وتختلف الطبيعة القانونية للادعاء العام في بقية التشريعات في عموم دول العالم باختلاف موقف التشريعات من ذلك الجهاز وارتباطه فهو أحد أجهزة السلطة التنفيذية إذا ما كان ارتباطه بوزارة العدل، والتي تعد احدى وزارات السلطة التنفيذية، ورئيسها جزء من الكابينة الوزارية، أو هو جهاز ذو طبيعة مزدوجة إذا ما كان مرتبطاً بوزارة العدل وبالسلطة القضائية وهذا ما كانت عليه مصر قبل تعديل قانون السلطة القضائية بالقانون رقم 142 لسنة 2004، الذي قرر إلغاء تبعية النيابة العامة لوزير العدل.

في حين تنظر إليه بعض التشريعات كمؤسسة أو جهاز ذو طبيعة خاصة مستقلة،فالادعاء العام هو حامي الشرعية في الدولة ولابد من تمتعه بالاستقلال التام، وعدم الارتباط بأي سلطة من سلطات الدولة؛ ليمارس دوره بموضوعية وحياد تام، وهذا لا يتحقق مالم يعلن جهاز الادعاء كمؤسسة مستقلة وفك ارتباطه بالسلطة القضائية من حيث التبعية المالية والادارية،وكذلك الارتباط الوظيفي الفني والعملي وبمختلف اشكاله وتبعاته وعدم تبعيته لاحد مكونات السلطة القضائية –مجلس القضاء الاعلى.

عليه نقترح إعادة النظر بشأن ارتباط جهاز الادعاء العام بالسلطة القضائية الاتحادية واختيار رئيس الادعاء العام،وان يكون لجهاز الادعاء العام الشخصية المعنوية المستقلة،فهي مهمة في تسيير كثير من الامور وبشكل مستقل عن القضاء،وعلى ان تدعم بكل مظاهر الاستقلال المالي والاداري(54)،على خلاف ما ذهبت اليه المحكمة الاتحادية العليا في قرارها بخصوص ذلك.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المبحث الثاني

الادعاء العام والسلم الاجتماعي

الادعاء العام في العالم المتحضر يشكل أحد أهم الضمانات الدستوريه لمأسسة دولة المواطنه والقانون. وتكريس مبدأ المشروعيه في الحياة السياسية العامه. وهذا حتما يصب في تحقيق العدالة والسلم الاجتماعي.

وعليه سنقسم هذا البحث الى مطلبين،يتطرق الأول لمفهوم السلم الاجتماعي،بينما يبحث الثاني في علاقة الادعاء العام بالسلم الاجتماعي.

المطلب الأول

السلم الاجتماعي

يعد السلم الاجتماعي من ضروريات الحياة منذ بدء الخليقة إلى اليوم الحالي، وذلك بسبب العديد من الفوائد التي يعود بها السلم الاجتماعي على الأفراد والمجتمعات.

للتعرف على مفهوم السلم الاجتماعي سيتم التطرق لتعريفه واهميته في المجتمع في الفرع الاول،ثم نبحث اركان تحقيق السلم الاجتماعي في الفرع الثاني.

الفرع الاول

تعريف السلم الاجتماعي وأهميته

سنتناول في هذا الفرع تعريف السلم الاجتماعي واهميته للمجتمع في نقطتين.

أولا: تعريف السلم الاجتماعي

يعني السلم الاجتماعي وجود علاقة جيدة وقوية بين الشعب والدولة والجماعات المختلفة، فعندما يثق الشعب بأن قرارات الدولة عادلة ويتم اتخاذها من خلال أسس سليمة وجيدة،وان لم تنفعهم بشكل مباشر،فإن ذلك يحقق الطمأنينة في نفوسهم ويحقق السلم الاجتماعي،وهذا لا يعني بالضرورة إزالة جميع الاختلافات بين أفراد المجتمع ومؤسسات الدولة وإجماع جميع الاطراف على نفس القرار والرغبات،بل يعني ادارة القرارات بما يحقق افضل مصلحة مشتركة لجميع الاطراف(55).

لذلك يعرف السلم الاجتماعي بأنه الطمأنينة التي تنفي الخوف والفزع عن الانسان فرد أو جماعة في سائر ميادين العمران الدنيوي(56).

ويعرف السلم الاجتماعي كذلك بأنه توفير سبل الحياة بشكل يمكن لكل فرد في المجتمع أن يشعر بالطمأنينة،وتتحقق له السلامة على نفسه وماله وعرضه وفكره من خلال علاقات طيبة مع الآخرين، ومؤسسات قادرة على توفير الحماية له(57).

وبهذا يمكن القول أن الضمان الوحيد لتحقيق السلم الاجتماعي،كواقع في أي مجتمع،هو ضمان حقوق أفراده،وهذا الضمان ليس من باب الاحسان أو المنة،وانما هو واجب على الدولة ومؤسساتها وحق مقرر لكل مواطن فيها بمقتضى العقد الاجتماعي(الدستور)،فذلك ينمي انتماء المواطن لوطنه ولمجتمعه(58).

فالسلم الاجتماعي يتحقق في الدول التي ترتكز على القانون،فتضبط حركة الافراد والجماعات في الدولة عن طريق التنفيذ والتطبيق الصحيح للقانون من خلال مؤسساتها الدستورية،التشريعية والتنفيذية والقضائية، دون انتقائية أو استثناء وعندها ينمو الشعور بتكافؤ الفرص واستحصال الحقوق بالتساوي، وبخلافه سيعاني السلم الاجتماعي من هزات وعدم استقرار،مما ينعكس سلباً على استقرار المجتمع ويهدد استمرار بقائه.

ثانياً: اهمية السلم الاجتماعي

تبرز أهمية السلم الاجتماعي في عدة جوانب تساهم في استقرار المجتمع وستمرار وجوده منها(59):

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

1. غياب العنف والصراع والحرب والخوف لدى شرائح المجتمع المختلفة.
2. وجود مواطنين صالحين ملتزمين بأنظمة الدولة وقواعدها.
3. تحقيق الوحدة والتعاون بين أفراد المجتمع.
4. تطور المجتمع وتقدمه وازدهاره.
5. زيادة مستويات السعادة والراحة للمواطنين.
6. وسيلة للحفاظ على الحياة الاجتماعية في معزل عن الصراع الداخلي.
7. حل سليم للنزاعات والصراعات الناتجة عن الاختلافات والتوترات الاجتماعية.

الفرع الثاني

اركان السلم الاجتماعي

لتحقيق السلم الاجتماعي لابد من توافر مجموعة من الاركان التي تدعمه ويقوم عليها،ويمكن تلخيص أركان السلم الاجتماعي في ثمانية نقاط هي(60):

1. حكومة جيدة تعمل لخدمة الشعب، فالحكومة التي تعمل لخدمة الشعب بشكل فعال يتم تقدير جهودها من قبل المواطنين مما يولد الثقة بين أفراد المجتمع والحكومة.
2. بيئة عمل سليمة،سواء أكانت مؤسسات حكومية أم خاصة،فإن بيئة العمل الجيدة والظروف الاقتصادية الجيدة تساعد في بناء دول سلمية.
3. توزيع عادل للموارد،فلا يمكن قيام مجتمع سلمي بدون توزيع عادل للمواد بين أفراده.
4. قبول حقوق الغير،فيجب على الدولة أن تسن القوانين التي تضمن حقوق جميع أفراد المجتمع، وعلى أفراد المجتمع تقبل حقوق الآخرين.
5. بناء علاقات جيدة مع الدول المحيطة، فالدول التي ترغب بأن تحافظ على سلامها لا بد لها من أن تشكل علاقات جيدة وسلمية مع الدول المحيطة بها.
6. التدفق الحر للمعلومات، فنشر المعلومات بطريقة صحيحة وسلمية يؤدي إلى زيادة معرفة الأفراد بمشاكل المجتمع ورفع القدرة على حل هذه المشاكل.
7. وجود رأس مال كافٍ، يجب أن يكون رأس مال المجتمع كافيًا لرعاية الشباب وتعليم المواطنين والعديد من الخدمات التي تسهم في جعل المواطنين صالحين.
8. عدم وجود الفساد أو مستوياته منخفضة،فالفساد يفسد المجتمعات ويبعدها عن سلميتها.

المطلب الثاني

علاقة الادعاء العام بالسلم الاجتماعي

ان وظيفة واختصاصات جهاز الادعاء العام يختلف بأختلاف وطبيعه السلطه السياسيه والاقتصاديه والتركيبه الاجتماعيه للدوله.. حيث نجد المدعى العام في العديد من الدول يمتلك سلطات واختصاصات واسعه تمتد احيانا لتغطي الرقابه على أعمال ونشاطات السلطتين التنفيذيه والتشريعيه لابل وقد تصل إلى إقالة رئيس الوزراء والوزراء وأعضاء مجلس النواب من أجل الحفاظ على النظام العام والتصدي للفساد والجريمه المنظمه وتهديد مقومات الدوله الدستوريه في العديد من الدول المؤوسساتيه(61).

وهذا يعني ان لجهاز الإدعاء العام دور كبير في تحقيق السلم الاجتماعي وادامته وعليه سيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين،يكون

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الاول لدور الإدعاء العام في تحقيق السلم الاجتماعي،ويتناول الفرع الثاني دور الإدعاء العام في الحفاظ على السلم الاجتماعي وديمومته.

الفرع الأول

دور الادعاء العام في تحقيق السلم الاجتماعي

نص المشرع العراقي على أن لجهاز اللإدعاء العام اهداف أُنشيء من أجل تحقيقها(62)،ولو تمعنا في الغاية من تلك الاهداف لتبين لنا ان تحقيقها سيحقق اركان السلم الاجتماعي،فحماية نظام الدولة وأمنها والحرص على المصالح العليا للشعب والحفاظ على أموال الدولة والقطاع العام،وهو احد اهداف جهاز الادعاء العام،سيؤدي بالنيجة الى وجود حكومة جيدة تعمل لخدمة الشعب،والى القضاء على الفساد أو الحد منه لتوفير رأس المال كافٍ لرعاية الشباب وتعليم المواطنين وتوفير العديد من الخدمات التي تسهم في خلق المواطنين الصالحين،وهي من اهم اركان السلم الاجتماعي.

كما ان حماية النظام الديمقراطي الاتحادي وحماية اسسه ومفاهيمه في اطار احترام القانون واحترام تطبيقه،وهو هدف آخر من اهداف الادعاء العام،الذي يحقق بعض اركان السلم الاجتماعي،مثال قبول حقوق الغير،فالدولة تسن القوانين التي تضمن حقوق جميع افراد المجتمع،وعلى افراد المجتمع تقبل حقوق الآخرين كذلك يؤدي الى التدفق الحر للمعلومات ونشرها بطريقة صحيحة وسليمة،وايضا الى بناء علاقات جيدة مع الدول المحيطة لظمان سلامة الدولة.

كما ان اهداف الادعاء العام في الاسهام مع القضاء والجهات المختصة في الكشف السريع عن الافعال الجرمية والعمل على سرعة حسم القضايا وتحاشي تأجيل المحاكمات بدون مبرر لا سيما الجرائم التي تمس امن الدولة ونظامها الديمقراطي الاتحادي،ومراقبة تنفيذ الاحكام والقرارات والعقوبات وفق القانون، والاسهام في رصد ظاهرة الاجرام والمنازعات وتقديم المقترحات العلمية لمعالجتها وتقليصها،والاسهام في حماية الاسرة والطفولة،والاسهام في تقييم التشريعات النافذة لمعرفة مدى مطابقتها للواقع المتطور،فكل هذه الاهداف تؤدي الى تحقيق بيئة اجتماعية سليمة،فمثلا بيئة العمل الجيدة في ضل ظروف اقتصادية جيدة تساعد على بناء دولة سلمية،وتؤدي ايضاً الى زيادة معرفة الأفراد بمشاكل المجتمع ورفع القدرة على حل هذه المشاكل.وهذه كلها من اركان السلم الاجتماعي.

مما تقدم يتضح لنا ان اهداف جهاز الادعاء العام هي من أهم مقومات تحقيق السلم الاجتماعي الذي هو اساس استقرار الدولة وديمومتها وتطورها وازدهارها.

الفرع الثاني

دور الادعاء العام في ادامة السلم الاجتماعي

ان من اهم مقومات نجاح جهاز الادعاء العام في المحافظة على ديمومة السلم الاجتماعي،باعتباره نائب عن الهيئة الاجتماعية وممثلا لها في الحفاظ والدفاع عن مصالحها وحقوقها،هو استمراره في مراقبة السلطات الدولة الثلاثة(التشريعية والتنفيذية والقضائية)من ناحية قيامها بمهامها على اكمل وجه.

فالإدعاء العام يراقب السلطة التشريعية من حيث التزامها بتشريع القوانين التي تتطابق مع الدستور، وتواكب التطورات التي تحصل في المجتمع،وله حق الطعن بعدم دستورية القوانين امام المحكمة الاتحادية العليا(63)،فإي خرق للدستور يمكن ان يؤدي الى خلافات بين مكونات المجتمع بين معارض ومؤيد فيخلق فوضى في المجتمع،مما ويؤثر على ديمومة السلم الاجتماعي بين افراد المجتمع.

اما بالنسبة للسلطة التنفيذية فللإدعاء العام العديد من اوجه الرقابة على أعمال مؤسساتها،منها ان له حق اقامة الدعوى بالحق العام وقضايا الفساد المالي والاداري ومتابعتها(64)،كما له مراقبة التحريات عن الجرائم وجمع الأدلة التي تقوم بها الاجهزة التابعة لوزارة الداخلية(65)،ومراقبة وتفتيش المواقف واقسام دائرة الاصلاح العراقية ودائرة اصلاح الاحداث التابعة لوزارة العدل(66)،كما

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ان لريس الادعاء العام الطعن بأي قرار صادر عن مدير عام دائرة رعاية القاصرين او مدير عام دائرة رعاية القاصرين المختص أو المنفذ العدل من شأنه الاضرار بمصلحة الدولة او القاصر أو مخالفة النظام العام ويكون الطعن لمصلحة القانون رغم فوات مدة الطعن(67)،كما ان للإدعاء العام متابعة تنفيذ الأحكام والقرارات والتدابير السالبة للحرية والصادرة من المحاكم المختصة(68)،من قبل المؤسسات الاصلاحية التابعة لوزارة العدل،كما ان على دائرة الاصلاح العراقية ودائرة اصلاح الاحداث ان تخبر الادعاء العام تحريريا عند انتهاء العقوبات والتدابير بحق المحكوم عليه(69)،كما له مراقبة اعمال اللجان والهيئات والمجالس التحقيقية في القضايا التي تنظرها،والتي تشكلها الجهات المختصة من دوائر الدولة والقطاع العام(70)،كما ان للإدعاء العام الحضور ومراقبة قرارات واحكام محاكم العمل ومحاكم القضاء الاداري ولجان الانضباط والكمارك ولجان التدقيق في ضريبة الدخل وأية هيأة أو لجنة أو مجلس ذي طابع قضائي جزائي(71)، وكل ذلك من اجل مراقبة تنفيذ القوانين والقرارات والاحكام بالشكل الصحيح،فعدم تنفيذ القوانين والقرارات والاحكام او المحاباة في تنفيذها قد يؤدي الى زعزعة ثقة الواطنين بالسلطة الحاكمة،مما يؤثر سلباً على استقرار المجتمع،وبالتالي على السلم الاجتماعي.

أما بالنسبة للسلطة القضائية فإن للادعاء العام سلطات واسعة في مراقبة التطبيق الصحيح للقوانين،فله الحضور ومراقبة اجراءات التحقيق في جناية أو جنحة لابداء ملاحظاته وطلباته القانونية وكذلك في جلسات المحاكم الجزائية عدا محكمة التمييز الاتحادية،وتقديم الطعون والطلبات الى محكمة الجنايات ومحكمة الاستئناف بصفتها الاصلية عند نظرها الاحكام والقرارات الصادرة في الدعاوى والجنح الى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية أو الى محكمة التمييز الاتحادية(72).

كما أن للإدعاء العام حضور ومراقبة اجراءات الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها أو المتعلقة بالحقوق المدنية الناشئة للدولة في الدعاوى الجزائية وبيان اقواله ومطالعاته ومراجعة طرق الطعن في القرارات والاحكام الصادرة في تلك الدعاوى ومتابعتها(73)،وله مراقبة وتدقيق الدعاوى الواردة من محاكم الجنايات والمعاقب عليها بالاعدام أو السجن مدى الحياة أو السجن المؤبد والدعاوى الواردة من محاكم الاحداث وتقديم المطالعات والطعون فيها(74)،كما له حق مراقبة قضايا التعهد بحفظ السلام وحسن السلوك واعادة المحاكمة والانابة القضائية وتسليم المجرمين وتقديم الطلبات وابداء الراي فيها.

وقد اوجب المشرع على الإدعاء العام الحضور ومراقبة احكام محاكم الاحوال الشخصية وغيرها من المحاكم المدنية في الدعاوى المتعلقة بالقاصرين والمحجور عليهم والغائبين والمفقودين ودعاوى الطلاق والتفريق وهجر الاسرة وتشريد الاطفال وأي دعاوى يرى الادعاء العام ضرورة تدخله فيها لحماية الاسرة والطفولة وله الحق في الطعن بما يصدر عن الجهات المذكورة من احكام وقرارات(75).

ويتضح مما تقدم ان للإدعاء العام مراقبة جميع الاحكام والقرارات والتدابير الصادرة عن قضاة التحقيق والمحاكم واللجان والطعن فيها(76)،وكل ذلك من اجل مراقبة التطبيق الصحيح للقوانين والقرارات.

وعلى ماتقدم فإن اي اعاقة او تعطيل لعمل الادعاء العام في القيام بمهامه وتحقيق الاهداف التي انشيء من اجل تحقيقها سيؤدي الى الاخلال بالسلم الاجتماعي وبالتالي يزعزع استقرار المجتمع،لذلك توجب ان يكون جهاز الادعاء العام مستقلا اداريا وماليا وله شخصية معنوية ليستطيع تحقيق السلم الاجتماعي وادامته.

الخاتمة

أولاً: الاستنتاجات

1. ان جهاز الادعاء العام هو احد مكونات وأجهزة السلطة القضائية الاتحادية، فهو جزء من تلك السلطة، الامر الذي يجعل منه تابعاً وخاضعاً لرئيس هذه السلطة، من حيث التبعية الادارية والفنية والوظيفية، في حين كان حرياً بالمشرع أن يجعل من هذه الجهاز جهازاً مستقلا تمام الاستقلال عن السلطة القضائية،او احدى مكوناتها- مجلس القضاء الاعلى-، لأن دوره ليس بالدور القضائي الصرف او التام، أي الفصل في النزاعات وإصدار الأحكام بين المتخاصمين، بل دوره رقابي يشمل

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

جميع سلطات الدولة للتأكد من الالتزام بحكم القانون من حيث التطبيق والتنفيذ والمشروعية..

2. فالادعاء العام في العالم المتحضر يشكل أحد أهم الضمانات الدستوريه لمأسسة دولة المواطنه والقانون. وتكريس مبدأ المشروعيه في الحياة السياسية العامه. وهذا حتما يصب في تحقيق العدالة والسلم الاجتماعي.
3. ويعد السلم الاجتماعي من ضروريات الحياة منذ بدء الخليقة إلى اليوم الحالي، وذلك بسبب العديد من الفوائد التي يعود بها السلم الاجتماعي على الأفراد والمجتمعات.
4. ويتحقق السلم الاجتماعي في الدول التي ترتكز على القانون،فتضبط حركة الافراد والجماعات في الدولة عن طريق التنفيذ والتطبيق الصحيح للقانون من خلال مؤسساتها الدستورية،التشريعية والتنفيذية والقضائية،دون انتقائية أو استثناء وعندها ينمو الشعور بتكافؤ الفرص واستحصال الحقوق بالتساوي، وبخلافه سيعاني السلم الاجتماعي من هزات وعدم استقرار،مما ينعكس سلباً على استقرار المجتمع ويهدد استمرار بقائه.
5. وان اهداف جهاز الادعاء العام التي انشيء من اجل تحقيقها هي من أهم مقومات تحقيق السلم الاجتماعي الذي هو اساس استقرار الدولة وديمومتها وتطورها وازدهارها.
6. إن إي خرق للدستور يمكن ان يؤدي الى خلافات بين مكونات المجتمع بين معارض ومؤيد فيخلق فوضى في المجتمع،مما ويؤثر على ديمومة السلم الاجتماعي بين افراد المجتمع.
7. أن للإدعاء العام مراقبة جميع الاحكام والقرارات والتدابير الصادرة عن قضاة التحقيق والمحاكم واللجان والطعن فيها(76)،وكل ذلك من اجل مراقبة التطبيق الصحيح للقوانين والقرارات.
8. إن اعاقة او تعطيل عمل الادعاء العام في القيام بمهامه وتحقيق الاهداف التي انشيء من اجل تحقيقها سيؤدي الى الاخلال بالسلم الاجتماعي،وبالتالي يزعزع استقرار المجتمع،لذلك توجب ان يكون جهاز الادعاء العام مستقلا اداريا وماليا وله شخصية معنوية ليستطيع تحقيق السلم الاجتماعي وادامته.

ثانياً: التوصيات

1. نقترح تعديل المادة 13 من قانون الادعاء العام رقم 49 لسنة 2017 بحيث تكون بالشكل الآتي:

9- " أولا: يقوم رئيس الإدعاء العام أو من ينوب عنه بالإشراف والتفتيش على جهاز الإدعاء العام بكافة تشكيلاته ومراقبة حسن قيام اعضائه باختصاصاتهم والتزاماتهم المنصوص عليها في هذا القانون،ومراقبة تصرفاتهم وسلوكهم الشخصي وانتظام اعمالهم ودوامهم والتزاماتهم المنصوص عليها في هذا القانون.

10- ثانيا: يقوم رئيس الادعاء العام برفع تقرير سنوي عن سير عمل جهاز الادعاء العام ومنجزاته الى مجلس النواب ومجلس القضاء الأعلى ومجلس الوزراء للإطلاع على منجزات جهاز الإدعاء العام خلال السنة.".

2. نقترح على المشرع إعادة النظر بشأن ارتباط جهاز الادعاء العام بمجلس القضاء الأعلى، لأن دوره ليس بالدور القضائي الصرف او التام، أي الفصل في النزاعات وإصدار الأحكام بين المتخاصمين، بل دوره رقابي يشمل جميع سلطات الدولة للتأكد من الالتزام بحكم القانون من حيث التطبيق والتنفيذ والمشروعية،لذلك يجب ان يكون لجهاز الادعاء العام الشخصية المعنوية المستقلة، فهي مهمة في تسيير كثير من الامور وبشكل مستقل عن القضاء،وعلى ان تدعم بكل مظاهر الاستقلال المالي والاداري،
3. ولكي يتحقق الاستقلال المنشود لجهاز الادعاء العام لابد من تعديل الدستور بإعطاء جهاز الإدعاء العام الاستقلال المالي والاداري حاله حال المحكمة الاتحادية العليا،خصوصاً وان جهاز الإدعاء العام هو ممثل عن الهيئة الاجتماعية والمدافع عن حق،قها ومصالحها،وعمله في مراقبة المشروعية وتطبيق القوانين والأنظمة والتعليمات هو أوسع من عمل المحكمة الإتحادية العليا.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الهوامش

1. د.مجدي إسماعيل محمود، الطلب كقيد إجرائي على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية،القاهرة,2012,ص9.
2. د.مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري،دار الفكر العربي،بيروت، 1980، ص146.
3. د.سامح السيد جاد، الإجراءات الجنائية في القانون المصري،دار الاتحاد العربي، القاهرة ،1989، ص29.
4. د.محمد أبو العلا عقيدة، شرح قانون الإجراءات الجنائية،ط2،دار النهضة العربية، القاهرة ،2001 ، ص51.
5. أ.عبد الأمير العكيلي, د.ضاري خليل محمود، النظام القانوني للإدعاء العام في العراق والدول العربية،بيت الحكمة،بغداد،1999،ص21-22.
6. د.بكري يوسف بكري محمد، الإدعاء العام نشأته-الأنظمة الإجرائية-الجهات المختصة ،ط1، مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية،2013،ص90.
7. المادة (الأولى) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (150) لسنة1950 المعدل.
8. د.احمد عوض بلال، التطبيقات المعاصرة للنظام الإتهامي في القانون الأنجلوأميركي، دار النهضة العلربية،القاهرة،1992، ص90.
9. علي فضل البوعينين، سلطة الإدعاء العام في التصرف في الاستدلال والتحقيق،دار النهضة العربية، القاهرة ، 2001،ص17.
10. د.بكري يوسف بكري محمد، مصدر سابق،ص66.
11. أ.عبد الأمير العكيلي،د.ضاري خليل محمود،مصدر سابق،ص21.
12. المادة(1)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 159 لسنة 1979 الملغي، المادة(2) من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49 لسنة 2017 المعدل.
13. د.محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية،دار النهضة العربية،القاهرة،1996، ص87.
14. ومن الضروري التمييز في التبعية التدريجية بين الناحية الإدارية والناحية الموضوعية لأداء أعضاء الإدعاء العام لمهامهم القضائية من جهة،وبين طبيعة ونطاق هذه التبعية في مرحلة التحقيق والمحاكمة. ينظر: أ.عبد الأمير العكيلي,د.ضاري خليل محمود، مصدر سابق،ص37.
15. أ.عبد الأمير العكيلي،د.سليم إبراهيم حربة، أصول المحاكمات الجزائية،الجزء(1-2)، المكتبة القانونية،بغداد، 2009،ص73.
16. د.محمود نجيب حسني،مصدر سابق،ص89. كذلك: د.مأمون سلامة ، مصدر سابق،ص165.
17. د.رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية،الطبعة السادسة عشر،دار الجيل للطباعة، القاهرة، 1985،ص59.كذلك: د.مأمون محمد سلامة،مصدر سابق،ص169.د.محمود نجيب حسني، شرح، مصدر سابق،ص90-91.
18. أ.عبد الأمير العكيلي، د.سليم إبراهيم حربة،مصدر سابق،ص74. كذلك: د.محمود نجيب حسني، مصدر سابق،ص97.
19. د.محمد عبد اللطيف فرج، شرح قانون الإجراءات الجنائية ،الجزء الأول،ط3،بدون دار نشر، القاهرة، 2011،ص125-126.
20. مخاصمة عضو الادعاء العام،تعني مسائلته مدنيا إذا ثبت انه قد وقع منه في عمله غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ينظر: أ.عبد الأمير العكيلي،د.ضاري خليل محمود،مصدر سابق، ص40.

21. المادة(61)من دستور العراق لعام 2005.
22. د.منذر الشاوي، القانون الدستوري،ج2،مطبعة شفيق بغداد،1972،ص124.
23. الفقرة(حادي عشر)من المادة(5)من قانون الادعاء العام العراقي رقم(49)لسنة 2017 المعدل.
24. الفقرة(ثانيا)من المادة(2)من قانون الادعاء العام العراقي،مصدر سابق.
25. المصدر نفسه.
26. الفقرة(سابعا)من المادة(2) من قانون الاعداء العام العراقي،مصدر سابق.
27. د.مازن ليلو راضي/ النظم البديلة لتحقيق العدالة والرفاهية على اعمال الإدارة،بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع: http://www.brob.org/bohoth/bohoth/bohoth049.htm اخر زيارة يوم 2022/7/2.
28. الفقرة(خامساً/أ)من المادة(61)من الدستور العراقي لعام 2005.
29. الفقرة(أولا)من المادة(4)من قانون الادعاء العام العراقي،مصدر سابق.
30. الفقرة(ثانيا)من المادة(13)من قانون الادعاء العام العراقي،مصدر سابق.
31. قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية ذي العدد 112/اتحادية/2021 الصادر في 2021/11/9.
32. الفقرة (اولا، ثانيا)من المادة(13)من قانون الإدعاء العام العراقي،مصدر سابق.
33. المادة(61/ 9/ج)من الدستور العراقي لعام 2005.
34. المادة(80/أولا)من الدستور العراقي،مصدر سابق،والمادة(20)من الدستور الفرنسي لعام 1958، المادتين(150، 167)من الدستور المصري لعام 2019 المعدل.
35. J. SEGAUD, (2010). Essai Sur L'action Publique. Thèse pour le Doctorat Université De Reims. p. 394-395
36. تسعى الدولة من خلال مؤسستها القضائية إلى تجنب تجدد الجرائم،وسياسة الوساطة الجزائية تمثل في الحقيقة، صيغة للإجابة الجزائية، أذكى من العقوبة(القمع)،فهي تقدم إجابة منطقية ومتماسكة عن الجرائم، في إطار الأهداف المتوخاة للسياسة الجزائية، والجواب الذي تقدمه يتكيف مع تطلعات الضحايا قبل كل شيء،ويعتبر هذا النظام من أذكى الأنظمة التي تحل الكثير من الإشكاليات الجزائية في أي مجتمع،والسياسة الجزائية لا تحمي فقط النظام الاجتماعي بل تركز أيضا على حماية الضحايا،فهؤلاء ينتظرون من العدالة إجابات عن الجرائم المرتكبة،وهذه الإجابات يتعين أن تكون سريعة ومتنوعة، ليس فقط في نظر مرتكبي الجرائم ولكن حتى في نظر الضحايا.
37. المادة(2)من قانون الادعاء العام العراقي،مصدر سابق.
38. المادة(67، 80)من دستور العراق 2005،مصدر سابق
39. المادة(5/أولا،ثانياً،ثامناً،تاسعاً)من قانون الادعاء العام العراقي،مصدر سابق
40. الفقرة(ثاني عشر) من المادة(5)من قانون الادعاء العام العراقي،مصدر سابق.
41. الفقرتين(ثالث عشر، رابع عشر)من المادة(5)من قانون الادعاء العام العراقي،مصدر سابق.
42. الفقرة(رابعاً)من المادة(5)من قانون الادعاء العام،العراقي، مصدر سابق.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

43. المادة(197)من الدستور المصري،مصدر سابق.
44. CEDH : 29 mars 2010. Medvedyev et autres c. France. Requête n° 3394/03. La semaine juridique (Juris-classeur périodique). 5 avril 2010
45. CEDH : 20 novembre 2010. Moulin c. France. Requête n° 37104/06
46. La Loi N° 2011-392 du 14 Avril 2011 Relative à La Garde a Vue
47. المادة(26، 29)من قانون الادعاء العام رقم 159 لسنة 1979،مصدر سابق.
48. المادة(89)من دستور العراق لعام 2005.
49. المادة(90)من دستور العراق لعام 2005.
50. المادة(91)من دستور العراق لعام 2005.
51. المادة(2/ثالثاً)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
52. المادة(5/رابعاً)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
53. المادة(5) من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
54. أ.م.د.هدى سالم محمد احمد الاطرقجي، تنظيم الادعاء العام في قانون رقم 49 لسنة 2017 العراقي، مجلة المحقق الحلي،جامعة بابل،العدد 1،السنة الثانية عشر 2020،ص282.
55. How it works: Social Peace Partnership. تقرير منشور على موقع الانترنت /https://peacefulchange.org/north-africa- libya/how-it-works-social-peace-partnership اخر زيارة بتاريخ 2024/2/25
56. د.محمد عمارة، مقومات الأمن الاجتماعي في الإسلام، بحث مقدم إلى مؤتمر الأمن الاجتماعي المنعقد في البحرين، 2007 م.
57. د.محمد عبد الحليم عمر ،الزكاة ودورها في تحقيق الأمن المجتمعي، ورقة مشاركة في مؤتمر مقومات الأمن المجتمعي في الإسلام المنعقد في مصر،2008م.
58. د.صايل احمد حسن أماره، ضمان حقوق الأقليات وأثره على السلم الاجتماعي،المجلة الدولية للبحوث الاسلامية والانسانية المتقدمة،مجلد 4،ع6، 2014،فلسطين،ص65 .
59. Ibrahim Hakk KAYNAK, 2014. "Importance And Meaning Of Social Peace In Terms Of Three Monothesistic Religious," Proceedings of International Academic Conferences .0201298, International Institute of Social and Economic Sciences
60. Institute for Economics & Peace. Positive Peace Briefing 2023
61. د.جلال الزبيدي، الادعاء العام بالعراق بين النظرية والتطبيق،مقال منشور على موقع صوت العراق على الانترنت /https://www.sotaliraq.com/2021/04/08 زيارة يوم2024/4/13
62. المادة(2)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
63. الفقرة(الحادية عشر)من المادة(5)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
64. الفقرة(اولا)من المادة(5)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

65. الفقرة(ثانيا)من المادة(5)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
66. الفقرة(تاسعا)من المادة(5)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
67. الفقرة(ثانيا)من المادة(7)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
68. الفقرة(ثانيا)من المادة(12)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
69. الفقرة(ثالثا)من المادة(12)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
70. المادة(9)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
71. الفقرة(خامسا)من المادة(5)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
72. الفقرة(ثالثا)من المادة(5)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
73. الفقرة(سادسا)من المادة(5)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
74. الفقرة(سابعا)من المادة(5)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
75. الفقرة(ثانيا)من المادة(7)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.
76. الفقرة(اولا)من المادة(11)من قانون الادعاء العام العراقي رقم 49،مصدر سابق.

قائمة المصادر

أولاً: المصادر العربية:

أ ـ الكتب القانونية:

1. د.مجدي إسماعيل محمود، الطلب كقيد إجرائي على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية،القاهرة،2012.
2. د.مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري،دار الفكر العربي، بيروت، 1980.
3. د.سامح السيد جاد، الإجراءات الجنائية في القانون المصري،دار الاتحاد العربي، القاهرة ،1989.
4. د.محمد أبو العلا عقيدة، شرح قانون الإجراءات الجنائية،ط2،دار النهضة العربية، القاهرة ،2001.
5. أ.عبد الأمير العكيلي, د.ضاري خليل محمود، النظام القانوني للإدعاء العام في العراق والدول العربية،بيت الحكمة،بغداد،1999.
6. د.بكري يوسف بكري محمد، الإدعاء العام نشأته-الأنظمة الإجرائية-الجهات المختصة ،ط1، مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية،2013.
7. د.احمد عوض بلال، التطبيقات المعاصرة للنظام الإتهامي في القانون الأنجلوأميركي، دار النهضة العلربية،القاهرة،1992.
8. علي فضل البوعينين، سلطة الإدعاء العام في التصرف في الاستدلال والتحقيق،دار النهضة العربية، القاهرة ، 2001.
9. د.محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية،دار النهضة العربية،القاهرة ، 1996.
10. أ.عبد الأمير العكيلي،د.سليم إبراهيم حربة، أصول المحاكمات الجزائية،الجزء(1-2)، المكتبة القانونية،بغداد، 2009.
11. د.رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية،الطبعة السادسة عشر،دار الجيل للطباعة، القاهرة، 1985.
12. د.محمد عبد اللطيف فرج، شرح قانون الإجراءات الجنائية ،الجزء الأول،ط3،بدون دار نشر، القاهرة، 2011.
13. د.منذر الشاوي، القانون الدستوري،ج2،مطبعة شفيق بغداد،1972.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ب ـ البحوث:

1. د.مازن ليلو راضي/ النظم البديلة لتحقيق العدالة والرفاهية على اعمال الإدارة،بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع: http://www.brob.org/bohoth/bohoth/bohoth049.htm اخر زيارة يوم 2022/7/2.
2. أ.م.د.هدى سالم محمد احمد الاطرقجي، تنظيم الادعاء العام في قانون رقم 49 لسنة 2017 العراقي، مجلة المحقق الحلي،جامعة بابل،العدد 1،السنة الثانية عشر 2020.
3. د.محمد عمارة، مقومات الأمن الاجتماعي في الإسلام، بحث مقدم إلى مؤتمر الأمن الاجتماعي المنعقد في البحرين، 2007.
4. د.محمد عبد الحليم عمر ،الزكاة ودورها في تحقيق الأمن المجتمعي، ورقة مشاركة في مؤتمر مقومات الأمن المجتمعي في الإسلام المنعقد في مصر،2008م.
5. د.صايل احمد حسن أماره، ضمان حقوق الأقليات وأثره على السلم الاجتماعي،المجلة الدولية للبحوث الاسلامية والانسانية المتقدمة،مجلد 4،ع6، 2014.
6. د.جلال الزبيدي، الادعاء العام بالعراق بين النظرية والتطبيق،مقال منشور على موقع صوت العراق على الانترنت https://www.sotaliraq.com/2021/04/08/ زيارة يوم2024/4/13

ج- الدساتير

1. دستور العراق لعام 2005.
2. الدستور الفرنسي لعام 1958.
3. الدستور المصري لعام 2019 المعدل.

هـ ـ القوانين:

1. قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (150) لسنة1950 المعدل.
2. قانون الادعاء العام العراقي رقم 159 لسنة 1979 الملغي.
3. قانون الادعاء العام العراقي رقم 49 لسنة 2017 المعدل.

و- قرارات المحاكم:

قرار المحكمة الاتحادية العليا العراقية ذي العدد 112/اتحادية/2021 الصادر في 2021/11/9.

ثانياً: المصادر الأجنبية:

1. J. SEGAUD, (2010). Essai Sur L'action Publique. Thèse pour le Doctorat Université De Reims. p. 394-395.
2. CEDH : 29 mars 2010. Medvedyev et autres c. France. Requête n° 3394/03. La semaine juridique (Juris-classeur périodique). 5 avril 2010.
3. CEDH : 20 novembre 2010. Moulin c. France. Requête n° 37104/06
4. La Loi N° 2011-392 du 14 Avril 2011 Relative à La Garde a Vue
5. How it works: Social Peace Partnership. تقرير منشور على موقع الانترنت https://peacefulchange.org/north-africa- libya/how-it-works-social-peace-partnership اخر زيارة بتاريخ 2024/2/25

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

6. Ibrahim Hakk KAYNAK, 2014. "Importance And Meaning Of Social Peace In Terms Of Three Monothesistic Religious," Proceedings of International Academic Conferences 0201298, International Institute of Social and Economic Sciences.
7. Institute for Economics & Peace. Positive Peace Briefing 2023.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة

م. د. أحمد جابر صالح

كلية القانون/ جامعة وارث الأنبياء

الملخص:

ان قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 المعدل نص في المادة (280) منه على عدم جواز تنفيذ العقوبات والتدابير المقررة بالقانون والخاصة بأية جريمة إلا بمقتضى حكم واجب التنفيذ صادر من محكمة مختصة. وعلى المحكمة – استناداً إلى نص المادة (281) الأصولية – عندما تصدر حكمها بعقوبة أو تدبير سالب للحرية أن ترسل المحكوم عليه إلى المؤسسة أو السجن الذي قررت إيداعه فيه ومعه مذكرة الحجز أو السجن متضمنة التدبير أو العقوبة المحكوم بها وبدء تنفيذها والمادة القانونية المحكوم بمقتضاها والمدة التي قضاها المحكوم عليه مقبوضاً عليه أو موقوفاً وترسل صورة من المذكرة إلى الادعاء العام ليتابع تنفيذ الحكم وفقاً لما هو منصوص عليه بالقانون. ويفهم من ذلك، وجوب تنفيذ الحكم بالعقوبة السالبة للحرية على المحكوم عليه مباشرة بعد صدور الحكم من المحكمة المختصة بحقه، وفي هذا تقرر المادة (282) الأصولية بأنه: "تنفذ الأحكام الجزائية فور صدورها وجاهاً أو اعتبارها بمنزلة الحكم الوجاهي ..."، كما ان المادة (283/أ) الأصولية لم تُجز – في غير الأحوال التي ينص عليها القانون – إخلاء سبيل المحكوم عليه قبل أن يستوفى المدة المحكوم بها. إلا أن القانون قد استثنى من ذلك حالات معينة بالنص وأجاز إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة، وهذه الحالات هي: الحالة الأولى، كفالة المحكوم عليه في جرائم المخالفة، على وفق ما تقرره المادة (282) الأصولية. والحالة الثانية، كفالة المحكوم عليه مع زوجه، على وفق ما تقرره المادة (296) الأصولية. أما الحالة الثالثة، فتتمثل بكفالة المحكوم عليه غيابياً، بالشكل الذي قررته المادة (244) الأصولية.

هذه الحالات هي التي قررها القانون، وتمثل استثناءً مهماً على القاعدة العامة بخصوص التنفيذ الفوري للعقوبات، ويمكن الاستفادة منها في الواقع العملي، وذلك تحقيقاً لقصد المشرع والغاية التي سعى إلى تحقيقها من تشريعه لهذه الحالات.

الكلمات المفتاحية: المحكوم عليه – العقوبة – إطلاق السراح – التنفيذ – الكفالة

المقدمة:

ان العقوبة في العصور الأولى للمجتمعات البشرية كانت تهدف إلى الانتقام من الجاني، ولكن سرعان ما تعالت أصوات المفكرين بضرورة أن يكون الغرض من العقوبة زجر الجاني لا الانتقام منه، فظهر الردع الخاص كغرض للعقوبة، وقد استمر الفكر الجنائي بالتطور حتى أصبحت العقوبة تتغيا أغراض أخرى تمثلت بالردع العام وتحقيق العدالة وإصلاح الجاني، فلم يعد للانتقام كغرض من أغراض العقوبة وجوداً في التشريعات الجزائية المعاصرة.

وإذا كانت العقوبة تهدف إلى الردع والعدالة والإصلاح، فان المشرع لا بد من أن يتجه إلى أنسنة القانون الجنائي، وإبراز غرض الإصلاح – فضلاً عن الردع والعدالة – لإعادة زج المحكوم عليه في المجتمع من جديد بعد أن يُعاد تأهيله ويصبح عضواً صالحاً. ويتجلى ذلك في التشريعات الجزائية الإجرائية خصوصاً في الأحكام القانونية التي تنظم تنفيذ العقوبة، وبشكل أكثر تحديداً تلك الأحكام التي تتناول إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة، وهي أحكام أقرها المشرع لاعتبارات إنسانية تتعلق بشخص المحكوم عليه، أو بشخص آخر يرعاه المحكوم عليه ويتأثر بالحكم الصادر.

وللإحاطة بكل جزئيات موضوع بحثنا، سنتناوله في مطلبين، نبحث في المطلب الأول عن مفهوم إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة، في حين سنتناول في المطلب الثاني حالات إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الأول

مفهوم إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة

ان البحث في موضوع إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة يقتضي تحديد مفهوم واضح له، وهذا التحديد يستوجب البحث عن المقصود بإطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة أولاً، ومن ثم التطرق إلى تمييزه عن إطلاق سراح المتهم، وبعدها لا بعد من البحث في الطبيعة القانونية لإطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة. وهذا ما سنبحثه في هذا المطلب من خلال تقسيمه على ثلاثة فروع.

الفرع الأول

المقصود بإطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة

لم يتعرض الفقه الإجرائي لتعريف إطلاق سراح المحكوم عليه أو حتى بيان المقصود منه، بل ان هذا الموضوع لم يتم بحثه في الفقه بحثاً يقود إلى نظرية عامة لها كيانها المستقل عن بقية الأفكار والمفاهيم الإجرائية الجزائية وأهمها المفهوم الخاص بإطلاق سراح المتهم بكفالة الذي يقترب من مفهوم إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة، وهو ما سنتعرض له في بحثنا هذا لاحقاً.

وعليه، يمكننا بيان المقصود بـ "إطلاق سراح المحكوم عليه" هو: إخلاء سبيل المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية صادرة بحقه بحكم قضائي، قبل أو أثناء تنفيذها، وذلك استثناءً من القواعد العامة لتنفيذ العقوبة.

أما المقصود بالكفالة في مقامنا هذا والشروط المتعلقة بها، فهي ذاتها المقررة لكفالة المتهم الموقوف والذي يصدر قرار بإطلاق سراحه. وعليه، فالكفالة هي ضمان إطلاق سراح المحكوم عليه، وهذا الضمان يتحدد بتعهد الكفيل بإحضار المحكوم عليه المطلق سراحه. ويتطلب لصحة التصرف بموجبها عدة شروط منها ما يتعلق بجسامة الجريمة وخطورتها، وكذلك بمكانة المحكوم عليه الاجتماعية وما يترتب عليه جرائها من التزام بالقانون، ومن جهة أخرى فإن حضور المحكوم عليه أمام المحكمة كلما دعت الحاجة إلى حضوره، أمر يتأثر بالمبلغ المحدد وبالمكانة الاجتماعية للمحكوم عليه [1]. وبالتالي فانه يُشترط في الكفالة ما يأتي:

1) يلزم عند تحديد مبلغ الكفالة أن يُنظر إلى ظروف الجريمة ومكانة المتهم في المجتمع وحالته المالية، إذ يجب على المحكمة عدم المغالاة في مبلغ الكفالة، فيعجز المحكوم عليه عن إيجاد شخص يضمنه.
2) بطبيعة الحال، فان قبول الكفالة من قبل الجهة ذات الاختصـــاص يتوقف على قدرة الكفيل من الناحية المالية، وإن لم تقتنع هذه الجهة بكفاءة الكفيل المالية فلها أن ترفض تلك الكفالة وتطلب من المحكوم عليه تقديم كفيل مقتدر على دفع المبلغ الذي تقرره في الأمر الذي تصدره.
3) يجب إطلاق ســـراح المحكوم عليه في الحالات المعينة – محل بحثنا هذا – إن تقدم كفيله بإيداع مبلغ الكفالة الذي قررته المحكمة، باعتبار المقصـود من الكفالة هو دفع المبلغ المحدد في الأمر إن لم يحضـر المحكوم عليه، وهو ما يتحقق بإيداع المبلغ صندوق المحكمة، وقد أوجب القانون قبول المبلغ نقداً، أو تقديم صك مصدق من قبل المصرف المسحوب عليه ذلك الصك [2].

الفرع الثاني

تمييز "إطلاق سراح المحكوم عليه" عن "إطلاق سراح المتهم"

ان التمييز بين إطلاق سراح المحكوم عليه وبين إطلاق سراح المتهم يقتضي – ابتداءً – الوقوف على الفرق بين المحكوم عليه

([1]) أنظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار السنهوري، بغداد، بيروت، 2015، ص271.

([2]) أنظر: د. فخري عبد الرزاق الحديثي، المصدر السابق، ص271-272.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

والمتهم، ومن ثم التساؤل عما إذا كان هناك اختلاف أو تشابه بين إطلاق السراح بالنسبة للمحكوم عليه وبالنسبة للمتهم [3].

وبصدد تمييز بين المتهم والمحكوم عليه، نُشير إلى أن المشرع الفرنسي قد استخدم مصطلح أو لفظ (le soupçonne)، وذلك في المرسوم الصادر (22/8/1958)، وهذا اللفظ يُطلق على من يجري سؤالهم في موضوع قضية، فلا يجوز وصف هؤلاء إلا بأنهم مشتبه بهم أو هم يحتمل مساهمتهم في الجريمة أو هم الذين تقوم في مواجهتهم دلائل قوية يمكن أن تسوغ اتهامهم [4].

هناك فرق بين المتهم والمحكوم عليه من عدة أوجه، إذ أن المتهم لم تثبت إدانته، وبالتالي فهو شخص مازال تحت طائلة التحقيق في الجرم المنسوب إليه، ومن ثم فان براءته لا زالت معلقة على مدى صحة الاتهام بتلك الجريمة، فالمتهم في مرحلة وسطى بين الاستدلال والمحاكمة، في حين أن المحكوم عليه انقضت قبله هذه الإجراءات من خلال ما أشارت إليه أدلة الاتهام التي أثبتت إدانته ونقله إلى مساحة المحكمة مما أدى إلى الحكم عليه وتحديد عقوبته، وتكون بذلك العدالة قد رجحت قوة أدلة الاتهام على أدلة البراءة من الجريمة. وهناك فرق آخر يتمثل في الاختلاف بالمركز القانوني، إذ أن المتهم يستفيد من قرينة البراءة التي لا يهدمها أو ينال منها إلا صدور حكم نهائي بالإدانة، وبالتالي تتعين معاملته طوال مراحل الدعوى الجزائية على أساس أن الأصل فيه هو البراءة، أما المحكوم عليه فلا يستفيد من هذه القرينة، ولا يستطيع أن يتحصن بها من تنفيذ العقوبة [5].

