



The Administration's Authority to Impose Penalties on Its Parties Tracconting

Shemaa Hatem Rashid

Lecturer

College of Medicine- University of Mosul- Mosul – Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 7 Mar., 2023
Accepted: 6 Jun., 2023
Available online: 31 Dec, 2023

PP. 5 - 26

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Corresponding author :

Lecturer: Shemaa Hatem
Rashid

College of Medicine - University
of Mosul – Mosul – Iraq

Email:

shemaa.rashid77@gmail.com

Abstract

Administration uses several tools to initiate its activities in the area of administrative contracts that are not subject to a single legal regime. There are some contracts which are governed by public law and others governed by private law. It is well-known that the administrative contract in the domain of the public law includes exceptional conditions that are uncommon in the private law. These conditions include the management's authority to supervise and audit the execution and amendment of the administrative contract as well as the authority to impose penalties on the contractor in the case of breaching the contract to force him to perform the work in accordance with the terms of the agreed contract without resorting to the judicial authorities due to its relation to the public order and interest, which is the regular and steady functioning.

Keywords: Administration–Penalties- Administrative contract



سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين



شيماء حاتم رشيد

مدرس

كلية الطب - جامعة الموصل - الموصل - العراق

المستخلص

تستخدم الإدارة عدة أدوات في سبيل مباشرة نشاطها في مجال العقود الإدارية والتي لا تخضع لنظام قانوني واحد، فهناك عقود يخضع نظامها للقانون العام، وأخرى يخضع نظامها للقانون الخاص، والمعلوم أن العقد الإداري في مجال القانون العام يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ومن هذه الشروط سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف في تنفيذ العقد الإداري وتعديله، وكذلك سلطة فرض الجزاءات على المتعاقد في حال أخل بالعقد المبرم بينه وبين الإدارة، لحمله على التنفيذ طبقاً لشروط العقد المتفق عليه، وذلك دون حاجة للجوء إلى القضاء لتعلق ذلك بالنظام العام والمصلحة والتي هي سير المرفق العام بانتظام وإفراجه.

الكلمات المفتاحية: الإدارة-الجزاءات - العقد الإداري

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/٣/٧

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/٦/٦

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص (Creative Commons Attribution) (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام، والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح.

الاقتباس: المدرس شيماء حاتم رشيد

(2023)

" سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على

المتعاقدين "

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

أولاً: التعريف بالموضوع

تتمتع الإدارة بسلطة فرض الجزاءات على المتعاقد وذلك في حال أحل بالتزامه، سواء أكان هذا الاختلال تمثل في التأخير بالتنفيذ علي وجه يضر بالمرفق العام، أو امتنع عن تنفيذ ذلك الالتزام، أو قام بالتنفيذ ولكن بطريقة غير مرضية أو على وجه صحيح، ففي تلك الحالات تستطيع الإدارة أن تستعمل حق سلطة فرض الجزاءات علي المتعاقد.

فالمبدأ العام في تنفيذ العقود يحكمه مبدأ (حسن النية)، ومبدأ (حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراب)، فالمقصد من استعمال الإدارة لفرض الجزاءات على المتعاقد ليس هو الردع وإنما هو فقط من أجل تطبيق مبدأ سير المرفق العام بانتظام.

فتلجأ الإدارة إلى ممارسة نشاطاتها الوظيفية بوسائل متعددة فمنها ما تكون أعمالاً مادية لا تهدف من ورائها إلى إحداث آثار قانونية كالأعمال المتمثلة بتبليط الطرق العامة، كما تكون أعمالاً قانونية، تهدف من ورائها إحداث آثار قانونية، وهي قد تصدر من جانب واحد كالتقرارات الإدارية أو عن طريق العقود التي تبرمها مع الأفراد، وهذه العقود بدورها، إما تكون عقوداً مدنيه لا تتمتع الإدارة بموجبها بأي امتياز في مواجهة المتعاقدين معها ومن ثم تخضع لأحكام القانون المدني أسوة بعلاقات الأفراد فيما بينهم والقائمة على مبدأ المساواة. وإما أن تكون عقوداً إدارياً ، حيث تتمتع الإدارة بسلطات واسعة في نطاق تعديل العقد، أو رقابة تنفيذه، أو إنهاءه إلى جانب فرض الجزاءات، وهذه الامتيازات تهدف إلى ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد في سبيل إيصال الخدمات العامة للمواطنين على أفضل وجه.

ولعل سلطة فرض الجزاءات من قبل الإدارة على المتعاقد معها تعد من أهم هذه الامتيازات، تلجأ الإدارة إليها في حال تقصيره أو لدى تأخره عن التنفيذ، أو الامتناع عنه أو قيامه بالتنفيذ بخلاف ما هو مقرر في العقد.

وتتنوع هذه الجزاءات، فمنها ما هو ذو طبيعة مالية، وأخرى ذات طبيعة ضاغطة، وجزاءات فاسخة إلى جانب الجزاءات ذات الطبيعة الجزائية. إن التجاء الإدارة إلى فرض الجزاء يتم بصورة مباشرة، دون الرجوع إلى القضاء لمخاصمة المتعاقد معها والمخل بالتزاماته العقدية.

أهمية الموضوع

تظهر أهمية الموضوع في القيام برصد وتحليل الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد المخالف والمخل بالتزامات التعاقد معها، ومحاولة معرفة الأساس القانوني للإدارة والتي يُعطي للإدارة الحق في فرض تلك الجزاءات على المتعاقد، وكذلك التعرض لتلك الشروط والتي لا بد من وجودها لكي يتم فرض تلك الجزاءات، وهذه الشروط ضماناً للطرفين حتي لا يكون هناك تعسف وإساءة من الإدارة في استخدام تلك السلطات، وذلك بهدف سير المرفق العام بانتظام وإفراد، وهو بذلك يقوم بتحقيق المصلحة العامة، ف ضمان استمرارية تلك المرافق تكمن في مدي تمتع الإدارة بامتيازات وحقوق في مواجهة المتعاقدين معها في إبرام العقود الإدارية.

أهداف الموضوع

يهدف الموضوع إلى إلقاء الضوء على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الضاغطة على المتعاقدين معها وتناول تلك السلطة فيما إذا كانت مقيدة أم مطلقة، ومعالجة الفقه والقضاء المقارن لهذه السلطة، وما موقف القانون العراقي من تلك الجزاءات.

إشكالية الموضوع

في ضوء ذلك الموضوع تتمثل الإشكالية في : ما الأساس القانوني الذي يبرر لسلطة الإدارة فرض الجزاءات الضاغطة على المتعاقدين؟ وهل احترام شروط توقيع العقوبة من شأن تحقيق توازن في العقد الإداري؟ وهل هناك رقابة قضائية فعالية في الأنظمة تضمن عدم تعسف الإدارة لذلك الحق؟

منهجية الموضوع

نقوم بمحاولة الاعتماد المنهج التحليلي لهذه السلطة والمواد القانونية المتعلقة بالموضوع، وكذلك المنهج المقارن والذي يتضمن أحكاماً من القضاء المصري والفرنسي.

خطة الموضوع

تتضمن خطة الموضوع في:

المبحث الأول: تنفيذ العقد الإداري

المطلب الأول: حق الإدارة في الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد

المطلب الثاني: حق الإدارة في إدخال تعديلات في العقد

المطلب الثالث: حق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها

المبحث الثاني: الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها

المطلب الأول: تعريف الجزاءات الإدارية وأنواعها وتكييفها القانوني.

المطلب الثاني: شروط ممارسة الإدارة لفرض الجزاءات الإدارية.

المطلب الثالث: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها.

المبحث الأول

تنفيذ العقد الإداري

عندما يدخل العقد الإداري حيز التنفيذ، يقع على عاتق الطرفين بعض الالتزامات، وهذه الأخيرة تمنح الإدارة سلطات خاصة، ويترتب على التنفيذ عدم انفراد المتعاقد بالالتزامات التعاقدية، فهناك آثار متبادلة بين الطرفين.

فالإدارة تتمتع بسلطات استثنائية خاصة لا نظير لها في القانون الخاص، وتتمثل تلك السلطات في:

المطلب الأول

حق الإدارة في الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد

عندما تقوم الإدارة بالتعاقد يكون نصب عينها المصلحة العامة، فتقوم بالتأكد من تنفيذ ذلك العقد بما يتفق مع تلك الغاية وهي المصلحة العامة، فتقوم بالمتابعة والإشراف المالي (في غير عقد المزايدات) حتى لا يحدث إهدار للمال العام، فتقوم بالرقابة وتتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، والذي يهنا هنا هو المعنى الضيق للرقابة وهو حق الإدارة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد^(١)، وينبغي التنبيه إلى أن هذا الحق للإدارة لا يعني أن تحل محل المتعاقد معها في اختيار وسائل تنفيذ التزاماته، فهذا حق حصري له إلا إذا نص العقد على حق الإدارة في ذلك، مع الوضع في الاعتبار أنه وإن كان لها الحق في التدخل إلا أن هذا يعني أن تقوم محل المتعاقد الآخر في اختيار وسائل تنفيذ العقد، إلا أن ينص العقد على ذلك، فحق الإدارة يختلف من عقد إلى آخر فعقد الأشغال العامة والمقاولات يكون هناك شدة فتتوسع في فرضها، وتقوم بتعيين موظفين لديها لمتابعة التنفيذ، كما في التشريع العراقي حيث يطلق عليه المهندس المقيم، أو دائرة المهندس المقيم، فهو يقوم مقام الإدارة في التوجيه والإشراف والتوجيه للمتعاقد، وفي عقود أخرى كما في عقود التوريد يكون هذا الحق أخف وطأة فلا داعي في هذا العقد من وضع موظفين بل يكفي تعيين وفحص المواد المستخدمة في العقد ومطابقتها لما هو مشروط في العقد^(٢).

وحق الإدارة في الرقابة ليس مطلقاً، ولكن ينبغي أن يكون لتلك الرقابة حدود، وغالباً ما يتم النص على ذلك في متن العقد، إلا أن عدم النص عليها لا يعني إغفالها لأنها تتعلق بالنظام العام، فلا تحتاج في ثبوته إلى النص عليه في العقد، ولا يجوز التنازل عن هذا الحق

وينبغي ألا يسمح للإدارة بالتمتع بسلطات رقابية مطلقة ليس لها حدود، فيجب وضع حد لها، وحدها في ذلك المبالغة، فعليها عدم المبالغة في ذلك وتستخدم حقها هذا في إضفاء ما يقود إلى تغيير موضوع العقد ذاته، أو يؤدي إلى اعتداء الإدارة على حقوق المتعاقد معها.

وغالباً ما يتم النص على حق الإدارة في المراقبة والتوجيه في متن العقد، ولكن هذا لا يعني حقها هذا يرتفع عند عدم النص عليه، لأنه مقرر لها وتمارسه في مختلف العقود الإدارية سواء نص عليه العقد أم لم يفعل^(٣)، ولذا ذهب الفقه إلى أن حق الإدارة هذا من النظام العام فلا تحتاج في ثبوته إلى النص عليه في العقد، كما لا يجوز لها التنازل عنه، وكونه كذلك لتعلقه بالمصلحة العامة^(٤) ومن هنا تبرز جملة من المبادئ يمكن إجمالها بما يأتي :

-تتمتع الإدارة بهذه السلطات الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص حتى مع فقدان النص على ذلك.

(١) فاروق أحمد خماس، ومحمد عبد الدليمي، الوجيز في العقود الإدارية، ١٩٩٢م، ص ١١٣.

(٢) المصدر السابق.

(٣) زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، ط ١، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٥٣.

(٤) محمد الشافعي أبو رأس، العقود الإدارية، بدون دار نشر، بنها-مصر، دون سنة نشر، ص ٨٩.

-للإدارة فرض رقابتها على سير العمل بالطريقة التي تراها مناسبة ومحقة للغرض منها، وتنظمها بنفسها عند عدم قيام المشرع بذلك.

-تعد شروط الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد شروطاً تنظيمية وليست شروطاً تعاقدية.

للإدارة إجراء أي تعديل أو استبدال تراه مناسباً وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة على الهيئات الرقابية وفي الوقت الذي تحدده.

في مقابل تلك الإمتيازات الرقابية التي تتمتع بها الإدارة يمنح المتعاقد معها الحق في طلب التعويض عما تكبده من خسائر مادية نتيجة لها.

كما ويحق للمتعاقد مع الإدارة طلب فسخ العقد معها عندما يجد أن باستخدامها لسلطاتها الرقابية قد تجاوزت الوضع الطبيعي لها^(٥).

يمكن عند تمتع الإدارة بهذه السلطة على المتعاقد أثناء تنفيذه العقد أحد عوامل اختلال المساواة بينهما لصالح الإدارة، وقد اتفق الفقه على أن حقها هذا من النظام العام، ولكن ما هو الأساس القانوني له من البديهي القول العقد ذاته يمثل سنده أو أساسه القانوني عند نصه عليه، أما عند عدم نصه فإن الأساس إما أن يكون هو القانون المنظم للعقود الإدارية، وإلا فإنه يعود إلى المعيار الذي بين أساس القانون الإداري ويحدد اختصاص القضاء الإداري، ويأتي فيه الخلاف السابق وإن بنحو أضيق إذ يمكن الاقتصار فيه على معيارين فقط، الأول معيار السلطة العامة، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه، فهذه السلطة تمنح الإدارة الأساس في فرض رقابتها على تنفيذ العقد الإداري، ولكن يمكن النقاش فيه بأن تمتع الإدارة بالسلطة العامة، وبعبارة أدق تمتعها بامتيازات السلطة العامة يمكن أن يكون متفرعاً على مهمتها في حفظ سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهذا هو الأساس الذي اعتمده جمهرة الفقه، ولا يبعد أن يكون هذا الأساس هو المرجح، فهو مقتضى خصائص العقد الإداري كتضمنه الشروط غير مألوفة في العقد المدني^(٦).

(٥) علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٢٢٩.

(٦) محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات والإجراءات والآثار)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦،

المطلب الثاني

حق الإدارة في إدخال تعديلات في العقد

يختلف العقد الإداري في مجال القانون العام عن العقد في القانون الخاص والذي يحكمه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، على العكس القانون العام والذي لا يتصور إعمال هذا المبدأ، حيث تكون الكفة راجحة في جانب الإدارة، وبالتالي هي وحدها التي تقرر التعديلات المناسبة على العقد دون رضا المتعاقد الآخر، وهذا يعد من النظام العام، فلا يفرق الأمر حال كونه منصوصاً عليه في أم لا^(٧)، وأقصى ما يكون في هذا التعديل هو نطاق العقد، حيث يختلف من عقد لآخر، فليست كل العقود الإدارية متساوية، بل تتفاوت من حيث مدة العقد وطبيعته، فعقد الأشغال العامة مختلف بطبيعته عن عقد التوريد، فالمهم هو أصل سلطة الإدارة في إجراء التعديل على العقد الإداري بإرادتها المنفردة مع قطع النظر عن اختلافها من عقد لآخر^(٨).

وعلى الإدارة في هذا الصدد أن يقتصر تعديلها للعقد على تلك الشروط التي تتصل بالمرفق العام، فلها أن تعدل مثلاً زيادة حجم الأشغال المتفق عليها مع المتعاقد أو انقاصها، أو زيادة توريدات أو إنقاصها وهكذا، كل هذا في فلك المصلحة العامة لا غير، ومن جهة أخرى فقاعدة التنفيذ تقتضي أن يكون المنفذ باختيار الوسائل المناسبة للتنفيذ، ففي هذه الحال يكون تدخل الإدارة لتعديل شروط العقد ضرورياً^(٩).

يستخلص مما تقدم على الإدارة التزام في إجراء التعديل باستهداف المصلحة العامة وما يحققها، من خلال تعديل الشروط بالإضافة أو الحذف أو التغيير وبما يتلاءم مع التزامات المتعاقد، ولهذا القيد مقتضيات عدة منها وجوب كون دافع الإدارة للتعديل هو معالجة أسباب موضوعية لا يمكن معالجتها إلا بإجراء التعديل كمقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد أو إشباع حاجة مستحثة للجمهور يمكن أن تلبى من خلال موضوع العقد عند إجراء تعديلات عليه، ومنها وجوب محافظة الإدارة على موضوع العقد وعدم المساس به في تعديلاتها، فلو قامت بتعديلاتها لكان موضوع العقد الذي أبرمته مع المتعاقد غير موضوعه بعد التعديل، أي تكون قد أخرجت العقد إلى إطار جديد لا يشمل الإطار الأصلي للعقد، فيكون ما وافق عليه المتعاقد عند إبرام العقد غير ما أوجدته الإدارة لاحقاً وهذا يخالف أصل فكرة التعاقد، مضافاً إلى أنه قد يؤدي إلى إرهاب كاهله ويضر بمصالحه المشروعة، بل يجعله أمام عقد جديد لا صلة له بالعقد الذي أبرمه معها، وقد لا يقبل به فيما لو غرض عليه لأول مرة (٢)، كما أنه من المؤكد أن هذا التغيير الجوهرى للعقد سينعكس سلباً على الشروط المالية المقررة لصالح المتعاقد مع الإدارة، وهذا يخالف قاعدة عدم جواز المساس بالحقوق المالية للمتعاقد، وتجاوز التعديل بتلك الشروط التي لها علاقة بالمرفق العام مباشرة والتي تحافظ على سيره بانتظام واطراد، بمعنى أن التعديلات التي من حق الإدارة إجراؤها يجب أن تقتصر على شروط العقد المتصلة بالمرفق العام والذي هو السبب في منح الإدارة هذا الحق، ولا تتجاوزها إلى الحقوق المقررة

(٧) مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٤٦.

(٨) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٥٩٤.

(٩) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط ٦، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٣٩٠.

للمتعاقدين معها^(١٠)، بل أي مساس بهذا الحقوق يستدعي قيام الإدارة بتعويضه وتحمل إعادة التوازن المالي إلى العقد عند إخلالها به.

ومنها احترام الإدارة لمبدأ المشروعية، فتعديل العقد بإرادة الإدارة المنفردة يتم عن طريق إصدارها التعديل بقرار إداري، ومن الأسس فيه أن يصدر موافقاً لمبدأ المشروعية، فإذا صدر التعديل بقرار مخالف لهذا المبدأ تكون الإدارة قد ارتكبت خطأ يجعل قرارها باطلاً ويعرضه للإلغاء، ولتفادي تجاوز مبدأ عدم المشروعية يجب أن يصدر قرار التعديل مستوفياً لعناصره ولشروط صحته كافة، بل يجب توافر القيود التي تفرض على الإدارة قبل التعاقد كتوافر الاعتماد المالي الذي يكفي لتغطية النفقات الجديدة التي قد يفرضها التعديل، والخلاصة يجب أن يكون قرار التعديل موافقاً للقوانين واللوائح النافذة^(١١).

وقد يحدث أن تجري الإدارة تعديلاً على العقد إلا أنه قد يجعل من التزامات العقد تفوق القدرة المالية للمتعاقدين معها، أو قد يكون التعديل أكبر من أن يجبره ما تقدمه الإدارة له، وفي هذه الحالة يكون المتعاقد أمام خيارين، الأول اللجوء إلى القضاء الإداري ورفع دعوى إلغاء أمامه يطالب فيها بإلغاء قرار الإدارة بالتعديل، فإذا وجد القضاء أن قرار التعديل مشوب بعيب من عيوب القرار الإداري يقوم بإلغائه ويعود العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل، والثاني أن يقوم برفع دعوى فسخ العقد، فيطلب من القضاء الحكم بفسخه، فإذا حكم القضاء بذلك ينتهي التعاقد بينه وبين الإدارة ويعتبر العقد كأنه لم يكن، أما إذا كان التعديل قد أحدث خسارة مادية لحقت بالمتعاقدين معها، فله المطالبة بالتعويض حتى وإن سلك أحد الطرفين الأنفين من دعوى الإلغاء أو الفسخ^(١٢).

المطلب الثالث

حق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقدين معها

من الطبيعي أن يكون هناك جزاء يوقع على المخالف لالتزاماته، فالإدارة حق توقيعها على المتعاقدين معها، من دون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء، فالجزاء الإداري هو عبارة عن تعويض جزائي للإدارة نتيجة للأضرار التي تحملتها جراء إخلال المتعاقدين بالتزاماتهم^(١٣).

وتتنوع الجزاءات على المخالف لالتزاماته في تعاقدته، فقد تكون جزاءات مالية أو جنائية، وقد يكون هناك وسائل ضغط وإكراه لكي تجبر المتعاقدين لأداء التزامهم، وهنا يختلف الجزاء الذي تفرضه الإدارة عن الجزاء الجنائي والمدني ففي الحالة الأخيرة يكون الجزاء عن طريق القضاء، بخلاف الحالة الأولى والتي تكون الإدارة هي التي تفرض بنفسها الجزاء دون الحاجة للجوء إلى القضاء.

(١٠) محمد الشافعي أبو رأس، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ١٠٢.

(١١) عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٤٧.

(١٢) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، ط ٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ٢٠١٣، ص ٤٤٢.

(١٣) د. محمد الشافعي أبو رأس، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٩٣.

وفرض الإدارة للعقوبة بشكل مباشر لا يعني أن خيار مجازاة المتعاقد المخالف عن أداء التزاماته منحصر بهذا الطريق، بل للإدارة اختيار فرض العقوبة عن طريق القضاء أيضاً، فلها اللجوء إلى القضاء وطلب تقرير عقوبته على المتعاقد معها، وقد يكون هذا هو الطريق الأسلم لها وللمتعاقد، أما لها فلعدم تعريض قراراتها للإلغاء، أمن نفسها عن المسؤولية عند فرضها لها، وتحميل القضاء مسؤولية مجازاة المخالف، كما وأنه طريق يمنح المتعاقد شعوراً بعدم المظلومية لأن الجهة التي فرضت العقوبة هي جهة محايدة قامت بالاستماع إلى كل طرف ومنحته الحق في أن يقدم ما يثبت ادعائه واعطته الفرصة ليستوفي كل أدلته وإثباتاته، فضلاً عن أنها ليست الإدارة، أي أن الجهة التي فرضت العقوبة ليست هي الخصم للمتعاقد^(١٤).

وعلى كل حال للإدارة الحق في فرض الجزاءات على المتعاقد بنفسها، ولا يخرج هذا الحق بأي شكل من الأشكال عن ولاية القضاء وفرض رقابته عليه، وهذه الرقابة في غاية الأهمية لأنها تحدث نوعاً من التوازن بين ما تمتلكه الإدارة من سلطات واسعة هنا، وما يفترض أن يتمتع به المتعاقد معها من ضمانات فعالة لها القدرة على الحد من تعسف الإدارة في استعمال حقها ذلك أو إساءة استعمال سلطتها الجزائية، هذا مع قطع النظر عن أهمية سلطات القضاء الرقابية، فقد لا تكون واحدة بالنسبة إلى الجزاءات غير المشروعة أو القاسية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها^(١٥).

المبحث الثاني

الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها

تقوم الإدارة بإبرام العقود الإدارية حتى تتمكن المرافق العامة السير بانتظام وإفراد، وتحقيق المصلحة العامة بذلك، فكان لها أن توجه المتعاقد وتراقب ذلك التنفيذ، وفي حدود معينة تقوم بالتدخل بالرقابة والتوجيه، فأصبحت طبيعة تلك الجزاءات تختلف من عقد لآخر، وهو ما سنقوم بتوضيحه في هذا المبحث.

المطلب الأول

تعريف الجزاءات الإدارية وأنواعها وتكييفها القانوني

أولاً: تعريف الجزاءات الإدارية

الجزاءات الإدارية في مجال تطبيقها من قبل الإدارة تختلف عن الجزاءات في نطاق العقود المدنية، وذلك لاتصال الأولي بالمرفق العام والذي يُوجب أن تكون تلك الجزاءات شديدة^(١٦).

(١٤) د. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها "دراسة مقارنة"، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١٠، ص ٣٩.

(١٥) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤١٨.

(١٦) د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، عمان، ٢٠٠٣، ص ٣٥٩.

فقد خلت التشريعات من وضع تعريفات لها، وترك التشريع بذلك للفقهاء مهمة التعريف، فعرّفها البعض بأنها: "عقاب يعهد المشرع بسلطة بتوقيعه إلى جهة إدارية على كل من يخالف التزاماً قانونياً، أو لا يمثل لأحد قرارات الإدارة"^(١٧).

وعرّفها آخرون بأنها: "قرارات إدارية فردية ذات طيبعية عقابية، جراء مخالفة التزامات قانونية، أو قرارات فردية توقعها الإدارة كسلطة عامة، بمناسبة مباشرتها لنشاطها في شكل الإجراءات المقررة قانوناً"^(١٨).

وعرّفها آخرون بأنها: "الجزاءات التي يكون للإدارة حق توقيعها على المتعاقد دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء، وهي غير جنائية"^(١٩).

ويوجد تعريف آخر لها بأنه: "الجزاءات التي تفرضها جهة الإدارة مخولة بموجب القانون على المتعاقد معها في حال إخلاله بتنفيذ شروط العقد الإداري"^(٢٠).

ويمكن أن نقوم بتعريف الجزاءات الإدارية بأنها: "الجزاء الذي تقوم الإدارة بفرضه على المتعاقد معها في حالة مخالفته لشروط العقد والتشريعات المخولة بها بموجب القانون".

ثانياً: أنواع الجزاءات الإدارية:

تقوم الإدارة بفرض أنواع متعددة من الجزاءات، فقد تكون مالية، وقد تكون ضاغطة:

النوع الأول: الجزاءات المالية:

فالمقصود بالجزاءات المالية هي: وهي المبالغ النقدية والتي يحق للإدارة أن تتحصل عليها من المتعاقد نتيجة للإخلال بالتزاماته التعاقدية^(٢١).

والجزاءات المالية لا تقتصر فحسب على تعويض الضرر بالنقد، فقد تكون نوعاً من العقاب للمتعاقد بغض النظر عن صدر من الخطأ، أو قد تكون ضماناً لكي ينجز المتعاقد التزاماته مع الإدارة على أكمل وجه دون تقصير^(٢٢).

(١٧) د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٣.

(١٨) ناصر حسين العجمي، الجزاءات الإدارية العامة في القانون الكويتي والمقارن، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣١.

(١٩) د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، مصدر سابق، ٩٣.

(٢٠) د. محمد حسن الجبوري، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٤٣.

(٢١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٤٦١.

(٢٢) د. حسين درويش، النظرية العامة للعقود الإدارية، ج ٢، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٣٠.

وهذا النوع يشتمل على أنواع عديدة، منها: الغرامات التأخيرية، والتعويض عن الأضرار، ومصادرة التأمينات، إلا أن التعويض عن الأضرار ذهب البعض إلا أنه لا يدخل تحت الجزاء الإداري ويدخل في القواعد العامة في القانون المدني (القانون الخاص) (٢٣).

النوع الثاني: الجزاءات الضاغطة:

والجزاءات الضاغطة هي: (مجموع الجزاءات التي تطفل تنفيذ العقد، من خلال مجموعة تدابير بغية التغلب على قصور المتعاقد مع الإدارة، حيث تبادر الأخيرة بإحلال الغير محل المتعاقد معها وقد تبادر هي بالحلول محل المتعاقد المقصر) (٢٤).

وتعدّ الجزاءات الضاغطة من الجزاءات المؤقتة التي لا تنهي العقد وإنما توكل تنفيذه إلى غير المتعاقد الأصلي ولكن على مسؤولية هذا الأخير لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وتمثل الغاية الجوهرية منها الحصول على الوفاء بموضوع العقد على الرغم من قصور المتعاقد وهي تشكل في الغالب خطوة مسبقة علي الفسخ النهائي للعقد خاصة متى حصل عجز مع الإدارة مؤقت، وتملك الإدارة توقعيه دون اللجوء للحكم القضائي (٢٥).

ومن أهم مظاهرها سحب العمل في عقد المقاولات أو الأشغال العامة، وحلول الإدارة محل المتعاقد، ووضع المشرع تحت الحراسة في عقد التزام المرفق العام والشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد (٢٦).

ثالثاً: التكيف القانوني للجزاءات الإدارية (٢٧):

لم يتفق الفقهاء على تحديد تكيف معين للجزاءات الإدارية، واختلفوا على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: يري أنها عقوبة

فقد اتجه هذا الرأي إلى أن إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته يوجب توقيع عقوبة عليه من قبل الإدارة وذلك لردعه وحمله على تنفيذ التزاماته التعاقدية (٢٨).

- (٢٣) د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري-الكتاب الثاني، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ٢٦٢.
- (٢٤) د. ضرار القزاز، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الإدارية، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٩، العدد ٥١، ٢٠١٧، ص ١٦٨.
- (٢٥) بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، ط١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١م، ص ٨٥.
- (٢٦) انظر د. محمد فواد مهنا، مبادئ واحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٧٥، ص ٨١٣ حيث يذهب (بان من جملة الجزاءات التي توقعها الإدارة هو قيام الإدارة بنفسها مقام المتعاقد في تنفيذ العقد مؤقتاً مع بقاء العقد قائماً يشمل ذلك وضع المشرع تحت الحراسة
- لعقد امتياز المرافق العامة والاستيلاء على المشروع وتنفيذه بالطريق المباشر (Misenregie) بالنسبة لعقد الأشغال العامة وتنفيذ العقد على مسؤولية المتعاقد Execution par Detaut بالنسبة لعقد التوريد).

(٢٧) يقصد هنا بالتكيف القانوني للجزاءات هو تحديد ماهية الجزاءات وما هي الصفة التي تتخذها أو الوصف الذي تتسم به، حيث يتم فرضها على المتعاقد حال إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية. (كلام الباحث نفسه)

ويشترك الجزاء الإداري مع الجزاء الجنائي في أن كليهما لهما ميزة الردع للمخطي، فالجزاءان يحميان مصلحة، إلا ذلك لا يستوجب بالضرورة أن يكون مصلحة يحميها فقد لا يستلزم ذلك، ففي الجزاء الإداري مثلاً: يكون سحب الرخصة بسبب السكر، فيكون الجزاء على فعل أثم هدد مرتكبه، فالمصلحة هنا ليست الأساس بالحماية، وكذلك في الجزاء الجنائي لا بد من توافر الركن المادي والمعنوي، وإن كان البعض اكتفى بتوافر الركن المادي نظراً لطبيعة الردع في الجزاء الإداري والذي تكتفي بالركن المادي دون المعنوي^(٢٩).

والجزاء الإداري يمكن توقعه بقرار إداري فردي دون الحاجة إلى القضاء كما في الجزاء الجنائي والمدني والذي يتطلب صدور حكم قضائي به، فالقول بأن الجزاء الإداري عقوبة يستلزم خضوعه للمبادئ ذاتها والتي تخضع لها الجزاءات الردعية، سواء ما لزم منها لضمان شرعيتها الموضوعية أو الإجرائية مثل: مبدأ المشروعية، أو مبدأ شخصية العقوبة، والتناسب بين الجرم والجزاء، وهو ما لم يحدث هنا في الجزاء الإداري، فالإدارة تتمتع بخاصية وسلطات لا يتمتع بها المتعاقد الآخر، مما يهدم مبدأ التناسب كما في العقوبات الأخرى^(٣٠).

الرأي الثاني: يري أنها تعويض

يذهب هذا الرأي إلى أن الجزاءات الإدارية هي عبارة عن تعويض، وذلك نتيجة التي يتحملها المتعاقد جزاء إخلاله بالتزاماته، وقد أيد هذا الرأي بحكم محكمة التمييز العراقية في قرارها رقم ٧١٠/حقوقية/١٩٥٩، في ١٣/٤/١٩٥٩، حيث جاء فيه: "كل مشروع عام إذا لم ينجز خلال المدة المتفق عليها فإن الخزينة يلحقها ضرر وهو حرمان المواطنين من الفوائد المتوخاة من هذا المشروع"، وكذلك فتوى مجلس الدولة المصري رقم ٣٢٣ في ١٠/٥/١٩٥٩، والذي ذهب إلى أن: "غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الإدارية هي وفقاً للتكييف القانوني الصحيح، صورة من صور التعويض الاتفاقي في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهمها أن أحد أركانه وهو الضرر الذي يفترض وقوعه بمجرد إخلاله بالنظام والترتيبات التي تضعها الإدارة وتحصر على التزامها"^(٣١).

(٢٨) وهو ما أخذت به المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٩/١٢/١٩٦٢، فنصت علي: "لئن كان التنفيذ عينية في المعاملات المدنية لا يتم إلا عن طريق القضاء فإنه في العقود الإدارية يكون تنفيذ الالتزام عينية بواسطة الإدارة تقوم به بنفسها وعلى حساب المتعاقد معها وتحت مسؤوليته. فالشراء على حساب المتعهد المقصر في تنفيذ تعهده وإلزامه بفرق السعر ليس عقوبة توقع على المتعهد، وإنما هو تطبيق القاعدة الالتزام عينية تقوم به الإدارة بنفسها عند إخلال المتعاقد معها بتعهده ضماناً الحسن سير المرافق العامة وإطراد سيرها ومنعها من تعطلها لما قد يعرض المصلحة للضرر إذا توقفت هذه المرافق" مشار إليه عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٥٢.

(٢٩) أمين مصطفى، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٢٢٩.

(٣٠) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٥١.

(٣١) مجدي محمود محب حافظ، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في خمسين عاماً، ج ٤، دار محمود للنشر والتوزيع،

٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٢٣٠٦.

ولكن القول بذلك يقودنا لمسألة إن الجزاءات المفروضة من قبل الإدارة لا تعد في تلك الحالة تعويضاً ذا طابع مالي، وإنما قد يتخذ صوراً متعددة والتي قد تكون مالية مثل: الغرامة التأخيرية، والتعويض، وقد تكون ضاغطة مثل: سحب العمل، أو فاسخة تؤدي لنهاية العقد.

وبهذا يمكننا القول بأن هذا الرأي يأتي في المرتبة الثانية، إذ الأصل أن الجزاء الإداري هو إجبار وحمل المتعاقد لكي يقوم بالتنفيذ، ضماناً لسير المرفق العام وهو أهم من التعويض^(٣٢).

الرأي الثالث: يري أن الجزاءات الإدارية هي لجبر المتعاقد وحمله على تنفيذ التزاماته:

يذهب هذا الرأي إلى أن الجزاءات الإدارية لجبر وحمل المتعاقد على القيام بالتزاماته تجاه الإدارة وفقاً لما هو منصوص عليه في العقد، وهذا يرجع إلى ضرورات ضمان سير المرافق العام بانتظام وإفراد.

ويترتب على ذلك أن للإدارة صلاحيات فرض الجزاءات على المتعاقد بما يتلاءم مع ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام وإفراد، مما يحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية على أتم وأكمل وجه^(٣٣).

ونرى أن هذا الرأي هو الراجح: لأن الجزاءات الإدارية وإن كانت عقوبة أو تعويض، إلا أن الغاية في نهاية الأمر لا يتعدى هذا الرأي وهو إجبار وحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته تجاه الإدارة وفقاً للعقد، فهو نتيجة للعقوبة والتعويض، يؤيد ذلك حكم محكمة التمييز العراقية رقم ٤٥٥/ج/١٩٦٨، بتاريخ ١٠/١١/١٩٦٨، والذي جاء فيه: "إن الغرامة التأخيرية هي جزاء قُصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه في المدد المتفق عليها"، وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية: "التأمين في حقيقته هو ضمان لتنفيذ العقد الإداري..... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين..."^(٣٤).

المطلب الثاني

شروط ممارسة الإدارة لفرض الجزاءات الإدارية

أولاً: توافر ركن الاختصاص للإدارة

معلوم أنه في حال نية الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها، تقوم بإصدار قرار إداري بذلك، ومعلوم أن القرار الإداري هو: "عمل قانوني تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة بقصد إحداث تعديل في المراكز القانونية القائمة إما في الحقوق أو الالتزامات"^(٣٥).

(٣٢) د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة، بدون تاريخ نشر، ص ٧٦٦.

(٣٣) عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٦١.

(٣٤) أشار إليه: د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٠٤.

(٣٥) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص ٢٦٢.

ولكي يكون القرار الإداري صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية لا بد من وجود عناصر له وهي (السبب، المحل، والاختصاص، والشكل، والغاية)، والركن الأهم في موضوعنا هو توافر ركن الاختصاص^(٣٦) للإدارة في إصدار قرار الجزاء، فالاختصاص يأخذ دوراً مهماً في دائرة الجزاءات الإدارية، فبتوافره يظهر صفة الجراء.

ولكي تكون قرارات الجزاءات الإدارية صحيحة لا بد من توافر ما يأتي:

اختصاص شخصي: ويكون بتحديد الأفراد الذي خول لهم القانون دون غيرهم إصدار القرارات الإدارية، ومعرفة ما إذا كان هذه الجهة هي من أشخاص القانون العام أم لا.

وقد حسم هذا الأمر المشرع الدستوري الفرنسي وهو بصدد بحث دستورية الجزاءات الإدارية وأجاز للمشرع أن يخول أية جهة إدارية بسلطة الردع ما دام يدخل ذلك ضمن امتيازاتها العامة^(٣٧).

ونطاق موضوعي: فقد اختص المشرع وعين الأشخاص الذين لهم حق ممارسة اختصاصات إدارية معينة، وحدد لهم نطاقاً في حال تجاوزها وقاموا بإصدار قرار مخالف لهذا النطاق يصبح باطلاً، فنقوم بتحديد ما إذا كان هذا الجزاء يدخل في اختصاص الإدارة الموضوعي (الامتيازات العامة) أم لا^(٣٨).

- وتجدر الإشارة هنا الى أنه لا يجوز أن يُعمل في نطاق الجزاءات الإدارية بالتفويض إلا أن يكون هناك نص يجيز ذلك، ففي حال وجود نص قانوني قد عين جهة معينة لفرض الجزاءات، فلا يجوز لغيرها أن تقوم بهذا الاختصاص، ولا بد من الجهة ذاتها التي عينها القانون، وفي ذلك أكد مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ ١٧ مارس ١٩٧٢، بمناسبة قضية السيد (بيكارولي) حين قرر أنه تم إبرام عقد إداري محلي عام بموافقة سلطة الإشراف المنصوص عليها في القانون يمكن أن يفسخ دون تدخل هذه السلطة لأنه لا يوجد أي نص يجيز لها ممارسة هذا الاختصاص^(٣٩).

وبناء على ما سبق لا بد من وجود شرط الاختصاص في الجهة التي تصدر تلك الجزاءات، على أنه في حال عدم توافر تلك الشرط يكون عملها معيباً ومشوباً بعدم الاختصاص مما يعرض للإلغاء عن طريق دعوى الإلغاء.

(٣٦) يُعرف الاختصاص بأنه: " الصلاحية القانونية المخولة لموظف أو هيئة إدارية باتخاذ قرار ما في شأن معين، أي كانت القاعدة القانونية التي يستمد منها هذا الاختصاص". خليفة سالم الجمهي، أحكام ومبادئ القضاء الإداري، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣م، ص ٣٤٣.

(٣٧) د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية علي شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٤.

(٣٨) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، ط ٣، شركة الجلال للطباعة- الإسكندرية- ٢٠٠٦، ص ٥٩٠.

(٣٩) محمد عبدالله الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، مرجع سابق، ص ٧١-٧٢.

ثانياً: وقوع مخالفة من المتعاقد

من مقتضيات العقد الإداري في حال وقع من المتعاقد أي خطأ يخلُ بشروط والتزامات العقد المتفق عليهما مع الإدارة، فمن حق الأخيرة أن تقوم بفرض جزاءات عليه حتى يقوم بالتنفيذ علي النحو المتفق عليه في العقد، وفي حال عدم خطأ من جانب المتعاقد، لا تملك الإدارة في تلك الحالة فرض أي جزاء.

فالعقد الإداري يتميز عن العقد المدني، بذاتية تتمثل في انفراد الإدارة ببعض الالتزامات المرتبطة بطبيعته، كما في تعهد المتعاقد أن يقوم بتنفيذ العقد بشخصه، فالاعتبار الشخصي للمتعاقد في القانون الإداري هي مسألة مهمة وبالتالي لا يصح أي تنازل من جهة المتعاقد لآخر، أو كان هناك تعاقد من الباطن، ما لم يكن هناك موافقة وترخيص من جهة الإدارة^(٤٠).

وفي حال التنازل للغير أو التعاقد من الباطن دون موافقة مسبقة للإدارة، فإن المتعاقد يكون قد ارتكب خطأ يوجب ويعطي للإدارة حق الفسخ وتوقيع الجزاء لمخالفته مبدأ الاعتبار الشخصي في العقد الإداري والذي هو من أهم مميزاته، وهو ما قضي به القضاء الفرنسي بأن تنازل الملتزم عن عقده للغير، أو تعاقد من الباطن مع الغير، من تصريح مسبق من السلطة مانحة الالتزام، يعد من الأخطاء الجسيمة التي تبرر جزاء الإسقاط. كما عد هذا المجلس التعاقد من الباطن ودون موافقة الإدارة المتعاقدة، من الأخطاء الجسيمة والكافية والمبررة لصدور جزاء فسخ عقد الأشغال العامة^(٤١).

وهو ما أخذت به المحكمة الإدارية العليا المصرية، فنصت على: (قضت بأن: "الإدارة تملك فسخ العقد الإداري إذا ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لغيره، إذ إنه لا يجوز للمتعاقد أن يحل غيره في تنفيذ التزاماته أو أن يتعاقد من الباطن)^(٤٢)، وقضت محكمة القضاء الإداري أيضاً بأنه: (لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإن التنازل يعد باطلاً بطلاناً يتعلق بالنظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عنها في العقد، وخصوصاً فسخ العقد أو إلغاء اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم وكذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن)"^(٤٣).

وقد حرص القضاء العراقي في هذا الصدد علي التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للعقد، ومن قرارات محكمة التمييز والتي ذهبت فيه: (إنه يتضح من أوراق الدعوى أن المدعي والمدعى عليهم هم مقاولون ثانويون وتعاقدوا مع المقاول الرئيسي (الشخص الثالث شركة "ر" (الذي تعاقد بدوره مع شركة توزيع المنتجات النفطية على تنفيذ المرحلة الثالثة من محطة الوقود في تيوان فيقتضي والحالة هذه أن يقوم الخبراء بالاطلاع على كافة المستندات والسجلات ومستندات الصرف خاصة أن رب العمل شركة توزيع المنتجات

(٤٠) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٢٢.

وقد أشارت بذلك المادة (٤) من الشروط العامة للمقاولات أعمال الهندسة المدنية لعام ١٩٨٨ علي: "لا يحق للمقاول التعاقد من الباطن على الأعمال بأجمعها وفيما عدا الأحوال المنصوص عليها بخلافه في الموقولة، لا يحق للمقاول أن يتعاقد من الباطن على جزء من الأعمال بدون موافقة تحريرية مسبقة من المهندس.....".

(٤١) د. حمدي ياسين عكاشة، ص ٣٦١.

(٤٢) الدعوي رقم (٤١) في ٢٥ نوفمبر، مجموعة المبادئ القانونية، الإدارية العليا، السنة ٤٣، الجزء الأول، ص ٣٤١.

(٤٣) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧، مجموعة المكتب الفني، السنة ١١، رقم ١١٦، ص ١٧٤-١٧٥.

النفطية) هي دائرة حكومية وتقوم بالصراف بموجب مستندات رسمية، وإذا استوجب الأمر استدعاء أطراف الدعوى والاستماع إلى أقوالهم بغية معرفة المبالغ المدفوعة من قبل الشركة المذكورة إلى الشخص الثالث وما دفعه منها إلى المدعى عليهم....^(٤٤).

ثالثاً: افتراض الضرر في حق الإدارة

حتى يمكن القول بأن هناك جزاء تفرضه الإدارة على المتعاقد معها في حال الإخلال بالتزاماته اتجاهها، لا بد وأن يكون هناك ضرر قد وقع عليها جراء الإخلال من المتعاقد، فتقوم الإدارة بفرض الجزاءات وذلك لا يُطلب منها الخطأ وذلك على أساس أن الضرر مفترض بمجرد وقوعه، بخلاف التعويض حيث يدور مع جسامته الضرر وجوداً وهدماً.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الضرر قرينة مفترضة بمجرد وقوعها غير قابلة لإثبات العكس، فلا حاجة لإثبات وقوع الضرر، وذلك كما في نص المادة(١٥٢) من القانون المدني الفرنسي) وقد سار على ذلك القانون القضاء المصري، وذلك مخالفاً لما تقضي به المادة(٢١٦)، فقد حكم القضاء الإداري المصري في حكمها بتاريخ ١٩٧٠/٣/٢١، في هذا الصدد: "من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام وإفراد، ولذا فإن الغرامات التي تنص عليها تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم حصول الضرر"^(٤٥).

وبالنسبة للقضاء العراقي فقد حاول في أحكامه مسايرة اتجاه القضاء في فرنسا ومصر، وقرر أن الضرر مفترض غير قابل لإثبات العكس، إلا أنه استثناء من ذلك يجوز إثبات عكس ذلك متى كان الضرر ناتجاً عن قوة قهرية لا يد للمتعاقد فيه، فحينئذ يُقبل منه إثبات عكس اتجاه الإدارة^(٤٦)، ومن أحكامه في هذا الصدد: (يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في تلك العقود من تلقاء نفسها دون الحاجة لصدور حكم بها وذلك بمجرد وقوع المخالفة التي تقرررت الغرامة جزاء لها، كما لها أن تستنزل قيمة هذه الغرامة من المبالغ التي تكون مستحقة في ذمتها للمتعاقد المتخلف، فلا يتوقف الأمر في القضاء بها على ثبوت وقوع الضرر للإدارة من جراء إخلال المقاول بالتزاماته وليس للمقاول أن ينازع في استحقاق الإدارة للغرامة كلها أو بعضها بحجة انتفاء الضرر أو المبالغة في التقدير لدرجة لا تتناسب مع قيمة الضرر الحقيقي ولكن هذا لا

^(٤٤) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم (٧٦٧) والصادر في ٢٠٠٤/١/٧، غير منشور.

^(٤٥) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٤٥٢، وقد نصت المادة (٩٣) من قانون المناقصات والمزايدات علي: "أن الإدارة تستحق الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أي ضرر".

^(٤٦) د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية " دراسة تحليلية مقارنة" ط١، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص٢٢٣.

ينفي رقابة القضاء على ما يثيره المتعاقد مع الإدارة حول التأخير أو قيام أسباب خارجية لا يد لهذا المتعاقد فيها مما ترتب عليه التراخي في تنفيذ الالتزام أم صيرورته مرهقا.....^(٤٧).

وبناء على ما سبق فالضرر هنا مفترض بمجرد وقوعه ولا حاجة لإثباته، فنقوم المسؤولية تجاه المتعاقد بمجرد وقوعه إلا ما كان استثناء على الأصل وهو وجود قوة قاهرة لا دخل ليد المتعاقد فيها.

المطلب الثالث

الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها

تتمتع الإدارة العامة بظاهرة السلطة الأمرة ومسؤوليتها عن حسن سير المرافق العامة وهي بذلك تتمتع بامتيازات لا تتمتع بها في مجال القانون الخاص، فهذه السلطة والامتيازات لا يُشترط النص عليها في صلب العقد، فهي تتعلق بالنظام العام، وقد اختلف الفقهاء في الأساس القانوني فمنها من قال بأنها سلطة عامة، ومنها من قال المرفق العام، وحتى تقوم الإدارة باستعمال تلك السلطة هناك شروط تضمن فعالية فرض الجزاءات في حالة الاخلال بالتعاقد ومنها كون الإدارة مختصة بفرض تلك الجزاءات ووجود ضرر وتقصير من المتعاقد، وسنقوم بتناول ذلك في مطلبين:

أولاً: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها:

بحكم أن الإدارة هي وحدها تملك السلطة الأمرة بما تتمتع به من امتيازات ورخص قانونية، فلها فرض جزاءات في سبيل حسن سير المرفق العام بانتظام وإفراد، ولذلك اتجه أغلب الفقه إلى حق الإدارة في فرض تلك الجزاءات رغم اختلافهم في الأساس القانوني لذلك، والذي يتنم في:

أ- فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات:

فالسلطة العامة هي: " مجموعة من الامتيازات والسلطات والاختصاصات، ومجموعة من الأساليب الفنية، ومجموعة من القيود التي تعمل في حدودها الإدارة العامة، فالإدارة لا تتساوى مع مراكز الأفراد وبالتالي تحتم وجود قواعد القانون الإداري الاستثنائية وغير المألوفة في قواعد القوانين الأخرى، فكل تصرف يتضمن مظهراً من نظام السلطة العامة يعد عملاً إدارياً يدخل في نطاق تطبيق القانون الإداري " ^(٤٨).

فهذه الفكرة تقوم بتغليب المصلحة العامة على الخاصة في مجال العقود في القانون العام، ولذلك فهي تقوم بهدم مبدأ المساواة والتوازن بين المتعاقدين، والتي تعتبر من أهم وأول القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام العقود في القانون الخاص ^(٤٩)، وقد أكد ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: (.... وقد

^(٤٧) حكم محكمة التمييز، رقم ٤٢/حقوقية/٩٦٥ في ١٩٦٥/٧/٢٥، قد أشار إليه الدكتور/ماهر صالح علوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٣٧-٢٣٨.

^(٤٨) د. سيف سعد مهيد الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٧، ص ١٤٦.

^(٤٩) د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات علي المتعاقد معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٢٩.

تضمن هذا العقد بعض مظاهر السلطة العامة حيث تضمن البند الخامس علي حق الإدارة في فسخ العقد واستعادة الفرن ولو بالقوة الجبرية دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار كما تضمن البند الحادي عشر على تعهد المطعون ضده بتسليم الفرن وكافة محتوياته بالحالة التي تسلمها وما يكون قد أخل عليه من تحسينات ومرافق وافق عليها الطرف الأول عقب انتهاء مدة الإيجار أو استرداد الفرن لأي سبب من الأسباب.....^(٥٠).

أما الفقه الفرنسي فقد ذهب البعض على أن الامتياز والتي تتمتع به الإدارة تستعمله في التنفيذ المباشر في الجزاءات فتحل نفسها محل المتعاقد في تنفيذ التزامات المتعاقد كما في عقود (الأشغال العامة والتوريد)، وذهب آخرون بالترقية بين ما يترتب على استعمال السلطة العامة وبين أساسها، فالأساس يعد حقاً أصلياً، بينما الجزاء المترتب عليها فإنه يتعلق بالشرط الجزائي الجزائي^(٥١).