ويمكن الاستنتاج مما تقدم بأن إطلاق سراح المتهم ما هو إلا إجراء من الإجراءات الجزائية التي يتخذها القضاء أثناء نظره للدعوى الجزائية، وهذا الإجراء المتمثل بإطلاق السراح يكون الأصل في اتخاذه تجاه المتهم في أي مرحلة تكون عليها الدعوى الجزائية، حتى إذا انقضت هذه الدعوى بصدور الحكم فيها، فان المتهم يصبح محكوماً عليه، وبالتالي يتعذر من الناحية القانونية اتخاذ هذا الإجراء – وهو إطلاق السراح – تجاهه، إلا أن المشرع أجاز ذلك على سبيل الاستثناء.

ان إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة استثناء فرضته ضرورة، وهذه الضرورة إما أن تتمثل بالشروع باتخاذ الإجراءات الأصولية لمحاكمة المحكوم عليه، وهذا لا يتصور إلا إذا كان الحكم قد صدر غيابياً ضد المحكوم عليه، أو أن تتمثل هذه الضرورة باعتبارات إنسانية تقتضي الحفاظ على طفل حُكم على والديه بالحبس مدة لا تزيد على سنة، أو أن تتمثل بتفاهة الجريمة وبساطة عقوبة الحبس المقررة لها، وبالتالي فيجب ألا تنفذ هذه العقوبة بحق المحكوم عليه إلا بعد اكتساب الحكم درجة البتات، كي لا يستغرق تنفيذ هذه العقوبة مدة الطعن ومن ثم يأتي قرار الإدانة منقوضاً من المحكمة الأعلى درجة.

وقد نظم المشرع العراقي إطلاق سراح المتهم بكفالة أو بدون كفالة في عدة نصوص واردة في قانون أصول المحاكمات الجزائية، فإذا كان الشخص المقبوض عليه متهماً بجريمة يعاقب عليها القانون بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات أو بالسجن المؤقت أو بالسجن المؤبد، فللقاضي أن يأمر بتوقيفه مدة لا تزيد على خمسة عشر يوماً في كل مرة أو أن يُقرر إطلاق سراحه بتعهد مقرون بكفالة شخص ضامن أو بدونها بأن يحضر متى طلب منه ذلك، إذا وجد القاضي أن إطلاق سراحه لا يؤدي إلى هروبه ولا يضر بسير التحقيق [6]. ويجب توقيف المتهم المقبوض عليه إذا كان متهماً بجريمة يعاقب عليها القانون بالإعدام وتمديد توقيفه كلما اقتضت ذلك ضرورة التحقيق، مع مراعاة المدة المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (109) الأصولية، حتى يصدر قرار فاصل بشأنه من قاضي التحقيق أو المحكمة الجزائية بعد انتهاء التحقيق الابتدائي أو القضائي أو المحاكمة [7].

([3]) وإذا كان هذا هو الفرق بين المتهم والمحكوم عليه، فأننا نعتقد هناك مفهوم آخر يجب تمييزه عن المفهومين المتقدم توضيحهما، وهو مفهوم (المشتبه به)، ويُراد به: الشخص الذي تقوم الشكوك حول ارتكابه للجريمة ولا يكون ذلك إلا في المرحلة السابقة لمرحلة الاتهام، أي المرحلة التي يتخذ فيها أعضاء الضبط القضائي الإجراءات اللازمة أثناء أو بعد وقوع الجريمة، أما إذا أتخذ أول إجراء من قبل القضاء – قاضي التحقيق – ففي هذه الحالة تبدأ مرحلة الاتهام ويصبح المشتبه به متهماً.

([4]) فرهنك ره ش ياسين، المتهم وضمانات عدم المساس بحريته الشخصية في مرحلة التحقيق الابتدائي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأدنى، معهد الدراسات العليا، كلية الحقوق، قسم القانون العام، نيقوسيا، 2021، ص6.

([5]) فرهنك ره ش ياسين، المصدر السابق، ص13.

([6]) أنظر: نص الفقرة (أ) من المادة (109) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 المعدل.

([7]) أنظر: نص الفقرة (ب) من المادة (109) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ومع ذلك أوجب القانون التقيد بعدم الجواز أن يزيد مجموع مدد التوقيف على ربع الحد الأقصى المقرر قانوناً للعقوبة، على أن لا يزيد بأية حال على ستة أشهر، وإذا اقتضى الحال تمديد التوقيف أكثر من ستة أشهر فعلى القاضي أن يعرض الأمر على محكمة الجنايات لتأذن له بتمديد التوقيف مدة مناسبة على أن لا تتجاوز ربع الحد الأقصى للعقوبة أو تقرر إطلاق سراحه بكفالة أو بدونها مع مراعاة الفقرة (ب) من المادة (109) الأصولية [8].

أما إذا كان المقبوض عليه متهماً بجريمة يعاقب عليها بالحبس مدة ثلاث سنوات فأقل أو بالغرامة فعلى القاضي أن يُطلق سراحه بتعهد مقرون بكفالة أو بدونها ما لم ير القاضي أن إطلاق سراحه يضر بسير التحقيق أو يؤدي إلى هروبه. أما إذا كان المقبوض عليه متهماً بمخالفة فلا يجوز توقيفه إلا إذا لم يكن له محل إقامة معين [9]. وللقاضي الذي أصدر قراراً بالتوقيف أن يقرر إطلاق سراح المتهم بتعهد مقترن بكفالة أو بدون كفالة قبل انتهاء مدة التوقيف على أن يتم مراعاة الفقرة (ب) من المادة (109) الأصولية، كما أن للقاضي إعادة توقيف المتهم إذا اقتضت ضرورة التحقيق ذلك [10].

وبناءً على ما تقدم، يبدو الفرق واضحاً بين إطلاق سراح المحكوم عليه وبين إطلاق سراح المتهم، إذ أن الأخير هو إجراء جزائي يُتخذ في مراحل الدعوى الجزائية حيث يكون المتهم بريء حتى تثبت إدانته، أما إطلاق سراح المحكوم عليه – محل بحثنا – فهو ذو طبيعة خاصة واستثناء يرد على الحكم الصادر بإدانة المحكوم عليه، فلا مجال في هذه الحالة لتطبيق قاعدة ان المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

الفرع الثالث

التكييف القانوني لإطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة

ان البحث في التكييف القانوني لإطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة يتطلب تتحدد فيما إذا كان هذا مجرد إجراء أم إنه حكم موضوعي يمس أصل العقوبة، وبعد ذلك تحديد ما إذا كان إطلاق سراح المحكوم عليه هو القاعدة في تنفيذ الأحكام الجزائية أم إنه استثناء يرد على هذه القاعدة، فهذا التحديد هو الذي يكشف عن التكييف القانوني الصحيح لإطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة.

ونقرر ابتداءً ان الدعوى الجزائية تنقضي بالنسبة للمتهم المرفوعة بحقه، والوقائع المسندة فيها إليه بصدور حكم نهائي فيها بالبراءة أو الإدانة [11]. وفي حالة الإدانة وما يستتبعها من فرض العقوبة، فان الكتاب الخامس من قانون الأصول الجزائية العراقي جاء بعنوان "التنفيذ"، فنص في الباب الأول منه على الأحكام العامة في تنفيذ الجزاء الجنائي، إذ نصت المادة (280) على عدم جواز تنفيذ العقوبات وعدم جواز تنفيذ التدابير المقررة بالقانون لأية جريمة إلا بمقتضى حكم واجب التنفيذ يكون صادراً من محكمة مختصة.

وقد أوجب القانون تنفيذ الأحكام الجزائية فور صدورها وجاهاً أو فور اعتبارها بمنزلة الحكم الوجاهي، واستثنى من ذلك – مما استثناه – أحكام الحبس الصادرة في جرائم المخالفات، فلا تنفذ هذه الأحكام إلا بعد اكتسابها درجة البتات على أن يقدم المحكوم عليه فيها كفيلاً ضامناً بالحضور لتنفيذ عقوبة الحبس متى طُلب منه ذلك، وإلا يتم تنفيذ العقوبة عليه فوراً [12].

والقاعدة الأهم التي أقرها القانون بهذا الخصوص، والتي يتحدد ضمن نطاقها موضوع بحثنا هذا، هي قاعدة "عدم جواز إخلاء سبيل المحكوم عليه قبل أن يستوفى المدة المحكوم بها"، إلا أن القانون لم يجعل هذه القاعدة مطلقة، فقد أجاز الخروج عليها إذا وجد نص في القانون يقرر ذلك [13].

ونستنتج مما تقدم بأن حالات إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة يمكن تكييفها على أنها إجراء استثنائي يُعد خروجاً على القواعد

([8]) أنظر: نص الفقرة (ج) من المادة (109) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.
([9]) أنظر: نص المادة (110) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.
([10]) أنظر: نص المادة (111) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.
([11]) د. منصور السعيد إسماعيل ساطور، التنفيذ المؤقت في المجال الجنائي، دار المنار للنشر والتوزيع، القاهرة، 1994، ص20.
([12]) المادة (282) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.
([13]) الفقرة (أ) من المادة (283) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التي تحكم التنفيذ العقابي ومنها قاعدة التنفيذ المباشر للأحكام الجزائية، وهذا الخروج يُعد محموداً كونه من جهة يراعي الجوانب الإنسانية للمحكومين أو الأشخاص الآخرين الذي يؤثر فيهم الحكم [14]، ومن جهة أخرى يعمل على صيانة مبدأ الأصل في الإنسان البراءة.

المطلب الثاني

حالات إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة

نتناول في هذا المطلب الحالات التي أجاز فيها القانون إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة، وعليه قسمنا هذا المطلب على ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة في جرائم المخالفة، ونبحث في الفرع الثاني إطلاق سراح أحد الزوجين المحكوم عليهما بكفالة، أما الفرع الثالث فنتناول فيه إطلاق سراح المحكوم عليه غيابياً بكفالة

الفرع الأول

إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة في جرائم المخالفة

لقد ذكرنا سلفاً ان الأحكام التي تصدر من المحاكم الجزائية تنفذ فور صدورها إذا كانت وجاهية، ويستثنى من تنفيذ الأحكام فوراً أحكام الحبس التي تصدر في جرائم المخالفات، فلا تنفذ هذه الأحكام إلا بعد اكتسابها درجة البتات، وعلى أن يقدم المحكوم عليه فيها كفيلاً ضامناً بالحضور لتنفيذ عقوبة الحبس إذا طلب منه ذلك، وإلا نُفذت عليه العقوبة حالاً، وذلك حسب ما قررته المادة (282) من قانون الأصول الجزائية العراقي [15].

فلقد وضع المشرع في قانون الأصول الجزائية العراقي استثناءات على قاعدة التنفيذ الفوري للعقوبة، ومنها عقوبة الحبس الصادرة في المخالفات، فقد استثناها من أحكام التنفيذ الفوري للعقوبة، فلا تنفذ إلا بعد اكتساب القرار درجة البتات وهي مرور (30) يوماً دون تمييزه أو تصديقه من محكمة التمييز المختصة (محكمة الجنايات بصفتها التمييزية)، وهنا أوجب القانون على المحكوم عليه أن يُقدم كفيلاً ضامناً بالحضور لتنفيذ عقوبة الحبس بعد اكتساب القرار درجة البتات، فإن لم يتمكن المحكوم عليه من تقديم كفيلاً ضامناً بذلك نفذت عليه العقوبة فوراً [16]. وجاء في تبرير عدم جواز تنفيذ الحكم بالحبس الصادر في جرائم المخالفات إلا بعد تصديقه تمييزاً؛ وذلك لئلا تنقضي مدة الحكم ما بين إرسال الأوراق إلى المحكمة المختصة بنظر الطعن تمييزاً وبين صدور القرار التمييزي [17]. كما ان الحكمة من التأجيل هي طبيعة تلك الجرائم التي تمتاز ببساطة عقوبتها وهي في الغالب لا تدلل على خطورة إجرامية لدى مرتكبها [18].

لقد استثنى المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأحكام المتعلقة بحبس الفرد في جرائم المخالفات من التنفيذ المباشر للحكم وقيدها بضرورة اكتساب الحكم درجة البتات، على أن يُقدم المحكوم عليه كفيلاً ضامناً بالحضور لتنفيذ عقوبة الحبس المحكوم بها عليه [19]، فإن قدم كفيلاً يتم إطلاق سراحه على الرغم من كونه محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية.

([14]) أنظر حول هذا التكييف: د. عثمان مروان عبد الجنابي، تأجيل تنفيذ الحكم الجزائي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة: 5، المجلد: 5، العدد: 4، الجزء: 2، 2021، ص278.

([15]) أنظر: جمال محمد مصطفى، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة الزمان، بغداد، 2005، ص201.

([16]) عبد السلام موعد الأعرجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، الطبعة الأولى، مطبعة الكتاب، نشر وتوزيع المكتبة القانونية، بغداد، 2020، ص432.

([17]) المذكرة الايضاحية لقانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 المعدل.

([18]) أنظر: د. عثمان مروان عبد الجنابي، المصدر السابق، ص281.

([19]) أنظر: المصدر نفسه، ص281.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الفرع الثاني

إطلاق سراح أحد الزوجين، المحكوم عليهما، بكفالة

ان قانون الأصول الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 المعدل نص في المادة (296) على انه: "إذا حكم على رجل وزوجته بعقوبة سالبة للحرية لمدة لا تزيد على سنة ولو عن جرائم مختلفة ولم يكونا مسجونين من قبل جاز تأجيل التنفيذ على أحدهما حتى يخلى سبيل الآخر إذا كانا يكفلان صغيراً لم يتم الثانية عشرة من عمره وكان لهما محل اقامة معين". كما نصت المادة (297) منه على انه: "يصدر القرار بتأجيل تنفيذ العقوبة بمقتضى المادة (296) من المحكمة التي أصدرت الحكم بناء على طلب المحكوم عليه ولها ان تطلب تقديم كفيل ضامن باني حضر لتنفيذ العقوبة عند زوال سبب التأجيل. وتقدر المحكمة مبلغ الكفالة في القرار الصادر بالتأجيل ولها ان تشترط لتأجيل التنفيذ ما تراه من الاحتياطات الكفيلة بمنع المحكوم عليه من الهرب" [20]. وقد جاء في تبرير جواز تأخير تنفيذ العقوبة عن أحد الزوجين حتى يخلى سبيل الآخر إذا كانا يكفلان صغيراً، لما في ذلك فوائد اجتماعية ظاهرة [21].

ويتضح من ذلك ان المشرع العراقي وضع في المادة (296) الأصولية قواعداً خاصة للحكم على الرجل وزوجته في آن واحد بعقوبة سالبة للحرية سواء عن نفس الجريمة أو عن جرائم مختلفة، ففي مثل هذه الحالة أجاز القانون تأجيل تنفيذ تلك العقوبة بحق أحدهما حتى يخلى سبيل الأخر بشرط أن تكون العقوبة المفروضة عليهما سالبة للحرية، وأن لا تزيد مدتها على سنة ولو عن جرائم متنوعة، وإن لم يسبق أن كانا مسجونين من قبل كلاهما أو أحدهما، وأن يكفلا صغيراً لم يتم (12) الثانية عشر من عمره ويثبت ذلك بهوية الأحوال المدنية أو البطاقة الوطنية أو صورة قيد النفوس، وذلك لعدم تركه وحيداً عرضة للتشرد، وان يكون لهما محل إقامة معين لاحتمال هروبهما [22].

ان قرار التأجيل يجب صدوره من المحكمة التي أصدرت الحكم، إذ أنها أدرى من غيرها بإمكانية تأجيل تنفيذ العقوبة مع مراعاة ما تقدم بيانه، وهذا التأجيل لا تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها بل بناءً على التماس يقدمه طالب التأجيل يوضح فيه توفر شروط طلب التأجيل، مع تقديم ما يثبت عدم وجود شخص يتكفل الطفل الصغير، وتقديم ما يثبت ان عمر الصغير لم يتجاوز الثانية عشرة من عمره كدفتر نفوسه أو تقديم الطفل ذاته إلى المحكمة لتقدير عمره ومدى حاجته إلى من يرعاه، وقد تطلب المحكمة المختصة بغية تسهيل تأجيل تنفيذ الحكم كفيلاً مناسباً يتعهد بإحضار من يؤجل تنفيذ العقوبة عليه، وذلك عند انتهاء مدة التأجيل، ومبلغ الكفالة يجب أن يكون مناسباً بحيث يتمكن من يطالب بكفالة المحكوم عليه أن يقوم بأدائه عند هرب المحكوم عليه المؤجل، وقد ترى المحكمة من المناسب أن تشترط بعض الشروط الأخرى عند إصدارها لقرار تأجيل التنفيذ، وهذه الشروط الأخرى – غير الكفالة – يُراد منها دفع الاحتمالات التي يتمكن بواسطتها المحكوم عليه من الهرب وعدم تسليم نفسه عند انتهاء المدة، ومن ذلك ضرورة مراجعة مركز الشرطة مثلاً في نهاية كل أسبوع أو شهر للتأكد من عدم فرار الزوج المحكوم عليه [23].

وقد سارت أغلب التشريعات الجزائية الإجرائية على هذا المنهج، ومنها قانون الإجراءات الجنائية المصري الصادر بالرقم (150) لعام 1950 المعدل الذي نص في المادة (488) منه على أنه: "إذا كان محكوماً على الرجل وزوجته بالحبس لمدة لا تزيد على سنة ولو عن جرائم مختلفة ولم يكونا مسجونين من قبل، جاز تأجيل تنفيذ العقوبة على أحدهما حتى يفرج عن الآخر. وذلك إذا كانا يكفلان صغيراً لم يتجاوز خمس عشرة سنة كاملة، وكان لهما محل إقامة معروف بمصر". ونصت المادة (489) منه على انه: "للنيابة العامة في الأحوال التي يجوز فيها تأجيل تنفيذ العقوبة على المحكوم عليه أن تطلب منه تقديم كفالة بأنه لا يفر من التنفيذ عند

([20]) أنظر: د. وعدي سليمان المزوري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الثانية، منشورات مكتبة تبايي، أربيل ومكتبة كازي، دهوك، 2015، ص358.

([21]) المذكرة الايضاحية لقانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 171 المعدل.

([22]) عبد السلام موعد الأعرجي، المصدر السابق، ص444.

([23]) سلمان عبيد عبد الله الزبيدي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، 2015، ص39-40. عبد السلام موعد الأعرجي، المصدر السابق، ص444-445.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

زوال سبب التأجيل، ويقدر مبلغ الكفالة في الأمر الصادر بالتأجيل. ولها أيضاً أن تشترط لتأجيل التنفيذ ما تراه من الاحتياطات الكفيلة بمنع المحكوم عليه من الهرب". وقررت المادة (490) منه على انه: "لا يجوز في غير الأحوال المبينة في القانون إخلاء سبيل المسجون المحكوم عليه قبل أن يستوفي مدة العقوبة".

ويتفق المشرع الفلسطيني مع المشرع المصري في الأحكام الخاصة بهذه الحالة، تلك الأحكام التي تتشابه إلى حدٍ ما مع ما أورده المشرع العراقي من أحكام بهذا الخصوص، وهي [24]:

1- قيام الرابطة الزوجية.

2- أن يحكم على كلا الزوجين بالحبس مدة لا تتجاوز السنة، وان كانت الجرائم مختلفة.

3- أن يكونا يكفلان صغيراً لم يكمل الخامسة عشر، وهنا يتبين انهما يختلفان عن المشرع العراقي في هذا الجانب إذ أوجب أن لا يتجاوز الصغير الثانية عشر، والحقيقة ان منحى المشرعين المصري والفلسطيني كان أكثر موضوعية [25].

4- أن يكون للزوجين محل معلوم للإقامة.

5- أن لا يكون الزوجان مسجونين من قبل [26].

كما ان قانون الإجراءات الجنائية الليبي لسنة 1953 المعدل نص في المادة (447) منه على انه: "إذا كان محكوماً على الرجل وزوجته بالحبس لمدة لا تزيد على سنة ولو عن جرائم مختلفة ولم يكونا مسجونين من قبل، جاز تأجيل تنفيذ العقوبة على أحدهما حتى يفرج عن الآخر، وذلك إذا كانا يكفلان صغيراً لم يتجاوز ثماني عشرة سنة كاملة، وكان لهما محل إقامة معروف في ليبيا". ونصت المادة (448) منه على انه: "للنيابة العامة في الأحوال التي يجوز فيها تأجيل تنفيذ العقوبة على المحكوم عليه أن تطلب منه تقديم كفالة بأنه لا يفر من التنفيذ عند زوال سبب التأجيل، ويقدر مبلغ الكفالة في الأمر الصادر بالتأجيل. ولها أيضاً أن تشترط لتأجيل التنفيذ ما تراه من الاحتياطيات الكفيلة بمنع المحكوم عليه من الهرب". ونصت المادة (449) منه على انه: "لا يجوز في غير الأحوال المبينة في القانون إخلاء سبيل المسجون المحكوم عليه قبل أن يستوفي مدة العقوبة".

وقد ذهب المشرع الاماراتي المذهب ذاته عندما قرر في قانون الإجراءات الجزائية الصادر بالرقم (35) لسنة 1992 وفي نص المادة (298) منه على انه: "إذا كان محكوماً على الرجل وزوجته بعقوبة مقيدة للحرية جاز تأجيل تنفيذ العقوبة على أحدهما حتى يفرج عن الآخر وذلك إذا كانا يكفلان صغيراً لم يتم خمس عشرة سنة وكان لهما محل إقامة معروف في الدولة". كما قرر في المادة (299) منه على انه: "يكون تأجيل تنفيذ العقوبة المقيدة للحرية طبقاً للمواد السابقة بأمر من رئيس النيابة العامة سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب ذوي الشأن، وله أن يأمر باتخاذ ما يراه من الاحتياطات الكفيلة بمنع المحكوم عليه من الهرب. وفيما عدا الحالات الواردة في المواد السابقة لا يجوز تأجيل التنفيذ إلا بقرار من النائب العام، وذلك في الحالات التي تستوجبها أحكام الشريعة الإسلامية، ويبين بالقرار مدة التأجيل والاحتياطات الكفيلة بمنع المحكوم عليه من الهرب". ونصت المادة (301) منه على انه: "لا يجوز في غير الأحوال المبينة في القانون إخلاء سبيل المحبوس المحكوم عليه قبل أن يستوفي مدة العقوبة".

ويبدو واضحاً ان المشرع كان مدفوعاً بدافع إنساني في إجازته لإطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة في هذه الحالة، وتأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية وهو أمر جوازي وليس وجوبياً. ولأن السياسة الجنائية الحديثة هدفها ليس الانتقام من الجاني من خلال تنفيذ العقوبة بحقه، وانما إصلاحه وتأهيله، لذا نجد أن المشرع في القوانين الحديثة قد سلك مسلكاً حسناً من خلال هذه النصوص بأن هناك

([24]) أنظر: د. عثمان مروان عبد الجنابي، المصدر السابق، ص285.

([25]) المصدر نفسه، ص285.

([26]) لتفصيل أكثر، أنظر: د. رجب علي حسين، تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، الطبعة الأولى، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2011، ص235.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

دواعٍ إنسانية تجيز إطلاق السراح وتأجيل تنفيذ العقوبة في هذه الحالة، وذلك من أجل توفير الرعاية للصغير من قبل أحد والديه، كما ان التأجيل تم تعليقه على شروط، هي مدة الحكم بحيث ان لا تزيد هذه المدة على سنة، وأن لا يكونا مسجونين من قبل وأن يكفلا صغيراً، ولهما محل إقامة معين، وفي حالة تخلف أحد هذه الشروط فلا يتم تأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، وهنا أراد المشرع الموازنة ما بين ضرورة تنفيذ الحكم بحق المحكوم عليهما من جهة، ومحاولة تقليل آثار تنفيذ هذا الحكم عليهما خاصة عندما يكون لديهما صغير لم يتم اثنتي عشرة سنة من عمره على وفق القانون العراقي؛ وذلك من أجل عدم حرمانه من رعاية الأبوين، إلا أن هذه الموازنة يجب أن تكون ممكنة وأن لا يُساء استعمالها، لذلك اشترط فيها مجموعة شروط يجب أن تتوافر لكي يتم هذا التأجيل، إذ لا يتعارض هذا التأجيل مع مبدأ السرعة في تنفيذ العقوبة؛ لأنه لا يلغيها بل يؤجل تنفيذها لاعتبارات يراها المشرع جديرة بالاهتمام، إذ أن ابتعاد الصغير عن والديه له تأثير في شخصيته [27].

والغرض من إطلاق سراح أحد الزوجين المحكوم عليهما وتأجيل تنفيذ العقوبة بحقه حتى يخلى سبيل الآخر، هو غرض تربوي لكفالة الطفل وضمان الاستمرار على العناية به والحيلولة دون تشرده إذا ما نُفذت العقوبة على الزوجين معاً، وكذلك روعيت عوامل الرحمة ودواعي الرفق والإنسانية نحو الصغير لكي لا يُحرم من رعاية والديه معاً، ولا يبقى بلا عائل، كما أن التأجيل في هذه الحالة تأكيد لمعنى شخصية العقوبة حتى لا يتأثر الصغير بعقوبة غيره [28].

ويلاحظ على النصوص التي تعالج هذه الحالة أنها لم تشترط أن يكون الصغير الذي يتكفله الزوجان أبناً من صلبهما، وبهذا فيجوز تأجيل تنفيذ العقوبة وإن كان الصغير متبنياً أو في رعايتهم بأية صفة، ولكن لا يجوز التأجيل في حالة وقوع الطلاق بين الزوجين ولا في حالة وجود الطفل في كفالة شخص آخر عهدت إليه تربيته [29].

وهناك رأي يذهب إلى عدم جواز إطلاق السراح والتأجيل إذا كان بدئ بتنفيذ عقوبة أحدهما ثم حكم على الثاني؛ لأن من شروط التأجيل أن لا يكونا مسجونين من قبل وذلك تحاشياً من إخراج الشخص لمدة معينة ومن ثم إعادته إلى المؤسسة العقابية مرة أخرى [30]. والأخذ بهذا الرأي يفوت الغاية التي أراد المشرع تحقيقها من تشريعه لهذه الحالة، فضلاً عن ان شروط التأجيل إذا تحققت تصبح مسألة التأجيل وإطلاق السراح – كما نعتقد – متوافقة مع ما هو مقرر قانوناً بهذا الخصوص، كما ان العلة من التأجيل وإطلاق السراح تكون متوافرة ومتحققة.

الفرع الثالث

إطلاق سراح المحكوم عليه غيابياً بكفالة

تعد المصلحة المرتبطة بالدعوى الجزائية مصلحة تمس المجتمع بكامله، لذلك فان الحضور الشخصي للمتهم في المحاكم الجزائية يُشكل حقاً خالصاً للمجتمع ولا ينبغي للمتهم أن يتنازل عن هذا الحق إلا إذا انتفت مسوغاته [31]. ولذلك قررت المادة (145) من قانون الأصول الجزائية العراقي وجوب حضور المتهم في المحاكمات الوجاهية، ولا يغني عن ذلك الحضور أن يحضر وكيل المتهم.

وعليه، فان محاكمة المتهم الحاضر تجرى وجاهاً، أما إذا كان هارباً أو كان قد تغيب بغير عذر مشروع على الرغم من تبلغه، فتجرى محاكمته غياباً [32]. ونصت المادة (243) الأصولية على أن يتم تبليغ المحكوم عليه غيابياً بالحكم الذي صدر بحقه وفق المادة

([27]) حسن خنجر عجيل التميمي، السياسة الجنائية في تنفيذ العقوبة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، 2017، ص108.

([28]) أنظر: د. رجب علي حسين، المصدر السابق، ص236.

([29]) أنظر: المصدر نفسه، ص236-237.

([30]) ذكر هذا الرأي: المصدر نفسه، ص237.

([31]) د. علي حمزة عسل ومحمد سامي مظلوم، أثر غياب المتهم في مرحلة المحاكمة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 3، 2017، ص113.

([32]) الفقرة (أ) من المادة (147) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

(143) الأصولية، أي يُنشر الحكم بصحيفتين محليتين ويُفضل أن يكون النشر بالصحف اليومية العامة وليس الصحف الخاصة بأمور معينة كالرياضة والتجارة أو الفن، فإذا انقضى ثلاثون يوماً على تبليغ المتهم المحكوم عليه غيابياً بالحكم الصادر في جريمة من نوع مخالفة، وثلاثة أشهر في جريمة من نوع جنحة، وستة أشهر في جريمة من نوع جناية ولم يقدم المتهم نفسه إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو إلى أي مركز للشرطة أو لم يعترض عليه خلال المدة المذكورة، فان الحكم الغيابي يصبح بمنزلة الحكم الوجاهي أي يصبح قابلاً للتمييز وقابلاً لتصحيح القرار التمييزي، وعند اكتسابه درجة البتات يكون قابلاً للطعن فيه عن طريق إعادة المحاكمة، باستثناء الأحكام الصادرة بعقوبة الإعدام أو السجن المؤبد أو المؤقت فتجري محاكمة المتهم – المحكوم عليه غيابياً – مجدداً، وذلك تطبيقاً للمادة (247) الأصولية ويصدر قرار جديد بحقه بالإدانة والعقوبة. أما إذا كان الاعتراض واقع ضمن المدة القانونية، فانه لا يجوز فرض عقوبة أشد من السابق تطبيقاً لقاعدة لا يُضار الطاعن بطعنه [33]. وبحسب أحكام المادة (244) الأصولية [34] فأن المحكوم عليه غيابياً المعترض إذا قدم اعتراضه، فللمحكمة أن تقرر توقيفه أو إطلاق سراحه بكفالة إذا كانت الجريمة مما يجوز إطلاق السراح فيها بكفالة، ويخلى سبيله ما لم تكن الجريمة المحكوم عنها لا يجوز معها أن يتم إطلاق السراح فيها بكفالة [35].

وبناءً على ما تقدم، فان المحكوم عليه غيابياً إذا قدم نفسه أو ألقي القبض عليه وقدم اعتراضه على الحكم الغيابي الصادر بحقه خلال المدة القانونية المقررة في المادة (243) الأصولية والمشار إليها سلفاً، ففي هذه الحالة إما أن تقرر المحكمة توقيفه وتعيين موعداً ليتم النظر في اعتراضه على أن يبلغ به مع ذوي العلاقة وفق الأصول، ويحسب للمحكوم عليه تلك المدة التي يمضيها في التوقيف من مدة الحكم، أو تقرر المحكمة إطلاق سراح المتهم المحكوم عليه غيابياً بكفالة مناسبة تقدرها إلى نتيجة المحاكمة، وذلك في حالة كون الجريمة من الجرائم التي يجوز إطلاق السراح فيها بكفالة [36].

الخاتمة:

لقد أنهينا البحث في موضوع "إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة"، وتوصلنا إلى جملة من الاستنتاجات وبعض التوصيات نوردها تباعاً:

أولاً: الاستنتاجات

1. أن القانون قد أجاز – استثناءً – إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة، وذلك في حالات ثلاث هي: الحالة الأولى، كفالة المحكوم عليه في جرائم المخالفة، على وفق ما تقرره المادة (282) الأصولية. والحالة الثانية، كفالة المحكوم عليه مع زوجه، على وفق ما تقرره المادة (296) الأصولية. أما الحالة الثالثة، فتتمثل بكفالة المحكوم عليه غيابياً، بالشكل الذي قررته المادة (244) الأصولية.
2. ان الأحكام الخاصة بإطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة قد أقرها المشرع لاعتبارات إنسانية تتعلق بشخص المحكوم عليه، أو بشخص آخر يرعاه المحكوم عليه ويتأثر بالحكم الصادر من جهة، ومن جهة أخرى فان هذه الأحكام تعمل على صيانة مبدأ الأصل في الإنسان البراءة.

([33]) لمزيد من التفصيل حول قاعدة لا يُضار الطاعن بطعنه، أنظر: بحثنا الموسوم: قاعدة "لا يُضار الطاعن بطعنه" "دراسة مقارنة في التشريعات الجزائية الإجرائية"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، 2022، المجلد 11، العدد 42، الجزء الثاني، ص474-480.

([34]) تنص المادة (244) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على انه: (آ– إذا قدم المحكوم عليه نفسه أو ألقى القبض عليه وتمت إجراءات اعتراضه خلال المدة المبينة في المادة (143) تقرر المحكمة توقيفه وتعين موعداً للنظر في اعتراضه يبلغ به مع ذوي العلاقة وفق الأصول، ولها أن تقرر إطلاق سراحه بكفالة إلى نتيجة المحاكمة إلا إذا كانت الجريمة المحكوم عنها لا يجوز إطلاق السراح فيها بكفالة. ب– تحسب للمحكوم عليه المدة التي يمضيها في التوقيف. ج– إذا كان الحكم صادراً بالغرامة ودفعها المحكوم عليه إلى المحكمة أو إلى مركز الشرطة فيخلى سبيله ويتبع في تقديم اعتراضه الأحكام السالفة الذكر).

([35]) أنظر: جمال محمد مصطفى، المصدر السابق، ص201.

([36]) عبد السلام موعد الأعرجي، المصدر السابق، ص383. وأنظر أيضاً: د. وعدي سليمان المزوري، المصدر السابق، ص308.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

3. ان المقصود بـ "إطلاق سراح المحكوم عليه" هو أنه: إخلاء سبيل المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية صادرة بحقه بحكم قضائي، قبل أو أثناء تنفيذها، وذلك استثناءً من القواعد العامة لتنفيذ العقوبة، مقابل كفالة لضمان حضوره.
4. ان إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة استثناء فرضته ضرورة، وهذه الضرورة إما أن تتمثل بالشروع باتخاذ الإجراءات الأصولية لمحاكمة المحكوم عليه، وهذا لا يتصور إلا إذا كان الحكم قد صدر غيابياً ضد المحكوم عليه، أو أن تتمثل هذه الضرورة باعتبارات إنسانية تقتضي الحفاظ على طفل حُكم على والديه بالحبس مدة لا تزيد على سنة، أو أن تتمثل بتفاهة الجريمة وبساطة عقوبة الحبس المقررة لها، وبالتالي فيجب ألا تنفذ هذه العقوبة بحق المحكوم عليه إلا بعد اكتساب الحكم درجة البتات، كي لا يستغرق تنفيذ هذه العقوبة مدة الطعن ومن ثم يأتي قرار الإدانة منقوضاً من المحكمة الأعلى درجة.
5. هناك فرق واضح بين إطلاق سراح المحكوم عليه وبين إطلاق سراح المتهم، إذ أن الأخير هو إجراء جزائي يُتخذ في مراحل الدعوى الجزائية حيث يكون المتهم بريء حتى تثبت إدانته، أما إطلاق سراح المحكوم عليه فهو ذو طبيعة خاصة واستثناء يرد على الحكم الصادر بإدانة المحكوم عليه، فلا مجال في هذه الحالة لتطبيق قاعدة ان المتهم بريء حتى تثبت إدانته.
6. ان القاعدة هي "عدم جواز إخلاء سبيل المحكوم عليه قبل أن يستوفى المدة المحكوم بها"، إلا أن القانون أجاز الخروج على هذه القاعدة إذا وجد نص في القانون يقرر ذلك.
7. أن حالات إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة يتم تكييفها على أنها إجراء استثنائي يُعد خروجاً على القواعد التي تحكم التنفيذ العقابي ومنها قاعدة التنفيذ المباشر للأحكام الجزائية، وهذا الخروج يُعد محموداً كونه من جهة يراعي الجوانب الإنسانية للمحكومين أو الأشخاص الآخرين الذي يؤثر فيهم الحكم.
8. وضع المشرع في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي استثناء على قاعدة التنفيذ الفوري للعقوبة يتمثل بعقوبة الحبس الصادرة في المخالفات، فقد استثناها من أحكام التنفيذ الفوري للعقوبة، فلا تنفذ إلا بعد اكتساب القرار درجة البتات، وهنا أوجب القانون على المحكوم عليه أن يُقدم كفيلاً ضامناً بالحضور لتنفيذ الحبس بعد اكتساب القرار درجة البتات، فإن لم يتمكن المحكوم عليه من تقديم كفيلاً ضامناً بذلك نفذت عليه العقوبة فوراً.
9. ان تبرير المنع القانوني الوارد على تنفيذ الحبس الصادر في جرائم المخالفات إلا بعد تصديق الحكم تمييزاً، هو لكي لا تنقضي مدة الحكم ما بين إرسال الأوراق وصدور القرار التمييزي. كما ان الحكمة من التأجيل هي طبيعة تلك الجرائم التي تمتاز ببساطة عقوبتها وهي في الغالب لا تدل على خطورة إجرامية لدى مرتكبها.
10. وضع المشرع العراقي قواعد خاصة للحكم على الرجل وزوجته في آن واحد بعقوبة سالبة للحرية سواء عن نفس الجريمة أو عن جرائم مختلفة، فأجاز القانون تأجيل تنفيذ تلك العقوبة بحق أحدهما حتى يخلى سبيل الأخر بشرط أن تكون العقوبة المفروضة عليهما سالبة للحرية، وأن لا تزيد مدتها على سنة ولو عن جرائم مختلفة، وإن لم يسبق أن كانا مسجونين من قبل كلاهما أو أحدهما، وأن يكفلا صغيراً لم يتم (12) الثانية عشر من العمر وإن لم يكن أبناً من صلبهما، وذلك لعدم تركه وحيداً، فذلك يؤثر في شخصيته ويجعله عرضة للتشرد، وان يكون للزوجين محل إقامة معين لاحتمال هروبهما.
11. لا يجوز إطلاق سراح أحد الزوجين المحكوم عليهما – وفقاً للشروط المتقدم بيانها – في حالة وقوع الطلاق بين الزوجين، أو في حالة وجود الطفل في كفالة شخص آخر عهدت إليه تربيته.
12. لا نذهب إلى القول بعدم جواز إطلاق سراح أحد الزوجين إذا كان بدئ بتنفيذ عقوبة أحدهما ثم حكم على الثاني؛ بحجة أن التأجيل في هذه الحالة يشترط أن لا يكونا مسجونين من قبل، وتحاشياً من إخراج الشخص لمدة معينة ومن ثم إعادته إلى المؤسسة العقابية مرة أخرى. فهذا الرأي يفوت الغاية التي أراد المشرع تحقيقها من تشريعه لهذه الحالة.
13. أن المحكوم عليه غيابياً إذا قدم اعتراضه، فللمحكمة أن تقرر توقيفه أو إطلاق سراحه بكفالة إذا كانت الجريمة مما يجوز إطلاق السراح فيها بكفالة ويخلى سبيله إلا إذا كانت الجريمة التي حُكم عليه من أجلها لا يجوز معها إطلاق السراح بكفالة.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثانياً: التوصيات

1. ندعو قضائنا الموقر إلى العمل على تفعيل الأحكام الخاصة بإطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة بحسب الحالات المقررة قانوناً، وذلك لتحقيق الغاية التي قصدها المشرع من وراء تقريره لهذه الحالات.
2. نقترح على المشرع العراقي أن يرفع سن الطفل الذي يكفلانه الزوجان المحكوم عليهما لأجل إطلاق سراح أحدهما حتى يكمل الآخر محكوميته، للتفرغ لرعاية الصغير، بأن يكون سن الطفل (15) خمسة عشر سنة، فالطفل حتى يصل إلى هذه السن يكون بحاجة إلى الرعاية والاهتمام، وهو اتجاه سلكته بعض التشريعات المقارنة.
3. ندعو قضائنا الموقر إلى التقليل من حالات التوقيف، خصوصاً بالنسبة للمحكوم عليه غيابياً إذا قدم اعتراضه، فقد أجاز القانون للمحكمة أن تقرر توقيفه أو أن تقرر إطلاق سراحه بكفالة إذا كانت الجريمة مما يجوز إطلاق السراح فيها بكفالة ويخلى سبيله إلا إذا كانت الجريمة المحكوم عنها لا يحوز معها إطلاق السراح فيها بكفالة، وهذه سلطة تقديرية جديرة بأن يجعل منها القضاء محط تركيزه وتمحيصه واهتمامه قبل إصدار قراره بالتوقيف أو إطلاق السراح.

المصادر:

1. أحمد جابر صالح، قاعدة "لا يُضار الطاعن بطعنه" "دراسة مقارنة في التشريعات الجزائية الإجرائية"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، 2022، المجلد 11، العدد 42، الجزء الثاني.
2. جمال محمد مصطفى، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة الزمان، بغداد، 2005.
3. حسن خنجر عجيل التميمي، السياسة الجنائية في تنفيذ العقوبة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بابل، 2017.
4. رجب علي حسين، تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، الطبعة الأولى، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2011.
5. سلمان عبيد عبد الله الزبيدي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، 2015، ص39-40. عبد السلام موعد الأعرجي، المصدر السابق.
6. عبد السلام موعد الأعرجي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، الطبعة الأولى، مطبعة الكتاب، نشر وتوزيع المكتبة القانونية، بغداد، 2020.
7. عثمان مروان عبد الجنابي، تأجيل تنفيذ الحكم الجزائي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة: 5، المجلد: 5، العدد: 4، الجزء: 2، 2021.
8. علي حمزة عسل ومحمد سامي مظلوم، أثر غياب المتهم في مرحلة المحاكمة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 9، العدد 3، 2017.
9. فخري عبد الرزاق الحديثي، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار السنهوري، بغداد، بيروت، 2015.
10. فرهنك ره ش ياسين، المتهم وضمانات عدم المساس بحريته الشخصية في مرحلة التحقيق الابتدائي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأدنى، معهد الدراسات العليا، كلية الحقوق، قسم القانون العام، نيقوسيا، 2021.
11. منصور السعيد إسماعيل ساطور، التنفيذ المؤقت في المجال الجنائي، دار المنار للنشر والتوزيع، القاهرة، 1994.
12. وعدي سليمان المزوري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، الطبعة الثانية، منشورات مكتبة تبايى، أربيل ومكتبة كازي، دهوك، 2015.
13. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971 المعدل.
-11

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المعاملات الربوية في القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة في الفقه الأمامي)

م.د. حسن ضعيف حمود المعموري

كلية القانون - جامعة بابل

مقدمة

اولت الشريعة المقدسة اهتماما بالغا بتحقيق سلامة المعاملات من الربا ، لذلك حاول المشرع الحد من الربا بما قرره من حد اعلى للفوائد القانونية والاتفاقية ، الا هذه المحاولات لم تحد من الربا الا القليل بسبب وجود منافذ اخرى للربا لم يلتفت اليها المشرع ، فالمشكلة التي تنطلق منها هذه الدراسة تتمثل في عدم التفات المشرع الى الربا الذي يمكن ان يحصل في بيوع المقايضات وذلك عندما يكون البدلين متحدي الجنس ومن المكيل والموزون ،لذلك فقد جاءت الدراسة لتسلط الضوء على منافذ الربا في القانون المدني العراقي وتبين القواعد التي وضعت في الفقه الاسلامي بخصوص مسألة اتحاد الجنس والتي تُعتمد في تقرير تحقق الربا من عدمه ، فالدراسة محل البحث تركز على الربا المعاملاتي الذي يحصل في نطاق البيوع وذلك بعرض ابرز حالات تحققه وفق احكام الفقه الامامي المعاصر ومقارنتها بأحكام القانون المدني العراقي للتوقف على مدى تحقق الربا في نطاق القانون المذكور ، وذلك من خلال تحليل نصوصه التي تتعلق بموضوع البحث ، وتقتضي هذه الدراسة تقسيم البحث الى مبحثين نبين في الأول الربا في البيع بمقابل النقد والذي يشمل البيع المطلق وبيع الصرف ، ونخصص الثاني لبيان الربا في المقايضات .

المبحث الاول: الربا في البيع في مقابل النقد (البيع المطلق وبيع الصرف)

يشمل البيع في مقابل النقد ، البيع المطلق الذي يقوم على مبادلة العين بالنقد ، وبيع الصرف الذي يتبادل فيه الطرفان نقدا بنقد ، واذا كان الاصل في البيع ان يكون نقدا بأن تجري مبادلة المبيع والثمن في وقت واحد ، فإن المشرع اجاز في البيع المطلق ان يكون بثمن حال (نقدا) او مؤجل (نسيئة) ، كما ان الظاهر من النصوص انها اجازت في البيع المطلق ان يكون بثمن معجل (سلفا) ، ولا كذلك في بيع الصرف فإن المشرع قد اوجب فيه تسليم المبيع والثمن في وقت واحد ، بناء على ذلك سوف نقسم هذه المبحث الى مطلبين نتناول في الأول الربا في بيع النقد والنسيئة ، ونتكلم في الثاني عن الربا في بيع السلف .

المطلب الاول : الربا في بيع النسيئة

اجاز المشرع في البيع المطلق البيع بثمن حال او مؤجل وذلك في المادة (575) ، فيجوز في البيع المطلق ان يكون البيع نقدا او نسيئة ، اما في بيع الصرف فقد اوجب المشرع تسليم المبيع والثمن في وقت واحد ، وكذلك في المقايضة على ما سيأتي تفصيله ، والملاحظ ان المشرع اذ اجاز بيع النقد بالنقد جعل ذلك مطلقا بحيث يشمل بيع العملة العراقية بالعراقية ، او العراقية بالاجنبية ، او الاجنبية بالاجنبية ،كما يشمل البيع مع الزيادة في احد الطرفين او بدونها وبذلك يمكن ان نتصور بيع مائة الف دينار بمائة وعشرون الف دينار وان كانت المسألة غير ذات جدوى واقعا ولكنها لو حصلت لأصبحت المعاملة ربوية .

على ان المشرع فيما قرره في بيع النقد بالنقد من وجوب تسليم المبيع والثمن معا قد تخلص من بعض صور الربا ، من ذلك مثلا صورة بيع النقدين المتحدين الجنس نسيئة كبيع مائة دولار بمائة دولار الى شهر ، فإن هذه المعاملة ربوية من جهة اشتمالها على زيادة حكمية في احد العوضين وهي الاجل ، ومنها ايضا بيع المشترى سلفا الى بائعه بعد حلول الاجل وجعل الثمن من جنس المبيع مع الزيادة كما لو اشترى مائة الف سلفا [1]، ثم بعد حلول اجل المائة الف المؤجلة يبيعها الى بائعها بمائة وعشرون الف نسيئة ، او يشتري الف دولار مؤجلة الى سنة أي سلفا بألف دولار حالا ثم يبيعها الى بائعها مرابحة بعد حلول الاجل .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وقد يقال ان الحالات المذكورة لا تُعد بيعا بل هي اقرب الى القرض ، الا انه يجب ان يُلاحظ ان القرض من عقود المدة التي لا يمكن تنفيذها دفعة واحدة بوقت واحد ويعد ذلك من مقومات العقد كقرض والا خرج عن مفهومه هذا، لأنه تمليك مال لآخر بالضمان في الذمة ولا كذلك في عقد البيع فإنه لا يتقوم بالمدة بل الأصل فيه مبادلة المبيع والثمن في وقت واحد ، فضلا عما يفترقان فيه من جهة الصيغة والنية ، فإن القرض ينشأ بصيغة تفيد التمليك وتتضمن حتما قصد ان يكون هذا التمليك في مقابل الضمان في الذمة بالمثل او في القيمة ، اما البيع فهو وان كان ينشأ بصيغة تفيد التمليك ايضا ، ولكنه لا يتقوم بكون ضمان الثمن او المثمن في الذمة وان حصل الاتفاق على ذلك ، والقرض خلاف البيع يُعتبر فيه القبض ، فلا يمتلك المستقرض المال المقترض الا بالقبض .

وقد يقترب القرض من البيع الى درجة قد لا يفترق فيها عنه الا بالصيغة والنية ، كما هو الحال في بيع النقد بالنقد الذي اجازه المشرع العراقي في المادة 507 التي عرفت البيع ، وذلك في الاحوال التي لا يكون فيها تسليم المبيع والثمن في وقت واحد بأن يكون البيع نسيئة او سلفا ، وحينئذ فإن المعول عليه في تحديد طبيعة العقد نية المتعاقدين منضمة الى الصيغة اذا تطابقت الارادة الظاهرة مع الباطنة او النية فقط اذا كشفت القرائن عن عدم تطابقهما كما لو اراد البيع فسبق لسانه الى لفظ القرض .

اما بيع النسيئة فيُقصد به البيع بثمن مؤجل وهو ما اجازه المشرع في المادة 574 التي نصت على انه " يجوز البيع بثمن حال او مؤجل " فالبيع من غير اشتراط تأجيل الثمن يجعل من الثمن حالا ويمكن للبائع المطالبة به بعد انتهاء العقد بل يجب عليه اخذه اذا دفعه اليه المشتري وليس له ان يمتنع من اخذه ، وينعكس الحال في البيع باشتراط تأجيل الثمن ، حيث يكون فيه الثمن نسيئة لا يجب على المشتري دفعه قبل الأجل حتى ولو طالب به البائع ، واذا بادر المشتري لدفعه قبل حلول الاجل وجب على البائع اخذه الا اذا كان للبائع حقا في التأجيل ايضا[2]. .

ويجب في الاجل ان يكون معينا بأن لا يكون مرددا بين الزيادة والنقصان ، ولو كانت معرفة الاجل محتاجة الى حساب فالظاهر عند الامامية البطلان ، ولا يصح يبيع الشيء بثمن نقدا ، وبأكثر منه مؤجلا ، كما لا يجوز زيادة الثمن المؤجل لغرض زيادة الاجل ولكن يجوز انقاص الثمن المؤجل في مقابل تعجيله في غير المكيل والموزون ، اما فيهما فلا يجوز أن يُعجل المؤجل بنقصان منه [3].

ويجوز بيع الثمن المؤجل بأقل منه حالا ، ويقتصر هذا الجواز على غير ما يكال ويوزن ، اما فيهما فلا يجوز[4]، كما ان الدائن في الدين المؤجل ليس له زيادة الاجل في مقابل التزام المدين بوفاء بعض الدين قبل حلول اجله [5].

ويجوز شراء الشي المُشترى نسيئة ولو قبل حلول الاجل ، بجنس الثمن او بغيره ، مرابحة او تولية او وضيعة ، وسواء أكان البيع الثاني حالا او مؤجلا ، على ان ذلك يختص بصورة عدم اشتراط البائع على المشتري في البيع الأول ان يبيعه عليه بعد شراءه بثمن أقل من الثمن الذي اشتراه به ، وعدم اشتراط المشتري على البائع في البيع الأول ان يشتريه منه بثمن أكثر من الثمن الذي اشتراه به ، والا فمع هذه الاشتراطات فالبيع محكوم بالبطلان[6] .

بناء على هذه الاحكام التي يقررها الفقه الامامي يتحقق الربا في بيع النسيئة في صور متعددة لعل من ابرزها الصور الآتية :

اولا – ان يبيع البائع بضاعته (عينا كانت ام نقدا) بثمن نقدا ، وبأكثر منه مؤجلا بإيجاب واحد ، كأن يقول بعتك البضاعة بمائة نقدا وبمائة وعشرين الى شهر، فإن الزيادة هنا في مقابل الاجل فتكون المعاملة باطلة حسب المشهور في الفقه الامامي .

وبمقارنة الصورة المتقدمة بأحكام القانون المدني العراقي نجد انه لا يوجد نص في القانون يمنعها ، فإن الثمن فيها وان كان مرددا بين امرين الا ان ذلك لا ينافي كونه معينا ، فإذا قبل المشتري احد الامرين فأن لم يعد هذا القبول قبولا لإيجاب البائع فلا اقل من ان يعد ايجاب جديد بالثمن الذي قبله ، وحينئذ يعد تسليم المبيع للمشتري قبولا يتم البيع به .

ثانيا – ان يبيع البائع بضاعته بثمن مؤجل ثم يتفق مع المشتري بعد ذلك بأن يزيد في الاجل بمقابل الزيادة في الثمن ، ولا مانع من هذه الصورة في القانون المدني العراقي فالظاهر انه اجاز الاتفاق على زيادة محل الالتزام في مقابل الاجل سواء أكان هذا الاتفاق في صورة شرط يدرج في العقد ، أم بصورة اتفاق لاحق يقع وقت حلول اجل الوفاء ، او قبله ، ذلك انه اجاز الاتفاق على فوائد عن

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التأخير لا تتجاوز 7 بالمائة دون ان يحدد طريقة معينة او وقت محدد لهذا الاتفاق[7]. كما انه اجاز للبائع الاتفاق مع المشتري على فوائد عن الثمن المستحق الاداء ولم يحدد ايضًا لهذا الاتفاق وقتًا او طريقة معينة [8].

الا انه اكثر ما يدل على جواز زيادة الثمن بزيادة الاجل في القانون المدني العراقي هو نص المادة (529) من القانون المدني العراقي التي اجازت للمشتري زيادة الثمن مطلقا لا فرق في ذلك بين ان تكون الزيادة في مقابل زيادة الاجل ام بدونها .
ثالثا – ان يبيع البائع البضاعة بثمن مؤجل ، ثم يتفق مع المشتري على زيادة الاجل في مقابل دفع بعض الثمن قبل حلول الاجل ، فأن زيادة الاجل هنا في مقابل زيادة حكمية في الثمن تتمثل في سقوط الاجل بالنسبة لبعضه ، ولا يوجد نص في القانون المدني العراقي يمنع من هذه الحالة فتجري على الاصل في جواز الوفاء المعجل ، فإن المشرع اجاز للمدين الوفاء قبل حلول الاجل ولم يقيد ذلك الا بكون الاجل مضروبا للمدين ، فيبقى ما عدا ذلك جاريا على اطلاقه ، ونتيجة ذلك انه يجوز الوفاء ببعضه بمقابل زيادة الاجل بالنسبة للبعض الآخر اذا وافق الدائن على ذلك .

رابعا – ان يشترط البائع على المشتري في بيع النسيئة بأن يبيعه البضاعة بعد شرائها منه بثمن اقل من الثمن الذي باع فيه ، او يشترط فيه المشتري على البائع بأن يشتريه منه بثمن أقل من الثمن الذي اشترى فيه .

وبمقارنة هذه الصورة مع احكام القانون المدني العراقي نجد ان المشرع اجاز اقتران العقد بشرط نفع لأحد العاقدين اذا لم يكن الشرط ممنوع قانونا او مخالفا للنظام العام او للآداب[9] ، ولا نجد في القانون العراقي نصا يمنع امثال الاشتراطات المذكورة ، كما لا تُعد هذه الاشتراطات مخالفة للنظام العام او الآداب من وجهة نظر المشرع لأنه اجار الفوائد الربوية صراحة ، فلا تُعد هذه الاشتراطات مخالفة للنظام العام والآداب من جهة اشتمالها على الربا ، فالظاهر ان الصورة المذكورة جائزة في القانون المدني العراقي.

المطلب الثاني : الربا في بيع السلف

و يقال له السلم أيضاً، و عُرف بأنه "ابتياع كلي مؤجل بثمن حال عكس النسيئة ويقال للمشتري المسلم (بكسر اللام) وللبائع المسلم اليه وللثمن المسلم وللمبيع المسلم فيه (بفتح اللام) في الجميع"[10]. يصح فيه أي (في بيع السلف) ان يصدر الإيجاب من البائع أو من المشتري و صدور القبول من الآخر ، مثلًا ان يقول البائع بعتك طناً من الحنطة بصفة كذا إلى أجل كذا بثمن كذا فيقول المشتري قبلت أو اشتريت، او يقول المشتري مثلا أسلمت إليك أو أسلفتك مائة دينار مثلًا في طن من الحنطة بصفة كذا إلى أجل كذا فيقول المسلّم إليه و هو البائع قبلت[11].

ويجوز بيع غير الذهب والفضة سلفا بأن يكون المبيع والثمن من غيرهما ، ويجوز ان يكون احدهما من الذهب او الفضة والآخر من غيرهما ، ولكن لا يجوز ان يكون كل من المبيع والثمن من الذهب والفضة ، ولا ان يكون احدهما من الذهب والآخر من الفضة [12].

ويشترط في بيع السلف أمور:
الاول: تعيين المبيع بنحو يكون مضبوط الاوصاف التي تختلف القيمة باختلافها فلا يصح فيما لا يمكن ضبط أوصافه ولا ترتفع الجهالة فيه إلا بالمشاهدة [13].

الثاني: ان يقبض البائع الثمن قبل التفرق ، ويلحق بالقبض ما اذا كان الثمن دينا حالا في ذمة البائع [14] .

الخامس: تعيين اجل مضبوط للمبيع المسلم فيه ، ولا يُشترط ان يكون الاجل قليلا ، بل يجوز ان يكون كثيرا كعشرين سنة مثلا [15].

السادس : ان يتعين مكان تسليم المسلم فيه إن لم يكن معينا عندهما أي (عند البائع والمشتري)[16]

السابع : ان يكون البائع متمكنا بسبب او بآخر من اداء ما تعهد بدفعه في الزمان والمكان المتفق عليهما[17] .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

السابع : ان لا يلزم منه الربا ، كما اذا كان المبيع سلفا مكيلا او موزونا فإنه لا يجوز ان يكون ثمنه من جنسه بل ولا من غير جنسه من المكيل والموزون ، وكذلك اذا كان المبيع من المعدود وجُعل ثمنه من جنسه بزيادة عينية [18].

فإذا اشترى شخص شيئا سلفا وفق الشروط المتقدمة ، جاز له بيعه بالشروط الآتية:

1. ان يبيعه نقدا اذا كان البيع لبائع الشيء نفسه قبل حلول الأجل ، اما بعد حلول الاجل فيجوز البيع له أي (للبائع) نقدا او نسيئة، بجنس آخر بل بجنس الثمن مع عدم الزيادة ما لم يستلزم من البيع الربا[19] .
2. ان يكون البيع بعد حلول الاجل اذا كان لغير البائع ، ولا فرق في ذلك بين البيع بجنس الثمن او بغيره ، مرابحة او وضيعة اوتولية ما لم يستلزم الربا [20].
3. ان لا يكون المبيع من المكيل والموزون ما عدا الثمار، اذا كان البيع لغير البائع قبل القبض مرابحة[21].

ويلاحظ ان المشرع العراقي لم يمنع بيع السلف فلا يوجد في القانون المدني العراقي ما يمنع الاتفاق بين البائع والمشتري على تعجيل الثمن وتأجيل المبيع بل على العكس يُلاحظ ان المشرع جعل زمان تسلم المبيع تابعا لما تم الاتفاق عليه في العقد[22]، وقد ينصرف الاتفاق الى جعل تسليم المبيع مستحقا في وقت لاحق عن تسليم الثمن.

وبناء على ما تقدم يشكل صحة المعاملة في بيع السلف في صور متعددة لعل ابرزها ما يأتي :

ان يبيع نسيئة ما اشتره سلفا الى غير بائعه قبل حلول اجل تسليم المبيع . كما لو باعه شيئا بثمن واتفقا على تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ، ثم قبل حلول اجل تسليم المبيع يبيع المشتري الشي الذي اشتراه الى شخص آخر غير البائع الذي باعه ، مثال ذلك ان يشتري شيء مؤجل بمبلغ معجل، ثم يقوم المشتري ببيع الشيء المؤجل قبل حلول اجله الى شخص آخر غير البائع ، فإن القانون المدني العراقي اجاز للمشتري التصرف في المبيع ولو قبل القبض[23] ،والجواز هنا مطلق غير مقيد بصورة معينة فيشمل التصرف بالمبيع للبائع ولغيره وسواء أكان البيع نقدا ام سلفا ام نسيئة .

ان يبيع المكيل او الموزون الذي اشتراه ولم يقبضه قبل قبضه بثمن اعلى من الثمن الذي اشتراه فيه ولا يوجد في القانون المدني العراقي ما يمنع هذه الحالة فقد اجاز القانون البيع مرابحة ، ولم يشترط لذلك الا ان يكون الثمن الاول معلوما تحرزا عن الخيانة والتهمة ، [24] فلم يشترط في المكيل والموزون لغرض بيعه مرابحة ان يكون مقبوضا .

المبحث الثاني : الربا في المقايضات

يعد عقد البيع المجال الطبيعي لتحقق الربا المعاملاتي في الفقه الاسلامي ، ويقع البيع في القانون العراقي على ثلاث صور وهي البيع المطلق وبيع الصرف وبيع المقايضة ، وقد تكلمنا في المبحث السابق عن كل من البيع المطلق وبيع الصرف ، لذلك نخصص الكلام في هذا المبحث عن الربا الحاصل في بيوع المقايضات ، لذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في الأول مفهوم الربا في المقايضة ، ونبين في الثاني مدى تحقق الربا في المقايضة في القانون المدني العراقي .

المطلب الاول : مفهوم الربا في المقايضة

المقايضة لما كانت في القانون العراقي هي بيع العين بالعين بحيث يعد كل من المتقايضين بائعا للشيء الذي قايض به ومشتريا للشيء الذي قايض عليه ، فقد يحصل بها الربا المتمثل ببيع احد المثلين بالآخر مع زيادة عينية او حكمية في أحدهما.

وقد اشترط الفقهاء لتحقّق الربا في البيع أمرين:

الاول : الاتحاد في الجنس والذات وان كانت الصفات مختلفة [25].

وقد وضع الفقه الامامي لمسألة اتحاد الجنس ضوابط دقيقة يمكن اجمالها فيما يأتي

تعد الالبان والدهون واللحوم من اجناس مختلفة اذا اختلف الحيوان المنتج لها ، فلحم الغنم جنس ولحم البقر جنس آخر ، ولبن الغنم جنس ولبن البقر جنس آخر[26].

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

التمر جنس واحد بمختلف انواعه ، والحبوب اجناس مختلفة فالرز والحنطة والذرة والماش والعدس وغيرها كل واحد منها جنس ، وكذلك الفلزات كالذهب والفضة والرصاص والصفر والحديد وغيرها كل واحد منها جنس[27] .

الابل العراب والبخاتي جنس واحد ، والبقر والجاموس جنس واحد ، والضأن والمعز جنس واحد ، وبالنسبة للطيور فكل ما يختص باسم منه فهو جنس واحد في مقابل غيره ، وكذلك كل ما يختص باسم من الحمام فهو جنس في مقابل غيره[28] ، اما السمك فجنس واحد على قول واجناس على قول آخر والأقوى انه جنس واحد ، والاهلي من الحيوان مخالف للوحشي منه [29].

كل اصل وما يتفرع عنه وكذلك الفروع بعضها مع بعض جنس واحد ، فالحنطة اصل للدقيق والخبز فكلها جنس واحد ، والحليب اصل للبن والزبد والسمن والجبن فكلها جنس واحد ايضا ، وكذلك التمر والدبس ، والبسر والرطب[30] ، على ان هذه القاعدة في بعض مواردها كاتحاد الحليب والزبد والسمسم ودهنه ونظائر ذلك محل اشكال عند بعض الفقهاء[31] .

الثاني : كون المبيع والثمن من المكيل او الموزون [32].

واذا كان الشيء مكيلا او موزونا ولكن فرعه من غيرهما لا يتحقق الربا ببيع الفرع مع اصله بالتفاضل أي (مع الزيادة في احدهما) فالصوف مثلا من الموزون ولكن الثياب المنسوجة منه ليس من الموزون فيجوز البيع فيما بينهما بالتفاضل ، وكذلك الحال بالنسبة للكتان والقطن والثياب المنسوجة منهما[33] . ولو كان الشي مكيلا وموزونا في حال وليس كذلك في حال اخرى ، فيجوز في الحالة الثانية بيعه بمثله مع التفاضل ولا يجوز في الحالة الاولى .واذا كان للشيء حالتان رطوبة وجفاف كالرطب يصير تمرا فلا يجوز بيع الرطب منه بالجاف متفاضلا. ولو اختلف حال الشي باختلاف البلدان بحيث يباع في بلد بالكيل او الوزن وفي بلد آخر يباع جزافا ، فكل بلد حكمه[34] .

فإذا تحقق الربا في المعاملة بناء على توفر الشرطين المذكورين كانت المعاملة باطلة مطلقا ، سواء بالنسبة للعالم والجاهل وسواء أكان الجهل بالحكم ام بالموضوع ، ويجب على كل من المتعاملين رد ما اخذه الى مالكه[35] .

المطلب الثاني : مدى تحقق الربا في المقايضة في القانون المدني العراقي

بعد ان عرف المشرع المقايضة في المادة 507 وبين احكام البيع في المواد اللاحقة بشكل يشمل البيع بانواعه الثلاثة (المطلق والمقايضة والصرف) خصص للمقايضة اربع مواد بين فيها بعض الأحكام الخاصة بالمقايضة ويتضح من مجمل تلك الاحكام – العامة والخاصة – ان المشرع العراقي اجاز بيع العين بالعين بشكل مطلق اتحد جنسهما ام اختلف ، وبالزيادة في احدهما ام بدونها ، لذلك فإن المشرع العراقي لم يضع قواعد خاصة بمسألة اتحاد الجنس خلافا لما لاحظا في الفقه الامامي من وضعه ضوابط دقيقة في هذا الشأن ، رغم ان المشرع اشار الى هذه المسألة في الغلط كعيب في الارادة فقد فرق في حكم الغلط في محل العقد بين الغلط في الجنس والغلط بالأوصاف ، فقرر بطلان العقد في الحالة الاولى بناء على اختلاف الجنس ، وجعله موقوفا في الحالة الثانية بناء على اتحاد الجنس واختلاف الاوصاف فقط [36].

على ان المشرع - فضلا عما تقدم - اجاز الربا في المقايضة بشكل صريح ، وذلك فيما قرره بأنه اذا كانت الاشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلا[37] . وبناء على هذا الحكم فلو باع شخص مائة كيلو من الرز العنبر بمائة كيلو من الرز الياسمين ، او مائة كيلو من التمر البرحي بمائة كيلو من التمر الخستاوي فإنه يجوز لصاحب الرز العنبر وصاحب التمر البرحي ان يطالب بتعويض الفرق في القيمة بمبلغ من النقود رغم ان الرز بانواعه جنس واحد والتمر كذلك . فقد اجاز المشرع المطالبة بتعويض الفرق بين الاشياء المتقايض عليها اذا اختلفت قيمتها في تقدير المتعاقدين لا فرق في ذلك بين ان تكون مختلفة الجنس ام متحدته .

ولكن ما تجب ملاحظته ان المشرع كما اوجب في بيع الصرف ان يكون تسليم المبيع والثمن معا ، فكذلك اوجبه في المقايضة[38] ، فلا تجوز وفقا لذلك المقايضة سلفا او نسيئة ، بل يجب ان تكون نقدا ، وبذلك تخلص من بعض صور الربا كصورة بيع الاكثر المؤجل بالأقل الحال فإنها لا تجوز في المكيل والموزون وان جازت في غيرهما ، ولما كان الربا في بيع المكيل والموزون لا يتحقق

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

في القانون العراقي الا في المقايضة لأنها وحدها مبادلة بين اعيان ، وحيث ان المشرع اوجب في المقايضة ان يكون تسليم المبيع والثمن في وقت واحد فلا تحصل المقايضة بين حال ومؤجل ومن ثم لا يحصل الربا من هذه الناحية . وكذلك وللسبب نفسه لا تحصل في المقايضة صور الربا الحاصلة في بيع السلف اذ لا سلف في المقايضة كما اتضح .

وبناء على ما تقدم يمكن القول ان المشرع قد اغلق بابا واسعا للربا بما قرره من وجوب تسليم المبيع والثمن معا في المقايضة ، فبهذا الحكم لا يبقى مجال للربا من جهة الزيادة الحكمية المتمثلة بالأجل ، ولكن ما الحكم اذا خالف المتقايضان وتبايعا سلفا او نسيئة ، وهكذا لو خالف المتبايعان في بيع الصرف ؟

ان الوجوب الذي قرره المشرع في المادة 575 والتي جاء فيها "اما اذا بيعت سلعة بمثلها او نقودا بمثلها فيُسلم المبيع والثمن معا" هو حكم تكليفي ولا مجال للعقاب على مخالفته اذ لا عقوبة الا بنص ولا نص في البين ، ثم ان هذا الحكم بالوجوب يتفرع عنه حكم بالنهي عن المقايضة او الصرف سلفا او نسيئة، فيبقى بعد ذلك الحكم الوضعي للمعاملة المخالفة ، فقد رأينا ان الفقه الامامي يقرر من جهة الحكم الوضعي بطلان المعاملة الربوية ، ونرى امكانية القول ببطلان المعاملة التي تتضمن ربا خلافا لأحكام القانون ، لأنه كما ذكرنا ان الوجوب هنا متفرع عنه نهي وهذا النهي يتعلق بالنظام العام لأن حرمة الربا من ثوابت الاسلام ، وقد منع الدستور سن أي قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام ، وقرر بطلان أي نص قانوني يتعارض معه.[39]

، ولكن يبقى بعد ذلك الربا في المقايضة الناشئ عن الزيادة العينية في احد البدلين المتحدين في الجنس ، فإنه مجاله مفتوح في القانون المدني العراقي ويحصل على نطاق واسع في الواقع العملي كما هو الحال في تبديل الدقيق (الطحين) الاسمر بالأبيض ، او تبديل الدقيق بالخبز فإن امثال هذه المقايضات لا تخلو من زيادة في احد البدلين ، سيما في المثال الثاني فإنه لا يمكن بحال من الاحوال احراز تعادل كمية الدقيق مع كمية الخبز ولو امكنت حيلة لإحراز التعادل ؛ فإنه لا شك في كون عمل الخباز وما يضيفه من ماء وملح وخميرة زيادة من جهة الخبز.

ومن الأمثلة ايضا على الربا الحاصل في المقايضات في الواقع العملي ما يقوم به البعض من تبديل الرز الرديء برز افضل منه مع الزيادة الكبيرة في الأول بالقياس الى الثاني او باضافة مبلغ الى الأول جبرا لرداءته ، ومنه ايضا تبديل المعجون الرديء بمعجون افضل منه مع التفاوت في الكمية او بزيادة مبلغ في الطرف الرديء .

وقد اوجد الفقهاء تبعا للنصوص الشرعية طريقا للتخلص من الربا يتمثل بضم غير الجنس إلى الطرف الناقص ، و بضمه أي (غير الجنس) إلى كل من الطرفين و لو مع التفاضل فيهما ، ويمثلون للأول بأن يبيع مائة كيلو من الحنطة و درهما بمائتي كيلو من الحنطة، وللثاني ببيع درهمين و مائتي كيلو من الحنطة بدرهم و مائة كيلو منها[40].

وبذلك يمكن التخلص من الربا الحاصل في الواقع العلي بضميمة شيء الى الطرف الناقص من غير جنسه لتكون الضميمة في مقابل الزيادة في الطرف الآخر ، كأن يبيع مائة كيلو من الدقيق الأسمر بخمسين كيلو والف دينار من الدقيق الابيض ، ليكون الالف دينار في مقابل الخمسين كليو الزائدة في طرف الدقيق الأسمر . وهكذا بضميمة غير الجنس الى الطرفين كأن يبيع مائة كيلو من التمن الرديء والف دينار بخمسين كيلو من التمن الجيد والفين دينار ، ليكون الالف الزائد في مقابل الزيادة في التمن الرديء .

ولعل البعض يلجأ الى القياسات العقلية ويُنكر الشرعية على امثال الحيلة الشرعية المتقدمة ، ولكن يجب ان يُلاحظ ان الشريعة اذا قيست محقت وان دين الله لا يُدرك بالعقول[41] .

الخاتمة :

اولا: النتائج

1. بالإضـــافة الى ما قرره المشـــرع العراقي من فرض الفوائد القانونية وجواز الاتفاق على الفوائد عن التأخر في الوفاء في نطاق الالتزام الذي يكون محله مبلغ من النقود ، فإنه أي (المشـرع) لم يمنع الزيادة في احد البدلين المتحدين في الجنس ، ولم يضع قواعد يُرجع اليها لتقرير اتحاد الجنس من عدمه .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

2. اوجب المشرع العراقي تسليم المبيع والثمن في وقت واحد في نطاق بيع الصرف والمقايضة ، فأثمر ذلك في غلق بعض منافذ الربا الناتج عن بيع السلف (السلم) وبيع النسيئة .

التوصيات

1. ندعو المشرع العراقي الى الغاء المواد التي نظمت الفوائد القانونية والاتفاقية وهي المواد (من 171 الى 176) وكذلك المادة 572 التي قررت الفوائد عن الثمن المستحق الاداء ، لأن هذه المواد تقرر الزيادة في مقابل الأجل وهي ربا حسب قواعد الشريعة الاسلامية .
2. ندعو المشرع العراقي لتنظيم بابا خاصا بموضوع الربا وذلك على غرار الفقه الامامي المعاصر الذي افرد فصلا خاصا بالربا وقسمه الى الربا في القرض والربا في المعاملة ، ووضع لهذا الاخير قواعد دقيقة خاصة فيما يتعلق بمسألة اتحاد الجنس وما يتفرع عنها من مسائل يلزم منها الربا في المعاملة.

الهوامش

[1]- سيأتي بيان بيع السلف في المطلب القادم .
[2] - السيد ابو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ج 2 ، بدون مكان وسنة طبع ، ص 48.
[3] المصدر نفسه والصفحة نفسها.
[4] السيد محمد صادق الروحاني ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، بدون مكان وسنة طبع ، ص 55
[5] الشيخ اسحاق الفياض ج 2 ، ط 1 ،مطبعة امير ، نشر مكتب الشيخ الفياض ، قم ص 172
[6] السيد السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج 2، ط 20 ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، لبنان ، 1440 هـ ، 2019 م ، ص 76 .
[7] - الفقرة الأولى من المادة 172 مدني " يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على سعر آخر للفوائد على الا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفاق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة في المائة وتعيين رد ما دفع زائدًا على هذا المقدار".
[8] -وبذلك تنص الفقرة الأولى من المادة 572 مدني " لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الاداء، الا اذا اعذر المشتري او سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلًا ان ينتج ثمرات او ايرادات أخرى وذلك ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغيره" .
[9] المادة 131 / 2 من القانون المدني .
[10] السيد محسن الحكيم ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، دار التعارف ، بيروت لبنان ، 1400 هـ - 1980 م ، ص 82 .
[11] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 90
[12] المصدر نفسه والصفحة نفسها .
[13] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 60
[14] السيد محمد صادق الروحاني ، مصدر سابق ، ص 67.
[15] السيد محسن الحكيم ، مصدر سابق، ص 83 .
[16] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 91
[17] الشيخ الفياض ، مصدر سابق ، ص 191
[18] السيد السيستاني ، مصدر سابق، ص 91 ، 92 .
[19] السيد السيستاني ، مصدر سابق، ص 92 ، 93 .
[20] السيد محمد صادق الروحاني ،مصدر سابق، ص 68 .
[21] السيد السيستاني ، مصدر سابق ،ص 93 .
[22] وبذلك جاء في المادة 586 / 1 " يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد.
[23] المادة 532 من القانون المذكور .
[24] المادة 121 من القانون المدني .
[25] الشيخ الفياض ، مصدر سابق ، ص 176 .
[26] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 53.
[27] الشيخ الفياض ،مصدر سابق ، ص 177 .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

[28] السيد محسن الحكيم ، مصدر سابق ، ص 73 .
[29] السيد الخوئي ، مصدر سابق ، ص 53 .
[30] المصدر نفسه ص 53
[31] السيد السيستاني ، مصدر سابق ، ص 81 ، 82 .
[32] السيد محسن الحكيم، مصدر سابق ص 71 .
[33] الشيخ الفياض ، مصدر سابق، ص 177 .
[34] السيد الخوئي ، مصدر سابق، ص 53 ، 54 .
[35] السيدالخوئي، مصدر سابق ، ص 52 .
[36] نصت المادة 117 / 1 على انه "اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا اليه فان اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا انه يكون موقوفا على اجازة العاقد".
[37] المادة 599 من القانون المدني .
[38] المادة 575 من القانون المدني .
[39] المادتين 2 ، 13 من دستور جمهورية العراق لعام 2005 .
[40] السيد الخوئي، مصدر سابق ، ص 54 .
[4141] روي عن الامام الصادق صلوات الله عليه انه قال لأبان بن تغلب " يا أبان إنك أخذتني بالقياس ، والسنة إذا قيست محق الدين" . انظرأبي جعفر محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني ، الفروع من الكافي ج 7، دار الكتب الاسلامية ، ص 299.

المصادر

1- السيد ابو القاسم الخوئي ، منهاج الصالحين ج 2 ، بدون مكان وسنة طبع .
2-أبي جعفر محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني ، الفروع من الكافي ج 7، دار الكتب الاسلامية.
3-الشيخ اسحاق الفياض ج 2 ، ط 1 ،مطبعة امير ، نشر مكتب الشيخ الفياض ، قم .
4- السيد السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج 2، ط 20 ، دار المؤرخ العربي ، بيروت ، لبنان ، 1440 هـ ، 2019 م.
5-السيد محسن الحكيم ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، دار التعارف ، بيروت لبنان ، 1400 هـ - 1980 م .
6-السيد محمد صادق الروحاني ، منهاج الصالحين ، ج 2 ، بدون مكان وسنة طبع .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

إثر التعامل بالمال الثقافي في تحديد القانون الواجب التطبيق

ا.د.ميري كاظم عبيد

كلية القانون / جامعة بابل

ا.د.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي

كلية القانون / جامعة بابل

المقدمة

لما كان للمال الثقافي قيمة ثقافية وحضارية وفنية لكونه يتصل بماضي وتراث شعب معين، فأنه يمثل الموروث الحضاري لذلك الشعب، وبسبب الأهمية الخاصة التي اصبح عليها هذا النوع من الاموال فقد ثار خلاف حول طبيعته من الناحية النوعية والكمية .

ان الاموال الثقافية لم تخرج من دائرة التعامل عند بداية الامر فقد كانت محلا للأغراض والتعاملات الدولية والداخلية، حيثُ بدأ التعامل بها على شكل هبات تُقَدم لدول الاحتلال والاستعمار، فتُنقل من دولة الاصل الى الدول المستعمرة ، ثم يجري بيعها لمحبي جمع التحف الفنية والمتاحف والمعارض المعنية بهذا الامر، وما لبثت أن ظهرت التجارة غير المشروعة بها على مستوى العالم، مما سُبب بظهور دعوات دولية تنادي بتنظيم أو حتى منع مثل هذه التجارة، فظهرت المعاهدات والاتفاقيات الدولية لتنظم التعامل بها تارة ومنع التعامل بها تارة اخرى معتمدةً في هذا المنع والتنظيم على صنف المال الثقافي محل التعامل.

وفي وقت ليس ببعيد أصدرت بعض الدول وعلى وجه الخصوص فرنسا، تشريعات وانظمة قانونية خاصة بالتعامل بالأموال الثقافية، حيثُ تتولى بواسطتها السلطات الادارية المختصة حصراً إصدار أوامر خاصة توفر غطاء قانوني لحماية بعض الاموال وتدرجها ضمن طائفة الاموال الثقافية، وتضفي عليها وصفاً قانونياً متميزاً يُخضعها لنظام قانوني خاص، يختلف عن النظام القانوني الذي تخضع له الممتلكات الثقافية أو التراثية. وهو ما عملت هذه الدراسة على بيانه، حيث بينت التنظيم القانوني لتداول للأموال الثقافية ونقل ملكيتها الى خارج حدود دولة الاصل، كما بينت كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على عملية نقل ملكية هذه الاموال ذات العنصر الاجنبي، وفق اسس ومناهج حل إشكالية تنازع القوانين المختلفة والمعروفة في القانون الدولي الخاص.

إشكالية الدراسة:

إنَّ اختلاف القواعد القانونية بين الدول، رفع سقف الصعوبات امام عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التي يكون المال الثقافي محلا لها، وهو ما يشير في حد ذاتهِ إشكالية ذات بعد نظري وعملي، فاشكالية الدراسة تحدد في المحاور ادناه :

1. تحديد طبيعة المال الثقافي؟ وما يدخل تحت مظلة هذا المال؟ وانواعه؟
2. تميز مصطلح المال الثقافي عما يشابهه؟
3. تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق في توصـــيف المال الثقافي والتعامل به وماهي المعايير الواجبة لتحديد ذلك الاختصاص.
4. هل يمكن تطبيق القواعد الاســـناد العادية على عملية نقل ملكية المال الثقافي؟ ومدى ملاءمة مثل هذه القواعد مع الطبيعة الخاصة بالمال الثقافي؟ ام يمكن ان نبحث عن بديل عنها؟
5. ماهي القواعد الواجبة التطبيق في الاجراءات القانونية اللازمة لاسترداد ملكية المال الثقافي مع وجود شخص حسن النية انتقلت اليه ملكية المال الثقافي؟

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أهمية الدراسة :

بسبب زيادة الاهتمام بالأموال الثقافية وزيادة الوعي الثقافي لدى الدول والافراد على حد سواء، زادة أهمية الخوض في مثل هذه الموضوعات ، لأنها مهمة للمحافظة على الاموال الثقافية الوطنية من جهة والتحكم بعملية المتاجرة بها، بحيث لا يؤدي الاتجار بها الى افقار الدولة ثقافياً من جهة أخرى، وايضاً بسبب القيمة النقدية العالية لهذه الاموال، وندرتها وتهافت الافراد والمتاحف على اقتنائها، فقد اصبحت سلعة يتم تداولها ونقل ملكيتها حالها حال بقية السلع العادية، على اختلاف توجهات الدول بشأن المُتاجرةَ بمثل هذا النوع من الاموال الثقافية بين مؤيد له ومعارض، حيث تبرز أهمية بيان مناهج حل تنازع القوانين التي تخضع لها عملية نقل ملكية المال الثقافي فيما لو كان احد الاطراف اجنبياً ، لخلق نوع من الموازنة بين مصالح الدول والشعوب في المحافظة على أموالها وممتلكاتها الثقافية ، ومصالح المشترين حسني النية ممن دفعوا مقابلاً غير قليل لاقتنائها والحصول عليها .

أهداف الدراسة

تسعى هذه الدراسة الى تأصيل مفهوم المال الثقافي ، والية ارتباطه بعدة قوانين والتنازع الحاصل بينهما في منطقتين : الاولى في ظل التعدي عليه او القيام ببعض التصرفات المرتبة للحقوق الشخصية (الايجار ، الوديعة ، العارية ، المقاولة) اما الثانية فتتمثل في التصرفات الناقلة لملكيته وما يترتب عليها من حقوق عينية وشخصية ، مع بيان القواعد الحاكمة لكل منطقة فيما اذا كانت قواعد اسنادية ام موضوعية ام معا ، وطرق حل تنازع القوانين من خلال هذه القواعد ، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على نقل ملكية المال الثقافي .

نطاق الدراسة:

يتحدد النطاق في اطار الاثار والتراث سواء المادية منها او المعنوية والتي يتقرر عائديتها للدولة وهي الغالبة او تلك التي يتقرر عائديتها للافراد وهي الاقل ويشمل توصيفها تكييفها قانونيا وتحديد القواعد الواجبة التطبيق فيها سواء الاسنادية منها او الموضوعية مع بيان موقف المشرع العراقي بالمقارنة مع التشريعي المصري والفرنسي من جهة اخرى فضلا عن بيان موقف الاتفاقيات الدولية المعنية.

منهج الدراسة:

تقوم منهجية الدراسة على منهج البحث العلمي الوصفي للنصوص المقررة في القوانين الوطنية المقارنة والاتفاقيات الدولية الخاصة بهذا الصدد، ونعتمد ايضا في مواضع خاصة على المنهج التحليلي في عرض الافكار والطروحات العلمية وبيان موقف القوانين الوطنية المقارنة لبعض الدول كفرنسا ومصر وكذلك مواقف الاتفاقيات الدولية الخاصة بهذا الشأن كاتفاقية روما الخاصة بحماية الاموال الثقافية لسنة 1957، واتفاقية روما لسنة 1980 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، واتفاقية اليونسكو المتعلقة بالتدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع استيراد الأموال الثقافية وتصديرها ونقل ملكيتها بصورة غير مشروعة 1970 ، واتفاقية اليونيدروا Unidroit المتعلقة بالأموال الثقافية المسروقة أو المصدرة بصورة غير مشروعة، واتفاقية لاهاي لحماية التراث الثقافي العالمي في الحالات النزاع المسلح لعام 1954.

تمهيد

معنى المال الثقافي

إن للأموال الثقافية قيمة حضارية وفنية استثنائية لكونها تتصل بماضي وتراث شعب معين فهي ابعد ان تكون مجرد تاريخ، انماً كياناً خاصاً يمثل الموروث التاريخي والانساني للشعوب، وبسبب الأهمية الخاصة التي يتمتع بها هذا النوع من الاموال فقد أضحت محلاً للأغراض والتعاملات الدولية والداخلية.

إذ بدأ التعامل بها لأول مرة يتم بشكل هبات تقدم لدول الاحتلال والاستعمار، اذ تنقل الاموال الثقافية من دولة الأصل ثم يجري بيعها خارج الدولة لمحبي جمع التحف الفنية والمتاحف والمعارض المعنية بهذا الأمر فظهرت التجارة بها على مستوى العالم، فتم

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تداول ونقل الأموال الأثرية والتراثية عبر الحدود فاكتسبت الصفة الدولية وظهرت لدينا مشكلة تنازع القوانين في مجال ملكية الأموال الثقافية[1]، وهذا ما سيتم دراسته من خلال هذا البحث، إذ تهدف هذه الدراسة الى بيان كيفية حماية ملكية الأموال الثقافية وذلك عندما تكون هذه الأموال محلاً لعلاقة ذات عنصر أجنبي، ومن ثم تصبح محلاً لتنازع القوانين، الأمر الذي يتطلب حل هذا التنازع، غير ان الخوض في موضوع تنازع القوانين في ملكية المال الثقافي يتطلب أولاً بيان معنى المال الثقافي بغرض الوقوف بدقة على فكرة هذا النوع من المال الذي يدخل إطار هذه الدراسة ويكون محلاً لها.

وإذا ما اردنا بيان معنى المال الثقافي نجد إن المشرع لم يعرف المال الثقافي وانما ذكر عدد من تطبيقاته ومنها الاثار والمواد التراثية والموقع التاريخي والتحف[2].

وقد عرف الأثر في المادة (4/ سابعاً) من قانون الآثار والتراث العراقي رقم (55) لسنة 2002 النافذ والتي جاءت بالقول: (الآثار هي الأموال المنقولة وغير المنقولة التي بناها أو صنعها أو نحتها أو كتبها أو رسمها أو صورها الإنسان ولا يقل عمرها عن (200) مائتي عام وكذلك التي شيدها أو صنعها الإنسان وكذلك المنجزات أي بقايا السلالات البشرية والحيوانية).

أما بالنسبة للقانون المصري، فنجد ان قانون حماية الآثار المصري رقم (117) لسنة من 1983 المعدل هو الآخر لم يورد تعريفاً للمال الثقافي وانما عرف الأثر في المادة (1) منه التي نصت على أنه: (يعتبر أثراً كل عقار أو منقول أنتجته الحضارات المختلفة أو أحدثته الفنون والعلوم والآداب والأديان من عصر ما قبل التاريخ وخلال العصور التاريخية المتعاقبة حتى ما قبل مائة عام متى كانت له قيمة أو أهمية أثرية أو تاريخية باعتباره مظهراً من مظاهر الحضارات المختلفة التي قامت علي أرض مصر أو كانت لها صلة تاريخية بها ، وكذلك رفات السلالات البشرية والكائنات المعاصرة لها).

وبذلك نجد ان كل من المشرع العراقي والمصري لم يعرف المال الثقافي بشكل مباشر وصريح، غير انه يمكن الوصول إلى بيان معنى المال الثقافي من خلال موقف الفقه والاتفاقيات الدولية من تعريف المال الثقافي.

حيث يعرفها جانب من الفقه بأنها " كل أنواع المنقولات والعقارات التي تمثل أهمية للتراث الثقافي لشعب ما، مثل الجامعات، المتاحف، دور العبادة، الأضرحة الدينية، الأنصبة التذكارية، مواقع الآثار، وأماكن حفظ الإعمال الفنية والكتب والمخطوطات وما إلى ذلك "[3].

أو هي" كل الإنتاجات المتأتية عن التعابير الذاتية الإبداعية للإنسان سواء أكان ذلك في الماضي أو الحاضر او في المجالات الفنية أو العلمية أو الثقافية أو العلمية أو الثقافية أو التعليمية ، التي لها أهمية في تأكيد استمرارية المسيرة الثقافية ، وتأكيد معنى التواصل الثقافي ما بين الماضي والحاضر والمستقبل"[4].

ويتضح من هذه التعريف ان مصطلح الممتلكات الثقافية يشمل الممتلكات المنقولة والثابتة التي لها أهمية كبرى في تراث الشعوب الثقافي، والأماكن الأثرية ، والتحف الفنية، ومجموعات المباني ذات القيمة التاريخية أو الفنية والمجموعات العلمية والكتب الهامة ، والمحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابقة ، ومراكز الأبنية التذكارية التي تحتوي على مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية

([1]) باسم ذهيب خلف، تنازع القوانين في حماية الأموال الثقافية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد11، العدد41، 2022، ص 617.

([2]) أنظر المادة (4) من قانون الآثار والتراث العراقي رقم (55) لسنة 2002 النافذ.

([3]) مصطفى كامل الإمام شحاتة ، الاحتلال الحربي وقواعد القانون الدولي المعاصرة ، مع دراسة تطبيقية عن الاحتلال الإسرائيلي للأقاليم العربية ، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1977، ص257.

([4]) د0 محمد ثامر مخاط ، د0 عدنان محمد الشدود ، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية (دراسة تطبيقية على الممتلكات الثقافية في محافظة ذي قار) ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، الجامعة المستنصرية ، السنة السادسة ، المجلد الرابع ، العدد الخامس عشر ، 2001 ، ص 3 .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أما فيما يتعلق بموقف الاتفاقيات الدولية من تعريف المال الثقافي، فنجد إن اتفاقية اليونسكو لعام 1970 قد عرفته في المادة (1) منها على أنه: (الأموال التي تقرر كل دولة، لاعتبارات دينية أو علمانية، أهميتها لعلم الآثار، أو ما قبل التاريخ، أو التاريخ، أو الادب، أو الفن، أو العلم...)

أما الاتفاقية الدولية (اليونيدروا) الخاصة بإعادة الممتلكات الثقافية المسروقة والمصدرة بطرق غير مشروعة لعام 1995 فأنها عرفت الأموال الثقافية، بأنها (الأموال الدينية أو الدنيوية والتي لها أهمية خاصة وقيمة تاريخية عالمية مثل الآثار، سواء أكانت قبل التاريخ أو كانت تاريخية، والآداب والفنون) .

إما اتفاقية لاهاي لعام 1954 والخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاعات المسلحة[5]، فتعد أول اتفاقية تضمنت بيان المقصود بالممتلكات الثقافية بشكل عام وتفصيلي، وذلك في المادة الأولى منها والتي عرفتها بأنها :

أ- الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية ، الديني منها أو الدنيوي ، والأماكن الأثرية ،ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية ، والتحف الفنية ، والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية والتاريخية والأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة والمحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها.

ب- المباني المخصصة بصفة رئيسة وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة والمبينة في الفقرة (أ) كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة (أ) في حالة نزاع مسلح .

ج- المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في (أ، ب) والتي يطلق عليها اسم (مراكز الأبنية التذكارية)[6].

وفي ضوء كل ما تقدم يمكن ان نُعرف المال الثقافي بأنه: (الموروث الذي يتكون بفعل مرور الزمان وتفاعله مع المكان بإرادة الانسان أو بدونه، ويكون على اشكال منها ما هو تاريخي أو فني أو ديني أو طبيعي، وسواء كان مادي أم معنوي وسواء اكان عقار ام منقول).

وتجدر الإشارة إلى إنه وبحكم امتداد قواعد الزمان وتفاعلها مع الانسان والطبيعة إلى الكون فإن المال الثقافي سيستمر انتاجه بفعل تلك القواعد، كما ان انتشار ذلك المال بين الأقاليم التي تشكلت منها الدول سيمنح الأنظمة القانونية اختصاص بقدر ما وقع في محيطها من ذلك المال وهذا ما يفضي إلى تكون قواعد آمرة تحمي ذلك المال وتمنع الدول والافراد من التدخل في ادارته أو الاستيلاء عليه، أي إن ذلك المال سيقع تحت سيطرة القواعد ذات التطبيق الضروري وتراجع القواعد الاسنادية في مفهوم حل التنازع، وسيفضي ذلك إلى اختلاف الحكم بين تلك القوانين في نظرتها إلى ذلك وتقييمه والمدة المطلوبة لتصنيفه كونه موروث أثري أم تراثي، أي ان التوصيف التكييف لرفع (الاختلاف) سينعكس على إحداث تنازع بين القوانين، وبما ان الدول تختلف من حيث نشأتها التاريخية فكلما كانت الدول قديمة النشأة فإنها تكون أكثر عناية بالتراث والآثار من الدول حديثة النشأة ونجد فيها في الغالب قوانين تنظم ملكية المال الثقافي والتعامل به فستاثر بتنظيم حمايتها الموضوعية والاجرائية لتلك الاموال ولاحتمالية انتقالها بشكل مشروع او غير مشروع عبر الحدود يزيد من فرص التنازع .

([5]) والجدير بالإشارة أن العراق وقع على الاتفاقية في 14/5/ 1954 وصادق عليها في 21/12/ 1967 .

([6]) أنظر المادة (1) من معاهدة لاهاي (Hague) لسنة 1954 والخاصة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق في تكييف المال الثقافي

بما إن المال الثقافي قد يكون مادي أو معنوي فسيكون هناك اختلاف في تكييف النوع الأول من المال عن النوع الثاني، وإذا كان هناك اتفاق عالمي على تكييف المال حسب قانون موقعه، إلا ان ذلك لا ينطبق على المال المعنوي.

ولأجل تحديد قاعدة الإسناد لتعيين القانون المختص وكيفية أعماله يستلزم أولا وقبل كل شيء تكييف المال الثقافي بحسب طبيعته لمعرفة ما إذا كان مادي أو معنوي منقولا أو غير منقول، كما يستلزم تكييف المال الثقافي من حيث عائديته لمعرفة ما إذا كان مالاً خاصاً مملوكاً للأفراد أو عاماً مملوك للدولة.

ولما كانت مهمة التكييف تسند، كما هو معروف، الى قانون القاضي الذي ينظر النزاع، ويخرج على هذا الأصل حالة تكييف شيء معين بأنه منقول أو غير منقول، بتطبيق قانون البلد الذي يوجد فيه هذا الشيء، فيخضع تكييف المال الثقافي، من حيث المبدأ لهذه القاعدة والاستثناء الوارد عليها. إلا ان تطبيق قاعدة الاسناد هذه تقف أمامها عقبة تتعلق بتحديد الصفة الثقافية للمال وصفته الثابتة أو المتحركة، وبسبب خصوصية هذا المال، برز تيار يدعو الى تجنب الاسناد الى قانون المحكمة وقانون موقع المال والاخذ بنظر الاعتبار قانون دولة أصل المال[7].