ب- المرفق العام كفكرة لأساس فرض الجزاءات من قبل الإدارة

لم تكن فكرة المرفق العام تحظى بأهمية من جانب الفقهاء، فقد كان السائد في تبرير سلطات الإدارة لبساطة الحياة في ذلك الوقت هو معيار السلطة العامة، فالمرفق العام هو: "كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة"^(٥٢).

ووجهة نظر هذا الاتجاه: إن المرفق العام هو الذي يفرض بدوره على الإدارة أن تقوم بتوقيع جزاءات على المتعاقد معها حال إخلاله بالتزاماته معها، فبعض الفقه في فرنسا يذهب إلى أن وهو أن ضمان سير المرافق العامة بانتظام يقتضي أن تقوم الإدارة بالتنفيذ المباشر لتلك الجزاءات تطبيقاً لحق الامتياز والتي تتمتع به دون المتعاقدين^(٥٣).

وإن كان البعض قد ذهب إلى غاية المصلحة العامة ليست مطلقة وإنما مقيدة في نطاق محدود وهو حسن سير تلك المرافق^(٥٤).

(٥٠) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٣٥ ق. عليا، جلسة ١٩٩٥/١/٨.

(٥١) د. عبد المجيد فياض، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٥٢) د. حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، الكتاب الأول نظرية المرافق العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٤، ص ٤١٢.

وقد عرفته قرار محكمة التمييز المرقم ٣٢٦ في ٢٠ / ٤ / ١٩٦٨: (ومن جهة أخرى فإن مصلحة البريد والبرق والهاتف تعد مرفقاً من المرافق العامة، والمرفق العام هو مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظمه أو تشرف على إدارته ويقصد به إداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام، وليس المقصود هو الربح وإذا كانت تدر في بعض الأحيان ربحاً فإن ذلك إنما يأتي عرضاً وكغرض ثانوي أما الغرض الأساسي فهو توفير الخدمات العامة أو سد الحاجات العامة... وينبغي أن يدير المرفق أو ينظمه أو يشرف على إدارته جهة إدارية ٠٠٠ الخ

(٥٣) حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٣.

(٥٤) د. عبد المجيد فياض، مصدر سابق، ص ٥١ وما بعدها.

وجانب من الفقه المصري أخذ أن حسن سير المرافق العامة تجعل للإدارة امتيازاً في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في حال عدم التنفيذ أو التقصير، فإذا اتضح وبدر من المتعاقد معها ذلك خول لها مبدأ حسن سير المرفق العام التدخل وفرض تلك الجزاءات^(٥٥).

ت- موقف القضاء من الأساس القانوني

لم يتفق موقف القضاء الإداري من تحديد الأساس الذي يقوم عليه فرض الجزاءات من قبل الإدارة على المتعاقد معها، فالقضاء في مصر يعتنق فكرة السلطة العامة كأساس لفرض الجزاءات على المتعاقد من قبل الإدارة، ومن الأحكام التي وردت في ذلك: " كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة، لا يقتصر على أن يكون إخلالاً بالتزام تعاقدي فحسب وإنما فيه أيضاً مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد، اتصال العقد الإداري بالمرفق العام وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واطراد... يوجب أن تكون الجزاءات المترتبة على هذا الإخلال شديدة وتتطوي في الواقع على معنى العقوبة"^(٥٦).

-ومن أحكامها أيضاً: " للإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب الاسم، وهذه ليست إلا جزاءات تملك توقيعها على المتعاقد معها بهدف حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره وانتظامه تحقيقاً للمصلحة العامة"^(٥٧).

-وأيضاً حكمت في حكم لها فنص على: " أن الإدارة تعمل في إبرامها للعقد بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عاماً، كما أن الإدارة تعتمد في إبرامه وتنفيذه على أساليب القانون العام فكفنا المتعاقدين فيه غير متكافئين تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الفردية، مما يجعل سلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وكذلك حق توقيع جزاءات على متعاقدتها وذلك بإرادتها المنفردة"^(٥٨).

-وبالنسبة للقضاء العراقي فلم يتطرق إلى أساس معين لفرض الجزاءات، وإنما أعطي حق للإدارة في أن تفرض بنفسها الجزاءات المناسبة والتي تراها على المتعاقد معها، وإن لم يكن منصوص على ذلك في العقد، وذلك في سبيل تحقيق المصلحة العامة وهي إشباع رغبات الجمهور، ويكون للإدارة فرض الجزاءات دون الرجوع للقضاء، مع العلم أنها ليست مطلقة ولكن يخضع قرارها لرقابة القضاء، إذا لم يكن الجزاء مناسباً ويحقق في ذلك^(٥٩).

(٥٥) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري " دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة"، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٤٠٧.

(٥٦) حكم محكمة القضاء الإداري المصري، دعوى رقم (٤١٨٦)، لسنة ٩ قضائية، بتاريخ ٢٤/١١/١٩٥٧.

(٥٧) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، طعن رقم (١١٠٩)، لسنة ٨ قضائية، جلسة بتاريخ ٢٨/١٢/١٩٦٣.

(٥٨) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الدائرة الثالثة، طعن رقم (١١٣٠)، لسنة ٣٣ قضائية عليا، جلسة بتاريخ ٢٠/٤/١٩٩٣.

(٥٩) محمد عبدالله الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، رسالة ماجستير-كلية القانون- جامعة بغداد-١٩٨٣، ص ٦٢.

-وبعد عرض ما تقدم يمكن القول بأن: فكرة المرفق العام هي الأساس القانوني لحق الإدارة في فرض الجزاءات، حيث أنها تستهدف الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد تحقيقا للمصلحة العامة فمنح الإدارة امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري تحقيقا لهذا الغرض وبالتالي فهي تمارس دورها عند إخلال المتعاقد بالتزاماته استنادا لطبيعة العقد الإداري المرتبط بالمرفق العام وما له من شروط استثنائية وليس بصفتها سلطة عامة مجردة، فهي تمارس السلطة العامة في أوضاع أخرى ولا يجب أن تخلطها مع ممارستها السلطات العقد الإداري، ويؤكد على هذا أن الإدارة لا تتمتع بهذه السلطات الاستثنائية في جميع عقودها، ومنها عقود التأجير التي لا تتصل بالمرفق العام ولا تتضمن شروطا استثنائية وبالتالي فهي تخضع للقانون الخاص^(٦٠)

الخاتمة

بعد الانتهاء من تناول سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، والتي تعدّ من القواعد العامة في القانون العام، وذلك على اعتبار إحدى السمات المميزة للعقد الإداري بالمقارنة بالقانون الخاص، وفي ضوء ما سبق فإنه يمكن لنا التوصل للنتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج

- ١- أصبحت الجزاءات الإدارية الطريق المألوف لتنفيذ القانون، وهو طريق فرضه مبدأ التوازن في الحياة اليومية، وذلك لم ترّ تعريفا تشريعا معينا له وإنما ورد أنواعها وأقسامها.
- ٢- تتميز الإدارة في العقود العامة بعدم المساواة مع المتعاقد، لذلك أعطاه المشرع امتيازات وسلطات تفوق المتعاقد لأنها تمثل المصلحة العامة.
- ٣- إن الغاية التي خولها القانون من إعطاء الإدارة سلطة فرض الجزاء هي حمله على تنفيذ التعاقد باعتبار أنها تمثل المصلحة العامة، ولذلك في حال لم ينفذ المتعاقد الالتزام الموكل إليه فالإدارة تسلك بذلك طريق إجبار المتعاقد معها.
- ٤- الإدارة باستطاعتها أن تقوم بفرض الجزاءات على المتعاقد وان لم ينص القانون علي ذلك وذلك في حال حدث هناك ضرر أو خطأ.
- ٥- أن قرار فرض الجزاء على المتعاقد إنما هو قرار إداري يخضع لشروط القرار الإداري الشكلي والموضوعي.
- ٦- الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات إنما يكمن في سير المرفق العام.

(٦٠) محكمة نقض أبو ظبي، طعن رقم ٤٣٢، لسنة ٢٠١٢، لسنة ٧ قضائية. أ، جلسة ٢٠١٣/١٠/٧، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية- السنة القضائية السابعة - 2013 من أول يوليو حتى آخر أكتوبر- الجزء الرابع، منشور في موقع محامو الإمارات. تاريخ الزيارة: ٢٠٢٢/١١/١٠م.

ثانياً: التوصيات

- ١- لكي لا يقع المتعاقد تحت طائلة سلطة الإدارة في فرض الجزاء عليه لابد من دراسة العقد وشروطه حتى يتسنى له معرفة حقوقه وواجباته، فبذلك سوف يتفادى أي مشكلة تعرضه لتلك الجزاءات.
- ٢- التدرج في فرض العقاب، مبدأ قديم ينبغي أن تقوم الإدارة بتطبيقه، فتبدأ بفرض الجزاء الأخف في حال ان كانت المخالفة خفيفه وتقوم بفرض الجزاء الاشد في حال ان كانت هناك أخطاء جسيمة.
- ٣- نقترح على المشرع العراقي أن يسلك القضاء الفرنسي في حال ما إذا كان هناك ضرر مفترض قد وقع مما يجعل الإدارة تفرض تلك الجزاءات، ويكون إثبات ذلك الضرر قائماً على قرينة قابلة لإثبات العكس وليس قاطعة لأجل حماية مصلحة المتعاقد مع الإدارة.
- ٤- في حال أقدمت الإدارة على فرض الجزاءات أو الغرامات على المتعاقد لابد من ضرورة إخطاره وخصوصاً في حال الغرامات التأخيرية، لأنه قد يقوم بتنفيذ الالتزام في حال تم إخطاره.
- ٥- المحافظة من قبل الإدارة على دفع المستحقات لتنفيذ العقود في مواعيدها وعدم وجود تأخير لأسباب غير معقولة، لأن تأخير المستحقات سوف يقوم بإرهاق المتعاقد وخصوصاً لو كانت المستحقات بالعملة الأجنبية.
- ٦- إن القانون الإداري جعل من مركز الإدارة مدعي عليه، ومن ثم فمن يطلب الطعن على تلك الجزاءات لابد من إثبات ذلك، لذلك ندعو الإدارة في حال طلب المدعين وثائق أو مستندات أن تستجيب لذلك وخصوصاً لو كانت تلك الوثائق والمستندات حاسمة للمنازعات.
- ٧- نقترح بتطوير فكر وأساليب القضاء الإداري في العراق من خلال عقد دورات ومؤتمرات مكثفة لرفع كفاءة القضاة.

المراجع

١. أمين مصطفي، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٦.
٢. بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، ط١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١م.
٣. حسين عبد العال محمد، الرقابة الإدارية بين علم الإدارة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٤. د. حسين درويش، النظرية العامة للعقود الإدارية، ج٢، القاهرة، ١٩٥٨م.
٥. د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٦. د. حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، الكتاب الأول نظرية المرافق العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٤.
٧. د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري-الكتاب الثاني، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧م.
٨. د. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها" دراسة مقارنة"، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١٠.
٩. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٦، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢.
١٠. د. سيف سعد مهيد الدليمي، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٧.
١١. د. ضرار القزاز، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية والضاغطة في العقود الإدارية، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٩، العدد ٥١، ٢٠١٧م.

١٢. د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
١٣. د. طعيمة الجرف، القانون الإداري " دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة"، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٦٤.
١٤. د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، ط٣، شركة الجلال للطباعة- الإسكندرية- ٢٠٠٦.
١٥. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
١٦. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.
١٧. د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، ط٢، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ٢٠١٣.
١٨. د. محمد الشافعي أبو رأس، العقود الإدارية، دون دار نشر، مصر، دون سنة نشر.
١٩. د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٢٠. د. محمد حسن الجبوري، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤م.
٢١. د. محمد حسن مرعي، الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية " دراسة تحليلية مقارنة" ط١، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨.
٢٢. د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة، بدون تاريخ نشر.
٢٣. د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥م.
٢٤. د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩.
٢٥. د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، عمان، ٢٠٠٣.
٢٦. زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي، ط١، دار الفكر القانوني للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٤.
٢٧. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥.
٢٨. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
٢٩. علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦م.
٣٠. فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في العقود الإدارية، ١٩٩٢.
٣١. محمد عبد الله الدليمي، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية، رسالة ماجستير-كلية القانون- جامعة بغداد- ١٩٨٣.
٣٢. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات والإجراءات والآثار) ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
٣٣. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
٣٤. ناصر حسين العجمي، الجزاءات الإدارية العامة في القانون الكويتي والمقارن، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.



Criminal Electronic Surveillance and the Prospects for Its Application in Iraqi Law

Dr. Abbas Fadhil Saeed

Assist. Prof

College of Law - University of Mosul- Mosul-Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 20 Apr., 2023

Accepted: 19 Jun., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 27-48

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

Dr. Abbas Fadhil Saeed

College of Law- University of
Mosul-Mosul-Iraq

Email: adbafsf@uomosul.edu.iq

Abstract

Electronic monitoring means placing the accused or the convicted person, upon deciding the place of execution of his arrest or confinement at home instead of detention centers or prisons, under the consideration of the competent authorities and following him up on the extent of his compliance with the conditions imposed on him by means of an electronic means and in the cases permitted by the law. States in their national legislation as an alternative to arrest (precautionary detention) or an innovative way to implement a short-term negative sentence at home instead of imprisonment to avoid the convict risks mixing in prisons and save the costs of running the penal institution. In the present research, we tackled the definition and the concept of electronic monitoring and its position in legislation, in addition to the views of its application in Iraqi law. It has been reached to the fact that our country is in need to expedite the introduction of the electronic monitoring system by the Iraqi legislator after preparing its material and human requirements.

Keywords: *electronic monitoring, alternatives to imprisonment, electronic bracelet.*



المراقبة الإلكترونية الجنائية وآفاق تطبيقها في القانون العراقي



الدكتور عباس فاضل سعيد

أستاذ مساعد

كلية الحقوق – جامعه الموصل – الموصل - العراق

المستخلص

المراقبة الإلكترونية تعني وضع المتهم أو المحكوم عليه ، عند إقرار مكان تنفيذ توقيفه أو حبسه في المنزل بدلا من محلات التوقيف أو السجون ، تحت نظر الجهات المختصة ومتابعته في مدى التزامه بالشروط المفروضة عليه بواسطة وسيلة الكترونية وفي الأحوال التي يجيزها القانون ، وقد أخذت بها الكثير من الدول في تشريعاتها الوطنية كبديل عن التوقيف (الحبس الاحتياطي) او وسيلة مستحدثة لتنفيذ العقوبة السالبة قصيرة المدة في المنزل بدل السجن لكونها تجنب المحكوم مخاطر الاختلاط في السجون وتوفر تكاليف إدارة المؤسسة العقابية، وقد تناولنا في بحثنا تحديد مفهوم المراقبة الإلكترونية وموقف التشريعات ، فضلا عن آفاق تطبيقها في القانون العراقي وخلصنا الى التوصية بضرورة الاسراع في الأخذ بنظام المراقبة الإلكترونية من قبل المشرع العراقي بعد تهيئة متطلباته المادية والبشرية .

الكلمات المفتاحية : المراقبة الإلكترونية، بدائل عقوبة الحبس ، السوار الإلكتروني

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية
KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ الاستلام : ٢٠٢٣/٤/٢٠

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/٦/١٩

تاريخ النشر : ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب – كركوك – العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution) ل

(CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام،

والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الاصلي بشكل صحيح.

الاقتباس:

د. عباس فاضل سعيد (٢٠٢٣)

(المراقبة الإلكترونية الجنائية وآفاق

تطبيقها في القانون العراقي)

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

ان التطور التكنولوجي الذي شهده العالم آنعكس بآثاره على جميع نواحي الحياة ، وسارعت الدول في الاستفادة من نتائج هذا التطور وتوظيفها في خدمة المجتمع ورفاهيته . ولم تكن العدالة الجنائية بمنأى عن هذا التأثير ، فاتجهت التشريعات الوطنية الى تحديث سياساتها الجنائية أو ما تسمى (عصرنة العدالة) ، وأدخلت الوسائل التكنولوجية في نواحي هذه العدالة من أجل إيجاد الحلول للمشاكل التي تعاني منها . ومن جانب آخر كانت التحديات التي تواجهها العدالة الجنائية في نطاق العقوبات السالبة للحرية تفرض على الدول إيجاد بدائل لها لتجنب مساوئها من اختلاط المجرمين واكتظاظ السجون والتكلفة العالية لإداره المؤسسات العقابية .

إن التشريعات الوطنية التي أقرت ببدائل العقوبة السالبة للحرية ضمن سياستها الجنائية قد تأثرت بهذا التطور التكنولوجي ، وأخذت تبحث عن بدائل جديدة للسجن بالاستفادة من هذا التطور ، إذ لا يعقل أن تبقى العدالة الجنائية في موضع المتفرج على هذه الثورة التكنولوجية التي غزت جميع نواحي المجتمع ، فكان نظام المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية أحد نتائج هذا التأثير ، ويتضمن تنفيذ المحكوم للعقوبة السالبة للحرية في المنزل عبر مراقبته بوسيلة تكنولوجية حديثة وبصورة تكفل تحقيق أغراض العقوبة وبعيدا عن الأسوار العالية للسجون والحراسة المشددة ، والتخفيف عن المؤسسات العقابية من حيث عدد المسجونين والتكاليف ، فضلاً عن انه يحافظ للمسجون على وسطه الاجتماعي ويجنبه أضرار الانفصال عن عائلته أو أسرته .

اولا – أهمية البحث :- تعد المراقبة الإلكترونية من بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة والتي استحدثت في العديد من التشريعات الجنائية الوطنية ضمن توجهات السياسة العقابية الحديثة في الاستفادة من التطور التكنولوجي ، وبالرغم من الانتقادات التي وجهت لها فإن إيجابياتها تفوق على سلبياتها ، وفي تزايد في تطبيقاتها في تشريعات الدول مع سكوت المشرع العراقي عن الأخذ بها .

ثانيا – أهداف البحث :- يهدف البحث إلى التعريف بالمراقبة الإلكترونية باعتبارها وسيلة مستحدثة في التنفيذ العقابي و بيان النظام القانوني لها في التشريعات التي أخذت بها .

ثالثا – مشكلة البحث :- تتمثل في مدى إمكانية الأخذ بالمراقبة الإلكترونية في التشريع الجنائي العراقي على ضوء دراستنا لموقف التشريعات المقارنة ، والأوجه المحتملة عند تطبيقها في القانون.

رابعا- نطاق البحث :- يتحدد نطاق البحث من الناحية الشكلية بالقانون الفرنسي والقانون البحريني

ك نماذج من القوانين الوطنية التي أخذت بنظام المراقبة الإلكترونية إلى جانب القانون العراقي مع الإشارة

الى قوانين دول أخرى حيثما اقتضت الحاجة إلى ذلك . أما من الناحية الموضوعية فيتحدد في المراقبة

الإلكترونية كأحد بدائل العقوبة السالبة للحرية وبذلك يخرج من نطاق بحث التتبع الجغرافي للمتهم

بواسطة تقنية (جي بي اس) كأحد اجراءات جمع الادلة لضبط الجريمة والمجرمين .

خامسا – منهجية البحث :- المنهج التحليلي الاستقرائي من خلال تحليل النصوص القانونية واستقراء

موقف التشريعات من نظام المراقبة الإلكترونية ، واستقراء موقف الفقه من هذا النظام ،فضلاً عن

المنهج المقارن من خلال دراسة النظام القانوني للمراقبة الإلكترونية في التشريعات المقارنة للاستفادة

منها عند تطبيقها في القانون العراقي .

سادسا – خطة البحث :- الإلمام بموضوع البحث اقتضى تقسيمه كآتي :-

المبحث الأول :- مفهوم نظام المراقبة الإلكترونية

المطلب الأول :- تعريف نظام المراقبة الإلكترونية

المطلب الثاني :- الطبيعة القانونية لنظام المراقبة الإلكترونية

المطلب الثالث :- تقييم نظام المراقبة الإلكترونية

المبحث الثاني :- موقف التشريعات من نظام المراقبة الإلكترونية

المطلب الأول :- نظام المراقبة الإلكترونية في القانون الفرنسي

المطلب الثاني :- نظام المراقبة الإلكترونية في القانون البحريني

المطلب الثالث :- آفاق تطبيق نظام المراقبة الإلكترونية في القانون العراقي

المبحث الأول

مفهوم نظام المراقبة الإلكترونية

تكمن أهمية نظام المراقبة الإلكترونية في الاستفادة من التطور التكنولوجي في مجال عصرنه العدالة

من خلال تمكين السلطات المختصة من مراقبة المحكوم عليه خارج أسوار المؤسسات العقابية لتلافي

المشاكل الناجمة عن تنفيذ العقوبات السالبة للحرية داخل هذه المؤسسات ، ولتوضيح مفهوم هذا النظام

يتوجب علينا أن نتطرق الى تعريفه وطبيعته القانونية ومن ثم تقييمه من خلال بيان مزاياه وعيوبه وذلك في

ثلاثة مطالب بالتفصيل الآتي :-

المطلب الأول

تعريف نظام المراقبة الالكترونية

لقد تعددت المصطلحات التي استخدمها الفقه للدلالة على نظام المراقبة الإلكترونية ومنها تقنية السوار الإلكتروني أو المراقبة الإلكترونية أو العقوبة الإلكترونية أو الإقامة الجبرية مع المراقبة الإلكترونية، ورغم اختلاف المصطلحات فإن المعنى ينصرف الى وجود آلة تقنية أو أحدث ما توصلت اليه التكنولوجيا الرقمية والتي يتم من خلالها اخضاع المحكوم عليه لرعاية الكترونية بواسطة سوار أو رصد عن بعد تحدد مكان تواجده بالمنزل طوال الوقت أو ساعات محددة خلال اليوم أو في مكان محدد لتنفيذ عقوبة الحبس قصيرة المدة في المنزل^(١). وقد عرف البعض المراقبة الإلكترونية بأنها "نظام مراقبة من خلال استخدام تقنيات حديثة يمكّن أجهزة انفاذ القانون من متابعة الشخص المحكوم عليه خارج السجن عن طريق الخضوع لمجموعة من الالتزامات والشروط، ويترتب على مخالفة هذه الالتزامات اعادة ارساله الى السجن لاستكمال العقوبة المقررة عليه"^(٢). كما اشار آخرون الى ان المقصود بالمراقبة الإلكترونية (وضع المحكوم عليه تحت مراقبة الجهات وتنفيذ العقوبة، وهو نظام يتم تطبيقه على المحكوم للتخفيف من الآثار السلبية الناتجة عن تنفيذ العقوبة داخل المؤسسات العقابية، ويعد هذا النظام من البدائل الرضائية للعقوبات السالبة للحرية التي من خلالها يتم تتبع الشخص الخاضع الكترونيا عن بعد عن طريق أجهزة الكترونية حديثة مع وضع مجموعة من الالتزامات على المحكوم عليه حتى يكون تحت تصرف السلطات مع ضرورة الالتزام بذلك، وفي حالة مخالفة هذه الالتزامات توقع عليه عقوبة سالبة للحرية)^(٣).

(١) Jyoti Belur and others, A Systematic Review of the Effectiveness of the Electronic Monitoring of Offenders, Journal of Criminal Justice, Elsevier, [Volume 68](#), May–June 2020, P 2 . =

= وينظر أيضا : سورية بوريابه و عبد الحكيم موساوي ، السوار الإلكتروني بديل العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري والتشريع المقارن ، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار تليجي الاعواط ، الجزائر ، المجلد السادس ، العدد الأول، ٢٠٢٢ ، ص ١٣١٧ .

(٢) د. رامي متولي القاضي ، العقوبات غير الاحتجازية في التشريع العقابي المقارن ، مركز الدراسات العربية ، مصر، ٢٠٢٠ ، ص ٤٠٦ .

(٣) د. عمر سالم ، المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009 ، ص ١٦٥ . وبنفس المعنى د. محمد عبد الرحمن عبد المحسن ، استخدام السوار = الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية في القانون المصري - دراسة مقارنة - ، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية ، جامعة الأزهر ، [المجلد ٣٨ ، العدد ٦](#) ، ديسمبر ٢٠٢٢ ، ص ٥٦٧ .

وعلى مستوى التشريعات الوطنية نرى ان قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري رقم ٤/٥ لعام ٢٠٠٥م في المادة (٥١) مكرر منه والمضافة بالقانون رقم ١/١٨ لسنة ٢٠١٨م قد عرف المراقبة الإلكترونية بأنها (..... يتمثل الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في حمل الشخص المحكوم عليه طيلة المدة المذكورة في المادة (١٥٠ مكرر ١) لسوار إلكتروني يسمح بمعرفة تواجد في مكان تحديد الإقامة المبين في مقرر الوضع الصادر عن قاضي تطبيق العقوبات) . كما ان المادة (٧) من قانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧م بشأن العقوبات والتدابير البديلة البحريني قد عرفت المراقبة الإلكترونية بأنها (الخضوع للمراقبة الإلكترونية يكون بمراقبة حركة وتنقل المحكوم عليه بوحدة أو أكثر من وسائل المراقبة الإلكترونية المتاحة بوزارة الداخلية) .

ومن جانبنا نفضل استخدام مصطلح المراقبة الإلكترونية ذلك ان مصطلح السوار الإلكتروني وصف لوسيلة من وسائل المراقبة ، كما إن مصطلح العقوبة الإلكترونية اشارة الى طبيعة هذا النظام وليس مضمونه ، كما نرى عدم تحديد نطاق المراقبة في المحكوم عليه فقط عند تعريفه ، حيث ان المراقبة الإلكترونية في التشريعات التي أقرت هذا النظام – وكما سنرى _ يتم اللجوء اليها في مرحلة ما قبل الحكم كبديل عن التوقيف (الحبس الاحتياطي) أو في مرحلة ما بعد الحكم كبديل عن العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ، لذا يمكن تعريف المراقبة الإلكترونية بأنها "وضع المتهم أو المحكوم عليه عند اقرار مكان تنفيذ توقيفه او حبسه في المنزل تحت نظر الجهات المختصة ومتابعته في مدى التزامه بالشروط المفروضة عليه بواسطة وسيلة إلكترونية وفي الأحوال التي يجيزها القانون" .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لنظام المراقبة الإلكترونية

تعددت آراء الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للمراقبة الإلكترونية بسبب اختلاف الجانب الذي ينظر منه اليها ، وأيضاً بسبب تباين موقف التشريعات في تحديد طبيعتها . ويتنازع في تحديد هذه الطبيعة ثلاثة اتجاهات رئيسية ، إذ يرى الاتجاه الأول أن المراقبة الإلكترونية تحمل طبيعة التدابير الاحترازية من حيث إنها ذو طبيعة تأهيلية تستهدف من جهة منع المتهم من التأثير على مجريات التحقيق في حال اخلاء سبيله من التوقيف ووضعه تحت المراقبة ، ومن جهة أخرى منع المحكوم عليه المفرج عنه من العود الى ارتكاب الجريمة^(٤) .

(٤) ينظر د. عماد الدين محمد كامل عبد الحميد ، السوار الإلكتروني في دولة الامارات العربية المتحدة تطبيق ذكي وبديل

عن العقوبة والحبس الاحتياطي ، مجلة معهد دبي القضائي ، العدد ١٤ ، السنة التاسعة ، ٢٠٢١ ، ص ٣٧

أما الاتجاه الثاني يذهب الى اعتبار المراقبة الإلكترونية عقوبة جنائية لأنها تعد اجراءً مقيداً " لحرية الانسان وتنقله من خلال الالتزامات التي تفرض عليه وتحمل معنى الاكراه والقسر ، وان اختلاف مكان تنفيذ العقوبة السالبة للحرية لا يغير من الطبيعة العقابية لها طالما تحد من حرية المحكوم^(٥).

أما الاتجاه الثالث يذهب الى التوفيق بين الاتجاهين ، حيث يرى في المراقبة الإلكترونية بانها تعد تدبير احترازي فيما لو طبقت في المرحلة السابقة على الحكم وتعد عقوبة جنائية فيما لو طبقت في المرحلة اللاحقة على الحكم ، أي في مرحلة التنفيذ العقابي^(٦).

ومع تأييدنا للاتجاه الثالث الذي يعد المراقبة الإلكترونية من التدابير الاحترازية عند تطبيقها في المرحلة السابقة على الحكم ، فأنا نؤيد الرأي الذي يخالفه والقائل بأنها ليست عقوبة جنائية في المرحلة اللاحقة على الحكم وانما وسيلة مستحدثة في التنفيذ العقابي وبديل للعقوبة السالبة للحرية لتلافي الآثار السلبية للتنفيذ العقابي في المؤسسات العقابية ، فضلا عن اعادة ادماج المحكوم عليه في المجتمع مرة أخرى^(٧) . كما لا يمكن اعتبارها عقوبة جنائية سالبة للحرية. لأن العقوبات السالبة للحرية ترتبط في تنفيذها

(٥) د. محمد بن حميد المزمومي ، المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية - دراسة في ضوء النظام السعودي والأنظمة المقارنة ، مجلة صوت القانون ، جامعة خميس مليانة ، الجزائر ، المجلد السابع ، العدد ٢ ، ٢٠٢٠ ، ص ٨٦٥ .

(٦) أحمد موسى هياجنة ، نظام العقوبات والتدابير البديلة: نظام ذو ملامح خاصة لفلسفة عقابية متغيرة ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، المجلد ١٤ ، العدد ١ ، ٢٠١٧ ، ص ٣٦٢ .

(٧) د. بشرى رضا راضي سعد ، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الاجرامية - دراسة مقارنة ، ط ١ ، دار وائل للنشر ، الأردن ، ٢٠١٣ ، ص ١٢٦ . د. عمر سالم ، مصدر سابق ، ص ١٢ . وينظر ايضا

- Mike Nellis, Standards and ethics in electronic monitoring , Handbook for professionals responsible for the establishment and the use of Electronic Monitoring, Printed at the Council of Europe, June 2015, p16 , (on-line), available <https://rm.coe.int/handbook-standards-ethics-in-electronic-monitoring-eng>, last visit: 7/4/2023 . =

= - Marie-Sophie Devresse et Dan Kaminski , Surveillance électronique des justiciables Sur le métier, cent fois l'ouvrage, Annales de Droit de Louvain, Université Catholique de Louvain, vol. 73, 2013, no 2 , p 228

بمكان جغرافي محدد قانوناً^(٨) ، كما أنها تشترط استمرارية في سلب حرية الحركة والتنقل ، وهذا ما لا يتحقق في حالة تنفيذ المراقبة الإلكترونية ، إذ إن مكان تنفيذها في المنزل ، كما إنها تسلب حرية المحكوم عليه في غير أوقات العمل أو الدراسة أو العلاج^(٩) .

المطلب الثالث

تقييم نظام المراقبة الإلكترونية

الوضع تحت المراقبة الإلكترونية هو أحد الأساليب المبتكرة لتنفيذ الاجراء السالب للحرية خارج أسوار السجن – في الوسط الحر – بصورة ما يدعى (السجن في البيت) سواء في حالة التوقيف (الحبس الاحتياطي) أم في حالة العقوبة السالبة للحرية^(١٠). ويقوم هذا الأسلوب على السماح للمتهم أو المحكوم بالبقاء في منزله ، لكن تحركاته محدودة ومراقبة بواسطة جهاز تقني يشبه الساعة السوار مثبت في معصمه أو في أسفل قدمه^(١١) . كما أن النظام القانوني للمراقبة الإلكترونية في التشريعات التي أخذت بها يتضمن اليات تنفيذها وشروطها من حيث الأشخاص والجرائم المشمولة بها والجهات المخولة باتخاذ قرار الوضع تحت المراقبة فضلاً عن الالتزامات المفروضة على الشخص اثناء التنفيذ وحالات انهاءها وآثارها القانونية. لذا فقد ثار الجدل بين الفقه بين مؤيد ومعارض لنظام المراقبة الإلكترونية ولكل جهة حججها وكالاتي^(١٢):-

الاتجاه المؤيد لنظام المراقبة الإلكترونية

يرى هذا الاتجاه ان تطبيق نظام المراقبة الإلكترونية يحافظ للمحكوم عليه على وسطه الاجتماعي الذي يعيش فيه فهو لا ينتزعه منه ، كما إنه يجنبه أضرار الانفصال عن عائلته أو أسرته سواء النفسية أو

^(٨) عرف المشرع العراقي السجن والحبس في المواد (٨٧)(٨٨)(٨٩) من قانون العقوبات بأنه ايداع المحكوم عليه في احدى المنشآت العقابية المخصصة . كما أشار في المواد اعلاه الى مدد السجن المؤبد والمؤقت والحبس بنوعيه البسيط والشديد

^(٩) د. عمر سالم ، مصدر سابق ، ص ١٢ .

^(١٠) د. صفاء أوتاني ، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية (السوار الإلكتروني) في السياسة العقابية الفرنسية ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٥ ، العدد الأول ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣١ .

^(١١) see: Sonia Villamizar and others , Design of an Electronic Bracelet for Remote Surveillance of People Deprived of their Freedom in Colombia, International Journal of Applied Engineering Research, ISSN 0973-4562, Volume 12, Number 24 (2017), p15452 . , (on-line), available <https://www-ripublication-com> . , last visit 2/4/2023 .

^(١٢) ينظر في تفصيل ذلك : د. صفاء أوتاني ، المصدر السابق ، ص ١٥٠ - ١٥٨ .

الاجتماعية^(١٣) ومن جهة أخرى يجنبه مخالطة كبار المجرمين ويسرع من إدماجه في المجتمع من خلال شعوره بأن سلوكياته موضع متابعة مستمرة ومباشرة من جانب السلطات العامة ، أما بالنسبة للإدارة العقابية فإن مزايا هذا النظام تكمن في فعاليته وجدواه في الوقاية من العود ، والتخفيف من حدة اكتظاظ السجون والاقتصاد في التكاليف المالية^(١٤) .

الاتجاه المعارض لنظام المراقبة الإلكترونية

تعرض نظام المراقبة الإلكترونية الى انتقادات عديدة منها اعتباره وسيلة لتقويض مبدأ المساواة أمام العقوبة من خلال التمييز بين فئات المجرمين، ويرهق المحكوم عليه ماديا لتطلب شروط خاصة كمحل إقامة به هاتف ثابت ، وإنه يجعل رد الفعل الاجتماعي متراجخا تجاه الجريمة و لا يحقق اهداف العقوبة في الردع والتأهيل ، كما أنه ينطوي على انتهاك لحق الخصوصية وخاصة في حرمة المسكن ، فضلاً عن أنه يشكل إعتداء على الحق في السلامة الجسدية^(١٥) . كما أن هناك شكوكا فنية حول جدية المراقبين في متابعة تنبيهات الجهاز، وكذلك العيوب الفنية التي تصيب أجهزة المراقبة ، فضلاً عن تسجيل حالات احتيال لشاشة المراقبة من قبل الخاضعين للمراقبة الإلكترونية وصلت إلى حد ارتكابهم جرائم قتل أثناء عملية المراقبة ، والخوف المستمر الذي يواجهه العديد من الأشخاص أثناء وجودهم تحت المراقبة من الغائها بسبب حدث خارج عن إرادتهم تماما^(١٦) .

(١٣) د. رامي متولي القاضي ، مصدر سابق ، ص ٤٤٠ - ٤٤٧ . د. بكري يوسف بكري ، بدائل العقوبات السالبة للحرية في ضوء الاتجاهات الجنائية المعاصرة ، مجلة البحوث الفقهية و القانونية ، جامعة الأزهر ، [المجلد ٣١](#) ، [الجزء الأول](#) ، إبريل ٢٠١٦ ، ص ١٤٦ .

(١٤) Marie-Sophie Devresse et Dan Kaminski , Surveillance électronique des justiciables Sur le métier, cent fois l'ouvrage, Annales de Droit de Louvain, Université Catholique de Louvain, vol. 73, 2013, no 2 , p 229 .

(١٥) ينظر بالتفصيل : د. رامي متولي ، مصدر سابق ، ص ٤٣٦-٤٤٠ . صلاح محمد الحمادي ، نظام المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، المجلد ١٧ ، العدد ٢ ، ٢٠٢٠ ، ص ٥٦٦ .

(١٦) James Kilgore, Electronic Monitoring Is Not the Answer Critical reflections on a flawed alternative, . p 1-2: p 9 : p 12 , (on-line),available <https://mediajustice.org/wp-content/uploads/2020/01/EM-Report-Kilgore-.>,last visit 2/4/2023.

ورغم الانتقادات التي وجهت الى نظام المراقبة الإلكترونية ، فان هناك العديد من التشريعات قد اخذت به على نطاق واسع في مرحلة التنفيذ العقابي مع قلة من التشريعات تأخذ به كبديل عن التوقيف (الحبس الاحتياطي)، وحقبة فإن الآثار الايجابية لهذا النظام على المحكوم عليه أكثر من أثارها السلبية ، خصوصا ان اجراءات تطبيقه تنص على شروط منها موافقة المحكوم عليه وعرضه على جهة طبية اضافة الى توفير حماية نسبية لحقه في الخصوصية ، فضلاً عن الفوائد المتحققة من تطبيقه لصالح الادارة العقابية^(١٧) ، كما أن المراقبة الالكترونية تحد من حرية حركة المحكوم عليه وتجبره على الإقامة في مكان محدد مما تحد من عودته الى الجريمة ، وان وجوده خارج المؤسسة العقابية يجنب فقدان المحكوم عليه لمكانته الاجتماعية ويخفف من النظرة السلبية لأفراد المجتمع له . ولكن يشترط عند تطبيق المراقبة الإلكترونية احترام حق المحكوم عليه في البحث عن عمل وحصوله على التعليم والعلاج الطبي والمشاركة في الأنشطة المجتمعية والأسرية والدينية والآ تفرض كشرط اضافي إلى جانب شروط الأفراج الشرطي أو الإقامة الجبرية ، وبخلافه فإن المراقبة الإلكترونية يمكن أن تكون للمحكوم سجنا عقابيا افتراضيا يكون البيت زنارته الجديدة^(١٨) .

المبحث الثاني

موقف التشريعات من نظام المراقبة الإلكترونية

ظهرت تقنية المراقبة الإلكترونية لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية عندما نجح القاضي الأمريكي (جاك لوف) في ولاية نيومكسيكو في اقناع أحد صانعي البرمجيات الامريكية بإنتاج جهاز إرسال واستقبال في شكل سوار يوضع على معصم اليد ، وفي سنة ١٩٨٣م قام القاضي نفسه بتجربة الجهاز على خمسة متهمين كأجراء بديل للحبس المؤقت ، وقد لاقت التجربة نجاحا حيث وصل تطبيقها بحلول عام ١٩٨٩م الى ٣٩ ولاية ، ثم كل الولايات في الوقت الحالي^(١٩) . وبعد تطبيقها أخذت بها كل من بريطانيا، وكندا، والسويد ، وهولندا ، وفرنسا ، ودول اخرى فضلاً عن بعض الدول العربية كالجزائر والبحرين ، والأمارات العربية المتحدة، وتونس، والأردن ، والمغرب، وأخذت بها المملكة العربية السعودية في نطاق ضيق . اما المشرع العراقي فلم يأخذ بهذه التقنية لحد الآن . ولضرورات البحث سوف نتناول

(17) Mike Nellis, op.cit, p 6: p 16 .

وينظر ايضا . Marie–Sophie Devresse et Dan Kaminski , op. cit, p 229 .

(18) James Kilgore, op.cit, p 1–2 .

(19) صورية بوربابة و عبد الحكيم موساوي ، مصدر سابق ، ص ١٣١٦ .

نماذج من هذه التشريعات حيث نخصص المطلب الأول في القانون الفرنسي والمطلب الثاني في القانون البحريني بينما نتطرق في المطلب الثالث لآفاق تطبيق المراقبة الإلكترونية في القانون العراقي .

المطلب الأول

نظام المراقبة الإلكترونية في القانون الفرنسي

أخذ المشرع الفرنسي بالمراقبة الإلكترونية كطريقة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة وذلك بموجب القانون رقم ٩٧- ١١٥٩ الصادر في ١٩ ديسمبر ١٩٩٧م^(٢٠) ، وتتعدد الحالات التي تطبق فيها المراقبة الإلكترونية أو الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في القانون الفرنسي حالياً وكالاتي^(٢١) :-

- ١- بديل لعقوبة الحبس قصيرة المدة :- تنطق بها المحكمة مباشرة عند الحكم بدلا من السجن^(٢٢) ، وتعد من العقوبات الإصلاحية^(٢٣) ، ويتم فرض التزامات على المحكوم عليه أثناء تنفيذها^(٢٤) ، وقد قصر القانون الفرنسي نطاق تطبيق المراقبة الإلكترونية على طوائف محددة من الأشخاص البالغين والأحداث الذين لا يقل سنهم عن ١٣ سنة ، وعلى الأ لا تزيد مدة العقوبة السالبة للحرية أو مجموع مددها عن سنتين^(٢٥) .
- ٢- أسلوب لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية :- ويتم ذلك بعد صدور الحكم بالعقوبة السالبة للحرية ، حيث يقرر قاضي تنفيذ العقوبات وبمشاورة لجنة تنفيذ العقوبات بتعليق العقوبة وتبديلها إلى الوضع تحت المراقبة

(٢٠) ينظر بالتفصيل في التطور التشريعي لإقرار السوار الإلكتروني في التشريع الفرنسي : د . رامي متولي القاضي ، مصدر سابق ، ص ٤١٦ . د. عمر سالم ، مصدر سابق ، ص ١١٥-١١٩ .

(٢١) ويعرف النظام الجزائي الانكليزي ثلاث صور للمراقبة الإلكترونية وهي كبديل عن الحبس الاحتياطي واسلوب للأفراج المبكر وكأمر يصاحب عقوبة حظر التجول ، ينظر : ياسين مفتاح، المراقبة الإلكترونية الجزائية كعقوبة بديلة عن عقوبة الحبس في القانون الانكليزي ، مجلة دراسات وأبحاث ، جامعة زيان عاشور ، الجزائر، مجلد ١٠ ، العدد ٣ ، ٢٠١٨ ، ص ٣٠٥ .

(٢٢) المادة (١/٤/١٣١) من قانون العقوبات الفرنسي .

(٢٣) المادة (٣/١٣١) من قانون العقوبات الفرنسي .

(٢٤) المادة (٢٦/١٣٢) من قانون العقوبات الفرنسي .

(٢٥) المادة (٧/٧٢٣) من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي . وحدد القانون البلجيكي الصادر في ١٧ مايو ٢٠٠٦ مدة

الحبس المشمولة بأن لا تزيد عن ثلاث سنوات ، ينظر

الإلكترونية خارج المؤسسة العقابية على الا تزيد ما تبقى من مدة العقوبة عن سنتين ، وفي هذه الحالة فان تعليق عقوبة السجن يكون لأسباب صحية او عائلية أو مهنية أو اجتماعية^(٢٦) .

٣- نظام التدرج في الإفراج الشرطي :- يجوز تطبيق نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية على أي محكوم تنطبق عليه شروط الإفراج الشرطي ، ويعود القرار الى قاضي تنفيذ العقوبة بعد استشارة لجنة تنفيذ العقوبة ، ويكون الوضع تحت المراقبة الإلكترونية أحد الالتزامات المفروضة عليه ضمن إطار هذا الإفراج شريطة ألا تتجاوز مدة الخضوع للمراقبة الإلكترونية سنة واحدة قبل الإفراج عنه ، او قبل سنة واحدة من انتهاء الاختبارات المنصوص عليها في المادة (٧٢٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسية^(٢٧) .

٤- تدبير احترازي :- ويتم فرض المراقبة الإلكترونية كتدبير في حالات تأمين الرقابة القضائية^(٢٨) ، أو عند إيقاف تنفيذ العقوبة^(٢٩) ، أو لضرورات منع العودة للأجرام^(٣٠) ، أو كبديل عن التوقيف (الحبس الاحتياطي)^(٣١) ، وبهذا الصدد أشار المشرع الفرنسي الى انه في حالة تبرئة المتهم الخاضع للمراقبة الإلكترونية فإنه يمكنه المطالبة بالتعويض عن الضرر^(٣٢) ، أما في حالة الادانة فإن مدة المراقبة الإلكترونية تحتسب من مدة الحبس^(٣٣)

ويلاحظ أن القانون الفرنسي يرتب اثاراً قانونية في حال مخالفة الالتزامات المفروضة بموجب نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية^(٣٤) ، كما إنه يشير الى ضرورة احترام كرامة الفرد وسلامته وخصوصياته وتعزيز اندماجه في المجتمع عند اخضاعه الى المراقبة الإلكترونية فضلاً عن موافقته ورضائه مع عرضه على جهة طبية لتقرير عدم مساس جهاز المراقبة بسلامة جسده أو الأضرار بصحته

^(٢٦) المادة (١/٧٢٠) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي .

^(٢٧) المواد (٧٢٠) (٧/٧٢٣) (٧٢٩) (٣/٧٢٩) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي .

^(٢٨) المادة (٢/١٤٤) من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي .

^(٢٩) المادة (٦٢٥) من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي .

^(٣٠) المادة (١٠ /٣٦/١٣١) من قانون العقوبات الفرنسي .

^(٣١) المادة (١٣٧) من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي . وبذلك أخذ المشرع البلجيكي حسب القانون الصادر في ٢٧ كانون

اول ٢٠١٢ ، ينظر في ذلك : Marie-S ophie Devresse et Dan Kaminski, op.cit , p241 .

^(٣٢) المادة (١٠/١٤٢) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي .

^(٣٣) المادة (١١/١٤٢) من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي .وتذهب غالبية الدول الاوربية الى اعتبار يوم واحد تحت

المراقبة الإلكترونية معادل ليوم واحد في الحبس ينظر : Mike Nellis, op. cit, p 19

^(٣٤) المادة (١٣/٧٢٣) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي .

(٣٥) ، كما أنه في حالة الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في مكان ليس منزل الشخص المحكوم عليه فإنه يجب أخذ موافقة خطية من المالك أو صاحب أو حاملي عقد الإيجار للمباني التي قد يتم تركيب جهاز الاستقبال عليها (٣٦) . كما يشترط موافقة المحكوم عليه أمام قاضي تنفيذ العقوبة كشرط لتطبيق الوضع تحت المراقبة الإلكترونية (٣٧) .

المطلب الثاني

نظام المراقبة الإلكترونية في القانون البحريني

حرصا من المشرع البحريني على تبني سياسة عقابية معاصرة تهدف الى تنفيذ العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة خارج أسوار السجن وتحقيق الفاعلية في تهذيب واصلاح المحكوم عليهم ، فقد صدر قانون رقم ١٨ لعام ٢٠١٧ م بشأن العقوبات والتدابير البديلة ، وقد أشار القانون الى الخضوع للمراقبة الإلكترونية كإحدى العقوبات والتدابير البديلة للعقوبات السالبة للحرية أو التوقيف (الحبس الاحتياطي) في عدة حالات وكالاتي :-

١- بديل لعقوبة الحبس قصيرة المدة :- أي تنطق بها المحكمة عند الحكم ، وقد أشار القانون المذكور في المادة (٢) منه الى العقوبات البديلة ومنها الخضوع للمراقبة الإلكترونية في الفقرة (٥) من المادة أعلاه ، وقد أعطى القانون للقاضي عند الحكم بعقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة أن يستبدل بها بعد تحديد مدة الحبس عقوبة بديلة أو أكثر من المنصوص عليها في المادة (٢) من القانون نفسه (٣٨) . كما إن للقاضي عند الحكم

(٣٥) المواد (١٢/٧٦٣) (٨/٧٢٣) (١٢/٧٢٣) (١٥-٥٧٠) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي . الا ان بعض الدول الأوربية لا تأخذ بموافقة المحكوم استنادا الى مبدأ انه لا ينبغي السماح للجناة باختيار عقوبتهم ، ينظر :

Mike Nellis, op. cit, p 24

(٣٦) المادة (٧-٧٢٣) من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي والمادة (١٤-٥٧) من نفس القانون .

(٣٧) المادة (٦/٧١٢) من الاجراءات الجزائية الفرنسي.

(٣٨) المادة (١٠) من قانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ بشأن العقوبات والتدابير البديلة البحريني ، ونصت المادة (١٥٠مكرر) من القانون ٠١/١٨ المؤرخ في ٣٠ يناير ٢٠١٨ والمتمم لقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري رقم ٥-٤ لسنة ٢٠٠٥ (يجوز لقاضي تطبيق العقوبات تلقائيا أو بناء على طلب المحكوم عليه شخصا أو عن طريق محاميه ، أن يقرر تنفيذ العقوبة تحت نظام المراقبة الإلكترونية، في حالة الإدانة بعقوبة سالبة للحرية لا تتجاوز مدتها ثلاث(٣) سنوات أو في حالة ما اذا كانت العقوبة المتبقية لا تتجاوز هذه المدة) علما ان المشرع الجزائري يأخذ بالمراقبة الإلكترونية كأسلوب لتنفيذ العقوبة فقط لذا اعطى سلطة تبديل العقوبة بالمراقبة الإلكترونية لقاضي تنفيذ العقوبة وليس من سلطة قاضي المحكمة الحكم بالمراقبة الإلكترونية عند النطق بالحكم .

بعقوبة الحبس لمدة تزيد على سنة ولا تتجاوز خمس سنوات أو السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات إذا تبين له من الظروف الشخصية أو الصحية للمتهم عدم ملاءمة تنفيذ عقوبة الحبس أو السجن وفقاً للتقارير التي يطلبها أو تقدم إليه، أن يستبدلها بها بعد تحديد مدة الحبس أو السجن عقوبة الإقامة الجبرية في مكان محدد وحدها أو مقترنة بأية عقوبة بديلة أخرى من المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون^(٣٩).