وفي ضوء ما تقدم ولغرض تحديد صنف الاسناد الدقيق لكل أنواع المال الثقافي محل النزاع، سنقسم هذا المبحث على مطلبين، فنبحث في **المطلب الأول:** أثر تكييف المال بحسب طبيعته في تنازع القوانين، ونتناول في **المطلب الثاني:** اثر تكييف المال بحسب عائديته في تنازع القوانين، وعلى النحو الآتي:

المطلب الاول

أثر تكييف المال بحسب طبيعته في تحديد القانون الواجب التطبيق

لما كانت الأموال تظهر بأشكال متعددة فهذا يعني ان هناك اختلاف بشان تصنيفها تكييفها، فتكييف المال حسب طبيعته يكون اما منقول او عقار بالنظر لقابلية نقله دون تلف، كما ان تكييف المال يكون ايضا الى مادي او معنوي من خلال التحقق من احتلالها حيزا مكانيا ملموسا من عدمه. ولايخرج تكييف الأموال الثقافية عن التوصيفات والتكييفات ، فهي يمكن أن تكون عقارات كما يمكن أن تكون منقولات وتكون تارة مادية واخرى معنوية[8]. الا ان الاختلاف يكون في القانون الحاكم لتكييف المال الثقافي فاذا كان قانون الموقع هو الحاكم لتكييف المال غير الثقافي او العادي فان هذا القانون ليس بالضرورة سيكون هو الحاكم للتكييف وهو ما سينعكس على اختلاف نوع قواعد الاسناد المعتمدة كما سنلاحظ لاحقا .

ومن أجل بيان أثر تكييف المال الثقافي بحسب طبيعته، سنتولى تقسيم هذا المطلب على فرعين، فنبث في **الفرع الأول:** تكييف المال الثقافي المادي، ونبحث في **الفرع الثاني:** تكييف المال الثقافي المعنوي، وعلى النحو الآتي:ـــ

الفرع الاول

تكييف المال الثقافي المادي

إن المال الثقافي له أهمية خاصة واستثنائية وهو ما ينعكس على التكييف، ، لذا يجب على القاضي النظر إلى المال الثقافي نظرة عالمية، وذلك بأن يكون متجرداً من المفاهيم الوطنية ، ونظرا لهذه الاهمية فلابد ان لايعامل هذا المال بنفس معاملة الاموال العادية

([7]) د. نافع بحر سلطان، فكرة المال الثقافي في القانون الدولي، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، العدد3، ج1، مجلد19، 2017 ،ص8.

([8]) ياسين بناصر، الأموال الثقافية واشكالية تنازع القوانين، مجلة مدرات للعلوم الاجتماعية والإنسانية تصدر عن المركز الجامعي غليزان، الجزائر، 2021، ،ص 506.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

من حيث القانون الحاكم لتكييفه ،وبما ان المال الثقافي مرتبط بالدولة صاحبة المال ويمثل الاخير موروثها الوطني والتاريخي ويرتبط بها بالصلة الاقوى والاوثق والاقرب فمصلحتها تهتز في ظل تجاهل قانونها في مرحلة التكييف والحكم مما يتطلب ذلك الارتكان اليه حماية لمصلحة الدولة الاصل وفق لهذه الاعتبارات .

وفي نطاق البحث في ماهية التراث الثقافي تظهر مشكلة التوصيف القانوني الذي يحدد النظام القانوني الذي يخضع له المال الثقافي بسبب تنوع أصناف هذا التراث؛ وقد حسم المشرع العراقي موضوع التكييف القانوني للتراث؛ في قانون الاثار والتراث رقم (55) لسنة 2002 في المادة (4/ثامناً) منه التي جاءت بالقول: (المواد التراثية: الاموال المنقولة وغير المنقولة التي يقل عمرها عن 200 سنة ولها قيمة تاريخية وطنية وقومية؛ يعلن عنها بقرار من الوزير).

اما بالنسبة للقانون المصري فنجد أن المشرع قد وسع من نطاق ما يدخل في دائرة الأثر، وذلك بالنزول بعمر الأثر، إذ اعتبر ان الأثر ما تركه الاقدمون من عقار أو منقول وكذلك الرفات البشرية، منذ عصور ما قبل التاريخ وحتى قبل **(مائة)** عام[9]، على خلاف المشرع العراقي الذي تطلب في المواد التراثية مرور **(200)** عام عليه على الأقل.

وبالإضافة لما تقدم يلاحظ أن المشرع المصري وفي المادة (2) من قانون الاثار المصري قد أورد استثناء على هذا الضابط، إذ يجوز بقرار من رئيس مجلس الوزراء وبعرض من وزير الثقافة ان يعتبر أي عقار أو منقول ذا قيمة تاريخية أو دينية أو أدبية أو فنية أو ثقافية أثرا متى كانت للدولة مصلحة قومية في حفظه، وذلك دون التقيد بالقيد الزمني الوارد في المادة الأولى من هذا القانون وهو مائة عام[10].

وتجدر الاشارة إلى انه عند تكييف المال الثقافي يجب مراعاة أمرين هامين هما: **الاول** انه مال يتعلق بالهوية الثقافية للشعب لذا فكل دولة تضع قواعد ذات صفة امرة فيما يخص اموالها الثقافية. **والثاني** هو انه فريد من نوعه صغير الحجم غالبا مقارنة بسعرة المرتفع جداً وكما لو كان انتاج عقلي أو فكري كمخطوطات نادرة مثلاً.

أن تكييف المال الثقافي فيما اذا كان منقولا ام غير منقول لا يثير مشكلة إذا كان النزاع معروضاً أمام المحكمة العراقية، بل حتى إذا كان معروضاً أمام المحكمة الاجنبية في حال تطبيقها للقانون العراقي لغرض التكييف، حيث ان التراث في بعض الدول يكون على مراتب واصناف كما هو في القانون الفرنسي، فمسالة تحديد المال الثقافي المنقول يرجع بها القاضي الى قانون بلد الأصل اذا اقتضت اليها مسالة تحديد من أي الأصناف هو وهل هو مباح التعامل به ام لا .

كما لا يسبب المال الثقافي غير المنقول بطبيعته صعوبة في ميدان تنازع القوانين، لأنه غير قابل للحركة، إذ يجري تصنيفه بسهولة وإسناده بالنظر لطبيعته يكون الى قانون الموقع.

مقابل ذلك والمشكلة التي نواجهها في مسألة التكييف هي فيما لو كان التراث مالاً منقولا او جزءا منتزعا من مال ثقافي غير منقول، كما في التحف الفنية في القصور الاثرية والثقافية واللوحات الفنية في الكنائس والمعابد والأموال التراثية الأخرى الموجودة في داخل الموقع التاريخي ممن المخطوطات والوثائق والكتب فهل يثار التنازع في نقل ملكيتها مستقلة ام بحسب كونها تابعة للأصل او انها عقار بالتخصيص او ملحقا من ملحقات العقار ؟

---

(9) أنظر المادة (1) من قانون الآثار المصري رقم (117) لسنة 1983 المعدل بالقانون رقم (3) لسنة 2010 والقانون (61) لسنة 2010 بإصدار قانون الآثار.

(10) نصت المادة (2) من قانون الآثار المصري على أنه: (يجوز بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء علي عرض الوزير المختص بشئون الثقافة أن يعتبر أي عقار أو منقول ذا قيمة تاريخية أو علمية أو دينية أو فنية أو أدبية أثرا متي كانت للدولة مصلحة قومية في حفظه وصيانته وذلك دون التقيد بالحد الزمني الوارد بالمادة السابقة ويتم تسجيله وفقا لأحكام هذا القانون وفي هذه الحالة يعد مالك الأثر مسئولا عن المحافظة عليه وعدم إحداث أي تغيير به، وذلك من تاريخ إبلاغه بهذا القرار بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول).

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

فالصعوبة تكمن في اختلاف الدول في تكييف هذا النوع من الأموال في تشريعاتها الوطنية فبعضها من يعده مالا منقولا مكملا او ملحقا ومنها ما يعده مالا منقولا ملتصقا بسبب الوظيفة او الزينة كالعقار بالتخصيص في القانون العراقي[11].

فاذا كان المال الثقافي يشكل جزء مهم من المال العقاري الأصلي ويؤدي به الى الغرض الأساسي فانه مال منقول فاللصق بسبب الوظيفة، ولا يغير مال منقول اذا كان المال الثقافي موجود لغرض تزيين او الجمالية الفنية او الإبداعية ويبقى مالا منقولا[12].

وتجدر الاشارة إلى ان تنازع القوانين في المال المادي يكون أخف حدة لان عملية توصيف ذلك المال (التكييف) تكون عملية سهلة ويسيرة لوجود مفهوم عالمي للمال المادي بشكل عام مما يخف التنازع وينعكس بالمقابل على سهولة حله.

الفرع الثاني

تكييف المال الثقافي المعنوي

عندما نقول اموال معنوية يتبادر الى الذهن تلك الاموال التي تكون على ثلاث مظاهر: اما حقوق تجارية او حقوق فكرية او حقوق شخصية ،وان القانون الواجب التطبيق لكل منها يختلف حسب طبيعة هذا المال ،فبالنسبة للحقوق التجارية اذا كانت تجسدت في الاموال المنقولة يكون القانون الواجب التطبيق هو مكان وجودها ،اما اذا تعلقت بالعناصر المعنوية للمحل التجاري يكون الاختصاص لقانون المركز الرئيس للمحل التجاري ، مقابل ذلك نجد اختلاف بشان القانون الواجب التطبيق في اطار الحقوق الفكرية حسب تكييف الاخيرة[13] ، اما بالنسبة للحقوق الشخصية فيكون الاختصاص التشريعي حسب مصدر هذه الحقوق فيما اذا كان العقد ام الفعل الضار ام النافع فيكون قانون الارادة في اطار العقد وقانون محل حدوث الواقعة المنشا للالتزام في ظل الفعل الضار او النافع . ان الاموال على الوصف المتقدم تخرج عن نطاق بحثنا.

اما ما يعد من قبيل المال الثقافي فهو ينصرف الى مظاهر اكثر تنوعا ومنها اشكال التعبير بالكتابة والحرف الشعبية والألعاب الشعبية والطقوس والاحتفالات والمعارف ، لذا لكي يكون لنا تصور واضح اكثر لابد من تعريف الاموال المعنوية ، اضافة الى ذلك اختلفت التسميات على الاموال المعنوية، فالبعض يطلق عليها بالاموال الثقافية الغير المادية وعرفها بأنها مجموعة معارف أو تصورات اجتماعية، أو معرفة أو مهارة، أو كفاءات أو تقنيات قائمة على التقاليد في مختلف ميادين التراث الثقافي ، و تمثل الدلالات الحقيقية للارتباط بالهوية الثقافية، و يحوزها شخص أو مجموعة أشخاص [14].

فتكييف الاموال المعنوية اعلاه يخرج من قاعدة خضوع التكييف لقانون القاضي ويدخل في قاعدة خضوع التكييف اما للقانون المقارن او قانون بلد الاصل حسب الاموال.

ان وصف المال الثقافي بالصفة المعنوية يأتي بفعل ارتباطه بالعنصر البشري نفسيا وروحيا اكثر من ارتباطه موضوعيا وماديا بالعنصر المكاني ، في حين يمكن ان نجد هذا العنصرين في اطار المال الثقافي المادي .

فالعناصر المحركة للتنازع تكون اكثر في المال الثقافي المادي مما نجدها في المال الثقافي المعنوي

حيث تتعلق اهمية المال الثقافي بعلم الموسيقى العريقة، والأغاني التقليدية والشعبية، والأناشيد والألحان، والمسرح وفن الرقص والإيقاعات الحركية، والاحتفالات الدينية، وفنون الطبخ و التعابير الأدبية و الشفوية، والقصص التاريخية والحكايات والحكم والأساطير، والألغاز، والأمثال والأقوال المأثورة والمواعظ والألعاب التقليدية، والبعض من الفقه يطلق عليه بالأموال الثقافية اللامادية

([11]) انظر المادة (63) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة (82) من القانون المدني المصري.

([12]) صدام فيصل المحمدي، كفاءة الحماية القانونية للتراث الثقافي العراقي ـ دراسة تحليلية في ظل احكام قانون الاثار والتراث رقم 55 لسنة 2001 ، ص14.

[13] - هنالك ثلاث اتجاهات بشان القانون الواجب التطبيق :اتجاه يذهب الى تطبيق القانون الشخصي للمؤلف، واتجاه يذهب الى اخضاعها الى القانون الذي طلبت فيه الحماية والاتجاه اخضاعها الى قانون بلد الاصل،نقلا عن حيدر علي مزهر،الطبيعة القنونية لعقد رهن الاموال المعنوية، كلية القانون جامعة ذي قار،2021، ص 240.

[14] -راضي نبيه، القانون الواجب التطبيق على الاموال،2015جامعة النجاح، فلسطين، ص 72.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

والتي تتمثل في الموارد الثقافية و المعارف و الابتكارات وممارسات المجتمعات وللأموال الثقافية اللامادي أهمية كبيرة للاهتمام به في ظل العولمة و التحول الاجتماعي، فهو تعبير صادق عن عادات وتقاليد و ثقافة الشعوب و هويتها وانتمائها الحضاري.

حيث تعد الاموال الثقافية غير المادية من أهم الأصول التراثية على اعتبارها تحتل الأولوية في توفير الحماية المستعجلة لها ، ويرى جانب من الفقه أنه من الضروري إعادة النظر في تكريس حماية أكثر لهذا النوع من التراث من خلال الانضمام الى بعض المعاهدات التي توفر حماية اكبر للاموال الثقافية اضافة الى القانون الوطني مثل حماية حقوق الإنسان على وجه الخصوص واتفاقيات اليونسكو المختلفة المتعلقة بالحفاظ على التراث الثقافي، **ان الوصف العالمي الموحد لهذه الاموال يخفف حدة التنازع ، واينما حصل اختلاف بين الدول ترتفع احتمالية التنازع .**

لذا يكون تطبيق قانون القاضي للقانون الذي يحكم النزاع غير مجدي مقابل جدوى قانون الاصل او القانون المقارن حسب الاموال .

ان السبب وراء تراجع القوانين الاولى مقابل تقدم القوانين الاخيرة ياتي من كون قواعد حماية المال الثقافي تتخذ شكل قواعد ذات تطبيق ضروري مما يضعف التنازع فيها ومن ثم تقل الحاجة الى لقواعد الاسناد.

اما بالنسبة للفلكور الشعبي[15] ، **يعد من اهم الاسس لتوزيع الافراد على شكل اقوام تحولت فيما بعد الى دول .**

لم يعرف المشرع العراقي هذا النوع من المصنفات في قانون حق المؤلف[16] ، وإنما أشار إلى هذه المصنفات في قانون انضمام العراق إلى اتفاقية اليونسكو تحت مسمى التراث الثقافي غير المادي ، يرى البعض ان على المشرع العراقي بيان مفهوم هذه الفلكلور وتنظيمه كونه يعد محلاً للاستغلال والاستلهام الفكري **في قانون مستقل بوصفه المادة الحيوية للمال الثقافي المعنوي.**

وبينت منظمة الويبو لحماية الفلكلور بوصفه إبداعاً فكرياً وميراثاً ثقافياً يعكس ذاتية الأمم والشعوب وأول مظاهر هذا الاهتمام هو وضع تعريف للفلكلور ، إذ عرفته بأنها مصنفات التراث الثقافي لأحدى الأمم والتي ابتكرها وحفظها وطورها أشخاص مجهولين الهوية جيلاً بعد جيل بين الجماعات الأصلية، ومن امثله هذه المصنفات القصص والأغاني والحكايات والموسيقى ومختلف الطقوس الشعبية، والبعض يرى على الرغم ان الفلكلور صورة من صور المال الثقافي، ولكن هذا لا يعني إنهما يخضعان لنظام قانوني واحد[17] ، إذ أن المال الثقافي في جل صوره المادية والمعنوية يخضع لقانون بلد الاصل في اغلب الاحوال، لوجود صله **معنوية** تربطه بالماضي **وصلة مكانية جغرافية تربطه بالحاضر فالمال الثقافي المعنوي يربط الماضي بالحاضر**

يكتفي أن يمثل المال الثقافي المعنوي أهمية علمية أو ثقافية ([18]) ، وبموجب قانون **بلد الاصل**، الذي اخذ بمعيار الأهمية العلمية والتاريخية والثقافية للآثار كما هو منصوص عليه في المادة (4/8) بقولها: "وهذه الأموال لها قيمة أو أهمية تاريخية وطنية، عرقية، دينية أو فنية"، على خلاف الفلكلور الذي يقضي بوجود صله تربطه بأبداع مجتمع ما في الماضي ، وهذا يؤدي الآخر خضوعه لقانون حق المؤلف[19].

كما ان الفلكلور الشعبي يعمق الصلة الاجتماعية اكثر من الصلة الجغرافية وفي حين المال الثقافي المادي يعمق الصلتين مما يفسر تواضع التنازع في الاول عما نجده في الثاني.

ان فكرة المال الثقافي غير المادي نشات من مفهوم التراث غير المادي و الفولكلور والتراث الشعبي التي تشمل الأدب الشعبي (الشعر الحكايات الاساطير العادات التقاليد و ..)[20].

---

[15]- هي المصنفات الشعبية التي توارثتها الاجيال المتعاقبة والتي تساهم في تشكيل الذاتية الثقافية بصورة جماعية دون ان تكون اسماء مؤلفيها معروفة، نقلا عن كلودا كولمبيا، المبادئ الاساسية لحق المؤلف والحقوق الفكرية، تونس، ص 30.

[16] - قانون حق المؤلف رقم (3) لسنة (1971) المعدل بالأمر رقم (83) لسنة (2004).

[17] -زينب جليل، الاختصاص التشريعي في المسؤولية المدنية الناشئة عن انتهاك الفلكور الشعبي، كربلاء، 2024، ص 20.

[18] - حيث تعتبر من أهم الخصائص التي تتمتع بها الأموال الثقافية حيث نصت عليه أغلب التشريعات الوطنية.

[19] - قانون الآثار والتراث العراقي النافذ رقم 55 لسنة 2002.

[20] - حيدر حسن هادي، الحقوق المجاورة لحقوق المؤلف رسالة ماجستير، جامعة النهرين، 2004، ص 7.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

قد يثار سؤال هل يشترط مدة زمنية معينة لاكتساب الاموال المعنوية صفة المال الثقافي ؟ الجواب البعض منها مجرد صدورها تكتسب صفة المال الثقافي كالموسيقى وغيرها والبعض منها يجب ان تمضي مدة معينة لكي تكتسب صفة المال الثقافي كالفلكور الشعبي.

اما بالنسبة للاتفاقيات ، فقد عرفت المادة 2-1 من اتفاقية اليونسكو بشأن حماية التراث الثقافي غير المادي بأنه الممارسات والتصورات وأشكال التعبير والمعارف والمهارات - وما يرتبط بها من آلات وقطع ومصنوعات وأماكن ثقافية - التي تعتبرها الجماعات والمجموعات وأحياناً الأفراد ، جزءاً من تراثهم الثقافي[21].

هذا المال الثقافي غير المادي المتوارث جيلا عن جيل ، تبدعه الجماعات من جديد بصورة مستمرة بما يتفق مع بيئتها وتفاعلاتها مع الطبيعة وتاريخها وهو ينمي لديها الإحساس بهويتها والشعور باستمراريتها **(التركيز الاجتماعي)**، ويعزز منها ثم احترام التنوع الثقافي والقدرة الإبداعية البشرية.

لا بد من بيان ان هذه العناصر الثقافية غير الملموسة تثير مشكلة قابليتها بأن تكون محلاً للحقوق، لا سيما حقوق الملكية الثقافية، واعتبارها كسلع ثقافية يمكن تداولها، فتطرح تساؤلاً بشأن تكييفها كأحد انواع الأموال و اقحامها في أحد أصناف الاسناد المعروفة من أجل تيسير مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق.

لذا قد تعضد هذا الحدس في المادة(1) من اتفاقية اليونسكو بشأن حماية وتعزيز تنوع أشكال التعبير الثقافي لعام 2005 **من حيث هدفها الى** الاعتراف بالطبيعة المتميزة للأنشطة و السلع و الخدمات الثقافية بوصفها حاملة للهويات و القيم والدلالات[22].

إن ضرورة حماية هذه الاموال الثقافية دعت بعض الدول الى ادراجها ضمن الدومين العام[23]، لكن الاتجاه الفقهي الغالب يدعو الى اتاحة الاموال الثقافية لكل شخص ما لم يتم انتهاك معايير حقوق الملكية الفكرية. لذا نجد هناك اختلاف بين قوانين الدول بشان طبيعتها وعائديتها مما يوفر ذلك فرص لحدوث التنازع بين تلك القوانين .

يميل هذا الرأي الى اسباغ وصف الحقوق الفريدة أو ذات النوع الخاص التي تتطلب قواعد قانونية خاصة لحمايتها، مع ذلك، إن بعض عناصر التراث الثقافي غير المادي قد تدخل في نطاق الحقوق الفكرية الأدبية والفنية و الصناعية و بالتالي تخضع للحماية التي توفرها القوانين المتعلقة بحقوق المؤلف أو الرسوم و النماذج الصناعية أو العلامات التجارية، لذا دفع التقارب بين الاموال الثقافية غير المادية و الاموال الفكرية أصحاب الاتجاه السائد الى الدعوة الى إيجاد صنف جديد من حقوق الملكية الفكرية ذو صفة جماعية ومحددة من حيث الوقت[24].

اذا فالمال الثقافي المعنوي يمكن ان يقع في منطقة الوسط بين المال الثقافي العام وحقوق الملكية(الحقوق الادبية والفنية) مما يعطيه طابع خاص متميز.

ومن الناحية العملية، لا يوجد لحد الآن موقف حاسم بشأن تصنيف جميع عناصر المال الثقافي غير المادي [25] ، حتى أن تعبير المال الثقافي غير المادي هو مجرد نعت مجازي غير ثابت من الناحية القانونية ،و إن التلكؤ في ايجاد صنف الاسناد الملائم للحقوق الواردة على الاشياء الثقافية غير الملموسة يقود بلا شك الى أسس غير ثابتة، نظرية لا يمكن التعويل عليها في الاسناد الى قانون معين أو في تعيين المحكمة المختصة من أجل ذلك[26].

هنالك حالات يكون فيها الاموال الثقافية مرتبطة بأكثر من دولة كالتراث الديني فهنا اذا يحصل تنازع في القوانين لتعدد روابطها ،فيكون ارتباطها قائم على العنصر الانساني اكثر من ارتباطها في العنصر المكاني(الجغرافي) ، مما يضعف معه التركيز الجغرافي

---

21 - اتفاقية اليونسكو بشان حماية التراث الثقافي.
22 - ياسين بناصر، الاموال الثقافية واشكالية تنازع القوانين، المغرب، 2020، ص 508.
23 - الدومين العام: هي الاموال التي تمتلكها الدولة او هيئاتها العامة والتي تخضع للقانون العام وتكون مخصصة للنفع العام.
24 -اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح في اتفاقيتي1907 و 1899.
25 -حمادو فاطمية،الحماية من الاتجار الغير مشروع للمتلكات الثقافية، 2010، ص 17.
26 - نافع بحر سلطان، فكرة المال الثقافي في القانون الدولي الخاص ،جامعة النهرين،2017 ،

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

لكن لا ينعدم، مقابل قوة التركيز الاجتماعي للارتباط الاكثر.

في نهاية البحث قد يتبادر السؤال هل يجوز التعامل بالأموال الثقافية ام لا؟ حسب ما توصلنا اليه من خلال بحثنا تكون هذه الاموال غير قابلة للتعامل فيها لأنه اذا تم التعامل فيها ستفقد اهميتها كأموال ثقافية وكونها منتمية لمجتمع معين، ولا بد من بيان ان الاموال الثقافي المعنوية كلما استطاع الافراد التعامل بهل كلما اقتربت من الملكية الفكرية وكلما حظر التعامل فيها اقتربت من المال الثقافي المعنوي. فينشط في الحالة الاولى التنازع في حين يضعف في الحالة الثانية .

المطلب الثاني

أثر تكييف المال بحسب عائديته في تحديد القانون الواجب التطبيق

يرتبط التنازع بحسب عائديه المال ففي ظل عائديه المال للإفراد ينشط التنازع سواء بفعل التكييف ام بعده وفي ظل عائديته للدولة يضعف التنازع ويكاد ينعدم عند تكييفه فلا يحتاج قاضي النزاع لقواعد القانون الدولي الخاص في التكييف ومن ثم لا حاجة لها بعده .

بما أن الاموال تقسم بحسب عائديه الى اموال خاصة تعود ملكيتها الى اشخاص معينين بالذوات و الى اموال عامة تعود ملكية الى الدولة متمثلة بمؤسستها، و الاموال تكتسب كما هو متعارف عليه دولياً صفة المال الثقافي بإقرار الدولة الكائن فيها كونها تعود لمورث تاريخي و حضاري او ديني يتعلق بثقافة شعب في زمن من الازمنة ، من ثم انتقال ملكية هذه الاموال بالتصرفات الناقلة للملكية يعارضها مبدأين متمثل في سلطة الفرد على الاموال العائدة لملكية ممارسة كافة انواع التصرفات و كونها اموال تعد جزء من مورث شعب و دولة من جهة اخرى ، **وتكييف المال** من حيث عائديته تبرر صحة التصرفات الناقلة لملكية و حسب طبيعته سواء كانت اموال عامة **أم** خاصة ، من ثم تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة الخاصة الدولية . لبيان ما تقدم نقسم المطلب الى فرعين سنبحث في الفرع الاول تكييف المال الثقافي الخاص **وفي** الفرع الثاني **س**نبين تكييف المال الثقافي العام .

الفرع الاول

تكييف المال الثقافي الخاص

تحدد التصرفات الناقلة لملكية المال الثقافي الخاصة باتباع اجراءات قانونية محدده تختلف تبعاً لاختلاف موقع المال الثقافي وفي هذا الاطار يمكن أن تثار فرضية المال الثقافي الى عام و خاص مما ينعكس ذلك على التكييف و بما يتبعه من اثارة التنازع و عندها يمكن القول أن التنازع ينشط في الاموال الخاصة و يقل او ينعدم في الاموال العامة و يمكن بيانها كالاتي :

- إذا كان موقع المال الثقافي خارج العراق وَ أريد ابرام تصرف قانوني ناقل ملكية المال الثقافي فالزم المشرع العراقي وفق قانون الاثار و التراث رقم 55 لسنة 2002 في المادة 20 منه (اولا - يلتزم من يدخل اثرا منقولا او مادة تراثية الى العراق وفق القانون بأن يقدم تصريحا بها الى السلطة الكمركية فور ادخالها . ثالثاً – يلتزم من يدخل الاثر المنقول او المادة التراثية بتسجيله لدى السلطة الاثارية خلال (30) ثلاثين يوما وفق ما نصت عليه ..)

الا أن الاشكالية التي تثار عند تكييف عائديه المال الثقافي الموجود خارج العراق ، في صدد علاقة دولية خاصة معروضة أمام القضاء العراقي لبيان عائديه الجهة التي يملكها المال ، و تحديد مشروعية التصرفات الواردة على المال المنقول ، كون المشرع العراقي اشترط في المادة (20) من قانون حماية الاثار و التراث **(... يلتزم من يدخل اثرا منقولا او مادة تراثية الى العراق وفق القانون ...)** .

ففي حال عرض النزاع أمام دولة القاضي لتحديد عائديه المال الثقافي هل هو من الاموال الخاصة أم من الاموال العامة ، اذا ما اتفقنا أن الاختصاص ينعقد في تكييف العلاقة القانونية المتعلقة بالأموال الثقافية يرجع الى قانون بلد الأصل الذي يرتبط به المال

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الثقافي نظراً لخصوصيته [27] .

الا أنه تبرز التحديات امام القاضي المختص في تكييف طبيعة المال الثقافي في البحث عن الهوية الوطنية الخاصة للمال الثقافي و يمكن اعمالها من جانبين :الجانب الاول يتمثل في دور القضاء في تكليف الاشخاص المعنين في النزاع في اثبات واقعة التكييف المادي و ذلك من خلال البحث عن المورث التاريخي للمال الثقافي الذي يثبت عائديه المال الى جهة خاصة و يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات المادية كالمستندات الرسمية المعتمدة من قبل الجهات الرسمية ، ووفقاً لقانون حماية الاثار العراقية فأن الزام كل مالك او حائز لمال ثقافي أن يتولى تسجيله في مدونة التراث المالي الثقافي [28] و هنا يمكن أن يثار التنازع في أطار الدولة لأثبات الصفة الثقافية بين اعتماد الدليل الكتابي او الاساليب الفنية في تحليل الاثار و تحديد عمرها ومصدرها .

ومن جهة اخرى طرح الفقه نظريات في تحديد عائديه المال الثقافي فذهب جانب من الفقه الى أعمال نظرية الملكية الكلاسيكية و تقوم هذه النظرية على أن اثبات ملكية الاشياء يشترط وجود علاقة ما بين الاشخاص و الاشياء المراد اثبات عائديته و العلاقة هنا تفترض أن تكون هناك علاقة بين كيانات موجودة بالفعل تتمثل كيانات منفصلة بشكل واضح وموحد داخليا . و بموجب تحديد هذه العلاقة يمكن على ضوئها تحديد طبيعة العلاقة التي تربط المال الثقافي بمالكها ، و يمكن على اثره تمييز المال الثقافي **الذي** تعود ملكيته الى الدولة و يعرف بالمال الثقافي العام الذي يتميز عن المال الثقافي الذي تعود ملكيته الى الاشخاص [29] .

في حين يذهب الفقيه ويليام لوغان الى أن الاموال عند دخولها دائرة تصنيف الاموال الثقافية تخرج عن كونها اموال خاصة ، لارتباطها بمورث جماعي و بتعارض الحق الشخصي مع مصالح العامة فتغلب المصالح العامة عليها ، من ثم لا يكيف المال على أنه من الاموال الخاص انما يعتبر الاموال الثقافية من الاموال التي تمثل مورث حضاري جماعي [30] .

و ينعكس جوده تكييف الاموال الثقافية بالعمومية ، الاحتفاظ بقيمتها واهميتها وعدم جواز الحجز على الاموال الثقافية بعدها من الاموال الخاصة ، و لا يمكن تملكها بالتقادم وفق القانون ، و في طبيعة الحال منع التصرف بها كونها ذات صفة عامة مما يسهم ذلك في تكريس حمايتها الفاعلة و الحفاظ عليها كمورث حضاري و تاريخي [31] . كما ان له أهمية في اطار تنفيذ العراق لسياسته في استرداد الاثار المهربة عند الدفع بتطبيق القواعد الامرة في نصوص القانون وعن طريق التعاون الدولي الذي يسعى الى استعادة الاثار و التراث العراقي [32] . و بذلك تسترد الاموال الثقافية بالقواعد العامة كما يمكن ان تسترد تلقائيا بشكل ودي بين دولة الاصل والدولة الكائن فيها المال الثقافي33 لا بموجب قواعد التنازع (قواعد الاسناد) و لكن القواعد الاخيرة يمكن ان تنشط في الاموال ذات الطبيعة الخاصة .

و هذا ما ذهب اليه المشرع المصري بتعديل قانون حماية الاثار في مصر رقم 117 لسنة 1983 و الغيت المادة التاسعة منه التي تقضي الى جواز التصرفات على الاموال الثقافية المنقولة الخاصة بموافقة السلطات المختصة و عدم جواز اخراجها الى خارج البلاد . الا ان هذا النص الغي وفق التعديل الاخير للقانون[34] الا أن يمكن القول أن التنازع يكون متحقق قبل التعديل في جزء من

---

[27]) ينظر : د. نافع بحر سلطان ، فكرة المال الثقافي ، بحث منشور في مجلة كلية القانون جامعة النهرين ، مجلد 3 ، ج 1 ، 2017 ، ص 8 .

[28]) ينظر المادة (17 / رابعا) من قانون حماية الاثار و التراث العراقي النافذ .

[29]) Bahar Akyan ,saving hasankeyf , international journal of cultural property ,2018 , p 20

[30]) op , 23.

[31])دالي سعيد ، اهمية المال الثقافي و طبيعته ، بحث منشور في مجلة القانون و العلوم البيئية ، المجلد 2 ، 2023 ، ص 115 .

[32]) ينظر : د. نافع بحر سلطان ، المصدر السابق ، ص 12 .

[33] - Audit, BernardLe statut des biens culturels en droit international privé français In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 46 N°2, Avril-juin 1994. pp. 408

[34]) ينظر : د. وليد محمد رشاد ابراهيم ، حماية الاثار و عناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، 2008 ، ص 127 . عدل قانون الاثار رقم 117 لسنة 1983 بموجب القانون رقم 144 لسنة 2006

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الاموال الثقافية التي تدخل الصفة الخاصة فيها الجائز تملكها ، وان الاموال بعد اكتسابها الصفة العامة يغيب فيها التنازع لارتباطها بسيادة الدولة ودخولها في دائرة حضر التعامل بها ،و سيعود أليها التنازع مرة اخرى عندما يتحول المال الى مال خاص فيكون بذلك المجال الطبيعي لتنازع القوانين .

واخيرا يمكن القول ان التراث الثقافي ياخذ صفة "تراثًا مشتركًا للإنسانية". وفقا لاتفاقية لاهاي لعام 1954

كما ان كل شعب يقدم مساهمته في ثقافة من لون ليصنع طيف ثقافي عالمي[35]

الفرع الثاني

تكييف المال العام

على الرغم من الاهمية التي يحوزها المال الاثري باعتباره يمثل الشاهد الحضاري على مدى التطور الذي وصلت اليه الشعوب والحضارات القديمة الا ان الدول تفاوتت من حيث مدى اعتبار المال الاثري من الاموال العامة او الاموال الخاصة وهذا التفاوت كان نابعا من الاختلاف الذي يسود الدول في العالم اليوم من حيث النظام الذي تسير عليه ومدى اعطاء الفرد الحرية في اقتناء الاموال الاثرية[36], وقد اعطت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الشأن[37], صلاحية تعيين وتحديد مختلف الاموال الاثرية الى الدولة التي يقع في اقليمها ذلك المال, ولم تتضمن اي معيار للتفرقة بين المال الاثري العام والخاص لأن ذلك يتعلق بأعمال السيادة للدول والتي تختص بتحديد وتعيين اموالها الاثرية العامة والخاصة[38].

عدت بعض التشريعات الاثارية الاثار وكمبدأ عام من اموال الدولة العامة ، غير انها اجازت استثناءً ، للأشخاص (طبيعية ومعنوية) تملك بعض تلك الاثار ، لأنه توجد مصلحتين متعارضتين ، الاولى هي مصلحة الأفراد المتمثلة بحقهم في الملكية الخاصة للأثار على اساس انها تحقق نوعاً من الاستثمار لرؤوس الاموال ، والثانية هي المصلحة العامة المتمثلة في المحافظة على هذه الاثار من التلف والضياع لو انها تركت بين ايدي الأفراد العاديين الذين تعوزهم الخبرة في طرق المحافظة عليها واساليب صيانتها[(39)].

وبناءً على هذا فان هذه التشريعات قد رجحت كفة المصلحة العامة للدولة على مصلحة الافراد ، وعد كافة الاثار من اموال الدولة العامة لما لها من اثر في ابراز واظهار الدور الحضاري والفكري لهذه الدولة او تلك, ومن التشريعات الاثارية التي تبنت هذا الاتجاه قانون الاثار العراقي السابق رقم (59) لسنة 1936 [(40)] حيث نصت المادة الثالثة منه على مبدأ عام يقضي بملكية الدولة لكافة الاثار حيث جاء فيها ((كل ما يوجد في العراق من الاثار المنقولة وغير المنقولة سواء ما كان منها على سطح الارض او في

---

[35] - The European Journal of International Law Vol. 23 no. 3 © The Author, 2012. Published by Oxford University Press on behalf of EJIL Ltd. All rights reserved. For Permissions, please email: journals.permissions@oup.com EJIL (2012), Vol. 23 No. 3, 719–730 doi:10.1093/ejil/chs039 Public and Private in the International Protection of Global Cultural Goods pp.729-730

[36] علي حسن عبد الامير, اثر تكييف الاموال الاثرية على استرداد بوابة عشتار, بحث منشور, مجلة الحقوق, تصدر عن كلية القانون جامعة المستنصرية, 2011, المجلد 4, العدد 15, ص 269.

[37] ومنها اتفاقية حماية التراث العالمي الثقافي و الطبيعي لسنة (1972) واتفاقية حماية التراث الثقافي غير المادي لسنة 2003 المنعقدتين في باريس.

[38] ينظر المادة (2) من اتفاقية حماية التراث الثقافي والطبيعي و المادة (12) من اتفاقية حماية التراث الثقافي غير المادي .

[(39)] فراس ياوز عبد القادراوجي ، الحماية الجنائية للاثار ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد ، 1998 ، ص111.

[(40)] وتبنى هذا الاتجاه ايضا قانون الاثار السوري لسنة 1963 ، ونظام الاثار السعودي لسنة 1972.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

باطنها يعتبر من ثروة الدولة العامة فلا يجوز للافراد او الجماعات ان يتصرفوا بها او يدعوا بملكيتها الا ضمن القيود الموضوعة في هذا القانون)), ان نص هذه المادة صريح في تثبيت ملكية الاثار والتي تعد كمبدا عام ملكية عامة, وايضا تبنى هذا الاتجاه قانون الاثار المصري رقم 117 لسنة 1983 والذي اعتبر جميع الاثار من الاموال العامة[41].

اما قانون الاثار العراقي النافذ رقم 55 لسنة 2002 فلم نجد نص مماثل فيه الا انه عد الاثار والتراث في العراق من اهم الثروات الوطنية[42], وفي موقف مشابه ذهب قانون التراث الفرنسي الصادر بموجب الأمر (178 لسنة 2004) الى وصف الاثار ذات الملكية العامة بأنها كنوز وطنية[43].

---

[41] ينظر المادة 6 من قانون الاثار المصري رقم 113 لسنة 1983 والتي نصت (تعتبر جميع الآثار من الأموال العامة – عدا ما كان وقفاً – ولا يجوز تملكها أو حيازتها أو التصرف فيها إلا فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى هذا القانون والقرارات المنفذة له).

[42] نصت المادة الاولى من قانون الاثار والتراث العراقي النافذ رقم 55 لسنة 2002 على ان (الحفاظ على الاثار والتراث في جمهورية العراق بأعتبارها من اهم الثروات الوطنية).

[43] وقد احسن المشرع الفرنسي عند تحديده فئات الاثار التي تتضمنها الكنوز الوطنية في المادة (L111-1) منه بقولها (الكنوز الوطنية هي:

1- الممتلكات التابعة لمجموعات المتاحف الفرنسية.

2- المحفوظات العامة الناتجة عن الاختيار المنصوص عليه في المادتين .L 2-212و.L3-212، وكذلك الممتلكات المصنفة كمحفوظات تاريخية بموجب الكتاب الثاني.

3- الممتلكات المصنفة كمعالم تاريخية بموجب الكتاب السادس.

4- الممتلكات الأخرى التي تشكل جزءاً من الملك العام المنقول، بالمعنى المقصود في المادة L. 2112-1 من القانون العام لملكية الأشخاص العموميين، باستثناء المحفوظات العامة المذكورة في الفقرة 2 من نفس المادة L 2112-1 .

5- الممتلكات الأخرى ذات الأهمية الكبرى للتراث الوطني من وجهة نظر التاريخ أو الفن أو علم الآثار أو معرفة اللغة الفرنسية واللغات الإقليمية.)

1- النص الاصلي للمادة :

2- Sont des trésors nationaux :

3- 1° Les biens appartenant aux collections des musées de France ;

4- 2° Les archives publiques issues de la sélection prévue aux articles L. 212-2 et L. 212-3, ainsi que les biens classés comme archives historiques en application du livre II ;

5- 3° Les biens classés au titre des monuments historiques en application du livre VI ;

6- 4° Les autres biens faisant partie du domaine public mobilier, au sens de l'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques, à l'exception de celles des archives publiques mentionnées au 2° du même article L. 2112-1 qui ne sont pas issues de la sélection prévue aux articles L. 212-2 et L. 212-3 du présent code ;

7- 5° Les autres biens présentant un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie ou de la connaissance de la

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

كما اجاز المشرع العراقي تملك الاشخاص للاثار والتراث في وذلك وفقا لنص المادة العاشرة من القانون ذاته والتي سمحت للاشخاص (طبيعية ومعنوية) بالحفاظ على ملكيتهم للاثار العقارية[44], اضافة الى ذلك فان المشرع العراقي وان حظر على الاشخاص الطبيعة والمعنوية حيازة الاثار المنقولة [45]، واوجب تسليم ما في حيازتهم من اثار سواء ما كان منها مسجلاً ام لا ، الى دائرة الاثار والتراث خلال ثلاثين يوما من تاريخ نفاذ قانون الاثار رقم (55) لسنة 2002 [(46)] الا انه قد استثنى الاثار المنقولة الموجودة في الجوامع والمساجد والاماكن الاخرى المذكورة في المادة العاشرة من قانون الآثار العراقي وذلك لاعتبارات دينية إذ انها تعد من مكملات المراقد الدينية والعتبات المقدسة والكنائس وبقية المعابد لمختلف الديانات المعترف بها في بلدنا ، اضافة الى انه استثنى المخطوطات الاثرية الموجودة في حوزة الاشخاص الطبيعية والمعنوية [(47)] حيث سمح المشرع للاشخاص الموجودة في حيازتهم المخطوطات الاثرية ، بحيازتها وذلك لوجود كثير من المخطوطات الاثرية النادرة التي يخفيها الاشخاص اعتزازاً منهم بها لكونها تعد ارثا ذا قيمة كبيرة تناقلتها عائلاتهم جيلا بعد اخر، فالمشرع بهذا الاجراء كان موفقا في اخراج الكثير من المخطوطات النادرة والتي كان الافراد يخفونها خوفا منهم في ان تصادر من قبل دائرة الاثار والتراث[(48)]

واخيرا ولما تقدم بيانه من استثناءات على المبدأ العام ، القاضي بأن الاثار المنقولة وغير المنقولة تعد من ثروة الدولة العامة ، تبين ان الاموال الاثرية المملوكة للدولة تختلف عن اموال الدولة العامة من عدة نواحي وتتشابه معها في مواطن معينة ومنها:

ان الاموال الاثرية تعد من ثروة الدولة العامة[(49)] فلا يجوز للافراد او الجماعات ان يتصرفوا بها الا ضمن القيود الموضوعة في قانون الاثار العراقي ، كما انها لاتباع وبذلك تتشابه مع الاموال العامة بأنه لا يجوز التصرف بها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم[(50)]، ومن ثم لاتدخل ضمن نطاق تنازع القوانين .

وايضا تسجل الاموال العامة باسم الدولة او احد الاشخاص المعنوية العامة ، وكذلك تسجل الاموال الاثرية عادة باسم وزارة المالية وتخصص لأغراض الهيئة العامة للأثار والتراث [(51)], الا انهما يختلفان فيما يلي:

اولا: ان الاموال العامة يتم تخصيصها للمنفعة العامة بالفعل او بمقتضى القانون وينتهي هذا التخصيص بمقتضى القانون وبالفعل او بانتهاء الغرض الذي من اجله تم تخصيص الاموال المذكرة للمنفعة العامة[(52)]. وعندئذ تتحول تلك الاموال العامة الى اموال خاصة

---

langue française et des langues régionales

[44] نصت المادة العاشرة من قانون الاثار والتراث العراقي النافذ رقم 55 لسنة 2002 (تخضع الجوامع والمساجد والعتبات المقدسة ودور العبادة والمشاهد والمقابر و التكايا والصوامع و البيع والكنائس والاديرة والخانات المملوكة اوالموقوفة لتصرف الاشخاص الطبيعية أو المعنوية التي تملكها أو تتولى ادارتها على ان تستخدم لاغراض التي انشئت من اجلها مع عدم الأضرار بها أو تشويهها، مع النظر مع توسيعها وتطويرها وفق متطلبات العصر وخاصة العتبات المقدسة).

[45] للمزيد ينظر الحكم القضائي الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد: 13828/ الهيئة الجزائية/ 2022, حيث قضت محكمة التمييز الاتحادية في حكمها المذكور انفا بمصادرة مواد اثرية بحيازة شخص بريطاني كان لا يعلم بأنها اثرية وارسالها الى وزارة الثقافة, استنادا الى المادة (17) من قانون الاثار العراقي رقم 55 لسنة 2002 .

[(46)]الفقرة (اولا و ثانيا) من المادة السابعة عشرة من قانون الاثار العراقي رقم (55) لسنة 2002 النافذ من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية في 2002/1/1.

[(47)]راجع فقرة (2) من المادة السادسة عشرة من قانون الاثار العراقي رقم (59) لسنة 1936 المعدل .

[(48)] د.اسامة ناصر النقشبندي ، جهود دائرة الاثار العراقية في تجميع وحماية المخطوطات ، تقرير مقدم الى حلقة ، حماية المخطوطات العربية وتيسير الانتفاع بها والتي عقدت ببغداد ، معهد المخطوطات ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية ، بغداد ، 1975،ص2 وما بعدها.

[(49)]تنص الفقرة (1) من المادة الاولى من قانون الاثار العراقي : (((الحفاظ على الاثار والتراث في جمهورية العراق بأعتبارها من اهم الثروات الوطنية).

[(50)]راجع الفقرة الثانية من المادة الحادية والسبعين من القانون المدني العراقي.

[(51)]المادة السابعة من قانون الاثار العراقي النافذ.

[(52)]راجع المادة الثانية والسبعين من القانون المدني العراقي.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وتفقد بذلك ما يوفره القانون من حماية للاموال العامة[53] وهنا يمكن ان يظهر تنازع القوانين فيها لاحقا, اما الأموال الاثرية فانها تبقى محافظة على وصفها (اثرية) مهما طالت مدتها[54]، فلا نتوقع ظهور التنازع فيها .

ثانيا: لم يميز القانون المدني العراقي بين الاموال العامة المنقولة وغير المنقولة، فالنوعين المذكورين يخضعان لنظام قانون واحد. في حين ان قانون الاثار يميز بين الاثار المنقولة وغير المنقولة ويضع لكل منها نظاما قانونيا معينا.

ولما تقدم بيانه من اختلاف بين الاموال العامة والاموال الاثرية المملوكة للدولة يتبين ان الاموال الاثرية المملوكة للدولة لا يمكن عدها من الاموال العامة ، لان هناك تباينا في الاحكام القانونية المنظمة للنوعين المذكورين من الاموال ، كما ان الاموال الاثرية المملوكة للدولة لا يمكن ان تعد من اموال الدولة الخاصة وإلاجاز التصرف بها واستغلالها وهذا لا يجوز الا ضمن القيود التي وضعها القانون.

وتأسيساً على ذلك يرى البعض إن الاموال الاثرية المملوكة للدولة ، أموال ذات طبيعة خاصة افردها المشرع باحكام قانونية من اجل حمايتها وتحقيق مرونة في التصرف بها اذا كان من شأن ذلك تحقيق الصالح العام[55].

ويترتب على تصنيف المال الثقافي بأنه عام او خاص نتائج مهمة في ميدان تنازع القوانين, فالدولة او الشخص المعنوي العام عندما يطالب بإسترداد المال الثقافي بالاستناد الى قانون حماية الاثار الوطني لضمان الصفة العامة للمال يختلف عن المدعي الذي يطالب باسترداد المال الثقافي عند سرقته مثلا, بالاستناد الى حقه الذي يقوم على الملكية الخاصة, فالاملاك الثقافية العامة تدفع بقوة نحو تحييد قاعدة الاسناد التقليدية لصالح تطبيق القواعد الامرة في قانون الدولة صاحبة الحق في المال الثقافي, ولا يستثنى المال الثقافي الخاص من تطبيق قاعدة الاسناد التي تشير الى تطبيق قانون موقع المال, كما انه يخضع ايضا لقواعد آمرة تؤخذ بنظر الاعتبار عند تطبيق القانون الذي حددته قاعدة الاسناد التقليدية, كتلك القواعد التي تقيد تداولها او خروجها[56], وهذا ما أكده القانون الدولي الخاص البلجيكي في المادة (90) منه التي اخضعت استرداد المال الذي تعده دولة ما جزءاً من تراثها الثقافي الى قانون هذه الدولة وقت التصدير, اذا كان اخراجه او تصديره تم بطريق غير مشروع, فتخضع مطالبة الدولة بهذا المال لقانونها النافذ في ذلك الوقت, او اذا اختارت هذه الدولة قانون الدولة التي يوجد في اقليمها هذا المال وقت المطالبة به, كما وفر الحماية للحائز حسن النية اذا كان قانون بلد الاصل لا يوفر له الحماية فيجوز لهذا الحائز الاحتجاج بالحماية التي يكفلها قانون الدولة التي يوجد في اقليمها المال وقت المطالبة به[57].

المبحث الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق في انتقال ملكية المال الثقافي

تعد الأموال الثقافية تعبيراً عن ماضي الامم وحضاراتها ، فهي ذكريات مجسدة ماديا ومعنويا ، لذا نجد ان كل الدول تحرص على حمايتها ازاء التصرفات المشروعة أو غير المشروعة التي تتناولها، ويزداد الامر تعقيدا عندما تعبر هذه الاموال حدود الدول فتكون العلاقة بشأنها متأرجحة بين عدة قوانين وهو ما يثير مساحة من التنازع بينها ، ويمكن ان تظهر الحاجة الى اعمال قواعد الاسناد فيها لتحديد القانون الواجب التطبيق ، ويمكن ان تتعطل هذه القواعد عن العمل لفاعلية القواعد ذات التطبيق مقابلها فيكون

---

(53) علاء يوسف اليعقوبي حماية الاموال العامة في القانون الاداري ، دراسة مقارنة مع تفصيل متعلق بحماية الاموال العامة في العراق ، رسالة ماجستير مقدمة الى ملكية القانون والسياسة ، بغداد ، 1977 ، ص7 وما بعدها.

(54) راجع المواد (24،16،7) من قانون الاثار العراقي.

(55) د.غازي فيصل مهدي ، النظام القانوني للاموال الاثرية في العراق ، بحث منشور في مجلة صدام للحقوق ، المجلد الثالث. العدد الثالث ، كلية القانون جامعة صدام ، بغداد ، 1999 . ص127-139.

56 د. نافع بحر سلطان, فكرة المال الثقافي في القانون الدولي الخاص، مجلة كلية الحقوق ـ جامعة النهرين، المجلد 19، العدد 3، الجزء الأول، 2017، الصفحات 145.

57 د. نافع بحر سلطان, القانون الدولي الخاص البلجيكي- ترجمة عربية للنص الرسمي والانجليزي,ط1, دار السنهوري , بيروت , 2023. ص 79

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

هناك تنافس بين القواعد من الفئتين ، وعلى الجهة الناظرة في النزاع ان ترجح الفئة الاكثر حماية لهذه الأموال، فمنهج تنازع القوانين وما يفرزه من قواعد تقليدية لا يكفي أحيانا لتوفير الحماية لهذه الطائفة المهمة من الأموال، وهو ما يستدعي اعتماد المنهج الحديث المتمثل بالقواعد الموضوعية .

و في ضوء ما تقدم و لأجل تحديد القانون الواجب التطبيق في ملكية المال الثقافي فإن الامر يقتضي تقسم هذا المبحث على مطلبين، سنتناول في المطلب الأول: دور قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق، في حين سنبحث في المطلب الثاني: دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

المطلب الاول

دور قواعد الاسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق

نظراً للأهمية الكبيرة للمال الثقافي بوصفه وحيا موضوعيا معبرا عن ماضي الامة وتاريخها وواجهة حضارية واقتصادية مهمة للدولة بما يحمله من قيم ثقافية وروحية تتصل بشعور الأفراد، ولما كان المال الثقافي يتضمن في جزء كبير منه اموالاً منقولة يسهل تداولها بين أقاليم متعددة بصورة مشروعة أو غير مشروعة ،فسنشهد خضوعها لأكثر من قانون ، وإن تطبيق قاعدة الإسناد التقليدية التي تقضي بخضوعه الى قانون موقعه قد تؤدي في بعض الأحيان الى خروج مال ثقافي مهم من عهدة دولة تملكه وذات صلة به الى دولة أخرى لا تربطها به أي علاقة تاريخية او ثقافية سوى انه قد وجد فيها اثناء وقوع التصرف الذي ورد عليه، لذلك استحدث الفقه قاعدة اسناد خاصة تطبق على المال الثقافي على وجه الخصوص استثناء من قواعد الاسناد التقليدية وهي تقضي بتطبيق قانون بلد الأصل، وهو ما يثير التساؤل حول أي قانون اكثر حماية وكفاءة ؟ هل هو قانون موقع المال الفعلي أم قانون البلد الأصلي ؟

وفي ضوء ما تقدم و لغرض بيان مدى كفاية قواعد الاسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق في ملكية المال الثقافي فإن الأمر يقتضي تقسيم هذا المطلب على فرعين، سنتناول في الفرع الأول: دور قواعد الإسناد التقليدية، في حين سنبحث في الفرع الثاني: دور قواعد الإسناد المستحدثة، وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول

دور قواعد الاسناد التقليدية

لم ينظم المشرع العراقي ضوابط الاختصاص التشريعي الخاصة بالأموال الاثرية وانما اشار الى هذه الضوابط ضمن القانون المدني العراقي, لذلك سنبحث الضوابط التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق وامكانية تطبيقها على ملكية المال الثقافي, وسنقتصر في هذا السياق على قاعدتين تتمثلان بقاعدة قانون الارادة وقاعدة قانون موقع المال.

اولا- الاسناد لقانون الارادة

لا يضم التشريع العراقي قاعدة اسناد خاصة بشأن العقود الدولية الواردة على الاموال الثقافية، لذلك تطبق على المسائل التعاقدية القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 1/25 من القانون المدني العراقي، التي تقضي بسريان القانون الذي اختاره المتعاقدان صراحة أو ضمنا فإن لم يوجد مثل هذا ً الاتفاق فيسري قانون الدولة التي يوجد فيها موطنهما المشترك، فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد. من حيث المبدأ، فإن ما يقع في دائرة التعامل من المال الثقافي يشكل نسبة قليلة وما يخرج عنها يمثل النسبة الاكبر, وبذلك يتحدد دور قواعد الاسناد في الاموال الثقافية الداخلة في دائرة التعامل, ويمكن تشغيل قواعد الاسناد في الايجار او الوديعة او المقاولة او صيانة المال الثقافي فهي اعمال ادارة وليس تصرفات ناقلة لملكية المال الثقافي فحركة قواعد الاسناد تكون طبيعية في الاعمال الاولى مقابل جمودها في الاعمال الثانية .

ولكن ينبغي مراعاة الاتفاقيات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تتضمن قواعد موضوعية تحدد كيفية ابرام هذه العقود

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وتنفيذها، أو التي تحتضن قواعد اسناد خاصة تتعلق بأحد أو بجميع هذه العقود[58].

وبخصوص هذا الضابط يمكن القول ان بيع منقول في دولة ثم نقله الى دولة اخرى, لا يجيز قانونها التصرف في الاثار لأنها اموال عامة, فإنه طبقا لمفهوم النظام العام في دولة الموقع الجديد للقطع الاثرية لا يعترف بعقد البيع في الدولة الاولى, ويمنح لدولة الاصل في طلب استرداد قطعها الاثرية, لذا فإنه لا يمكن اعتماد ضابط الارادة في تحديد الاختصاص التشريعي في التصرفات التي يكون محلها عقود بيع او ترتيب حق عيني على الاموال الاثرية[59], بدلالة المادة (61) من القانون المدني العراقي[60].

ثانيا- الاسناد لقانون موقع المال الثقافي

ترشد القاعدة العامة، في جميع الدول، الى خضوع التصرفات القانونية المتعلقة باكتساب أو زوال أو نقل الملكية أو الحيازة أو أي حق عيني آخر يترتب على الشيء، سواء كان عقاراً أم منقول لقانون موقع المال, ويحدد هذا الأخير الحقوق العينية التي تكون الأموال محلاً لها، و امتيازات صاحب الحق وقيوده و التكاليف و الالتزامات المفروضة عليه. يمكن تطبيق قاعدة الإسناد هذه في مسائل الحقوق العينية المترتبة على الأشياء الثقافية المادية، إذ لا تتضمن غالبية التشريعات قواعد خاصة تتعلق بتنازع القوانين، أو الاختصاص القضائي الدولي، بشأن نقل ملكية هذه الأشياء من الناحية الواقعية.

وقد اشارت اتفاقية باريس لصون التراث الثقافي غير المادي لسنة 2003 الى هذا المعيار في المادة 12 اذ اعطت هذه الاتفاقية لكل دولة طرف فيها صلاحية تحديد وحصر التراث الثقافي غير المادي الموجود في اراضيها.

لقد انتقد الإسناد الى قانون موقع المال، لأن تطبيقه يؤدي احياناً الى تسهيل عمليات تبييض المال، فالأموال الثقافية المسروقة من بلد معين، أو التي يصدرها مالكها بطريق غير مشروع، والتي يتم اكتساب ملكيتها بحسن نية في بلد آخر تضفي الشرعية على عقد بيعها في بعض التشريعات بقصد تعزيز التجارة و أمن المعاملات، كما ان هذا الاتجاه لا يفضي الى نتيجة فعالة في تمييز المال الثقافي عن غيره ولا الى مساندة المالك الاصلي في جميع الاحوال في استرداد ملكيته.

امام هذه النتائج السلبية للإسلوب التقليدي في تطبيق قاعدة قانون موقع المال، ظهر أسلوب حديث يدعو الى التوفيق بين ضابط موقع المال و مصلحة المالك القديم في المطالبة بالمال الثقافي، من خلال ابتكار بعض الاستثناءات عند تطبيق القاعدة التقليدية. بناء على ذلك قضت احدى المحاكم الايطالية بتطبيق قانون موقع المال وقت البيع، في قضية تتعلق بأموال ثقافية منقولة موجودة في ايطاليا لحظة المطالبة بها من قبل المالك القديم، إذ تم بيعها الى بعض الاشخاص في الاكوادور خلافا للأحكام القانونية النافذة في هذه الدولة التي تمنع بيع و تصدير الاشياء الفنية الكولومبية القديمة. لقد اعتبر الحكم القضائي بأن صفة الملكية للحائز الايطالي لم تكن صحيحة وفق قانون موقع المال وقت بيع هذه الاموال, اي القانون الاكوادوري[61]. يبدوا ان القانون الاخير طبق بصفته قانون محل تحقق الضرر لا بصفته قانون الموقع . وكانما التصرف غير المشروع بهذه الاموال استفز القانون الاكودوري اكثر من أي قانون اخر فيكون بذلك هو المطالب بحمايتها اكثر من غيره .

وهذا ما أكده القانون الدولي الخاص البلجيكي في المادة (90) منه التي اخضعت استرداد المال الذي تعده دولة ما جزءاً من تراثها الثقافي الى قانون هذه الدولة وقت التصدير, اذا كان اخراجه او تصديره تم بطريق غير مشروع, فتخضع مطالبة الدولة بهذا المال لقانونها النافذ في ذلك الوقت, او اذا اختارت هذه الدولة قانون الدولة التي يوجد في اقليمها هذا المال وقت المطالبة به, كما وفر

---

[58] د. وليد محمد رشاد ابراهيم, حماية الاثار وعناصر التراث الثقافي في القانون الدولي الخاص, دار النهضة العربية, القاهرة, 2008, ص 94.

[59] زيد رياض عبد الزهرة, الاختصاص التشريعي في التصرفات المشروعة الواقعة على الاموال الاثرية, بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق تصدر عن كلية الحقوق جامعة كربلاء, السنة الثالثة عشرة العدد الثالث, 2021, ص 511.

[60] 1والتي نصت (– كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية.
2 – والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها، والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية.).

[61] د. نافع بحر سلطان, مصدر سابق, ص 16.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الحماية للحائز حسن النية اذا كان قانون بلد الاصل لا يوفر له الحماية فيجوز لهذا الحائز الاحتجاج بالحماية التي يكفلها قانون الدولة التي يوجد في اقليمها المال وقت المطالبة به[62], و تمثل قاعدة قانون موقع المال التركيز الجغرافي للمال الثقافي, اما قاعدة قانون بلد الاصل فتمثل التركيز الاجتماعي لهذه الاموال كما يمكن ان تستتر القاعدة الاخيرة خلف قاعدة محل حدوث الضرر .

يسود في الوقت الحاضر تطبيق قانون موقع المال على الاموال الثقافية، لعدم وجود قواعد تنازع خاصة تتعلق بهذه الاموال وتستجيب لمصلحة جديرة بالاعتبار هي حماية التراث الوطني و تراعي القواعد الآمرة في القانون الاجنبي الواجب التطبيق. من أجل الانسلاخ من منظومة الاسناد العام ذات الضوابط الثابتة و النتائج غير المتوقعة، يتهيب الفقه المقارن الحديث لإبداع اسناد خاص يعتمد على هوية المال الثقافي و أصله و يضمن مصلحة كل دولة في حماية تراثها الثقافي و يقود الى نتائج متوقعة ([63]).

نستنتج من ذلك ان هناك عدة قواعد اسنادية تتوالى على المال الثقافي من حيث صيانته والحفاظ عليه والانتفاع به وعندما تنتهي هذه القاعدة تبدأ قاعدة اخرى من طبيعة مختلفة تتمثل بقاعدة قانون بلد الاصل, فنلاحظ ان هناك قواعد متنوعة تحكم المال الثقافي نظرا لطبيعته لذلك تظهر قواعد تقليدية وقواعد مستحدثة تتناوب على حكم المال الثقافي .

ان البوصلة ستتغير من قانون الموقع الحقيقي الى قانون الموقع المفترض (بلد الاصل) بأعتبار ان هذا المال يبقى ملازما لهذا الموقع المفترض خلال جميع الفترات فعندما تتعدد اماكن تواجده فان قاعدة الموقع الحقيقي تتعطل وتطبق قاعدة الموقع المفترض لان هناك استمرارية بسبب الصلة التاريخية بين المال الثقافي وبلد الاصل وهذه الصلة لا تنهار بفعل الزمان و لا بتغير المكان لذلك يعد المال الثقافي محضون ثقافيا ابتداء واصلا مهما تعددت حواضنه لاحقا احتراما للصلة التاريخية حتى وان انهارت دولة بلد الاصل, فان المال الثقافي يتصف بصفة الصمود والتحدي لمجريات الاحداث واختلاف الزمان والمكان والمتغيرات والمستجدات اللاحقة.

الفرع الثاني

دور قواعد الاسناد المستحدثة

لم تكن قواعد الاسناد التقليدية على درجة من الكفاية لحل تنازع القوانين في اطار ملكية المال الثقافي والتعامل به مما فتح ذلك الطريق امام الحاجة الى قواعد بديلة عنها تقضي بحلول تتناسب مع خصوصية هذه الاموال فظهرت قواعد اسناد مستحدثة تكون في الغالب ذات مصدر دولي يتمثل بالاتفاقيات الدولية ، وان عجز قواعد الاسناد التقليدية عن المواجهة ياتي من كونها وجدت لمواجهة الاموال بشكل عام (عقار او منقول او ما في حكمهما) وان هذا الاطلاق لا يمكن تطويعه وتكييفه باتجاه تسوية التنازع في اطار المال الثقافي مما استدعى ذلك وجود بديل اكثر مرونة وتكييف لمواجهة اشكاليات التعامل بالمال الثقافي ،فضلا عن ذلك ان قواعد الاسناد التقليدية قواعد وطنية في الغالب وان المال الثقافي له مفهوم عالمي يغيب عنده التناسب بين الاطار الدولي والمفهوم الوطني وان الاتفاقيات الدولية انتجت قواعد لها صفه عالمية يناسب طبيعة المال الثقافي ومن هنا جاءت فكرة القواعد المستحدثة.

وقد اشار ت لهذا المعنى في المادة الثانية من معهد القانون الدولي عام 1991 التي كانت تشير الى بلد الاصل كقاعدة اسناد مستحدثة (قانون بلد الاصل للمال الثقافي) وقضت بان يخضع نقل ملكية الاشياء الفنية التي تعود للتراث الثقافي لقانون دولة الاصل.

ومن ناحية اخرى سلكت الدول بشأن موقفها من المتاجرة وتداول الاموال الثقافية الى اتجاهين : الاول تتمثل في الدول التي تحمي اموالها الثقافية وتمنع التصرف فيها، كالعراق ومصر. فسُميت بالدول الحمائية, ودول ليبرالية وهي الدول التي تتيح التصرف بالأموال الثقافية كالولايات المتحدة الامريكية وسويسرا وبريطانيا وهولندا. لذا فمبدأ ((عدم التصرف في الاموال الثقافية)) الذي تتضمنه اغلب التشريعات الوضعية يصعب معرفته من قبل القاضي الذي يطبق القانون الاجنبي الواجب التطبيق في حكم الحقوق العينية في القضية المعروضة امامهُ، ومن هنا ظَهرَ تيار فقهي جديد[64] ، يُنادي بأن لكل مال ثقافي وطن يُنسب اليه، بدلا من قانون

---

[62] د. نافع بحر سلطان, القانون الدولي الخاص البلجيكي- ترجمة عربية للنص الرسمي والانجليزي,ط1, دار السنهوري , بيروت , 2023.

[63] - د. نافع بحر سلطان, مصدر سابق, ص 16.

([64]) أشار الى ذلك: د. نافع بحر سلطان ، مصدر سابق، ص 157.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

موقع المال. حيث يُعَرفُ بلد الاصل للمال الثقافي بأنه ((الدولة التي من وجهة النظر الثقافية يعتبر الشيء المتواجد على اقليمها مرتبطا برابطة اكثر أكثر وثوقاً بينه وبين الاقليم))[65] .

وعليه نستطيع القول ان معيار بلد الاصل هو مكان ميلاد او انتاج المال الثقافي ومنحه الهوية الوطنية وهو يقابل موقع بلد المال المفترض وفي حال التعامل مع بلد الاصل كونه مكان تصدير المال الثقافي بشكل غير مشروع فسيمثل ذلك القانون بلد حدوث الضرر.

فبلد الاصل يمنح المال الثقافي هويته الوطنية وفيها لا يؤثر المكان و الزمان بفعل النقل والتداول للمال الثقافي بين الدول .

السؤال الذي يثار هنا ما هو معيار تحديد معنى بلد الاصل؟ هل هو معيار شخصي (الجنسية) ام معيار موضوعي (مكان التصدير غير المشروع) ام معيار مختلط (يجمع فيه الجنسية والمكان)؟

فالمعيار أو الرابطة يمكن ان يكون معيار الجنسية او معيار الرابطة الاوثق أو معيار مكان التصدير غير المشروع وسنقوم ببيانها وفق ما يلي:

أولاً: معيار جنسية مبدع العمل الثقافي :

ثانيا : معيار مكان التصدير غير المشروع :

ثالثاً : المعيار المختلط:

أولاً: المعيار الشخصي (معيار جنسية مبدع العمل الثقافي)

يقوم هذا المعيار على طبيعة شخصية فهو يربط المال الثقافي بشخص معين او مجموعة اشخاص سواء كان هؤلاء وطنيين ام اجانب وهذا المعيار أُعتمدَ في اتفاقية اليونسكو 1970 في المادة (4) منها حيث نصت المادة سابقة الذكر على أن : ((.... أ- الممتلكات الثقافية التي يبتدعها فرد او مجموعة افراد من ابناء الدولة المعنية ، والممتلكات الثقافية التي تهم الدولة المعنية والتي يبتدعها داخل اراض تلك الدولة رعايا اجانب او اشخاص بلا جنسية مقيمون في تلك الاراضي ...)). إلا إنَّ هذين المعيارين لا يطبقان بشكل مطلق، حيث يَتسبب تطبيقهما بإهدار الكثير من الاموال الثقافية التي انتجها مؤلف معين اقام بعدة دول، إلا أنهُ تمسكَ بجنسية دولة واحدة، فوفق هذا المعيار فأن جميع الاموال تنسب الى الدولة التي تمسك المؤلف بجنسيتها حارماً الدول الاخرى من اموالها الثقافية، وهذا الامر حدث بشكل واقعي مع الرسام الكبير مارك شاغال، اقامت له فرنسا متحفاً وطنياً في نيس، وبالتالي فتطبيق المعيار السابق يجعل اعماله كلها لروسيا البيضاء وليس لفرنسا، وهذا امر مخالف للواقع[66], كذلك الرسام الهولندي فان كوخ انتج عده اعمال في فرنسا ولندن وامريكا , بلغت سعر لوحاته مليارات الدولارات.

في هذا الاطار، نادى بعض الكتاب بالإسناد الى قانون البلد الذي سرقت منه الاموال، لأنه يعكس رابطة اقليمية وثيقة بين المال المسروق و مكان السرقة .لقد أفضى الاجتهاد القضائي، في نزاع عرض على احدى المحاكم الامريكية، بأن اعتماد ضابط مكان السرقة، مكان وقوع الفعل الضار، لا يبدي رابطة وثيقة مع اللوحات المسروقة، بل تتحقق هذه الرابطة مع مكان اكتساب الملكية فمثلا تدور وقائع القضية حول لوحتين للرسام الالماني في ألمانيا سرقهما جندي أمريكي عشية الحرب العالمية الثانية، قام ببيعها في نيويورك عام 1946 ، و احتفظ المشتري بهما الى Weimar متحف عام 1966 ، حيث اكتشف أصل و قيمة اللوحتين بطريق الصدفة .أمام احدى محاكم نيويورك، طالب المتحف الالماني باسترداد اللوحتين، لكن المشتري تمسك باكتساب ملكية اللوحتين، بالتقادم المكسب لمدة 10 سنوات و الحيازة بحسن نية، وفق أحكام القانون الالماني البلد الذي حصلت فيه السرقة .ذهبت المحكمة الى أن سرق هذه اللوحات من ألمانيا لا يمكن أن تنقل عنصر الاسناد المتعلق باكتساب الملكية او تجعل النظام القانوني الالماني هو الواجب التطبيق، لذلك ان قانون موقع المال، الامريكي، هو الذي يتمتع بصلة وثيقة مع اكتساب الملكية بحسن نية من قبل المشتري.

([65]) المادة الاولى، الفقرة الثانية من قرار المجمع القانون الدولي .

[66]() أشار الى ذلك: د. نافع بحر سلطان ، مصدر سابق، ص158.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثانيا : المعيار الموضوعي (مكان التصدير غير المشروع)

عامل آخر من عوامل الكشف عن هوية المال الثقافي وقانون بلد الاصل يكشف عنه من خلال الاسناد الى قانون مكان التصدير غير المشروع .بموجب هذا المعيار، يحدد حظر تصدير الأموال الثقافية هوية الدولة التي تنتمي إليها، كأن أحكام الحظر ترمي الى اثبات رابطة مادية دائمة بين المال و الدولة .إن حركة المال عبر الحدود سوف لن تعرقل الاسناد الى قانون البلد الذي وجد فيه قبل تصديره بشكل غير مشروع .يبدو أن هذا العامل يوفر حلولاً عادلة و دقيقة، كما يتفق مع المفاهيم التي تحملها اتفاقيتا باريس لعام 1970و روما لعام 1995 التي تشير الى الدور المهم للدولة التي تم تصدير المال منها بشكل غير مشروع .في الحقيقة، ينسجم هذا المعيار مع الاموال الثقافية التي لا يسمح بتصديرها و خروجها من الاقليم، فهو يرسم بدقة هويتها الوطنية.[67] ويجعلها بمنى عن التعامل والتملك الخاص .

وبموجب هذا المعيار يُحدد حظر التصدير للأموال الثقافية هوية الدولة التي تنتمي اليها، حيث أن أحكام الحظر ترمي الى اثبات رابطة مادية دائمة بين المال والدولة(68), وهذا المعيار ينسجم مع الاموال الثقافية المحظور تصديرها فقط. نظرا لاعتبارات الحماية التي اوجبت نقل الاسناد من قانون الموقع الى بلد الاصل للأشياء الاثرية .وهو ما أكده قرار مجمع القانون الدولي وذلك لحماية التراث الثقافي القومي لدولة الاصل(69) ، ولكن يستثنى من ذلك :

1. تكييف المال الثقافي وتكييف التصرف الذي ورد عليه، فتكييف المال الثقافي في الغالب الأعم يخضع لقانون القاضي وفق نص المادة(10) مدني مصري والمادة(17) مدني عراقي[70]، عندما يعرض النزاع امام القاضي العراقي كما يخرج من نطاقه شهر التصرف القانوني الوارد على المال الثقافي وخضوعه لقانون الموقع .
2. إذا تم تكييف هذا التصرف على انه سرقة أو تهريب يخضعهُ لقاعدة الاسناد الخاصة بالوقائع القانونية أو الجرائم ويكون هنا نفوذ لمبدا اقليمية الجرائم والعقوبات .
3. كما أن قانون بلد الاصل يزيح قانون الموقع لكي يحكم مسألة نقل الملكية، ويحدد ما اذا كان المال المتعاقد عليه خارجاً عن دائرة التعامل، فيقضي ببطلان ذلك العقد ، وامتناع التسليم ، ووقف آثار التصرف حماية لتراث هذا البلد[71].
4. لا يطبق قانون بلد الاصل على شهر التصرفات الواردة على المال الثقافي ، فشهر التصرفات الواردة على المال الثقافي تخضع لقانون موقع هذه الاموال[72].

ثالثاً: المعيار المختلط (الجنسية والمكان)

قد يكون هذا المعيار واضح نوعاً ما من الناحية النظرية، الا انه من الناحية العملية يتخلله الكثير من الغموض. فما هو المقصود بالرابطة الاوثق صلة ؟ هل هي رابطة مكان نشأة المال الثقافي أم مكان نشأة المالك لها أم مكان اقامتهُ أو موطنه؟ لان ذلك يشكل

---

[67] د. نافع بحر سلطان ، فكرة المال الثقافي ، بحث منشور في مجلة كلية القانون جامعة النهرين ، مجلد 3 ، ج 1 ، 2017 ص19

([68]) أشار الى ذلك: د. نافع بحر سلطان ، مصدر سابق ، ص 159.

([69]) ويرى أحد الفقهاء الفرنسين ان هذا القرار ينطبق على الاموال الثقافية التي تأخذ حكم الاثار والاموال الأثرية ، اما الاموال الثقافية الفنية فأنها تخضع لقانون بلد الاكتساب وليس قانون البلد الموقع الفعلي وسنده في ذلك قله الاهمية الثقافية لهذه الاموال في نظر دولة الاصل وان علت قيمتها في السوق الفني :

S C. Carducci :La Restitution International des Biens Culturels et objects d' artvole-sexporte-ouillicitement,theseparis,LGDJ,1997,P-179.

([70]) نصت المادة(17) من القانون المدني العراقي على: ((2 – ومع ذلك فان القانون الذي يحدد ما اذا كان الشيء عقاراً او منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء)).

([71]) د. وليد محمد رشاد: مصدر سابق ، ص166.

([72]) د. وليد محمد رشاد، مصدر سابق، ص120.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مشكلة عندما يرتبط المال بأكثر من دوله وهذا المعيار اشارت له فرنسا[73] في المادة (5) من قانون سنة 1941 وكذلك نص المادة (4) من قانون 1992[74] واتفاقية توحيد القانون الدولي في المادة(2/8)[75], واتفاقية المعهد الدولي اشترط على الدولة الاصل التي تطالب باسترداد المال الثقافي تثبت ان تصدير المال ينال بشكل بالغ بالحفظ المادي للمال الثقافي وتكامل المال المركب والاستخدام التقليدي او الشعائري للمال الثقافي وان تثبت ان له اهمية ثقافية كبيرة [76]

المطلب الثاني

دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون واجب التطبيق في انتقال ملكية المال الثقافي

يتأثر تطبيق قواعد الإسناد بصفة عامة بمراعاة القواعد الموضوعية التي تحكم مسائل محددة، سواء كانت هذه القواعد ذات منشأ دولي كتلك الناجمة عن الاتفاقيات الدولية، أو ذات مصدر محلي كالقواعد الآمرة المنصوص عليها في قانون القاضي الذي ينظر النزاع أو قانون دولة أجنبية. في ميدان النزاعات التي تتعلق بالأموال الثقافية، يتجلى الاثر في مدى اعتبار القواعد الآمرة، المحلية والأجنبية والدولية، التي تتعلق بحماية المال الثقافي أو بحظر حيازته أو ملكيته أو نقل ملكيته أو إخراجه من الإقليم بشكل مشروع أو غير مشروع، وفي مدى احترام الحيازة بحسن نية التي ترد على هذا المال.

إذ تساهم القواعد الآمرة في تقويم الإسناد من خلال مراعاة القواعد الموضوعية المحلية الى جانب تلك التي أشارت إليها قاعدة الإسناد عند تحديد القانون الواجب التطبيق. كما تعمل النظم القانونية المتعلقة بحماية الحائز حسن النية على تعديل الإسناد من قانون اصل المال الى قانون موقع المال بوصفه محل تحقق الضرر ، سيما عند المطالبة باسترداد المال الثقافي بسبب خروجه غير المشروع من الإقليم فالأصل اذاً هو مراعاة القواعد القانونية الموضوعية متى ما وجدت من أجل تحقيق العدالة أو لغرض حماية الطرف الضعيف. وذلك لدورها في عملية التقويم التي تطرأ على الإسناد . وفي هذا الاطار يمكن ان نجد في ظل استرداد المال الثقافي تطبيق قانونين الاول قانون بلد الاصل في تحريك المطالبة واثبات العائدية والثاني قانون موقع المال الاخير باثبات تهريب المال اليه .

وفي ضوء ما تقدم ولغرض بيان دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق في ملكية المال الثقافي فإن الأمر يقتضي تقسم هذا المطلب على فرعين، سنتناول في **الفرع الأول:** دور القواعد المتعلقة بالتجارة الدولية، وسنبحث في **الفرع الثاني:** دور القواعد ذات التطبيق الضروري، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

دور القواعد المتعلقة بالتجارة الدولية

ان من أبرز مظاهر التطور الذي لحق القانون الدولي الخاص هو غلبة القواعد الموضوعية عليه، والتي يسميها البعض بالقواعد المادية، بحيث صارت تنافس قواعد الاسناد ان لم تحل محلها وقد برزت هذه القواعد في مجال الاتفاقيات الدولية المنظمة لبعض

([73]) أشار الى ذلك: د. وليد محمد رشاد، مصدر سابق، ص161.
W. Wkowalsk : Reslitution of Work of artpuraant to privete anpublie international law, rcadi,2001, Vol288, p-213.

[74]() ومن التطبيقات القضائية عليه هي قضية " فان كوخ" المولود سنة 1890 في فرنسا ويحمل ايضا الجنسية الهولندية، والتي تتلخص في ان ((فان)) قد ترك فرنسا عقب موت احد الرسامين الاجانب ولم يعد الا بعد عام 1955 قضى مجلس الدولة الفرنسي فيها بشرعية تصنيف الشيء ، ومن ثم امتناع الحكم بالتعويض، حيث قدم التصنيف في لحظة وجود الشيء في موناكو مع العلم ان الرسم قد تم في فرنسا ولم تعد الا سنة 1955 ، وانتهى قضاء المجلس الى حظر تصديرها لشرعية التصنيف ، ورفض طلب التعويض استنادا الى نصوص قانون سنة 1913 في فرنسا والخاص بشأن تصنيف الاموال الثقافية ، للمزيد ينظر د. وليد محمد رشاد ، مصدر سابق، ص 161.

([75]) انضمت جمهورية العراق الى اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا) في شان الممتلكات الثقافية المسروقة او المصدرة بطرق غير مشروعة ' والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1998/7/1، بقانون رقم 5 لسنة 2012.

[76] هبة محمد المالكي, تنازع القوانين في نقل ملكية المال الثقافي (دراسة قانونية مقارنة) كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق 2018 ص 72

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المسائل التي عنها بها القانون الدولي الخاص وخاصة في ميدان البيوع الدولية بل وفي عقود التجارة الدولية بوجه عام.

وسوف نتناول في هذا الفرع مسألتين كلاهما تشكل قاعدة موضوعية منصوص عليها في الاتفاقيات الدولية المعقودة في مجال حماية الاثار وعناصر التراث الثقافي ويطبقها القضاء الوطني وقضاء التحكيم في منازعات الاسترداد التي ترفع اليه وذلك في فقرتين نبين في **اولهما:** قاعدة تعويض الحائز حسن النية عند استرداد الاثر من تحت يده، وفي **ثانيهما** قاعدة اعتبار الاثر خارج دائرة التعامل، وعلى النحو الآتي: ــ

اولا: تعويض الحائز حسن النية:

من حيث المبدأ، لا يمكن التشبث بحسن النية في حيازة الأموال الثقافية العامة، فهي من جهة مملوكة للدولة، وغير قابلة للتقادم أو للتصرف فيها من جهة أخرى. معنى ذلك وجود فرصة كبيرة لجذب الاسناد من قانون موقع المال الى قانون بلد أصل المال، في حال كون المال خارج اقليم هذه الدولة. تبدو المسألة أكثر تعقيدا بالنظر الى الأموال الثقافية الخاصة الخاضعة لأحكام قانونية آمرة، لأن مركز الحائز الأجنبيً حسن النية لايمكن ان يتغلب على المالك الاصلي للمال وخاصة عندما تكون الدولة ، ويبرر ذلك بغلبة الجانب التاريخي والاعتباري وما يتضمنه من عوامل إنسانية وروحية وعمق ثقافي وعوامل جغرافية آنية، وحيث إن موقع بلد الأصل يتضمن الماضي أكثر من الحاضر، إذ يقوم على عوامل الماضي التاريخي، فالمال الثقافي لم يوجد فجأة وإنما تكون عبر مرور الزمن.

لذا فإن الهدف الجوهري من الاسناد الى قانون موقع المال هو ضمان حماية المشتري حسن النية، أما الاسناد الى قانون بلد أصل المال الثقافي، سواء تم بموجب قواعد الاسناد الوطنية أم بموجب التزام دولي وفق أحكام اتفاقية دولية، يفضي الى عودة الاموال الثقافية المسروقة أو المصدرة بشكل غير مشروع الى حائزها أو مالكها الاصلي، بالتالي تجريد المشتري بحسن نية من أي سند قانوني للاحتفاظ بحيازة المال، أي تجنب تطبيق قانون الموقع، وهنا تغلب المصلحة العامة لمجتمع المال الثقافي على المصلحة الخاصة للحائز.

تكشف القاعدة العامة في التشريع العراقي بشأن الحيازة، أنها اذا تمت في العراق فإن القانون العراقي، قانون موقع المال، هو الذي يجب تطبيقه بشكل حصري ، واذا تحققت مقرونة بحسن النية وكانت مستندة الى سبب صحيح فلا تسمع دعوى الملك من أحد, بيد أنه في حال ضياع المال أو خروجه يد مالكه بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة، فللمالك أن يسترده ممن يكون حائزاً بحسن نية و بسبب صحيح خلال ثلاث سنوات من وقت زوال الحيازة للأسباب المذكورة[77]، أما بالنسبة لصفة (حسن النية)، يعتبر المشرع العراقي واقعة الحيازة كقرينة قانونية قابلة لإثبات العكس تفيد تحقق حسن النية والسبب ، كما يفترض المشرع وجود حسن النية دائماً ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك الصحيح يقع الالتباس عند تطبيق هذه القاعدة على حيازة الشيء الثقافي، الذي تختلف قيمته عن قيمة أي مال منقول مألوف متوفر في الأسواق، حيث تبدو مصالح مكتسب الملكية بحسن نية، في ميدان الأموال الثقافية، ضئيلة الأهمية مقارنة مع تلك المتعلقة بالأموال المنقولة الأخرى[78]، فالحائز للمال الثقافي يحوز تاريخ أمة وإن تطبيق قواعد الحيازة العامة يهدر القيمة التاريخية للمال الثقافي ويجعله بمنزلة المال العادي.

ومن الناحية العملية، تخضع قواعد القانون الدولي الخاص المحلي في كل بلد للتشذيب والتقييد الذي يفرضه القانون الدولي العام من خلال الاحكام الواردة في الاتفاقيات الدولية التي تتناول حماية وتداول الاموال الثقافية عبر الحدود، بحيث تضع قواعد موضوعية، تطبقها الدول الأطراف، ترسم سبل استرداد هذه الاموال وكيفية التعامل مع الحائز حسن النية. معنى هذا أن الاسناد الى قانون دولة معينة، كقانون موقع المال، لا يفضي الى تطبيق القواعد الموضوعية المحلية التي تتعارض. مع الاتجاه السائد في رد المال الثقافي وتعويض الحائز حسن النية[79]، فالاتفاقيات الدولية هي تجميع توجهات تشريعية محلية في صيغة موحدة عالمية، وإنها تعد الأسلوب

([77]) تنظر المادة (1164) من القانون المدني العراقي، وتقابلها وتطابقها المادة (977) من القانون المدني المصري.

([78]) د. نافع بحر سلطان، فكرة المال الثقافي في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 26.

([79]) المصدر نفسه ، ص 27.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الأمثل لحماية المال الثقافي في إطار تملكه والتعامل به واسترداده، وإن انضمام الدول لهذه الاتفاقيات يساعدها على تذليل الصعوبات أمام استرداد الأموال المسروقة والمهربة من أراضيها؛ لأن هذه الاتفاقيات تحق مبدأ التعاون الدولي بين الدول الأعضاء في هذا الموضوع.

وفي ضوء المنهج المتقدم ألزمت اتفاقية روما لعام 1995 بشأن الأموال الثقافية المسروقة أو المصدرة بشكل غير مشروع، في المادة الثالثة منها، الحائز برد المال الى الدولة المالكة التي تطالب به، في جميع الأحوال وبصرف النظر عن نيته، فإنها تقرر بأن له الحق بالتعويض ما دامت حيازته منعوتة بحسن النية. إذ لا تميز هذه الاتفاقية بين الملكية العامة والملكية الخاصة أو بين المشتري حسن النية أم سيئها، إذ لا يستطيع الحائز تحت وطأة الالتزام الدولي، التمسك بحسن نيته للتخلص من الالتزام بالرد إلا انه لا ينبغي التضحية بحقوقه عند ثبوت حسن النية. ما يسترعي الاهتمام هو نص المادة (6) من الاتفاقية، التي تعطي الحائز، عند موافقة الدولة المدعية، خياراً بأن يحتفظ بملكيته بدلاً من التعويض أو ينقل الملكية، سواء بعوض أو تبرعاً للغير المقيم في بلد أصل المال، لكنه يبقى ملزماً برد المال الى البلد الذي أخرج منه بشكل غير مشروع. أما التعويض المنصف للحائز فيعلق على اثبات هذا الأخير عدم معرفته أو أنه لم يتمكن بأي وسيلة معقولة أن يعرف أن المال كان مسروقاً، وهو الذي يفسر غلبة المصلحة التاريخية لدولة الأصل على المصلحة الآنية للحائز.

هذا ويشترط وفقاً لنص المادة (٧) من اتفاقية اليونسكو لقبول ادعاء دولة ما بأنها المالكة للمال أن تقوم بدورها بإرسال المعلومات والوثائق التاريخية وكل دليل من ملكيتها للمال محل التصرف[80].

ثانياً: قاعدة اعتبار الأموال الثقافية خارج دائرة التعامل:

إن القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية بصورة عامة استقرت على اعتبار الأموال الثقافية والآثار من الأموال الخارجة من دائرة التعامل، ومن ثم تعدّ هذه القاعدة من القواعد الموضوعية التي تم النص عليها في مختلف الاتفاقيات الدولية، ونرى إن هذه القاعدة تنسحب إلى التجارة الدولية المتعلقة بالأموال الثقافية، ومن ثم تنطبق بصورة مباشرة على كل نزاع يثور بين الدول الأعضاء بشأن ملكية هذه الأموال، إذ وتقضي هذه القاعدة بعدم جواز التصرف بهذه الأموال أو تصديرها وتقر بحق الدولة المالكة باستردادها طالما إن تصدير هذه الأموال تم دون ترخيص منها، وذلك بصرف النظر عن قانون العقد وموقع المال المنقول الذي تشير له قاعدة الاسناد[81]، إذ نصت المادة (١٢) من اتفاقية اليونسكو على انطباق قانون الدولة العضو المطالبة بما يتضمنه مبدأ اعتبار الآثار خارج دائرة التعامل وبالتالي تخرج المسألة من نطاق تطبيق تنازع القوانين.

وبناء على اعتبار ان الأموال الثقافية تخرج عن التعامل فإن كل العقود التي ترد عليها خلال فترة خروجها من اقليم الدولة المالكة حتى لحظة استرداداها تعتبر باطلة وذلك لأنه من الشروط الواجب توافرها في محل العقد أن يكون قابلاً للتعامل فيه أي مشروعاً، وإن المادة (٦١) من القانون المدني العراقي تنص على (٢- ... والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية، كما نصت المادة (١٣٠) على إنه (١- يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان العقد باطل...).

اما بالنسبة **للقانون المدني المصري** فقد نصت المادة (81) منه على أنه: (... واما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية) كما نصت المادة (135) منه على أنه: (إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا)

وكذلك الحال بالنسبة **للقانون المدني الفرنسي**، إذ نصت المادة (1162) منه على أنه: (لا يجوز ان يخرج العقد عن النظام العام لا بشروطه ولا بالغرض منه...)، كما نصت المادة (1598) منه على أنه: (يمكن بيع أي شيء في التجارة عندما لا تحظر قوانين

([80]) باسم ذهيب خلف، تنازع القوانين في حماية الأموال الثقافية، مصدر سابق، ص 629.

([81]) د. وليد محمد رشاد، مصدر سابق، ص213.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

خاصة التصرف فيه)، ومن خلال النصوص المتقدمة للقوانين محل الدراسة، يتضح أنه عندما تكون الأموال الثقافية محلاً للعقد فإن العقد الذي يرد عليها يعتبر باطلاً نظراً لأن محله معدوماً ومستحيلاً، وهناك استثناء يرد على هذا عندما تجيز بعض القوانين التصرف بالأموال الثقافية بشرطين هما موافقة كتابية من هيئة الآثار، وأن لا يترتب على التصرف إخراج المال من البلاد[82].

وهنا في حال تم التصرف بهذه الأموال بدون مراعاة هذه الشروط فأن التصرف يكون باطل ويستحيل على المتصرف تنفيذ التزامه[83].

كما يُبطل التصرف القانوني الذي تكون الأموال الثقافية محله من جهة السبب، ويعرف سبب العقد بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه، والسبب يعد ركناً من أركان العقد ومن ثم هو الدافع الباعث للتعاقد[84]، وإذا طبقنا هذا في العقد الوارد على المال الثقافي فيكون السبب غير مشروع ومخالف للنظام العام إذا كان الغرض منه هو تهريبه للخارج أو تمليكه لنفسه أو لشخص آخر أو نية الكسب لتحقيق الربح والاتجار بهذه الأموال وهذا هو الغرض المباشر دوماً من التعامل في الآثار سواء ببيعه أو بتصديره للخارج، ولذلك كان سبب العقد عليها دائما غير مشروع عدا الاستثناء السالف الذكر، ومن ثم يكون غير مشروع ويعاقب عليه في ظل القوانين الوطنية، وهذا ما نص عليه قانون الآثار والتراث العراقي[85]، وكذلك قانون حماية الاثار المصري(86)، وقانون التراث الفرنسي[87].وبالإضافة لما تقدم وبشأن عقود البيع الدولية، فإن نقل ملكيته الاموال الثقافية عادةً ما تتم بواسطة العقود سواء كانت هذه العقود تحمل عنصرا أجنبياً فإنها تكون عقوداً دولية، ويحصل التفريق في نطاق التجارة الدولية، بين التجارة الدولية للأموال الثقافية، عندما تكون بين المتاجرين الهواة وبين المحترفين لهذا العمل، في حين تعتبر مزادات المتعاقدين وجامعي الاموال الثقافية هي الصورة الرئيسة في هذا المجال .

فالعقود الواقعة على نقل ملكية الاموال الثقافية أما أن تقع بصورة عقود بيع وشراء وهبة، هي عقود تنقل ملكية المال الثقافي بشكل مؤبد، وغالبا ما تقع هذه العقود في النطاق الدولي، لكن هذا لا يمنع من أن تقع في النطاق المحلي الداخلي للدولة بصفتها عقوداً وطنية، والأخيرة تخرج عن نطاق دراستنا.

وتقليدياً فإن عقد البيع هو مبادلة مال بمال، وتقع بصوره مبادلة سلعة بنقد، وبالتالي فهو اتفاق بين البائع والمشتري على مبادلة المال الثقافي بما يساويه أو يقابله بالنقد، ولهذا فان عملية بيع المال الثقافي تكون باتجاهين:-

أما الاتجاه الاول : يتمثل بالتجارة غير مشروعة بالمال الثقافي، وهي التي تشمل المال الثقافي الخاضع لحكم الاثار، والمال الثقافي العام، المملوك للدولة، فهذا النوع من الاموال لا يجوز التصرف به أو تملكه لا بالنسبة للأشخاص العاديين أو المعنويين ولا بالنسبة للدولة التي نقل إليها، فهو ملك عام للشعب تقوم الدولة بإدارته وصيانته وحمايته، وبالتالي اي تعامل بالبيع يقع باطلا حيث يبطل العقد بسبب بطلان المحل.

أما الاتجاه الثاني: فهو بيع الاموال الثقافية المرخص الإتجار بها أو تلك المباح التعامل بها، فاذا وقع عقد البيع على اموال ثقافية مباح التعامل بها أصبح العقد صحيحا ونافذا، اما إذا كان التعامل بها غير مباح اصبح العقد باطلا، وهذا الامر لا يتطلب بالضرورة اخراج المال الثقافي خارج الدولة الاصل، حيث ان العقد يعد باطلا سواء تم التعاقد على نقل ملكيته خارج الحدود الإقليمية للدولة الاصل[88].

([82]) د. أنور سلطان العقود المسماة شرح البيع والمقايضة، ط٢ ، دار الثقافة، ١٩٥٢، ص ١٥٥.

([83]) باسم ذهيب خلف، تنازع القوانين في حماية الأموال الثقافية، مصدر سابق، ص 630 -631.

([84]) د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ، الموجز ، مصادر الالتزام، ص132.

([85]) تنظر المادتان (44 ، 45) من قانون الاثار والتراث العراقي.

([86])تنظر المادة (41) من قانون حماية الاثار المصري.

(87)تنظر المادة (144) من قانون التراث الفرنسي.