٢- أسلوب لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية :- أي ان المحكمة تنطق بالعقوبة السالبة للحرية ويتم ابدالها من قبل قاضي تنفيذ العقوبة في الأحوال التي يجيزها القانون ، وأشارت الى ذلك المادة (١٣) من القانون بأنه (يجوز للجهة المعنية بوزارة الداخلية أن تطلب من قاضي تنفيذ العقاب أن يستبدل بالعقوبة الأصلية المحكوم بها قبل البدء في تنفيذها عقوبة بديلة أو أكثر من المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون، بشرط ألا يكون في ذلك خطر على الأمن العام، وأن يكون المحكوم عليه قد أدى الالتزامات المالية المحكوم بها عليه من المحكمة الجنائية ما لم يكن من المستحيل عليه الوفاء بها .

"كما يجوز للجهة المعنية بوزارة الداخلية بعد التنسيق مع مؤسسة الإصلاح والتأهيل أن تطلب من قاضي تنفيذ العقاب أن يستبدل بالعقوبة الأصلية المحكوم بها عقوبة بديلة أو أكثر من المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون، لمدة تساوي باقي العقوبة أو مجموع العقوبات المحكوم بها، وذلك إذا توافرت في المحكوم عليه الاشتراطات الآتية: ١- أن يكون حسن السيرة والسلوك. ٢- ألا يكون في الإفراج عنه خطر على الأمن العام. ٣- أن يكون قد أدى الالتزامات المالية المحكوم بها عليه من المحكمة الجنائية، ما لم يكن من المستحيل عليه الوفاء بها. ويفصل قاضي تنفيذ العقاب في الطلب بعد سماع أقوال النيابة العامة).

٣- تدبير احترازي :- أجاز القانون البحريني لعضو النيابة العامة أو القاضي - بحسب الأحوال - أن يلزم المتهم بالخضوع للمراقبة الإلكترونية بدلاً من الحبس الاحتياطي (التوقيف)^(٤٠).

^(٣٩) المادة (١١) من قانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ بشأن العقوبات والتدابير البديلة البحريني .

^(٤٠) المادة (١٨) من قانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ بشأن العقوبات والتدابير البديلة البحريني . بينما أستلزم المشرع الجزائري الموافقة الصريحة للمحكوم عليه عند تطبيق المراقبة الإلكترونية عليه مع احترام كرامته وسلامته وحياته الخاصة، ينظر المادة (١٥٠ مكرر ٢) من القانون ٠١/١٨ المؤرخ في ٣٠ يناير ٢٠١٨ والمتمم لقانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري رقم ٥-٤ لسنة ٢٠٠٥.

وقد أشار القانون البحريني الى الأحكام الخاصة بتنفيذ الخضوع للمراقبة الإلكترونية والتنظم منه والعقوبات والآثار القانونية المترتبة في حال الهروب من تنفيذه^(٤١).

المطلب الثالث

آفاق تطبيق نظام المراقبة الإلكترونية في القانون العراقي

اتجه المشرع العراقي سواء في قانون العقوبات أم في قانون أصول المحاكمات الجزائية الى الأخذ ببدايل للعقوبة السالبة للحرية عند النطق بالحكم كإيقاف التنفيذ أو عند تنفيذ العقوبة كالإفراج الشرطي ، والواقع أن تلك البدائل أصبحت تقليدية لا تكفي ولا تستجيب لمتطلبات المرحلة الراهنة من اكتظاظ للسجون^(٤٢) ، والتطور التكنولوجي واثره في السياسة العقابية الحديثة من خلال توظيفه في نطاق القانون الجنائي ، لذا نرى أنه أصبح لزاما على المشرع العراقي أن يأخذ بالبدائل الحديثة للعقوبة السالبة للحرية ومنها المراقبة الإلكترونية بعد تهيئة الموارد الفنية والبنية التحتية وإجراء تدخل تشريعي في إقرارها في مواضع من القانون نتصورها كالاتي :-

١- نظام إيقاف التنفيذ :- نص عليه المشرع العراقي في المادة (١٤٤) من قانون العقوبات العراقي مبينا شروط الايقاف والتزامات المحكوم ، ويجد هذا النظام مبرراته في حالة كون المجرم ارتكب الجريمة بطريق الصدفة أو اندفع نحوها بعاطفة عابرة ، ويتبين من ظروفه أنه لن يعود الى ارتكاب جريمة في المستقبل، فضلاً عن أن العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة لا تكفي لإصلاحه بل قد تساهم في افساده نتيجة لاتصاله ببقية المجرمين ، وأن هذا النظام يؤدي الى اصلاحه بعيدا عن السجن^(٤٣) ، لذا من الممكن هنا الأخذ بوضع المحكوم عليه تحت المراقبة الإلكترونية طيلة مدة أيقاف التنفيذ للتثبيت من التزامه بحسن السلوك ،

(٤١) المواد (٢٠) (٢١) (٢٢) من قانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ بشأن العقوبات والتدابير البديلة البحريني .

(٤٢) اعلن المتحدث الرسمي في وزارة العدل العراقية بتاريخ ١٥ نيسان ٢٠٢٣ ان نسبة الاكتظاظ في السجون العراقية وصلت الى نسبة ٣٠٠% . ينظر تفاصيل الخبر على موقع جريدة الصباح <https://alsabaah.iq/75286-.html>

تاريخ الزيارة ١٥ /٤/ ٢٠٢٣ .

(٤٣) د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مطابع الرسالة ، الكويت ،

١٩٨٢ ، ص٤٦٨ .

وفي حالة نجاحه بالإمكان تزييد مدة الحبس المشمولة بالإيقاف^(٤٤) ، أو الأخذ بالمراقبة الالكترونية بمفردها كبديل عن عقوبة الحبس في حال الادانة ، ونقترح أن تكون المدة لا تزيد عن ثلاث سنوات من حيث انها تدلل على عدم جسامة الجريمة المحكوم عنها ، وعدم كونه ذا شخصية إجرامية خطيرة ، وكون هذه المدة هي المدة نفسها التي يكون فيها توقيف المتهم جوازيا وليس اجباريا اذا كانت الجريمة المتهم بها معاقب عليها بالحبس مدة ثلاث سنوات أو أقل^(٤٥) . وحقيقة فأن المراقبة الالكترونية تعد أشد وطأة من إيقاف التنفيذ لأنها تفترض أن هناك مراقبة دائمة مستمرة للمحكوم عليه خلال الساعات التي تحددها الجهة المختصة وفي خارج نطاق العمل أو الدراسة أو العلاج ، كما إن في إيقاف التنفيذ يتم تقييد حرية المحكوم عليه ببعض الالتزامات ولكن لا تسلب حريته كاملة كما هو الحال في المراقبة الإلكترونية^(٤٦) .

٢- الإفراج الشرطي :- يمثل الإفراج الشرطي مرحلة من مراحل تنفيذ العقوبة وليس إنهاءً لها ، ويهدف إلى تشجيع المحكوم عليه على حسن السلوك والعمل على تقويم النفس والانتقال من مرحلة الحياة المقيدة إلى مرحلة الحياة الحرة ، كما يعد الإفراج الشرطي وسيلة للتخفيف من ازدحام المؤسسات العقابية . وقد أخذ المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية بنظام الإفراج الشرطي كأسلوب لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية ، ونظم أحكامه في المواد (٣٣١-٣٣٧) وتضمنت المادة (٣٣٢ - الفقرة ب منها) بعض الشروط التي تفرض على المفرج عنه ، وعليه مراعاتها خلال فترة التجربة ، ومنها منع التردد على الحانات والملاهي أو منعه من الإقامة في مكان معين أو منعه من التردد عليها أو أن تفرض عليه أي تدبير احترازي آخر مما نص عليه في قانون العقوبات عدا المصادرة^(٤٧) ، وحيث أن الشروط أعلاه إنما تستهدف تأهيل المفرج عنه ومنعه من العودة الى الأجرام ، فأن اخضاعه للمراقبة الالكترونية خلال فترة التجربة أو في جزء منها سوف تجعله أكثر التزاما بهذه الشروط ، وتعد في هذه الحالة تدبيراً احترازياً لتأمين الرقابة القضائية يمكن النص عليه في قانون العقوبات ومن ثم الاستناد في فرضه الى أحكام (الفقرة

^(٤٤) تنص المادة ١٤٤ من قانون العقوبات العراقي (للمحكمة عند الحكم في جناية أو جنحة بالحبس مدة لا تزيد على سنة أن تأمر في الحكم نفسه بإيقاف تنفيذ العقوبة اذا لم يكن قد) .

^(٤٥) المادة (١٠٩) من قانون اصول المحاكمات الجزائية .

^(٤٦) د. عمر سالم ، مصدر سابق ، ص ١٠٢ .

^(٤٧) وتنص (الفقرة ج من المادة ٣٣٢) من قانون اصول المحاكمات الجزائية (يبلغ قرار الافراج الشرطي الى من صدر بحقه تحريرا من قبل ادارة السجن أو المؤسسة الاصلاحية قبل أخلاء سبيله وينبه فيه الى انه اذا ارتكب جناية أو جنحة عمدية أو أخل بالشروط التي فرضتها المحكمة عليه خلال مدة التجربة المنصوص عليها في الفقرة (ب) من هذه المادة فأن قرار الافراج عنه يصبح ملغى) .

ب من المادة ٣٣٢) من قانون أصول المحاكمات الجزائية . وحيث أنها أشد وطأة من البدائل الأخرى ، فإنه يمكن الأخذ بها ، كما هو الحال في بعض التشريعات ، أن تكون سابقة على الإفراج الشرطي تنفيذاً لفكرة التدرج في سلب الحرية من سلبها مطلقاً في المؤسسة العقابية الى سلبها في حدود معينة خارج المؤسسة العقابية وصولاً الى تقييدها عن طريق الإفراج الشرطي ، وفي النهاية منحه الحرية الكاملة^(٤٨) .

٣- بديل عن التوقيف (الحبس الاحتياطي):- أجاز المشرع العراقي في المادة (١٠٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية لقاضي التحقيق إطلاق سراح الموقوف بتعهد مقرون بكفالة شخص ضامن أو بدونها بأن يحضر متى طلب منه ذلك إذا وجد القاضي أن إطلاق سراحه لا يؤدي الى هروبه ولا يضر بسير التحقيق في حالة كون الموقوف متهم بجريمة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات أو بالسجن المؤقت أو المؤبد ، أما إذا كان الموقوف متهماً بجريمة معاقب عليها بالحبس مدة ثلاث سنوات أو أقل أو بالغرامة فعلى القاضي أن يطلق سراحه بتعهد مقرون بكفالة أو بدونها ما لم ير أن إطلاق سراحه يضر بسير التحقيق أو يؤدي الى هروبه^(٤٩) . ولاشك ان إطلاق سراح الموقوف يجنبه الاختلاط بعتاة المجرمين ومساوئه ، والتخفيف من اكتظاظ أماكن التوقيف .

ونقترح في هذا الصدد الأخذ بالوضع تحت المراقبة الالكترونية كبديل عن التوقيف(الحبس الاحتياطي) أو كتدبير احترازي لتأمين الرقابة القضائية الى جانب الكفالة لضمان عدم هروب المتهم أو مراقبة تحركاته ومنعه من التواصل مع الشهود أو المتهمين الآخرين ولضمان عدم تأثيره على مجريات التحقيق أو وسيلة لتقييده في محل اقامة معين .

ونقترح أيضاً أن يراعي المشرع في هذه الحالة احتساب مدة الخضوع للمراقبة الالكترونية ضمن مدة العقوبة في حال ادانته ، وفي حالة مخالفته للالتزامات المفروضة عليه يتم اعادته الى محل التوقيف .

٤- مراقبة الشرطة :- أخذ المشرع العراقي بمراقبة الشرطة كعقوبة تبعية تلحق المحكوم عليه بحكم القانون دون الحاجة الى النص عليها في الحكم^(٥٠) . كما أخذ بها كتدبير احترازي لمراقبة سلوك المحكوم عليه بعد خروجه من السجن للتثبت من صلاح حاله أو استقامة سيرته وذلك في المادة (١٠٨) من قانون العقوبات

(٤٨) د. عمر سالم ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ .

(٤٩) المادة (١١٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية .

(٥٠) المادة (٩٩) من قانون العقوبات .

والتي تضمنت ايضا الزام المحكوم عليه ببعض القيود التي تتعلق بمكان اقامته أو منعه من التردد على بعض المحال التي يعينها قرار الحكم ، لذلك نرى أن تهيئة أعضاء ضبط قضائي متخصصين وكوادر بشرية ادارية وفنية على مستوى عال من التدريب الفني بإمكانها اللجوء الى اخضاع المحكوم عليه للمراقبة الالكترونية للتأكد من مدى التزامه بالقيود التي تفرض عليه وفقا لهذا الأجراء بغية تأهيله ومنعه من العودة الى الأجرام ، وهذا سيقفل عن كاهل ادارات الشرطة وتسهيل المراقبة بدلا من الإجراءات الإدارية المعقدة التي يتم اللجوء إليها للتأكد من التزام المحكوم بهذه القيود .

الخاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع فقد تمثلت الاستنتاجات والتوصيات كالاتي :-

اولا- الاستنتاجات

١- إن المراقبة الإلكترونية تعني " وضع المتهم أو المحكوم عليه عند اقرار مكان تنفيذ توقيفه أو حبسه في المنزل تحت نظر الجهات المختصة ومتابعته في مدى التزامه بالشروط المفروضة عليه بواسطة وسيلة إلكترونية وفي الأحوال التي يجيزها القانون "

٢- تعد المراقبة الإلكترونية تدبيرا احترازيا فيما لو طبقت في المرحلة السابقة على الحكم وتعد وسيلة مستحدثة في التنفيذ العقابي فيما لو طبقت في المرحلة اللاحقة على الحكم .

٣- عند تقييم نظام المراقبة الالكترونية ، تبين ان ايجابياته اكثر من سلبياته ، فهو نظام بديل للتوقيف(الحبس الاحتياطي) ، او العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة بالحبس، وما يترتب عليها من مخاطر الاختلاط ، كما انه يساهم في معالجة اكتظاظ أماكن التوقيف أو المؤسسات العقابية ، كما أنه يجنب الموقوف أو المحكوم أضرار الانفصال عن عائلته أو أسرته سواء النفسية أو الاجتماعية .

٤- ان العديد من الدول بدأت بإدخال نظام المراقبة الالكترونية ضمن سياستها الجنائية الحديثة مستفيدة من الثورة التكنولوجية الرقمية ، وبعد أن تبين نجاعه في اعادة ادماج المحكوم عليه في المجتمع وتحقيقه لأغراض العقوبة السالبة للحرية وبعيدا عن السجون والنفقات العالية التي تصرف لإدارتها والقائمين عليها والنزلاء فيها .

ثانيا – التوصيات

نظرا للمزايا العديدة للمراقبة الإلكترونية واتجاه الكثير من الدول الى الأخذ بها في تشريعاتها الجنائية بعد نجاح التجارب الوطنية في تطبيقها خاصة في مجال بدائل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ، فأنا ندعو المشرع العراقي الى التفكير الجدي والتخطيط لإدخال المراقبة الالكترونية كبديل عن التوقيف ووسيلة

للتنفيذ العقابي ضمن منظومة التشريع الجنائي العراقي الى جانب البدائل المستحدثة الأخرى كالعامل في خدمة المجتمع والغرامة اليومية ودون المساس بالضمانات القانونية المقررة ، مراعيًا بذلك :-

١- وضع أحكام واضحة لتطبيق المراقبة الإلكترونية من خلال الصياغة السليمة لنصوص قانونية تضاف الى قانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون العقوبات مع ضمان حسن التنسيق بين مختلف الجهات المختصة بتنفيذها على الموقوف أو المحكوم وبالإستفادة من تجارب الدول الأخرى التي قطعت شوطا كبيرا في هذا المجال .

٢- تهيئة البنى التحتية من خلال تهيئة أعضاء ضبط قضائي متخصصين وكوادر بشرية ادارية وفنية على مستوى عال من التدريب الفني قادرة على تطبيقها وتوفير المتطلبات المادية والمبالغ اللازمة لاستيراد الاجهزة الإلكترونية الخاصة بمنظومة المراقبة ككل .

المصادر

أولا – الكتب

- ١- د. بشرى رضا راضي سعد ، بدائل العقوبات السالبة للحرية وأثرها في الحد من الخطورة الاجرامية – دراسة مقارنة، ط١ ، دار وائل للنشر ، الأردن ، ٢٠١٣ .
- ٢- د. رامي متولي القاضي ، العقوبات غير الاحتجازية في التشريع العقابي المقارن ، مركز الدراسات العربية ، مصر ، ٢٠٢٠ .
- ٣- د. علي حسين الخلف ود. سلطان عبد القادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، مطابع الرسالة ، الكويت ، ١٩٨٢ .
- ٤- د. عمر سالم ، المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

ثانيا – البحوث

- ١- أحمد موسى هياجنة ، نظام العقوبات والتدابير البديلة: نظام ذو ملامح خاصة لفلسفة عقابية متغيرة ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، المجلد ١٤ ، العدد ١ ، ٢٠١٧ .
- ٢- د. بكرى يوسف بكرى ، بدائل العقوبات السالبة للحرية في ضوء الاتجاهات الجنائية المعاصرة ، مجلة البحوث الفقهية و القانونية ، جامعة الأزهر ، المجلد ٣١ ، الجزء الأول ، إبريل ٢٠١٦ .

- ٣- د. صفاء أوتاني ، الوضع تحت المراقبة الالكترونية (السوار الالكتروني) في السياسة العقابية الفرنسية ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٢٥ ، العدد الأول ، ٢٠٠٩ .
- ٤- صلاح محمد الحمادي ، نظام المراقبة الالكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، المجلد ١٧ ، العدد ٢ ، ٢٠٢٠ .
- ٥- صورية بوربايه و عبد الحكيم موساوي ، السوار الالكتروني بديل العقوبة السالبة للحرية في التشريع الجزائري والتشريع المقارن ، مجلة الفكر القانوني والسياسي، جامعة عمار ثلجي الاعواط ، الجزائر ، المجلد السادس ، العدد الأول، ٢٠٢٢ .
- ٦- د. عماد الدين محمد كامل عبد الحميد ، السوار الالكتروني في دولة الامارات العربية المتحدة تطبيق ذكي وبديل عن العقوبة والحبس الاحتياطي ، مجلة معهد دبي القضائي ، العدد ١٤ ، السنة التاسعة ، ٢٠٢١ .
- ٧- د. محمد بن حميد المزمومي ، المراقبة الالكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية – دراسة في ضوء النظام السعودي والأنظمة المقارنة ، مجلة صوت القانون ، جامعة خميس مليانة ، الجزائر ، المجلد السابع ، العدد ٢ ، ٢٠٢٠ .
- ٨- د. محمد عبد الرحمن عبد المحسن ، استخدام السوار الالكتروني كبديل للعقوبة السالبة للحرية في القانون المصري – دراسة مقارنة - ، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية ، جامعة الأزهر ، المجلد ٣٨ ، العدد ٦ ، ديسمبر ٢٠٢٢ .
- ٩- ياسين مفتاح، المراقبة الالكترونية الجزائرية كعقوبة بديلة عن عقوبة الحبس في القانون الانجليزي ، مجلة دراسات وأبحاث ، جامعة زيان عاشور ، الجزائر، مجلد ١٠ ، العدد ٣ ، ٢٠١٨ .

ثالثا – القوانين

- ١- قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي لسنة ١٩٥٨ .
- ٢- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .
- ٣- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .
- ٤- قانون العقوبات الفرنسي رقم ٩٢ - ٦٨٣ لسنة ١٩٩٢ .
- ٥- قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين الجزائري رقم ٤/٥ لسنة ٢٠٠٥ .
- ٦- قانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٧ بشأن العقوبات والتدابير البديلة البحريني .

رابعاً – المصادر الأجنبية

- 1- James Kilgore, Electronic Monitoring Is Not the Answer Critical reflections on a flawed alternative,(on-line),available <https://mediajustice.org/wp-content/uploads/2020/01/EM- Report- Kilgore-.> , last visit 2/4/2023 .
- 2- Jyoti Belur and others, A Systematic Review of the Effectiveness of the Electronic Monitoring of Offenders, Journal of Criminal Justice, Elsevier, Volume 68, May–June 2020 .
- 3- Marie-Sophie Devresse et Dan Kaminski , Surveillance électronique des justiciables Sur le métier, cent fois l’ouvrage, Annales de Droit de Louvain, Université Catholique de Louvain, vol. 73, 2013, no 2
- 4- Mike Nellis,Standards and ethics in electronic monitoring , Handbook for professionals responsible for the establishment and the use of Electronic Monitoring, Printed at the Council of Europe,June2015 (on-line),available <https://rm.coe.int/handbook-standards-ethics-in-electronic-monitoring-eng>, last visit: 7/4/2023 .
- 5- Sonia Villamizar and others , Design of an Electronic Bracelet for Remote Surveillance of People Deprived of their Freedom in Colombia, International Journal of Applied Engineering Research,ISSN 0973-4562, Volume 12, Number 24 (2017. (on-line),available <https://www-ripublication-com>. last visit 2/4/2023 .



The Legal Principles Governing Disciplinary Punishment

A Comparative Study

Ayad Tariq Hamed**Dr. Kedar Abdel Qader Saleh**

Assist. Lecturer

Assist. Prof

College of Law – University of Mosul-Mosul-Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 27 Apr., 2023

Accepted: 20 Jun., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 49-74

© THIS IS AN OPEN ACCESS
ARTICLE UNDER THE CC BY
LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

Assistantlecturer: Ayad Tariq
Hamedy

Dr. Kedar Abdel Qader Saleh

College of Law - Mosul

University

Mosul - Iraq

Email:

ayad.tariq.hamed@gmail.com

Abstract

Career promotion requires methods to ensure the integrity of procedures and achieving vitality. The disciplinary punishment is one of the most important methods to ensure that. There is no doubt that disciplinary punishment does not aim only at punishing and causing pain. Rather, its most important goal is deterrence, reform and correction in order to achieve the interest of the public utility and its continuation of its regularity and steadiness. For disciplinary punishment to be legal, it must achieve a balance between the principles of effectiveness and guarantee, and this can only be done by respecting basic principles from which it is not permissible to deviate from it. In the present study, we wanted to clarify the nature of the disciplinary authority established by the administration over the public employee, and to shed light on the basic principles governing disciplinary punishment, given its critical importance in career work and its advancement, and achieving the public interest by achieving the interest of public utilities.

Keywords: *Disciplinary punishment – Legitimacy – Not multiple penalties – Non retroactivity – punishment personality*



المبادئ القانونية التي تحكم العقوبة الانضباطية دراسة مقارنة



الدكتور قيادار عبد القادر

ايداد طارق حامد

أستاذ مساعد

مدرس مساعد

كلية الحقوق - جامعة الموصل - الموصل - العراق

المستخلص

الارتقاء بالعمل الوظيفي يحتاج إلى وسائل تضمن سلامة الإجراءات وتحقيق الفاعلية، وإن العقوبة الانضباطية يعد من أهم الوسائل التي تكفل ذلك، ومما لا شك فيه أن العقوبة الانضباطية لا يهدف فقط إلى العقاب والإيلاء، وإنما هدفه الأهم هو الردع والإصلاح والتقويم تحقيقاً لمصلحة المرفق العام واستمرار سيره بانتظام واضطراد.

ولكي تكون العقوبة الانضباطية مشروعاً يجب أن يحقق التوازن بين مبادئ الفاعلية والضمان، وهذا لا يكون إلا باحترام مبادئ أساسية لا يجوز الخروج عنها

رغبنا في دراستنا هذه بيان طبيعة السلطة الانضباطية المقررة للإدارة على الموظف العام، وإلقاء الضوء على المبادئ الأساسية التي تحكم العقوبة الانضباطية، نظراً لأهميتها البالغة في العمل الوظيفي وفي ارتقائه وتحقيق الصالح العام من خلال تحقيق صالح المرافق العامة.

كلمات مفتاحية: العقوبة الانضباطية - المشروعية - عدم تعدد الجزاء - عدم الرجعية - شخصية العقوبة.

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية
KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/٤/٢٧

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/٦/٢٠

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution) ل (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس:

ايداد طارق حامد

الدكتور قيادار عبد القادر صالح (٢٠٢٣)

"المبادئ القانونية التي تحكم العقوبة

الانضباطية - دراسة مقارنة"

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

الانضباط في الوظيفة العامة لا يعد بحد ذاته غاية، فهو وسيلة للوصول إلى هدف الإدارة الأسمى المتمثل في الارتقاء بالعمل الوظيفي، بما يمثله من ردة خاص و عام، لذلك فإن المشرع الوظيفي غالباً ما يتخذ وسائل تضمن سلامة إجراءاته، وتحقيق فاعليتها، وفي مقدمة هذه الوسائل الجزاء العقابي للتأديب.

ومن المتعارف عليه، إن الانضباط يقوم على تحقيق التوازن بين اعتبارين أساسيين هما: فاعلية الإدارة في مواجهة الموظف المخالف، وبين توفير الضمانات الأساسية في مواجهة سلطة الانضباط تحقيقاً لمبدأ المشروعية في توقيع العقوبات الانضباطية أو الجزاءات التأديبية.

أولاً: أهمية البحث

تأتي أهمية دراستنا هذه من كون العقوبة الانضباطية هو أحد المفاهيم الأساسية المهمة في الوظيفة العامة، وإن أعماله لم يعد من المسائل العفوية في مواجهة الظروف، بل أصبح يستند على مبادئ أساسية مهمه تحكمها ولا ينبغي الخروج عنها وإلا فقدت العقوبة مشروعيتها.

فلا بد أن تبقى العقوبة ضمن إطار المشروعية حتى توتي ثمارها في إصلاح الموظف العام خدمة للصالح العام وضمان سير المرفق العام وبالتالي تحقيق مصلحة المرفق العام.

ثانياً: مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث في مسألة معالجة ظاهرة الغلو من قبل المحكمة الإدارية العليا خلافاً للنص الذي لم ينص عليه كسبب من أسباب الطعن أمامها، ولم تنقيد المحكمة الإدارية العليا بالأسباب الواردة بالنص، حيث أن تقدير تناسب العقوبة مع الخطأ المرتكب هو من صلاحية سلطة الانضباط سواء أكانت رئاسية أم محكمة دون معقب عليها، أما المحكمة الإدارية العليا فهي محكمة قانون وليست محكمة موضوع، ولم يرد ذلك ضمن صلاحياتها بالنص الذي حدد لها صلاحياتها بشكل صريح ومحدد، وهذا ما سنبينه لاحقاً عند حديثنا عن الموضوع مع بيان رأينا فيه.

ثالثاً: هدف البحث

نهدف من بحثنا هذا ومن بيان أهم المبادئ الأساسية التي تحكم العقوبة الانضباطية، الارتقاء بالعمل الوظيفي بتسليط الضوء على بعض من أساسياته تحقيقاً لمصلحة المرفق العام والحفاظ على سيره بفاعلية وانتظام، وبما يحقق مصلحة الإدارة والأفراد على السواء.

رابعاً: منهجية البحث

في معرض دراستنا هذه سنتناول البحث من خلال رؤية واقعية قانونية لتأصيل وتحليل هذا الموضوع بفلسفته القانونية وانعكاساته على الوظيفة العامة والعاملين والإدارة ووسيلتها الانضباطية (العقوبة) أو ما يسمى بالجزاء، متبعين المنهج الاستقرائي التأصيلي، والمنهج التحليلي المقارن، والمقارنة مع الدول ذات الخبرة التي يسود فيها مثل هذا النهج المتبع لدينا بما يساعد على فهمه وتطويره بما نقدمه من آراء ومقترحات.

خامساً: خطة البحث

سوف نقسم هذا البحث على مبحثين، المبحث الأول نبين فيه مفهوم وطبيعة العقوبة الانضباطية ، أما المبحث الثاني فسنبين فيه المبادئ القانونية التي تحكم العقوبة الانضباطية، ومن ثم نختم بحثنا هذا بعدد من الاستنتاجات والتوصيات سائلين الباري عز وجل أن يوفقنا في هذا البحث المتواضع.

المبحث الأول

تعريف وطبيعة العقوبة الانضباطية

العقوبة الانضباطية يعني إمكانية سلطة الانضباط في توقيع العقوبة الانضباطية ، أو ما يدعى سلطة العقاب، والعقوبة الانضباطية بشكل عام هي وسيلة من وسائل الإدارة في ردع وإصلاح مرتكبي المخالفات الانضباطية داخل الكيان الوظيفي، بل هي من أهم الوسائل التي قد تلجأ إليها الإدارة للحفاظ على النظام في هذا الكيان.

والعقوبة الانضباطية لا تستهدف فقط إيلاء الموظف المخطئ، بل تستهدف أيضاً محاولة الإصلاح والتقويم بهدف تمكين المرفق العام من أداء واجبه ورسالته، ولهذا ينبغي على السلطات الانضباطية عند توقيع العقوبة الانضباطية أن تضع نصب أعينها إمكانية معرفة جميع الظروف التي أدت إلى وقوع المخالفة الانضباطية، حتى تتمكن من علاج الخلل، وبالتالي حماية الموظف العام مستقبلاً من الوقوع فيه ومساءلته انضباطياً أو تأديبياً، وأمام ذلك يتوجب الحديث أولاً عن مفهوم العقوبة الانضباطية وتعريفها، لننتحدث بعد ذلك عن طبيعة هذه العقوبة.

المطلب الأول

تعريف العقوبة الانضباطية

لم يعرف المشرع الفرنسي والمصري والعراقي العقوبة التأديبية جرياً على منوال الكثير من التشريعات الوظيفية وإنما عمد - على سبيل الحصر - إلى تحديد العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على الموظف العام^(١)، حيث خلت تشريعات الخدمة المدنية في الدول المختلفة عادة من تعريفات لما تشتمل عليه من موضوعات، فكما لم نجد فيها تعريفاً للعقوبة الانضباطية، لا نجد فيها أيضاً تعريفاً للعقوبة الانضباطية، فالتعريفات ليست من عمل التشريع وإنما هي من عمل الفقه الذي يوليها عادة أهمية كبيرة^(٢).

لقد تعددت تعريفات العقوبة الانضباطية تعدداً كبيراً بتعدد الزوايا ووجهات النظر التي ينظر الفقهاء من خلالها في تعريفهم للعقوبة الانضباطية، فبينما يذهب البعض إلى تعريف العقوبة وجهة نظر محلها وطبيعتها، يذهب البعض الآخر إلى تعريفها بالنظر إلى الأهداف التي يرجى تحقيقها من توقيعها، كما يذهب

(١) ينظر: الدكتور محمد جودت الملط، المسؤولية التأديبية للموظف العام، المرجع السابق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٢٩٤.

(٢) ينظر: الدكتور احمد عبدالرحمن شرف الدين، النظام القانوني للموظف العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص ٣٣٦؛ والدكتور أماني زين بدر فراج، النظام القانوني لتأديب الموظف العام في بعض الدول العربية والأوروبية "دراسة مقارنة"، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠، ص ٣٦٨.

البعض إلى تعريفها بالنظر إلى نوعية الأفعال المسببة لتوقيع العقوبة التأديبية، فكل فقيه يدلي بتعريف للعقوبة التأديبية من وجهة نظره الذاتية، الأمر الذي ترتب عليه وجود قائمة كبيرة من التعريفات^(٣).

ومن جانبنا يمكن تعريف العقوبة الانضباطية بأنها "كل سلوك يصدر من الموظف من شأنه الإخلال بواجب من واجبات الوظيفة التي ينص عليها القانون، يكون الإخلال إيجاباً، أو سلباً، أو إبتانه عملاً من الأعمال المحظورة عليه".

حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي أن العقوبة التأديبية "جزء مادي أو معنوي ضمن الجزاءات الواردة في لائحة الجزاءات التأديبية، يوقع على الموظف بسبب ارتكابه لمخالفة تأديبية"^(٤).

أما الفقه المصري فقد أورد تعريفات عديدة للعقوبة التأديبية تبعاً لوجهة النظر التي يتبناها كل فقيه، فقد عرفها الدكتور عبدالوهاب البنداري بأنها "جزء يمس الموظف المخطئ في مركزه الوظيفي أي في حياته ومقدراته الوظيفية"^(٥).

أما الفقه العراقي فقد جاءت محاولات بعض الفقهاء لأجل تحديد تعريف للعقوبة الانضباطية، فقد عرفها الدكتور عبدالقادر الشихلي بأنها "إجراء منصوص عليه في قائمة الجزاءات تفرض على موظف أخل بواجبات وظيفته ويمس مزايا وظيفته فحسب"^(٦).

ومن خلال التعريفات التي تم سردها حول العقوبة الانضباطية سواء في فرنسا أو مصر أو العراق، تبين لنا انها تشتمل على العديد من الضوابط التي تشكل في طياتها وجهة نظر كل فقيه إلى حقيقة العقوبة الانضباطية، وبطبيعة الأمر فإن هذه التعريفات لم تأت موحدة لا بالألفاظ التي جاءت بها ولا بالدلالات التي أشارت إليها في مضمونها من حيث طبيعة العقوبة أو محلها، أو الهدف من العقوبة أو آثارها على الأشخاص الذين تنطبق عليهم، وذلك يعود إلى اختلاف الزوايا التي ينطلق منها كل تعريف.

المطلب الثاني

طبيعة العقوبة الانضباطية

من الفقهاء من يعتقد بأن العقوبة الانضباطية لا تنطوي على عقوبة حقيقية، فهي مجرد وسيلة أو أسلوب لإحترام السلطة المعنوية أو للهيئة التي ينتمي إليها الموظف المذنب، وذلك لأسباب متعلقة بالنظام الداخلي والصالح العام، أو هو مجرد إجراء يمس الموظف في مركزه الوظيفي.

(٣) ينظر: الدكتور مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، مطابع المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٢٦ وما بعدها.

(٤) Jean Claude Ricci, Droit administratif général, Hachette, 2007, P.203.

(٥) ينظر: الدكتور عبدالوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوي الكادرات الخاصة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٠.

(٦) ينظر: الدكتور عبدالقادر الشихلي، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٣، ص ١٣٣.

وهناك آخرون يرون بأن الجزاء التأديبي هو عقوبة جنائية، فهذا هو الذي يضمن الاستخدام الفعال والمنظم لعنصر الإكراه من قبل السلطة التأديبية^(٧)، ويرى انصار هذا القول أن الرأي السابق يقوم على التهوين من شأن الجزاء التأديبي قياساً على آثار العقوبة الجنائية.

وهناك من الفقهاء من يرى أن الجزاء التأديبي هو مجرد إجراء ضبطي، حيث تقوم السلطة التأديبية بقمع بعض الأفعال المخالفة للواجبات الوظيفية بمقتضى قرارات ضبطية أو بأحكام تأديبية^(٨).

وقد وجه الرأي الأخير ببعض من النقد مضمونه أن الإدارة تمارس نشاطها العام بأسلوبين مختلفين أولهما: أسلوب المرفق العام، والثاني: أسلوب الضبط الإداري^(٩)، فضلاً عن تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي^(١٠)، والجزاء التأديبي للموظف العام لا ينتمي إلى أي من هذه الأساليب في تدخل الدولة، ولا يعدو أن يكون آلية أو طريقة لضمان تسيير المرفق العام بانتظام واضطراد.

وهناك رأي يسير في الاتجاه العكسي للرأي السابق حيث يرى جانب من الفقه أن للجزاء التأديبي طبيعياً وظيفية، ويُدرجونه ضمن حوافز العمل الإداري، وقد وجه خصوم هذا الرأي نقداً له مضمونه أن الجزاء التأديبي يعد من الروادع لا الحوافز.

ولاشك أن حقيقة الجزاء متنوعة في هذا الشأن، فالجزاء من الحوافز بالمدلول الواسع لهذا الاصطلاح لأنه يقوم بوظيفة حث الموظف على أداء العمل بكفاية متوسطة، حيث لا يوقع إلا إذا نقصت هذه الكفاية بتقصير أما بعد فرضه على الموظف المخالف، فإنه يكون من شأنه منع ارتكاب المخالفة في المستقبل.

ولا يمكن إنكار أن للجزاء وظيفة زجرية لقمع أي إخلال بالعمل ولا يمكن كفالة تطبيق أي قانون إلا باللجوء إلى زواجر، هي هنا الجزاءات التأديبية^(١١).

ويتأثر تكييف الجزاء التأديبي بمحله، فنحن نعلم أن هذا الجزاء يلحق الموظف في وضعه الوظيفي ويؤدي إلى حرمانه من المزايا والحصانات الوظيفية التي يتمتع بها أو بحرمانه من الوظيفة ذاتها سواء نهائياً أو بصفة مؤقتة، ولا يمس حريته أو حقوقه^(١٢).

وقد أدرك هذه الحقيقة حيث تذهب تعريفات الفقه إلى أن العقوبة التأديبية هي في واقع الأمر جزاء ذو نوعية خاصة يصيب الموظف في مركزه الوظيفي دون مساس بحريته أو ملكيته الخاصة، بسبب

(٧) ينظر: الدكتور القطب محمد طبلية، العمل القضائي في القانون المقارن والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٦٥.

(٨) ينظر: الدكتور علي جمعة محارب، التأديب في الوظيفة العامة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٢٥٠.

(٩) ينظر: الدكتور علي جمعة محارب، التأديب في الوظيفة العامة "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص ٢٥١.

(١٠) ينظر: الدكتور سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٧، ص ١٠٥.

(١١) ينظر: الدكتور سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري "قضاء التأديب"، المرجع السابق، ص ١٠٦.

(١٢) ينظر: الدكتور مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص ٣٤.

مخالفات ذات طبيعة خاصة تتصل اتصالاً وثيقاً بالعمل الوظيفي وبحيث يترتب عليها الحرمان أو الانتقاص من امتيازات الوظيفة^(١٣).

ومن النتائج القانونية البارزة بأن النظام الانضباطي يتحدد من طبيعة مركز الموظف العام باعتباره مركزاً تنظيمياً، حيث كان الأمر سابقاً على خلاف ذلك حين كان ينظر إلى علاقة الموظف العام بالدولة على أنها علاقة تعاقدية إذ كان الرأي السائد آنذاك أن سلطة الانضباط تعود إلى أساس عقدي.

حيث سادت حالياً النظرية التنظيمية (La théorie statutaire) في علاقة الموظف العام بالدولة، وفقاً لذلك لا يجوز للإدارة أن تتفق مع الموظف على أوضاع تخالف أحكام القانون واللوائح المنظمة للوظيفة العامة، كما لا يعتد بقبول الموظف لمثل هذه الاتفاقات ولا قيمة قانونية لقبولها كونها تقع باطلاً لمخالفتها حكم القانون.

ونتيجة لما ثار من خلاف حول طبيعة العلاقة بين الموظف العام والدولة فقد اختلف الرأي أيضاً على أساس السلطة الانضباطية المقررة للدولة على العقوبة الانضباطية بحق الموظف العام وابتت فلسفات النظريات التعاقدية، المتمثلة بنظرية العقد المدني، ونظرية عقد القانون العام، ونظرية عقد الخدمة العامة غير كافية أو غير ملائمة لا فقهاً ولا قضاءً لاعتمادها كأساس يوضح طبيعة العقوبة الانضباطية، بل جرى الاتجاه الجديد لاعتماد الطبيعة التنظيمية كأساس يوضح طبيعة العقوبة الانضباطية، بل جرى الاتجاه الجديد لاعتماد الطبيعة التنظيمية كأساس لتحديد الطبيعة القانونية للعقوبة الانضباطية ذلك النهج الذي يقول بأن السلطة التأديبية المقررة للدولة على الموظف العام باعتباره مركزاً نظامياً أو لائحياً يفرض عليه التزامات معينة، ويرون أن القانون التأديبي ليس قانوناً متميزاً عن القانون الإداري بل هو فرع منه، والسلطة التأديبية هي فرع من السلطة الرئاسية تضمن فاعليتها من خلال العقاب.

ونحن على خلاف مع الرأي القائل أن السلطة الانضباطية هي فرع من السلطة الرئاسية، تضمن فاعليتها عن طريق العقاب، خاصة أن نظام الانضباط قد تطور ولم تعد السلطة الرئاسية بمفردها تتكفل في توقيع العقوبة أو الجزاء، بل أصبح توقيع العقوبات الانضباطية الجسيمة لدى غالبية الدول من اختصاص هيئات قضائية إدارية كمجالس التأديب والمحاكم التأديبية ويقتصر دور السلطة الرئاسية على بعض الأمور الإجرائية لتحريك الادعاء وتوجيه الاتهام في الجرائم التأديبية الجسيمة، وتبقى سلطتها على البت بالجزاءات للمخالفات الصغيرة والبسيطة، أما سلطة توقيع العقوبة الانضباطية فنرى أنها تستند إلى مركز الموظف التنظيمي واللأحي الذي يفرض عليه التقيد بواجبات العمل وعدم الإخلال بها إيجابياً أو سلبياً.

هذا وبعد أو أوضحنا مفهوم العقوبة الانضباطية، وتحدثنا عن طبيعة اللائحية، التي يستند إليها في ممارسة صلاحياته في توقيع العقوبة أو الجزاء، وأوضحنا عدم صلاحية النظريات العقدية لاعتمادها كمرتكز تستند إليه السلطات الانضباطية في توقيع العقاب، فلا بد لنا من الحديث في المبحث الثاني عن المبادئ القانونية الثابتة المتعارف عليها التي تحكم العقوبة الانضباطية.

(١٣) ينظر: الدكتور سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري "قضاء التأديب"، المرجع السابق، ص ٢٩.

المبحث الثاني

المبادئ القانونية التي تحكم العقوبة الانضباطية

تحكم العقوبة الانضباطية مجموعة من المبادئ الاساسية، التي تتضافر في تحديد مضمونها ورسم نطاقها وحدودها ومداهها وتوجيهها نحو غايتها، ومن ثم تساهم في تحديد أثر هذه العقوبة باعتبارها الإجراء الانضباطي الأهم والأخطر تأثيراً في حقوق الموظف العام، حيث تخضع العقوبة التأديبية عند توقيعها للعديد من الأمور التي يجب على مصدر الجزاء أن يتقيد بها كونها تشكل في مجموعها الضوابط القانونية التي يقوم عليها، وهو ما يعني أن يكون القرار التأديبي متفقاً مع القواعد العامة للقانون، وذلك في كل من الشكل والمضمون تجنباً لعدم وصفه بعدم المشروعية^(١٤).

ويستمد القانون التأديبي للوظيفة العامة مبادئه القانونية العامة المطبقة في مجال العقاب التأديبي من المبادئ الأساسية المستقرة في مجال العقاب الجنائي تلك التي ظهرت إلى حيز الوجود بصدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن بتاريخ ٢٦ أغسطس لعام ١٧٨٩ م ، والذي ورد به لأول مرة تقرير مبدأ شرعية العقوبات والجزاء ذلك المبدأ الذي تلقفته فيما بعد مختلف الدساتير والقوانين في الدول^(١٥).

ولما سبق وضعت غالبية التشريعات والاجتهادات الفقهية والقضائية مجموعة من المبادئ القانونية التي تحكم العقوبة الانضباطية، وذلك بهدف التأكد من سيادة القانون، وتأكيداً على ضمانات الموظفين وحقوقهم فيما يتعلق بالجزاء التأديبي^(١٦)، وتتبلور أهم هذه المبادئ في المشروعية، وشخصية العقوبة، ووحدها، وتناسبها، وستتناول بشيء من الإيجاز هذه المبادئ تباعاً وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

مبدأ مشروعية العقوبة الانضباطية

من المبادئ المهمة التي تحتل الصدارة في الفكر القانوني المعاصر مبدأ المشروعية أو سيادة القانون، إذ يحظى هذا المبدأ بأهمية بالغة خاصة في مجال العقوبات التأديبية^(١٧).

فإذا كان المبدأ المقرر في القانون الجنائي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، فإن الشق الأول من هذا المبدأ في مجال الجريمة التأديبية يتسع للعديد من الرؤى ووجهات النظر، في ظل ما يساق من أن طبيعة النظام الإداري تنعكس حتماً على النظام التأديبي وتتطلب عدم تحديد الجرائم التأديبية على النحو المستقر والتميز الذي حدد بمقتضاه القانون الجنائي الجرائم الجنائية وعلى سند من أن ذلك يمكن النظام التأديبي أن يواجه تعدد وتنوع واجبات الوظائف العامة وتعدد اساليب العاملين في مخالفة هذه

(١٤) ينظر: الدكتور وحيد محمود إبراهيم، حجية الحكم الجنائي على الدعوى التأديبية "دراسة مقارنة"، مطبعة الجامعة، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٠٨.

(١٥) ينظر: الدكتور مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص ٥٤؛ والدكتور عبدالعظيم عبدالسلام، تأديب الموظف العام في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١١٦.

(١٦) ينظر: الدكتور عبدالوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوي الكادرات الخاصة، المرجع السابق، ص ٤١؛ واللواء محمد ماجد ياقوت، أصول التحقيق في المخالفات التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٨٢.

(١٧) ينظر: الدكتور عبدالحميد كمال حشيش، مبادئ القضاء الإداري، المجلد الأول، "مبدأ المشروعية، مجلس الدولة: تنظيمه - اختصاصه"، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧١، ص ٩.

الواجبات وإثبات أفعال تتعارض مع مقتضياتها ولتتحقق المرونة للسلطة التأديبية سواء كانت السلطة الرئاسية أو المحكمة التأديبية^(١٨).

فضلاً عن أنه كان ذلك غير متوافر بالنسبة للشق المتعلق بشرعية الجريمة فإن الاتفاق في الرأي بالنسبة للشق الثاني من هذا المبدأ والمتعلق بالعقوبة التأديبية متحقق يقيناً ولا مناقشة أو جدال في شأنه، إذ تخضع العقوبة التأديبية لقاعدة لا عقوبة بغير نص^(١٩).

فالسلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص التي تصدر عنها القوانين، فذلك المجال مقصور عليها دون غيرها من السلطات الأخرى، وهو ما يعني أن أي سلطة عندما توقع عقاباً لفعل من الأفعال لم يجرمه القانون فإن ذلك العقاب يتسم بعدم المشروعية، فكل الأفعال التي تصدر من الأفراد لها نموذج مؤتم وموصوف في القوانين العقابية، ويحدد المشرع العقوبة من بين العقوبات التي يتضمنها القانون وذلك بين حدين أدنى وأقصى، وتقوم السلطة المختصة بالعقاب بتحديد الوصف القانون المؤتم للفعل وتوقع العقوبة المناسبة الواردة بالقانون.

ويقصد بمبدأ المشروعية العقوبة عدم جواز توقيع عقوبة تأديبية لم يرد بها نص وإلا كان الجزاء باطلاً، فلا تستطيع السلطة التأديبية أن توقع إلا العقوبات المنصوص عليها في لوائح الجزاءات، كما لا يجوز لها أن تبتدع عقوبة جديدة ولو كان ذلك عن طريق القياس على العقوبات التي حددها المشرع^(٢٠).

وفي القانون الإداري يعني مبدأ المشروعية سيادة القانون، أي أن تكون تصرفات الإدارة في نطاق أحكام القانون وعلى أساس منه، حيث يفرض هذا المبدأ التزاماً على الإدارة بكامل هيئاتها وفي جميع تصرفاتها، مضمونه عدم خرق القانون أو الخروج عليه سلباً أو إيجاباً، ولا شك أن هذا هو الضمان الأمثل لحماية حريات الأفراد وحقوقهم ومصالحهم، فالقانون يجب أن يحكم سلوك الأشخاص ليس فقط في علاقتهم بعضهم البعض وإنما كذلك في علاقتهم بهيئات الحكم في الدولة.

وترتيباً على ذلك فإن مبدأ مشروعية العقوبة بهذا المفهوم يساهم بدرجة كبيرة في ضبط العقوبة، وتحديد مداها، وأثرها في حقوق الموظف العام، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بقولها: "إن السلطة التأديبية وهي في سبيل مؤاخذة المتهم عما يثبت في حقه من إتهام ينبغي أن تجازيه بإحدى العقوبات التأديبية التي حددها المشرع على سبيل الحصر".

وإذا كانت السلطة التأديبية المختصة تترخص في تقدير الأفعال التي تتدرج في نطاق الأخطاء التأديبية فإن الأمر يختلف بالنسبة للعقوبة التأديبية حيث إنها ملزمة بأن توقع عقوبة قد حددها المشرع من قبل حيث يطبق بشأنها مبدأ "لا عقوبة إلا بنص" فلا تستطيع أن تستبدل بها غيرها مهما كانت الدوافع لأن

(١٨) ينظر: الدكتور عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المسؤولية التأديبية في الوظيفة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٧٢.

(١٩) ينظر: الدكتور محمد انس جعفر - الدكتور أشرف انس جعفر، الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٣٤٤؛ والدكتور صبري محمد السنوسي، أحكام التقادم في مجال القانون العام في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٢٠٨؛ والدكتور محمود أبو السعود حبيب، نظرية التأديب في الوظيفة العامة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، الإيمان للطباعة، بدون تاريخ، ص ٨٧ وما بعدها.

(٢٠) ينظر: الدكتور عمرو فؤاد أحمد بركات، السلطة التأديبية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٩، ص ٩٢.

مركز الموظف مستمد من القوانين مباشرة، فلا يجوز الاتفاق على عكسه^(٢١)، وان كل عقوبة مخالفة للائحة العقوبات يجب إلغاؤها لمخالفتها لمبدأ "شرعية العقوبة"، وتختلف لائحة العقوبات باختلاف الأنظمة، فمن النادر وجود لائحة للعقوبات التأديبية من حيث النوع وترتيب الجزاء مشابهة للائحة عقوبات دولة أخرى، ولعل الاختلاف يرجع بالأساس للعوامل المختلفة التي تحكم نظام الوظيفة العامة في كل دولة من الدول^(٢٢).

وإذا كان من المسلم به أن مبدأ مشروعية العقوبة أصل من الأصول التي يقوم عليها النظام التأديبي المعاصر لكن ذلك الأصل لا يستقيم على إطلاقه بل يحده أصل آخر لا يقل عنه في الأهمية، وهو التسليم للسلطة التأديبية بحريتها في انتفاء العقوبة التأديبية التي توقعها من بين العقوبات المقررة قانوناً^(٢٣)، فليس هناك إلزام في المجال التأديبي للسلطة التأديبية سواء كانت سلطة رئاسية أم سلطة قضائية بتوقيع عقوبة معينة بذاتها عن المخالفة التأديبية طالما أنه لا يوجد ارتباط في المجال التأديبي بين الجرائم والعقوبات بسبب عدم قيام المشرع بتقنين الجرائم التأديبية على سبيل الحصر مثلما فعل بالنسبة للعقوبات الجنائية^(٢٤)، ولكن المشرع قد يلزم السلطة التأديبية بتوقيع عقوبة معينة عن جريمة تأديبية محددة، وفي هذه الحالة تختفي حرية سلطة التأديب في اختيار العقوبة، وتتطابق سلطتها في هذا الشأن مع سلطة القاضي الجنائي^(٢٥).

ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا في مصر التي أقرت فيها الالتزام بالعقوبات الواردة بالنص على سبيل الحصر، حكم المحكمة الإدارية العليا الذي رفض التسليم بشرعية عقوبة تخفيض الدرجة لأنها ليست من العقوبات التي حددها القانون، وشدد على ضرورة الأخذ بمبدأ شرعية العقوبة وتقول المحكمة في هذا الشأن "إن القانون رقم (٢١٠) لسنة ١٩٥١ في شأن موظفي الدولة وإن كان قد عد في المادة (٨٤) منه الجزاءات التي يجوز توقيعها على الموظفين المنحرفين لكنه ليس من مقتضى ذلك إنزال أية عقوبة على الموظف متى تعدى أثرها إلى ما يعتبر جزاء آخر لم يرد بشأنه نص القانون، إذ إن الجزاء الإداري شأنه في ذلك شأن الجزاء الجنائي لا يوقع بغير نص ولا يطعن على ذلك بأن المحكمة إذا التزمت عقوبة معينة وأنزلتها بالموظف المنحرف فإن حكمها لا يعيبه شيء ما حتى ولو انصرف حكمها بطريق غير مباشر إلى ما يعتبر جزاء آخر لم يرد بشأنه نص، إذ العبرة دائماً في كل ما يختص بالجزاءات أن تكون مطابقة للقانون، سواء في ذلك ذات العقوبة الموقعة، أو آثارها المترتبة عليها، فإذا تجاوزت العقوبة تلك الحدود فإنها تكون على خلاف القانون وتكون بالتالي متعينة الإلغاء، وترتيباً على ذلك فإن عقوبة خفض الدرجة إذا ما وقعت على موظف من الدرجة الثامنة وكان من نتائجها نقل الموظف المذكور من سلك الموظفين الدائمين إلى الموظفين المؤقتين تكون مخالفة للقانون متعينة الإلغاء....."^(٢٦).

وفي حكم آخر حديث للمحكمة ألغت المحكمة الإدارية العليا في مصر قرار الجهة الإدارية الصادر بنقل الموظف وذلك بسبب مبدأ عدم شرعية العقوبة وذلك لأن النقل لم يرد في العقوبات على سبيل الحصر

(٢١) ينظر: الدكتور سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

(٢٢) ينظر: الدكتورة ملكية الصروح، سلطة التأديب في الوظيفة العامة بين الإدارة والقضاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص ٧٣-٧٤.

(٢٣) ينظر: الدكتور عمرو فؤاد أحمد بركات، السلطة التأديبية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٩، ص ٩٢.

(٢٤) ينظر: الدكتور مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص ١٥٨ وما بعدها.

(٢٥) ينظر: الدكتور محمود أبو السعود حبيب، نظرية التأديب في الوظيفة العامة، المرجع السابق، ص ٩١.

(٢٦) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ١٢ مارس سنة ١٩٦٦، في الطعن رقم (١٣١١)، لسنة (١٠) قضائية، القاعدة رقم (٦٩)، ص ٥٣٢.

حيث قالت المحكمة في تبرير حكمها "إن ذلك النقل لا يعتبر في حقيقته نقلاً مكانياً وإنما يعتبر في الواقع جزءاً تأديبياً صدر بسبب ما نسب للطاعن من مخالفات، وقصد به الإمعان في عقابه بتوقيع جزاء لم يرد صراحة في الجزاءات المقررة قانوناً واستخدام النقل في غير الغرض الذي شرع من أجله وارتباط بالجزاء ارتباط الفرع، الأمر الذي يكون القرار المطعون فيه قد صدر بالمخالفة لأحكام القانون، مما يستوجب معه الحكم بالغائه"^(٢٧).

فلا يجوز إضافة أنواع أخرى من العقوبات غير الواردة في النص ولو كان ما توقعه سلطات التأديب أخف من العقوبة المقررة حتى ولو تم ذلك برضاء الموظف، لأن مركز الموظف مستمد من القوانين فلا يجوز الاتفاق على خلافه^(٢٨).

وتجدر الإشارة إلى أن السلطة التأديبية مقيدة بالقوانين السارية وقت ممارسة اختصاصها بالتأديب، ذلك أن الموظف يشغل مركزاً نظامياً يخضع للقوانين الجديدة^(٢٩)، ومعنى ذلك أنه إذا وقعت الجريمة التأديبية في ظل قانون يحدد عقوبات معينة ثم تغيير القانون بعد وقوع المخالفة وقبل الفصل فيها فأى القوانين تطبق، لاشك أن السلطة التأديبية مقيدة بالقوانين النافذة وقت ممارسة اختصاصها بالتأديب، فهي لا تستطيع أن توقع إلا العقوبات النافذة وقت استعمال اختصاصها بغض النظر عن العقوبات التي كانت قائمة وقت ارتكاب المخالفة^(٣٠).

المطلب الثاني

مبدأ شخصية العقوبة الانضباطية

إن هذا المبدأ يعني أن هذه العقوبة لا تنال إلا الموظف المسؤول عن المخالفة الإدارية دون غيره، لأنه من الظلم والمجافاة للعدالة أن تنعكس الآثار الصادرة لها على غيره من الأشخاص، إذ لا يمكن أن يتحمل شخص جريمة ذنب ارتكبه شخص آخر^(٣١).

ويخلص جوهر مبدأ شخصية العقوبة التأديبية، في أن ينحصر توقيعها على مقترف الاثم أو الجرم التأديبي، وعلى كل من ساهم سلباً أو إيجاباً في ارتكابه، فإذا كان سبب القرار التأديبي هو ارتكاب الفعل المؤثم إدارياً، سواء تم ذلك بصورة سلبية بامتناع الموظف عن القيام بعمل كان يتعين عليه القيام به، أو

^(٢٧) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢٨ سبتمبر سنة ٢٠١٠، في الطعن رقم (٢٥٥)، السنة (٤٣) قضائية.

^(٢٨) ينظر: الدكتور عبدالفتاح عبدالحليم عبد البر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص٤٢٨.

^(٢٩) ينظر: الدكتورة ملكية الصروخ، سلطة التأديب في الوظيفة العامة بين الإدارة والقضاء، المرجع السابق، ص٧٥.

^(٣٠) ينظر: الدكتور سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص٢٣٥.

^(٣١) ينظر: الدكتور مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص١٨٢؛ والدكتور محمد أحمد الطيب، السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص٥٢٥؛ والمستشار ممدوح طنطاوي، الجرائم التأديبية "الولاية والاختصاص"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٣٤١؛ والدكتور مجدي مدحت النهري، قواعد وإجراءات تأديب الموظف العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٧، ص١٩٦ وما بعدها.

إتيانه عمل يحظر عليه ارتكابه، فإن إصدار قرار تأديبي في حق من لم يرتكب الفعل سلباً أو إيجاباً يجعل منه قراراً باطلاً لافتقاده لركن السبب^(٣٢).

ومبدأ شخصية العقوبة بصفة عامة مقرر في جميع المجالات العقابية الجنائية أو تأديبية، فالأصل العام الراسخ والمقرر في شأن العقوبة سواء كانت جنائية أو تأديبية ألا يسأل الشخص إلا عن الأفعال التي تصدر منه فقط دون الأفعال التي تصدر عن غيره، ونجد هذا الأصل متأصلاً في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وما ورد نصه في قول الله عز وجل في محكم التنزيل (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) (٣٣)، وقوله تَعَالَى (قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ إِنَّا إِذًا لَطَّالِمُونَ) (٣٤).

وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه "ومن حيث إنه لما تقدم ولما كانت المسؤولية التأديبية شأنها في ذلك شأن المسؤولية الجنائية هي مسؤولية شخصية قوامها وقوع خطأ معين يشكل إخلالاً بواجبات الوظيفة أو خروجاً على مقتضياتها يمكن نسبته إلى عامل محدد، ومن ثم فإن شيوخ تلك المسؤولية وتعذر إسناد الخطأ إلى شخص محدد بالذات ينهض مانعاً من المسؤولية وسبباً للبراءة.

ومن حيث أن الحكم المطعون فيه وهو بصدد مساءلته المحالين الخامس والسابع والثامن والعاشر والحادي عشر والثاني عشر قد استظهر عدم اطمئنان المحكمة إلى أقوال أعضاء لجنة الجرد المشكلة بقرار مدير عام الشؤون الصحية لفحص أعمال صيدلية الإسعاف وكذا أقوال المشرف على حسابات تلك الصيدلية فيما قرره جميعهم من مسؤولية المذكورين بالتضامن عن حدوث العجز في الأدوية والمستلزمات الطبية بالصيدلية إزاء طبيعة أعمالهم بها وأوقات العمل فيها، ومن ثم فإن عدم الاطمئنان إلى تلك الأقوال ينسحب أيضاً على مسؤولية الطاعنين عن ذلك العجز وبالتالي لا يسوغ أن يركن إلى شهادتهم بتلك المسؤولية التضامنية لترتيب مجازاتهم، وبخاصة أن أسباب عدم الاطمئنان إليها قائمة في حق الباقيين كذلك في ضوء تعاقب العمل بالصيدلية على مدار اربع وعشرين ساعة يومياً وافتقار العاملين بها إلى السيطرة الفعلية والدائمة على الأدوية والمستلزمات الطبية الموجودة بالصيدلية، الأمر الذي ينتهي إلى وجوب تبرئتهم مما أسند إليهم من اتهام"^(٣٥).

ومع هذا فإنه من الناحية الواقعية لا تقف آثار العقوبة عند شخص الجاني أو المخالف بل قد تمتد لتصيب غيره أديباً أو مادياً، وهذا يسري في المجال الجنائي والتأديبي، فالعقوبة الجنائية أو التأديبية من شأنها أن تسيء إلى أسرة المخالف وذويه، كما أن العقوبة المالية كالغرامة أو الخصم من المرتب أو غير ذلك تؤثر على أسرة المخالف وعلى دخلها^(٣٦).

(٣٢) ينظر: الدكتور عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، الدفوع الإدارية في دعاوى الإلغاء والدعاوى التأديبية والمستعجلة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٣٣٣.

(٣٣) سورة الانعام، الآية رقم (١٦٤).

(٣٤) سورة يوسف، الآية رقم (٧٩).

(٣٥) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، بتاريخ ١١ يوليو سنة ١٩٩٢، في الطعون رقم (٤٨٠-٥١٣-٥١٥)، لسنة (٣٥) قضائية.

(٣٦) ينظر: الدكتور عبدالوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوي الكادرات الخاصة، المرجع السابق، ص ٦٩؛ واللواء محمد ماجد ياقوت، شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٥٥٧.

ولهذا يرى البعض للحد من امتداد الآثار الضارة التي تلحق بالغير من الأبرياء بسبب الجزاءات الموقعة على ذويهم تبني سياسة تفريد العقوبات^(٣٧) المعمول بها في القانون الجنائي وتطبيقها في المجال التأديبي حيث يتم بمقتضاها توقيع العقوبة على شخص الجاني في ضوء وضعه وظروفه الوظيفية والاجتماعية الخاصة، وأن يتم انتقاء الجزاء التأديبي بحيث يكون مجدياً أكثر من غيره من الجزاءات في تقويم ذلك الشخص^(٣٨).

وقد استظهرت المحكمة الإدارية العليا في مصر أيضاً هذا المبدأ وتواترت أحكامها في التأكيد عليه بقولها "إن المبدأ العام الحاكم للتشريع العقابي، سواء كان جنائياً أو تأديبياً، هو أن المسؤولية شخصية، وكذلك العقوبة شخصية، وهذا المبدأ يجد أصله في الشرائع السماوية، وبصفة خاصة في الشريعة الإسلامية، ومن ثم فهو أصل عام من أصول المسؤولية العقابية، تردده دساتير الدول المتمدينة القائمة على سيادة القانون، وقداسة حقوق الانسان، وقد ألزمت به صراحة أحكام قانون العاملين المدنيين بالدولة"^(٣٩).

ويذهب البعض^(٤٠) إلى القول بأن هنالك استثناء وحيد على مبدأ شخصية العقوبة التأديبية يجد سنده فيما نصت عليه المادة (٧٨) الفقرة (ثانياً) من قانون العاملين المدنيين بالدولة الصادر بالقانون رقم (٤٧) لعام ١٩٧٨ م على أن "لا يعفى العامل من الجزاء التأديبي استناداً إلى أمر صادر إليه من رئيسه إلا إذا ثبت أن ارتكاب المخالفة التأديبية كان تنفيذاً لأمر مكتوب بذلك صادر إليه من هذا الرئيس رغم - قيام الموظف المرؤوس - بتنبهه كتابة إلى أن الأمر الصادر منه يتضمن بين طياته مخالفة تأديبية، فإذا تحقق ما المرؤوس الذي نفذ هذا الامر".

وعلى هذا فإن الموظف في هذه الحالة رغم ارتكابه للخطأ الوظيفي لكن المشرع لا يحمله شخصياً نتيجة خطئه وإنما ينقل تبعية هذا الخطأ إلى شخص الرئيس مصدر الأمر^(٤١).

وقد اعتبر البعض أن ذلك ليس استثناء من مبدأ شخصية العقوبة، وإنما هو أمر يتعلق بمدى صحة إسناد تلك المخالفة سواء قام بها الرئيس أو المرؤوس، فإذا ما صح إسناد تلك المخالفة سواء قام بها الرئيس أو المرؤوس فإن الجزاء يوقع بصورة شخصية على المخالف وهو الرئيس، لأن المرؤوس لا يعد مخالفاً طالما تقيد بما نص عليه القانون عن طريق تنبيه الرئيس كتابة بأن الأمر صادر إليه يعد مخالف يعاقب عليها القانون، فالعقوبة لا تأتي إلا بعد اتخاذ إجراءات وضوابط قانونية محددة من ضمنها نشوء المسؤولية تجاه الفعل المخالف، والقانون قد حدد أن مصدر الأمر أي الرئيس هو المسؤول، وبالتالي يستحق العقوبة

(٣٧) يقصد بتفريد العقوبة في القانون الجنائي هو تحديد العقوبة الواجب فرضها على الجاني بمقابل الجريمة التي اقترفها و هو على ثلاثة أنواع التفريد التشريعي والتفريد القضائي و التفريد الإداري أو العقابي.

(٣٨) ينظر: الدكتور مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص١٨٣ وما بعدها.

(٣٩) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، بتاريخ ٢٥ يناير سنة ١٩٨٩، في الطعن رقم (١١٥٤)، لسنة (٣٣) قضائية.

(٤٠) ينظر: الدكتور مجدي مدحت النهري، الموظف العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص٤٠٧.

(٤١) ينظر: الدكتور عادل الطبطبائي، قانون الخدمة المدنية الكويتي الجديد، كلية القانون، جامعة الكويت، ١٩٨٣، ص٣٩٦؛ والدكتور مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص١٨٤.

بسبب الفعل المخالف الذي أمر بتنفيذه، كما أن هدف المشرع من وراء ذلك إلى التوفيق بين واجب الطاعة المفروض على المرؤوس وحدود مسؤوليته عن العمل الذي يقوم به^(٤٢).

المطلب الثالث

مبدأ التناسب بين العقوبة الانضباطية والمخالفة

العقوبة في ذاتها ليست غاية، بل هي وسيلة لتحقيق غاية انتظام المرافق العامة تحقيقاً للصالح العام، ولكي يتحقق ذلك يتعين أن تكون العقوبة الانضباطية متناسبة مع المخالفة المرتكبة من قبل الموظف العام، أي التناسب بين سبب القرار ومحلّه، فهي تقوم على عنصرين هما السبب والمحل، وفي المجال التأديبي تعني التناسب بين الذنب الإداري أي "السبب" وبين العقوبة ومقدارها أي "المحل"، فهي أقرب إلى عملية حسابية بسطها الذنب المقترف ومقامها خطورة العقوبة، وحاصلها تناسب القرار أو عدم تناسبه^(٤٣).

إن الأخذ بمبدأ التناسب في مجال القانون التأديبي يعني بأنه يتعين على السلطة التأديبية أن توقع العقوبة التي تقدر ملاءمته لمدى جسامة الذنب الإداري، بغير مغالاة في الشدة، ولا إسراف في الرأفة تجاه الموظف المخالف لأن كلا الأمرين يضر بالمصلحة العامة^(٤٤)، وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه "ومن حيث التناسب بين المخالفة التأديبية وبين الجزاء الذي يوقع عنها إنما يكون على ضوء التحديد الدقيق لوصف المخالفة وفقاً للظروف والملابسات المكونة لإبعادها بعيداً عن الإفراط في اللين أو الإسراف في الشدة، ومؤدى ذلك أن جسامة العمل المادي المشكل للمخالفة التأديبية إنما ترتبط بالاعتبار المعنوي المصاحب لارتكابها بحيث لا تتساوى المخالفة القائمة غفلة أو عدم تبصر بتلك القائمة على عمد الهادفة إلى غاية غير مشروعة"^(٤٥).

ولذلك فإن المبدأ المسلم به هو أن السلطات التأديبية سواء أكانت رئاسية أو شبه قضائية أو قضائية تستقل بمفردها بتقدير مدى هذا التناسب وفقاً للظروف المعروضة أمامها، وهي في سبيل ذلك تملك حرية التقدير بما يحقق التوازن بين توفير الضمان للموظفين أو العاملين وبين ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطرابه، وإذا كانت معظم النظم التأديبية قد سلمت بشرعية العقوبة ووجود قائمة للعقوبات التأديبية، فإن عدم سريان مبدأ شرعية المخالفات التأديبية حتى الآن جعل مبدأ التناسب بين الخطأ والعقوبة ضرورة ملحة وعادلة لإيجاد التوازن المنشود بين الفاعلية والضمان.

والاختصاص التقديري الواسع للسلطات التأديبية في اختيار العقوبات المتناسبة مع المخالفة المرتكبة يرجع إلى عدم تقنين المخالفات التأديبية.

(٤٢) ينظر: الدكتور علي أمين عيسى، التأديب في الشرطة "دراسة تطبيقية مقارنة على ضباط الشرطة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٢، ص ٢٢٣.

(٤٣) ينظر: الدكتور عبدالفتاح عبدالحليم عبد البر، المسؤولية المدنية للعاملين بالحكومة والقطاع العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٤٦٣.

(٤٤) ينظر: الدكتور مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص ٢٠٣.

(٤٥) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، بتاريخ ٤ مايو سنة ٢٠٠٦، في الطعن رقم (٤٨٠٠)، لسنة (٤٦) قضائية.

والمقصود بتقنين المخالفات التأديبية هو حصر المخالفات التي يعاقب عنها تأديبياً وتحديد جزاء لكل منها، وقد تكون العقوبة حد جزائي واحد، وكما قد يكون لها حد أقصى وحد أدنى، وهذا هو مسلك المشرع الجنائي الذي قام بحصر وتحديد الجرائم الجنائية في ضوء مخالفة الواجبات وانتهاك الحقوق والحريات التي أقرها الدستور أو حددتها القوانين المختلفة.

وقد ثار جدل بين الفقهاء حول تقنين المخالفات الانضباطية ففريق يعارض التقنين ويعرض الاسانيد التي تبرر وجهة نظره، وفريق آخر يؤيد هذا التقنين ويقدم الحجج التي تعزز رأيه.

أولاً: الفقه المعارض لتقنين المخالفات الانضباطية

ذهب أغلب الفقه الإداري^(٤٦) إلى عدم تقنين المخالفات الانضباطية وفقاً لما عليه الحال في قانون العقوبات، وأن جهة الاختصاص الانضباطي أياً كانت غير مقيدة بجرائم محددة وثابتة، بل أن لها سلطة تقديرية في تقييم الفعل المنسوب للموظف، هل يمثل مخالفة انضباطية أم لا.

ويتجه معظم الفقه إلى رفض فكرة التقنين المخالفات الانضباطية وذلك استناداً إلى المبررات التالية:

أن القول بمحاولة تقنين المخالفات التأديبية محاولة سطحية وقليلة الفائدة كون معظم واجبات الموظف العام مستمدة من مركز الموظف القانوني ومن الطبيعة المختلفة لكل مرفق على حدة وما يؤديه من خدمات للمواطنين، وبالتالي فإن هذا التقنين سيصبح مع مرور الزمن غير معبر عن الحقيقة أو غير ممكن تنفيذه.

استحالة عملية التقنين وذلك لعدم إمكانية صياغ واجبات الموظفين في عبارات محددة ومنضبطة، حتى يتسنى بذلك ربطها بعقوبات معينة، وذلك لأن المصطلحات والأفكار المستقلة في مجال التأديب ما تزال غير محددة كالتزامات المتعلقة بقواعد الشرف المنظمة لكيفية أداء العمل، فمن الصعب صياغتها في قوالب جامدة لأنها واجبات شبه أخلاقية.

إن فكرة التقنين ستؤدي إلى تعطيل سلطة التأديب وابعادها، عن تحقيق أهدافها، لأن سلطة التأديب لن يكون بوسعها عقاب الموظفين إلا عن أخطاء سبق وضعها وتحديد عناصرها مقدماً على النحو المقرر في قانون العقوبات.

(٤٦) ينظر: الدكتور عمرو فؤاد أحمد بركات، السلطة التأديبية "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص ٧٩؛ والدكتور محمد جودت الملط، المسؤولية التأديبية للموظف العام، المرجع السابق، ص ٩٩؛ والدكتور محمد مختار عثمان، الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وعلم الإدارة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٣، ص ٢٠٧؛ والدكتور ماجد راغب الحلوي، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٤٧٩؛ والدكتورة زهرة عبدالوهاب حمود، التأديب في الوظيفة العامة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص ٦٣.

ثانياً: الفقه المؤيد لتقنين المخالفات الانضباطية

يرى جانب آخر من الفقه الإداري^(٤٧) ضرورة تقنين المخالفات الانضباطية وإن كان الأمر صعباً إلا أنه ليس مستحيلاً، ولذا يمكن إخضاع واجبات الموظفين القابلة للتغيير بطبيعتها لقواعد عامة حتى تشكل تشريعاً قانونياً للانضباط ويستند أنصار هذا الرأي للأسباب التالية:

إن عملية تقنين المخالفات التأديبية تؤدي إلى تبصير الموظفين وتعليمهم بواجبات مناصبهم وما العقوبات التي ستقع عليهم حال مخالفتها من جهة، ومن جهة أخرى تعود الفائدة على جمهور المتعاملين مع الإدارة ليعرفوا مستوى الخدمة التي يلتزم الموظف بتقديمها إليهم وبحدود سلطات الموظف واختصاصاته.

إن تحديد المخالفات التأديبية يدعم فاعلية التأديب، إذ يجعل الإدارة على بيئة كافية بما يعرقل سير التنظيم الإداري، حتى يتسنى لها بسهولة تطبيق العقوبة المناسبة.

إن تحديد المخالفات التأديبية يحقق مزيداً من الضمانات للموظفين أو للعاملين ذلك أن ترك الحرية للإدارة في تحديد المخالفة التأديبية واختيار العقوبة وفقاً لتقديرها ينطوي على استبداد وتعسف في كثير من الحالات، ومن ثم فإن وصف وترتيب الواجبات والمخالفات الوظيفية ينطوي على بعض الأمن والطمأنينة للموظف محل التأديب.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على مبدأ تناسب العقوبة مع المخالفة في أكثر من حكم نذكر منها ما جاء بحكمها بتاريخ ٣ فبراير عام ١٩٩٦م بالقول "إن شرعية الجزاء جنائياً كان أم تأديبياً أم مدنياً، لا يمكن ضمانها إلا إذا كان متناسباً مع الأفعال التي أتمها المشرع أو منعها"^(٤٨).

فعندما تمارس السلطات التأديبية حقها في اختيار العقوبة تجاه الموظف المخالف من بين العقوبات المنصوص عليها في القانون، فإنه يتعين عليها أن تبني اختيارها على أساس موضوعية بعيداً عن التحكم والهوى، وأن تختار العقوبة التي تتناسب نوعاً ومقداراً مع درجة خطورة وجسامة الجريمة التأديبية المقترفة، إذ ينبغي أن تكون العقوبة الموقعة خالية من الإسراف في الشدة، أو الإمعان في الرأفة وإلا اختل هذا التقرير وجاء مشوباً بالغلو أو عدم الملاءمة الظاهرة.

وقد اهتمت المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا الشأن حيث بسطت رقابتها على مناسبة الجزاء التأديبي وملاءمته، وفي تقرير هذا الاتجاه تقول المحكمة: "ليست كل عقوبة منصوص عليها يمكن أن توقع على العامل، بل يتعين اختيار العقوبة التي تتلاءم مع الوضع الوظيفي والتي تكون متناسبة مع ما ارتكبه العامل من المخالفات، عقوبة الخفض إلى وظيفة من الدرجة الأدنى مباشرة مع خفض الأجر بالنسبة

(٤٧) ينظر: الدكتور مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص ٦٦؛ والدكتور نوفان العقيل العجارمة، سلطة تأديب الموظف العام "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ١٥٢؛ والدكتور محمد أحمد هيكل، السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٢، ص ٥٠٥؛ والدكتور عبدالقادر الشخلي، السياسة السليمة في تأديب العاملين بالدولة، دار الفكر، عمان، ١٩٨٣، ص ١٧؛ والدكتور عبدالفتاح مراد، المسؤولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٣، ص ١٦٥.

(٤٨) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر، بتاريخ ٣ فبراير سنة ١٩٩٦، في الطعن رقم (٣٣)، لسنة (١٦) قضائية.

للمدرس المساعد أو المعيد، تعني خفض وظيفة المدرس المساعد إلى وظيفة المعيد واستحالة تحديد الوظيفة التي يخفض إليها المعيد – هذه العقوبة لا تتفق مع الوضع الوظيفي لمن يشغل درجة علمية^(٤٩).

ونظرية الغلو في قضاء مجلس الدولة المصري لها وجهان، فإما أن يكون عدم التناسب بين الجزاء والمخالفة راجعاً إلى الإفراط في الشدة، أو أن يكون بسبب الإمعان في الرأفة^(٥٠).

وقد بلغ التطور القضائي لمجلس الدولة المصري إلى أقصى مداه وهو بصدد رقابة التناسب بين الجزاء والمخالفة، بأن قامت المحكمة الإدارية العليا بإلغاء الجزاء التأديبي الذي يشوبه غلو وتوقيع الجزاء المناسب على الموظف المخالف، وبذلك تكون المحكمة قد أحلت ذاتها محل الجهة الإدارية في توقيع الجزاء المناسب، مما يعد استثناء من المبدأ الذي يقضي بعدم جواز توجيه أمر إلى الجهة الإدارية أو الحل محلها^(٥١).

خلاصة القول: إذ إن المستقر عليه فقهاً وقضاً هو خضوع العقوبة الانضباطية لمبدأ التناسب بينها وبين المخالفة الانضباطية، وأن السلطة الانضباطية وإن كان لها حرية تقدير العقوبة التي توقع على الموظف المخالف، إلا أن ذلك مرهون بعدم الغلو والإسراف في العقاب أو الرأفة فيه، فلا بد أن تكون العقوبة الموقعة متناسبة مع الجريمة أو الذنب الإداري الذي ارتكبه الموظف العام، وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في العراق على "أن المخالفة المنسوبة إلى المعترض والمتمثلة بعدم تنبيه المدير العام إلى مخالفة موافقته للتعليمات لا ترقى إلى مستوى مخالفة المدير العام الذي أعطى الموافقة على التجهيز دون مراعاة التعليمات وآليات التجهيز وهو الأولى باتباعها والتقيدها باعتبارها القائد الإداري والمسؤول الأول عن فرض القانون ومراقبة تطبيقه تطبيقاً سليماً، مما يجعل العقوبة المفروضة بحق المعترض بحدود مسؤوليته الإدارية وتسلسله في مواقع المسؤولية، شديدة وغير متناسبة مع المخالفة المنسوبة إليه، لذا قرر نقض الحكم بتخفيض العقوبة إلى عقوبة تنزيل درجة"^(٥٢).

وكذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في العراق "خفض العقوبة إذا كانت شديدة لا تتناسب مع المخالفة المرتكبة"^(٥٣).

المطلب الرابع

مبدأ وحدة العقوبة الانضباطية

ويقصد بمبدأ وحدة العقوبة الانضباطية ألا يعاقب الموظف المخطئ عن ذات فعله مرتين، وهذا المبدأ مرتبط بمبدأ شرعية العقوبة ويعتبر من أهم النتائج التي رتبها الفقه والقضاء على مبدأ شرعية

(٤٩) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، بتاريخ ٤ مايو سنة ١٩٩١، في الطعن رقم (٣٦١٩)، لسنة (٣٦) قضائية.

(٥٠) ينظر: الدكتور محسن غالب عبدالله، سلطة تأديب الموظف العام في القانون اليمني والمقارن، المرجع السابق، ص ١٤٩.

(٥١) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، بتاريخ ٢٢ فبراير سنة ١٩٩٢، في الطعن رقم (١٠٨٢)، لسنة (٣٦) قضائية.

(٥٢) ينظر: قرار مجلس الدولة العراقي بصفتها التمييزية، بتاريخ ٧/٤/٢٠١٠، رقم (١٤٢/انضباط- تمييز/٢٠١٠).

(٥٣) ينظر: قرار المحكمة الإدارية العليا في العراق، بتاريخ ٥/٢/٢٠١٥، رقم (٤٩/قضاء الموظفين/تمييز/٢٠١٤).

العقاب، بل هناك من الفقهاء من اعتبرها من المبادئ العامة للقانون^(٥٤).

ويعد مبدأ عدم تعدد الجزاءات التأديبية عن المخالفة الواحدة من المبادئ الأساسية في النظام التأديبي، وهو مبدأ مأخوذ من النظام العقابي الذي يحظر العقاب على فعل واحد أكثر من مرة^(٥٥).

لذلك فإن قاعدة عدم جواز العقاب عن ذات الفعل مرتين تطبق في المجال التأديبي بذات الصورة المعمول بها في المجال الجنائي^(٥٦)، وسبب ذلك أنه يحكم التجريم والعقاب في مجال التأديب كغيره من المجالات العقابية، كما هو مستقر فقهاً وقضاً مبدأً شرعية الجرائم والعقوبات المنصوص عليه في الدستور^(٥٧).

وتستند قاعدة عدم جواز ازدواج الجزاء التأديبي إلى أن اعتبارات العدالة ومصلحة الوظيفة العامة تقتضي الاكتفاء بتوقيع عقوبة واحدة تتناسب مع المخالفة المرتكبة، وأن مسؤولية الموظف المخطئ يجب أن تنحصر في نطاق خطئه، بحيث يطمئن إلى أنه لن يتعرض لتوقيع عقاب آخر عن خطأ سبق مجازاته عنه، فضلاً عن أن الخروج على هذه القاعدة يعد اعتداءً على نهائية قرارات العقوبات التي تصدرها السلطات التأديبية المختصة^(٥٨)، وكذلك فإن السلطة التأديبية التي توقع الجزاء الأول تستنفذ ولايتها بفرض الجزاء، فالجزاء التأديبي الذي وقع أولاً – أي كانت طبيعته – يجب ما عداه مادام قد وقع طبقاً للأوضاع القانونية الصحيحة^(٥٩).

ويتأسس الالتزام بعدم تعدد الجزاءات التأديبية عن مخالفة واحدة، على أصل امتناع عقاب الموظف عن فعل واحد أكثر من مرة، وهو أصل يستقر على حكمة بالغة، ذلك أن الجزاء تتحقق غايته بمجرد إنزاله على الموظف المخالف، وبذلك يكون قد نال جزاءه، فإن عوقب مرة أخرى عن ذات الفعل فإن هذا يعد إفراطاً في العقاب ليس له ما يبرره، وخرفاً للتناسب لا مسوغ له، ويعد حظر تعدد الجزاء التأديبي عن الفعل الواحد ضماناً تأديبية هامة للموظف، على اعتبار أنه طالما استنفذت السلطة التأديبية اختصاصها بمعاقبة الموظف عن المخالفة التأديبية، فلا يجوز استخدام هذه السلطة مرة أخرى لذات المخالفة، لأم مؤدى ذلك الاعتداء على مبدأ نهائية العقوبة التأديبية وحجيتها، وهو من المبادئ المستقرة في نطاق التأديب وكافة المجالات العقابية.

ولا شك أن تكرار الجزاء عن الفعل الواحد أمر يؤذي العدالة، لما فيه من انتهاك لأبسط المبادئ التي تحكم المسؤولية العقابية، وقد أخذ المشرع العراقي صراحة بمبدأ وحدة العقوبة الانضباطية، حيث

(٥٤) ينظر: الدكتور سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التأديب "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

(٥٥) ينظر: الدكتور محمد النحاس محمد حسن، الجزاءات التأديبية المقننة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٧٠ وما بعدها.

(٥٦) ينظر: الدكتور خالد عبدالفتاح، موسوعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الطبعة الأولى، ١٩٩٤، ص ١٧٦.

(٥٧) ينظر: الدكتور سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٤٦.

(٥٨) ينظر: الدكتور محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٩٣؛ والدكتور مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(٥٩) ينظر: الدكتور رمضان محمد بطيخ، المسؤولية التأديبية لعمال الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام فقهاً وقضاً، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٣٣.

نصت المادة (٢٠) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (١٤) لعام ١٩٩١ م المعدل على أنه "لا يجوز فرض أكثر من عقوبة بموجب هذا القانون عن فعل واحد مرتين".

وتأسيساً على أهمية هذا المبدأ فقد قضت المحكمة الدستورية في مصر بدستوريته حيث قالت أن "مبدأ عدم جواز معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد من المبادئ التي رددتها النظم القانونية على اختلافها، ويعتبر جزءاً من الحقوق الأساسية التي تضمنتها الاتفاقات الدولية لكل إنسان، ويخل إهداره بالحرية الشخصية التي يعتبر صونها من العدوان ضماناً جوهرية لآدمية الفرد ولحقه في الحياة، ذلك أن الجريمة الواحدة لا تزر وزرين، وباستيفاء من ارتكبها للعقوبة المقررة لها، وهي عقوبة لا يفرضها المشرع جزافاً، وإنما يفرد لكل جريمة العقوبة التي يرتئونها مناسبة لها، فإن الحق في القصاص يكون قد بلغ غاية الأمر فيه، وقد جرى قضاء المحكمة الدستورية العليا على أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم ديمقراطي مؤداه ألا تحل التشريعات بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولاً لقيام الدولة القانونية، وضمنة أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة، ويندرج تحتها طائفة من الحقوق، وتعتبر وثيقة الصلة بالحرية الشخصية التي كفلها الدستور في مادته الحادية والاربعين واعتبرها من الحقوق الطبيعية التي لا تمس ومن بينها لا تكون الخصومة أو متضمنة معاقبة الشخص أكثر من مرة على فعل واحد"^(٦٠).

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن حظر ازدواج العقوبات التأديبية من المبادئ العامة للقانون والتي تطبق حتى في حالة عدم وجود النص الذي يقرها^(٦١).

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري في مصر على تقرير هذا المبدأ الهام في نطاق المساءلة التأديبية، فقد قررت المحكمة الإدارية العليا "أنه من المبادئ المقررة في قضاء هذه المحكمة أنه بصدر القرار التأديبي تكون السلطة التأديبية الرئاسية قد استنفذت سلطتها التقديرية في تقدير الذنب الإداري والجزاء الملائم له، ولا يسوغ لتلك السلطة أو لسلطة تأديبية أخرى توقيع الجزاء التأديبي عن ذات المخالفة التأديبية لذات العامل الذي سبق مجازاته، لأن العلة تتحقق بمجرد توقيع الجزاء التأديبي صحيحاً قانوناً على العامل، إذ بذلك تصل المسؤولية التأديبية للعاملين إلى غايتها القانونية، ولا يجوز بعد ذلك مباشرة السلطة التأديبية على ذات العامل لذات الفعل الذي جوزي عنه، حيث ترتبط ولاية التأديب وجوداً وعدماً مع الغاية المستهدفة منه، وهي مجازاة العامل عما يثبت إسناده قبله من جرائم تأديبية تحقيقاً للانضباط الإداري، ومن ثم فإن تكرار مجازاة العامل تأديبياً عن ذات المخالفة التأديبية فضلاً عن انعدام سنده القانوني يعد مخالفاً للنظام العام الجزائي لإهداره لسيادة القانون"^(٦٢).

(٦٠) ينظر: حكم المحكمة الدستورية العليا، جلسة ٢ يناير سنة ١٩٩٣، القضية رقم (٣)، لسنة (١٠) قضائية، مجموعة المحكمة الدستورية العليا، الجزء الخامس، المجلد الثاني، ص ١٠٣.

(٦١) C.E. 23 Avril 1958, Cne de petit quevilly, A.J.D.A, 1958, 11, P.383.

أشار إليه الدكتور سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

(٦٢) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٨، الطعن رقم (١٥٩)، لسنة (٤٢) قضائية.

وقد ذهب القضاء العراقي إلى عدم معاقبة الموظف بأكثر من عقوبة عن ذات الفعل، ونجد ذلك في قرار له "أن المعارض كان قد أعترض على عقوبات التوبيخ الثلاث الموجهة إليه وعن أعمال يختلف العمل الواحد منها عن البعض الآخر من حيث طبيعة العمل ولا تجمع بينهما رابطة مشتركة"^(٦٣).

ونجد في قرار آخر "ويرى المجلس (محكمة قضاء الموظفين حالياً) أنه وجهت عقوبتين إلى المعارض عن فعل واحد وهذا خلاف المادة (٢٠) من القانون ... والعقوبتان هما التوبيخ والعزل ..."^(٦٤)، مما يدل أن هذا المبدأ يسود أحكام القضاء العراقي من خلال رقابته، ودوره في تحقيق العدالة والتوازن في فرض العقوبة مما ينسجم مع مبدأ الملاءمة.

وأكد مجلس الانضباط العام مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً) قراره المرقم (٩٩٦/٣٦) في ١٩٩٦/٢/٢٣ على أنه "إذا لم تجد وقائع تبرر توجيه عقوبة جديدة فلا يجوز فرض هذه العقوبة"^(٦٥).

وفي قرار آخر رقم (٩٩٦/٥٦) في ١٩٩٦/٢/٢٧ على أنه "لا يجوز فرض عقوبة انضباطية أخرى على الفعل نفسه الذي استوفى عقوبته"^(٦٦).

المطلب الخامس

مبدأ عدم رجعية العقوبة الانضباطية

ومقتضى هذا المبدأ أن العقوبة الانضباطية لا يرتب أثره إلا من تاريخ توقيعه، ولا يجوز مطلقاً أن تمتد هذه الآثار إلى وقت سابق، وليس ذلك إلا تطبيقاً لما تقضي به المبادئ القانونية العامة من عدم رجعية القرارات الإدارية الفردية^(٦٧).

ويقصد به في عبارة مبسطة، عدم جواز تطبيق الآثار المترتبة على توقيع الجزاء التأديبي، إلا اعتباراً من تاريخ توقيع ذلك الجزاء دون امتدادها إلى تاريخ ارتكاب المخالفة التأديبية، أو إلى أي تاريخ آخر سابق على تاريخ توقيع الجزاء، ونتيجة لذلك فإنه لا يكون باستطاعة السلطة التأديبية المختصة توقيع

(٦٣) ينظر: قرار مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً)، رقم القرار (٢٠٠٠/١١٨) في ٢٠٠٠/٨/٦، الاضبارة رقم (٢٠٠٠/١٣).

(٦٤) ينظر: قرار مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً)، رقم القرار (١٩٩٩/٧٣) في ١٩٩٩/٤/٢٩، الاضبارة رقم (١٩٩٨/٤٤).

(٦٥) ينظر: قرار مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً) رقم (٩٩٦/٣٦) في ١٩٩٦/٢/٢٣، مجلة التدوين القانوني، العدد الثالث، السنة الأولى، ١٩٦٢، ص ١٦٢.

(٦٦) ينظر: قرار مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حالياً) رقم (٩٩٦/٥٦) في ١٩٩٦/٢/٢٧، مجلة التدوين القانوني، العدد الأول، السنة الخامسة، ١٩٦٦، ص ١٥٠.

(٦٧) ينظر: الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٥٥٨؛ والدكتور عبدالفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٢٧٧؛ والدكتور عبدالفتاح عبدالحليم عبد البر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٤٣٦؛ والدكتور محمد احمد الطيب، السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص ٥٢٦؛ والدكتور محمد ماهر أبو العينين، قضاء التأديب في الوظيفة العامة، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٥٦١.

العقوبات التأديبية الداخلة في اختصاصها بأثر رجعي، أي قبل تاريخ إصدارها مهما كانت درجة جسامة الخطأ المرتكب أو ضآلة الفترة الزمنية المنقضية على ارتكابه^(٦٨).

بل إنه حتى في الحالات التي يلغى فيها الجزاء لعيب في الشكل لا يجوز – عند العودة إلى توقيعه من جديد على الوجه الصحيح – إعطاؤه أثراً رجعياً يترد إلى تاريخ توقيع الجزاء الملغى، فإذا وقع الجزاء بالمخالفة لذلك كان باطلاً فيما تضمنه من أثر رجعي^(٦٩).

ويعد مبدأ عدم رجعية العقوبة الانضباطية من المبادئ العامة للقانون، بحسبانه تطبيقاً للقاعدة العامة القائلة بعدم رجعية القوانين والقرارات الإدارية إعمالاً للأثر المباشر للقانون^(٧٠).

كما نصت المادة (٦٦) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ م على ذات المبدأ بقولها "لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".

كما أن مبدأ عدم رجعية الجزاء التأديبي قد تأكد من خلال الكثير من الأحكام القضائية، من ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بقولها: "إن إقامة الدعوى أمام المحكمة التأديبية في ظل العمل بالقانون رقم (٥٨) لسنة ١٩٧١ وصدور القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ بنظام العاملين المدنيين بالدولة أثناء نظر الدعوى التأديبية يجعله هو الواجب التطبيق ويترتب على ذلك أن حكم المحكمة التأديبية بتوقيع عقوبة اللوم، باعتبار المتهم يشغل وظيفة من الفئة الثانية طبقاً للجدول الملحق بالقانون رقم (٥٨) لسنة ١٩٧١ هو غير صحيح، ذلك أن جزاء اللوم والتنبيه يقتصر توقيعها على شاغلي الوظائف العليا وقت صدور الحكم، ومن ثم فلن يعد من الجائز بعد صدور القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ توقيع عقوبة اللوم على المتهم الذي يشغل وقت صدور الحكم وظيفة من الفئة الثانية"^(٧١).

وكذلك نص الدستور العراقي لعام ١٩٧٠ (الملغى) على مبدأ عدم رجعية العقوبة الانضباطية في المادتين (٢١) الفقرة (ب) والمادة (١٦٧) الفقرة (ب) والتي تقول: "ليس للقوانين أثر رجعي إلا إذا نص على خلاف ذلك ولا يشمل هذا الاستثناء القوانين الجنائية.....".

ويستثنى من مبدأ عدم رجعية العقوبة الانضباطية ثلاثة استثناءات أساسية، تقرر أولهما بنص في القانون، وثانيهما مستمد من التطبيق العملي، وثالثهما من تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مجال العقاب الانضباطي، ونتولى فيما يلي بيان هذه الاستثناءات:

١- الاستثناء القانوني.

يتعلق هذا الاستثناء بحالة توقيع جزاء الفصل من الخدمة أو الإحالة إلى المعاش، بالنسبة للموظف الموقوف عن العمل، اعتباراً من تاريخ صدور قرار وقفه وليس من تاريخ توقيع جزاء الفصل أو الإحالة إلى المعاش، وتبرير هذا الاستثناء هو أن الموظف الموقوف عن العمل تكف يده بالفعل عن ممارسة عمله

^(٦٨) ينظر: الدكتور مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص ١٨٧؛ والدكتور مغاوري محمد شاهين، المساءلة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٤٤٨.

^(٦٩) ينظر: الدكتور رمضان محمد بطيخ، المسؤولية التأديبية لعمال الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام فقهاً وقضاً، المرجع السابق، ص ١٤٠.

^(٧٠) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ١٥ مايو سنة ١٩٦٥، في الطعن رقم (٧٠٢)، لسنة (١٠) قضائية.

^(٧١) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ١٥ يونيو سنة ١٩٨٥، في الطعن رقم (٩٦٥)، السنة (٢٩) قضائية.

الوظيفي اعتباراً من لحظة إيقافه، وليس فقط من تاريخ صدور الجزاء التأديبي بوقفه عن العمل أو إحالته إلى المعاش^(٧٢).

٢- الاستثناء العملي.

يعد هذا الاستثناء مستمداً من الاعتبارات العملية المتعلقة بتوقيع الجزاءات التأديبية وتبرير هذا الاستثناء أن السماح بسرمان آثار القاعدة المترتبة على الجزاء التأديبي بأثر رجعي على الماضي قد يؤدي إلى تحقيق مصلحة للموظف، كما لو كانت هذه القاعدة التي ستسري بأثر رجعي ستؤدي إلى خفض أو إلغاء الجزاء الذي تم توقيعه.

٣- الاستثناء القضائي.

ويتعلق هذا الاستثناء بما يصدر من قرارات إدارية تنفيذاً للأحكام القضائية الصادرة بالإلغاء، والقرارات السالبة للقرارات الإدارية السابق صدورها، فمثل هذه القرارات يمكن السماح بسرمانها بأثر رجعي، طالما أن سرمانها بأثر رجعي لن يمس الحقوق المكتسبة أو المراكز القانونية المستقرة التي ترتبت قبل صدورها، ومن تطبيقات المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن ما ذهبت إليه في حكم من أحكامها حيث قالت "إن إنزال عقوبة معينة مشروط بأن تكون هذه العقوبة واردة في القانون النافذ وقت توقيع العقوبة بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق في تاريخ ارتكاب المخالفة وذلك تطبيقاً لقاعدة الأثر الفوري والمباشر للقانون"^(٧٣).

الخاتمة

من خلال التحليل والدراسة فإننا توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات وذلك على النحو الآتي:

- النتائج

- ١- إن العقوبة التأديبية جزاء أدبي ومادي يجب أن يلحق الموظف في وضعه الوظيفي ولا يصيب الموظف في شخصه أو حريته أو أمواله الخاصة
- ٢- يجب أن يكون إيقاع العقوبة التأديبية بهدف تحقيق الغاية منها وهي الزجر والردع من أجل المحافظة على سير العمل بانتظام واطراد لا أن تكون من أجل التنشفي والانتقام واستعمال السلطة.
- ٣- يجب أن تلتزم السلطة التأديبية بإيقاع العقوبة التي نص عليها المشرع و لا تحيد عن مبدأ المشروعية كما يجب عليها أن لا توقع أكثر من عقوبة على الموظف في المخالفة الواحدة وتراعي التناسب بين المخالفة والجزاء وتحقيق مبدأ المساواة حال إيقاع العقوبات بما يحقق العدالة بين الموظفين.

- التوصيات

(٧٢) ينظر: المادة (٨٣) من القانون رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ بشأن العاملين المدنيين بالدولة في مصر.

(٧٣) ينظر: حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٢٤ يناير سنة ١٩٨٧، في الطعن رقم (١٠٤)، لسنة (٢٥) قضائية، قاعدة رقم (١٤٤)، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا لسنة (٣٢)، ص٦٧٨.

١- نشر الثقافة القانونية بين الموظفين العاملين في الدولة وعلى كل المستويات من خلال القاء المحاضرات والدورات التخصصية وتوزيع مذكرات تحوي الأحكام المنظمة للوظيفة بطريقة مختصرة وميسرة.

٢- الاهتمام بالقادة الإداريين وتوعيتهم بكيفية أدائهم لواجباتهم الوظيفية وطرق التعامل مع مرؤوسيههم وذلك من خلال الدورات وورش العمل .

٣- مراجعة التشريعات المنظمة للوظيفة العامة والتشريعات ذات الصلة بها من قبل السلطة التشريعية وإزالة ما يعترضها من غموض أو تعارض حتى يتسنى للجهات المختصة تنفيذها بما يضمن العدالة وسهولة الاجراء .

وفي الختام نأمل من الله أن يكون قد وفقني فيما قصدته من وراء هذا البحث الموجز كما نأمل منه أن يعم بفائدته كل من كان له حاجة فيه وأن يوفقني ويسهل لي طريق البحث في جوانب أخرى في هذا الموضوع وغيره .

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

أولاً: الكتب القانونية.

١- الدكتورورة أماني زين بدر فراج، النظام القانوني لتأديب الموظف العام في بعض الدول العربية والأوربية "دراسة مقارنة"، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٠م.

٢- الدكتور خالد عبدالفتاح، موسوعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.

٣- الدكتور رمضان محمد بطيخ، المسؤولية التأديبية لعمال الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام فقهاً وقضاءً، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م.

٤- الدكتور سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثالث، قضاء التأديب "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٧م.

٥- الدكتور سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢م.

٦- الدكتور صبري محمد السنوسي، أحكام التقادم في مجال القانون العام في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م.

٧- الدكتور عادل الطبطبائي، قانون الخدمة المدنية الكويتي الجديد، كلية القانون، جامعة الكويت، ١٩٨٣م.

- ٨- الدكتور **عبد الحميد كمال حشيش**، مبادئ القضاء الإداري، المجلد الأول، "مبدأ المشروعية، مجلس الدولة: تنظيمه - اختصاصه"، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ١٩٧١م.
- ٩- الدكتور **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، الدفوع الإدارية في دعاوى الإلغاء والدعاوى التأديبية والمستعجلة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
- ١٠- الدكتور **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، المسؤولية التأديبية في الوظيفة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
- ١١- الدكتور **عبد العظيم عبد السلام**، تأديب الموظف العام في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
- ١٢- الدكتور **عبد الفتاح حسن**، التأديب في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤م.
- ١٣- الدكتور **عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر**، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٩م.
- ١٤- الدكتور **عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر**، المسؤولية المدنية للعاملين بالحكومة والقطاع العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م.
- ١٥- الدكتور **عبد الفتاح مراد**، المسؤولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٣م.
- ١٦- الدكتور **عبد القادر الشبخلي**، السياسة السلمية في تأديب العاملين بالدولة، دار الفكر، عمان، ١٩٨٣م.
- ١٧- الدكتور **عبد القادر الشبخلي**، النظام القانوني للجزاء التأديبي، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٨٣م.
- ١٨- الدكتور **عبد الوهاب البنداري**، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام وذوي الكادرات الخاصة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨م.
- ١٩- الدكتور **ماجد راغب الحلو**، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٥م.
- ٢٠- الدكتور **مجدي مدحت النهري**، الموظف العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
- ٢١- الدكتور **محمد النحاس محمد حسن**، الجزاءات التأديبية المقنعة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ٢٢- الدكتور **محمد انس جعفر** - الدكتور **أشرف انس جعفر**، الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م.

٢٣- الدكتور محمد جودت الملط، المسؤولية التأديبية للموظف العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧م.

٢٤- اللواء محمد ماجد ياقوت، أصول التحقيق في المخالفات التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.

٢٥- اللواء محمد ماجد ياقوت، شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.

٢٦- الدكتور محمد ماهر أبو العينين، قضاء التأديب في الوظيفة العامة، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠١٢م.

٢٧- الدكتور محمد محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م.

٢٨- الدكتور محمود أبو السعود حبيب، نظرية التأديب في الوظيفة العامة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، الإيمان للطباعة، بدون تاريخ.

٢٩- الدكتور مصطفى عفيفي، فلسفة العقوبة التأديبية وأهدافها "دراسة مقارنة"، مطابع المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٦م.

٣٠- الدكتور مغاوري محمد شاهين، المساءلة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٩م.

٣١- المستشار ممدوح طنطاوي، الجرائم التأديبية "الولاية والاختصاص"، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣م.

٣٢- نوفان العقيل العجارمة، سلطة تأديب الموظف العام "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧م.

٣٣- وحيد محمود إبراهيم، حجية الحكم الجنائي على الدعوى التأديبية "دراسة مقارنة"، مطبعة الجامعة، القاهرة، ١٩٩٨م.

ثانياً: الاطاريح والرسائل العلمية.

- ١- الدكتور احمد عبدالرحمن شرف الدين، النظام القانوني للموظف العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٣م.
- ٢- الدكتور القطب محمد طبلية، العمل القضائي في القانون المقارن والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٤م.
- ٣- الدكتور سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥م.

- ٤- الدكتور علي أمين عيسى، التأديب في الشرطة "دراسة تطبيقية مقارنة على ضباط الشرطة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٢م.
- ٥- الدكتور علي جمعة محارب، التأديب في الوظيفة العامة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤م.
- ٦- الدكتور عمرو فؤاد أحمد بركات، السلطة التأديبية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٩م.
- ٧- الدكتور مجدي مدحت النهري، قواعد وإجراءات تأديب الموظف العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٧م.
- ٨- الدكتور محسن غالب عبدالله، سلطة تأديب الموظف العام في القانون اليمني والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٧م.
- ٩- الدكتور محمد احمد الطيب، السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٣م.
- ١٠- الدكتور محمد أحمد الطيب، السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٣م.
- ١١- الدكتور محمد أحمد هيكل، السلطة الرئاسية بين الفاعلية والضمان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٢م.
- ١٢- الدكتور محمد مختار عثمان، الجريمة التأديبية بين القانون الإداري وعلم الإدارة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٣م.
- ١٣- الدكتورة زهرة عبدالوهاب حمود، التأديب في الوظيفة العامة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٨٥م.
- ١٤- الدكتورة ملكية الصروخ، سلطة التأديب في الوظيفة العامة بين الإدارة والقضاء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٣م.

ثالثاً: متون القوانين.

- قانون العاملين المدنيين بالدولة في مصر رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨.

رابعاً: الاحكام القضائية.

- ١- أحكام المحكمة الإدارية العليا في العراق.
- ٢- أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر.
- ٣- أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر.
- ٤- أحكام مجلس الدولة العراقي.
- ٥- أحكام محكمة قضاء الموظفين في العراق.

خامساً: المراجع الفرنسية.

-Jean Claude Ricci, Droit administratif général, Hachette, 2007.

-C.E. 23 Avril 1958, Cne de petit quevilly, A.J.D.A, 1958.



Legal Adaptation of the Teaching Contract in Private Universities A Comparative Study

Mazin Shamil Al-atraqchy**Dr. Nizar Hazim Mohammed****Assist. Lecturer****Assist. Prof**

College of Law - University of Mosul-Mosul-Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 6 May 2023

Accepted: 12 Jun., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP .75-96© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>**Corresponding author:**Mazin Shamil ALatraqchy
DR. Nizar Hazim Mohammed
Al-Damaluji

College of Law - Mosul

University -

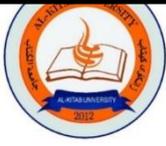
Mosul – Iraq

Email: NazarALDamaloji@uomosul.edu.iq

Abstract

Recently, there has been a remarkable increase in the number of private colleges and universities, which requires contracting with administrative and teaching staff to facilitate their scientific and administrative activities. The best way to obtain the services of the teaching staff is to contract with holders of higher degrees. The legislator had to intervene to put in place a legislative system that regulates contracts and defines their requirements and controls in order to create a kind of balance between the rights and duties of the two parties. Due to the importance of this contract and the need to implement it on a peaceful legal basis, the judiciary had to intervene to adapt it to achieve its purpose. The Iraqi judiciary initially adapted it as a work contract, but it retracted from that to adapting it to a contracting contract and the consequent difference in impact. The legal system is subject to the civil law after it was subject to the labor law as well as being subject to the jurisdiction of the courts of first instance instead of being subject to the labor courts.

Keywords : *teaching contract, private universities, contract conditioning, work contract, contracting contract*



التكييف القانوني لعقد التدريس في الجامعات الأهلية دراسة مقارنة



الدكتور نزار حازم محمد

مازن شامل الأطرقجي

أستاذ مساعد

مدرس مساعد

كلية الحقوق - جامعة الموصل - الموصل - العراق

المستخلص

شهدت في الآونة الأخيرة تزايداً ملحوظاً في أعداد الجامعات الأهلية مما تطلب التعاقد مع كادر إداري وتدريسي لتيسير نشاطاتها العلمية والإدارية ، وخير وسيلة للحصول على خدمات الكادر التدريسي هي التعاقد مع حملة الشهادات العليا . فكان على المشرع التدخل لوضع منظومة تشريعية تنظم هذا العقد وتحديد متطلباته وضوابطه من أجل خلق نوع من التوازن بين حقوق وواجبات طرفيه ، ولأهمية هذا العقد وضرورة تنفيذه على أسس قانونية سلمية كان لا بد على للقضاء من التدخل لتكيفه بما يحقق الغاية منه ، فذهب القضاء العراقي في بداية الامر الى تكيفه على أنه عقد عمل ولكنه تراجع عن ذلك إلى تكيفه الى عقد مقاوله وما يترتب على ذلك من اختلاف في الأثر القانوني من الخضوع للقانون المدني بعد أن كان خاضعاً لقانون العمل فضلاً عن خضوعه لاختصاص محاكم البدءة بدلا من الخضوع لمحاكم العمل .

الكلمات المفتاحية : عقد التدريس ، الجامعات الأهلية ، تكيف العقد ، عقد عمل ، عقد مقاوله.

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية
KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/٥/٦

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/٦/١٢

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣ م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص (Creative Commons Attribution) (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام، والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس:

مازن شامل الأطرقجي

الدكتور نزار حازم محمد (٢٠٢٣)

"التكييف القانوني لعقد التدريس في الجامعات

الأهلية -دراسة مقارنة"

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

الحمد لله كثيرا طيباً مباركاً، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد ...

للتقدم بموضوع التكييف القانوني لعقد التدريس في الجامعات الأهلية كان لابد من تقسيم المقدمة الى الفقرات التالية :

أولاً: التعريف بموضوع الدراسة وبيان أهميته :

يعد التعليم الجامعي واجهة حضارية للشعوب بل ويعد مقياساً لتقدمها ورفعتها لما يقدمه الأخير من احترام لحق التعلم الذي يعد من اهم الحقوق التي نص عليها الدستور. لذلك حرصت معظم الدول على الاهتمام بالتعليم اهتماماً كبيراً مع توفير جميع عناصر ومستلزمات انجاحه ليساهم في إعداد جيل متعلم قادر على أداء واجباته .

لتعذر الجامعات الحكومية من تغطية حاجة المجتمع لهذا المستوى من التعليم بسبب ونتيجة للتضخم السكاني وتدني مستوى بعض الطلبة وعدم توفر جامعات قريبة لحل المشكلات السابقة كان تأسيس التعليم الجامعي الأهلي.

ولحاجة الجامعات الاهلية لخدمات حملة الشهادات العليا في هذه الكليات والجامعات بالاستقلال الاداري والمالي فأنتها أقدمت على تعاقد حملة هذه الشهادات للعمل لديها في مجال تخصصاتهم العلمية ، ولاهمية هذا العقد وضرورة بنائه على أسس قانونية سلمية فلا مناص من تدخل للمشرع من صياغته ، ولابد للقضاء من التدخل لتكييفه حالما يعرض عليه نزاع يخص أطرافه بما يحقق الغاية منه. وهو ما فعله القضاء العراقي في بداية الامر الذي ذهب الى تكييف عقد التدريس في الجامعات الاهلية على انه عقد عمل ولكنه تراجع عن هذا التكييف أي انه من عقد مقاوله وما يترتب عليه اختلاف في الأثر القانوني.

ولما تقدم كله يتوجب علينا لابد من تسليط الضوء على حقوق والتزامات كلا الطرفين في هذا النوع من العقود ولاسيما التدريسين وكان لابد من توضيح الضمانات القانونية التي كفلها المشرع لهم والطرق القانونية التي يجب سلوكها اذا تعرض التدريسي لأي ظلم أو غبن بحق من حقوقه.

ثانياً : مشكلة البحث :

تدور مشكلة البحث حول مظاهر القصور التشريعي التي تنظم عقد التدريس في الجامعات الأهلية وتكييفه القانوني السليم والآثار المترتبة على هذا التكييف وما يثيره في تغيير أحكام هذا العقد من نطاق قانون العمل الى نطاق القانون المدني فضلاً عن حداثة هذا الموضوع وقلة الدراسات القانونية بخصوصه وذلك كله كان من الاسباب التي دعنتنا لهذه الدراسة .

ثالثاً : تساؤلات الدراسة :

عدة تساؤلات سنثيرها ونحاول الإجابة عنها في هذه الدراسة

- ١- ما هو التكييف القانوني لعقد التدريس في الجامعات الاهلية؟
- ٢- هل يتوافق التكييف القانوني مع طبيعة عقد التدريس في الجامعات الأهلية؟
- ٣- هل يختلف الأثر والمركز القانوني للتدريس في حالة اختلاف التكييف القانوني للعقد؟.

رابعاً : منهجية البحث :

سيتم الاعتماد على منهج المقارنة في القانون المدني العراقي وجميع القوانين المتعلقة بالنشاط التدريسي في الجامعات أو الكليات الاهلية مع القوانين والتشريعات المقارنة في فرنسا ومصر والأردن فضلاً عن الاعتماد على الآراء الفقهية على الرغم من قلتها ونعتمد أيضاً على المنهج التطبيقي العملي للقضاء العراقي لسد النقص التشريعي كلما اقتضت الحاجة .

خامساً : هيكلية الدراسة :

المبحث الأول : التعريف بعقد التدريس بالجامعات الأهلية.

المطلب الأول : تعريف عقد التدريس في الجامعات الأهلية.

المطلب الثاني : أركان عقد التدريس في الجامعات الأهلية وأثاره القانونية.

المبحث الثاني : تكييف عقد التدريس في الجامعات الأهلية والآثار المترتبة على ذلك.

المطلب الاول : تكييف عقد التدريس في الجامعات الأهلية.

المطلب الثاني : الآثار القانونية المترتبة على تكليف عقد التدريس في الجامعات الأهلية عقد عمل أو عقد مقاوله .

المبحث الأول

التعريف بعقد التدريس في الجامعات الأهلية

يعد التعليم أحد أهم القطاعات الأساسية في تنمية أي مجتمع وتطويره والتي لا يمكن إهمالها أو الاستهانة بها لتأثيراتها المباشرة على باقي القطاعات، ويعد التعليم الجامعي الأهلي أحد أنماط التعليم الجامعي وقطاعاً مهماً لأنه موازياً للتعليم الحكومي ويساهم بشكل كبير في تطوير الجانب العلمي وزيادة المنافسة العلمية . ولكي نغطي الموضوع الدراسة لا بد علينا الاطلاع على مفهوم عقد التدريس في الجامعات الأهلية ومن ثم أركانه كي يتسنى لنا فهم الموضوع والاطلاع على التكليف القانوني الملزم الذي ينطبق عليه كونه من العقود حديثة النشأة . وهو ما سوف نتناوله في مطلبين فنخصص المطلب الاول لبيان ماهية عقد التدريس في الجامعات الأهلية ، اما المطلب الثاني فسوف نتناول فيه أركان عقد التدريس في الجامعات الأهلية وكما يأتي :

المطلب الأول

تعريف عقد التدريس في الجامعات الأهلية

يشتمل عقد التدريس في الجامعات الأهلية دلالتين الأولى لغوية، والثانية اصطلاحية والتي سوف نتناولها من خلال فرعين نخصص الفرع الأول لبيان مفهوم عقد التدريس لغة أما الفرع الثاني فنخصصه لبيان تعريف عقد التدريس اصطلاحاً وكما يأتي :

الفرع الأول

تعريف عقد التدريس لغةً

حتى نتمكن من تعريف عقد التدريس لغوياً يجب تجزئة المصطلح وتعريف كل كلمة فيها على حدى كما يلي:

- العقد في اللغة: هو الربط أو الإحكام أو الإبرام بين أطراف الشيء سواءً ربطاً حسياً أم معنوياً من جانب واحد أم من جانبين، وعقد الشيء أي يعقده عقداً، فانعقد وتعقد يعني شدّه فأنشد وهو نقيضُ الحلّ وفي الأصل هو للحبل وما نحوه من المحسوسات ثم أطلق على أنواع العقود في البيع والمواثيق وغيرها^(١).
- التدريس في اللغة: هي جذر (دَرَس) ودَرَس في اللغة أي عانده حتى انقاد لحفظه ودَرَسَ الكتابُ ونحوه: قرأه وأقبل عليه ليحفظه ويفهمه أو يقصد به من علم بالشيء وعرفه وأتقنه مثل تعليم شخص ما لصناعة معينة أو تعليم المعلم تلاميذه إحدى العلوم. والدرس هو مقدار من العلم يدرس في وقت ما من شخص معين^(٢).

(١) الأمام محمد بن ابو بكر بن عبدالقادر الرازي أبو بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتب العربي ، لبنان ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ١٥٩ .

(٢) مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، ط ٢ ، المكتبة الإسلامية ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ١٢٤ .

ومن خلال ما تقدم نستطيع تعريف عقد التدريس في الجامعات الأهلية بأنه: عقد العزم على تعليم مختلف المعارف من قبل المؤهلين لذلك في أي حقل من الحقول العلمية من خلال عقد إجازة الأشخاص للحصول على أعمالهم الذهنية من قبل منشأة علمية أهلية تخصصية يتابع فيها المتعلم دراسته الجامعية في أي علم من العلوم ثم إعطاء هذا الوصف اللغوي للأشخاص الذين يعملون في المؤسسات التعليمية الأهلية لتمييزهم عن الأشخاص الذين يعملون في المؤسسات التعليمية الحكومية لما بينهم من اختلافات من حيث الإدارة والتمويل والقوانين النافذة عليهم.

الفرع الثاني مفهوم عقد التدريس اصطلاحاً

لم يتناول المشرع العراقي في قانون التعليم الأهلي رقم (٢٥) لعام ٢٠١٦ م النافذ تعريف لعقد التدريس واكتفى بالإشارة إلى التشكيلات التي تتألف منها الكليات الأهلية فقط^(٣). وكان من الأفضل أن يفعل ذلك من أجل عدم التقييد بحدود وما يترتب عليها من مواكبة للتغيرات والتطورات في الحياة وبالتالي تحمل هذه المهمة للباحثين والفقهاء القانونيين.

وبالاتجاه نفسه ذهب المشرعان الأردني، والمصري اللذان لم يعطيا تعريفاً واضحاً وصريحاً لعقد التدريس، فاكتمل المشرع المصري في قانون تنظيم الجامعات المصري رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ بوضع الشروط التي يجب توافرها في عضو الهيئة التدريسية^(٤). وهو ما فعله المشرع الأردني فقد بين في قانون الجامعات الأردنية رقم (١٨) لعام ٢٠١٨ م.

ولعل التشريعات القانونية لم تعتمد إلى تعريف عقد التدريس لأجل خلق موازنة في عدة مسائل منها الحفاظ على حقوق التدريسيين في الجامعات الأهلية، وإعطاء صلاحيات أكبر للكليات والجامعات الأهلية في وضع أنظمة وقوانين تحقق النفع العام بما يتوافق مع أهداف الكلية أو المؤسسة الأهلية. أما بالنسبة للتعريف الفقهي لعقد التدريس في الجامعات الأهلية فقد عرف بأنه: عقد تبرمه المعاهد العلمية المختصة بالتعليم الخاص الوطني مع فرد أو أكثر لتعليم وتدريب وتنقيف التلاميذ الذين يعهد إليها تعليمهم^(٥).

وعرف أيضاً بأنه: اتفاق بين المؤسسة الخاصة ذات النفع العام وبين من له مؤهل علمي أو فني ينظم العلاقة القانونية لغرض تقديم خدمة علمية للمجتمع^(٦).

ونلاحظ من التعريفات السابقة بأنها لم تكن جامعة ومانعة ولم تفي بالغرض المطلوب، إذ إنها لم تعرف عقد التدريس في الجامعات الأهلية بصورة خاصة، وإنما هي تعريفات عامة تشمل مختلف أنواع العقود التي قد تبرمها جهات مختلفة، وهي تعريفات مختصرة المعنى لا تعطي دلالة واضحة لعقد التدريس ولا تبين التزامات وحقوق اطرافه كما أنها لا تعطي دلالة واضحة لتكييف عقد التدريس هل هو من العقود المسماة أم غير المسماة ولم تعط مدة لهذا العقد هل هي محددة أم غير محددة الأجل.

(٣) تنظر نصوص المواد (١٥-٣٢) من قانون التعليم الأهلي العراقي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ .

(٤) تنظر الفقرة (هـ) المادة (١٨) من قانون تنظيم الجامعات المصري رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ .

(٥) د. محمد رجب السيد الكحلوي، حدود الرقابة على الجمعيات أو المؤسسات الأهلية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٢٦.

(٦) ساكار صباح ياسين، المسؤولية المدنية للكليات الأهلية-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٢٠، ص ٢٢.

وبدورنا ومن خلال الاطلاع الى التعريفات السابقة نعتقد ان خير تعريف لعقد التدريس في الجامعات الأهلية أنه (عقد غير مسمى اتفاقي ملزم للجانبين تتعاقد بموجبه مؤسسة جامعية ذات نشاط خاص وذات نفع عام مع شخص طبيعي مؤهل علمياً ومختص في حقل من حقول المعرفة العلمية ليتولى تقديم المعرفة إلى طلاب تلك المؤسسات خلال فترة معينة).

المطلب الثاني أركان عقد التدريس في الجامعات الأهلية وآثاره القانونية

إن عقد التدريس في الجامعات الأهلية حاله حال باقي العقود لابد من توافر أركان فيه ، فضلاً عن ضرورة الكلام عن آثاره القانونية وهو ما سوف نحاول توضيحه في فرعين نخصص الفرع الأول لبيان أركان عقد التدريس في الجامعات الأهلية أما الفرع الثاني فنخصصه للكلام عن الالتزامات الناشئة عن عقد التدريس في الجامعات الأهلية وكما يأتي :

الفرع الأول أركان العقد

تطبيقاً للقواعد العامة فإنه لإنشاء العقد لابد من وجود إرادتين متفتحتين، وأن ينصب اتفاق هاتين الإرادتين على شيء معين يصح أن يكون محلاً لالتقاء الإرادتين، كما يقتضي وجود سبب لهذا الاتفاق، وهو ما سوف نتناوله فيما يأتي:

أولاً: الرضا :

لما كان العقد هو اتحاد أو التقاء إرادتين على إحداث نتيجة قانونية، وبمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما (الإيجاب والقبول) تم العقد مع الأخذ بنظر الاعتبار الأوضاع الواجبة للإتباع التي يقرها القانون^(٧). وبما نصت عليه القوانين^(٨). وعلى الرغم من أن وجود الإرادتين كافٍ لوجود العقد إلا أنه غير كافٍ لصحته، وذلك بأن يكون رضا المتعاقدين صحيحاً وسليماً لا يشوبه عيب من عيوب الرضا (الاستغلال الغلط الإكراه والغبن مع التغيرير)، بما معناه ان للمتعاقد الحق للتعبير عن إرادته وأن يعتد القانون بتلك الإرادة من أجل إحداث الأثر القانوني على ألا يشوب تلك الإرادة أي عيب من عيوب الرضا. ولما كانت الإرادة من الأمور الخفية التي تدور داخل النفس البشرية لابد أن يكون لها مظهر خارجي يسمى (التعبير عن الإرادة) ، لذلك في عقد التدريس في الجامعات الأهلية المبرم ما بين التدريسي والمؤسسة العلمية يجب أن تتوافر فيه إرادتان متوافقتان لا يشوبهما أي عيب من عيوب الرضا وهو ما نصت عليه الأنظمة الداخلية للكليات والتي بينت أن هناك عقداً مكتوباً بين المؤسسة والتدريسي المتعاقد، ولكون أحكام التراضي في هذا العقد يخضع للقواعد العامة في نظرية الالتزام . وبالرغم من ذلك نعتقد بأن هنالك بعض الجوانب من أحكام التراضي في هذا العقد والتي تثير الجدل القانوني يجب التطرق إليها ومناقشتها ، ومن تلك الجوانب هي الإرادة في إنشاء عقد التدريس: فالأصل في الإرادة أنها حرة في إبرام ما تشاء من العقود

(٧) د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ٧٢.

(٨) تنص الفقرة (١) من المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي على انه (اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا يعقد الا باستيفاء هذا الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك). تقابلها الفقرة (١) من المادة (١٠١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٨٤ ، والفقرة (٢) من المادة (١٠٥) من القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ .

واجراء ما تشاء من التصرفات بما لا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ، وهذه القاعدة هي محصلة مبدأ سلطة الإرادة^(٩)، لكن ظروف هذا النوع من العقود تفرض حالة عدم السماح بإجراء المفاوضات . هنا يبرز تساؤل مفاده هل لإرادة أطراف عقد التدريس دور فعال وهل بإمكانه إجراء مفاوضات مع

المؤسسة التعليمية الأهلية قبل إبرام العقد؟

وإجابةً عن هذا التساؤل : نعتقد أن إجراء مفاوضات بين طرفي عقد التدريس أمر غير ممكن الحصول والسبب في ذلك يكمن في أن بعض فقهاء القانون اعتبروا عقد التدريس من عقود الإذعان وعلى التدريسي الراغب بالتعاقد مع الجامعة الأهلية إما أن يقبل بها أو يرفضها^(١٠). لذا فإن الإرادة التعاقدية من جانب التدريسي الجامعي هي شكلية والمؤسسة التعليمية الخاصة تنفرد وحدها بوضع الشروط وتستطيع التغيير فيها، لأن الإرادة التفاوضية للتدريسي المتعاقد مع الجامعات الأهلية مسلوقة كلياً وليس لديه أي حق لإجراء مفاوضات حول الأمور الجوهرية الخاصة بالعقد أو إضافة فقرات تضمن حقه حيث تكون صيغة العقد وشروطه معدة مسبقاً وعليه الموافقة عليها أو رفضها^(١١).

وهنا كان يجب على الجهات المعنية والمتمثلة بوزارة التعليم العالي التدخل من أجل وضع حد للممارسات التعسفية لهذه المؤسسات تجاه الأساتذة المتعاقدين معها لكونه مضطر على العمل فيها لحاجته المادية أو أسباب أخرى.

ثانياً: المحل:

ذهب البعض إلى تعريف محل العقد الى أنه : العملية القانونية التي يراد تحقيقها من ورائه، وتحقق العملية من مجموع ما يترتب من التزامات على عاتق طرفيه، فمحل عقد البيع هو نقل ملكية الشيء للمشتري مقابل الثمن ومحل عقد الإيجار هو استطاعة المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل الأجرة^(١٢). أما محل الالتزام يعرف بأنه: بأنه (الشيء الذي يلتزم به المدين والذي يضاف إليه ويكون قابلاً لحكمه ويصح أن يكون مالاً أو عيناً أو ديناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر ويصح أيضاً أن يكون عمل أو امتناع عن عمل)^(١٣). ولمحل عقد التدريس في الجامعات الأهلية هنالك العديد من الالتزامات الرئيسية على طرفيه والتي تتحدد طبعاً بموجب العقد فضلاً عن الالتزامات الثانوية أو التكميلية وهذه الالتزامات الرئيسية كانت أم ثانوية بمجموعها تكون محل هذا العقد.

ومما سبق يتبين أن عقد التدريس في الجامعات الأهلية هو من عقود المعاوضة الذي يرتب التزامات متقابلة بين المؤسسة التعليمية والتدريسي الجامعي تتمثل بالالتزامات العلمية والإدارية التي جرى الاتفاق عليها وبالمقابل يكون محل التزام المؤسسة التعليمية الخاصة في هو دفع الأجور ، ويشترط في محل عقد التدريس بمقتضى القواعد العامة الشروط التالية:

١- أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود: لكي يعدّ المحل ركناً من اركان العقد لا بد من أن يكون موجوداً

(٩) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٤٩.

(١٠) إيمان حايك محمد ، حق مؤسسات التعليم العالي الأهلي في مسألة الأساتذة العاملين لديها في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة القادسية، ٢٠١٨، ص ٢٩ .

(١١) إيمان حايك محمد ، الضمانات اللاحقة لتوقيع العقوبة الانضباطية على أعضاء هيئة التدريس، بحث منشور في مجلة القادسية للعلوم الإنسانية، تصدر عن كلية القانون جامعة القادسية، المجلد (٢٢) ، العدد (٣)، ٢٠١٩ ، ص ٧٦١.

(١٢) د. سعد البرزنجي، ملاحظات نقدية حول القانون المدني، محاضرات غير منشورة القيت على طلبة الماجستير في الكورس الاول من العام الدراسي ٢٠٠٠-٢٠٠١، كلية القانون / جامعة بغداد، ص ١٣، نقلاً عن كاوان اسماعيل كردي، عقد التعليم الخاص، الطبعة الاولى، دار دجلة ، عمان / الاردن، ٢٠١٠، ص ١١٨.

(١٣) تنظر المادة (١٢٦) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١٣١) من القانون المدني المصري ، والمادة (١٥٧) من القانون المدني الأردني .

- ويتحقق هذا الوجود للمحل إذا كان ممكن الوجود في المستقبل^(١٤). وإذا عملنا قياس لعقد التدريس في الجامعات الأهلية فلا بد اعتبار جميع الالتزامات الناشئة لكلا الطرفين كوحدة واحدة على أساس إمكانية الوجود وإمكانية التحقيق في المستقبل^(١٥).
- ٢- أن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة: لا يكفي ان يكون المحل موجوداً أو ممكناً بل يتعداه الى وجوب أن يكون محل العقد معلوماً من المتعاقد^(١٦). كما يجب ان يكون معيناً نافياً للجهالة الفاحشة والتغريب^(١٧).
- ٣- أن يكون قابلاً للتعامل وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة بعد الاطلاع على طبيعة هذا العقد يمكننا القول انه لا يوجد مخالفة لمحل عقد التدريس في النظام العام أو الآداب العامة.

ثالثاً: السبب:

يعرف السبب: بأنه (الغرض المباشر الذي يسعى المتعاقدان للوصول اليه من وراء التزامهما)، والفرق بين السبب والمحل هو السبب جواب لمن يسأل لماذا التزم المدين أما المحل جواب للسؤال بماذا يلتزم المدين؟^(١٨) وبموجب القواعد العامة يبطل العقد الذي يلتزم فيه المتعاقدان بدون سبب أو إذا كان السبب يخالف النظام العام والآداب أو ممنوع قانوناً. فكل التزام يفترض أن يكون له سبب مشروع حتى ولو لم يذكر في العقد، أما إذا ورد ذكر السبب في العقد فإنه يعد سبباً حقيقياً حتى يقوم دليل على خلاف ذلك^(١٩). وطبقاً للقواعد العامة فإنه لا بد من وجود سبب لعقد التدريس في الجامعات الأهلية كسائر العقود المدنية، وأن يكون ذلك السبب مشروع وغير مخالف للنظام والآداب العامة. وهناك نظريتان حول ركن السبب في العقود النظرية التقليدية والنظرية الحديثة حيث تنص النظرية التقليدية على أنها تنظر إلى السبب باعتباره شيئاً مادياً لا بد من توافره في أي عقد والسبب القصدي دون السبب الإنشائي والسبب الدافع هو السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية، والسبب القصدي يعرف أنه هو الغاية أو الغرض المباشر الذي يروم الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه^(٢٠).

أما النظرية الحديثة أو ما تسمى بنظرية القضاء الفرنسي: فتهمم بالباعث الدافع للتعاقد الذي أهملته النظرية التقليدية وقد سمّي السبب بالباعث الدافع لأن البواعث كثيرة والسبب بمقتضى هذه النظرية ليس ركناً في العقد ولا متمماً له، بل هو شيء خارج عنه^(٢١).

(١٤) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين العربية والاجنبية معززة براء الفقه واحكام القضاء، منشورات ئاراس، العراق، أربيل، ٢٠٠٦، ص ١٦١ .

(١٥) غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة والالتزام، الجزء الاول (عقد البيع)، بغداد، مطبعة المعارف، ١٩٧٠، ص ٢٢٢.

(١٦) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في القانون المدني، الجزء الاول، ط٤، دار الحكمة للطباعة، بغداد، ١٩٧٤، ص ٣٧١ .

(١٧) تنظر المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي، يقابلها المادة (١٣٤) من القانون المدني المصري، والمادة (١٦١) فقرة ١ من القانون المدني الاردني.

(١٨) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٤١٤.

(١٩) تنظر المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي، يقابلها نص المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري، والمادة (١٦٥) من القانون الأردني.

(٢٠) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٤٤٢.

(٢١) د. أمجد منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٣٨.

ويتبادر لأذهاننا السؤال أي من النظريتين تنطبق على عقد التدريس في الجامعات الاهلية التقليدية أم الحديثة؟

وللاجابة على السؤال: لا يمكن الجزم أي النظريتين التي تنطبق على هذا النوع من العقود بسبب قلة الآراء الفقهية بخصوص عقد التدريس، لكونه عقد حديث النشأة وكذلك ما قام به المشرع العراقي عند معالجته للسبب في المادة (١٣٢) من القانون حيث عمل على التوفيق بين النظريتين لتسهيل عمل القاضي في استنتاج السبب الحقيقي من وراء التعاقد في جميع العقود ومنها عقد التدريس عند التعرض لأي منازعات قضائية بخصوص هذا الموضوع ، مع ذلك نعتقد أن كفة الباعث الدافع للتعاقد، التي نادى به النظرية الحديثة في نطاق السبب العقدي هو الراجح في مضمون الالتزام بعقد التدريس في الجامعات الأهلية حيث أن السبب وفقاً للنظرية الحديثة متغير ولا يختلف باختلاف العقود فقط، بل باختلاف الأشخاص المتعاقدين أيضاً^(٢٢)، وبهذا السبب هو الباعث الدافع الذي حمل الطرفين في عقد التدريس على التعاقد. ونعتقد أن الباعث الدافع الذي دفع للتدريسي المتعاقد مع الكليات الأهلية هو الحصول على أجور ومستحقات مالية من خلال وظيفة أو عقد عمل هي لسد احتياجاته أو متطلباته المعيشية ولعائلته وقد يكون السبب أيضاً المحافظة على المعارف التي درسها من النسيان. أما الباعث الدافع للجهة المؤسسة الجامعية قد يكون من أجل الحصول على خدمات الأساتذة لتسيير الأمور العلمية والحصول على الأرباح المادية. فكلما زادت أعداد الطلبة زادت نسبة الأرباح بزيادة مبالغ الأقساط وهو ما يزيد الحاجة إلى زيادة في عدد الأساتذة لتدريس هؤلاء الطلبة، أو هناك سبب ثانٍ قد يكون لغرض التخفيف من الزخم الحاصل على الكليات والجامعات الحكومية وهذا احتمال ضعيف لأن السبب الأساسي لإنشاء هذه المؤسسات هي أسباب ربحية .

الفرع الثاني

الالتزامات الناشئة عن عقد التدريس في الجامعات الأهلية

تعد التزامات أطراف عقد التدريس في الجامعات الأهلية إحدى أهم الآثار القانونية له ، فبمجرد إبرام عقد التدريس ينشأ مجموعة من الحقوق والالتزامات المتقابلة على عاتق الطرفين المتعاقدين، فكل التزام يشكل حقاً للطرف الآخر كأنهما وجهان لعملة واحدة^(٢٣).

وبالنظر لطبيعة عقد التدريس في الجامعات الأهلية وتجنباً لذكر القواعد العامة في العقود سنقوم بعرض التزامات أطراف العقد بما ينسجم مع موضوع هذا العقد وكما يلي:

أولاً: التزامات التدريسي في الجامعات الاهلية وفقاً للقوانين العراقية:

هنالك نوعان من الواجبات يتوجب على التدريسي المتعاقد مع المؤسسة الجامعية الخاصة مراعاتها والالتزام بها ومصدر هذه الالتزامات هو العقد^(٢٤). ويذهب البعض إلى إسناد هذه الواجبات الى أحكام قانون العمل والقانون الخاص بالخدمة الجامعية وإلى الامتناع عن القيام اعمال نص عليها القانون الجنائي فيما يخص ويتناسب مع طبيعة عمله. وفيما يخص دراستنا سوف نخوض بالالتزامات التي تدرج تحت أحكام قانون العمل فقط كون النوع الثاني من الالتزامات خارج نطاق دراستنا.

(٢٢) د. عبد الرحمن عياد، أسس الالتزام العقدي-النظرية والتطبيق، المكتب المصري الحديث، الاسكندرية، ١٩٩٢، ص٢٢٥.

(٢٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص١١٩.

(٢٤) المستشار حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩، ص٨٢.

ومن الجدير بالذكر أن البعض ذهب لإخضاع عقد التدريس في الجامعات الأهلية لأحكام قانون العمل^(٢٥) وعد التدريسي فيها عاملاً وبذلك فعليه الالتزام بذات التعليمات والالتزامات المنصوص عليها في قانون العمل رقم (٣٧) لعام ٢٠١٥م النافذ وهي غالباً مشابهة للواجبات التي يلتزم بها موظفو الدولة. وهذه الالتزامات على شكلين أولها ما يرتبط ارتباطاً مباشراً بالوظيفة ويشكل الإخلال بها أو عدم اتباعها مخالفة انضباطية ومنها ما لا يتصل بها اتصالاً مباشراً وإنما تفرض عليه اتباع سلوك حسن خارج الوظيفة^(٢٦) فضلاً عن خضوعه لأحكام قانون الخدمة الجامعية رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٣م ومن ثم للواجبات التي يجب أن يخضع لها بموجب قانون العمل رقم ٣٧ لسنة ٢٠١٥م والتي سوف نوضحها فيما يلي:

١. واجبات التدريسي الجامعي وفقاً لأحكام قانون الخدمة الجامعية العراقي رقم (٢٣) لعام ٢٠٠٨م:

ورد في قانون الخدمة الجامعية رقم (٢٣) لعام ٢٠٠٨م النافذة عدة واجبات يلتزم بها التدريسي الجامعي وكما يلي: (القيام بالبحوث العلمية في المجالات المختلفة ، المشاركة في النشاطات الجامعية ، المشاركة في التأليف والنشر والترجمة، المشاركة في المجالس واللجان الدائمة والمؤقتة داخل وخارج الوزارة، المشاركة في تطوير وتحديث الأقسام علمياً وفكرياً وتربوياً، إجراء الامتحانات والحرص على حسن سيرها، المشاركة في الندوات والحلقات الدراسية والمؤتمرات سواءً خارج أو داخل العراق، القيام بالبحوث والدراسات المقترحة من قبل دوائر الدولة، رعاية الطلبة تربوياً وفكرياً وبما يقوي دعائم المجتمع العراقي، القيام بواجباته الإدارية المنوطة به من قبل الوزارة أو المؤسسة العامل لديها، تواجده العملي في المؤسسة الجامعية بما لا يقل عن (٣٠) ساعة أسبوعياً، العمل في المكاتب والمراكز الاستشارية التابعة للوزارة أو مؤسساتها).

٢- واجبات التدريسي في الجامعات الأهلية والتي أشار إليها قانون العمل:

(أداء أعماله الوظيفية^(٢٧))، احترام الرؤساء وواجب إطاعتهم . المحافظة على أسرار العمل ، المحافظة على الأموال في مؤسسات التعليم الأهلي^(٢٨)، المحافظة على كرامة الوظيفة وحسن السلوك الوظيفي).

ثانياً: التزامات التدريسي في الجامعات الأهلية وفقاً للقوانين المقارنة:

يلتزم التدريسي الجامعي وفقاً للقوانين المقارنة بالكثير من الالتزامات أهمها التزامه المنصوص عليه في القوانين والأنظمة والتعليمات المنظمة لمهام أعضاء هيئة التدريس وأيضاً التقاليد والقيم الجامعية والمفروضة عليه الالتزام بها، وهذا ما سنتناوله في الفقرة التالية :

١- الواجبات الخاصة بالتدريسيين في القانون المصري رقم (٤٩) لعام ١٩٧٢م:

يلتزم التدريسيون الجامعيون في مؤسسات التعليم العالي والأهلي في مصر بذات الواجبات التي يلتزم بها الأساتذة الجامعيون المنصوص عليها في التشريعات والقوانين مثل قانون تنظيم الجامعات المصرية رقم (٤٩) لعام ١٩٧٢م والتي يجب على التدريسي الجامعي الالتزام بها ومراعاتها وعدم الإخلال بها، والتي تتمثل بما يلي: (التفرغ للقيام بالمحاضرات العلمية والدروس والبحوث، والالتزام والتمسك بالتقاليد والقيم الجامعية الأهلية وترسيخها في نفوس الطلاب الجامعيين، حفظ النظام داخل القاعات في المحاضرات

(٢٥) كان الراي الاول قد ذهب الى تكليف عقد التدريس في الجامعات الاهلية على انه عقد عمل ولكن هذا الراي سرعان ما تغير الى اعتبار هذا العقد من العقود المسماة باعتباره عقد مقاوله وهو ما سوف نوضحه في المبحث الثاني من هذه الدراسة .

(٢٦) علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، ط١، دار الثقافة للنشر، الأردن- عمان، ٢٠٠٤، ص٩٧.

(٢٧) تنظر المادة (٤٢/ثانياً/ب) من قانون العمل النافذ رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥.

(٢٨) تنظر المادة (٤٢/ثانياً/ب) من قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥.

والدروس والمعامل، يقدم التدريسي الجامعي تقرير سنوي عن نشاطاته وبحوثه العلمية المنشورة، يجب على الأساتذة المشاركة في أعمال اللجان والمجالس الذين يكونوا أعضاء فيها بالإضافة لاشتراكهم في المؤتمرات العلمية للقسم والكلية والمعهد).

٢- الواجبات الخاصة بالتدريسيين في القانون الأردني (نظام الهيئة التدريسية بالجامعات الأردنية رقم ٥٨ لعام ٢٠١٥م) :

يلتزم الأساتذة الجامعيون العاملون في الجامعات والمؤسسات التعليمية الأهلية بذات الواجبات التي يؤديها الأساتذة العاملون في الجامعات الحكومية ، وتتمثل هذه الواجبات بـ (التدريس والتقييم ، والقيام بإجراء البحوث والدراسات النظرية والتطبيقية خدمة للمجتمع وتنميته ، والإشراف على الرسائل الجامعية وبحوث الطلبة والتقارير والأنشطة العلمية والاجتماعية وتوجيههم ، والتفرغ التام لواجبه العلمي في خدمة الجامعة ، والإرشاد الأكاديمي والمشاركة في المجالس واللجان الجامعية التي تشارك بها الجامعة وأي أمور أخرى يكلف بها بما يخدم الجامعة) . فضلا عما تقدم يجب على التدريسي الجامعي الالتزام بالقيم والتقاليد والأعراف الجامعية التي نصت عليها القوانين ذات الصلة^(٢٩).

المبحث الثاني

التكليف القانوني لعقد التدريس في الجامعات الأهلية والآثار المترتبة عليه

وتعد عملية التكليف من أصعب وأكثر العقبات التي تواجه الباحث القانوني، ويعرف التكليف القانوني بأنه (عملية فنية تستهدف تحديد الوصف القانوني لمسألة معينة وذلك بهدف وضعها في خانة معينة من خانات المسائل القانونية التي أوجد لها المشرع قاعدة إسناد تعالجها). ويعرف أيضاً بأنه (عملية قانونية المراد بها إعطاء الوصف القانوني الذي يتفق مع طبيعته والنتيجة التي أفضه إليها وارتضاها الطرفين المتعاقدين)^(٣٠). وما يترتب على هذا التكليف من آثار قانونية وهو ما سوف نوضحه من خلال مطلبين ، فننتاول في المطلب الأول التكليف القانوني لعقد التدريس في الجامعات الأهلية اما المطلب الثاني فسوف نتناول فيه الآثار القانونية التي تترتب على تكليف عقد التدريس في الجامعات الأهلية وكما يأتي :

المطلب الأول

التكليف القانوني لعقد التدريس في الجامعات الاهلية

تعد عملية تكليف أي مسألة قانونية من أصعب المسائل التي تواجه الباحث القانوني، وتعد عملية تكليف أي عقد من أعمال القضاء لأنها مسألة قانونية لا تعتمد على طلب الخصوم ويختلف عن التفسير وإن كان تكليف أي عقد يعتمد بالأساس على تفسيره إلا أن الأخير يعد مسألة موضوعية لا قانونية، (لأنه إذا استخلص قاضي الموضوع إرادة المتعاقدين أنزل عليها حكم القانون لتكليف العقد والكشف عن ماهيته)^(٣١).

(٢٩) ومصطلح القيم والتقاليد مصطلح شامل لم تحدده التشريعات وبذلك فهي تشمل جميع الواجبات للتدريسيين الجامعيين المنصوص عليها في القوانين أو الصادرة بموجب قرارات إدارية أو المكتسبة من الأديان والأعراف ينظر : د. محمود أحمد طه، حقوق وواجبات أعضاء هيئة التدريس والعاملين بالجامعة، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ٦١. تنظر المادة (٣٤) من قانون التعليم العالي= الفرنسي رقم (٦٨-٩٧٨) الصادر في ١٢ تشرين الأول ١٩٩٨، ٢٠١٥، والمادة (١٣) من قانون الخدمة الجامعية العراقي رقم (٢٣) لسنة (٢٠٠٨) المعدل والتي نصت (يلتزم موظف الخدمة الجامعية بالقوانين والأنظمة والتعليمات المقررة وبما تقتضيه الأعراف والتقاليد الجامعية...).

(٣٠) د. بكر القباني، التكليف القانوني للجمعيات ذات النفع العام ، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية ، الشعبة المصرية العالي الدولي للعلوم الإدارية ، العدد الثالث ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص ١٣

(٣١) د. بكر القباني ، مصدر سابق، ص ١٣.

وفي هذا المجال هنالك رأيان في الفقه القانوني ذهب الأول منهما الى تكليف عقد التدريس في الجامعات الأهلية الى أنه عقد عمل بينما ذهب الرأي الثاني إلى تكليفه إلى أنه عقد مقاوله وهو ما سوف نتناوله في فرعين نخصص الأول منهما للكلام عن تكليف عقد التدريس في الجامعات الأهلية بأنه عقد عمل ، أما الفرع الثاني فسوف نتناول فيه تكليف عقد التدريس في الجامعات الأهلية بأنه عقد مقاوله وكما يأتي :

الفرع الأول

تكليف عقد التدريس عقد عمل

بادئ ذي بدئ نقول بأنه لحدثة (عقد التدريس) نجد أن التشريعات والفقه القانوني لم يتناوله بصورة واسعة، لذلك قد نجد صعوبة في إعطائه الوصف القانوني الدقيق والمناسب دون الاطلاع على التكليف القانوني للعلاقة بين الجامعة الأهلية والتدريسيين العاملين فيها لكي نتمكن من معرفة التكليف الصحيح لهذا النوع من العقود هل هو عقد عمل، أو عقد مقاوله، أو ذو طبيعة مختلطة، فالعاملون في هذه المؤسسات يكونون ذا نشاطات مختلفة قد يكون تدريسيًا أو فنيًا أو إداريًا وتربطهم بها علاقات قانونية مختلفة، وما يهمنا في بحثنا هذا هو العلاقة القانونية للتدريسي مع هذه المؤسسة بموجب عقد التدريس المبرم بينهما وهنا نتساءل ما هو التكليف القانوني لهذا العقد؟ وحتى نجيب عن هذا السؤال يجب علينا القول بأنه لا يعد هؤلاء التدريسيين المتعاقدين موظفين عاميين لعدم انطباق شروط الموظف العمومي عليهم وأيضاً لأنهم لا يعملون في مؤسسات حكومية ذات نفع عام، بل تنشأ بمبادرة أحد أشخاص القانون الخاص.

وقد أشارت المادة (٢٣) من الضوابط والتعليمات الخاصة بقانون التعليم العالي الاهلي العراقي رقم (٢٥) لعام ٢٠١٦م إلى أنه: (تسري أحكام قانون العمل رقم (٣٧) لعام ٢٠١٥ فيما يخص فرض العقوبات الانضباطية والإدارية على التدريسيين والموظفين والإداريين والخدميين في الجامعات والكليات والمعاهد الأهلية).

وبموجب ذلك يرى بعض الباحثين أن المشرع العراقي بين مركز التدريسي المتعاقد مع الجامعات الأهلية أنه "عامل" أكسبه صفة العامل ويخضع بذلك لقانون العمل العراقي وتنطبق على التدريسي المتعاقد شروط عقد العمل، ويرون في ذلك أن التدريسي في الجامعات الأهلية عمالاً مشمولين بالحماية القانونية التي كفلها لهم قانون العمل. ولهذا يوجد في كل جامعة أهلية لوائح لخدمة العاملين خاصة بهم تم المصادقة عليها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، علماً أن هذه القواعد لا تتعدى أن تكون أنظمة داخلية ألزم المشرع رب العمل بوضعها^(٣٢).

وما يدعم ويؤكد أن جميع المنتسبين في القطاع الخاص وبضمنهم التدريسيين في الجامعات الأهلية مشمولين بالحماية القضائية لمحكمة العمل ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها تضمن (.....، وأن محكمة العمل هي التي تختص بنظر الدعاوى والقضايا والمنازعات المدنية والجزائية المنصوص عليها في قانون العمل وأن هذا القانون لا يخضع له فقط العمال وإنما يسري في حق كل من يصدق عليه أن يكون متابعاً مأجوراً يؤدي عملاً خاصاً كالأساتذة والأطباء العاملين في القطاع الخاص)^(٣٣).

بينما يرى جانب آخر من الباحثين^(٣٤) أن وصف عامل لا يليق بالتدريسيين العاملين في الجامعات الأهلية فهم لا يخرج وصفهم وإن كانوا موظفين غير عموميين ولكن مكلفين بخدمة عامة وعلى هذا الوصف يترتب جانبان من الحماية فيما يتعلق بالحماية القانونية الممنوحة لهم:

(٣٢) إيمان حايك محمد، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٣٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم/٦٣/الهيئة الموسعة/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/١٢ (غير منشور) .

(٣٤) غسان زكي كاظم، التنظيم القانوني للتعليم الجامعي الأهلي في العراق، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية القانون - جامعة بابل، ٢٠٠١، ص ٤٧.

١- من ناحية الحماية المدنية : يعد التدريسي المتعاقد عامل كونه يعد مشمولاً بالحماية القانونية المنصوص عليها في قانون العمل والضمان الاجتماعي للعمال لشموله في استقطاعات صندوق الضمان الاجتماعي، وعليه فالحماية الممنوحة للتدريسيين في الجامعات الأهلية هي ذات الحماية الممنوحة للعمال.

٢- أما من ناحية الحماية الجنائية، فإن التدريسيين في الجامعات الأهلية مشمولون بهذا النوع من الحماية التي منحها المشرع العراقي للموظف العام أو المكلف بخدمة عامة أثناء تأديته العمل أو بسببه^(٣٥).

أما المشرع المصري فلم يحدد التكيف القانوني للعلاقة بين الكلية الأهلية والعاملين فيها من التدريسيين في قانون تنظيم الجامعات المصرية النافذ، وبذلك قد سلك نهج المشرع العراقي نفسه في هذا الموضوع. وعدّ التدريسي المتعاقد مع الجامعات الأهلية عاملاً ويخضع للعلاقة العقدية لقانون العمل شرط أن تنطبق عليه المادة (٦٧٤) من القانون المدني المصري رقم (٣) لعام (١٩٤٨م) بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر^(٣٦).