([88]) د. وليد محمد رشاد، مصدر سابق، ص25-256.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ويمكن أن نستنتج مما تقدم، إن القواعد الموضوعية الدولية تؤثر في القواعد الموضوعية الداخلية، لذا نجد المشرع الوطني يحسن إداء الأخيرة وفقاً لتوجهات الأولى، لأن القواعد الدولية تعكس المصلحة الثقافية العالمية المتجسدة بالمال الثقافي، فتكون جديرة بالحماية الدولية بالاستناد إلى مبدأ إن المال الثقافي يمثل تراث مشترك للإنسانية، أي إن هذا المال يعكس المصلحة البشرية، فتكون له قيمة كونية أكثر مما تكون له قيمة مكانية، وهو الذي يفسر إن قواعد الحيازة هنا سوف لا يكون لها دور، كما يفسر إن تحديد الاختصاص التشريعي والقضائي لا يقوم على معايير إقليمية مكانية (موقع المال)، وإنما يقوم على معايير استثنائية متخصصة تعكس الرابطة الجدية ببين المال وتاريخ أمة معينة، أي انها معايير تاريخية، لذا تكاد تكون عملية تحديد أو ضبط الاختصاص في المال الثقافي أصعب من مهمة ضبط الاختصاص في المال العادي.

الفرع الثاني

دور القواعد ذات التطبيق الضروري

إنّ القواعد ذات التطبيق الضروري دور مهم في تحديد القانون الواجب التطبيق خارج إطار المنهج التنازعي (قواعد الاسناد) ، ويمكن إعمالها ايضاً في تحديد القانون الواجب التطبيق في نقل ملكية المال الثقافي و يختلف هذا الدور باختلاف نوع المال الثقافي، فهناك دور يرمي الى حماية المال الثقافي[89] اذا كان ممنوع التعامل به ، فضلا عن دورها في ما يتعلق بالعقود الناقلة لملكيته، اذا كان مباح التعامل به[90] .

فالقواعد ذات التطبيق الضروري هي قواعد قانونية تتولى بنفسها تحديد نطاق تطبيقها المكاني بهدف تثبيت الاختصاص الاقليمي لقانون القاضي في بعض الفروض [91] شرط أن تكون لها صلة وثيقة بالعلاقة موضوع النزاع [92] ، فهنا لا تثار مسالة تزاحم القوانين المتعلقة بنقل ملكية المال الثقافي واختيار القانون الانسب من بينها كما هو الحال في قواعد الاسناد وانما يتم إعمالها بصورة مستقلة عن قواعد الاسناد الخاصة بالمال الثقافي ،لان القاضي لا ينظر الى القانون الاجنبي مع وجود إحدى القواعد الامرة الخاصة بالإسناد ، وإنما يقوم بتطبيق قانونه الوطني مباشرةً على العلاقة المعروضة امامه بمجرد توافر الرابطة التي تبرر اتصال المسألة محل النزاع بنظامه القانوني، وبذلك تكون للقواعد ذات التطبيق الضروري الاولوية في الاعمال على قواعد الاسناد في شأن النزاع المطروح، حيث يتعين على القاضي أن يبحث أولاً في قانونه عن قاعدة تستلزم التطبيق ، فإن لم يجد فعلية تطبيق القانون الاجنبي الذي تشير إليهِ قاعدة الاسناد الوطنية ، بل وتذهب المعاهدات الدولية والخاصة بالعقود الدولية التي يمكن تطبيقها على عقود نقل ملكية المال الثقافي ، الى منح القواعد ذات التطبيق الضروري هذه الاولوية في التطبيق . حيث نصت المادة (2/7) من اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية على ان ((أحكام الاتفاقية الحالية لا تحول دون تطبيق قواعد بلد القاضي التي تحكم بطريقة آمرة الحالة المعروضة، وذلك أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد)) **مما تجدر الاشارة إليه أن هذا النص عام يسري على جميع التصرفات المالية ومنها الاموال الثقافية** .

واذا كان العقد الناقل لملكية المال الثقافي يخضع لقانون الإرادة **فأنه يكون منتجا في الحقوق الشخصية ،كما يخضع في نفس الوقت للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي أو في قانون أجنبي فيما يتعلق بالحقوق العينية و منها طرق كسب ملكية المال الثقافي وانتقالها**، فيتم إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري مستقلة عن قواعد القانون المختار كلا حسب موضوعها، ويترتب على هذا الإعمال تجزئة العقد الذي يخضع بذلك لقانون الارادة الواجب التطبيق بمقتضى قواعد التنازع في ما يتعلق بعقود الايجار والعارية والوديعة والمقاولة وما يترتب على الاضرار بالمال من تعويض ، وفي غير ذلك وفي اطار كسب الملكية وانتقالها

([89]) د. وليد محمد رشاد ، المصدر السابق ، ص206.
([90]) أشار الى ذلك: محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق مؤسسة المعارف للطباعة و النشر ، 2000 ، ص 167.
([91]) المصدر السابق ، ص 168.
[92]) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي و د, ميري كاظم عبيد الخيكاني ، البعد العالمي لتكاملية قواعد تنازع القوانين ، دار السنهوري ، بيروت ،2024 ، ص 48 .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وزوالها فأنها تدخل في نطاق سريان القواعد ذات التطبيق الضروري، وهذا ما أكده بعض الشراح حينما أكد حق القاضي في تجزئة الرابطة العقدية احتراماً لسيادة القانون[93] ، فالعقود الناقلة لملكية المال الثقافي تتسم بالحساسية كون البلدان تختلف بشأن المتاجرة بمثل هذا النوع من الاموال ، فقد تتجه ارادة الاطراف الى اختيار قانون يحكم العقد تهرباً من قانون الذي يحكم العقد كونه يمنع هذا النوع من التجارة ، وقد اكدت ذلك الاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي لسنة 1978 في شأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري ، حيث نصت المادة (16) على : ((عند تطبيق هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة لكل دولة ترتبط بالمركز المطروح برابطة جدية، وذلك فيما لو كانت هذه النصوص يجب تطبيقها وفقاً لقانون تلك الدولة أياً كان القانون الذي عينته قواعد التنازع فيها)). وبذلك فالعقود الناقلة لملكية المال الثقافي، والتي قررت عن طريق شركات التجارة بالأموال الثقافية كالموجودة في امريكا وفيينا وغيرها من الدول تخضع وفق نص المادة السابقة للقواعد ذات التطبيق الضروري للدولة ذات العلاقة.

كما نجد اتفاقية روما لسنة 1980 في المادة (1/7) نصت على : ((عند تطبيق قانون بلد معين بمقتضى هذه الاتفاقية فإنه يجوز الاعتداد بالنصوص الآمرة في قانون بلد آخر يرتبط بالمركز المطروح برابطة وثيقة، وذلك فيما لو كانت هذه النصوص واجبة التطبيق بمقتضى قانون البلد الذي تنتمي إليه بصرف النظر عن قانون العقد، وللاعتراف بمدى الآثار التي ستمنح لهذه النصوص يجب الاعتداد بطبيعتها وموضوعها وكذلك نتائج المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها)). وبالرغم من ان المادتين السابقتين بالذكر متشابهتان من حيث الصياغة الى انهما مختلفتان من حيث التطبيق ، حيث ان نطاق الاولى يشمل عقد الوساطة والتمثيل التجاري بينما الاتفاقية الثانية تشمل جميع عقود التجارية الدولية للبضائع ، كما ان كلتا الاتفاقيتان تتحدثان عن القواعد الامرة، والتي لا تشكل جزءاً من القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، الا ان تفسير هاتين المادتين ينحصر في القواعد ذات التطبيق الضروري دون بقية القواعد الآمرة[94] **لا يمكن تطبيق نصوص الاتفاقيات السالفة اذا وجد نص بخلافها في الاتفاقيات المعنية بحماية الاثار والتراث اما اذا غابت بعض النصوص المتخصصة في الاتفاقيات الاخيرة فيمكن العودة الى الاتفاقيات المذكورة اعلاه ، وهنا يمكن تطبيق** نصوصها في كل ما يتعلق بالحقوق الشخصية المحكومة بقانون الارادة ولكن لا تمتد لحكم الحقوق العينية المترتبة على المال الثقافي .

ومن الجدير بالملاحظة ان اتفاقية روما قد وضعت عدة موجهات للقاضي تُعِينهُ في اتخاذ قراره بشأن إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الاجنبية ، حيث يتعين على القاضي ان يضع في اعتباره طبيعة القاعدة وموضوعها ، وكذلك الاثار المترتبة على تطبيقها أو عدم تطبيقها، والاعتداد بطبيعة القاعدة يبيح للقاضي استبعاد القواعد ذات التطبيق المباشر التي لا تعد من القواعد ذات التطبيق الضروري ، أما الاعتداد بموضوع القاعدة فهو يسمح له بالتأكد من توافر الصلة المطلوبة بين مضمونها ونطاق تطبيقها[95]

وباعتقادنا ان الصفة الخاصة **و الاستثنائية** للمال الثقافي ، تجعل من استبعاد القواعد ذات التطبيق الضروري الخاصة بالعقد الناقل لملكية المال الثقافي **الخاص امرا صعبا** ، كون تنوع هذه الاموال واتصالها بثقافة شعب معين وحضارته تجعل المنظومة القانونية لدولة اصل المال الثقافي **بما يتضمنه من قواعد ذات تطبيق ضروري واجبة الاعمال .**

وفقاً لما تقدم يتفاوت دور الارادة في أطار التعامل بالمال الثقافي فينخفض دورها الى حد الانعدام في كسب الحقوق العينية في حين يرتفع دورها في أطار ترتيب الحقوق الشخصية و طرق كسبها فقوة و ضعف الارادة تعتمد على نوع الحقوق المراد كسبها.

وان إطار القواعد ذات التطبيق الضروري توجد طائفتين من القواعد وهما:

1- قواعد البوليس والامن.

2- القواعد فورية التطبيق و تتميز هذه القواعد بانها وسيلة الدفاع عن أمن المجتمع (بالجبر و القهر) و يمثل المال الثقافي

([93]) د. هشام على صادق ،الموجز في القانون الدولي الخاص ، الفنية للطباعة و النشر ، الاسكندرية ، بدون سنة نشر ، ص579.

([94]) د. محمود محمد ياقوت ، مصدر سابق ، ص247.

G. Carducci: La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art volés ou illicitement exportés ,French Edition,1997

([95]) د. هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص 739.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

مركز ثقل ذلك الامن لأنه يعكس العمق التاريخي لذلك المجتمع ، وسوف نُميز احداهما عن الاخرى، ووفق ما يلي:

أولا: قواعد البوليس والامن وتعرف بأنها " القواعد ذات الصلة بكيان الدولة السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي"[96] وعلى ذلك فتعد قوانين البوليس قواعد فورية التطبيق دائما واقليمية في الغالب ، فاذا كانت كذلك ، فهل يجوز تطبيقها خارج الدولة وأمام القاضي الاجنبي؟ لا شك أن هدف المشرع من سنهُ لمثل هذه القواعد حماية مصلحة جوهرية. لذا تنصرف إرادته الى تطبيق هذه القواعد على العلاقة في أي مكان ، وحيث انها تنطبق بالضرورة ومباشرة على العلاقة فقد أطلق عليها جانب من الفقه ((القواعد ذات التطبيق الضروري)) وتنبع من سياسة الدولة الداخلية التي تعمد الى توجيه سائر العلاقات تحقيقاً للحماية التشريعية للمصالح الجوهرية ومن ثم سميت ((بقوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي)) مثل قوانين حماية المستهلك والعامل والتسعير الجبري لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية[97]. وهذه القواعد يمكن تطبيقها على الصنف الاول من المال الثقافي والتي تحظر الدول التعامل بها وتأخذ حكم الاثار لان المال يدخل كمورد مادية معنوية تفوق قيمته الانسانية والتاريخية قيمته المادية والاقتصادية .

ثانياً القواعد فورية التطبيق : يقصد بالقواعد فورية التطبيق ((تلك القواعد التي تحدد بذاتها بصياغة مؤكدة الحد الادنى لمجال تطبيقها)) ، كما تعرف بأنها ((القواعد التي تنطبق مباشرةً على العلاقة دون اللجوء لمنهج قاعدة الاسناد)) ومن ثم تلتقى في مفهومها مع مفهوم قاعدة الامن المدني من حيث كلا منهما تنطبق مباشرة على العلاقة دون المرور بمرحلة الأسناد[98] ، ولكن المعيار الذي يميزها أن كل قاعدة أمن مدني تعد فورية التطبيق، وليست كل قاعدة فورية التطبيق من قواعد الامن المدني، فهذه الاخيرة وثيقة الصلة بكيان المجتمع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي، بينما لا يشترط تعلق القاعدة فورية التطبيق بذلك الكيان، الا انها تطبق مباشرة على العلاقة محل القضية أو النزاع ؛ وذلك لتحقيق هدفين هما: إما الرغبة في توسيع مجال انطباق التشريع الوطني أو الرغبة في حماية الوطنيين[99].

وأن هدف القوانين التي تحمل قواعد ذات التطبيق الضروري هو حماية المصلحة العامة وحماية الاقتصاد الوطني [100]. حيث إنَّ مزّية هذه القواعد بالامتداد خارج حدود الدولة وانطباقها على العقد او واقعة الناقلة لملكية المال الثقافي بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق وفق قانون الارادة القانون المختار تجعل لها اهمية كبيرة في حماية هذه الاموال، فيما لو كانت غير مباح التعامل بها، و في الوقت نفسه تنظم الاحكام الخاصة بالعقود الدولية الناقلة لملكية هذه الاموال المباح التعامل بها.

و تشمل القواعد ذات التطبيق الضروري جميع القواعد القانونية الفورية التطبيق والتي تطبق مباشراً على العلاقة العقدية ومن دون الرجوع الى منهجية تنازع القوانين التي تسند التصرف القانوني لقانون الارادة ، ومن هذه القواعد هي القواعد التي تقرر حظر التعامل في الاموال الثقافية العامة وعدم جواز التصرف بها أو تملكها بالتقادم[101]، حيث نصت المادة (42) من قانون الاثار والتراث الثقافي رقم 55 لسنة 2002 النافذ على عقوبة السجن لمدة لا تزيد عن (10) سنوات من باشر بالتنقيب عن الآثار أو حاول الكشف عنها من دون موافقة تحريرية من السلطة الإثارية، مع فرض التعويض مقداره ضعف قيمة المقدرة للضرر وضبط الآثار المستخرجة، وتشدد العقوبة لمدة لا تزيد على (15) سنة إذا كان مسبب الضرر من موظفي السلطة الإثارية ، وهذه الاحكام تعد من القواعد الامرة ذات التطبيق الفوري والخاصة بالآثار العراقية والتي يمكن تطبيقها على المال الثقافي العراقي غير المباح التعامل به .

وفي القانون المصري نصت المادة (73) من قانون حماية الآثار المصري ، بإزالة التعدي الناتج عن أعمال تجري من دون ترخيص في المواقع او المناطق الاثرية أو على الاراضي الإثارية والقيام بأعمال الحفر والبناء أو شق القنوات أو المصارف أو تغيير حدود أو نقل رمال أو عدم الالتزام بالمواصفات القياسية التي يصفها المجلس ، إذ حددت المادة (109) من القانون ذاته ، اختصاص

---

[96] د. وليد محمد رشاد، مصدر سابق ، ص 207.
[97] د. وليد محمد رشاد، مصدر سابق، ص208.
[98] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق، ص 55.
[99] د. وليد محمد رشاد ، مصدر سابق، ص 209.
[100]) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، ود, ميري كاظم الخيكاني ، المصدر السابق ، ص 88
[101]() المصدر السابق، ص213.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المجلس حصراً دون غيره بإصدار تراخيص العمل للبعثات المصرية والاجنبية لجميع المناطق والمواقع الإثارية في الجمهورية للتنقيب والكشف عن الآثار سواء تحت الارض أو في المياه الداخلية والاقليمية المصرية، حتى لو كان البحث والتنقيب في أرض غير أثرية ومنعت الافراد حتى لو كانت الارض مملوكة لهم من القيام بأعمال التنقيب والبحث عن الآثار دون الاذن بالتراخيص بذلك[102]، حيث يعتبر الاذن بالترخيص بالحفر والتنقيب والبحث عن الاثار والاموال الثقافية الاخرى من القواعد فورية التطبيق لما تتضمنه من قوة فرض العقوبة وتعزيز الحماية من قِبل الدولة وما يمثلها من هيئات أو مؤسسات.

اما القانون الفرنسي ففي المادة (1-3-111) كما تقضي ذهب الى حظر التعامل في الاموال الثقافية التي تعود على الملك العام و كذلك الحال بالنسبة الى الاموال التي يتم استيرادها بطريقة غير مشروعة ، و تتولى السلطات المختصة التحقيق في الحادث باعتبارها جريمة معاقب عليها و عدم منحه شهادة الترخيص بدخول الاموال الثقافية ، الا في حالة ما اذ قدم المتصرف إليه دليلاً يؤيد أن بذل العناية المطلوبة في التحقق من ملكية الخاصة لحائز المال، كأن يعتقد جزماً ان التصرف قد تم من الحائز المالك للمال [103] ، يفهم أن المشرع اخذ في نظر الاعتبار حسن نية المتصرف إليه بملكية المال الثقافي ، و في الوقت ذاته تنص القواعد العامة ان قوانين البوليس و الامن ملزمة لكل من يقطن على اراضيها إذ تنص المادة (1/3) من القانون المدني الفرنسي الصادر في 1804 على أن ((قوانين البوليس والامن ملزمة لكل من يقطن الاقليم)).

وفي هذا الصدد نُشير الى ما نصت عليه المادة (3) من قرار مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في 1991/12/3 على أن: ((نصوص قانون دولة الاصل الخاص بتصدير الاموال الأثرية والثقافية تكون واجبة التطبيق)). هذا يعني أن النصوص القانونية التي تحكم إجراءات تصدير الاموال الثقافية والفنية دون تراخيص تعد من قبيل القواعد فورية التطبيق ، ونتصور بدورنا إن هذه المادة تكرس الاتجاه الحديث في القانون الدولي الخاص في وجوب تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري الاجنبية توثيقاً لروح التعاون الدولي من خلال قبول القاضي الاجنبي تطبيق القوانين وصولاً لقرار بطلان التصرف الوارد على الآثار والاموال الثقافية الوطنية والبطلان ذي الصلة بالنظام العام ومن حق الدولة صاحبة تلك الاموال طلب استردادها، وأن التعاون الدولي ينبثق من خلال تطبيق القانون الجنائي الاجنبي[104]، كما أن الجزاءات التي يفرضها قانون دولة الاصل للمال الثقافي على التصدير غير الشرعي ستكون واجبة التطبيق مع جزاء المصادرة لتلك الاموال ، سيكون فرصة دولة الاصل في استعادة أموالها وممتلكاتها فوراً ، حال إثباتها مصلحتها في أعادة تلك الاموال ، كما اقرته اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (Unidroit -يونيدروا) عندما أولت الرعاية بالحفريات الاثرية والاموال الثقافية والتاريخية الوطنية[105]. و تأتي الصفة الضرورية لتطبيق هذه القواعد كونه تمثل رده فعل طبيعية لحماية المصلحة الوطنية للمال الثقافي فتكون جديرة بأقوى حماية .

إن ما تضمنته المادة(4) من قرار مجمع القانون الدولي السابق ، كان معالجة جذرية حسمت عملية التصدير غير الشرعي للأموال الاثارية والتراثية التي تدخل ضمن مفهوم الأموال الثقافية ، حيثُ هَدَفَ القرار الى حماية مصلحة دولة الأصل في استرداد أموالها الثقافية من الحائز ، سواء كان حائزاً شرعي أو حسن النية، فقد اقرت هذه المادة بحق الدولة الاصل في مطالبتها باسترداد أموالها الإثارية والفنية والثقافية وبشرط ان تثبت ان غياب تلك الاموال يسبب الضرر لميراثها الثقافي ، ويكون طلب الاسترداد خلال مدة زمنية محددة ، ولا يجوز للحائز غير الشرعي ان يتمسك بقرينة حسن النية ، الا إذا أثبت حسن نيته، ويكون على دولة الاصل ان تعوض الحائز حسن النية هنا تعويضاً عادلاً. و أن الاعتداء على المال الثقافي يستفز هذه القواعد فما تكون من هذه الاموال بزمن بعيد يستحث هذه القواعد بشكل فوري.

---

[102] د. سوسن صافي ، مصدر سابق ، ص230.

[103] (artict l1111-3) linstructcion de la demand de certificate peut etre suspendue sil existe des presomptions graves et concordantes que bien appartie,t au do,aine public)

[104] د. سوسن الصافي ، مصدر سابق، ص 230.

[105] أشار الى ذلك: د. وليد محمد رشاد، مصدر سابق ، ص214.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

خاتمة البحث

من خلال دراستنا للموضوع توصلنا لعدة نتائج ومقترحات وهي كما يلي :

أولاً: النتائج

1- المال الثقافي مُصطلح مرن يشمل مجموعة كبيرة من الاموال ذات الاهمية التاريخية والادبية والفنية والعلمية متصلة بثقافة شعب معين و أرثهم الحضاري والثقافي والعلمي والادبي، ولا يشترط فيه أن يكون قديماً ، بل يمكن ان يكون نتاج ثقافي انساني حديث صدر بموجبهِ قرار من الجهة المختصة باعتباره مالاً ثقافياً.

2- أن القرار الصادر من الجهة المختصة والخاص بالمال الثقافي يحدد امرين مهمين: الاول صنف المال الثقافي والثاني درجة الحماية الممنوحة له ، فهذان الامران يشكلان محور عملية نقل ملكية هذا المال فيما بعد، فاذا كان المال من الصنف الاول ، اي غير مباح التعامل به ويأخذ حكم الاثار ابتعد هذا المال من مجال التداول الدولي له ، لأنه يعتبر نقل غير مشروع للمال الثقافي وتستطيع دولة الاصل للمال الثقافي استردادهُ ، أما اذا كان المال الثقافي من الصنف الثاني، اي مرخص التعامل به ، أصبح العقد المبرم موقوفاً على أذن ترخيص الجهة المختصة ، الا وهو اتمام الاجراءات وتراخيص اللازمة لنقل ملكيته. وأما اذا كان المال الثقافي من الصنف الثالث فهو مباح التعامل به والعقد به صحيح ونافذ بين الطرفين.

3- تعتمد قاعدة الاسناد الخاصة بعملية نقل ملكية المال الثقافي بحسب نوع المال الثقافي كأن يكون عقاري أو منقول، عام أو خاص ، مادي أو معنوي ، بحيث تتلاءم مع طبيعة المال الثقافي ، فالمجتمع الدولي يُخضع العقد الناقل لملكية المال الثقافي ويحدد القانون الواجب التطبيق وفق قانون الارادة تارة وقانون موقع المال الثقافي تارة اخرى، بحسب الاحوال ، وقد يخضعه لقانون دولة الاصل للمال الثقافي ، وان كان قانون بلد الاصل هو الانسب بشأن المال الثقافي سواء بنقل ملكيته عن طريق الوصية ام الميراث أو عن طريق العقود الدولية.

4- يُحدد القانون الواجب التطبيق على نقل ملكية المال الثقافي وفق ارادة المتعاقدان الضمنية أو الصريحة أو قد يتم بقواعد الاسناد التي تشير الى القانون الواجب التطبيق أو عن طريق القواعد ذات التطبيق الضروري ، والتي تعتبر فورية التطبيق على القضية محل النزاع مدامة مرتبطة برابطة عقلانية بين هدفها ونطاق سريانها والعقد محل النزاع، فالقواعد ذات التطبيق الضروري تفرض نفسها بنفسها سواء كانت في قانون القاضي الذي ينظر النزاع ام في قانون الدولة المختص بالنزاع أم في قانون دولة ثالثة كأن تكون دولة موقع المال الثقافي أو أصل المال الثقافي.

ثانيا: المُقترحات:

1- نقترح على المشرع تعديل قانون الاثار والتراث الثقافي العراقي النافذ رقم 55 لسنة 2002 بحيث يتضمن التعديل الاحكام الخاصة بالمال الثقافي العراقي وعلى الوجه الاتي :

ا- اضافة فقرة ثالثاً للمادة الاولى من القانون المذكور على ان تكون على الوجه الاتي((يهدف القانون الى... ثالثا حماية الاموال الثقافية بإخضاع اعمال التصرف فيها لقانون بلد الاصل حصرا واخضاع اعمال الادارة فيها لنفس القانون مالم يوجد قانون اخر اكثر حماية لها)).

ب- تعديل المادة(3) من القانون المذكور بإضافة فقرة ثالثة وعلى الوجه الاتي: ((يمنع التصرف ونقل ملكية الاموال الثقافية العراقية خارج البلاد الا في الحالات التي يسمح القانون بها على ان يخضع التصرف فيها واستردادها الى قانون بلد الاصل)).

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اضافة فقرة في المادة (4) من القانون المذكور تعرف المال الثقافي وتكون على الوجه الاتي: ((حادي عشر- المال الثقافي :هو كل حق منصب على شيء مادي أو معنوي له قيمة مالية أو تاريخية أو فنية ومتعلق بالتراث الثقافي لشعب معين أو افراد معينين أو بالتراث العالمي)).

ج- تعديل نص المادة (5) من القانون المذكور بإضافة " والاموال الثقافية العقارية والمنقولة" على المادة، بحيث تكون على الوجه الاتي : ((تمسك السلطة الادارية سجلات خاصة لتسجيل المباني والمواقع الاثرية والاموال الثقافية العقارية والمنقولة وتثبيت المعلومات والوثائق المتعلقة بها، وحقوق الارتفاق التي تترتب على العقارات المجاورة لها ونشرها في الجريدة الرسمية لتامين حمايتها وصيانتها.

ثانيا – اذا كان قد سبق تسجيل الاثر أو المال الثقافي ولم تكن حقوق الارتفاق في العقارات المجاورة قد حددت له فيجري تحديدها وفق القانون.

ثالثا – تتضمن حقوق الارتفاق ايجاد محرم حول المناطق والمباني الاثرية والثقافية مع تامين طرق ومسالك للوصول اليها.

رابعا – يحدد طراز الابنية المجاورة للمواقع الاثرية والثقافية ، الجديدة منها والمجددة وارتفاعها وواجهاتها والوانها لتكون منسجمة مع الابنية الاثرية المجاورة لها وذلك بالتنسيق بين السلطة الاثارية والجهة المشاركة)).

د_ تعديل نص المادة (22) من قانون الاثار النافذ على الوجه الاتي: ((اولا – لا يجوز :

ا – تزوير او تقليد المادة الاثرية والثقافية.

ب – صنع قوالب او نماذج للمادة التراثية والثقافية.

ج – كسر او تشويه المادة الاثرية او التراثية أو الثقافية بالكتابة عليها او الحفر فيها او تغيير معالمها.

ثانيا – تتولى السلطة الاثارية او من تعهد اليه بذلك صنع القوالب او النماذج المنصوص عليها في الفقرة ب من هذه المادة وفق شروط وطرق محددة منعا للغش والاحتيال.

ثالثا – يمنع بيع او اهداء الاثار والمواد التراثية والاموال الثقافية العامة او اخراجها الى خارج العراق في غير الاحوال المنصوص عليها في هذا القانون)).

هـ - تعديل نص المادة (28) من قانون الاثار العراقي النافذ وعلى الوجه الاتي ((اولا – لا يجوز :

ا – التجاوز على المباني والاحياء التراثية والثقافية المعلن عنها في الجريدة الرسمية او هدمها او تغيير المهنة والاختصاص الذي يمارس فيها في المحلات والاسواق والشوارع التراثية او الغاء وظيفتها الاساسية التي منحتها الصفة التراثية أو الثقافية)).

2- نقترح على المشرع اضافة مادة قانونية في قانون الاثار والتراث العراقي النافذ تمنح للوزارة بإصدار قرارات تعتبر بموجبها بعض الاموال العراقية أموالاً ثقافية وتكون المادة كما يلي((يحق للوزير أن يصدر قرارات باعتبار مال معين مالاً ثقافياً على ان يتضمن القرار درجة الحماية الممنوحة له والسبب)).

3- سن قاعدة الاختصاص في قانون الاثار تتلاءم وتتفق مع المادة (15) من القانون المدني العراقي على الوجه الاتي ((تختص المحاكم العراقية بنظر الدعوى المتعلقة بالمال الثقافي اذا: ا- كان المدعى عليه موجوداً في العراق أو ب- كان المال موجوداً في العراق وقت رفع الدعوى)).

4-

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

لتكييف القانوني للانتهاكات اللاإنسانية على غزة

م.م نرمين عبد الأمير سلمان ابراهيم

جامعة وارث الأنبياء -كلية القانون

الملخص

منذ بدأ العدوان الاسرائيلي على فلسطين وإلى الان لا تزال الجرائم التي يرتكبها الكيان الصهيوني ضد المدنيين قائمة بجميع صورها، أمام مسمع ومرأى الجمعية العامة للامم المتحدة التي اكتفت منذ عام 1947 ولغاية الان بالإدانة والتحذير من ارتكاب جرائم حرب، إلا أنها لم تعترف بأسرائيل ككيان محتل أو مغتصب كونه يشن عدوان على الاراضي الفلسطينية رغم ارتكابها لجرائم الابادة الجماعية والمجازر وغيرها من الاعمال العدوانية، ورغم تحديد هذه الاعمال العدوانية والانتهاكات اللاانسانية في المواثيق الدولية ومنعها وتأثيم مرتكبيها في القانون الدولي الانساني، وتجريمها في القانون الدولي الجنائي، الا إن اصرار أسرائيل على عدم أحترام القانون الدولي ماهو الا دليل لعدم شرعيتها، وأن محكمة العدل الدولية هي الاخرى أكتفت بالتحذير من الابادة الجماعية دون تجريم الانتهاكات اللانسانية، ومن خلال دراسة التكييف القانوني للانتهاكات اللاانسانية على غزة تبين لنا إن القانون الدولي الانساني بين أن الانتهاكات اللاانسانية هو كل ما يمكن ارتكابه من أفعال تكون مخالفة لأحكام وقواعد اتفاقيات جنيف وبروتوكوليها الإضافيين والتي تستلزم اتخاذ تدابير وأجراءات لردع وقمع مرتكبيها والتي تكتسي تلك الصفة بالنظر لخطورتها وللآثار المترتبة عنها، وهو ما ينطبق على الافعال التي يقوم بيها الاحتلال الاسرائيلي في غزة.

الكلمات المفتاحية: الانتهاكات اللاإنسانية - القانون الدولي الانساني - العدوان - غزة.

Abstract

Since the beginning of Israel's aggression against Palestine, the crimes perpetrated by the Zionist entity against civilians continue to exist in all their forms. in front of the United Nations General Assembly, which has, since 1947 to date, merely condemned and warned of war crimes, However, it did not recognize Israel as an occupying entity, a rapist or an aggression against the Palestinian territories, despite the perpetration of crimes of genocide, massacres and other acts of aggression. and despite the identification, prevention and criminalization of such acts of aggression and inhuman violations in international instruments in international humanitarian law, However, Israel's insistence on disrespect for international law is only evidence of its illegality. and that the International Court of Justice has simply warned against genocide without criminalizing inhumane violations, By examining the legal adaptation of inhumane violations of Gaza, we have found that international humanitarian law shows that inhumane violations are all acts that can be committed in contravention of the provisions and rules of the Geneva Conventions and the Additional Protocols thereto, which require measures and actions to deter and suppress perpetrators, given their gravity and their

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

implications. s occupation in Gaza."

Keywords: inhuman violations, international humanitarian law, aggression, Gaza.

المقدمة

أولا: موضوع البحث

إن الانسان بطبعه يسعى الى التميز بالغلبة والقوة، فكانت في المجتمعات القديمة كثيرا ما تقوم الشعوب القوية بمحاربة الشعوب الضعيفة لاستغلال ثرواتها او اراضيها، فقد عرفت البشرية خلال الحروب الأهلية والدولية الكثير من أهوال ومآس وممارسات بالغة القسوة والبشاعة، لا تقتضيها الضرورة العسكرية ولا تفرضها الرغبة في هزيمة العدو، وإنما تدفع إليها الرغبة في التشفي وإثارة الرعب ونشر الدمار المادي والمعنوي، وبشكل خاص العنف الذي حدث خلال الحربين العالميتين الأولى والثانية، واتجه المفكرون والفقهاء والساسة والهيئات الدولية إلى المطالبة بالعمل على الحد من آثار الحروب وعدم تجاوزها للضرورة العسكرية، وتهذيبها بحيث تتفق مع الهدف من الحرب والمبادئ الإنسانية، فسنّ المشرعون الكثير من القواعد العرفية والاتفاقيات المدونة الحماية ضحايا النزاعات المسلحة وصون كرامتهم .

لقد تأثر القانون الدولي الإنساني منذ نشأته بالصكوك الدولية الهامة في ميدان حقوق الإنسان؛ وذلك تأسيسا على أن كل الفرد الحق في ان يتمتع بحقوقه الاساسية الممنوحة له ومنه حقه في آدميته وكرامته البشرية في زمن السلم والحرب على قدم المساواة، ولم تتمكن الأمم المتحدة حتى الآن من وضع آليات فاعلة لحمل كل الدول على تنفيذ تعهداتها بموجب تلك المواثيق، أسوة بالعقوبات التي تفرضها الدول على من ينتهك قانونها الوطني، كما أن الدول الاستعمارية الكبرى كثيراً ما عطلت أو أعاقت عمل أجهزة الأمم المتحدة والمحاكم الدولية، مستغلة مكانتها في مجلس الأمن ونفوذها العالمي فواصلت دعم كيان الإدارة الإسرائيلية الغاصبة في فلسطين التي قامت بإرساء النظام الصهيوني العنصري في المنطقة العربية والتوسع على حساب الأراضي العربية، وتدعيمه بمجموعة من الحجج القانونية المغلوطة، وهي تصر على التنصل من الالتزام بمبادئ القانون الدولي الإنساني في كل حروبها الإجرامية.

إن الهجوم الأخير على قطاع غزة في الأراضي الفلسطينية في (7 اكتوبر 2023) يُعتبر مثالاً واضحا على انتهاكات الإدارة الإسرائيلية لاتفاقية جنيف الرابعة المؤرخة في عام 1949 المتعلقة بحماية المدنيين خلال النزاعات المسلحة، مخالفة بذلك قواعد القانون الدولي وبخاصة قانون الاحتلال الحربي والقانون الدولي الإنساني.

وتأتي هذه الدراسة لبيان التكييف القانوني للانتهاكات اللاانسانية على غزة.

ثانيا: أهمية البحث

نظرا لتصاعد وتيرة الاعتداءات الغير مبررة على قطاع غزة في فلسطين وصمت المنظمات الدولية والمحاكم الدولية تجاه الانتهاكات الاسرائيلية بحق المدنيين والاطفال في فلسطين، فكان لازما علينا بيان موقف القانون الدولي الانساني والجنائي من هذه الانتهاكات ومدى تجريم هذه الافعال، ودراسة موقف المحاكم والمنظمات الدولية ذات التأثير الكبير في العالم من هذه الانتهاكات اللاانسانية.

ثالثا: مشكلة البحث

تكمن أشكالية البحث في تزايد الهجمات اللاإنسانية على قطاع غزة ولاسيما في (7-اكتوبر -2023) مع وجود اتفاقيات وقرارات دولية تمنع الاعتدء على المدنيين والاطفال والنساء، الا ان الاعتداء اللانساني وانتهاك قواعد القانون الدولي لا يزال مستمرا، لذا كان من الضروري معرفة التكييف القانوني لهذه الاعتداءات ،ضمن النطاق الدولي وآلية التصدي ومدى فاعلية منظمة الأمم المتحدة ودورها كما هو معروف في الأوساط الدولي في الحفاظ على السلم والامن الدولي ومناداتها بحقوق الانسان ومعداتها لكل فعل يهدد آمن وسلامة الدول هل تم تفعيل كل مما سبق لصد الاعتداءات على غزة وهل كان للاعتبارات السياسية دورا في تأرجح هذه الوظيفة التي عُرفت بها منظمة الأمم المتحدة ؟

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

رابعا: أهداف البحث

يهدف هذا البحث الى تسليط الضوء على نطاق الانتهاك اللاانساني والعدوان وفقا للقانون الدولي الانساني والجنائي وتطبيقها على مايحدث من انتهاكات واعمال ضد الانسانية في غزة لمعرفة مدى تجريم الافعال التي يقوم بها الكيان الصهيوني وسبل التصدي لها ومدى فاعلية هذه الاليات.

خامسا: منهجية البحث

من أجل تحقيق الاهداف المرجوة من هذه الدراسة والوصول الى غاياتها تم إتباع المنهج الوصفي والتحليلي لوصف وتحليل النصوص القانونية الخاصة في القانون الدولي لحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني والقانون الدولي الجنائي.

سادسا هيكلية البحث

للإحاطة بموضوع البحث بشكل مفصل، تم تقسيمه الى مبحثين، حيث نتناول في المبحث الاول مفهوم ومضمون الانتهاكات اللانسانية، وذلك في مطلبين نتناول في المطلب الاول تعريف الانتهاكات اللانسانية، وفي المطلب الثاني نتناول الانتهاكات اللاإنسانية من منظور القانون الدولي الإنساني، وفي المبحث الثاني نتناول موقف القانون الدولي الجنائي من هذه الانتهاكات وذلك في مطلبين ايضا، حيث نتناول في المطلب الاول الاطار القانوني للانتهاكات على غزة في القانون الدولي الجنائي، وفي المطلب الثاني نتناول وسبل وآلية التصدي لها وفاعلية الاليات.

المبحث الأول

مفهوم الانتهاكات اللاإنسانية ومضامينها

ان قيام الدول والافراد بمختلف المهام والمناصب العليا في الدولة بمخالفة احكام القانون الدولي الانساني يعتبر خروجاً عن هذه المبادئ ويعتبر انتهاك لقواعد هذا القانون، وأن للقانون الدولي الانساني أهمية كبيرة فهو يسعى للتخفيف من ويلات الحرب وحصر نتائجها بقدر الإمكان على المقاتلين دون المدنيين، وبالتالي يستوجب معرفة الانتهاكات التي تتركب أثناء الحرب من خلال التعريف بها، وبيان صورها ونطاقها لذا سنبين في هذا المبحث مفهوم الانتهاكات اللانسانية في المطلب الاول، ومن ثم دور نبين هذه الانتهاكات من خلال منظور القانون الدولي لحقوق الانسان في المطلب الثاني، وكما يلي:-

المطلب الأول

الانتهاكات اللاانسانية من منظور حقوق الانسان

لمعرفة ماهية الانتهاكات اللاانسانية وتمييزها عن غيرها من جرائم الحرب لا بد من ايراد تعريفها في اللغة والاصطلاح القانوني ومن ثم في المواثيق الدولية وكذلك لابد من ايراد صور هذه الانتهاكات، لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الاول تعريف الانتهاكات اللاانسانية، وفي الفرع الثاني نبين صور هذه الانتهاكات، وعلى النحو الاتي:-

الفرع الاول

مفهوم الانتهاكات اللاإنسانية

الانتهاك في اللغة العربية: للشيء : اذهاب حرمته، وانتهك فلان الحرمة :تناولها بما لايحلُّ[1]، ويعني ايضا خرقاً او تجاوزاً[2] ، وتعني ايضا انتهاك حرمة او اعتداء[3].

أما في الاصطلاح القانوني فيعني انتهاك القانون فهي تلك المخالفة للقانون الذي يمس المصلحة العامة كترك اموال الدولة عرضة

---

[1] فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، دار المشرق، بيروت، ط10، 1970، ص845

[2] الياس انطوان الياس وادوارد أ.الياس، قاموس الياس العصري، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط19، 1974، ص777.

[3] احمد بن محمد المقري الفيومي، المصباح المنير، ج1، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، بلا تاريخ طبع، ص300.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

للتلف أو الضياع أو مخالفة شروط المواقف والسجون بحيث يتعرض الموقوفون والسجناء لمخاطر الاصابة بالامراض أو حرمانهم من حقوقهم الاساسية التي أكد القانون الوطني والدولي على ضرورة تمتعهم بها.[4]

وتنتهك الدولة التزاماً دولياً متى ما كان السلوك الصادر عنها غير مطابق لما يتطلبه منها هذا الالتزام .وفعل الدولة الذي يشكل إنتهاكاً لالتزام دولي هو فعل غير مشروع دولياً بصرف النظر عن كون منشأ هذا الالتزام عرفياً أو تعاهدياً أو غير ذلك، فالانتهاكات إذن هي كل الاعمال المنافية للاتفاقيات والبروتوكول ويمكن أن تؤدي إلى اجراءات إدارية أو تأديبية أو جزائية من طرف الدول المتعاقدة .[5]

وكذلك تعرف الانتهاك بانها تلك الافعال لمقصودة التي تقع بين المتحاربين أثناء الحرب بالمخالفة لميثاق الحرب، وعاداتها كما عرفها العرف الدولي والمعاهدات الدولة.[6]

والانتهاكات في القانون الدولي، كل الأعمال المنافية لاتفاقيات جنيف وبروتوكليها الإضافيين والتي يمكن أن نتخذ بشأنها إجراءات إدارية أو تأديبية أو جزائية من طرف الدول المتعاقدة ومهما بلغت درجتها فهي أقل خطورة من نظيرتها الانتهاكات الجسمية التي تتضمن أحد الأفعال التي اقترفت ضد أشخاص طبيعيين أو ممتلكات محمية لموجب اتفاق[7].

وتعرف الانتهاكات كذلك هي الأفعال المنافية للاتفاقيات والملحق (البروتوكول) الأول والتي تتخذ حيالها تدابير إدارية وتأديبية وعقابية يتعين على الأطراف المتعاقدة اتخاذها.[8]

كما ان اتفاقيات جنيف لسنة 1949 تعرف انتهاكات القانون الدولي الإنساني وذلك من خلال المواد (50) من اتفاقية جنيف الأولى والمادة (51) من اتفاقية جنيف الثانية، والمادة (130) من اتفاقية جنيف الثالثة والمادة (147) من الاتفاقية الرابعة وذلك بنصها على أنها (هي تلك المخالفات التي تتضمن أحد الأفعال الواردة في المواد المذكورة أنفا إذا اقترفت ضد أشخاص طبيعيين أو ممتلكات محمية بموجب اتفاقيات جنيف الأربع).

كما قد تم النص على انتهاكات القانون الدولي الإنساني في البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 وذلك من خلال نص المادة (85) منه اذ أن الأفعال التي توصف بأنها انتهاكات خطيرة بموجب الاتفاقيات هي تلك الانتهاكات الخطيرة للبروتوكول الأول إذا تم ارتكابها في مواجهة الفئات المذكورة في نص المادة ، كما تعرف الفقرة الخامسة من نفس المادة الانتهاكات على انها جرائم حرب. [9]

والانتهاكات اللانسانية هو كل ما يمكن ارتكابه من أفعال تكون مخالفة لأحكام وقواعد اتفاقيات جنيف وبروتوكوليها الإضافيين والتي تستلزم اتخاذ تدابير وأجراءات سواء كانت تأديبية أو عقابية لردع وقمع مرتكبيها والتي تكتسي تلك الصفة بالنظر لخطورتها وللآثار المترتبة عنها.[10]

الفرع الثاني

صور الانتهاكات المرتكبة من قبل الدول

تتخذ الانتهاكات اللانسانية اربع صور، فقد أوردت الفقرة الثالثة من المادة (19) من مشروع اللجنة حول مسؤولية الدول صورا للجنايات الدولية المرتكبة من طرف الدولة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر وهي:-

---

[4] عبد الامير العكيلي ود.ضاري خليل محمود، النظام القانوني للادعاء العام في العراق والدول العربية، الطبعة الاولى، بيت الحكمة، العراق، 2016، ص206

[5] بوخلو مسعود، انتهاكات القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، ، 2012 ص17.

[6] صالح محمود العادلي، الجريمة لدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004، ص66.

[7] عبد الواحد محمد الفار ، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص41.

[8] محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي،مجلة القانون والاقتصاد،العدد الثاني،1966، ص294.

[9] المادة (85) من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية.

[10] الزمالي عامر، تطبيق القانون الدولي الإنساني، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان و اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة ، 2006، ص137.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أولا: الانتهاك الخطير لحفظ الامن والسلم الدوليين

ويكون هذا الانتهاك لالتزام دولي ذي أهمية جوهرية يهدف إلى حفظ السلم والامن الدوليين مثل التزام حظر العدوان. فالانتهاك الخطير لحفظ السلم والامن الدوليين هو الذي يعتبر عن أشد المخالفات الدولية خطورة، غير أن هذا لا ينفي أن هناك نوعا من التسلسل الهرمي بين الجرائم الدولية تبعا لخطورتها، ومن هذه الناحية بالفعل فإن الجرائم المخلة بالسلم والامن الدوليين تحتل قمة الهرم لإنها من بعض النواحي تعتبر من الجرائم الاكثر خطورة.[11]

ومن أمثلة هذا النوع هو الارهاب الدولي والعدوان، ونظرا لاهمية مصطلح (العدوان) في دراستنا، سنفصله بعض الشيء، حيث ان محاكم الحلفاء بعد الحرب العالمية الثانية اعتبرت العدوان هو الجرائم التي ترتكب ضد السلم، وبقي مصطلح العدوان غامضا فلم يتمكن فقهاء القانون من ايراد تعريف له في الفترة (1920-1930) حيث كانت تستخدم كمعنى الهجوم العسكري الحربي بوسطة قوات مسلحة. [12]

وفي عام 1943 كان في اعتقاد الذين ساهموا في صياغة ميثاق منظمة الأمم المتحدة أن تترك مسألة تعريف العدوان إلى تقرير مجلس الأمن واكتفوا بالإشارة إلى منع استعمال القوة والأعمال العدوانية الموجهة ضد سلامة الأراضي والوحدة الإقليمية للدول.[13]

وفي عام 1950 طرحت الجمعية العامة للامم المتحدة على لجنة القانون الدولي في الجمعية ايراد تعريف للعدوان، حيث عرفتها بأنها الاستعمال الاول للقوة المسلحة من قبل دولة ضد سيادة وسلامة الاراضي والاستقلال السياسي لدولة اخرى أو بأي شكل أخر بما يخالف ميثاق الامم المتحدة.[14]

وقد حددت حالات العدوان في الهجوم المسلح والغزو وإلقاء القنابل واحتلال وضم الأراضي وضرب الحصار على الموانئ والسواحل أو أي هجوم بواسطة القوات المسلحة في البر أو البحر أو الجو أو استعمال القوات المسلحة التي تواجدت في إقليم دولة أخرى بموجب اتفاق ضد الدولة التي قبلت هذه القوات، والعمل الذي تقوم به دولة في وضع إقليمها تحت تصرف دولة أخرى لاستغلاله ضد دولة ثالثة، وكذلك إرسال العصابات المسلحة أو المرتزقة أو المأجورين ، فجميع هذه الأعمال هي غير قانونية طبقا للفقرة (3) من المادة(5) 3 من المادة (5) من تعريف العدوان في التقرير الصادر عن لجنة القانون الدولي. [15]

اذا فالعدوان هي اعمال غير مشروعة تقوم بها دولة ضد دولة او شعب من الشعوب.[16]

ووفقا لتعريف الجمعية العامة للامم المتحدة، فأن الاستخدام الأول من طرف دولة للقوة المسلحة يعد انتهاك للميثاق ويشكل دليلا دامغا على العدوان، وانه من الطبيعي أن وصف العمل غير المشروع يرجع إلى اختصاصات مجلس الأمن، ومع ذلك يبقى مجلس الأمن يواجه مسألة قد تعرقل قيامه الخطوة الأولى من مهامه طبقا للمادة (39) من ميثاق المنظومة الدولية وهي تحديد جهة الاستعمال الأول للقوة، ومن ثم وصف العمل العدواني بشكل نهائي في ضوء تعريف العدوان المقدم. [17]

وبتطبيق ما سبق على غزة، فأن ما يحدث في غزة هو عدوان اسرائيلي وجريمة حرب وشكل من أشكال الإبادة الجماعية وفقاً لشرعة حقوق الإنسان ومعاهدة جنيف الرابعة، لاستخدامه الأسلحة المحرمة دولياً، وما رافقها من عمليات حربية وحشية واستخدام

---

[11] علي إبراهيم، القانون الدولي العام، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991 ، ص 211.