أما المشرع الأردني فقد اكتفى بالشروط القانونية التي نصت عليها المادة رقم (٥٨)^(٣٧) من قانون العمل الأردني رقم (٢٨) لعام (١٩٩٦م) وهي الشروط نفسها التي أقرها المشرع المصري المتعلق بأداء العمل أياً كان نوعه لصاحب العمل والخضوع لرقابة وإشراف صاحب العمل لقاء أجر معين دون أن يبين التكيف القانوني لعقد التدريس في الجامعات الخاصة بين التدريسي المتعاقد والمؤسسة التعليمية. وإذا ما أخذنا بموقف القانون العراقي والتشريعات المقارنة بخصوص تكيف هذا العقد وبالرجوع إلى أركانه وخصائصه القانونية وما ذهب إليه القضاء العراقي متمثلاً بمحكمة التمييز الاتحادية من الممكن القول إن عقد التدريس في الجامعات الأهلية هو عقد عمل تتوافر فيه الشروط والأركان التي نص عليها قانون العمل ، وفيما يتعلق بالعمل الذي يؤديه التدريسي المتعاقد مع المؤسسة العلمية الأهلية والمتمثل بكل جهد فكري أو عملي يقدمه التدريسي فضلاً عن التبعية بكل صورها الفنية والاقتصادية والقانونية التي يؤديها التدريسي لرب العمل " الجامعة الأهلية " .

الفرع الثاني

تكيف عقد التدريس عقد مقاولة

يعرف عقد المقاوله بأنه: (العقد الذي يتعهد به أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر)^(٣٨). وأهم خصائص هذا العقد أنه عقد رضائي ومن العقود المسماة التي خصها المشرع العراقي بقواعد تفصيلية خاصة لأهميتها وشيوعها في حياتنا اليومية. ويتميز عقد المقاوله عن عقد التدريس من حيث محل الالتزام من جهة القائم بالعمل إلى أنه عمل مادي بحت يتمثل بعمل فكري ذهني لا تصرف قانوني ، فمحل عقد المقاوله هو القيام بعمل أو صناعة شيء للطرف الآخر ، أما محل عقد

^(٣٥) تنظر نصوص المواد (٢٣٢، ٢٢٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

^(٣٦) د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح قانون العمل المصري واللبناني، الدار الجامعة، ط١، بيروت، ١٩٨٣، ص٣٠٥.

^(٣٧) تنص المادة (٥٨) من قانون العمل الاردني على أنه: (لا تسري أحكام المواد المتعلقة بساعات العمل المنصوص عليها في هذا القانون على الأشخاص الذين يتولون مهام الإشراف العام او الإدارة في اي مؤسسة والذين يعملون في بعض الحالات خارج المؤسسة او تتطلب أعمالهم السفر او التنقل داخل المملكة او خارجها) .

^(٣٨) تنظر المادة (٨٤٦) من القانون المدني العراقي .

التدريس فهو العمل الذهني الذي يقوم به التدريسي من خلال تقديم العلوم المختلفة إلى الطلاب في المؤسسات الجامعية الأهلية وهنا يكمن الاختلاف بين عقد المقاوله وعقد التدريس. ولكن بالتوسع في تكييف هذا العقد نجد أنه قد يكون مختلطاً بين نوعين من العقود حسب أطرافه المتعاقد ، فقد يكون مدنياً وتجارياً في آن واحد فهو مدني من جهة التدريسي المتعاقد لأنه يسعى من وراء إبرامه مع المؤسسة الجامعية الأهلية للحصول على أجرته التي تعينه على ظروف الحياة وليس بقصد المضاربة أو تحقيق الأرباح ، ويعد عقداً تجارياً من طرف المؤسسة العلمية الأهلية كونه يسعى لتحقيق الأرباح من خلال استثمار أموال طائلة على شكل مشروع تجاري متكامل يتم استثماره في تقديم التعليم الجامعي.

ولكن كان لهيئة تعيين المرجع^(٣٩) رأي آخر في هذا النوع من العقود، حيث أصدرت هيئة تعيين المرجع في محكمة التمييز الاتحادية العراقية قراراً مهماً برقم (١) لسنة ٢٠٢٢م في ٢٦/١/٢٠٢٢ يؤكد " أن الاختصاص في نظر الدعوى الخاصة بالتدريسيين الجامعيين أو المحاضرين العاملين في الكليات الأهلية ينعقد إلى محكمة البداية وفقاً للولاية العامة للقضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية ولا ينعقد هذا الاختصاص إلى محكمة العمل ولا إلى محكمة قضاء الموظفين". وجاء في القرار أيضاً إنه (لا يمكن اعتبار عمل التدريسي الجامعي أو المحاضر في جامعة أهلية، بموجب الاتفاق المبرم بينهم "عقد عمل" سواء كانت الأعمال أو المهام الموكلة إليه "علمية أو إدارية" وذلك لفقدانه الركن الأساسي المتمثل بـ "الإشراف والرقابة" من قبل رب العمل على العامل، وأكد القرار " أن ركن الإشراف والرقابة " غير متحقق في طبيعة هذه العلاقة المحكومة بالقواعد القانونية والموضوعية الواردة في قانون العمل.. وخضوعها لأحكام عقد العمل.. محل نظر ويتقاطع مع طبيعة تلك العلاقة وكذلك أهداف قانون التعليم الأهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦م وإن العنصر المهم والأساسي محل التدقيق هنا " التبعية " أي أنه العمل، وتركز العمل الذي يقوم به العامل يكون تابعاً عند خضوع العامل لإشراف وتوجيه صاحب العمل ،وهو يتطابق مع الهدف من تأسيس الجامعات والكليات الأهلية ومع المبادئ والقيم التي تجعل عمل "التدريسي الجامعي" وبما ينسجم مع طبيعة تلك الأعمال والمهام التي يقوم بها في هذه المؤسسات^(٤٠).

ورد الأستاذ الدكتور ميري كاظم الخيكاني على قرار هيئة تعيين المرجع أعلاه^(٤١) حيث قال (....) لدى عطف النظر على القرار محل "التعليق" وجدناه يتعلق بتحديد إطار العلاقة التي تربط التدريسي في الجامعات والكليات الأهلية وبين إدارة تلك الجامعات والكليات من حيث المحكمة المختصة التي تنظر النزاع الذي قد يحصل والقواعد القانونية الموضوعية التي تنظم هذه العلاقة سواء أكانت إدارية أم علمية.. وانتهت هيئة تعيين المرجع إلى قرارها بالأكثرية أن النقطة الواجبة الحل ابتداء هي إعطاء التكليف القانوني السليم للاتفاق المبرم بين طرفي الدعوى، فهل عقد عمل يخضع لقانون العمل أو عقد غير مسمى يخضع للقواعد العامة في العقود التي نص عليها القانون المدني. وركنت تلك الهيئة إلى أنه... - لا يمكن اعتبار عمل التدريسي الجامعي أو المحاضر في جامعة أهلية بموجب الاتفاق المبرم بينها "عقد عمل" -

(٣٩) هيئة تعيين المرجع: هي هيئة مشكلة بموجب البند (رابعاً) من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة العراقية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ تختص بتحديد المحكمة المختصة في حالة تنازع الاختصاص بين محكمة القضاء الإداري وإية محكمة مدنية أخرى.

(٤٠) القرار القضائي الصادر من هيئة المرجع في محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ في ٢٦/١/٢٠٢٢.

(٤١) هذا الرأي د. ميري كاظم عبيد الخيكاني عميد كلية القانون/ جامعة بابل ورئيس لجنة عمداء كليات القانون في الجامعات العراقية، تاريخ النشر ٢٠٢٢/٤/١٨، جمهورية العراق/ مجلس القضاء الأعلى، منشور على الموقع الإلكتروني

www.sjc.iq/view.69506/

سواءً كانت الأعمال والمهام الموكلة إليه علمية أو إدارية وذلك لفقدانه الركن الأساسي المتمثل بـ "الإشراف والرقابة" من قبل رب العمل على العامل.....) واستطردت تلك الهيئة أن الأولوية الكامنة والقول لها في جوهر الاتفاق بين التدريسي الجامعي والجامعة الأهلية هو تقديم خلاصة علمية في مجال عمله عليه حددت تلك الهيئة أن الاختصاص في نظر تلك الدعوى ينعقد إلى محكمة البداية وفقاً للولاية العامة للقضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية ولا ينعقد هذا الاختصاص إلى محكمة العمل ولا إلى محكمة قضاء الموظفين) .

إن العبارات الواردة تبين لنا أن السلطة الإدارية من الممكن أن تصح في الإشراف والرقابة للعاملين في الجامعات والكليات الأهلية في نطاق الأعمال ذات الطبيعة (الخدمية) وليس الطبيعة (العلمية) فكيف لنا أن نتصور أن نعطي لرب العمل الجهة المستفيدة أو الهيئة المؤسسة لا بل حتى الجهة الإدارية في الكلية أن تخضع عقل التدريسي الجامعي لرقابتها وتوجيهها بالوجه التي تراها فيما سبق أن قيمة التدريسي الجامعي هي أرفع وأسمى من ذلك بكثير وتتعارض مع المبادئ والأهداف التي ترغب المؤسسات العلمية في تحقيقها سواءً كانت تلك المؤسسات (حكومية) أو (أهلية)، وبالتالي فإن خضوع العلاقات التي ترتد في طبيعتها على (الطالب الجامعي) ما بين التدريسي الجامعي والجامعات الأهلية لقواعد العمل محل نظر ولا يمكن التسليم به مطلقاً لعدم إمكانية أعمال ركن "الإشراف والرقابة" على الأعمال التي يقوم التدريسي لطبيعتها العلمية الصرفة .

نستنتج من ذلك أن الأسباب والموجبات التي وردت في قرار هيئة تعيين مرجع في محكمة التمييز الاتحادية تتطابق مع فلسفة تأسيس الجامعات والكليات الأهلية ومع المبادئ والقيم التي تجعل عمل (التدريسي الجامعي) وبما ينسجم مع طبيعة تلك الأعمال والمهام التي يقوم بها في هذه المؤسسات وهي بهذا الاتجاه ذهبت إلى تطبيق صحيح للقانون وتجسيده لروحه التي تكون الأساس في عملية التفسير المتطور لنصوص القانون^(٤٢) .

المطلب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على تكييف عقد التدريس في الجامعات الأهلية

توصلنا في المطلب الأول من المبحث الثاني إلى أن الفقه والقضاء اختلفا حول تكييف عقد التدريس في الجامعات الأهلية إلى رأيين فذهب الاتجاه الأول الى تكييف هذا العقد على أنه (عقد عمل) أما ما ذهب إليه الاتجاه الثاني مؤخراً الى أنه (عقد مقاوله) وبالتالي سوف تختلف الآثار القانونية المترتبة على هذا التكييف بين ما إذا ما كيف على انه عقل عمل عن ما سوف تترتب من آثار عند تكييفه على انه عقد مقاوله وهو ما سنحاول توضيحه في فرعين فنخصص الفرع الاول للكلام عن آثار المترتبة على تكييف عقد التدريس عقد عمل أما الفرع الثاني فسوف نخصصه للكلام عن الآثار المترتبة على تكييف عقد التدريس عقد مقاوله وكما يأتي :

الفرع الأول

الآثار المترتبة على تكييف عقد التدريس عقد عمل

عرف القانون المدني عقد العمل بأنه (العقد الذي يتعهد به أحد طرفيه بأن يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر ويكون في ادائه تحت توجيهه وإدارته مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر ويكون العامل أجيراً

(٤٢) رأي د. ميري كاظم عبيد الخيكاني ، مصدر سابق .

خاصاً^(٤٣). أما قانون العمل فقد عرفه بأنه (أي اتفاق سواء كان صريحاً أم ضمناً شفويّاً أو تحريريّاً يقوم بموجبه العامل بالعمل أو تقديم خدمة تحت إدارة وأشراف صاحب العمل لقاء اجر أياً كان نوعه)^(٤٤). ولمقارنة عقد التدريس مع عقد العمل والوقوف على مدى اعتبارهما في نطاق واحد لا بد لنا من الاطلاع على أوجه الشبه والاختلاف بينهما، وأهم أوجه الشبه بين العقدين هما:

١- يلتقي عقد التدريس مع عقد العمل ويتشابهان مع بعضهما من حيث عنصر الأجرة^(٤٥). فالمؤسسة التعليمية الجامعية الأهلية تقوم بإبرام العقود مع التدريسيين لغرض تبادل المنفعة المالية والعلمية فهي تحصل على خدماتهم العلمية في تعليم الطلبة العلوم المختلفة في تلك المؤسسات بالمقابل هم يحصلون على المنفعة المالية متمثلة بالأجور التي يستحقونها مقابل مجهودهم وأعمالهم الذهنية. والحال كذلك بالنسبة لعقد العمل إذ لا يمكن تصور وجود عقد عمل مهما كان الجهد المبذول من قبل العامل دون وجود أجرة متفق عليها مقابل العمل.

٢- يتشابه عقد التدريس مع عقد العمل ويلتقيان معاً في تقديم الخدمة، حيث إن السبب وراء التزام المؤسسة التعليمية الجامعية بدفع الأجرة للتدريسي هو قيامه بتقديم عمل^(٤٦) وإن كان هناك اختلاف بطبيعة العمل حيث يقدم العامل في عقد العمل عمل مادي يعتمد على جهوده العضلية والبدنية في أداء العمل. بينما في عقد التدريس يكون العمل عبارة عن خدمة أو جهد ذهني أو فكري .

ومع وجود نقاط الشبه التي ذكرناها سابقاً إلا أنه لا يمكن التسليم بأن عقد التدريس هو عقد عمل لوجود اختلاف جوهري بينهما وهو لزوم وجود عنصر التبعية في عقد العمل وتخلصه من عقد التدريس ما يعني أن العامل في قانون العمل يكون تابعاً ورب العمل المتبوع^(٤٧). أما في عقد التدريس فلا نكاد نلمس أي تبعية لعضو الهيئة التدريسية للمؤسسة التعليمية التي تقدم المعرفة العلمية الجامعية. ولعل من آثار تكليف عقد التدريس على أنه عقد عمل هي صفة العمل وعنصر التبعية والاختصاص القضائي والتي سوف نحاول توضيحها فيما يأتي :

١. صفة العمل : عندما يكون التدريسي الذي يتعاقد مع الجامعات الأهلية بصفة عامل عندها تترتب له حقوق وامتيازات العمال من مرتبات وحقوق وظيفية.
٢. عنصر التبعية : عندما يكون التدريسي تبعاً للجامعة التي يعمل فيها عندها تستطيع إدارة الجامعة توجيهه كيفما تشاء وفقاً لمقتضيات مصلحتها الخاصة .
٣. الاختصاص القضائي: عندما يكون تكليف عقد التدريس عقد عمل عندها تكون المحاكم المختصة بنظر النزاع الناشئ عن تنفيذ هذا العقد محاكم العمل .

^(٤٣) تنظر الفقرة (١) من المادة (٩٠٠) من القانون المدني العراقي.

^(٤٤) تنظر المادة (١/٩) من قانون العمل العراقي.

^(٤٥) تعرف أجرة العامل بأنها: (كل ما يدخل في ذمة العامل سواء نقداً أو عيناً، مقابل العمل الذي يؤديه لتنفيذ عقد العمل وذلك أياً كان الاسم الذي يطلق عليه وأياً كانت الطريقة التي تحتسب بمقتضاها)، تنظر: د. حسن كيره، أصول قانون العمل / عقد العمل ، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٩، ص٤٠٨.

^(٤٦) تنظر المادة (٢) من قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ .

^(٤٧) د. همام محمد محمود، قانون العمل (عقد العمل الفردي)، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٧، ص٤٨.

الفرع الثاني الآثار المترتبة على تكييف عقد التدريس عقد المقاوله

رغم التشابه الشديد بين عقد التدريس في الجامعات الأهلية وعقد المقاوله في بعض الخصائص ومحل الالتزام لطرفي العقد إلا أنه لا يمكن أن نسلم بأن عقد التدريس في الجامعات الأهلية هو عقد مقاوله لوجود اختلافات بينهما في الأوجه الآتية:

أ. من ناحية الالتزام فالالتزام في عقد المقاوله هو التزام يحقق غاية وهو إما أداء عمل أو صنع شيء، في حين الالتزام في عقد التدريس هو التزام يبذل عناية^(٤٨).

ب. من ناحية النشاط أو العمل المقدم: فالعمل والنشاط في عقد المقاوله يختلف عنه في عقد التدريس فهناك التزامات ناشئة عن عقد المقاوله منها التزامه بتسليم العمل في وقت محدد^(٤٩) وهذا ما يختلف أو يصعب تصوره في عقد التدريس لأن التدريس المتعاقد لا يقدم صنعة بموجب هذا العقد وإنما يلتزم بأداء المعرفة العلمية في مجال اختصاصه العملي تحت رقابة وإشراف المؤسسة الأهلية التعليمية.

ت. من ناحية طرفي العلاقة التعاقدية فإن أطراف عقد المقاوله إما أن يكون الطرفان أشخاصاً طبيعيين أو أحدهما شخص معنوي والثاني شخص طبيعي أو كلاهما أشخاص معنوية وبحسب الأحوال، أما في عقد التدريس لا بد من أن يكون التدريس المتعاقد من الأشخاص الطبيعيين والطرف الثاني في هذا النوع من العقود من الأشخاص المعنويين الذين لهم ذمة مالية مستقلة.

ويعتقد أن إدخال عقد التدريس في الجامعات الأهلية إلى نظام عقد المقاوله من قبل الفقه كان بسبب قياس هذا العقد على عقد التعليم الخاص الذي اعتبره نوع من أنواع عقد المقاوله ، وعقد التعليم الخاص هو العقد الذي يبرم بين التلميذ أو من يمثله قانوناً من جهة والمدرس من جهة ثانية من أجل تحسين المستوى العلمي للتلميذ . وقياس عقد التدريس في الجامعات الأهلية بعقد التعليم الخاص محل نظر ، كون عقد التدريس الخاص مشابه لعقد المقاوله من حيث المعنى والمضمون ، وهو أمر غير وارد بالنسبة لعقد التدريس في الجامعات الأهلية للأسباب التالية :

١- عقد التعليم الخاص مختلف عن عقد التدريس في الجامعات الأهلية فعقد التعليم الخاص هو العقد المبرم بين المتعاقدين والد التلميذ والتدريسي لتحسين المستوى العلمي للتلميذ ، أما عقد التدريس في المؤسسات الجامعية الأهلية أوسع بكثير من الصورة التي تطرق لها الفقه القانوني .

٢- إن أساس عقد التعليم الخاص هو العمل الاقتصادي بحصول التدريسي أو المعلم على الأجرة من والد الطالب مقابل تحسين مستوى التلميذ أو الطالب بينما يتعاقد عضو الهيئة التدريسية مع المؤسسات التعليمية الأهلية .

وبالتالي نستنتج أن عقد التدريس يختلف أو يتميز عن عقد المقاوله في عدة جوانب أهمها محل الالتزام في كلا العقدتين حيث يمثل محل الالتزام في عقد التدريس في الجامعات والكليات الأهلية تقديم المعرفة العلمية في مجال تخصصه العلمي أما محل الالتزام في عقد المقاوله فهو صنع شيء ما أو أداء عمل مادي. ويعد عقد التدريس من العقود غير المسماة بالرغم من خضوعه لقانون تنظيم الجامعات النافذ والتعليمات والأنظمة التي تصدرها الجهات المختصة بالتعليم الجامعي بالعراق عكس عقد المقاوله الذي يعد

(٤٨) جليل حسن نشأت الساعدي، مسؤولية المعلم المدنية_ دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، ١٩٩٧، ص١٢٦.

(٤٩) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع، الايجار، المقاوله)، دار الحكمة، بغداد، ١٩٩٣، ص٢٧.

من العقود المسماة والتي خص لها المشرع عدة مواد قانونية في القانون المدني العراقي النافذ تنظيم مراحل إبرام العقد وتحديد التزامات وحقوق طرفيه.

اما النتائج المترتبة على تكليف عقد التدريس في الجامعات الأهلية على انه عقد مقاوله فهي :

١. اعتبار عقد التدريس في الجامعات الأهلية من العقود المسماة التي نص عليها القانون المدني وبالتالي تكون خاضعة لأحكام القانون المدني .
٢. تترتب على عقد التدريس في الجامعات الأهلية التزامات مشابهة على عقد المقاوله.
٣. تكون المحاكم المختصة بنظر النزاع الناشئ عن عقد التدريس في الجامعات الأهلية محاكم البداية .
٤. لا يكون التدريسي المتعاقد مع الجامعات الأهلية خاضعاً لرقابة وإشراف رب العمل(الجامعة الأهلية).
٥. الأعدار: إذا ما عد عقد التدريس في الجامعات الأهلية عقد مقاوله عندها يجب أعدار المدين في هذا العقد قبل إقامة دعوى التعويض^(٥٠) ما لم يكن هناك اتفاق خلاف ذلك^(٥١).
٦. التعويض: يشمل نطاق التعويض في عقود المقاولات عنصرين هما ما فات من الكسب وما لحق من خسارة^(٥٢) للمقاول وهو ما يعرف بفوات المنفعة، فإذا ما عد عقد التدريس في الجامعات الأهلية عقد مقاوله عندها يحق لتدريسي المتعاقد المطالبة بما لحقه من خسارة تتمثل بالمرتبات والمخصصات وما فاته من مكسب قد تتمثل بفوات فرصة التعيين على الملاك الدائم أو التعاقد مع جامعة أخرى.
٧. التقادم: القاعدة العامة في تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد المقاوله (١٥ سنة) بعد تركها من غير عذر شرعي^(٥٣) ولكن بينت المادة (١/أ) المادة (٤٣١) حالة خاصة بالتقادم لمسقط^(٥٤).

بعد أن تطرقنا إلى اعتبار عقد التدريس في الجامعات الأهلية عقد عمل وعقد مقاوله وما يترتب على ذلك من آثار قانونية، لا بد علينا من الكلام عن ما ذهب إليه هيئة تعيين المرجع في محكمة التمييز العراقية على اعتبار عقد التدريس في الجامعات الأهلية (عقد غير مسمى) وما سوف يترتب على ذلك من آثار قانونية من خضوع هذا العقد إلى القواعد العامة في العقود التي نص عليها القانون المدني من خلال عدم إمكانية اعتبار عمل التدريسي الجامعي في الجامعات الأهلية بموجب الاتفاق المبرم بين طرفي العقد هذا (عقد عمل) سواءً أكانت الأعمال الموكلة للتدريسي المتعاقد أعمالاً علمية أم أعمالاً إدارية وذلك لفقدان الركن الأساسي المرجح المتمثل بالرقابة والإشراف على العامل وما يترتب على اعتباره من العقود الخاضعة للقانون المدني من خضوعه لاختصاص المحاكم المدنية (محكمة البداية) فضلاً عن خضوعه لأحكام التقادم والتنازل سالفه الذكر^(٥٥).

^(٥٠) تنظر المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي.

^(٥١) تنظر المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي.

^(٥٢) تنظر الفقرة (٢) من المادة (١٦٩) من القانون المدني العراقي.

^(٥٣) تنص المادة (٤٢٩) من القانون المدني العراقي على انه (الدعوى بالالتزام ايا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر مشروع خمسة عشر سنة مع مراعاة ما وردت فيه من احكام خاصة).

^(٥٥) ينظر قرار هيئة تعيين المرجع في محكمة التمييز الاتحادية العراقية المرقم (١) لسنة ٢٠٢٢ الصادر في ٢٠٢٢/١/٢٦.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراستنا توصلنا إلى عدة استنتاجات وتوصيات كما يلي:

أولاً: الاستنتاجات

١. إن المشرع العراقي لم ينظم عقد التدريس في الجامعات الأهلية .
٢. يعرف عقد التدريس في الجامعات الأهلية أنه (عقد غير مسمى اتفاقي ملزم للجانبين تتعاقد بموجبه مؤسسة جامعية ذات نشاط خاص وذات نفع عام مع شخص طبيعي مؤهل علمياً ومختص في حقل من حقول المعرفة العلمية ليتولى تقديم المعرفة الى طلاب تلك المؤسسات خلال فترة معينة).
٣. توصلنا في هذا البحث إلى أن عقد التدريس في الجامعات الأهلية هو أحد أنواع عقود الأذعان ولم يكن عقد من عقود المساومة ويعود ذلك لعدم وجود توازن عقدي بين الطرفين فضلاً عن كون بنود العقد محددة مسبقاً من قبل الكلية أو الجامعة الأهلية دون الأخذ بالاعتبار إرادة التدريسي عند الإبرام فضلاً عن عدم وجود مساومة أو تفاوض الا في الظاهر فقط.
٤. نستنتج من هذا البحث أن مؤسسات التعليم الجامعية الأهلية ماهي إلا مؤسسات ربحية ذات نفع عام ، وتدخل المشرع في تنظيمها القانوني وإخضاعها لهذه القوانين ما هو إلا لتسهيل عملها وتحقيق الغاية التي أنشأت لأجلها.
٥. وضح لنا البحث أن العلاقات بين التدريسيين والجامعات الأهلية هي علاقات تنظيمية تخضع للقوانين الخاصة بالتعليم الأهلي سواء كان في العراق أو التشريعات المقارنة ذات الصلة ، ومع هذا فإن هناك قصور تشريعي يحيط هذه العلاقة من جوانب عدة أهمها عدم بيان المركز القانوني للتدريسيين المتعاقدين مع الجامعات الأهلية.
٦. نستنتج من البحث أن الجهة المختصة بالإشراف وتقييم الجامعات والكليات الأهلية هي وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بموجب ما نصت عليه المادة (١٠) من قانون التعليم العالي الأهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦م النافذ وهذا هو الموقف الصائب من المشرع العراقي لأن وزارة التعليم هي الجهة الأكثر معرفة ودراية بالعملية التعليمية والتربوية .
٧. نستنتج أن التدريسي المتعاقد مع الجامعات الأهلية يقع عليه ذات الواجبات والالتزامات الواقعة على التدريسي في الجامعات الحكومية والمشار إليها في القوانين والأنظمة التي تنظم نشاط التعليم العالي كقانون الخدمة الجامعية النافذ.
٨. نستنتج من هذا البحث بأن هنالك عدم استقرار في الرأي القائل بتكليف عقد التدريس في الجامعات الأهلية ، فذهب القضاء أولاً إلى تكليف عقد التدريس في الجامعات الأهلية على أنه عقد عمل ، ومن ثم ما لبث هذا الرأي بالتغير إلى اتجاه مخالف له فذهب الرأي الثاني إلى إخضاع هذا العقد لأحكام القانون المدني من خلال اعتباره من عقد مقاوله ومما ترتب على ذلك من ادخاله في اختصاص محاكم البدء بعد أن كان خاضعاً لاختصاص محاكم العمل .
٩. لما تقدم يتضح أن التكليف القانوني لعقد التدريس هو عقدا غير مسمى يخضع لأحكام القانون المدني ، وما يعزز ذلك اتجاه القضاء العراقي الاخير في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية . وبالتالي تختلف الآثار المترتبة على هذا العقد من حقوق والتزامات عما هو عليه الحال باعتباره عقد عمل أو مقاوله ، وبذلك يكون قد انصف هذه الشريحة المهمة من شرائح المجتمع .

ثانياً: التوصيات :

١. إن المشرع العراقي منح الجامعات الأهلية الشخصية المعنوية و عدهم من الأشخاص المعنويين ذات النفع العام بمقتضى أحكام قانون التعليم العالي الاهلي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦م وهناك اختلاف وعدم تطابق بين شخصيتين الشخصية المعنوية الخاصة والشخصية المعنوية العامة من عدة جوانب. وكان الأفضل اعتبار المؤسسات الجامعية الأهلية من أشخاص القانون الخاص من تاريخ منحها الشخصية المعنوية.

واستناداً على ذلك نأمل من المشرع العراقي تعديل نص المادة (ثالثاً/أولاً) من قانون التعليم العالي النافذ (أولاً: إنشاء كليات وجامعات أهلية تتمتع بشخصية قانونية ولها استقلال مالي وإداري يمثلها

- رئيس الجامعة أو عميد الكلية غير مرتبطة بجامعة وتتمتع بالأهلية القانونية الكاملة لتحقيق أهداف المؤسسة لأجلها وتعتبر مؤسسات خاصة ذات نفع عام).
- وسبب اقتراح هذا التعديل في نص المادة المذكورة إنه يقطع اختلاف الاجتهادات والآراء الفقهية بخصوص الطبيعة القانونية للكليات والمعاهد والجامعات الأهلية ويحصرها ضمن أشخاص القانون الخاص ذي النفع العام ومن ثم تعطي صورة أوضح لكيفية العلاقة العقدية بين التدريسي الجامعي والمؤسسة الجامعية الأهلية.
٢. كما ندعو المشرع العراقي إلى النظر في العديد من المشكلات التي أغفل عنها والتي تعد مسائل جوهرية خاصة بعقد التدريس في الجامعات الأهلية في قانون التعليم العالي النافذ من خلال تقييد الجامعات الأهلية بشروط ومحددات معينة تضمن الحماية لتدريسي الراغب بالتعاقد مع هذه المؤسسات للحد من الشروط التعسفية والمجحفة بحق التدريسيين العاملين فيها وخلق نوع من التوازن بين أطراف عقد التدريس في الجامعات الأهلية.
٣. وندعو المشرع العراقي إلى بيان المركز القانوني للتدريسي الجامعي المتعاقد مع المؤسسات الجامعية الأهلية وندعو لمعالجة هذا القصور التشريعي في قانون التعليم العالي الأهلي النافذ ومسواتهم بالحقوق مع الأساتذة الجامعيين في الكليات الحكومية ومنها شمولهم بقانون التقاعد.

المصادر

أولاً- المعاجم اللغوية :

١. الأمام محمد بن ابو بكر بن عبدالقادر الرازي أبو بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتب العربي ، لبنان ، بيروت ، ١٩٨٦ .
 ٢. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية ، المكتبة الإسلامية ، القاهرة ، ١٩٧٢ .
- ##### ثانياً - الكتب القانونية :
١. د. أحمد حشمت أبو سنتيت ، مصادر الالتزام ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٢ .
 ٢. د. أمجد منصور، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت ، ٢٠٠٦ .
 ٣. د. حسن كيره، أصول قانون العمل (عقد العمل) ، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٩ .
 ٤. د. حسين عامر عبد الرحيم عامر، المسؤولية التقصيرية والعقدية ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٩ .
 ٥. د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح قانون العمل المصري واللبناني، الدار الجامعة، ط١، بيروت ، ١٩٨٣ ،
 ٦. د. سعيد مبارك ، طه الملا حويش ، صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة (البيع ، الايجار، المقاوله) ، دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٣ .
 ٧. د. عبد الرحمن عياد ، أسس الالتزام العقدي- النظرية والتطبيق ، المكتب المصري الحديث ، الاسكندرية ، ١٩٩٢ .
 ٨. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٦٦ .
 ٩. د. عبد الرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٨ .
 ١٠. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، موسوعة القانون المدني المصري ، مطابع دار الكتاب العربي ، مصر، ١٩٥٢ .
 ١١. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في القانون المدني ، الجزء الأول ، ط ٤ ، دار الحكمة للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٤ ،

١٢. د. علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر، الأردن- عمان ، ٢٠٠٤.
١٣. د. غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة والالتزام ، الجزء الاول (عقد البيع) ، بغداد مطبعة المعارف ، ١٩٧٠.
١٤. د. فريدة العبيدي، السلطة التأديبية لصاحب العمل، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨.
١٥. د. فؤاد محمد موسى عبد الكريم ، المسؤولية التأديبية لأعضاء هيئة التدريس بالجامعات السعودية .
١٦. د. قاسم تركي عواد ، اختصاص التقاضي في دعاوى التعليم العالي الحكومي والاهلي في العراق ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، ٢٠٠١.
١٧. كاوان أسماعيل كردي، عقد التعليم الخاص، الطبعة الاولى، دار دجلة ، الاردن ، عمان ، ٢٠١٠.
١٨. د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح أحكام عقد المقاوله ، جزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مطبعة اوفست الوسام ، بغداد ، ١٩٧٦.
١٩. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري ، دار الجامعة الجديدة ، الطبعة الأولى ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤.
٢٠. د. محمد رجب السيد الكحلوي ، حدود الرقابة على الجمعيات أو المؤسسات الأهلية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٦.
٢١. د. محمد ابيب شنب ، المسؤولية المدنية للمعلم ، الطبعة الاولى ، مطبعة ذات السلاسل ، الكويت ، ١٩٩٥.
٢٢. د. محمود أحمد طه ، حقوق وواجبات أعضاء هيئة التدريس والعاملين بالجامعة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٦.
٢٣. د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين العربية والاجنبية معززة بأراء الفقه واحكام القضاء ، منشورات ثاراس ، العراق ، أربيل ، ٢٠٠٦.
٣١. د. هاشم علي الصادق ، دروس في قانون العمل اللبناني ، دار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان ، بيروت ، ١٩٨٢.
٣٢. د. همام محمد محمود ، قانون العمل (عقد العمل الفردي) ، دار المعرفة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٧.

ثالثا- الرسائل والاطاريح الجامعية:

١. إيمان حايف محمد ، حق مؤسسات التعليم العالي الأهلي في مسألة الأساتذة العاملين لديها في العراق، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة القادسية، ٢٠١٨.
٢. جليل حسن نشأت الساعدي، مسؤولية المعلم المدنية_ دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، ١٩٩٧.
٣. ساكار صباح ياسين ، المسؤولية المدنية للكليات الأهلية-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٢٠.
٤. سري حارث عبد الكريم ، النظام القانوني لخدمة موظفي الخدمة الجامعية (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، ٢٠١٢.
٥. عمار خليل جمعة الحديثي ، النظام الانضباطي لأعضاء هيئة التدريس بالجامعة (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة النهدين ، ٢٠١٣.
٦. غسان زكي كاظم حمادي ، التنظيم القانوني للتعليم الجامعي الأهلي في العراق ، رسالة ماجستير في القانون العام ، كلية القانون – جامعة بابل ، ٢٠٠١.

رابعا- البحوث القانونية:

١. إيمان حايف أحمد، الضمانات اللاحقة لتوقيع العقوبة الانضباطية على أعضاء هيئة التدريس ، بحث منشور في مجلة القادسية للعلوم الإنسانية ، المجلد (٢٢) ، العدد (٣)، ٢٠١٩.
٢. د. بكر القباني ، التكيف القانوني للجمعيات ذات النفع العام ، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية ،

الشعبة المصرية العالي الدولي للعلوم الإدارية ، العدد الثالث ، القاهرة ، ١٩٦٨ .
٣. د. سعدي البرزنجي ، ملاحظات نقدية على القانون المدني العراقي ، محاضرات غير منشورة أُلقيت على طلبة الماجستير في السنة الدراسية (٢٠٠٠-٢٠٠١) .

خامساً: مواقع الانترنت:

١. د. ميرري كاظم عبيد الخيكاني عميد كلية القانون/جامعة بابل رئيس لجنة عمداء كليات القانون في الجامعات العراقية، تاريخ النشر ١٨/٤/٢٠٢٢، جمهورية العراق/ مجلس القضاء الاعلى، منشور على الموقع الالكتروني www.sjc.iq/view.69506.

سادساً- القوانين والانظمة والتعليمات :

أ- القوانين العراقية :

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ.
- ٢- قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ النافذ المعدل.
- ٣- قانون مجلس شوري الدولة العراقية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ .
- ٤- قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ .
- ٥- قانون الخدمة الجامعية رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٨ .
- ٦- قانون العمل العراقي الجديد رقم (٣٧) لسنة ٢٠١٥ .
- ٧- قانون التعليم العالي الأهلي العراقي رقم (٢٥) لسنة ٢٠١٦ النافذ المعدل.

ب - القوانين العربية والاجنبية :

١. قانون تنظيم الجامعات المصري رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٢ .
٢. القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ .
٣. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٨٤ .
٤. قانون الجامعات الخاصة في مصر رقم (١٠١) لسنة ١٩٩٢ .
٥. قانون التعليم العالي الفرنسي رقم (٦٨-٩٧٨) الصادر في ١٢ تشرين الأول ١٩٩٨ .
٦. قانون الجامعات الأردني المرقم (٤٣) لسنة ٢٠٠١ .
٧. قانون تنظيم الجامعات المصري رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ النافذ .
٨. قانون الجامعات الخاصة الأهلية في مصر رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٩ .
٩. قانون الجامعات الأردنية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٩ .
١٠. قانون الجامعات الأردنية رقم (١٨) لسنة ٢٠١٨ النافذ .

ج- الانظمة والتعليمات :

١. الاعلان العالمي لحقوق الانسان لسنة ١٩٤٨ .
٢. تعليمات هيكل عمل عضو الهيئة التدريسية رقم (٧٢) لسنة ١٩٩٣ .
٣. تعليمات هيكل عضو الباحث في مراكز البحث العلمي والوحدات البحثية في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي رقم (١٤٨) لسنة ٢٠٠٢ .
٤. نظام الهيئة التدريسية بالجامعة الأردنية رقم (٥٨) لسنة ٢٠١٥ .

سابعاً-القرارات التشريعية والقضائية :

١. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٣) بتاريخ ١/٩/١٩٧٥ .
٢. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٣٢) لسنة ١٩٩٦ .
٣. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٥٧) لسنة ٢٠٠٠ .
٤. قرار مجلس الانضباط العام (سابقاً) رقم ٢٠٠٩/١٧٤٧ في ٢٨/١٢/٢٠٠٩ .
٥. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم/٦٣/الهيئة الموسعة/٢٠٠٩ في ١٢/٢/٢٠٠٩ (غير منشور).
٦. القرار القضائي الصادر من هيئة مرجع في محكمة التمييز الاتحادية العراقية رقم (١) لسنة ٢٠٢٢ في ٢٦/١/٢٠٢٢ .



Transparency in Concluding Administrative Contracts: A Comparative Study

Dr. Walid Amin Taher
Lecturer

Dr. Qaidar Abdel Qader
Professor

College of Law - University of Mosul - Mosul - Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 15 Apr., 2023
Accepted: 28 Sept., 2023
Available online: 31 Dec., 2023

PP. 97-112

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

Dr. Walid Amin Taher
Dr. Qaidar Abdel Qader

College of Rights- University of
Mosul
Mosul - Iraq

Email: waleedamin45@gmail.com

Abstract

Administration plays a significant role in creating civil contracts, while its role in the case of administrative contracts is limited. This is due to the privacy associated with these contracts, where the legislator intervenes to regulate administrative contracts. This is based on considerations related to financial dependency and ensuring the implementation of public projects, as well as other considerations related to selecting contractors based on competition, equality, and transparency. These considerations confine the administration's freedom in contracting. The necessity for the administration to adhere to the principle of transparency in the procedures for concluding administrative contracts is an important constraint that responds to the administration's freedom in contracting. In order for administrative contracts to fulfill their intended role, they must be free from administrative and financial corruption, which primarily leads to wasting public funds and damaging public resources of the state. This, in turn, weakens national economy. So, without transparency, the procedures preceding the conclusion of such contracts are flawed. Bidders have the right to challenge the administration's decision to award the tender before the judiciary. The lack of transparency in these procedures increases the possibility of a significant entry point for corruption in the management of such contracts. Forms of corruption may include designing specifications in favor of a specific bidder, withholding contract-related information, adopting contracting methods that do not achieve competition among the candidates, justifying these methods by claiming exceptional circumstances, leaking information about potential bidders' offers, excluding a bidder by imposing impossible conditions, or providing certain privileges to a bidder in exchange for favors to employees. Transparency requires the availability of information regarding the terms and conditions for contracting with the administration.

Keyword: *Administrative Contracts- Administrative Corruption- Transparency*



الشفافية في ابرام العقود الادارية دراسة مقارنة



الدكتور قيدير عبد القادر صالح

الدكتور وليد امين طاهر

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

استاذ

مدرس

كلية الحقوق – جامعه الموصل – الموصل – العراق

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٢/٤/١٥

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٢/٩/٢٨

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب – كركوك – العراق

المستخلص

يكون للإدارة أثر كبير في إنشاء العقود المدنية، بينما دورها في حالة إبرام عقود ادارية يكون محدودا، وذلك لما تتمتع به هذه العقود بقدر من الخصوصية، حيث يتدخل المشرع لتنظيم العقود الإدارية، وذلك لاعتبارات تتعلق بالاعتماد المالي وضمان تنفيذ المشروعات العامة، واعتبارات اخرى تتعلق باختيار المتعاقد على اساس المنافسة والمساواة والشفافية، ومن ثم تعد هذه الاعتبارات قيودا على حرية الإدارة في التعاقد. فضرورة التزام الإدارة بمبدأ الشفافية في إجراءات إبرام العقود الإدارية يعد من القيود المهمة التي ترد على حرية الإدارة في التعاقد، وان العقد الإداري يعد من اهم الوسائل التي تلجا اليها الإدارة في سبيل اشباع حاجاتها من الخدمات، وحتى تؤدي العقود الادارية دورها بالصورة المرجوة يجب ان تكون بعيدة عن مداخل الفساد الاداري والمالي الذي يؤدي بصورة اساسية الى اهدار المال العام والاضرار بالمقدرات العامة للدولة مما يستتبع ضعفا في الاقتصادات الوطنية وان مبدأ الشفافية من المبادئ الاساسية التي تخضع اليها العملية التعاقدية في ابرام العقود الادارية وبدونه تكون الاجراءات التي تسبق ابرام تلك العقود غير صحيحة حيث يحق للمتقدمين على العطاءات الاعتراض على قرار الإدارة بإرساء المناقصة امام القضاء، وتؤدي الى احتمال وجود مدخل كبير لنمو الفساد في ادارة تلك التعاقدات حيث تتمثل أوجه الفساد في تصميم المواصفات لصالح مقدم للعطاءات بعينه، او حجب المعلومات الخاصة بالعقد، أو اتباع اساليب للتعاقد لا تحقق المنافسة بين المرشحين للتعاقد، وذلك بحجة وجود ظروف اضطرت الإدارة للجوء الى هذه الأساليب، او تسريب معلومات عن عروض المتعاقدين المحتملين، او استبعاد احد مقدمي العطاءات بوضع شروط تعجيزية، او بغية افادة مقدم عطاءات اخر قدم للموظفين امتيازات معينة، فالشفافية تقتضي توافر المعلومات حول شروط وظروف التقدم للتعاقد مع الإدارة.

الكلمات المفتاحية: العقود الإدارية – الفساد الإداري – الوضوح والجلاء



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution) ل (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس:

الدكتور وليد امين طاهر

الدكتور قيدير عبد القادر صالح

(٢٠٢٣)

الشفافية في ابرام العقود الادارية

دراسة مقارنة

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

المقدمة

منذ أن نشأت الإدارة، نشأ معها الفساد الإداري، ولكن درجة انتشاره وأنواعه تختلف باختلاف بيئات العمل وظروف المجتمعات ومع ان الديانات السماوية وغيرها من النظم الوضعية، كانت من خلال تعاليمها الدينية او توجيهاتها الاخلاقية، تحاول ان تقضي على هذا الفساد الإداري وتحاربه، الا انه استمر مع استمرار ضعف النفس البشرية وطغيان حب المادة.

وإن تداول مصطلحات حديثة مثل العمولة والثورة التكنولوجية الرقمية والاتصالات وما رافقها من تحولات، قد غيرت حياة الإنسان وذلك من خلال إعادة ترتيب المفاهيم والقيم التقليدية واعادة النظر بها بما يتوافق مع متطلبات العصر الجديد، اذ ظهرت من ضمن هذه المفاهيم ظاهرة الفساد الإداري، وظهر ضمن سياقات هذا التطور والحدثة لغة ذات مفردات ومصطلحات جديدة نسبيا كالشفافية، فلا يكاد يخلو مقام الحديث او النقاش عن مكافحة الفساد سواء كان سياسيا او اقتصاديا او اجتماعيا من دون ان تكون كلمة الشفافية حاضرة فيه، ولهذا السبب اصبح مبدا الشفافية من المبادئ المهمة في نطاق العمل الإداري على الصعيد الدولي والإقليمي والوطني، ولاسيما بعد الازمات المالية التي انتشرت في اغلب الدول، وتبين بعد دراسة هذه الازمات ان السبب الرئيس لها تفشي ظاهرة الفساد الإداري والمالي في النظم الإدارية لهذه الدول.

اولا: اهمية البحث

ان الشفافية اصبحت من اهم الوسائل الحديثة التي تساهم في الحد من الفساد الإداري كونها تعتمد على معايير الدقة والوضوح في الاعلان، "وتمكين الافراد والاجهزة الرقابية من" التوصل الى المعلومات بسهولة ويسر، ومن خلالها يتم الوصول الى تطبيق السليم للحكم الرشيد.

ثانيا: هدف البحث

ان الهدف من البحث هو بيان ماهية الشفافية من خلال تعريفها وبيان اهميتها وذكر أهم معوقاتها، ومدى التزام الادارة بمبدأ "الشفافية في مجال العقود الادارية"، فضلا عن بيان الاثر المترتب على عدم التزام الادارة بهذا المبدأ.

ثالثا: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في الاجابة عن التساؤلات التالية:

- ١- ما هي أبرز معوقات الشفافية؟
- ٢- ماهي النتائج المترتبة على عدم التزام الادارة بمبدأ الشفافية؟
- ٣- الاثر المترتب على غياب الشفافية في مجال العقود الإدارية؟

رابعا: منهجية البحث

سنتبع في بحثنا "المنهج التحليلي المقارن، من خلال" تحليل "النصوص القانونية والأحكام القضائية"، وكذلك مقارنة القوانين في كل من فرنسا ومصر والعراق.

خامسا: هيكلية البحث

"تناول البحث الموضوع من خلال مقدمه" وثلاثة مباحث وعلى النحو الآتي، المبحث الاول: ماهية الشفافية، المبحث الثاني: الاساس القانوني للشفافية، و المبحث الثالث: الاساس القانوني للشفافية، أما الخاتمة فقد تطرقنا فيها الى أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية الشفافية

تعد الشفافية الادارية من المفاهيم الحديثة التي كثر الحديث عنها خلال الآونة الاخيرة ولا يزال يكتنفه الكثير من الغموض ويحمل معاني لها علاقة بعدة مفاهيم منها المصادقية والعدل والوضوح^(١) وليبيان هذا المبدأ بالتفصيل يقتضي ابتداءً تحديد مفهوم الشفافية لغة واصطلاحاً وتمييزها عن غيرها من المصطلحات المتشابهة مثل: الإفصاح والإعلان والتحذير والتبصير، وكذلك بيان أهميتها وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول، بينما في المطلب الثاني سنتناول فيه أهم متطلبات ومعوقات تطبيق الشفافية وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف الشفافية وأهميتها

في هذا المطلب سنتناول تعريف مبدأ الشفافية لغة واصطلاحاً وسنبين أيضاً أهمية مبدأ "الشفافية في مجال العقود الإدارية" وذلك في فرعين مختلفين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

تعريف الشفافية

لبيان تعريف مصطلح الشفافية لابد من تعريفه من الناحية اللغوية أولاً ومن ثم نعرفه اصطلاحاً وعلى النحو التالي:

أولاً: الشفافية لغة

يقصد "بالشفافية لغة من الشف وهو الثوب" أو الستر الرقيق بحيث يرى ما وراءه واستشف أي ظهر ما وراءه^(٢) وبالتالي فإن الذي يفهم من ثوب شفاف بفتح الشين وكسرهما أي أنه رقيق ويشف وهو الذي يستشف ما وراءه أي أن يبصر ما وراءه وعلى ذلك فإن الشفافية لغة تعني القدرة على ابصار الأشياء الموضوعية خلف الشيء ومن ثم معرفة الأشياء "ومشاهدتها بقدر معقول من الوضوح والحقيقة"^(٣)

ثانياً: تعريف الشفافية اصطلاحاً

الشفافية هي إحدى المصطلحات الحديثة التي "استخدمتها الجهات المعنية بمكافحة الفساد" في العالم معبره عن ضرورة اطلاع الجمهور على منهج السياسات العامة وكيفية "إدارة الدولة من قبل القائمين عليها من رؤساء دول وحكومات ووزراء وكافة المعنيين في مؤسسات الدولة بغية الحد من السياسات غير المعلنة التي تتسم بالغموض وعدم مشاركة الجمهور فيها بشكل واضح".

لذا تعرف الشفافية على أنها آلية الكشف والإعلان من جانب الدولة عن أنشطتها كافة في التخطيط والتنفيذ وتعرف هيئة الأمم المتحدة الشفافية بأنها حرية تدقيق المعلومات معرفة بأوسع مفاهيمها، أي توفير المعلومات والعمل بطريقة منفتحة تسمح لأصحاب الشأن بالحصول على المعلومات الضرورية للحفاظ على مصالحهم واتخاذ القرارات المناسبة واكتشاف الأخطاء^(٤)

(١) محمود اسامة عبد السيد الصافي، النظام القانوني لتعاقد الإدارة الكترونيًا، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٤، ص ٨١

(٢) لسان العرب لابن منظور، تحقيق عبدالله الكبير ومحمد احمد حسب الله وهاشم الشاذلي، الجزء الخامس، طبعة ١٩٨٤، دار المعارف، ص ٣٤١٩

(٣) د. عصام احمد البهجي، الشفافية واثرها في مكافحة الفساد الاداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ١٥.