[12] حامد سلطان وعائشة راتب وصلاح الدين عامر، القانون الدولي العام، ط1، 1978 ، دار النهضة، القاهرة، ص 851 .

[13] احمد سي علي، العدوان على قطاع غزة من وجهة نظر القانون الدولي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد61، 1991، ص347.

[14] احمد حمدي، العدوان في ضوء القانون الدولي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1983، ص 27.

[15] بوكرا إدريس مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي العام المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1990، ص189.

[16] عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2005، ص285.

[17] تنص المادة(39) من ميثاق الامم المتحدة لسنة 1945 على(يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين 41 و42 لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه.)

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وسائل قتالية محرمة بموجب القانون الدولي الإنساني والبيئي شملت قصف مواقع وأهداف مدنية طالت في إطار عملياتها المساجد والمدارس ومنازل السكان المدنيين العزل من السلاح وقتل الشيوخ والنساء والأطفال والطواقم الطبية وقصف سيارات الإسعاف وقوافل الإمدادات الإنسانية والغذائية التابعة للمنظمات الدولية الإنسانية وقتل موظفيها إلى جانب استخدام القنابل الفسفورية المحرمة دولياً، وإحداث الدمار الشامل للمناطق السكنية والزراعية، وتدمير البيئات الطبيعية وتلويث المحيط البيئي للإنسان باستخدام الأسلحة والمواد السامة والضارة بالبيئة والإنسان وتشريد الآلاف من المدنيين من منازلهم.[18]

وصدرت للجمعية العامة للامم المتحدة عدة قرارات الا انها لم تعترف بشكل صريح بالعدوان الاسرائيلي الا انها تضمنت ادانة واستنكار وصدمة لما يقوم به الاحتلال الاسرائيلي ومنها القرار رقم (43\233) لسنة 1988 والذي يتضمن التعبير عن الصدمة لقتل مدنيين فلسطينيين.[19]

ثانيا: الانتهاك الخطير لحقوق الشعوب في تقرير مصيرها

وهذا الانتهاك الخطير يكون لالتزام جوهري ذي أهمية أساسية في حماية حقوق الانسان وحق الشعوب في تقرير مصيرها، كإلتزام حظر فرض السيطرة الاستعمارية أو إبقائها بواسطة القوة، و تدل الممارسات الفردية والجماعية وخلال أكثر من ثلاثين سنة أي الفترة اللاحقة للحرب العالمية الثانية على أن تصفية الاستعمار تشكل المضمون الرئيسي لمبدأ تقرير المصير وعلاوة على ذلك فإن إزالة الاستعمار كان المرتكز الاساسي الذي تبلور من خلاله المبدأ حيث كانت جل الشعوب تتجه أساسا نحو الاستقلال السياسي.[20]

وقد إعترفت الامم المتحدة منذ مطلع الستينات بالدور الخاص الذي تؤديه حركات التحرير الوطني فأصدرت الجمعية العامة معتمدة في ذلك على الخبرة المكتسبة من الممارسات السابقة فيما يتعلق بحركات التحرير في المستعمرات السابقة عدة قرارات تعترف فيها بهذه الحركات وفي حقها في إستعمال القوة.

وقد أضحى مبدأ الحق في تقرير المصير بعد النص عليه في ميثاق الامم المتحدة المادة (55) والقرارات والاتفاقيات الدولية خاصة إتفاقية الامم المتحدة للحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية والثقافية في 1966 واللتين نصتا على (مبدأ الحق في تقرير المصير لكل الامم والشعوب) وأدى إلى استقلال عدد كبير من الدول، حيث ادى الى استقلال (50) دولة منذ عام 1965 لغاية 1980، لكن أهم مشكلة لا يزال يعترض هذا المبدأ هو المقاومة المشروعة والخلط بينها وبين الارهاب الدولي وخاصة في فلسطين.[21]

ويمكن الإشارة إلى أن العدوان الإسرائيلي يتعلق أيضا بجريمة العدوان لأن الأصل أن تحافظ الدول على السلم والأمن الدوليين وقد أوضحت اتفاقية لاهاي الثانية لسنة 1907 مبدأ عدم جواز اللجوء إلى الحرب في حل النزاعات الدولية، إلا دفاعاً عن النفس، وضمن نطاق ضيق لا تعسف فيه. ومن ثم تكون إسرائيل قد سجلت أكبر عدد من الجرائم في عدوانها على قطاع غزة، ولا غرابة في ذلك، فسجل قواتها حافل بجرائم مماثلة في حروبها ضد الدول العربية، وهي تكرر تلك الجرائم في كل حروبها الهمجية. وعند دراسة القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للامم المتحدة نلاحظ انها ادانت العدوان الاسرائيلي اكثر من مرة ومنها القرار رقم(37\180) لسنة 1983 والذي تضمن إدانة إسرائيل في مواضيع مختلفة من بينها احتلال الضفة الغربية وغزة وضم القدس.[22]

---

[18] تقرير صادر عن لجان الدفاع عن الحريات الديموقراطية وحقوق الانسان وفي سوريا متاح على الشبكة العربية المعلوماتية لحقوق الانسان على الرابط: http://anhri.net/syria/cdf/2009/pr0113.shtm، تاريخ الزياة 2/2/ 2024.

[19] القرار رقم(43\233) متاح على الرابط: http://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/43 تاريخ الزيارة 3\2\2024.

[20] علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام النظريات والمبادئ العامة ، منشأة المعارف، الاسكندرية 1975، ص 222

[21] احمد سي علي، العدوان على قطاع غزة من وجهة نظر القانون الدولي، مصدر سابق، ص349.

[22] القرار رقم(37\180) لسنة 1983 متاح على الرابط: http://research.un.org/en/docs/ga/quick/regular/38 تاريخ الزيارة 3\2\2024.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثالثا: أنتهاك خطير لحماية البشر

وهذا النوع من الانتهاك يتخذ عدة صور فمنها الابادة الجماعية والتي تعني إنكار حق المجموعات البشرية في الوجود وهي تقابل القتل الذي هو إنكار حق الفرد البشري في البقاء على قيد الحياة، والصورة الاخرى لها هو الفصل العنصري وهو الذي يقوم على التمييز العنصري بين ابناء الشعب الواحد ومن أمثلتها التمييز العنصري على اساس لون البشرة كما في افريقيا وغير ذلك من انواعه[23].

وجريمة الإبادة الجماعية ليست فقط جريمة جنائية دولية عمدية، وإنما هي جريمة يعاقب مرتكبيها وفاعلوها الأصليون والشركاء أياً كانت صورة الاشتراك بالتآمر أو التحريض أو المساعدة، كما أن الشروع فيها يأخذ حكم الجريمة التامة ويستوجب عقاب مرتكبيها.[24]

وبتطبيق هذا النوع في على الاحتلال الاسرائيلي، نلاحظ انه قد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٨٢ قرارا يصف المجازر التي ارتكبتها القوات الإسرائيلية ضد الفلسطينيين في غزة عام 1982 في صبرا وشاتيلا بأنها [إبادة جنس][25]، ورغم معارضة بعض الدول لهذا القرار فقد تمت موافقة ١٢٣ دولة علي القرار ككل دون معارضة وامتنعت ٢٢ دولة عن التصويت، بينما حظيت الفقرة الثانية من القرار التي شملت لفظ الإبادة علي موافقة ٩٨ دولة، واعتراض ١٩ دولة وامتناع ٢٣ دولة عن التصويت. [26]

المطلب الثاني

الانتهاكات اللاإنسانية من منظور القانون الدولي الإنساني

إن الكرامة الإنسانية وحماية الإنسان واحترام آدميته من أي تعسف قيمة عليا أكدت عليها العديد من المواثيق والاتفاقات الدولية ومن أبرزها القانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان اللذان يسعيان إلى حماية الفرد من الإساءة وإنتهاك حقوقه الأول فى وقت الحرب والنزاعات المسلحة، والثاني في وقت السلم. ومن ثم فإن القانونين يطبقان على نحو متكامل بهدف أساسي هو حماية الإنسان في السلم والحرب، فالقانون الدولي الإنساني هو مجموعة من القواعد التي تسعى للحد من تأثيرات النزاعات المسلحة على الأفراد سواء كانوا مقاتلين أو غير مقاتلين أو ضحايا للحرب والحد من معاناتهم. وسنبين في هذا المطلب دور الصكوك الدولية في منع الانتهاكات اللاانسانية، ودور المنظمات الدولية في منع الانتهاكات اللانسانية وذلك في فرعين وكما يلي:-

الفرع الاول

دور الصكوك الدولية في منع الانتهاكات اللانسانية

ينتهك العدوان الإسرائيلي على قطاع غزة القانون الدولي الإنساني الذي هو جزء اساسي من القانون الدولي العام والمتكون من مبادئ واسس وقواعد دولية، واخرى عرفية، التي تسعى في جميع احوالها إلى حماية المقاتلين والمتحاربين وكذلك توفير الحماية الكافية للمدنيين في فترات النزاعات المسلحة، لدواعي إنسانية، وصيانة الاماكن التي ليس لها علاقة مباشرة بالعمليات العسكرية. فقد انتهكت إسرائيل الصكوك الأساسية للقانون الدولي الإنساني، ومن أهمها اتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907 واللائحة المرفقة بها وبخاصة المادة (42) منها التي عرفت الاحتلال (تعتبر ارض الدولة حين تكون تحت السلطة الفعلية لجيش العدو محتلة) واتفاقيات

---

[23] بوكرا إدريس مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي العام المعاصر، مصدر سابق، ص91.

[24] ايمن سلامة، القانون الدولي اللانساني، المركز الدولي للدراسات الاستراتيجية، العدد(2)، 2006، ص31.

[25] القرار رقم(37\123) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٨٢، والذي يدين مسؤولية إسرائيل المزعومة عن مجزرة صبرا وشاتيلا على يد حزب الكتائب في بيروت، لبنان. يقرر أن المذبحة كانت فعل إبادة جماعية ؛ ويدين أعمال نهب التراث الثقافي الفلسطيني. ويدين احتلال الضفة الغربية وغزة ومرتفعات الجولان. ويدين ضم القدس. متاح على الرابط: https://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r123.htm تاريخ الزيارة 3\2\2024.

[26] عبد الواحد محمد الفار ، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، مصدر سابق، ص211.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

جنيف الأربع لعام 1949[27] والبروتوكولات المرفقة لها من عام 1977[28]، واتفاقية الأمم المتحدة لعام 1980 بشأن حظر أو تقييد بعض الأسلحة التقليدية.[29]

وتفرض الصكوك الأساسية لهذا القانون على قوات الاحتلال الإسرائيلي احترام المدنيين وأسرى الحرب من الفلسطينيين فقد نصت اتفاقية جنيف الثالثة على حماية أسرى الحرب، حيث جاء فيها أن الفئات المستهدفة بالحماية لا تقتصر على أفراد القوات المسلحة النظامية وطواقم دعمها اللوجستي، وإنما تمتد إلى أفراد المليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة، بمن فيهم أعضاء حركات المقاومة المنظمة، الذين ينتمون الى أحد أطراف النزاع ويعملون داخل أو خارج إقليمهم، حتى لو كان هذا الإقليم محتلا .

فضلا عن احترام اتفاقية جنيف الرابعة المؤرخة في 12 آب/أغسطس 1949 بشأن حماية المدنيين في وقت الحرب التي تعنى بإلزام الأطراف السامية بالحفاظ على حياة المدنيين غير المقاتلين وكرامتهم وممتلكاتهم أثناء النزاعات المسلحة في الدول والأقاليم المحتلة. وتسري هذه الاتفاقية، كما نصت المادة (2) منها على جميع حالات الاحتلال الجزئي أو الكلي لإقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة[30].

وبما أن الجرائم اللانسانية تقع ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية؛ وبموجب مواد الباب الثالث من النظام الأساسي للمحكمة وبطلب من مجلس الامن الدولي ان يسأل الجنود والقادة الإسرائيليين عن هذه الجرائم، ويمكن المدعي العام للمحكمة وفق المادة (15/1) من نظام المحكمة أن يباشر التحقيقات من تلقاء نفسه، على أساس أنه ممثلاً للمجتمع الدولي مكلفا بمتابعة المعلومات المتعلقة بتلك الجرائم كما يمكن لمجلس الأمن الدولي وفق المادة (13) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إحالة القضية إلى المحكمة للتحقيق في الحالات الجرمية التي حدثت في قطاع غزة من قبل المدعي العام[31]، ويمكن أن نضيف إمكانية الدول الأعضاء في النظام الأساسي للمحكمة، من حقها في تقديم طلب للمدعى العام فتح تحقيق حول ما اقترفته إسرائيل من جرائم في القطاع[32].

وعليه فأن الاحتلال الاسرائيلي اخترق العديد من الصكوك الدولية، ولا سيما القرار رقم (242) لسنة 1967 الصادر عن المحكمة الجنائية الدولية(التي لم تصادق اسرائيل على نظامه الاساسي)، الذي ينص على عدم جواز اكتساب الأراضي بالقوة، وعلى وجوب الانسحاب من الأراضي المحتلة في نزاع 1967، وهو ما جاء أيضاً في القرارين (338) لسنة 1973 و (1397) لسنة 2002 ،فهي قرارات حددت الحوزة الإقليمية التي يحق للشعب الفلسطيني أن يقرر فيها مصيره، وفق حق تقرير المصير المكفول بموجب المادة الأولى من العهدين الدوليين بقطاع غزة الذي أعيد الانتشار فيه سنة 2005، والضفة الغربية والقدس الشرقية.

اضافة الى ان القانون الدولي منع الحصار الاقتصادي وتجويع الشعوب، فقد جاء في المادة (14) من البرتوكول الإضافي الثاني، الملحق باتفاقيات جنيف، والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية لسنة 1977 ما يلي: "يحظر تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب القتال، ومن ثم يحظر توصلاً لذلك، مهاجمة أو تدمير أو نقل أو تعطيل الأعيان والمواد التي لا غني عنها لبقاء السكان المدنيين علي قيد الحياة ومثالها المواد الغذائية والمناطق الزراعية التي تنتجها والمحاصيل والماشية ومرافق مياه الشرب وشبكاتها وأشغال الري". ومثلها المادة (54) من البروتوكول الإضافي الأول، وفعلياً لا يمكن تقليص تزويد القطاع بالكهرباء دون المس بعمل

---

[27] متاح على الرابط: https://www.icrc.org/ar/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm تاريخ الزيارة: 1\2\2024.

[28] متاح على الرابط: https://www.pji.pna.ps/Home/ViewFile/7201 تاريخ الزيارة: 22\2024.

[29] متاح على الرابط: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cprccc/cprccc_ph_a.pdf تاريخ الزيارة: 1\2\2024.

[30] المادة(2) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949.

[31] الفقرة (ب) من المادة(13) من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية تنص على(إذا أحال مجلس الامن، متصرفا بموجب الفصل السابع من ميثاق الامم المتحدة، حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت).

[32] المادة (14) الفقرة(أ) من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية تنص على (يجوز لدولة طرف أن تحيل إلى المدعي العام أية حالة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة قد ارتكبت وأن تطلب إلى المدعي العام التحقيق في الحالة بغرض البت فيما إذا كان يتعين توجيه الاتهام لشخص معين أو أكثر بارتكاب تلك الجرائم.).

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المشافي ومضخات المياه، ناهيك عن تقليص إمدادات الغذاء والدواء وغيرها من الاحتياجات الإنسانية الأساسية.[33]

الفرع الثاني

دور المنظمات الدولية في منع الانتهاكات اللانسانية

تمارس المنظمات الدولية لحقوق الإنسان عدد كبير من النشاطات التي ترتبط عادة بمدى قدرتها في التأثير على عملية صنع السياسات الحكومية المرتبط بالإطار القانوني الذي تضعه الدولة لتنظيم وجود هذه المنظمات، وفيما كان هذا الإطار منظم أم مقيد، كما يرتبط الأمر نفسه بمدى استجابة الدولة بمؤسساتها المتنوعة للمطالب والضغوط القادمة من المجتمع ومؤسساته.

ويأتي تعدد المحددات التي تواجه المنظمات لحقوق الإنسان المتعلقة بعملية صنع تلك السياسات، من خلال ما تتمتع به من قدرات إدارية ومؤسسية تشتمل على بناء الهياكل التنظيمية لها، وتنمية روح العمل الجماعي، وتحقيق مهارات الاتصال والتخطيط الإستراتيجي لبناء تلك القدرات، وترتبط أيضاً بمدى قدرة المنظمات على بناء رصيد للقوة والتأثير يمكنها من إقامة تحالفات مع المنظمات الحكومية، وكذلك مع الأطراف كافة في عملية التنمية سواء على المستوى الوطني أو الدولي، فضلاً عن مدى قدرة هذه المنظمات على تحديد احتياجات مجتمعاتها المحلية، والتي تتطلب إشراك هذه المجتمعات في تحديد المشروعات والتخطيط لها، وتنفيذها، ومتابعتها.

ومن هذه المنظمات الدولية هي اللجنة الدولية للصليب الاحمر، والتي أسهمت في إنجاز كثير من المجالات التي تعنى بها هذه اللجنة ذات الارتباط الجوهري بحقوق الإنسان والتي من أبرزها في فلسطين وهو تحقيق التواصل مع الأسرى والمحتجزين المدنيين لدى أسرائيل، وزيارة مراكز الاعتقال للتأكد من ظروف اعتقالهم من الناحية المادية والنفسية وإغاثة الضحايا ومنحهم مساعدات طبية، وإنشاء المستشفيات، ومراكز التأهيل والبحث عن المفقودين، وجمع شمل العائلات، وإعادة الأشخاص إلى أوطانهم.[34]

وكذلك منظمة العفو الدولية، حيث تعد منظمة العفو الدولية من المنظمات الدولية غير الحكومية المعنية بحقوق الانسان التي تمارس نشاطات مهمة في هذا المجال، وهي مؤسسة تعتمد على أعضائها الدوليين المتطوعين، وتتألف من فروع وطنية ، وشبكات دولية، وجماعات منتسبة، وأعضاء دوليين، وقد حصرت اهتماماتها بصفة رئيسية في العمل على تعزيز احترام حقوق الانسان على الصعيد العالمي وتدعيمه[35].

وتسعى منظمة العفو الدولية أسوة بباقي المنظمات الدولية والهيئات الخاصة المستقلة الناشطة في مجال حقوق الإنسان للدفاع عن الحقوق والحريات ضد الانتهاكات التي تمارسها بعض الحكومات، مستخدمة في ذلك أساليب متعددة مثل التأثير على الرأي العام، ونشر الانتهاكات، والتنديد بمواقف تلك الحكومات، وإيفاد المراقبين ومساعدة الأفراد الذين تتعرض حقوقهم للانتهاكات، ورفع الكثير من هذه الانتهاكات إلى هيئات الحماية الدولية لحقوق الإنسان، وذلك بحق الطعن المعترف لها ،به بموجب الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان.[36]

ونشرت منظمة العفو الدولية عدة تقارير توثق هجمات اسرائيل على قطاع غزة ، كما حثت مجلس الامن الدولي على تقديم طلب الى المحكمة الجنائية الدولية على التحقيق في جرائم حرب في غزة في كانون الثاني 2023.

المبحث الثاني

الاطار القانوني للانتهاكات على غزة وآلية التصدي لها

تعاني الانسانية منذ القدم من التنكيل والتعذيب والقمع و ارتكاب العديد من الانتهاكات، إما من قبل الحكومات أو من قبل قوات

---

[33] تنص المادة(54) من البروتوكول الاول الاضافي لعام 1977 الملحق باتفاقية جنيف على(حماية الأعيان والمواد التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين ...)

[34] يكني خالد، انتهاك قواعد القانون الدولي الانساني،جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق، الجزائر، 2013، ص71.

[35] نزار العنبكي، القانون الدولي الانساني، منشورات دار وائل للنشر، ط1، عمان، الاردن، 2010، ص103.

[36] صالح محمد صالح البوفلاح، دور المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي لحقوق الانسان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، 2016، ص50.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أجنبية مستخدمة في النزاعات المسلحة الدولية أو بسبب نزاعات مسلحة داخلية، وأقرب هذه الانتهاكات المذابح التي إرتكبتها القوات (الصهيونية) ضد الشعب الفلسطيني، وفي القانون الدولي الجنائي يعتبر مصطلح الجرائم ضد الانسانية حديث نسبياً، حيث كان أول إستخدام له بعد الحرب العالمية الثانية في النظام الاساسي لمحكمة نورنبرغ العسكرية عام 1945، وكما ورد في المادة (6) من النظام الأساسي للمحكمة بأن مصطلح الجرائم ضد الإنسانية " ينصرف إلى الأعمال غير الإنسانية كالقتل العمد والاسترقاق والابعاد والأعمال الأخرى التي ترتكب ضد السكان المدنيين قبل الحرب أو أثنائها أو الاضطهاد لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية عندما ترتكب هذه الأعمال أو الاضطهادات في اثر كل جريمة فهي تدخل ضمن إختصاص المحكمة." وسنبين في هذا المبحث الاطار القانوني للانتهاكات اللاانسانية على غزة والية التصدي لها وذلك في مطلبين وكما يلي:-

المطلب الأول

الاطار القانوني للانتهاكات على غزة في القانون الدولي الجنائي

مع تزايد الاعتداءات الاسرائيلية على قطاع غزة، ولا سيما الاعتداء الاخير في (7 اكتوبر 2023) والذي لا يزال مستمرا بشكل يندى له جبين الانسانية، والذي لم يسلم منه الاطفال والمدنيين وكبار السن، وكذلك المستشفيات والمدارس، والنازحين، ومع صمت العالم والمنظمات الدولية حول ادانة او استنكار او دعوة الى وقف اطلاق النار، فأن الانظار تدور حول موقف القانون الدولي من هذه الانتهاكات، وبالتحديد محكمة العدل الجنائية الدولية، ولمعرفة موقفهما سنتناول في هذا المطلب تجريم الانتهاكات اللاانسانية على غزة في القانون الدولي الجنائي وموقف محكمة العدل الدولية من هذه الانتهاكات وذلك في فرعين، وكمايلي:-

الفرع الأول

تجريم الانتهاكات اللاانسانية على غزة

بداية نبين ان فقهاء القانون الجنائي الدولي اختلفوا بشأن وضع تعريف موحد للجرائم ضد الإنسانية لعدم قدرتهم على تحديد الجرائم التي تدخل ضمن هذا المفهوم، ولكون هذه الجرائم قابلة للتطور والتغيير بمرور الوقت وتغير الأحداث نتيجة لتطور النفس الاجرامية في استحداث وارتكاب جرائم جديدة ومبتكرة تدخل ضمن مفهوم الجرائم ضد الإنسانية. مما يجعل أي تعريف ناقص وغير وافي لحصر هذا النوع من الجرائم. وكذلك تباين المواثيق الدولية في إيجاد تعريف محدد لهذه الجرائم[37].

فالجرائم ضد الإنسانية بمعناها العام هي" الجرائم التي تقوم بها سلطات الدولة أو الأفراد بهدف القضاء الكلي أو الجزئي على الجماعات الثقافية أو الدينية لأسباب سياسية أو دينية أو جنسية". ومن امثلتها الابادة الجماعية التي يرتكبها الاحتلال الصهيوني في فلسطين، والذي يتوفر فيه اركان الجريمة، وهي:-[38]

الركن الاول هو الركن الشرعي، وهي اعتبارها جريمة بموجب مواثيق المحاكم الدولية، اي هل ان الفعل مؤثم ام لا ، اي ان الفعل هو مؤثم في الشرعة الدولية.

الركن الثاني هو الركن المادي، والسبب والنتيجة والعلاقة التبعية بينهما، اي ان الفعل ادى الى وقوع جريمة. وهو يعني ان كل فعل يؤدي الى نتيجة يؤثمها القانون.

الركن الثالث هو الركن المعنوي وهو العلم والارادة اي ان الجاني يعلم ان فعله مؤثم قانونا ومجرَّم، ويمثل الاصول النفسية لماديات الجريمة.

والركن الرابع هو الركن الدولي، ويتحقق هذا الركن عند وقوع الجريمة على مصلحة تحميها القانون الدولي الجنائي.

وبتطبيق هذه الاركان الاربعة على ما يحدث في فلسطين فأن جميعها تتحقق، فالاعتداء او العدوان الاسرائيلي هو فعل مؤثم دوليا وفقا للتقرير الصادر عن لجنة القانون الدولي في الجمعية العامة للامم المتحدة لسنة 1950. ويتحقق الركن المادي فيه حين

---

[37] عباس هاشم السعيدي، مسؤولية الفرد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 148 .

[38] محمد حنفي محمود، جرائم الحرب أمام القضاء الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص227.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

تؤدي هذه العمليات العسكرية الى ابادة الشعب الفلسطيني، والركن المعنوي وهو علم اسرائيل بالفعل الجرمي الذي يقومون به، واخير الركن الدولي وهو اعتداء على أمن وسيادة دولة اخرى.

وفيما يخص اثار الاعتداء وفق القانون الجنائي الدولي فقد نصت المادة (11) من مشروع لجنة القانون الدولي حول مسؤولية الدول المعتمد من طرفها في سنة 1991 على النتائج المترتبة على الانتهاكات المرتكبة من الدول، وأيدت اللجنة إتباع إجراء ذي مرحلتين يشمل مجلس الامن ومحكمة العدل الدولية وهذا فيما يخص الاحكام المتعلقة بتسوية المنازعات، وأن تقرير وجود أفعال غير مشروعة دوليا ينبغي أن تقرر المحكمة أو دائرتها المتخصصة، لكن اللجنة لم تدخل هذا النظام في مشاريع المواد وهذا ولد مخاوف جديدة بشأن الاثار السيئة لمفهوم الجناية الدولية.

الفرع الثاني

موقف محكمة العدل الدولية من الانتهاكات اللاإنسانية على غزة

محكمة العدل الدولية هي الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة. وتتولى المحكمة الفصل طبقا لأحكام القانون الدولي في النزاعات القانونية التي تنشأ بين الدول، وتقديم آراء استشارية بشأن المسائل القانونية التي قد تحيلها إليها أجهزة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة[39].

من أهم العراقيل التي تقف أمام المسؤولية الدولية للدولة عن الانتهاكات اللانسانية، هو ما يخص مدى وجود سلطة تتمتع بتوقيع هذه الجزاءات الدولية؟ ويرى العديد من الفقهاء أن إفتقار التنظيم العالمي إلى محكمة دولية جنائية في الوقت الحاضر تختص بتوقيع الجزاءات الجنائية على الدول المعتدية، إنما يؤكد على أن القانون الدولي لا يعترف الا بالمسؤولية المدنية للدول. والمجتمع الدولي حاليا يفتقر إلى سلطة عليا التي تختص بفرض هذه الجزاءات على الدول، وعدم وجود هذه السلطة على الصعيد الدولي هو أمر يتأكد معه بلاشك عدم إمكانية نسبة المسؤولية الجنائية للدولة.[40]

ولكن هناك العديد من الفقهاء يرون عكس ذلك ، ويرون أنه توجد هناك السلطة التي تملك صلاحية إقرار الجزاء الدولي المناسب على الدولة مرتكبة الجريمة الدولية وبالتالي إقرار المسؤولية الجنائية للدولة ، ومنها محكمة العدل الدولية، التي لها دورا كبيرا في هذا المجال حتى يتم الاتفاق بين الدول بشان الاخذ بآلية مناسبة تلعب هذا الدور الهام على الصعيد الدولي، والتي تمثل بالفعل بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية.[41]

وفي هذا الصدد يؤكد هذا الجانب الفقهي على ضرورة تفعيل دور محكمة العدل الدولية لتلعب دور اكثر فعالية لمواجهة الجرائم الدولية المرتكبة من قبل الدولة وفرض الجزاءات عليها ، وانه يجب ان يمتد اختصاص المحكمة الى المسائل الجنائية وان يشمل الجرائم التي ترتكبها الدول اعضاء المجتمع الدولي.

رغم ضعف الدور الذي تلعبه محكمة العدل الدولية، الا ان قراراتها مهمة إنسانيا وسياسيا وقانونيا وملزمة قانونا، وفيما يخص الانتهاكات اللانسانية التي ارتكتها اسرائيل في غزة (أعتداءات 7 اكتوبر 2023) والتي ما تزال مجازرها قائمة ، فقد قدمت دولة جنوب افريقيا الدعوى الى محكمة العدل الدولية حول الجرائم التي يرتكبها الكيان الصهيوني، وكان قرار المحكمة بمثابة انتصارا معنوياً للقضية الفلسطينية دولياً[42]، حيث نص على " انه على الاحتلال الإسرائيلي أن يقوم بتنفيذ قرارات المحكمة فوراً وتوقف العدوان

---

[39] نبذة عن محكمة العدل لدولية متاح على الموقع الرسمي للمحكمة على الرابط: https://www.icj-cij.org/ar، تاريخ الزيارة 4\2\2024

[40] ايمن سلامة، القانون الدولي الانساني، مصدر سابق، ص34.

[41] عباس هاشم السعيدي، مسؤولية الفرد الجنائية ، مصدر سابق، ص150.

[42] عقدت محكمة العدل الدولية جلساتها في 11 و12 يناير/كانون الثاني 2024 للنظر في الطلب الذي قدمته إليها جنوب أفريقيا لاتخاذ تدابير مؤقتة. نص القرار متاح على الموقع الالكتروني على الرابط:

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

على قطاع غزة وتوفر الحماية للمدنيين وأن تسهل دخول المساعدات الإنسانية والإغاثية للقطاع، وتمكين الفلسطينيين النازحين في غزة من العودة إلى بيوتهم. وجاء في قرار المحكمة إقرارها بأن الوضع هش في غزة وأن العمليات العسكرية الإسرائيلية أدت الى تدمير المنازل وعمليات نزوح واسعة النطاق للسكان. وأن هناك ضرورة ملحة لضمان حق الفلسطينيين في الحماية من أعمال الإبادة الجماعية، وضرورة التزام إسرائيل بذلك". [43]

ومع اهمية المحكمة وقراراتها الا انها لم تدع بصريح العبارة الى وقف فوري لإطلاق النار في غزة الا أنها طالبت إسرائيل بالتأكد من أن جيشها لا يرتكب جرائم حرب، واتخاذ إجراءات لمنع التأجيج على الكراهية وارتكاب الإبادة الجماعية وتوفير الخدمات الأساسية للفلسطينيين ووقف تدمير بيوتهم وضمان توفير المساعدات والاحتياجات الإنسانية لهم ومنع تدمير شهادات ارتكاب أعمال الإبادة الجماعية ورفع تقرير بالتزامها بهذه الإجراءات في غضون شهر واحد.

وبهذا نستنتج مما سبق ان محكمة العدل الدولية لم يصدر عنها أي قرار صارم حول تجريم وتحريم الاعتداءات اللاانسانية على غزة، ولم تعترف بارتكاب الابادة الجماعية من قبل اسرائيل، وانما جاء القرار بشكل عام هو حول التحذير من القيام بجرائم الحرب والابادة الجماعية.

الا ان الواقع يشير الى استمرار الاحتلال الاسرائيلي منذ 7 اكتوبر والى الان(شباط 2024) بقصف المستشفيات الخاصة بالاطفال ومستشفيات الطوارئ والمدارس والمجمعات السكنية وتجمعات النازحين، وقنص المارة ومنع وصول المساعدات الغذائية والطبية اليهم وقطع الماء والتيار الكهربائي وحجب التواصل الالكتروني وعزل قطاع غزة عن العالم، وهو تمهيد لابادتهم بشكل جماعي.

المطلب الثاني

آلية التصدي للانتهاكات اللاإنسانية ومدى فاعليتها

يتولى القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الانساني وضع التزامات يتحتم على الدول أن تحافظ عليها. وعندما تصبح الدول أطرافاً في معاهدات دولية، يراعى أنها تضطلع بالتزامات وواجبات في إطار القانون الدولي تتصل باحترام وحماية وتطبيق حقوق الإنسان، ومنع انتهاك هذه الحقوق، ومنها منع الجرائم ضد الانسانية، من خلال المعايير التي يضعها القانون الدولي، وأن عدم التقيّد بالمعايير الدولية لحقوق الإنسان وعدم حمايتها يضعف من جهود حفظ السلام وصنع السلام وبناء السلام، وتعاني الجهود العالمية لمكافحة الانتهاكات اللاانسانية، والوقاية من انتشار التطرف العنيف من عدم التقيد من قبل بعض الدول الاطراف بهذه المعايير، مما يولد حالة من المساس بالأمن والسلم الدولي، ولمعرفة سبل التصدي لهذه الانتهاكات اللاانسانية سنتناول في هذا المطلب آلية التصدي للانتهاكات اللاانسانية ومدى فاعلية هذه الاليات وذلك في فرعين، وكما يلي:-

الفرع الاول

آلية التصدي للانتهاكات اللاإنسانية

يتم حماية حقوق الانسان من الانتهاكات اللانسانية من خلال أحترام معايير القوانين الدولية المختصة والالتزام بحمايتها وتطبيق قواعد القانون الدولي، والالتزام بالاحترام يعني أنه يتعين على الدول أن تمتنع عن التدخل والتعرض لسيادة الدول الاخرى، والامتناع عن التعرض لحقوق الانسان، أما الالتزام بالحماية فإنه يشترط على الدول أن تقي الأفراد والجماعات من انتهاكات حقوق الإنسان، والالتزام بالتطبيق

https://www.hrw.org/ar/news/2024/01/26/gaza-world-court-orders-israel-prevent-genocide تاريخ الزيارة : 4\2\2024.

[43] متاح على موقع محكمة العدل الدولية على الرابط:https://www.icj-cij.org/ar تاريخ الزيارة 3\2\2024.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

يتضمن مطالبة الدول باتخاذ إجراءات إيجابية لتيسير التمتع بحقوق الإنسان الأساسية[44].

ومن خلال التصديق على معاهدات حقوق الإنسان الدولية، تتعهد الحكومات بوضع تدابير وتشريعات محلية تتسم بالاتفاق مع التزاماتها وواجباتها التعاقدية. ومن ثم، فإن النظام القانوني المحلي يوفر الحماية القانونية الأساسية لحقوق الإنسان المكفولة في إطار القانون الدولي[45].

وفي حالة إخفاق الإجراءات القضائية في التصدي لانتهاكات حقوق الإنسان، يلاحظ أن الآليات والإجراءات المتعلقة بالتظلمات الفردية متاحة على المستويين الإقليمي والدولي من أجل المساعدة في القيام، على نحو حقيقي، باحترام وتنفيذ وتطبيق معايير حقوق الإنسان الدولية على الصعيد المحلي[46].

ومن الطرق القانونية للتصدي للانتهاكات اللاانسانية هو التظلم لدى الجمعية العامة للامم المتحدة، وهي على نوعين، النوع الاول هو الشكاوى الفردية بموجب المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان (الالتماسات) أو التظلمات ، والنوع الثاني هو البلاغات الفردية بموجب الإجراءات الخاصة ،حيث تعمل البلاغات الفردية بموجب الإجراءات الخاصة الموضوعية والجغرافية للجنة حقوق الإنسان السابقة، وتندرج الآن في ولاية مجلس حقوق الإنسان اذ يمكن تقديم الشكاوى الفردية بواسطة أطراف أخرى تشمل المنظمات غير الحكومية نيابة عن الأفراد الذين يدّعون وقوعهم ضحايا لانتهاكات حقوق الإنسان. وفي هذه الحالة يكون من المحتَّم على المنظمة غير الحكومية التي تقدِم الشكوى أن تلتمس الحصول على موافقة الفرد. وبالإضافة إلى ذلك تحتاج المنظمة غير الحكومية المقدِمة إلى التأكد من أن الفرد يدرك أي أثر محتمل لتقديم الشكوى.[47]

ومن أهم الالتزامات القانونية التي تنشأ عن عدم احترام القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي الالتزام بكفالة مساءلة مرتكبي تلك الانتهاكات. وان احترام سيادة القانون تستلزم أن يكون جميع الأشخاص والمؤسسات والهيئات، بما في ذلك الدولة ذاتها، مسؤولين أمام القوانين الصادرة علناً، والتي تطبق على الجميع بشكل مساوي دون تمييز ويتم الاحتكام في هذا الاطار إلى هيئة قضائية مستقلة استقلالا تاما، بما يتناسب مع الاسس والموازين الدولية لحقوق الإنسان. ويتطلب هذا المبدأ ايضا ان يتم اتخاذ الاجراءات الملائمة لكفالة الالتزام بمبادئ سيادة القانون، والمساواة أمام القانون والمسؤولية أمام القانون والعدل في تطبيق القانون، والفصل بين السلطات، والمشاركة في صنع القرار، واليقين القانوني، وتجنب التعسف، والشفافية الإجرائية والقانونية.

وعلاوة على ذلك، ففي المبادئ الأساسية والمبادئ التوجيهية بشأن الحق في الانتصاف والجبر لضحايا الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني الدولي أقرت الجمعية العامة أن الالتزام باحترام وضمان احترام وإعمال القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني يشمل واجب "التحقيق في الانتهاكات بفعالية وسرعة ودقة ونزاهة وأن تتخذ إجراءات عند الاقتضاء، وفقاً للقانون المحلي او الدولي ضد مرتكبي الانتهاكات المزعومين" الفقرة (ب).

ويقرّ كل من القضاء الدولي والقضاء الإقليمي أن إثبات مسؤولية الدولة عن انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني ينبغي أن يفضي إلى اتخاذ الدولة لتدابير من أجل التعويض عن الضرر الذي قد تكون تسببت فيه ولمنع الانتهاكات في المستقبل. وتتراوح هذه التدابير من دفع تعويضات للضحايا ولأسرهم، وتقديم تأكيدات بعدم التكرار، لتصل إلى اعتماد آليات قانونية لمنع الانتهاكات في المستقبل. في حين أنه لا جدال أن الدولة ملزمة بدفع تعويض عن أي انتهاك لها للقانون الدولي الإنساني الا انه هناك محاكم محلية عديدة رفضت حق الضحية في طلب ذلك التعويض على أساس القانون الدولي . [48]

---

[44] نور الدين سوداني، الدراسة الاولية للمحكمة الجنائية في جرائم الاحتلال الاسرائيلي في فلسطين، مجلة العلوم القانونية، العدد(12)، المجلد(1)، 2021، ص772.

[45] محمد حنفي محمود، جرائم الحرب أمام القضاء الجنائي الدولي، مصدر سابق، ص229.

[46] ايمن سلامة، القانون الدولي اللانساني، مصدر سابق، ص31

[47] آلية تقديم الشكاوى الى الجمعية العامة للامم المتحدة وفق الاجراء (1503) متاح على الرابط: http://hrlibrary.umn.edu/arabic/OHCHRngohandbook7.pdf تاريخ الزيارة: 5\2\2024.

[48] عبد الواحد محمد الفار ، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، مصدر سابق، ص214.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ووفقا لتقرير صادر عن الجمعية العامة للمم المتحدة رقم(1564) لسنة2004 [49]أنه يمكن اعتبار الكثير من انتهاكات القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني جرائم بموجب القانون المحلي. ويمكن أيضاً وصف بعض هذه الانتهاكات، إذا توفرت فيها شروط معينة بأنها جرائم بموجب القانون الدولي، مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية إضافية تتحملها الدول والأفراد ، يجوز بوجه خاص محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية ليس محلياً فقط، بل وكذلك دولياً. وعلى سبيل المثال، يمكن محاكمة مرتكبي جريمة الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب في المحاكم الجنائية الدولية ، وعليه فأن ما تقوم به اسرائيل في غزة من ابادة اجماعية واعمال عدوانية يجب ان يتم محاكمتها في اطار القانون الجنائي الدولي و المحاكم الجنائية الدولية.[50]

الفرع الثاني

مدى فاعلية اليات التصدي للانتهاكات اللاانسانية على غزة

تشير مجموعة المبادئ الأساسية للقانون الدولي الانساني من خلال العمل على مكافحة الإفلات من العقاب إلى التزام الدول بأن تجري تحقيقات فورية وكاملة ومستقلة ومحايدة في انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني وتتخذ تدابير مناسبة ضد مرتكبي هذه الانتهاكات، ولا سيما في مجال القضاء الجنائي، من خلال ضمان ملاحقة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم الجسيمة بموجب القانون الدولي ومحاكمتهم وفرض عقوبات مناسبة عليهم.[51]

وتختص المحكمة الجنائية الدولية بالنظر في الجرائم ضد الانسانية فقد نظرت سابقا في الابادة الجماعية في راوندا ويوغسلافيا وغيرها من الجرائم الدولية، وبتطبيق الاحكام الواردة في المواد(11، 12، 13) من نظام روما الاساسي على الجرائم ضد الانسانية وجرائم الحرب وجرائم الابادة الجماعية المرتكبة في الاراضي الفلسطينية المحتلة، ولما كانت هذه الاخيرة قد وقعت على نظام روما في الساعات الاخيرة المتاحة للتوقيع فإنها لم تصادق عليه وبذلك فهي ليست طرفا فيه.

وفيما يخص اسرائيل فانها كانت من بين الدول السبع التي صوتت ضد إنشاء المحكمة الجنائية الدولية وعارضت نظام روما الاساسي متذرعة ببعض الحجج القانونية التي تحاول بها إخفاء دوافعها السياسية الحقيقة التي أدت بها إلى معارضة إنشاء المحكمة، لكن بالرغم من ذلك وقعت إسرائيل في 31 ديسمبر 2000 على النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية، و لم تصادق عليه حتى الان.[52]

وبما أن كل من فلسطين واسرائيل لم يصادقا على النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية، فهنا يثور التساؤل حول مدى إمكانية المحكمة من النظر في جرائم الاحتلال الاسرائيلي، لما كانت إسرائيل دولة غير طرف في نظام روما الاساسي، ولما كان اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لا يسري كقاعدة عامة الا على الجرائم المرتكبة في اقليم دولة طرف في نظام روما، أو تقبل باختصاص المحكمة أو من قبل أحد رعاياها بعد دخول هذا النظام حيز النفاذ فإن الجرائم الاسرائيلية لا تتوفر بشأنها الشروط المسبقة لممارسة المحكمة اختصاصها.

ولا تتمكن المحكمة من النظر في هذه الجرائم الا اذا قدم مجلس الامن الدولي هذه الجرائم الى المحكمة الجنائية الدولية.[53] كما ان فلسطين هي الاخرى لم تنظم الى المحكمة الجنائية الدولية وذلك لعدم اعتراف المحكمة بفلسطين كدولة، إن بانضمام فلسطين إلى المحكمة الجنائية الدولية فإنها تكون قد خطت خطوة إيجابية لانضماها اليه كآلية دولية لردع الاحتلال الاسرائيلي، لتساهم بذلك في

---

[49] القرار الصادر عن الجمعية العامة للامم المتحدة رقم(156) لسنة 2004 متاح على الرابط: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict_ar.pdf تاريخ الزيارة: 5\2\2024.

[50] نور الدين سوداني، الدراسة الاولية للمحكمة الجنائية في جرائم الاحتلال الاسرائيلي في فلسطين، مصدر سابق، ص773.

[51] عبد الواحد محمد الفار ، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، مصدر سابق، ص219.

[52] نور الدين سوداني، الدراسة الاولية للمحكمة الجنائية في جرائم الاحتلال الاسرائيلي في فلسطين، مصدر سابق، ص778.

[53] نور الدين سوداني، الدراسة الاولية للمحكمة الجنائية في جرائم الاحتلال الاسرائيلي في فلسطين، مصدر سابق، ص778.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وضع حد للعدوان الاسرائيلي المتكرر على أراضيها وعلى الانتهاكات الجسيمة التي ارتكبها منذ احتلاله لفلسطين إلى يومنا هذا، ومواجهتها أمام المحافل الدولية وخاصة المحكمة الجنائية الدولية بخصوص سياسة الاستيطان.

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة تم التوصل الى النتائج والتوصيات الاتية:-

اولا: النتائج

1- إن القانون الدولي الانساني بين أن الانتهاكات اللاانسانية هو كل ما يمكن ارتكابه من أفعال تكون مخالفة لأحكام وقواعد اتفاقيات جنيف وبروتوكوليها الإضافيين والتي تستلزم اتخاذ تدابير وأجراءات لردع وقمع مرتكبيها والتي تكتسي تلك الصفة بالنظر لخطورتها وللآثار المترتبة عنها، وهو ما ينطبق على الافعال التي يقوم بيها الاحتلال الاسرائيلي في غزة.

2- العدوان هي اعمال غير مشروعة تقوم بها دولة ضد دولة او شعب من الشعوب. وقد تم تحديد الاعمال العدوانية في المواثيق الدولية ومنعها وتأثيم مرتكبيها في القانون الدولي الانساني وتحميلهم المسؤولية، وتجريمها في القانون الدولي الجنائي.

3- تمارس المنظمات الدولية لحقوق الإنسان عدد كبير من النشاطات التي ترتبط عادة بمدى قدرتها في التأثير على عملية صنع السياسات الحكومية المرتبط بالإطار القانوني الذي تضعه الدولة لتنظيم وجود هذه المنظمات.

4- ان محكمة العدل الدولية لم يصدر عنها أي قرار صارم حول تجريم وتحريم الاعتداءات اللاانسانية على غزة، ولم تعترف بارتكاب الابادة الجماعية من قبل اسرائيل، وانما جاء القرار بشكل عام هو حول التحذير من القيام بجرائم الحرب والابادة الجماعية.

ثانيا: التوصيات

1- ضرورة تشكيل رأي داعم لقضية العدالة والمحاسبة في الأراضي الفلسطينية المحتلة، وذلك عبر استثمار كافة المنابر الدولية والإقليمية كمجلس حقوق الإنسان بالأمم المتحدة في جنيف، الجمعية العامة للأمم المتحدة.

2- ضرورة التمسك بخطاب قانوني وحقوقي متوازن غير مسيس عند طرح مسألة العدالة والمحاسبة، حيث تخضع كافة الأطراف لمسطرة القانون الدولي الإنساني.

3- مواصلة الملاحقات عبر المحاكم الوطنية ذات الاختصاص العالمي، وإعداد ملفات قانونية محكمة يمكن البناء عليها في رفع عدد من الدعاوى القضائية في هذه المحاكم، ضد الانتهاكات اللاانسانية التي يقوم بها الاحتلال الاسرائيلي في غزة.

قائمة المصادر

1- احمد بن محمد المقري الفيومي، المصباح المنير، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، بلا سنة طبع.

2- احمد حمدي، العدوان في ضوء القانون الدولي العام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1983.

3- احمد سي علي، العدوان على قطاع غزة من وجهة نظر القانون الدولي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد61، 1991.

4- ايمن سلامة، القانون الدولي اللانساني، المركز الدولي للدراسات الاستراتيجية، العدد(2)، 2006.