(٤) محمد خضر السعدي، الشفافية في مواجهة الفساد المالي، جريدة المدى العراقية، شبكة المعلومات العامة، ص ١٦

وعرفت الشفافية بانها اتاحة المعلومات ووضوح الاجراءات والسياسات والقواعد والقوانين والقرارات، وهي نشر المعلومات والافصاح عنها وسهولة الوصول اليها بحيث تكون متاحة للجميع من خلالها يتم القضاء على الفساد الاداري^(٥)

ويمكن تعريف الشفافية في مجال العقود الادارية بانها تحرر الادارة من غموضها وانغلاقها عن طريق وضوح وفهم القواعد التشريعية والتنظيمية، وسهولة الاطلاع على الممارسات الفعلية، تماما كمن ينظر من خلال نافذة ذات لوح زجاجي شفاف غاية في النظافة، اي تعني الوضوح وعدم اخفاء اية معلومات عن المتعاقد الاخر حتى يكون على بينة من الشيء محل التعاقد وعلى علم بما فيه من عيوب وبما له من امتيازات^(٦)

الفرع الثاني

أهمية مبدأ "الشفافية في مجال ابرام العقود الادارية"

إن أهمية تقرير وتفعيل مبدأ الشفافية في مجال العقود الإدارية مهم جدا وذلك لتوضيح الأمور وكذلك للحد من ظاهر الفساد الاداري المستشري، ولا يمكن باي حال من الاحوال حصر فوائده في شتى المجالات وكذلك فان الاهداف التنموية والقضاء على الفقر ورفع مستويات المعيشة للشعوب وتحقيق الحكم الديمقراطي امور لا يمكن تحقيقها الا مع وجود مبدأ عام لشفافية يحكم ادارة كافة الشؤون العامة للدولة بصفة عامة وانشطة واعمال الادارة بصفة خاصة، وهذه الاهمية تكمن من خلال وجود قنوات مفتوحة للاتصال بين المواطنين وبين القائمين على الادارة وذلك لمحاربة الفساد الذي يستشري وخاصة في الدول النامية، حيث تتطلب الكشف عن مختلف الانظمة والقوانين والتعليمات والاجراءات والمعايير والاليات بشكل عام للإقرار عمليا بالمساءلة والمحاسبة في حال عدم احترام او مراعاة تلك الانظمة والقوانين^(٧)، وتكتسب الشفافية أهمية كبيرة وشهرة واسعة في مجال الجهود المبذولة لعلاج مشكلات الادارة الحكومية وفي مقدمتها الفساد والترهل الاداري في اجراءات العمل، فالشفافية في القوانين والانظمة تساعد على ازالة العوائق البيروقراطية والروتينية، كالتوقيعات والتصديقات الكثيرة وغير الضرورية، فضلا عن انها تساعد على تبسيط الاجراءات والتوسع في اللامركزية، مع وضوح خطوط السلطة وبساطة الهيكل التنظيمي للمؤسسات وسهولة اوصول المعلومات من القمة الى القاعدة^(٨) كما ان أهمية تقرير الشفافية وتفعيلها كمبدأ عام في ادارة الشؤون العامة لا يمكن بأية حال حصر فوائده في شتى مجالات الحياة الانسان والشعوب عموما، ذلك ان الاهداف التنموية والقضاء على الفقر ورفع مستويات المعيشة للشعوب وتحقيق الحكم الديمقراطي وحماية حقوق الانسان امور لا يمكن تحقيقها الا مع وجود مبدأ عام للشفافية يحكم ادارة الشؤون العامة للدولة كافة بصفة عامة وانشطة واعمال الادارة بصفة خاصة، وتظهر اهمية الشفافية من خلال دورها في تمكين المعنيين بالقرارات الصادرة خارج المؤسسة وداخلها والعمل على تلبية الحقوق العامة من خلال مشاركتهم في المعلومات والمساعدة في فهم إدارة عمليات البيانات الداخلية وتسمح بتوعية المواطنين واطلاعهم على الخيارات المتاحة.

وإذا ما نظرنا إلى مجال ابرام العقود الادارية نجد أن تحقيق الشفافية في هذا المجال يحتل قدرا كبيرا من الاهمية حيث، تعد الشفافية اداة لحماية المال العامة من الهدر والضياع، فهي تخلق مناخا يصعب ان يتستر وراءه الفساد، وتسهل كشف التلاعب والتواطؤ وتمنح كل ذي مصلحة من الموردين أو المقاولين أو افراد المجتمع أو موظفي جهاز الرقابة أو مؤسسات تمويل الالية التي يستطيعون من خلالها ان يتحققوا بان عملية الشراء واختيار المتعاقد مع الجهة المعنية قد تم في جو من النزاهة والاستقامة ووفق القواعد والمعايير التي عملوا بها مسبقا، توفير المعلومات وتحقيق الشفافية يؤدي الى معرفة المتعاقد بالجوانب

(٥) صدام محمد محمود الحيالي، دور الشفافية في تعزيز البعد الثقافي للمعلومات المحاسبية، مجلة تكريت للعلوم الادارية والاقتصادية، المجلد ٤، العدد ١٠، ٢٠٠٨، ص ١٢١

(٦) د. عصام احمد البهجي، المصدر السابق، ص ٢١

(٧) د. فارس بن علوش بن بادي السبيعي، دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الاداري في القطاعات الحكومية، اطروحة دكتوراة، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ٢٠١٠، ص ٢٠

(٨) د. عصام احمد البهجي، مصدر سابق، ص ٢٢

القانونية كافة للعقد والشيء محل العقد مما يؤدي إلى نوع من التوازن العقدي في مرحلة تنفيذ العقد لأن التطور العلمي والتقدم التكنولوجي اللذان اصابا الحياة المدنية المعاصرة اصبح لها الاثر البالغ في ايجاد وخلق تفاوت كبير فيما بين المورد والمتلقي عند إبرام العقد^(٩)

المطلب الثاني

متطلبات ومعوقات تطبيق الشفافية

لتطبيق الشفافية بصورة صحيحة لا تقبل الشك لا بد من وجود مجموعة من المتطلبات والتي تعمل على تثبيت العملية الإدارية على نهج واحد، لكنها أثناء التطبيق تواجه عدة مشاكل ومعوقات والتي من خلالها تؤثر على سير العمل الوظيفي مما يتطلب تجاوزها للوصول إلى تطبيق سليم لمبدأ الشفافية وللتوضيح أكثر لا بد من تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الأول نتناول فيه متطلبات الشفافية بينما في الثاني نتناول فيه معوقات الشفافية وعلى النحو التالي.

الفرع الاول

متطلبات الشفافية

إن من متطلبات الشفافية هي احداث تطوير اداري في اجهزة الإدارة العامة، فالتطوير لا يجوز معاملته بصورة منفصلة عن جوانب التنمية السياسية والاقتصادية والاجتماعية فضلا عن البشرية، ولا بد من العمل على إحداث تنسيق مستمر بين الاجهزة المعنية بتطوير الموارد البشرية والتطوير الإداري^(١٠)

إن تطبيق الشفافية يؤدي الى تحقيق فوائد كثيرة في مجالات عدة، كونها تعزز أهداف الإدارة التنموية للمجتمع وتحمي حقوق الافراد وتنمي العملية الديمقراطية خاصة في مجال العقود الادارية، ولتحقيق ذلك لا بد من توافر مجموعة من المتطلبات وهي:

- ١- التقليل من مظاهر البيروقراطية ويكون ذلك بإضافة الصفة المهنية على الخدمة المدنية والحث على ضرورة الالتزام بأخلاقيات الوظيفة من أجل تحقيق هدف الادارة الاسمي والذي يتمثل بإشباع الحاجات المحلية للمجتمع^(١١).
- ٢- الالتزام بتزويد المواطنين "وأصحاب المصلحة بالبيانات والمعلومات والأنظمة والتشريعات".
- ٣- حق المواطنين وأصحاب المصلحة في الوصول والاطلاع والحصول على البيانات والمعلومات والأنظمة والتشريعات والوثائق الحكومية.
- ٤- حق المواطنين واصحاب المصلحة في الوصول والاطلاع على اجتماعات ومداومات القطاعات الحكومية.
- ٥- حق المواطنين وأصحاب المصلحة في معرفة طرق واليات المساءلة ومواعيد الطعن^(١٢).
- ٦- تهيئة الوسائل العلمية اللازمة لتطبيق الشفافية في الوقت الصحيح لغرض تحقيق الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه المشرع من خلال سن لهذه النصوص القانونية.
- ٧- الاعتماد على مفاهيم الإدارة الخاصة بالجودة الشاملة من خلال الحث على تحسين وتطوير الأنظمة واللوائح والاجراءات الإدارية بصورة مستمرة.

(٩) د. تغريد عبد الحميد ابو المكارم، الالتزام بالاعلام في عقود نقل التكنولوجيا، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص ٦٠.

(١٠) د. عامر عبد اللطيف كاظم العامري و د. جاسم مشتت دواي، تاثير الشفافية التنظيمية (OT) في الحد من الفساد الاداري والمالي، بحث منشور في كلية التقنية الادارية، جامعة بغداد، ب ت، ص ٨٢.

(١١) د. عبد شخبانة، الشفافية في الخدمة المدنية (تجربة ديوان الرقابة والتقييس الاداري)، الاردن، ١٩٩٨، ص ٣٣٤.

(١٢) د. فارس بن علوش بن يادي السبيعي، دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الاداري، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ٢٠١٠، ص ٣٣.

- ٨- تمكين الموظف من ممارسته للعمل الإداري بمختلف أنواعه ودرجاته من خلال تشجيع سياسة الدوران الوظيفي، التي تعني عدم استمرار الموظفين خاصة في المراكز العليا في الموقع الإداري مدة طويلة (١٣)
- ٩- "تصحيح العلاقة بين الحكومة والقطاع الخاص والمجتمع المدني من خلال المراجعات المستمرة للممارسات والقوانين التي تحكم هذه العلاقات وتصحيحها وإرساء قواعد الديمقراطية في جميع القطاعات العاملة" واعطاء الاعلام حق الرقابة (١٤)
- ١٠- تبني إجراءات مكتوبة ومعلنة تحمي المواد البشرية في المؤسسات، من الممارسات غير المهنية، بما فيها أسس التوظيف، والتقييم والتدريب والترقيات وسلم الرواتب، وآلية اختيار المتعاقدين مع الإدارة.
- ١١- ينبغي أن تتولى هيئة هيئات رقابية تكون مستقلة عن السلطة التنفيذية بمراجعة عمل المؤسسات الإدارية وأن تقدم هذه الهيئات تقارير الى السلطة التشريعية والمواطنين في الوقت المناسب تبين فيها الحسابات المالية والمشاريع المزعم إنجازها وتكلفة تلك المشاريع.
- من خلال ما تقدم يتبين لنا بأن تطبيق الشفافية يتطلب وجود ما تم ذكره أعلاه لأنه من خلال ذلك نكون قد طبقنا مبدأ الشفافية في جميع المجالات الإدارية ومن ضمنها مجال العقود الإدارية والتي تضمن للجميع الحصول على أفضل الخدمات دون وجود أي شبهات في ذلك.

الفرع الثاني

معوقات الشفافية

إن من أبرز المعوقات التي تواجه تطبيق مبدأ الشفافية في المؤسسات الحكومية هي:

- ١- الاستمرار بتطبيق الانظمة البيروقراطية وتعقيد إجراءات الإدارة مما يشكل عائقاً في تطبيق الشفافية الإدارية خاصة في مجال العقود الادارية، مما يستوجب ضرورة القيام بالإصلاحات الادارية وتطوير العمل الاداري.
- ٢- إن الشفافية في بعض الاحيان تتعرض للخروقات من قبل فئة من الموظفين يميلون الى الثرثرة وسعي إستغلال هذه المعلومات لتحقيق اهدافهم الخاصة وإن تعارضت مع اهداف الإدارة.
- ٣- تواجه الشفافية صعوبة في تحديد اهدافها كون الأهداف تحتاج الى موضوعية ووضوح.
- ٤- وجود الازدواجية والفوضى في عمليات تحديث والتطوير التي تستهدف الانظمة السائدة واستبدالها بأنظمة تحكمها معايير الشفافية وآلياتها الجديدة (١٥)
- ٥- عدم وجود الانظمة والتشريعات اللازمة لتعزيز الشفافية وكذلك تدني دور التوعية لوسائل الإعلام ومؤسسات المجتمع المدني في تطبيق الشفافية فضلاً عن ضعف الوعي العام بأهمية الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الإداري.
- ٦- الثقافة التنظيمية السائدة في المنظمات خالية من المبادئ والقيم الانسانية والادارية، والثقافة التنظيمية هي ثقافة ناتجة من خلال القواعد واللوائح والأنظمة التي تسير عليها المنظمة، اضافة الى اشكاليات انعدام ثقافة الانتماء التي يتم من خلالها دمج اهداف المنظمة مع أهداف العاملين أو الموظفين فيها.
- ٧- انفراد المسؤولين في اتخاذ القرارات وعدم وجود قنوات اتصال واضحة بين الإدارة والموظفين فضلاً عن عدم توافر حوافز للمبدعين من العاملين في المؤسسات (١٦)

(١٣) د. باسم العموش، السياسات الحكومية والسياسية نحو شفافية اردنية، مؤسسة الارشيف العربي، عمان، ٢٠٠٠، ص ٦٩.

(١٤) مشرف بن علي عبدالله، درجة ممارسة الشفافية في الجامعات السعودية ومعيقاتها وطرق تحسينها، اطروحة دكتوراة، كلية التربية، جامعة ام القرى، ٢٠١٤، ص ٢٨.

(١٥) د. صالح عبد عايد و د. ناظر احمد المنديل، دور الشفافية في الحد من الفساد الاداري، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، ٢٠١٨، ص ٢٢٧.

المبحث الثاني

الأساس القانوني للشفافية

مما لا شك فيه أن بيان الاسس التي تستند اليها الشفافية والمستمدة من المبادئ العامة للقانون كما أن الاسس المستمدة من النصوص القانونية من الأهمية بمكان لذا نجد أنه من الضروري ان نعرض لهذه الاسس في فرعين وعلى الوجه التالي.

المطلب الأول

الاسس المستمدة من المبادئ العامة للقانون

إن تحديد الأساس القانوني للشفافية من الأهمية لأنه يرشدنا عن طبيعة الشفافية وهل تصلح لتكون احد الالتزامات الواردة بنصوص العقد أو القانون لنطلق عليها تسمية الالتزام بالشفافية أم نمتنع عن اطلاق هذا الاسم القانوني لتصبح الشفافية مجرد هدف او غاية يسعى اليها المشرع دون ان تكون التزاما من الالتزامات القانونية وعلى هذا سوف نتناول مبدأ حسن النية ومبدأ مستلزمات العقد باعتبارهما من المبادئ العامة للقانون وعلى النحو التالي.

الفرع الأول

مبدأ حسن النية

إن مبدأ حسن النية يقتضي الكشف عن حقيقة الشيء محل العقد وبيان حقيقته وعدم اخفاء عيوب الشيء محل التعاقد بهذا فإن حسن النية يتفق مع الشفافية التي تعني اظهار الحقيقة كاملة ومجردة، لذا فإن مبدأ حسن النية يعد الأساس الحقيقي للشفافية بما تعنيه من الوضوح والاطهار وعدم الاخفاء، فضلا عن ان الغاية المقصودة من العقد لن تتحقق الا اذا كان مبنيا على حسن النية منذ بدايته فلا يتسنى بحال تنفيذ العقد بحسن نية وقد ساءت نية المتعاقدين في المرحلة السابقة على هذا التنفيذ^(١٧)، كما ان الشفافية بما تعنيه من الوضوح والاطهار تستند الى مبدأ حسن النية لان مبدأ حسن النية يقتضي من المتعاقد القيام بكل ما من شأنه تمكين المتعاقد الاخر من الحصول على اقصى منفعة من التصرف القانوني المبرم بينهما وذلك لا يتحقق الا إذا افصح وكشف واظهر الطرف المتعاقد لشريكه في العقد او التصرف القانوني الحقيقة المجردة للشيء محل التعاقد، وهكذا فإن مبدأ حسن النية يعطي للقاضي سلطة تفسير العقود وتنفيذها بحسن نية نظرا لأن الطرفين لم يتعرضا للحكم المطلوب عند إبرام العقد^(١٨).

الفرع الثاني

مستلزمات العقد

إن القوانين المدنية سواء كان مصري أو عراقي تنص على أنه لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول ايضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام فللقاضي وفقا لهذه القاعدة العامة ان يضيف الى مضمون العقد ما يقضي به القانون او العرف أو العدالة في إطار المبدأ العام الذي يقضي بضرورة تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع حسن النية مراعيًا في ذلك المرغوب فيه اجتماعيا لأن القانون نظام اجتماعي يهدف الى حماية الفرد وتحقيق التوازن بين المصالح المختلفة، ويتعين على القاضي ان يقدر ما اذا كان في اضافة التزام الى مضمون العقد يحقق

(١٦) عبد العزيز داؤد خلف المعيني، دور الشفافية في مكافحة الفساد الاداري، رسالة دبلوم عال في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٨، ص ٦٦.

(١٧) د. منى ابو بكر الصديق، الالتزام باعلام المستهلك عن المنتجات، جامعة المنصورة، ٢٠١١، ص ٩٥.

(١٨) د. عصاد احمد البهجي، مصدر سابق، ص ١١٧.

تنظيم افضل للعلاقات بين طرفيه^(١٩)، وعلى هذا يجب على القاضي عند خلو نصوص العقد من علاج للخلاف المطروح ان يتصدى لحسم هذا الخلاف وفقا لطبيعة العقد في حدود القانون وعند عدم وجود حل لهذا الخلاف في حدود طبيعة العقد فعليه أن يبحث في حكم العرف الجاري ليجد حلا لهذا الخلاف وعند عدم وجود حالات مثلا يمكن الاستناد اليها من الاعراف الموجودة فعلى القاضي الاحتكام إلى مبادئ العدالة وعليه أن يحكم بحسب القواعد التي كان سيضعها هو لو أنه باشر عمل المشرع^(٢٠).

المطلب الثاني

الأسس المستمدة من النصوص التشريعية

ليان الاسس المستمدة من النصوص التشريعية سواء في المواثيق الدولية، والنصوص القانونية في التشريعات المقارنة وذلك في فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

الأساس التشريعي لمبدأ الشفافية في المواثيق الدولية

نصت معظم المواثيق الدولية والاتفاقيات الاقليمية على هذا المبدأ وسنتناول بيان هذه المواثيق بالتفصيل التالي :

الشفافية في المواثيق الدولية: يعد مبدأ الشفافية من المبادئ التي لا يمكن التنازل عنه أو إغفاله والتي اعتمدت للحد من الفساد الإداري الذي تنتشر في الأونة الأخيرة في جميع مفاصل الحياة ومن أجل الحد من هذه الظاهرة الخطيرة فإن المواثيق والاتفاقيات الدولية نصت عليه في مضمونها بشكل غير قابل للجدال وفيما يلي عرض لأهم هذه المواثيق:

أ- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨ م: نص هذا الإعلان على ضمان مبدأ الشفافية في المادة (١٩) إذ جاء فيها: "لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء من دون مضايقة، وفي التماس الأنبياء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين بأي وسيلة" دونما اعتبار للحدود"، نلاحظ أن هذه المادة لم تنطرق إلى الشفافية بشكل مباشرة، وإنما ذكرتها ضمن أمور تعد من جوهر مبدأ الشفافية منها حرية الأشخاص في الاطلاع على البيانات والمعلومات والأفكار السائدة وعدم جواز تقييده بأي شكل من الأشكال^(٢١).

ب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ١٩٦٦م: يعد هذا العهد معاهدة متعددة الأطراف، دخل نطاق النفاذ في ٢٣ / آذار / ١٩٧٦ م ونص على وجوب التزام اطراف المعاهدة باحترام الحقوق المدنية والسياسية للمواطنين منها حرية الدين والحق في الحياة، إذ جاء في المادة (١٩) منه على: " وجوب إعطاء الحرية لكل مواطن في التعبير عن رأيه بدون أية عقبات وضمن حقه في الإلمام بالمعلومات والأفكار وإذا عتتها بأية وسيلة كانت وهي إشارة ضمنية الى مبدأ الشفافية والتي يعد من الأمور الثابتة فيه وهو علانية المعلومات والبيانات وحرية المواطنين في الوصول إليها^(٢٢).

ج: تقرير لجنة حقوق الإنسان في الأمم المتحدة -١٩٩٨م: تشكلت هذه اللجنة في الأمم المتحدة عام ١٩٩٣م، وأصدرت تقريراً في عام ١٩٩٨م، الذي بموجبه كلفت مقررراً خاصاً يتولى ضمان حرية الرأي والتعبير وتضمنت مهام هذا المقرر ما يلي: (...والعمل على تلقي المعلومات عن طريق

(١٩) د. وفاء حلمي ابو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٠٠

(٢٠) د. سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، ١٩٩٩، ص ٤٨٨.

(٢١) منشور على موقع الامم المتحدة بالرابط www.un.org/declaration-human-rights، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٤/٢٩

(٢٢) منشور على موقع ويكيبيديا الحرة الالكتروني على الرابط <https://ar.wikipedia.org>، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/٢

حكومات الدول والمنظمات غير الحكومية مع الأخذ بنظر الاعتبار ان تكون الجهة التي تقدم المعلومات جديرة بالثقة والتصديق، ولا سيما التعدي على حقوق الأفراد في الحصول على المعلومات..^(٢٣)

د. اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد ٢٠٠٣م: اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٣١ تشرين الاول/٢٠٠٤م، حيث نصت في عدد من موادها على ضرورة الأخذ بمبدأ الشفافية، إذا جاء في المادة (٧) على أن كل دولة عضو يجب أن تعمل على تطبيق وترسيخ سياسات فعالة للوقاية من الفساد الاداري، كما نصت الاتفاقية على وجوب اعتماد الدول على الشفافية في تعيين الموظفين في القطاع العام^(٢٤).

الفرع الثاني

النصوص القانونية لمبدأ الشفافية في الدول المقارنة

تعددت النصوص القانونية التي تنص صراحة على الشفافية والافصاح والاطهار والاعلام وكشف الحقيقة والادلاء بالمعلومات وبالتالي اصبحت هذه التزامات مفروضة بنص القانون حيث اصبح الإفصاح التزاما بالنص الذي يشير إليه وأصبح الاعلام التزاما بالنص الذي يشير إليه وكل هذه الالتزامات تشارك الشفافية في جزء كبير من النطاق المشترك بينهما، كما أن الالتزامات تعد صوراً مختلفة للالتزام بالشفافية، كما اوضحنا سلفاً وان كانت الشفافية تعني الاظهار والكشف للحقيقة والوضوح والادلاء بالمعلومات فعلى هذا يصبح النص الذي يشير الى اي من هذه الالتزامات سند قانونياً للالتزام بالشفافية وعلى هذا النحو سنتناول هذه الأسس في القانون الفرنسي و المصري و العراقي.

١- الوضع في القانون الفرنسي

إن اول قانون صدر في فرنسا والذي اشار الى الالتزام بتقديم بيانات خاصة بصفات السلع هو قانون عام ١٩٠٥ م حيث أحالت المادة الحادية عشر منه الى ان القرارات الادارية التي تصدر من الجهات الإدارية المختصة بتحديد البيانات والمعلومات التي يجب على المنتج او الموزع ان يضعها على السلعة، كما جاء في قانون الذي شرع فيما بعد وهو قانون عام ١٩٧٢م والذي فرض على المنتج او التاجر الالتزام باعلام المستهلك بطريقة موضوعية تؤكد على حرص المشرع على النص على الالتزام بالاعلام^(٢٥)، ومن ثم شرع قانون ١٩٩٣ والذي وسع من اختصاص التنظيم الاداري بالتفتيش وضبط مخالفات النزاهة والمشروعية عند ابرام عقود الشراء العام ليشمل المخالفات المقترنة عند ابرام العقود الادارية، وتعزز ذلك بوجود نظام يجبر الادارة على تمكين ذوي الشأن من الاطلاع على الوثائق وبعدم جواز منح الافضلية غير المبررة للغير والرقابة امتدت لتشمل المخالفات المرتكبة في مرحلتي التحضير وتنفيذ العقد^(٢٦).

٢- الوضع في التشريع المصري

لقد أخذ المشرع المصري بمبدأ الشفافية من خلال ايضاح طبيعية التعامل بين الادارة والافراد بعد ما كانت هذه المعاملات تجري وراء ابواب مغلقة وسرية وهذا ما تمكن معرفته من خلال نص المادة (٤٨) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ عام ١٩٩٨ م حيث الزم المشرع جهة الادارة بضرورة ايضاح طبيعة التعامل بين الادارة والافراد^(٢٧)، وكذلك وضع قواعد تلزم جهة الإدارة بالإعلان عن اسباب ارساء المناقصات والممارسات العامة المحدودة، او الغاء اي منها وبيان أسباب أستبعاد

^(٢٣) منشور على موقع الامم المتحدة الالكتروني- حقوق الانسان، مكتب المفوض السامي، على الرابط www.ohchr.org/ar تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/٥

^(٢٤) د. صالح عبد عايد العجيلي و د. ناظر احمد المنديل، مصدر سابق، ص ٢١٨.

^(٢٥) د. ثروت عبد الحميد، الاضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد او الملوث، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٨٠.

^(٢٦) د. نكتل ابراهيم عبدالرحمن احمد الطائي، عقد امتياز العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٨، ص ٧١.

^(٢٧) د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف، عقد امتياز المرافق العممة، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣، ص ١٠٣.

العطاءات على ان يكون هذا الاعلان في لوحة الاعلانات المخصصة لهذا الغرض موضوعا في مكان ظاهر للكافة تحدده الادارة، وكذلك الزم المشرع جهة الادارة باخطار مقدمي العطاءات بخطابات موسى عليها يعلم الوصول الى عناوينهم الواردة في العطاء، وإن كل ما ذكر اعلاه يعد بمنزلة قواعد عامة يمكن تطبيقها على جميع العقود الادارية، وبذلك يكون المشرع المصري قد نهج منهج المشرع الفرنسي في تاييده هذا المبدأ^(٢٨).

وكذلك "أشار القانون رقم (٦٧) لعام ٢٠١٠ م المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية والخدمات والمرافق العامة" على مبدأ الشفافية بصورة صريحة حيث اشار الى انه " يخضع " اختيار المستثمر لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة" وتكافؤ الفرص والمساواة " (٢٩).
٣- الوضع في التشريع العراقي.

"لم يتطرق الدستور العراقي" لعام ٢٠٠٥ م النافذ الى "مبدأ الشفافية بشكل صريح" إلا أن المادة (٢٧/اولا) تنص على انه " للأموال العامة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن^(٣٠)، من خلال تفسير نص المادة الدستورية يتطلب توفير امكانية الاطلاع على المعلومات والبيانات المطلوبة لممارسة الرقابة على اوجه انفاق المال العام، والرقابة على الاداء الحكومي وقياس مدى فعاليته، الا انه بوجه عام دأبت التشريعات العراقية على تعزيز مبدأ الشفافية لذا سوف نعرض اهم التشريعات التي نصت على مبدأ الشفافية وعلى النحو التالي:

" قانون العقود الحكومية رقم (٨٧) لعام ٢٠٠٤ م وهي من القوانين التي تناولت صراحة مبدأ الشفافية حيث ورد في مقدمته: ان قوانين العقود العامة لا بد وان تطابق المعايير الدولية للشفافية، وامكانية التنبؤ بالذي سيحصل، والمساواة في المعاملة وكذلك وجود الية لحل النزاعات، وان تكون هذه المتطلبات خالية من الفساد والتدخل غير المشروع، وان ترتب عملية حصول الحكومة على السلع والخدمات بأفضل الاقيام، أخذاً في الاعتبار ان مبدأ المنافسة العادلة والعلنية والمكاشفة امر ضروري لاقتصاد العراق والتي هي هدف للتجارة الحرة تسعى له كل الامم " (٣١)، كما ان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العامة العراقي رقم ٨٧ لعام ٢٠٠٤ م المعدل قد اورد كلمة الشفافية في القسم الاول من هذه التعليمات فقرة (ب) والتي نصت على " ان يكون بموجب المعايير الدولية للشفافية، وأن تسمح في امكانية التنبؤ بالذي سيحصل، وأن تتسم بالعدالة والمساواة" (٣٢)

وقد حدد القانون مجموعة مبادئ يجب على العراق من خلال مؤسساتها ودوائرها ان تتبعها وهذه " المبادئ هي، أن تكون اجراءات الدعوى تنافسية وتامة وعادلة وعلنية الى اقصى حد ممكن وان تتضمن كذلك على سبيل المثال لا الحصر، الاعلان عن الدعوات بشكل واف، وكذلك اتباع الموضوعية في معايير تقييم العطاءات والعلنية في فتح العطاءات، وكذلك يجب ان تكون بموجب المعايير الدولية للشفافية، وأن تسمح بامكانية التنبؤ بالذي سيحصل، وان تتسم بالعدالة والمساواة " (٣٣)

لكن من خلال " الرجوع الى تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لعام ٢٠١٤ م" يتبين لنا بأنها لم تورد تعريفا محدد بل اكتفت بذكره في الفصل الثالث المادة الثالثة بوصفه من المبادئ الاساسية التي يجب

(٢٨) حيدر عدنان صادق، المبادئ والاحكام العامة لابرام العقد الاداري وتنفيذه (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، ص الاسكندرية، ص ١٨٧

(٢٩) ينظر المادة (١٩) من قانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية في مصر.

(٣٠) ينظر نص المادة (٢٧) اولا من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

(٣١) د. حسن محمد علي حسن البنان، التزام الادارة المتعاقدة بالشفافية في توقيعها للجزاءات التعاقدية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ١٠، ٢٠٢١، ص ٢٧٢.

(٣٢) للمزيد اكثر يراجع قانون العقود الحكومية العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ المعدل.

(٣٣) د. صباح صادق جعفر الانباري، العقود الحكومية وتعليماتها، ط٢، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٤، ص ٣-٤

أن تتسم بها اجراءات التعاقد من خلال النص " وأن تتسم الاجراءات بالعمومية والتنافسية والعدالة والعلانية والوضوح... " (٣٤).

من خلال النصوص التي تم ذكرها يتبين لنا بانه لم يورد اي تعريف للشفافية خاصة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الا انها ذكرت ضمنا وان غاية الادارة هي تحقيق العدالة والمساواة والحيادية الكاملة تجاه اي شخص يرغب بالتعاقد ولا يمكن حرمان اي شخص او شركة من التقديم على المناقصة الا اذا وجد سبب قانوني ينص على ذلك وإذا تم حرمان أي شخص دون مبرر قانوني فمن حقه اللجوء إلى المحاكم المختصة إذا كان استبعاده لغرض الاضرار به او لتحقيق مصالح شخصية للإدارة.

المبحث الثالث

النتائج المترتبة على عدم التزام الادارة بمبدأ الشفافية

تعد القواعد التي توجب الشفافية في مجال العقود الادارية من قبيل القواعد الامرة وان عدم اتباعها يؤدي الى انتشار الفساد الاداري ويترتب على ذلك نتائج سلبية وبخاصة في مجال العقود الإدارية وان مخالفة تلك القواعد تؤدي الى وصف العقد الاداري غير مشروع لأنها خالفت اجراء جوهرياً نص الألتزام بها في قانون العقود الادارية، لذا سنتناول في هذا المبحث ابرز النتائج التي تترتب عن عدم التزام الادارة بمبدأ الشفافية وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، الاول نتناول فيه الفساد الإداري، بينما في الثاني منه، نتناول فيه غياب الشفافية في السياسات المالية والاقتصادية والعقود الإدارية وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

الفساد الإداري

يترتب على عدم اتباع الادارة مبدأ الشفافية في اجراءاتها التعاقدية ظهور الفساد واستشرائه في الجهات الإدارية كافة حيث ان هناك علاقة عكسية بين اعمال مبدأ الشفافية وبين الفساد الإداري، بمعنى ان غياب الشفافية وتكريس الضبابية في الاجراءات التعاقدية هو من اهم الاسباب التي تؤدي إلى ظهور الفساد واستشرائه (٣٥).

ولتوضيح أكثر لابد من تقسيم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول منه تعريف الفساد الإداري، وفي الفرع الثاني سنتناول صور الفساد الإداري .

(٣٤) للمزيد اكثر راجع تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ النافذة.

(٣٥) د. رعد هاشم امين التميمي، النظام القانوني لعقد التجهيز، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٩٨.

الفرع الأول

تعريف الفساد

ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الفساد الإداري بالنظر إليه من الناحية الجنائية فقد عرفه بأنه ظاهرة اجتماعية تتمثل في الاستخدام المغرض من قبل الموظف لأجهزة السلطة والإدارة وصلاحياته الوظيفية بهدف الاغتناء الذاتي وبشكل غير مشروع^(٣٦)

بينما ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى تعريف الفساد الإداري بأنه " محاولة شخص ما وضع مصالحه الخاصة، بصورة محرمة أو غير مشروعة فوق المصلحة العامة أو فوق المثل التي تعهد بخدمتها " والفساد قد يكون في القطاع الخاص وقد يكون في القطاع العام وفي بعض البلدان أصبح الفساد يتم بصورة منظمة^(٣٧).

في حين عرفه المشروع المنقح لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الذي وضعه فريق من خبراء الدوليين عملاً بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٦١/٥٥ المؤرخ في ٤ كانون الأول عام ٢٠٠٠م والذي اعتمده الجمعية العامة بقرارها رقم ٢٦٠/٥٦ المؤرخ ٣١ كانون الثاني ٢٠٠٢ وقررت إنشاء لجنة مخصصة للتفاوض مفتوحة العضوية لمناقشة هذا المشروع والذي كان من المفترض ان يتم اقراره قبل نهاية عام ٢٠٠٣ م بأنه " يقصد بتعبير الفساد إتيان أفعال تمثل أداء غير سليم للواجب أو اساءة استغلال لوظيفة تنطوي على سلطة " بما في ذلك أفعال الأغفال توقعاً لمزية أو للحصول على مزية يوعد بها أو تعرض أو تطلب بشكل مباشر أو غير مباشر أو اثر قبول مزية ممنوحة بشكل مباشر أو غير مباشر سواء للشخص ذاته أو لصالح شخص آخر^(٣٨) من خلال التعريفات التي ذكرناها يمكن تعريف الفساد الإداري بأنه سلوك أو تصرف يقوم به الموظف أثناء قيامه بواجباته الأساسية ويهدف من خلاله تحقيق مصالحه الشخصية.

الفرع الثاني

صور الفساد الإداري

" تتعدد مظاهر وصور الفساد ولا يمكن حصر هذه المظاهر بشكل كامل ودقيق فهو يختلف باختلاف الجهة التي تمارسه أو المصلحة التي يسعى لتحقيقها فقد يمارسه فرد أو جماعة أو مؤسسة خاصة أو مؤسسة رسمية أو اهلية، وقد يهدف إلى تحقيق منفعة مادية أو مكسب سياسي أو مكسب اجتماعي " ويمكن إجمال صور الفساد الإداري على النحو الآتي:

- ١- الفساد السياسي : يتمثل هذا النوع من الفساد بان القائمين به ينحرفون عن النهج المحدد لادبيات التكتل او الحزب السياسية نتيجة الشعور بالازلية او كونه الأوحد أو الأعظم أو المنظر، أو بيع المبادئ الموضوعية في ادبيات المنظمة للكتل الدولية او الإقليمية لسبب او اكثر مثل الخيانة أو التواطئ والتغافل والاذعان... الخ.
- ٢- الفساد الإداري: " يتعلق بمظاهر الفساد والانحراف الإداري " او " الوظيفي من خلال المنظمة والتي تصدر من الموظف العام اثناء تادية العمل بمخالفة التشريع القانوني وضوابط القيم الفردية " ، اي " استغلال موظفي الدولة لمواقعهم وصلاحياتهم للحصول على مكاسب ومنافع بطرق غير مشروعة " .
- ٣- الفساد المالي: مثل " الانحرافات المالية ومخالفة الاحكام والقواعد المعتمدة حالياً في تنظيمات الدولة ادارياً ومؤسساتها مع مخالفة ضوابط وتعليمات الرقابة المالية " .
- ٤- الفساد الأخلاقي: يتمثل بالانحرافات الاخلاقية وسلوك الفرد وتصرفاته غير المنضبطة بدين وتقاليد او عرف اجتماعي مقبول^(٣٩).

(٣٦) د. عصام احمد البهجي، مصدر سابق، ص ٢١٦

(٣٧) د. عصام عبد الفتاح مطر، جرائم الفساد الإداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤، ص ٢٧

(٣٨) ينظر اجتماعات الدورة الخامسة للجنة المخصصة للتفاوض بشأن اتفاقية مكافحة الفساد، فينا، البند الثالث من جدول أعمال، تقرير عن المشاورات غير الرسمية بشأن المشروع المنقح لاتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد، ص٩

(٣٩) د. عصام احمد البهجي، مصدر سابق، ص ٢٤٤

المطلب الثاني

غياب الشفافية في سياسات المالية العامة والعقود الادارية

لمبدأ الشفافية اهمية كبيرة في عدة مجالات كما ذكرناه سابقا وفي حال غيابها يترتب عليها نتائج سلبية في السياسة المالية والسياسة الاقتصادية، وكذلك في مجال العقود الإدارية للتوضيح أكثر سنتناول في هذا المطلب مسألة غياب الشفافية في فرعين وعلى النحو التالي:

الفرع الاول

غياب الشفافية في السياسة المالية العامة

- إن الشفافية تكسب الأهمية القصوى في السياسات المالية حيث إن العجز المالي الذي يصيب ميزانية الدولة ما هو إلا نتيجة مباشرة للفساد وغياب الشفافية في السياسة المالية
- ١- النظام الضريبي: في أغلب البلدان النامية تقل الإيرادات التي يتم الحصول عليها من الضرائب وذلك بسبب العلاقات غير المشروعة بين الموظف المختص في جيبها، وبين القائم بدفعها.
 - ٢- النظام المصرفي: في بعض الأحيان نجد ضعف أو تهاون في الرقابة المالية، وعدم اتباع آليات صحيحة في الإفراض، وعدم مراقبة غسيل الأموال.
 - ٣- عدم وجود نظام رقابي دقيق على الكمارك، باعتبارها من المصادر المهمة للدخل القومي.
 - ٤- عدم الدقة في خصخصة القطاع العام، حيث تباع الكثير من المشاريع باثمان بخسة وزهيدة.
 - ٥- الممارسات غير المشروعة لبعض الشركات في مجال المشاريع الاستثمارية، حيث تلجأ إلى دفع الرشاوى لكي تحصل على بعض المناقصات الحكومية^(٤٠).

الفرع الثالث

غياب الشفافية في مرحلة ابرام العقود الادارية

ذكرنا سابقا بأن القواعد التي توجب " الشفافية في مجال العقود الإدارية بأنها " من القواعد الأمرة والتي بمجرد مخالفتها تؤدي إلى وصف العقد الإداري بأنه غير مشروع لأن الإدارة قد خالفت إجراء جوهرية نص عليه القانون في مجال العقود الإدارية، وفي هذا المطلب سنوضح الجزاء المترتب على عدم اتباع الإدارة لمبدأ الشفافية حيث إن العقد الإداري يعد غير مشروع وإن مسؤولية الإدارة أيضا ستنتهض هنا، كما ان القوانين تعاقب على مخالفة ويترتب عليه نتيجة مهمة الا وهي، عدم مشروعية العقد حيث يقتضي مبدأ الشفافية بان تقوم الجهات الإدارية باتباعه وهذا التزام قانوني يقع على عاتق الإدارة وفي حال عدم اتباعها يترتب عليها بطلان العقد، وذهب مجلس الدولة الفرنسي الى أن الإدارة إذا لم تتبع الإجراءات المحددة في القانون وبخاصة الشفافية في مجال العقود الحكومية فان ذلك يعد مخالفا لإجراء جوهرية وان العقد يعد غير مشروع، وقضت محكمة العدل الأوروبية بأن أغفال قواعد الشفافية من شأنه القضاء على الوجود القانوني للعقد، حيث أدانت هذه المحكمة جمهورية إيطاليا لأنها لم تنشر اعلانا كان واجبا عليها نشره في الجريدة الرسمية للاتحاد، كما أدانت مملكة بلجيكا لعدم نشرها أية بيانات حول احد مشاريع البناء وتشديد مبنى جديد للبرلمان في الجريدة الرسمية للاتحاد^(٤١)

وان اغلب التشريعات اكدت على أن الشفافية في إبرام العقد الإداري وخاصة بالنسبة للعقود الإدارية امر ضروري وجوهري يترتب على مخالفته عدم مشروعية العقد، ويترتب عليه بطلان العقد الإداري حيث إن الإدارة خالفت القواعد التي اوجب القانون اتباعها في إبرامه بحيث لم تراعى قواعد القانون في

(٤٠) د. ياسر خالد بركات الوائلي، الفساد الإداري العراقي انموذجا، مجلة البناء، العدد ٨٠، ٢٠٠٦، ص ١٤.

(٤١) د. مهدي مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات حلبى الحقوقية، ط ١، ٢٠٠٥، ص ٦٠٣.

تكوينه، وأن يكون للطرف الذي حصل على ضرر من خلاله ان يطالب بإلغاء العقد لعدم احترام الأشكال الجوهرية التي يلزم القيام بها القانون^(٤٢)

الخاتمة

اولاً: النتائج

- ١- عندما تروم الإدارة ابرام العقد الاداري فهي ملزمة بتطبيق عدة مبادئ، من أبرز تلك المبادئ هو مبدأ الشفافية وذلك لإعطاء المجال لجميع المتعاقدين من الدخول إلى المناقصات وتكون جميع المعلومات متاحة لهم.
- ٢- من بين أهم اسباب الفساد الإداري والمالي في العقود الإدارية هو عدم التزام الإدارة بالمبادئ الحاكمة وبخاصة مبدأ الشفافية.
- ٣- إن الشفافية في العمل الإداري وبخاصة في مجال العقود الإدارية يوفر بيئة ملائمة، حيث توضح للإدارة والموظفين الواجبات المنوطة بهم من أجل تحقيق أهداف الإدارة المتمثلة بتقديم الخدمات للأفراد.
- ٤- إن التطبيق السليم لمبدأ الشفافية يساعد على توزيع المسؤوليات في الإدارة ويضمن تزايد الثقة بأعمال الإدارة وتعمل على وضع الحلول المناسبة للمشكلات التي تتعرض لها الإدارة.

ثانياً: التوصيات

- ١- نقترح على المشرع العراقي أن يأخذ بنفس الاتجاه الذي أخذ به المشرع المصري حيث أخذ الأخير بنظام قانوني موحد خاص بالمناقصات والمزايدات وباقي اساليب التعاقد الإداري في العراق.
- ٢- نقترح إيراد نص خاص في العقود الادارية بخصوص الشفافية في ابرام العقود الإدارية كما هو الحال من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.
- ٣- يعد مبدأ الشفافية مبدأ جديد التطبيق، ومن أجل ضمان معرفة الجميع به لابد من إقامة مؤتمرات ودورات لتعريف بماهية الشفافية وكيفية عمل الياتها مما يوفر تطبيقاً سليماً لها.
- ٤- يجب تقنين مبادئ واليات العمل بالشفافية وذلك لضمان سهولة الرجوع إليها مما يوفر للإدارة الوقت والجهد.

المصادر

١. اولاً: كتب اللغة

٢. لسان العرب لابن منظور، تحقيق عبدالله الكبير ومحمد احمد حسب الله وهاشم الشاذلي، الجزء الخامس، طبعة ١٩٨٤، دار المعارف.
٣. ثانياً: الكتب القانونية
٤. د. باسم العموش، السياسات الحكومية والسياسية نحو شفافية اردنية، مؤسسة الارشيف العربي، عمان، ٢٠٠٠.
٥. د. تغريد عبد الحميد ابو المكارم، الالتزام بالاعلام في عقود نقل التكنولوجيا، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧.
٦. د. ثروت عبد الحميد، الاضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد او الملوث، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
٧. د. حيدر عدنان صادق، المبادئ والاحكام العامة لابرام العقد الاداري وتنفيذه (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، ص الاسكندرية.
٨. د. زكي جمال الدين محمود، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٨.
٩. د. سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، ١٩٩٩.

(٤٢) د. زكي جمال الدين محمود، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٢٣.

١٠. د. صباح صادق جعفر الانباري، العقود الحكومية وتعليماتها، ط٢، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٤.
١١. د. عبد شخبانة، الشفافية في الخدمة المدنية (تجربة ديوان الرقابة والتقييس الاداري)، الاردن، ١٩٩٨.
١٢. د. عصام احمد البهجي، الشفافية واثرها في مكافحة الفساد الاداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.
١٣. د. عصام عبد الفتاح مطر، جرائم الفساد الاداري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤.
١٤. د. محمد خضر السعدي، الشفافية في مواجهة الفساد المالي، جريدة المدى العراقية، شبكة المعلومات العامة.
١٥. د. منى ابو بكر الصديق، الالتزام باعلام المستهلك عن المنتجات، جامعة المنصورة، ٢٠١١.
١٦. د. مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري، منشورات حلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٥.
١٧. د. هاشم امين التميمي، النظام القانوني لعقد التجهيز، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.
١٨. د. وفاء حلمي ابو جميل، الالتزام بالتعاون، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٣.

ثالثا: الرسائل والاطاريح

- ١- ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف، عقد امتياز المرافق العممة، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣، ص ١٠٣.
- ٢- صدام محمد محمود الحياي، دور الشفافية في تعزيز البعد الثقافي للمعلومات المحاسبية، مجلة تكريت للعلوم الادارية والاقتصادية، المجلد ٤، العدد ١٠، ٢٠٠٨.
- ٣- عبد العزيز داؤد خلف المعيني، دور الشفافية في مكافحة الفساد الاداري، رسالة دبلوم عال في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٨.
- ٤- فارس بن علوش بن بادي السبيعي، دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الاداري في القطاعات الحكومية، اطروحة دكتوراة، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ٢٠١٠.
- ٥- فارس بن علوش بن بادي السبيعي، دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الاداري، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، ٢٠١٠.
- ٦- محمود اسامة عبد السيد الصافي، النظام القانوني لتعاقد الادارة الكترونيا، اطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٤.
- ٧- مشرف بن علي عبدالله، درجة ممارسة الشفافية في الجامعات السعودية ومعيقاتها وطرق تحسينها، اطروحة دكتوراة، كلية التربية، جامعة ام القرى، ٢٠١٤.
- ٨- نكتل ابراهيم عبدالرحمن احمد الطائي، عقد امتياز العام، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٨.

رابعا: البحوث

- ١- حسن محمد علي حسن البنان، التزام الادارة المتعاقدة بالشفافية في توقيعها للجزاءات التعاقدية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مجلد ١٠، ٢٠٢١.
- ٢- صالح عبد عايد و د. ناظر احمد المنديل، دور الشفافية في الحد من الفساد الاداري، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، ٢٠١٨.
- ٣- عامر عبد اللطيف كاظم العامري و د. جاسم مشتت دواي، تاثير الشفافية التنظيمية (OT) في الحد من الفساد الاداري والمالي، بحث منشور في كلية التقنية الادارية، جامعة بغداد، ب ت.
- ٤- ياسر خالد بركات الوائلي، الفساد الاداري العراق نموذجا، مجلة النبا، العدد ٨٠، ٢٠٠٦.

خامسا: القوانين

- ١- قانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ الخاص بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية في مصر.



Labour License for Foreigners a Comparative Study

Dr. Khaleel Ibrahim Mohammed

Assist. Prof

College of Law- University of Mosul- Mosul- Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 19 May.,2023

Accepted: 22 Jul., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 113 – 150

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

Dr. Khaleel Ibrahim

Mohammed

College of Law - Mosul

University

Mosul – Iraq

Email:alkeke20012@uomosul.edu.iq

Abstract

The Countries aim to attract the foreign labourers to for benefit from their expertise in the field of economic development, and the recruitment of this labourers are not without controls or conditions, but there are legislation regulate the work of the Labourers in a way that aims to strengthening the economic ,and social aspects in these countries, and employment foreign Labourers are not done until after obtains a work license for a specific renewable period, and according to need of those countries for those Labourers, with taking consideration it does not effect on the national labourers, because the legislation in any country mainly aims to protect the national labourer, and termination the foreign labourer license at the end of its period in situation of non-renewal, It also terminate in every case in which it violates controls and conditions for the obtaining it .

Keyword: Labour license, foreigners, Residence, procedures



إجازة عمل الأجانب دراسة مقارنة



الدكتور خليل ابراهيم محمد

أستاذ مساعد

كلية الحقوق - جامعة الموصل - الموصل - العراق

المستخلص

تهدف الدول إلى استقطاب العمال الأجانب من أجل الاستفادة من خبراتها في مجال التنمية الاقتصادية، واستقدام هؤلاء العمال لا يكون دون ضوابط أو شروط ، وانما هناك قوانين وتشريعات تنظم عمل هؤلاء بالشكل الذي يهدف الى تعزيز الجوانب الاقتصادية والاجتماعية في هذه الدول، وتشغيل العمال الأجانب لا يتم الا بعد حصول العامل الأجنبي على اجازة العمل لمدة محددة قابلة للتجديد، ووفقاً لحاجة تلك الدول لهؤلاء العمال، مع الأخذ بنظر الاعتبار عدم التأثير على العامل الوطني، لأن التشريع في اي بلد يهدف بالدرجة الاساس الى حماية العامل الوطني، وتنتهي اجازة العامل الأجنبي بانتهاء مدتها، في حال عدم تجديدها، كما إنها تنتهي في كل حال يتم فيها مخالفة شروط وضوابط الحصول عليها.

الكلمات المفتاحية: إجازة عمل، أجانب، إقامة، إجراءات

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية
KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/٥/١٩

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/٧/٢٢

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص (Creative Commons Attribution) (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس:

الدكتور خليل ابراهيم محمد (٢٠٢٣)

"إجازة عمل الأجانب -دراسة مقارنة"

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد ..، وتتضمن مقدمة البحث ما يلي:

أولاً: التعريف بموضوع البحث: ان استقدام العمال الأجانب أصبحت ظاهرة مصاحبة للتحوّل الذي حصل في العراق منذ عام ٢٠٠٣م وما رافق ذلك من انفتاح على الصعيد الاقتصادي والاجتماعي، وأدى ذلك الانفتاح الى تنقل بعض الأجانب من دولهم الأصلية الى دول اخرى لغرض العمل وتبادل الخبرات، وذلك لفسح المجال أمام الأيدي العاملة الأجنبية الى البحث عن فرص عمل في العراق للحصول على مورد اقتصادي للعامل الأجنبي ولاسيما العراق الذي يمتلك وفرة في الموارد وعلى رأسها النفط مما يشكل عاملاً جذاباً للعمال الأجانب، فضلاً عن حاجة العراق للنهوض بمتطلبات التنمية الاقتصادية ولا تتحقق تلك التنمية إلا عن طريق الخبرات التي يمتلكها العامل الأجنبي، وسد النقص في العمالة الوطنية في هذا المجال.

إن وجود الأيدي العاملة الأجنبية في أي بلد يقتضي وجود نصوص قانونية تنظم وجودهم في ذلك البلد، وتنظيم عملهم، بما يضمن لهم حقوقهم وتحديد التزاماتهم في هذا المجال، لأن عدم تنظيم وجود العمال الأجانب قد يشكل خطراً على الأيدي العاملة الوطنية، لان المشرع عادة ما يعمل على ضمان حماية العمال الوطنية. وفي اطار سياسة تشغيل الأيدي العاملة الأجنبية، فقد وجدت عدة نصوص قانونية تنظم عمل الاجانب، اذا وردت في قوانين العمل والتعليمات الصادرة بموجبها، فضلاً عن تنظيم وجودهم وإقامتهم عن طريق القوانين المنظمة لإقامة هؤلاء الأجانب.