5- بوخلود مسعود، انتهاكات القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، ، 2012.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

6- بوكرا إدريس مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي العام المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1990.
7- حامد سلطان وعائشة راتب وصلاح الدين عامر، القانون الدولي العام، ط1، 1978، دار النهضة، القاهرة.
8- الزمالي عامر، تطبيق القانون الدولي الإنساني، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان و اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة ، 2006.
9- صالح محمد صالح البوفلاح، دور المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي لحقوق الانسان، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، 2016.
10- صالح محمود العادلي، الجريمة لدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.
11- عباس هاشم السعيدي، مسؤولية الفرد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002 .
12- عبد الامير العكيلي ود.ضاري خليل محمود، النظام القانوني للادعاء العام في العراق والدول العربية، الطبعة الاولى، بيت الحكمة، العراق، 2016.
13- عبد الواحد محمد الفار ، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995.
14- علي إبراهيم، القانون الدولي العام، الجزء الاول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991 .
15- علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام النظريات والمبادئ العامة ، المعارف، الاسكندرية 1975.
16- عمر سعد الله، معجم في القانون الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2005.
17- فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، دار المشرق، بيروت، ط10، 1970.
18- محمد حنفي محمود، جرائم الحرب أمام القضاء الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
19- محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي،مجلة القانون والاقتصاد،العدد الثاني،1966.
20- نزار العنبكي، القانون الدولي الانساني، منشورات دار وائل للنشر، ط1، عمان، الاردن، 2010.
21- نور الدين سوداني، الدراسة الاولية للمحكمة الجنائية في جرائم الاحتلال الاسرائيلي في فلسطين، مجلة العلوم القانونية، العدد(12)، المجلد(1)، 2021.
22- الياس انطوان الياس وادوارد أ.الياس، قاموس الياس العصري، دار الجيل، لبنان، ط19، 1974.
23- يكني خالد،انتهاك قواعد القانون الدولي الانساني،رسالة ماجستر، جامعة عبد الرحمن، الجزائر، 2013.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

دور الاختبارات البيولوجية المستخدمة للأثبات الجنائي في تحقيق السلم المجتمعي

Ghufran S Salih

university of kerbala\ veterinary college

Fatema Ali Alkafhage

university of kerbala\ veterinary college

Mustafa A. Khadium

University of Warith Al-Anbiyaa\ Low college

Rana A. Jawad

university of kerbala\ veterinary college

نستعرض في هذا المقال عدة تقنيات علمية معتمدة على بعض الاختبارات البايولوجية مصنفة الى صنفان, الاول الإثبات الجنائي بتقنيات البايوجزيئي التي تعتمد على فحص عينة DNA والثاني الاثبات الجنائي من بعض تحاليل الدم

الاول: الإثبات الجنائي بتقنيات البايوجزيئي

مفهوم كلمة البصمة الوراثية علميا هو عبارة عن عدة تحاليل يتم اجراءها بأخذ عينة من الانسان سواء (دم, لعاب, عظم, شعر, مني) ويكون مبدأ االتحليل عن طريق فحض الحمض النووي الموجود في العينات المأخوذة(1). حيث أثبت العلم ان مادة الحمض النووي موجودة في خلايا الجسم ككل عدا خلايا كريات الدم الحمر. وسميت مادة الحمض النووي بالمادة الوراثية كون الفرد يتوارثها من امه وابيه, حيث ان كل انسان لدي 46 كروموسوم (23 زوج كروموسومي) يتوارث نصفها من امه عن طريق البويضة والنص الثاني من ابيه عن طريق الحيوان المنوي. (2)

مفهوم مستصلح البصمة الوراثية قانونيا: عرفت البصمة الوراثية الصفات الوراثية التي تنتقل من الأصول إلى الفروع من شأنها أن تحدد شخصية كل فرد عن طريق تحليل جزء من حامض(DNA) الذي تحتوي عليه خلايا جسده " وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في (1419هـ) (1998م) حيث قال: "البصمة الوراثية هي البنية الجينية نسبة إلى الجينات أي المورثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه وأنها وسيلة تمتاز بالدقة"(3)، لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية (4)، حيث تتعدى دقتها 99.99% ، وإذا كانت هناك نسبة خطأ فهي ترجع إلى خطأ القائمين على الشفرة لوراثية وليس على الشفرة ذاتها، فهي قرينة شبه قطعية (5).

تاريخ اكتشاف البصمة الوراثية

تم اطلاق مستصلح البصمة الوراثية عام 1984 عن طريق العالم اليك جيفريزالذي اكتشف المادة الوراثية واوضح انها عبارة عن سلسلة من التتابعات المنتظمة والمحددة في الحامض النووي (DNA) والتي لا يعرف لها وظيفة سوى تكرار نفسها ومضاعفاتها وتعيد نفسها في تتابعات عشوائية غير مفهومة(6)، وبعد ذلك توصل الى ان هذه تكرارات من الحامض النووي (DNA) تكون مميزة لكل شخص ، إلا لدى التوائم متطابقة (7), بعد ذلك جاء العالم "آليك جيفري" سنة 1985م وسجل براءة اختراعه بأطلاق تسمية البصمة الوراثية التي كانت مشتقة من مسمى بصمة الاصابع التي تختلف من فرد الى اخر(8).

التركيب الكيميائي للحامض النووي الريبوزي منقوص الاوكسجين

الحامض النووي الريبوزي منقوص الاوكسجين عبارة عن مركب كيميائي على شكل شريطان حلزونيان يلتفان حول بعضهما

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

وكل شريط عبارة عن سلسلة من الاحماض النووية (نيوكليوتيدات) adenine (A), cytosine (C), guanine (G) and thymine (T) تشكل اواصر هيدروجينية بين كل قاعدة نيتروجين (تشكل اصرتان بين adenine (A)) and thymine (T), وتشكل ثلاث اواصر هيدروجينية بين cytosine (C), guanine (G) وترتبط كل قاعدة كذلك بثلاث ذرات فوسفات وجزيئة سكر منقوص الاوكسجين (9).وترتب هذه القواعد النايتروجينية بسلسلة من من التتابعات المتكررة تحمل المعلومات الوراثية التي تشفر الى صفات وتراكيب مختلفة في جسم الانسان وتسمى هذه التتابعات المتغيرة بالجينات. ويحتوي الحمض النووي للانسان على ما يقارب بالمائة الف جين , وايضا توجد هناك تتابعات لا تفر الى صفات او تراكيب داخل جسم وتكون فريدة لكل شخص وقد استغلت في عدة تحاليل مهمة بالبايوجزيئي منها اثبات نسب الفرد وشجرة العائلة بالنسبة للعوائل والافراد وكذلك في حل القضايا الجنائية منها اثبات هوية المجرم من عدة مشتبهين حيث لكل فرد سلسلة متكررة مختلفة عن الشخص الثاني.

يلتف شريط (DNA) بشكل حلزوني ثم يلتف حول بعضهما البعض الى ان يصل الى شكل مميز له مثل حرف X باللغة الانكليزية بمرحلة من مراحل نمو الخلية واطلق على هذه الهيئة بالكروموسومات, وتبين ان لكل شخص 46 كروموسوم (23 زوج كروموسومي) المتشابهة بالصفات والتراكيب الوراثية والشكل عدا الزوج 23 حيث يختلف بالشكل والتركيب ويطلق على هذا الزوج بالكروموسومات الجنسية (X كروموسوم مسؤول عن حمل المعلومات الوراثية المسؤولة عن الصفات والتراكيب الانثوية, Y كروموسوم مسؤول عن حمل المعلومات الوراثية المسؤولة عن الصفات والتراكيب الذكرية(10).

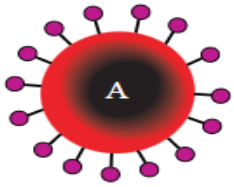
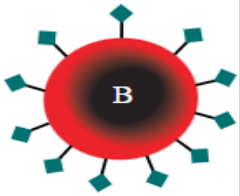
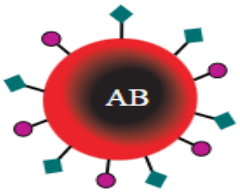
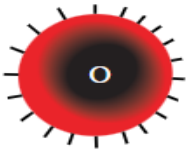
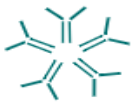
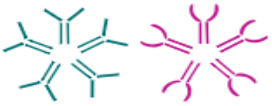
انواع العينات البيولوجية الممكن استخدامها في تقنيات البايوجزيئي لفحص عينة (DNA) :

يري المختصون في مجال الطب الشرعي وخبراء البصمات أنه يمكن استخدام البصمات الوراثية في مجالات كثيرة اهمها المجال الجنائي حيث اتضح انه من خلال اجراء عدة تحليلات ورثية ممكن استخدام نتائجها كأدلة اثبات في مختلف القضايا الجنائية المختلفة وتحديد هوية الجاني والمجني عليه , حيث يمكن تحديد هوية القاتل بجرائم ارتكاب جناية القتل , كذلك تحديد هوية المختطف في حالة وجود عينات بايولوجية في موقع جريمة الاختطاف(11), كذلك يمكن الاستفادة من نتائج التحليلات الوراثية بأثبات هوية الاشخاص وتحديد جنسه ونسبه وخصوصا في قضايا انتحال الشخصيات اوعندما يكون هناك شبهة اختلاط الأطفال حديثي الولادة في المستشفيات، وعندما يكون هناك شك في حالة أطفال الأنابيب، وعندما يكون هناك اختلاط أطفال في الحروب والكوارث (12).

يوجد هناك انواع مختلفة من العينات البايولوجية ممكن من خلالها استخلاص الحمض النووي :

أ- عينات الدم تكمن فائدة عينات الدم بعدة تحاليل يستفاد منها في الاثباتات الجنائية منها تحليل الهرمونات الذكرية والانثوية حيث يكمن الفرق الكشف عن هوية صاحب العينة سواء كاان ذكر او انثى او من خلال فحص الحمض النووي وتحديد هوية الشخص بشكل اكيد. (13) كذلك يمكن تحديد هوية الشخص من تحليل نوع الدم او فصيلة الدم حيث لكل فرد فئة دم تختلف عن الفرد الاخر كما موضح في الصورة ادناه حيث يوجد اربع انواع من فصائل الدم هي (A, B, AB, and O) (14).

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

	A المجموعة	B المجموعة	AB المجموعة	O المجموعة
نوع خلية الدم الحمراء				
الأجسام المضادة في البلازما	 Anti-B	 Anti-A	غير موجودة	 Anti-A and Anti-B
المستضدات في خلايا الدم الحمراء	 المستضد A	 المستضد B	 A and B antigens	غير موجودة

(انواع فصائل الدم حسب توزيع الاجسام المستضدة حول كريات الدم الحمر وانواع الاجسام المضادة لها داخل بلازما الدم)

ب- فحص أثر المني يمكن الاستفادة من عينات المني الموجودة في مسرح الجريمة في القضايا الجنسية. ويتم الكشف عن عينات المني عن طريق تسليط الاشعة الفوق البنفسجية لمسرح الجريمة كون المادة بيضاء وصعوبة العثور عليها كعينات الدم (15).

ت- فحص أثر اللعاب: يتم فحص عينات اللعاب عن طريق اخذ بقايا متواجدة في مسرح الجريمة سواء الاكواب او بقايا طعام (16).

ث- فحص أثر الشعر : يهتم المحققون بالبحث عن آثار الشعر لكونه يقاوم التعفن والتحلل والتغيرات الجوية، ولهذا فإنه يمكن الاستفادة منه ولو بعد فترة طويلة من حدوث الجريمة، كن وجود الشعر في جسم الجاني أو المجني عليه، (17).

الثاني: الإثبات الجنائي بتحليل بصمة الدم

يتم الاستفادة من عينات الدم الموجودة في مكان الجريمة التي تكون بسبب حدوث جروح او خدوش من الجاني او المجني عليه كدلائل لها اثبات قوي في تحديد هوية الشخص صاحب العينات المنثورة في مكان الحادث او الجريمة, حيث يتم من خلال تحليل بسيط وهو تحديد فصيلة الدم حيث ان لكل شخص فصيلة دم مختلفة عن الاخر(18)، (19).

المصادر:

1. سعد الدين الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية (الكويت: مكتبة الكويت الوطنية، ط: الأولى
2. إبراهيم أحمد عثمان دور البصمة الوراثية في إثبات النسب والجرائم الوراثية (السعودية: جامعة نايف
3. المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي الدورة السادسة عشر التي انعقدت في الفترة من 5- 10/1/2002م بمقر المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة).
4. انظر لدى انس محمد ناجي البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في اثبات ونفى النسب، دار الجامعة الجديدة، 2010م)، ص 20 - 23 ، وكذلك محمد غانم ص 60
5. وتستغرق هذه الطريقة بين خمسة أيام وثلاثة اسابيع ، وفى السنوات الأخيرة امكن فحص البصمة الوراثية خلال 48 ساعة انس حسن محمد ناجى - البصمة الوراثية) ص 26 - 28 .

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

6. غنام محمد غنام، دور البصمة الوراثية في الإثبات بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، بكلية الشريعة والقانون بدولة الإمارات المتحدة والمنعقد في الفترة 5-7 مايو 2002م)، ص 2.

7. محمد لطفي عبد الفتاح القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحديثة، دراسة مقارنة، مكتبة دار الفكروالقانون سنة 2010، ص 78

8. ناصر عبدالله الميامي، البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، بحث مقدم المحلة الشريعة والقانون مجلس النشر العلمي بدولة الإمارات، العدد الثامن عشر، ذو القعدة، يناير 2003م)، 178 ص

9. فهد الزامل الحوشان، مدى مشروعة استخدام الأجهزة الأمنية لبعض الوسائل التقنية الحديثة في كشف لجريمة، ص 51-50

10. مديحة فؤاد الحضري، الطب الشرعي والبحث الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، 1989م)، ص 124-117

11. محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحديثة، ص 194.

12. منصور المعايطة، وانظر : عبد المحسن القذلي ، الأدلة الجنائية، المصدر السابق، ص 86. 76 1423هـ) ص

13. فهد الزامل الحوشان مدى مشروعة استخدام الأجهزة الأمنية لبعض الوسائل التقنية الحديثة في كشف الجريمة ، ص 52.

14. منصور المعايطة , عبد المحسن القذلي ، الأدلة الجنائية ، ط: الأولى، 1421هـ)، ص 86.

15. معجب بن معدي الحويقل المرشد للتحقيق والبحث الجنائي (السعودية: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1423هـ) ص 88.

16. محمد الأمين البشري، التحقيق الجنائي المتكامل (السعودية: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1419ه 1988م ص 213.

17. منصور المعايطة، عبد المحسن القذلي ، الأدلة الجنائية، المصدر السابق، 87-89

18. معجب بن معدي الحويقل، المرشد للتحقيق والبحث الجنائي، ص 80

19. Steven A. Koehler with Pete Moore and David Owen, op.cit, p.85.

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الفهرس

الذكاء الاصطناعي ودوره في مكافحة الجريمة..... 5
Artificial intelligence and its role in combating crime..... 5
أهمية البحث..... 5
أهداف البحث..... 5
مشكلة البحث..... 5
منهج البحث..... 6
تقسيم البحث..... 6
Abstract..... 6
المطلب الأول..... 6
ماهية الذكاء الاصطناعي..... 6
الفرع الأول..... 7
تعريف الذكاء الاصطناعي..... 7
الفرع الثاني..... 8
خصائص الذكاء الاصطناعي..... 8
المطلب الثاني..... 10
دور الذكاء الاصطناعي في التحقيق الجنائي..... 10
الفرع الاول..... 11
دور الذكاء الاصطناعي في التعرف على سلوك المجرمين..... 11
الفرع الثاني..... 11
توظيف الذكاء الاصطناعي في مجال التفتيش للحصول على الدليل..... 11
المطلب الثالث..... 12
دور الذكاء الاصطناعي في حفظ الأمن..... 12
الفرع الاول..... 13
دور الذكاء الاصطناعي في محاربة الجريمة..... 13
الفرع الثاني..... 14
دور الذكاء الاصطناعي في مجال مراقبة ومتابعة المجرمين..... 14
الخاتمة..... 14
أولاً: - النتائج:..... 15
ثانياً: التوصيات:..... 15
المصادر..... 15
أولاً: - الكتب:..... 15

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثانياً: المصادر الاخرى: 16
المواجهة التشريعية لجريمة أثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق 17
المقدمة 17
اهمية البحث 17
اشكالية البحث 18
اهداف البحث 18
منهجية البحث 18
هيكلية البحث 18
الفصل الاول 18
الإطار المفاهيمي لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء 18
المبحث الاول 18
تعريف جريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق 18
المبحث الثاني 21
الطبيعة القانونية لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء 21
الفصل الثاني 22
الاحكام العامة والخاصة لجريمة اثارة الكراهية 22
المبحث الاول 22
الاحكام العامة لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق 22
المبحث الثاني 26
الاحكام الخاصة لجريمة اثارة شعور الكراهية والبغضاء بين سكان العراق 26
الخاتمة 30
الاستنتاجات 30
المقترحات 30
اولا: المراجع 31
ثانيا: الكتب القانونية 31
ثالثا: الرسائل والاطروحات 31
رابعا: المجلات 32
خامسا: القوانين والقرارات والاعلان 32
المواقع الالكترونية 32
التحقيق الجنائي الرقمي ودوره في كشف الجرائم المستحدثة 33
الملخص 33
مقدمة 33
تعريف التحقيق الجنائي الرقمي (Digital Criminal Investigation) 34
النتائج والتوصيات 43

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

النتائج 43
التوصيات: 44
المصادر: 44
تأثير استخدام أدلة الاثبات بالوسائل العلمية الحديثة على حقوق الأنسان 46
المخلص 46
Abstract 46
المقدمة 47
أهمية البحث: 47
مشكلة البحث: 47
هيكلية البحث: 47
المطلب الأول 47
مفهوم ادلة الاثبات العلمية الحديثة 47
الفرع الأول 48
تعريف الأدلة العلمية 48
الفرع الثاني 49
المطلب الثاني 53
الآثار المترتبة من استخدام وسائل الاثبات العلمية على حقوق الإنسان 53
اولاً: الاثار المترتبة على استخدام مصل الحقيقة (العقاقير المخدرة) 53
ثانياً: الاثار المترتبة على استخدام التنويم المغناطيسي 54
ثالثاً: الآثار المترتبة على استخدام جهاز كشف الكذب 55
المطلب الثالث 55
مشروعية الإثبات بوسائل التقنية الحديثة 55
الخاتمة 56
اولاً: النتائج 56
ثانياً: التوصيات 57
المصادر والمراجع 57
أولا: المصادر القانونية العامة والمتخصصة 57
ثانيا: الرسائل والاطاريح 58
تأثيرات الجرائم العابرة للوطنية على الأمن القومي 59
الملخص 59
Abstract 59
المقدمة 60
هيكلية البحث: 61
المبحث الأول: التعريف بالجريمة عبر الوطنية ودوافع تناميها 61

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الأول: التعريف بالجريمة عبر الوطنية 61
المطلب الثاني: العوامل الدافعة لتنامي الجريمة عبر الوطنية 62
المبحث الثاني: تأثيرات الجريمة عبر الوطنية على الدولة والنظام السياسي 64
أولا: الجريمة عبر الوطنية وتقويض الأجهزة الحكومية 65
ثانيا: الجريمة عبر الوطنية وتعزيز الفساد 65
ثالثا: الجريمة عبر الوطنية وتقويض الاستقرار 66
رابعا: الأضرار المترتبة على التنمية الاقتصادية الناجمة عن الجريمة عبر الوطنية 66
خامسا: الجريمة عبر الوطنية والإرهاب 66
خاتمة 67
التوصيات: 68
المصادر: 68
تقارير: 68
بحوث: 68
المصادر الإنكليزية: 68
Reports 68
Articles 69
تقييم آثار البطالة على السلم الوطني 70
ملخّص 70
SUMMARY 70
المقدّمة 71
أهمية البحث 71
إشكالية البحث: 72
منهج البحث 72
خطة البحث 72
المبحث الأول 72
التأصيل القانوني للبطالة (أسبابها ودور الفساد المالي في زيادة معدلاتها) 72
المطلب الأول: تعريف البطالة 73
الخاتمة 78
الاستنتاجات 79
التوصيات 79
المصادر والمراجع 80
سبل مكافحة التطرف العنيف المؤدي الى الارهاب 82
اشارة الى دور الامم المتحدة 82
الملخص 82

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

Abstract: 82
أهداف الدراسة: 83
إشكالية الدراسة 83
فرضية الدراسة 83
الخاتمة والتوصيات 91
التوصيات 92
المصادر 92
عقدة العقدين (تداعيات غزو العراق ومسارات بناء الدولة الوطنية بعد العام 2003) 95
المستخلص: 95
Abstract: 95
المقدمة 95
أهمية البحث 96
إشكالية البحث 96
فرضية البحث 96
المبحث الأول: تداعيات سياسية وأمنية 96
المطلب الأول: تفكك الدولة 97
المطلب الثاني: عدم الاستقرار السياسي 98
المبحث الثاني: تداعيات اقتصادية واجتماعية 99
المطلب الأول: تداعيات اقتصادية 99
المطلب الثاني: تداعيات اجتماعية 101
المبحث الثالث: رؤية لإعادة بناء الدولة العراقية وفق المسارات الوطنية 102
المطلب الأول: إعادة ترميم الهوية الوطنية 102
المطلب الثاني / اليات تستهدف المجتمع 104
الخاتمة والاستنتاجات 106
قائمة المصادر 107
خامساً: الصحف والمجلات 108
دور الادعاء العام في الدعوى الادارية 110
-دراسة تطبيقية في ضوء دور المدعي العام امام محكمتي القضاء الاداري وقضاء الموظفين- 110
مقدمة 110
أولا- فكرة موضوع البحث 110
ثانيا- التعريف بموضوع البحث 110
ثالثا- اشكالية موضوع البحث واسباب اختياره 111
رابعا- نطاق البحث 111
خامسا- منهجية البحث 111

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

سادسا- هدف البحث 112
سابعا-خطة البحث 112
المبحث الاول 112
التعريف بجهاز الادعاء العام 112
المطلب الاول 113
تكوين جهاز الادعاء العام واختصاصاته 113
المطلب الثاني 116
مهام الادعاء العام ومساءلته تأديبيا 116
المطلب الثالث 117
خصائص الادعاء العام في الدعوى الادارية 117
المبحث الثاني 122
الطبيعة القانونية لجهاز الادعاء العام ومركزه في الدعوى الادارية 122
المطلب الاول 122
الطبيعة القانون للادعاء العام امام المحاكم الادارية 122
المطلب الثاني 123
المركز القانوني للادعاء العام في الدعوى الادارية 123
المبحث الثالث 125
دور الادعاء العام في التحقيق الاداري والدعوى الادارية 125
المطلب الاول 125
دور الادعاء العام في التحقيق الاداري 125
المطلب الثاني 126
دور الادعاء العام في مرحلة المحاكمة الادارية 126
المطلب الثالث 129
دور الادعاء العام في مرحلة الطعن بالأحكام والقرارات الادارية 129
الخاتمة 131
اولا- الاستنتاجات 131
ثانيا- المقترحات 134
الهوامش 134
أولا/ الكتب القانونية 148
ثانيا/ البحوث والمحاضرات 150
ثالثا/ الرسائل والاطاريح 151
رابعا/ المقابلات 152
خامسا/الدساتير 152
سادسا/ القوانين 152

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الحماية الدولية للمقدسات الدينية 157
القران الكريم نموذجا 157
المقدمة 157
المبحث الاول 157
مفهوم الحماية الدولية للمقدسات الدينية والإساءة اليها 157
المطلب الاول 158
مفهوم الحماية الدولية للمقدسات الدينية 158
المطلب الثاني 158
مفهوم الإساءة للمقدسات الدينية 158
المبحث الثاني 159
التنظيم القانوني الدولي لحماية المقدسات الدينية 159
المطلب الاول 159
التنظيم القانوني الدولي لحرية المعتقد وحرية التعبير 159
المطلب الثاني 161
خطاب الكراهية 161
المبحث الثالث 162
المسؤولية الدولية عن انتهاك حماية المقدسات الدينية 162
المطلب الاول 162
المسؤولية الدولية للدول عن انتهاك حماية المقدسات 162
المطلب الثاني 163
المسؤولية الدولية الجنائية عن انتهاك حماية المقدسات 163
الخاتمة 165
اولا: النتائج 165
ثانيا: المقترحات 165
السلطة وإدارة التنوع المجتمعي في العرق بعد عام 2003. 166
ملخص 166
Abstract 166
المقدمة: 167
أهمية البحث 167
إشكالية البحث 167
فرضية البحث 167
هيكلية البحث 167
المبحث الأول 167
تعريف السلطة وطرق ممارستها: 167

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

طرق ممارسة السلطة: 168
أنواع السلطة 168
أشكال السلطة السياسية ومميزاتها. 169
طبيعة السلطة السياسية في العراق: 170
المبحث الثاني_ التنوع المجتمعي: 170
التنوع المجتمعي في العراق: 171
المبحث الثالث 172
سلبيات وايجابيات إدارة السلطة للتنوع المجتمعي في العراق 172
المطلب الأول 172
سلبيات إدارة السلطة للتنوع المجتمعي في العراق. 172
المطلب الثاني 173
إيجابيات السلطة للتنوع المجتمعي في العراق. 173
المقترحات 175
الخاتمة: 175
دور الادارة في الحد من الظواهر الدخيلة على الاخلاق والاداب العامة 176
الملخص 176
Abstract 176
المقدمة 176
أهمية الدراسة 177
مشكلة الدراسة 177
منهج الدراسة 178
المبحث الأول 178
النظام العام وعلاقته بالاخلاق والاداب العامة 178
المطلب الأول 178
مفهوم النظام العام والاخلاق العامة 178
المطلب الثاني 180
الاخلاق والاداب العامة كعنصر من عناصر النظام العام 180
المبحث الثاني 181
أساليب الادارة في حماية الاخلاق والآدب العامة 181
المطلب الأول 181
اساليب الادارة الضبطية القانونية 181
المطلب الثاني 184
اساليب الادارة الضبطية المادية 184
الخاتمة 185

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اولاً: النتائج 185
ثانياً: التوصيات 186
المصادر 186
الكتب القانونية 186
البحوث 187
الرسائل والاطاريح الجامعية 187
القوانين 188
دور الانتخابات في تعزيز السلم الاجتماعي 189
الملخص 189
Abstract 189
المقدمة: 189
إشكالية البحث: 190
فرضية البحث: 190
المبحث الأول 190
الإطار المفاهيم 190
المطلب الأول 190
ماهية الانتخابات وشروطها وأهميتها 190
المطلب الثاني 192
مفهوم السلم الاجتماعي أركانه والتحديات 192
المبحث الثاني 194
الانتخابات مبدأ اساسي لتعزيز السلم الاجتماعي. 194
المطلب الأول 194
متطلبات الانتخابات والإدارة الانتخابية 194
المطلب الثاني 196
أثر الانتخابات في ترسيخ السلم المجتمعي 196
الخاتمة: 197
المصادر: 197
القواميس: 197
الكتب: 197
الدوريات والمؤتمرات: 198
مراكز البحوث والتقارير: 198
عنوان البحث-" دور وسائل الضبط الاداري بحماية السلم المجتمعي من الإرهاب الفكري " 199
الملخص 199
المقدمة: 199

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أولا- التعريف بموضوع البحث 199
ثانيا - أهمية موضوع البحث 199
ثالثا – اشكالية البحث 200
رابعا - منهجية البحث 200
خامسا - خطة البحث 200
المبحث الأول 200
ماهية الضبط الإداري والإرهاب الفكري 200
المطلب الأول 201
التعريف بالضبط الإداري والإرهاب الفكري 201
المطلب الثاني 202
صور الضبط الإداري والإرهاب الفكري 202
المبحث الثاني 210
الأسس القانونيةلمحاربة الإرهاب الفكري 210
المطلب الثاني 211
اساليب الضبط الإداري في مكافحة الإرهاب الفكري 211
الخاتمة 214
أولا- النتائج 214
التوصيات: 214
أولا- المصادر: 215
الكتب القانونية: 215
ثانيا- الرسائل و الأطاريح الجامعية: 217
ثالثا - البحوث والمقالات القانونية: 218
رابعا - النصوص القانونية: 218
خامسا - المصادر الأجنبية المترجمة: 218
مدى فاعلية الحماية الجنائية للبيانات الشخصية في القانون العراقي (دراسة مقارنة) 220
الملخص 220
المقدمة 220
مشكلة البحث 220
أهمية البحث 220
نطاق البحث 220
منهجية البحث 221
خطة البحث 221
المبحث الأول 221
ذاتية البيانات الشخصية 221

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الأول..... 221
مفهوم البيانات الشخصية..... 221
المطلب الثاني..... 222
صور البيانات الشخصية..... 222
المبحث الثاني..... 224
تجريم اعتراض وبيع البيانات الشخصية..... 224
المطلب الأول..... 224
الإجراءات القانونية لحماية البيانات الشخصية..... 224
المطلب الثاني..... 226
الإجراءات الفنية لحماية البيانات الشخصية..... 226
الخاتمة..... 228
النتائج:..... 228
التوصيات:..... 228
المراجع..... 229
القوانين:..... 229
الابحاث:..... 229
قرارات قضائية:..... 229
المصادر الأجنبية:..... 229
تملك الأجنبي للعقار في العراق الواقع والطموح..... 231
Foreign Ownership of Real Estate in Iraq: The Current Situation and Aspirations..... 231
الخلاصة..... 231
Abstract..... 231
المقدمة..... 231
موضوع البحث..... 231
أهمية البحث..... 231
إشكالية البحث..... 232
منهجية البحث..... 232
هيكلية البحث..... 232
المبحث الأول..... 232
التطور التشريعي لحق الأجنبي في تملك العقار في العراق..... 232
المطلب الأول..... 232
التعريف بالأجنبي وحق التملك..... 232
المطلب الثاني..... 234
التطور القانوني لحق الأجنبي في تملك العقار في العراق..... 234

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المبحث الثاني 235
مبدأ المعاملة بالمثل ودوره في حق التملك 235
المطلب الأول 235
مفهوم مبدأ المعاملة بالمثل وأنواعه 235
المطلب الثاني 237
دور مبدأ المعاملة بالمثل في حق التملك 237
المبحث الثالث 239
شروط تملك الأجنبي للعقار في العراق وأثر الاستثمار فيه 239
المطلب الأول 239
شروط تملك الأجنبي للعقار في العراق 239
المطلب الثاني 241
أثر استثمار الأجنبي في تملك العقار في العراق 241
المبحث الرابع 241
الإجراءات القانونية المتبعة في تسجيل العقار باسم الأجنبي في العراق 241
المطلب الأول 242
آلية تسجيل العقار باسم الأجنبي في العراق 242
المطلب الثاني 243
موانع تسجيل العقار باسم الأجنبي في العراق 243
الخاتمة 245
أولا / الاستنتاجات 245
ثانيا / المقترحات 246
التنظيم القانوني للايـــــصـــــاء الالـــكـــتـــرونـــــــي- دراسة مقارنة 247
المقدمة 247
موضوع البحث 247
أهمية البحث 247
اشكالية البحث 247
أهداف البحث 248
منهجية البحث 248
خطة البحث 248
المبحث الأول 248
مفهوم الايصاء الالكتروني 248
المطلب الأول 249
ماهية الايصاء الالكتروني 249
المطلب الثاني 252

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

اركان الايصاء الالكتروني 252
المبحث الثاني 254
أحكام الايصاء الالكتروني 254
المطلب الاول 254
اثبات الايصاء الالكتروني 254
المطلب الثاني 257
اثار الايصاء الالكتروني 257
الخاتمة 260
أولاً- النتائج: 260
ثانياً - المقترحات 261
المصادر 261
أولا- معاجم اللغة والكتب الفقهية: 261
ثانياً - الكتب القانونية : 262
ثالثاً – البحوث والدراسات 262
رابعاً - الرسائل الجامعية 263
خامساً - القوانين والتشريعات: 263
حق المتعاقد في العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني 264
The right of the contractor to withdraw from the implementation of the electronic contract 264
الملخص 264
Abstract: 264
المقدمة 264
موضوع البحث 264
أهمية البحث 265
اشكالية البحث 265
اهداف البحث 265
منهجية البحث 265
خطة البحث 265
المطلب الاول 265
مفهوم العدول في التعاقد الالكتروني 265
الفرع الاول 265
تعريف العدول 265
الفرع الثاني 267
خصائص العدول في التعاقد عن بُعد 267
المطلب الثاني 269

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الاثر المترتب على العدول 269
الفرع الأول 269
بالنسبة للبائع (المحترف) 269
الفرع الثاني 271
بالنسبة للمشتري (المستهلك) 271
الخاتمة: 273
اولاً: الاستنتاجات: 273
ثانياً: التوصيات: 273
الهوامش 273
قائمة المصادر 277
أولاً: الكتب القانونية 277
ثانياً: الدوريات 278
ثالثاً: الرسائل والأطاريح الجامعية 278
رابعاً: القوانين 278
دور الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي في تحقيق السلم الاجتماعي 280
Abstract 280
الملخص 280
المقدمة 280
اولا :موضوع البحث 280
ثانيا: أهمية البحث 281
ثالثا: اشكالية البحث 281
رابعا: منهجية البحث 281
خامسا: خطة البحث 281
المبحث الأول 281
مفهوم الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي 281
المطلب الأول 282
التعريف بالضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي 282
المطلب الثاني 286
صور الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي 286
المبحث الثاني 289
سياسات الضوابط القانونية لاستخدام وسائل التواصل الاجتماعي في تحقيق السلم الاجتماعي 289
المطلب الأول 289
الأبعاد القانونية للضوابط على المستوى الشخصي 289
المطلب الثاني 293

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الأبعاد القانونية للضوابط على المستوى العام 293
الخاتمة 294
المصادر 296
اولا : الكتب القانونية 296
ثانيا : البحوث 296
ثالثا : القوانين 297
مبررات العدول عن الحيادية الى الموضوعية في الاسناد 298
دراسة في إطار القانون الدولي الخاص 298
المقدمة 298
أولاً/ فكرة البحث 298
ثانياً/ أهمية البحث 298
ثالثاً/ اشكالية البحث 299
رابعاً/ خطة البحث 299
المبحث الاول 299
أزمة تطبيق قواعد الإسناد المتصفة بالجمود والحياد 299
المطلب الأول 300
إشكالية الجمود في تطبيق قاعدة الإسناد 300
المطلب الثاني 303
إشكالية الحياد في تطبيق قاعدة الإسناد 303
المبحث الثاني 305
المبادئ القانونية التي تساهم في تطبيق منهج الاسناد الموضوعي 305
المطلب الاول 305
مبدأ التفضيل وتحقيق الأمان القانون 305
المطلب الثاني 308
مبدأ تخصص قواعد الاسناد وقابليتها ربط النزاع بالقانون الأكثر ملائمة 308
الخاتمة 310
أولاً/ الاستنتاجات 310
ثانياً/ التوصيات 311
قائمة المصادر 312
أولاً/ المصادر باللغة العربية: 312
ثانياً/ المصادر باللغة الأجنبية: 313
مفهوم واساس حق المستهلك بالعدول عن العقد 314
المقدمة 314
مفهوم واساس حق المستهلك بالعدول عن العقد 314

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الأول..... 314
ما هية حق المستهلك بالعدول وخصائصه..... 314
الفرع الأول : تعريف الحق في العدول..... 314
الفرع الثاني : خصائص الحق في العدول() ومبرراته 316
المطلب الثاني 318
طبيعة حق العدول واساسه القانوني 318
الفرع الاول: طبيعة العدول والرجوع عن العقد..... 318
الفرع الثاني: الأساس القانوني لحق الرجوع..... 322
الخاتمة:..... 325
المصادر:..... 327
اولا: الكتب القانونية..... 327
ثانيا :القوانين : 328
دور المصارف الاسلامية في تحقق السلم الاجتماعي من خلال التكافل..... 329
اولاً: موضوع البحث واهميته..... 329
ثانياً : منهجية البحث 329
ثالثاً: اسباب اختيار موضوع البحث..... 329
رابعاً: خطة البحث..... 329
Summary 330
المبحث الاول..... 330
الموقف التشريعي للتكافل في اطار العمل المصرفي..... 330
المطلب الاول..... 330
النطاق المحدد لنطاق التكافل في إطار العمل المصرفي 330
المطلب الثاني 331
النطاق الموسع للتكافل في إطار العمل المصرفي..... 331
المبحث الثاني..... 332
التحديات التي تواجه التكافل في العمل المصرفي..... 332
المطلب الاول..... 332
التحديات التي تواجه التأمين الاسلامي التكافلي 332
المطلب الثاني 333
التحديات التي تواجه تحقيق المسؤولية الاجتماعية للمصارف الاسلامية 333
الخاتمة..... 333
اولاً : الاستنتاجات/ و التي تتمثل بالاتي _ 333
ثانياً : المقترحات / و التي تتمثل بالاتي-..... 333
المصادر:..... 334

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المواقع الالكترونية: 334
التنظيم القانوني للاختصاص القضاء الدولي بالعلاقات الخاصة الدولية 335
الخلاصة 335
Abstract 335
المقدمة 335
أولا: موضوع البحث 335
ثانيا: اهميه الموضوع 336
ثالثا: اسباب اختيار الموضوع 336
رابعاً: اشكالية البحث 336
خامسا خطه البحث 336
المبحث الاول 336
مفهوم الاختصاص القضائي الدولي 336
المطلب الاول 336
تعريف الاقتصاد القضائي الدولي 336
المطلب الثاني 337
مميزات الاختصاص القضائي الدولي 337
المبحث الثاني 339
الاسباب الموجبة للعمل بالاختصاص القضائي الدولي والاثر المترتب عليه 339
المطلب الاول 339
الاسباب الموجبة للاختصاص القضائي الدولي 339
المطلب الثاني 340
الاثر المترتب على الاختصاص القضائي الدولي 340
الخاتمة 341
المصادر 341
التأمينُ الإلزاميُّ من الأخطاء في المجال الطبيّ "دراسة تحليليَّة مُقارنة" 342
الملخَّص 342
أولًا: المقدِّمة 343
ثانيًا: نطاق الدِّراسة 343
ثالثًا: مُشكلة البحث 343
رابعاً: أهدافُ الدِّراسة: 343
خامساً: منهجيَّة الدِّراسة: 344
سادساً: خطة البحث: 344
المبحث الأول 344
مضمونُ التأمين في المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة 344

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الأول..... 345
مفهومُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة..... 345
الفرع الأول..... 345
تعريفُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة وأهمِّيَّته..... 345
المطلب الثاني..... 349
آثارُ عقد التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة..... 349
المبحث الثاني..... 353
نطاقُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة..... 353
المطلب الأول..... 353
نطاقُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة..... 353
المطلب الثاني..... 357
واقعُ التأمين من المسئوليَّة المدنيَّة الطبيَّة..... 357
الخاتمة..... 359
أولًا: النتائج:..... 359
ثانيًا: التوصيات:..... 360
المعالجات التشريعية للترخيص بالعمل للعمالة الاجنبية في ظل قانون الإقامة العراقي الجديد المرقم 76 لسنة 2017 المعدل دراسة قانونية تحليلية مقارنة..... 363
الملخص..... 363
المقدمة..... 364
أولا: -موضوع البحث..... 364
ثانيا: - أهداف البحث..... 364
ثالثا: - مشكلة البحث..... 364
رابعاً: - منهجية البحث..... 364
خامساً: - خطة البحث..... 364
المطلب الأول: -مفهوم الترخيص بالعمل للعمالة الأجنبية وشرائطه: -..... 364
الخاتمة..... 370
أولا: - النتائج: -..... 370
ثانياً : - المقترحات: -..... 371
الهوامش:..... 371
أثر الرضا بالجريمة في جرائم الاموال على المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون..... 375
الملخص..... 375
المقدمة..... 376
اولا: التعريف بموضوع البحث..... 376
ثانياً: أهمية البحث..... 376

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

ثالثاً: اشكالية البحث 376
رابعاً: منهجية البحث 376
خامساً: نطاق البحث 376
سادساً: خطة البحث 376
المبحث الاول 377
مفهوم الرضا في جرائم الاموال 377
المطلب الاول 377
تعريف الرضا 377
المطلب الثاني 378
شروط صحة الرضا وتمييزه عن الاكراه 378
المبحث الثاني 379
أثر الرضا من الناحية الاجرائية والموضوعية 379
المطلب الاول 379
اثر الرضا من الناحية الاجرائية 379
المطلب الثاني 382
أثر الرضا من الناحية الموضوعية 382
الخاتمة 383
أولاً: الاستنتاجات: 383
ثانياً: المقترحات: 384
المصادر 384
اولا: الكتب 384
ثانياً: الرسائل الجامعية 385
ثالثاً:البحوث 385
رابعاً: القوانين 385
خامساً: الروابط الالكترونية 385
حماية حقوق الاقليات في العراق وتأثيره على السلم الاجتماعي 386
المقدمة 386
مشكلة البحث وتساؤلاتها 386
المبحث الأول 386
مفهوم الأقليات وأنواعها في العراق 386
المطلب الأول 386
مفهوم الأقليات 386
المطلب الاول 387
أنواع الأقليات في العراق 387

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الثاني 390
الأقليات الأثنية واللغوية 390
المبحث الثاني..... 391
الحماية الدستورية والقانونية للأقليات في العراق 391
المطلب الاول..... 392
حماية المشاركة السياسية للاقليات في العراق..... 392
المطلب الثاني 393
حماية حقوق النساء للأقليات في العراق..... 393
الخاتمة..... 396
النتائج 396
التوصيات 397
المراجع..... 397
المسؤولية الجنائية الناتجة عن استخدام الذكاء الاصطناعي والتقنيات الالكترونية 399
مقدمة..... 399
أولا: أهمية البحث 399
مشكلة البحث 399
المبحث الأول..... 400
ماهية الذكاء الاصطناعي..... 400
المطلب الاول..... 401
تطبيقات استخدام الذكاء الاصطناعي..... 401
المطلب الثاني 402
المسؤولية الجنائية في استخدام الذكاء الاصطناعي..... 402
المبحث الثاني..... 404
القواعد والفرضيات التي تحدد المسؤولية الجنائية 404
المطلب الاول..... 404
تحديد المسؤولية الجنائية في مجال الذكاء الاصطناعي..... 404
المطلب الثاني 406
نظرية الفاعل المعنوي..... 406
المبحث الثالث 408
العقوبات التي تقع على جرائم الذكاء الصناعي..... 408
المطلب الاول..... 408
العقوبات التي توقع على مصنّع تقنيات الذكاء الاصطناعي..... 408
المطلب الثاني 409
العقوبات التي توقع على مالك تقنيات الذكاء الاصطناعي..... 409

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الخاتمة 409
نتائج البحث: 409
المقترحات: 410
استقلال جهاز الادعاء العام وأثره في تحقيق السلم الاجتماعي (دراسة مقارنة) 411
The independence of the public prosecution apparatus and its impact on achieving social peace (A comparative study) 411
ملخص 411
مقدمة: 412
أولاً: موضوع البحث. 412
ثانياً: أهمية البحث. 412
ثالثاً: مشكلة البحث. 412
رابعاً: منهج البحث 413
سادساً: خطة البحث 413
المبحث الاول 413
ماهية الادعاء العام واستقلاله 413
المطلب الاول 413
مفهوم الادعاء العام 413
المطلب الثاني 416
استقلال جهاز الادعاء العام عن سلطات الدولة الثلاثة 416
المبحث الثاني 422
الادعاء العام والسلم الاجتماعي 422
المطلب الأول 422
السلم الاجتماعي 422
المطلب الثاني 423
علاقة الادعاء العام بالسلم الاجتماعي 423
الخاتمة 425
أولاً: الاستنتاجات 425
ثانياً: التوصيات 426
الهوامش 427
قائمة المصادر 430
أولاً: المصادر العربية: 430
ثانياً: المصادر الأجنبية: 431
إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة 433
الملخص: 433

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

المطلب الأول..... 434
مفهوم إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة..... 434
الفرع الأول..... 434
المقصود بإطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة..... 434
الفرع الثاني..... 434
تمييز "إطلاق سراح المحكوم عليه" عن "إطلاق سراح المتهم"..... 434
الفرع الثالث..... 436
التكييف القانوني لإطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة..... 436
المطلب الثاني..... 437
حالات إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة..... 437
الفرع الأول..... 437
إطلاق سراح المحكوم عليه بكفالة في جرائم المخالفة..... 437
الفرع الثاني..... 438
إطلاق سراح أحد الزوجين، المحكوم عليهما، بكفالة..... 438
الفرع الثالث..... 440
إطلاق سراح المحكوم عليه غيابياً بكفالة..... 440
الخاتمة:..... 441
أولاً: الاستنتاجات..... 441
ثانياً: التوصيات..... 443
المصادر:..... 443
المعاملات الربوية في القانون المدني العراقي (دراسة مقارنة في الفقه الأمامي)..... 444
مقدمة..... 444
المبحث الاول: الربا في البيع في مقابل النقد (البيع المطلق وبيع الصرف)..... 444
المطلب الاول : الربا في بيع النسيئة..... 444
المطلب الثاني : الربا في بيع السلف..... 446
المبحث الثاني : الربا في المقايضات..... 447
المطلب الاول : مفهوم الربا في المقايضة..... 447
المطلب الثاني : مدى تحقق الربا في المقايضة في القانون المدني العراقي..... 448
الخاتمة :..... 449
اولا: النتائج..... 449
الهوامش..... 450
إثر التعامل بالمال الثقافي في تحديد القانون الواجب التطبيق..... 452
المقدمة..... 452
إشكالية الدراسة:..... 452

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

أهمية الدراسة : 453
أهداف الدراسة 453
نطاق الدراسة: 453
منهج الدراسة: 453
تمهيد 453
معنى المال الثقافي 453
المبحث الأول 456
القانون الواجب التطبيق في تكييف المال الثقافي 456
المطلب الاول 456
أثر تكييف المال بحسب طبيعته في تحديد القانون الواجب التطبيق 456
المطلب الثاني 461
أثر تكييف المال بحسب عائديته في تحديد القانون الواجب التطبيق 461
المبحث الثاني 466
تحديد القانون الواجب التطبيق في انتقال ملكية المال الثقافي 466
المطلب الاول 467
دور قواعد الاسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق 467
المطلب الثاني 472
دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون واجب التطبيق في انتقال ملكية المال الثقافي 472
خاتمة البحث 480
أولاً: النتائج 480
ثانيا: المُقترحات: 480
لتكييف القانوني للانتهاكات اللاإنسانية على غزة 482
الملخص 482
Abstract 482
المقدمة 483
أولا: موضوع البحث 483
ثانيا: أهمية البحث 483
ثالثا: مشكلة البحث 483
رابعا: أهداف البحث 484
خامسا: منهجية البحث 484
سادسا هيكلية البحث 484
المبحث الأول 484
مفهوم الانتهاكات اللاإنسانية ومضامينها 484
المطلب الأول 484

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30

الانتهاكات اللاانسانية من منظور حقوق الانسان..... 484
المطلب الثاني 488
الانتهاكات اللاإنسانية من منظور القانون الدولي الإنساني 488
المبحث الثاني..... 490
الاطار القانوني للانتهاكات على غزة وآلية التصدي لها..... 490
المطلب الأول..... 491
الاطار القانوني للانتهاكات على غزة في القانون الدولي الجنائي..... 491
المطلب الثاني 493
آلية التصدي للانتهاكات اللاإنسانية ومدى فاعليتها 493
الخاتمة..... 496
اولا: النتائج 496
ثانيا: التوصيات 496
قائمة المصادر..... 496
دور الاختبارات البيولوجية المستخدمة للأثبات الجنائي في تحقيق السلم المجتمعي..... 498
الاول: الإثبات الجنائي بتقنيات البايوجزيئي 498
تاريخ اكتشاف البصمة الوراثية 498
التركيب الكيميائي للحامض النووي الريبوزي منقوص الاوكسجين..... 498
الثاني: الإثبات الجنائي بتحليل بصمة الدم..... 500
المصادر:..... 500

ISBN : 978-9922-21-493-1 DATE: 2024-07-30