وهذه النصوص جاءت متفرقة بين القوانين والتعليمات، و ذلك انه ليس هناك قانون خاص يحدد شروط وضوابط تشغيل الأيدي العاملة الأجنبية، وباستقراء النصوص الموجودة في القوانين والتعليمات آنفة الذكر، اذ نجد ان المشرع العراقي قد حدد مجموعة من الشروط لتشغيل العامل الأجنبي، لتنظيم عملهم من جهة وحماية الأيدي العاملة الوطنية من جهة اخرى، وكذلك المحافظة على أمن الدولة واستقرارها، وهذا ما تفعله ايضاً القوانين المقارنة مراعاة للأهداف نفسها.

ثانياً: اهمية موضوع البحث واسباب اختياره: تكمن اهمية الموضوع في توافد الكثير من الأيدي العاملة الأجنبية الى العراق، وما يشكله هذا التوافد من خطر على العمالة الوطنية، فضلاً عن ان عدم تنظيم وجود هؤلاء في العراق قد يؤدي إلى التأثير على الوضع الاجتماعي والاقتصادي وحتى الأمني في العراق.

ان المشرع العراقي لم ينظم وبشكل دقيق وفي تشريع واحد عمل الأجانب، فعلى الرغم من مضي أعوام عديدة على إصدار قانون العمل العراقي النافذ رقم (١٧) لعام ٢٠١٥ م، لم تصدر تعليمات جديدة لتشغيل الأجانب، فلاتزال التعليمات السابقة رقم (١٨) لعام ١٩٨٧ م هي النافذة، على الرغم من تناقضها مع قانون العمل النافذ، نتيجة لاختلاف السياسة التشريعية، خاصة ما يتعلق باستثناء العرب من الحصول على إجازة العمل، والتي تناقض تعريف العامل الأجنبي في القانون الحالي، بوصفه كل من لا يحمل الجنسية العراقية، أي أن رعايا الدول العربية مشمولون بشرط الحصول على إجازة العمل.

إن المعالجة الحقيقية لمشكلة العمالة الاجنبية، يجب أن تركز على مبادئ حماية العامل العراقي، وإعطاء الأولوية له في التشغيل، من خلال رفع الرسوم المفروضة على أصحاب العمل الراغبين بتشغيل الأجانب، لرفع كلفة العامل الأجنبي، وعدم التوسع في منح إجازات العمل للأجانب باستثناء ذوي الخبرة

والكفاءة العالية، وتفعيل دور لجان التفتيش التابعة لوزارتي العمل والداخلية، لتفتيش أماكن العمل، والتأكد من سلامة التأشيرات، وإجازات العمل والإقامة، وإجراء التفتيش الأمني للمناطق التي يوجد فيها العمال الأجانب، لحماية أمن المجتمع، والإسراع بإصدار تعليمات جديدة أو تشريع جديد يتعلق بتشغيل الأجانب يتلاءم مع المرحلة الحالية.

ثالثاً: منهجية البحث: اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي لنصوص القوانين والتعليمات التي تناولت الموضوع، فضلاً عن المنهج المقارن مع كل من التشريع الأردني والجزائري.

رابعاً: هيكلية البحث: قسمنا هذا البحث على مباحث ثلاثة تناولنا في الأول التعريف بإجازة عمل الأجانب وتنظيم عملهم، وفي المبحث الثاني بينا شروط منح إجازة العمل للأجانب وإجراءات الحصول عليها، وفي المبحث الثالث بينا، انتهاء إجازة عمل الاجانب، ثم ختمنا البحث بجملة من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

التعريف بإجازة عمل الأجانب وتنظيم عملهم

تنظم قوانين وتعليمات تشغيل الأجانب في معظم الدول أياً كانت ظروفها وأوضاعها عمل هؤلاء الأجانب بشروط وضوابط محددة، لا بد من الالتزام بها، لتعلق هذا الأمر بمصالح الدولة الأساسية ونظامها العام في جانبه الاجتماعي والاقتصادي، فالحاجة الى الخبرة الأجنبية تبقى قائمة في الدول التي قد تفتقر إليها، ويكون ذلك دافعاً الى الاستعانة بعمال أجانب من غير مواطني الدولة، ومن أجل الاستفادة من خبرات العمال الاجانب، وتعويض النقص في العامل الوطني، وتحقيق التوازن بين مصلحة الدولة وحاجتها لهؤلاء العمال، فلا بد من وضع الضوابط القانونية للعمال الاجانب داخل الدولة، وسنن في هذا المبحث وقبل الدخول في تلك الضوابط، التعريف بإجازة عمل الأجانب وتنظيم عملهم، وذلك في مطلبين وكالاتي:

المطلب الاول

التعريف بإجازة عمل الأجانب

التعريف بإجازة عمل الأجانب يقتضي منا ان نعرف اجازة العمل اولاً، ومن ثم التطرق الى تعريف العامل الأجنبي ثانياً، ويكون ذلك في فرعين وكالاتي:

الفرع الأول

تعريف إجازة العمل

لم يرد تعريف إجازة^(١) العمل في قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لعام ٢٠١٥م^(٢). الا انه ورد في تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (١٨) لعام ١٩٨٧م المعدلة، في المادة (١/ ثالثاً) تعريف

(١) الإجازة مصدر من أجاز يجيز، والجمع إجازات، وأجازه: أنفذه، وأجزته: أنفذته، ينظر ابي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج٣، حققه احمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، من دون

إجازة العمل بأنها "وثيقة تصدر من وزارة العمل والشؤون الاجتماعية وفق النموذج المرفق بهذه التعليمات"، وبموجب المادة (٢) من هذه التعليمات "تمنح إجازة العمل من قبل وزير العمل والشؤون الاجتماعية أو من يخوله بعد توفر الشروط الواردة في هذه التعليمات"، ويحب عند اصدار اجازة العمل للأجنبي مراعاة مدى حاجة العراق الى الأيدي العاملة الأجنبية على ضوء ما يتطلبه الاقتصاد الوطني، وحسب متطلبات كل محافظة بعد التثبت من ذلك من قبل دائرة العمل والتدريب المهني في بغداد واقسام العمل في المحافظات، وتأييد الدوائر الأمنية المختصة عدم وجود مانع أمني من اشتغال الشخص الأجنبي في العراق^(٣)، ومدة الاجازة سنة واحدة وتجدد وفق متطلبات الحاجة، مع مراعاة ما ورد بهذه التعليمات، وعلى الشخص الأجنبي، ان يطلب تجديدها عن طريق صاحب العمل قبل شهر على الاقل من تاريخ انتهاء نفاذها^(٤).

كما لم يرد في قانون العمل الاردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ تعريفاً لإجازة او ترخيص العمل، إلا أن المادة (١٢) من قانون العمل الأردني اشترطت أيضاً حصول غير الاردني على تصريح بالعمل في الأردن^(٥).

ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف رخصة العمل في مختلف النصوص التي تنظم تشغيل الأجانب، إلا أن البعض من الفقه الجزائري حاول تقديم تعريف لهذه الرخصة على أنها: "الوثيقة التي تصدرها الهيئة الادارية المختصة، قصد السماح للأجنبي مزاولة عمل مأجور أو غير مأجور داخل إقليم دولة، تنتهي بانتهاء مدتها أو تجديدها لإتمام العمل المطلوب"^(٦).

ويشترط القانون على كل شخص طبيعي أو معنوي يشغل أجنبياً أن يصرح به خلال (٤٨) ساعة، لدى المصالح المختصة إقليمياً لوزارة العمل، وعند عدم وجود هذه المصالح، لدى بلدية محل التشغيل، أو محافظة الشرطة، أو فرقة الدرك المختصة إقليمياً، كما يجب استيفاء الإجراءات نفسه عند إنهاء علاقة العمل^(٧).

ونصت المادة (٢) من القانون رقم (٨١-١٠) الصادر في ١١ تموز ١٩٨١ المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب في الجزائر على ان "مع مراعاة الأحكام المخالفة التي تنص عليها أية معاهدة أو اتفاقية

=سنة نشر، ص ٨٧٠؛ محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي، ج ٥، لسان العرب، دار صادر بيروت، ١٤١٤، ص ٣٢٧.

(٢) نشر في الوقائع العراقية، العدد (٤٣٨٦) في ٩/١١/٢٠١٥.

(٣) ينظر: المادة (٤) من تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (١٨) لسنة ١٩٨٧.

(٤) ينظر: المادة (٥) من تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (١٨) لسنة ١٩٨٧.

(٥) نصت المادة (١٢/ب) من قانون العمل الأردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ على ان "يجب ان يحصل العامل غير الأردني على تصريح عمل من الوزير او من يفوضه قبل استقدمه او استخدامه ولا يجوز ان تزيد مدة التصريح على سنة واحدة قابلة للتجديد وتحتسب مدته عند التجديد من تاريخ انتهاء مدة اخر تصريح عمل حصل عليه".

(٦) د. معاشو نبالي فطة، رخصة عمل الأجانب شرط والتزام، بحث منشور في مجلة قانون العمل، العدد الاول، جانفي، ٢٠١٦، ص ١٩٤. متاح على الموقع التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/529/1/1/68928>

(٧) طبقاً لنص المادة (٢٨) من قانون رقم (١١/٠٨) الصادر في ٢٥ حزيران ٢٠٠٨ المتعلق بشروط دخول الأجانب الى الجزائر واقامتهم بها وتقلهم فيها.

أبرمتها الجزائر مع دولة أجنبية، يجب على كل أجنبي مقبل على ممارسة نشاط مدفوع الأجر بالجزائر أن يكون حائزاً على جواز أو رخصة للعمل المؤقت....".

ومن خلال هذه المادة يتضح أن رخصة العمل تنقسم على نوعين، جواز العمل ورخصة العمل المؤقت، لكن المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير نص في القانون رقم (٠٨-١١) والمتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، في المادة (١٧) على رخصة العمل مكان جواز العمل، وترخيص مؤقت للعمل مكان رخصة العمل المؤقت، ويبرز الفرق بينهما أن رخصة العمل في حال مزاوله العامل الأجنبي لعمل مأجور يتجاوز (٣) أشهر ولا يتعدى سنتين، وهو ما نصت عليه المادة (١٠) من قانون رقم (١٠-٨١) أنف الذكر التي جاء فيها "لا يمكن أن تتجاوز مدة جواز العمل سنتين...". أما الترخيص المؤقت للعمل حسب المادة (٨) من القانون نفسه، فجاء فيها "تسلم رخصة للعمل المؤقت للعمال الأجانب المدعويين لممارسة نشاط مدفوع الأجر، لمدة تقل عن ثلاثة أشهر أو تساويها..."، و يستثنى من إلزامية الحصول على ترخيص مؤقت للعمل، العمال الأجانب المدعويين بصفة استثنائية للقيام بأعمال لا تتجاوز مدة خمسة عشر يوماً ودون أن يتجاوز حاصل مدة الحضور المجموعة ثلاثة أشهر في السنة حسب المادة (٩) من القانون نفسه^(٨).

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي أخذ بمصطلح إجازة العمل وليس رخصة العمل^(٩)، كما فعل المشرع الأردني والجزائري.

الفرع الثاني

تعريف العامل الأجنبي

ورد تعريف العامل الأجنبي في المادة (٢٣/١) من قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لعام ٢٠١٥م، بأنه "كل شخص طبيعي لا يحمل الجنسية العراقية أو يرغب بالعمل في العراق بصفة عامل، بخلاف عمل لا يكون لحسابه الخاص"، وقد ورد في تعليمات رقم (١٨) لعام ١٩٨٧م في المادة (١/١) أولاً بأنه "كل شخص لا يحمل الجنسية العراقية او جنسية احد الاقطار العربية ويرغب العمل في العراق بصفة عامل في

^(٨) ينظر: خضير محمد امين وبلحاج محمد، الاطار القانوني لتشغيل العمال الأجانب في القانون الجزائري، مذكرة ماستر في تخصص قانون المؤسسات الاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة احمد دارية الجزائر، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ١١.

ورد تعريف العمل في المادة (٦/١) قانون العمل العراقي النافذ بانه "كل جهد انساني فكري او جسماني يبذله العامل لقاء^(٩) اجر سواء اكان بشكل دائم ام عرضي ام مؤقت ام جزئي ام موسمي"، او هو "كل عمل يمارس من قبل القطاع الخاص والمختلط والتعاوني" حسب المادة (١/١) ثالثاً) من تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (١٨) لسنة ١٩٨٧؛ وفي قانون العمل الاردني فان العمل حسب المادة (٢) منه هو "كل جهد فكري أو جسماني يبذله العامل لقاء أجر سواء كان بشكل دائم أو عرضي أو مؤقت أو موسمي؛ اما العمل في القانون الجزائري فهو كل جهد يدوي أو فكري، وهذا التعريف يستشف من المادة (٢) من القانون رقم (١١/٩٠) الصادر في ٢١ نيسان ١٩٩٠ المتعلق بعلاقات العمل من خلال تعريف العمال اذ "يعتبر عمالاً اجراء في مفهوم هذا القانون، كل الاشخاص الذين يؤدون عملاً يدوياً او فكرياً...".

القطاع الخاص والمختلط والتعاوني"، ويتضح من هذه المادة انها عدت العامل العربي غير أجنبي، ومن ثم تسري عليه أحكام عمل العراقيين.

وقد عرف المشرع العراقي الأجنبي في المادة الأولى من قانون الجنسية العراقية النافذ رقم (٢٦) لعام ٢٠٠٦م من خلال مفهوم المخالفة للعراقي إذ أن الأخير هو "الشخص الذي يتمتع بالجنسية العراقية"، ومن ثم فإن الأجنبي هو الذي لا يتمتع بالجنسية العراقية، اما تعريف الأجنبي في قانون إقامة الأجانب في العراق رقم (٧٦) لعام ٢٠١٧م فورد في المادة (٢/١) بانه "كل من لا يحمل جنسية جمهورية العراق"^(١٠)، فكل فرد لا يحمل الجنسية العراقية يعد أجنبياً، ولا يغير من الصفة الأجنبية ارتباطه بالدولة عن طريق التوطن أو الإقامة المعتادة من عدمه، فالمعيار هنا هو عدم انتساب الفرد قانوناً لدولة من الدول في اللحظة التي يراد بها تحديد صفته فيها، فالأجنبي بموجب القانون العراقي هو الشخص الذي لا يتمتع بالجنسية العراقية، ويشمل ذلك الشخص الذي يعيش في إقليم العراق ولا يتمتع بجنسية دولة أخرى، أي عديم الجنسية^(١١).

وقد ورد تعريف العامل في المادة (٧/١) من قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لعام ٢٠١٥م بانه "كل شخص طبيعي سواء أكان ذكراً أم أنثى يعمل بتوجيه إشراف صاحب عمل وتحت إدارته، سواء أكان يعمل بعقد مكتوب أم شفوي، صريح أم ضمني، أو على سبيل التدريب أو الاختبار أو يقوم بعمل فكري أو بدني لقاء أجر أياً كان نوعه بموجب هذا القانون"^(١٢).

لذلك فإن العامل الأجنبي هو كل شخص طبيعي لا يحمل الجنسية العراقية، وهذا التعريف يشمل العامل العربي كذلك، والأجنبي بشكل عام هو الشخص الذي لا يتمتع بجنسية الدولة التي يعمل فيها، وهو لا يتمتع بالصفة الوطنية سواء أكان يحمل جنسية دولة أخرى أم كان عديم الجنسية^(١٣)، وسواء أكان مقيماً

(١٠) كما عرفت المادة الأولى من قانون الاحوال المدنية العراقي رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٢ الأجنبي بانه "الشخص الذي يتمتع بالجنسية العراقية".

(١١) د. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب واحكامهما في القانون العراقي، ط٤، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٣، ص ٣٠٧؛ د. محمد جلال حسن، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ط١، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠١٨، ص ٢٢٤؛ د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص ٢٠٠.

(١٢) ونصت المادة (٨/٨) ثانياً من قانون العمل العراقي الملغي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ على تعريف العامل بانه " يقصد بالعامل لأغراض هذا القانون، كل من يؤدي عملاً لقاء اجر، ويكون تابعاً في عمله لإدارة وتوجيه صاحب العمل الذي يقصد به كل شخص طبيعي او معنوي يستخدم عاملاً او اكثر لقاء اجر".

(١٣) د. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٣؛ د. احمد مسلم، القانون الدولي الخاص ومركز الأجانب، ج١، من دون دار نشر، مصر، ١٩٥٦، ص ٣١٧؛ د. هشام علي صادق، مركز الأجانب، المجلد الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧، ص ٣؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٥٠٥.

على إقليمها أم لا يقيم عليه، فالضابط الذي يميز الأجنبي من الوطني هي الجنسية، والبعض من قوانين الجنسية لا تحدد مفهوم الأجنبي وإنما تقتصر على تحديد وبيان مفهوم الوطني^(١٤).

وفي التشريع الاردني جاء في المادة (٥/٢) من قانون العمل الاردني رقم (٨) لعام ١٩٦٩م المعدل، تعريف للعامل بانه: "كل شخص ذكراً كان أو أنثى يؤدي عملاً لقاء أجر ويكون تابعاً لصاحب العمل وتحت إمرته ويشمل ذلك الأحداث ومن كان قيد التجربة أو التأهيل"، أما الأجنبي فهو "كل شخص غير أردني"^(١٥).

وفي الجزائري نظم المشرع تشغيل العمال الأجانب بموجب القانون رقم (٨١-١٠) المؤرخ في ١١ تموز ١٩٨١ المتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، والأمر (٧١-٦٠) المؤرخ في ٥ آب ١٩٧١ الملغى المتعلق بشروط تشغيل الاجانب، إلا أنه بالرجوع لهذين القانونين لا نجد أي مفهوم للعامل الأجنبي، لكن تعريف العامل لا يختلف هنا إن كان وطنياً أم أجنبياً، فيعد عامل أجير كل شخص يؤدي عملاً يدوياً أو فكرياً مقابل مرتب ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص يدعى المستخدم^(١٦). إلا أن المشرع الجزائري من خلال نصوص قانونية أخرى، قام بتعريف الأجنبي، إذا صدر القانون رقم (٠٨-١١) المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها المؤرخ في ٢٥ حزيران ٢٠٠٨ إذ نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أنه "يعتبر أجنبياً، كل فرد يحمل جنسية غير جنسية الجزائرية أو الذي لا يحمل أية جنسية".

ومن خلال ما تقدم من تعريفات يتضح لنا بأن اجازة عمل الأجانب هي رخصة صادر من جهة مختصة، تمنح للعامل الأجنبي في البلد المانح لهذه الرخصة لمدة معينة قابلة للتجديد، وحسب حاجة البلد الى الأيدي العاملة الأجنبية، وطبقاً لمتطلبات الاقتصاد الوطني لذلك البلد، يؤدي ذلك العامل بموجبها جهداً فكرياً او بدنياً، تحت اشراف صاحب العمل وتحت سلطته وإدارته، بعقد مكتوب أو شفوي، لقاء أجر محدد يدفعه صاحب العمل.

(١٤) كالمادة الاولى من قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦؛ والمادة (١) من قانون الجنسية المصرية رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥ المعدل.

(١٥) حسب المادة (٢) من قانون الجنسية الاردنية المرقم (٦) لسنة ١٩٥٤ المعدل، كما وردت في هذه المادة تعريفات للأردني، والعربي، والمغربي، اذ جاء فيها "يكون للكلمات والعبارات التالية الواردة في هذا القانون المعاني المبينة أدناه الا إذا دلت القرينة على خلاف ذلك، تعني كلمة "أردني" كل شخص حاز على الجنسية الأردنية بمقتضى أحكام هذا القانون، تعني كلمة "أجنبي" كل شخص غير أردني، تعني كلمة "عربي" لغايات هذا القانون كل من ينتسب لأب عربي الأصل ويحمل جنسية إحدى دول الجامعة العربية، تعني كلمة "مغربي" كل عربي ولد في المملكة الأردنية الهاشمية أو في القسم المغصوب من فلسطين وهاجر من البلاد أو نزح منها، كما تشمل هذه العبارة اولاد ذلك الشخص أينما ولدوا".

(١٦) المادة (٢) من قانون رقم (١١/٩٠) الجزائري المؤرخ في (٢١) نيسان ١٩٩٠ المتعلق بعلاقات العمل.

المطلب الثاني

تنظيم عمل الأجانب

إن حق العمل في القانون العراقي هو حق طبيعي ودستوري^(١٧). وتنظيم عمل الأجانب في العراق بدأ بنشر نظام ممارسة غير العراقيين العمل والمهنة في العراق رقم (٦٣) لعام ١٩٦٣ م^(١٨)، إذ جاء في المادة (١) منه على أن "... ٢. يسمح للأجانب بمزاولة العمل في العراق بعد الحصول على اجازة بالعمل من مديرية العمل العامة او الدوائر التابعة لها طبقاً للتعليمات التي تصدر وفق هذا النظام، ٣. يخضع للحصول على اجازة العمل الأجانب الذين يقدمون للعراق لغرض تمثيل مصالحهم المذكورة بالفقرة (٢) أو الأشراف عليها، ويستثنى من اجازة الأجانب الذين لا تتجاوز مدة عملهم شهراً واحداً"، وبموجب المادة (٢) من هذا النظام "تمنح الاجازة لمدة لا تتجاوز السنة الواحدة وتجدد وفق متطلبات الحاجة ويراعى في منحها دواعي الصالح العام وعدم مزاحمة الأيدي العاملة العراقية"^(١٩).

ثم جاءت المادة (١٨١) من قانون العمل رقم (١٥١) لعام ١٩٧٠ م^(٢٠)، لتقرر حق الأجنبي في العمل إذ جاء فيها: "١. للعامل الذي يريد العمل في العراق أن يحصل على اجازة عمل من الوزارة وتحدد بنظام خاص شروط منح هذه الاجازة، ٢. يتم تشغيل العامل الأجنبي المرخص له بالعمل في العراق وفق نفس القواعد المقررة في هذا القانون للعامل العراقي، ٣. يتمتع العامل الأجنبي المرخص له بالعمل في العراق بجميع الحقوق المقررة للعامل العراقي في هذا القانون وتترتب عليه نفس الواجبات". ويتبين من هذه المادة انها ساوت بين العامل الأجنبي والعامل العراقي في الحقوق والواجبات والخضوع لهذا القانون، وقد صدرت

^(١٧) ورد في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (٢٢) منه على ان "أولاً: العمل حق لكل العراقيين بما يضمن لهم حياة كريمة، ثانياً: ينظم القانون، العلاقة بين العمال واصحاب العمل على اسس اقتصادية، مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية".

^(١٨) نشر في جريدة الوقائع العراقية عدد ٨٦٢ في ١٩٦٣/٩/٢٣، وهذا النظام صدر استناداً الى الفقرة (٤) من المادة (١٣٤) من قانون العمل رقم (١) لسنة ١٩٥٨ المعدل الملغى.

^(١٩) جاء في المادة (٤) من النظام اعلاه ما يلي: "تمنح المديرية العامة والدوائر التابعة لها صاحب العمل الانن باستخدام الأجنبي وفق الشروط التالية: أ. اثبات حاجة صاحب العمل لخدمات الأجنبي، ب. اثبات عدم وجود من يحل محله من العراقيين او قلتهم، ج. تعهده بتدريب عدد مناسب من العمال العراقيين وتعيين مساعد له من بينهم للتمرن على العمل الذي يقوم به الأجنبي كلما امكن ذلك، د. تعهده بإخبار المديرية العامة عند ترك الأجنبي للعمل او انتهاء خدمته او انتهاء مدة الاجازة". وجاء في المادة (٦) منه على أن "يسمح للأجانب المذكورين ادناه العمل بالعراق مع مراعاة عدم مزاحمة الايدي العاملة الوطنية وبعد حصولهم على الاجازة بالعمل: ١. المقيمين في العراق بصورة شرعية قبل ١٩٥٨/٩/٢٤، ٢. من لهم في العراق صلة قري من الدرجة الثانية او علاقة زوجية، ٣. المولودين في العراق والمقيمين فيه بصورة معتادة ومشروعة حتى بلوغهم سن الرشد".

^(٢٠) نشر في جريدة الوقائع العراقية، العدد، ١٩٠٦، في ١٩٧٠/٨/١٠.

تعليمات طبقاً للمادة (٢٥٩/ب) من هذا القانون، وهي تعليمات حول ممارسة العمال الأجانب في العمل والمهن في العراق صدرت في ١/١/١٩٧٤^(٢١).

ثم صدر نظام ممارسة غير العراقيين في العمل والمهن في العراق رقم (٣٠) لعام ١٩٧٣م^(٢٢)، إذ جاء في المادة (١) منه على أن "٢. لا يجوز للأجنبي العمل في العراق إلا بعد الحصول على إجازة العمل التي تصدرها الوزارة، ٣. تصدر إجازة العمل على أساس ما تقتضيه حاجة العراق للأيدي العاملة وحسب متطلبات كل محافظة ووفقاً لما يقره المكتب المركزي للتشغيل"، اذ قيدت هذه المادة حق الأجنبي في العمل حسب حاجة العراق للأيدي العاملة، وفق ما يقره المكتب المركزي، وفق الشروط والإجراءات التي نص عليها هذا القانون^(٢٣).

ثم جاءت المادة (٢٣) من قانون العمل العراقي رقم (٧١) لعام ١٩٨٧م لتعطي الحق للعامل الأجنبي بالعمل اذ جاء فيها " لا يجوز تشغيل اي عامل أجنبي مالم يكن قد حصل على اجازة عمل وفقاً للشروط والإجراءات التي تحدد بتعليمات يصدرها وزير العمل والشؤون الاجتماعية". وقد صدرت هذه التعليمات برقم (١٨) لعام ١٩٨٧م بشأن ممارسة العامل الأجنبي في العراق، والتي نصت على حق الأجنبي في العمل في العراق لكن بشرط الحصول على إجازة العمل فجاء في المادة (٣) منها: "لا يجوز لصاحب العمل في القطاع الخاص والمختلط والتعاوني تشغيل اي شخص أجنبي ما لم يكن قد حصل على إجازة العمل وفق للشروط والإجراءات المحددة بهذه التعليمات".

وجاء قانون العمل العراقي النافذ رقم (٣٧) لعام ٢٠١٥م ليقرر حق الأجنبي في العمل، وتنظيم عمله في العراق في المادة (٢) منه وتحت عنوان الأهداف والسريان والتي جاء فيها "يهدف هذا القانون إلى تنظيم علاقات العمل بين العمال وأصحاب العمل ومنظماتهم بهدف حماية حقوق كل منهما وتحقيق التنمية المستدامة المستندة إلى العدالة الاجتماعية والمساواة وتأمين العمل اللائق للجميع من دون أي تمييز لبناء الاقتصاد الوطني وتحقيق حقوق الإنسان والحريات الأساسية وتنظيم عمل الأجانب العاملين أو الراغبين في العمل بجمهورية العراق وتنفيذ أحكام اتفاقيات العمل العربية والدولية المصادق عليها قانوناً"،

^(٢١) جاء في المادة (١) من هذه التعليمات ما يلي: "على كل أجنبي يريد العمل في العراق لدى الإدارات او اصحاب العمل ان يستحصل على اجازة العمل من هذه الوزارة ليتسنى له العمل في العراق، وتسهيلاً لتطبيق نظام ممارسة غير العراقيين العمل والمهن في العراق رقم (٣٠) لسنة ١٩٧٣: أ. العاملين لدى الإدارات واصحاب العمل في القطاع المختلط والمرتبطين معهم مباشرة بموجب عقود، ب. العاملين لدى الشركات الأجنبية المتعاقدة مع الإدارة، وبعد استحصل موافقة الوزير المختص لتلك الإدارة، ج. الذين تسمح لهم القوانين والاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تكون الحكومة العراقية طرفاً فيها شرط الحصول على الاجازة المذكورة، د. العاملين لدى اصحاب العمل في القطاعين الخاص والتعاوني، مع مراعاة احكام النظام رقم (٣٠) لسنة ١٩٧٣". ونشرت هذه التعليمات في الوقائع العراقية عدد ٢٣٣٠ في ١٩/٣/١٩٧٤.

^(٢٢) نشر في جريدة الوقائع العراقية، العدد، ٢٢٨٢، في ٦/١٠/١٩٧٣؛ والغى هذا القانون بموجب المادة (١٦٢/ثالثاً/ج) من قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ الملغى.

^(٢٣) ينظر المواد (٢-٤) من نظام ممارسة غير العراقيين العمل والمهن في العراق رقم (٣٠) لسنة ١٩٧٣.

أما المادة (٣) فنصت على أن "أولاً: تسري احكام هذا القانون على جميع العمال في جمهورية العراق أو من هم بحكمهم ما لم ينص البند (ثانياً) من هذه المادة على خلاف ذلك"^(٢٤). مما يعني ان احكام هذا القانون تسري على العمال العراقيين والأجانب بما فيه من حقوق والتزامات.

وفي الفصل الخامس منه جاء تحت عنوان تنظيم عمل الأجانب في المواد (٣٠-٣٦) إذ جاء في المادة (٣٠) منه على أنه "يحضر على الإدارات وأصحاب العمل تشغيل أي عامل أجنبي باي صفة ما لم يكن حاصلًا على اجازة العمل التي تصدرها الوزارة مقابل رسم يحدد بتعليمات يصدرها الوزير". ونصت المادة (٣١) على أن "يحظر على العامل الأجنبي الالتحاق باي عمل قبل الحصول على اجازة العمل".

أما في القانون الأردني فإن حق العمل يعد حقاً طبيعياً أيضاً استناداً إلى أحكام الدستور الأردني^(٢٥)، ألا ان المشرع الأردني قيد العمالة الأجنبية بشروط تحقيقاً للمصلحة الوطنية، من خلال نص المادة (١٢/أ) من قانون العمل لعام ١٩٩٦م المعدل بالقانون المؤقت رقم (٢٦) لعام ٢٠١٠م^(٢٦).

وإذا كان العمل حقاً بموجب أحكام الدستور الأردني، فانه ولغايات حماية هذا الحق لا بد من النظر إليه من زاويتين: الأولى: تأمين فرص عمل للعامل الأردني، وتأمين العيش والرخاء له ولأسرته، أما الزاوية الثانية فينظر من خلالها إلى العامل الأجنبي على أنه منافس للعمالة الوطنية، ومن ثم لا بد من تقييده بالحصول على ترخيص بذلك لترى السلطة المعنية حاجته من عدمها، ويتبين من النص السابق ان استخدام العامل الأجنبي يكون مقيداً بالآتي^(٢٧):

١. إذا لم يكن هناك عامل أردني يستطيع القيام بالعمل المطلوب بالنظر لعدم توفر الخبرة والكفاءة التي يلزم توافرها في العامل الذي يقوم بهذا العمل، وبالمقابل قيدت رب العمل وألزمته بالحصول على موافقة وزير

^(٢٤) نصت الفقرة (ثانياً) من المادة اعلاه على ان "لا تسري أحكام هذا القانون على: أ. الموظفين العموميين المعيّنين وفق قانون الخدمة المدنية أو نص قانوني خاص، ب. أفراد القوات المسلحة ومنتسبي الشرطة والأمن الداخلي".

^(٢٥) عدت المادة (٢٣) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢، العمل حق طبيعياً، وأكدت المادة (٢/٦) منه على أن تتكفل الدولة العمل، ضمن حدود إمكانياتها ويقتضي ذلك في اغلب الأحيان أن تضمن الدولة عدم منافسة الأجانب للوطنيين في الحصول على فرص العمل، اذ جاء فيها "تكفل الدولة العمل ... ضمن حدود إمكانياتها ...".

^(٢٦) نصت هذه المادة على انه "لا يجوز استخدام أي عامل غير أردني إلا بموافقة الوزير أو من يفوضه شريطة أن يتطلب العمل خبرة وكفاءة غير متوفرة لدى العمال الأردنيين، أو كان العدد المتوفر منهم لا يفي بالحاجة وللوزير إصدار أي تعليمات يراها لازمة لتنظيم استخدام واستقدام العمال غير الأردنيين لغايات هذه المادة".

^(٢٧) ينظر في هذه القيود د. مظفر جابر الراوي، اثر التشريعات في تنظيم العمالة الأجنبية والحد من البطالة، دراسة في ضوء التشريعين الاردني والجزائري، مداخلة مقدمة ضمن المحور الرابع الى الملتقى العلمي الدولي "استراتيجية الحكومة في القضاء على البطالة وتحقيق التنمية المستدامة" الذي قدمته كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة المسيلة، الجزائر، للفترة ١٥-١٦ نوفمبر تشرين الثاني ٢٠١١، ص ٤-٥. منشور على الموقع الاتي:

العمل قبل استخدامه للعامل الأجنبي، وبالمفهوم المخالف فإن عدم حصول رب العمل على هذه الموافقة أو الترخيص من الوزير أو من يفوضه يعرضه إلى العقاب، فضلاً عن هذا الشرط يجب أن يكون عدد العمال الأردنيين لا يفي بالحاجة حسب المادة (١٢/أ) أنفة الذكر.

٢. ضرورة حصول تصريح عمل للعامل الأجنبي قبل استقدامه أو استخدامه^(٢٨)، وقد حددت مدة التصريح بسنة واحدة استثناءً، على خلاف القاعدة العامة في تجديد العقود محددة المدة، بهدف إتاحة الفرصة للعامل الوطني أن يلتحق في فرص العمل المتوفرة حتى انتهاء فترة عقود عمل الأجانب، ويجب أن يكون دخول الأجنبي إلى المملكة بصورة مشروعة.

٣. أشارت إليه الفقرتان (ج/١/٢) من المادة (١٢)، وبموجبها ألزمت رب العمل بدفع رسوم تستثمر للصالح العام وتدخل في خزينة الدولة، ويتم تحديد مقداره بموجب نظام، كما ألزمته بدفع رسم إضافي عن كل إصدار أو تجديد لتصريح عمل، يتحدد مقداره طبقاً للنظام الصادر، ويخصص لصندوق التشغيل والتدريب المهني والتقني، وهو تقييد يفرض أعباء مالية إضافية على رب العمل بهدف عدم استخدام العامل الأجنبي إلا للضرورة الماسة، وتنفيذاً لأحكام المادة السابقة صدر نظام رسوم تصريح العمل للعمال غير الأردنيين وتعديلاته رقم (٣٦) لسنة ١٩٩٧^(٢٩)، الذي يحدد رسوم تصريح العمل أو تجديده للسنة الكاملة، أو لجزء من السنة.

أما في الجزائر فيعد حق العمل حقاً دستورياً استناداً إلى الدستور الجزائري^(٣٠)، وقد صدر قانون العمل رقم (١١-٩٠) لسنة ١٩٩٠، الذي لم يضع قواعد لتنظيم العمال الأجانب، واكتفى بنص المادة (٢١) التي نصت على انه: "يجوز للمستخدم توظيف العمال الأجانب عندما لا توجد يد عاملة وطنية مؤهلة، وحسب الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما" وأحال تنظيم هذا الموضوع إلى التشريعات المنظمة للعمال الأجانب الآخرين، والأوامر والمراسيم المتعلقة بها. فصدر قانون رقم (٨١ - ١٠) الذي نظم شروط تشغيل الأجانب، ووضع قيوداً على فئة العمال الأجانب المؤقتين، لاعتبارات وطنية وهذه القيود تتمثل بما يلي^(٣١):

١. ما أشارت إليه المادة (٢) من القانون التي أكدت على مراعاة الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع دولة أجنبية، وألزمت الأجنبي الذي يقبل على ممارسة نشاط مقابل أجر أن يكون حائزاً على جواز أو رخصة للعمل المؤقت من السلطات الجزائرية المعنية.

^(٢٨) نصت المادة (١٢/ب) من قانون العمل الاردني على انه: "يجب ان يحصل العامل غير الأردني على تصريح عمل من الوزير أو من يفوضه قبل استقدامه أو استخدامه، ولا يجوز أن تزيد مدة التصريح على سنة واحدة قابلة للتجديد وتحتسب مدته من تاريخ انتهاء مدة آخر تصريح عمل حصل عليه".

^(٢٩) المنشور في الجريدة الرسمية صفحة ٣٣٤٦ عدد رقم ٤٢٢١ بتاريخ (١٩٩٧/٠٨/٠٢).

^(٣٠) المادة (٦٦) من الدستور الجزائري لعام ٢٠٢٢.

^(٣١) في التنظيم القانوني للعمال الأجانب في الجزائر، ينظر: د. مظفر جابر الراوي، المرجع السابق، ص ٦ وما بعدها.

٢. منعت المادة (٣) من القانون نفسه استخدام عمالة أجنبية غير مؤهلة تقنياً، باستثناء رعايا الدول الموقعة مع الجزائر اتفاقيات دولية.

٣. لا يمنح العامل الأجنبي الجواز أو الرخصة، وفقاً لأحكام المادة (٥) من القانون نفسه، إذا توفرت عمالة جزائرية بما فيهم المغتربين يحملون مؤهلات الأجنبي نفسها، وترك المشرع تقدير ذلك إلى النقابة التي يؤخذ رأيها وفق التقرير الذي يقدمه رب العمل إلى وزارة العمل.

٤. أما المادة (١٦) فقد قيدت رب العمل بأن يدفع للعامل الأجنبي ما يتقاضاه العامل الجزائري في مثل هذه المهنة، ويمكن زيادة الأجر وفقاً لشروط تحدد بمرسوم^(٣٢).

ثم صدر المرسوم الرئاسي رقم (٢٥١-٠٣) لعام ٢٠٠٣م المتمم لمرسوم رقم (٦٦-٢١٢)، والمتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر وتم تنظيم إقامات العمال الأجانب، اشترطت فيه المادة (٥/٦ مكرر ١) تسليم تأشيرة العمل للأجنبي، إذا حاز على عقد عمل من مؤسسة جزائرية، ورخصة مؤقتة للعمل تكون سابقة للترخيص بعمله، تسلمها المؤسسة التي ترغب باستخدام هذا العامل، تقدم هذه المؤسسة شهادة تضمن ترحيل العامل بعد انتهاء عمله، وهذا ما يسمى بنظام الكفيل المعمول به في الأردن، ومعظم دول الخليج العربي، على الرغم من أن الأخيرة قامت مؤخراً بإلغاء شرط الكفيل على العامل الأجنبي، وينطبق هذا الشرط على الأجنبي الذي تعاقد لأداء خدمات أو فائدة يقدمها لمؤسسة ما في الجزائر.

ثم صدر قانون رقم (١١-٠٨) لعام ٢٠٠٨م المتعلق بدخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، وأرسى هذا القانون قواعد لم تكن موجودة من قبل، بهدف تقييد إقامة العامل الأجنبي في البلاد منها: ما تضمنته المادة (١٧) من أن كل أجنبي يرغب في الإقامة بالجزائر بقصد ممارسة عمل، لا يستطيع

(٣٢) صدر بعد هذا المرسوم، المرسوم رقم (٢٧٦-٨٦) لسنة ١٩٨٦ الذي يحدد شروط توظيف المستخدمين الأجانب في مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات الحكومية، ولم يستثن المشرع الجزائري العمالة الأجنبية من تنظيمها، حتى وإن كانت تستخدم في مرافق الدولة وقد تم تصنيف هذه العمالة وفقاً للتخصصات والمهن التي تحتاجها الدولة، وقد قيدت أحكام هذا المرسوم الدولة بشروط وردت في نصوصه، إذ أجاز المرسوم في المادة الأولى، لمرافق الدولة بالتعاقد مع العمالة الأجنبية بشرط مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون رقم (٨١-١٠) لسنة ١٩٨١، وطبقاً لأحكام المادة الثانية يجب توافر الشروط التي تتطلبها الوظيفة العامة في العامل الأجنبي، المطبقة على العمالة المحلية التي تشغل مثل هذه الوظيفة، فضلاً عن الخبرة المهنية التي لا تقل عن أربع سنوات، كما منعت المادة (٦) من المرسوم، العامل الأجنبي من ممارسة أي عمل آخر مريح سواء أكانت هذه الممارسة بصورة مباشرة أم غير مباشرة، والغاية من ذلك عدم إشغال العمالة الأجنبية لأعمال أخرى يمكن للعمالة المحلية القيام بها، وحددت المادة الثامنة من المرسوم رواتب العمالة الأجنبية، وفقاً للسلم الوطني المالي لوظائف الجزائريين مع مراعاة مؤهلاتهم وخبرتهم المهنية وتطبيقاً لذلك ساوت الحكومة أجور الأساتذة الأجانب بما يتقاضاه الأساتذة الجزائريين، كما أخضعت رواتبهم وفقاً للمادة (١٩) إلى الضرائب المقررة على رواتب الجزائريين، مع مراعاة الاتفاقيات التي تستند إلى مبدأ المعاملة بالمثل مع دول العمال الأجانب والاتفاقيات التي تمنع الازدواج الضريبي، والأحكام اعلاه تسري على أزواج الجزائريات، وزوجات الجزائريين الأجانب حسب المادة (٢١) من المرسوم، ينظر: د. مظفر جابر الراوي، المرجع السابق، ص ٨-٩.

الحصول على بطاقة الإقامة إلا إذا كان حاصلاً على تصريح بالعمل، أو إذن بالعمل، أو حاصل على تصريح بتشغيله كأجنبي، وألزمت المادة (٢٨) كل شخص طبيعي أو معنوي يشغل أجنبياً بأية صفة كانت أن يعلم الجهات المختصة في وزارة العمل، أو في حال عدم وجود ما يمثل هذه الجهات في الإقليم، فيمكن بلاغ البلدية، أو محافظة الشرطة، أو فرقة الدرك، وهذا الإجراء ينطبق في حال إنهاء علاقة العمل، كما منحت صلاحية للمسؤولين المعنيين أن يطلبوا من المستخدم، المستندات اللازمة والتي تثبت الموافقة على تشغيل الأجنبي.

المبحث الثاني

شروط منح إجازة العمل للأجانب وإجراءات الحصول عليها

يمكن القول إن حصول العامل الأجنبي على إجازة العمل يعد من الشروط المفترضة، لكي يمارس العامل عمله خارج حدود دولته، والحصول على إجازة العمل تعد مسألة أولية لممارسة عمله وتحديد حقوقه والتزاماته وفق قوانين العمل، ويمتنع على أي أجنبي أن يؤدي أي عمل دون الحصول على إجازة بذلك، وعن طريق هذه الإجازة تحدد الدولة احتياجاتها من الخبرة الأجنبية، ومراقبة نظام تشغيل الأجانب وحماية الأيدي العاملة الوطنية من خطر المنافسة الأجنبية، وهناك شروط عديدة للحصول على إجازة العمل، كما أن هناك إجراءات ينبغي اتباعها للحصول على هذه الإجازة، لذلك سنبين شروط منح الإجازة وإجراءاتها وذلك في مطلبين وكالاتي:

المطلب الأول

شروط منح إجازة العمل للأجانب

هناك عدة شروط ينبغي توافرها للحصول على إجازة العمل للأجانب، ومن أبرز هذه الشروط الحصول على تأشيرة الدخول والإقامة بطريقة مشروعة، والمعاملة بالمثل، والحاجة إلى الخبرة الأجنبية، سنبينها في الأفرع الآتية:

الفرع الأول

الحصول على تأشيرة الدخول والإقامة بطريقة مشروعة

إن تأشيرة الدخول إلى أراضي الدولة هي التصريح الصادر من السلطات المختصة، التي تسمح للأجنبي الدخول إلى أراضي الدولة عبر الحدود والمنافذ المحددة والمخصصة من قبل السلطة التي يعهد إليها هذا الأمر، ويتطلب دخول الأجنبي إلى أراضي الدولة التي لا يحمل جنسيتها، أن يكون حاملاً لجواز سفر ساري المفعول، أو أية وثيقة سفر أخرى تقوم مقامه يصرح بها من جانب سلطات الدولة، وحتى يمنح الأجنبي تأشيرة الدخول، لا بد من توافر بعض المستندات وهي تختلف من دولة إلى أخرى، فبعض الدول

تتشدد في ذلك وتطلب العديد من المستندات، والضمانات المالية، والتأمين الصحي وغير ذلك، وهناك دول تخفف من هذه الشروط^(٣٣).

ويوجد تباين بين الدول في شروط منح تأشيرة الدخول إلى الأجانب، فبعض الدول تتوسع في هذه الشروط والبعض الآخر، يخفف منها خصوصاً مع رعايا الدول التي تقيم معها علاقات ثنائية، أو ترتبط معها بروابط ثقافية أو قومية أو اقتصادية، أو حتى بالنظر إلى التقدم العلمي والتكنولوجي للدولة التي يستقدم منها الأجنبي من أجل العمل، كما تحاول بعض الدول أن تضمن قدرة الأجنبي على الوفاء بالحد الأدنى من احتياجاته، من خلال تقديم بعض الوثائق، مثل: تقديم كشف حساب مصرفي، أو تحويل مالي من احد المصارف أو البنوك في الدولة التي يرغب دخول إقليمها وما إلى ذلك، وبعد دخول الأجنبي إلى اقليم الدولة عليه ان يحصل على الإقامة المشروعة في الدولة التي يريد العمل فيها، وتختلف مسميات تلك الإقامة ومدتها حسب الغرض من الدخول إلى الدولة ونوع التصريح الذي يحصل عليه^(٣٤).

وهذا الشرط أي شرط الحصول على تأشيرة الدخول والإقامة المشروعة تشترطه معظم التشريعات، ففي العراق لا يكفي لدخول الأجنبي إلى إقليم، أن يكون حائزاً على جواز سفر ساري المفعول، أو وثيقة سفر تقوم مقامه، مصرح بها من السلطات المختصة بالدولة، بل تشترط الدولة شرطاً آخر، الا وهو الحصول على اذن مسبق قبل الدخول إلى إقليمها، من السلطات المختصة المتمثلة بوزارة الداخلية او احدى البعثات الدبلوماسية في الخارج، فهذا الاذن يعد بمثابة الضوء الأخضر الذي يسمح للأجنبي بالدخول المشروع الى الدولة^(٣٥). وقد نص المشرع العراقي على هذا الشرط، فنصت المادة (٣) من قانون إقامة الأجانب على ان "يشترط لدخول الأجنبي أراضي جمهورية العراق والخروج منها ما يأتي: أولاً: أن يكون لديه جواز أو وثيقة سفر نافذتين مدة لا تقل عن (٦) ستة أشهر وصالحتين لدخول جمهورية العراق أو الخروج منها، ثانياً: أن يكون حائزاً على سمة دخول نافذة المفعول عند دخوله مؤشرة في جواز سفره أو وثيقة سفره بختم الدخول عند قدومه إلى جمهورية العراق وبختم الخروج عند مغادرته لها، ثالثاً: ثبوت خلوه من الأمراض السارية والمعدية والعوز المناعي المكتسب على وفق القانون، رابعاً: أن يسلك في دخوله وخروجه من وإلى أراضي جمهورية العراق المنافذ الحدودية الرسمية وبعد التأشير على جواز أو وثيقة سفره بختم الدخول عند قدومه إلى جمهورية العراق وبختم الخروج عند مغادرته

(٣٣) د. محمد الروبي ود. جابر سالم، احكام الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٤٠٤؛ د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، الترخيص بالعمل للأجانب بين الضوابط القانونية والنصوص الجزائية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠٠٩، ص ٣٢.

(٣٤) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص ٣٢.

(٣٥) علي عبد النبي عبد الحسن ود. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، التنظيم القانوني لاستقدام العمالة الأجنبية في العراق، بحث منشور في مجلة الخليج العربي، تصدر عن مركز دراسات البصرة والخليج العربي-جامعة البصرة، المجلد (٤٩)، العدد الاول، اذار ٢٠٢١، ص ٩٧-٩٨.

لها^(٣٦). كما نص المشرع العراقي على العديد من سمات الدخول^(٣٧) في قانون إقامة الأجانب رقم (٧٦) لعام ٢٠١٧ م الا أننا لا نجد أية إشارة إلى تأشيرة دخول لغرض العمل في العراق^(٣٨)، على الرغم من ان بعض السمات التي أشار اليها المشرع العراقي نصت على منع حاملها من مزاوله اي عمل في العراق، كما هو الحال في سمة الزيارة^(٣٩)، والسمة السياحية^(٤٠)، الا ان مجلس الوزراء سبق وان اصدر قراراً برقم (٨٠) لعام ٢٠١٣ م المتضمن تعديل الفقرة (اولاً/١) من قرار مجلس الوزراء المرقم (٤٦٩) في ٢٠١٢ المتضمنة "تحويل مدير الجنسية العام او رئيس البعثة او من يخوله في الخارج صلاحية منح تأشيرة دخول متعددة الاغراض للأجنبي من المستثمرين، والشركات الاستثمارية، ورجال الاعمال، والخبراء، والعمال، بناءً على طلب الوزارة، او الجهة الحكومية المستفيدة، تحويل مدير الإقامة أو من يخوله صلاحية منح الإقامة للأجانب من الفئات المذكورة آنفاً لمدة سنة واحدة بناءً على طلب الوزارة، او الجهة الحكومية المستفيدة". ومن خلال استقصاء دوافع الحكم الذي جاء في هذا القرار، الذي سبق صدور قانون إقامة الأجانب في العراق، ومن وجهة نظر جانب من الفقه^(٤١)، إنه أكثر دقة ووضوح في بيان الفئة المستهدفة من الأجانب، وتحديد نوع تأشيرة الدخول التي يمكن للأجنبي الحصول عليها، فيما اذا كان يرغب بالدخول

^(٣٦) ونصت المادة (٤) من قانون إقامة الأجانب في العراق "على ضابط الإقامة في مراكز الإقامة والجوازات في المنافذ الحدودية العراقية إحالة أي أجنبي كان قاصداً دخول الأراضي العراقية إذا ثبت في جواز أو وثيقة سفره تحريف في البيانات الشخصية أو التأشيرات العراقية وغير العراقية او تلاعب في الصور المثبتة في الجواز او وثيقة سفره الى الجهات المختصة للتحقيق بذلك مع مراعاة مبدأ المقابلة بالمثل".

^(٣٧) سمة الدخول بموجب المادة (١/ ثانياً) من قانون إقامة الأجانب في العراق هي "الموافقة على دخول الأجنبي أراضي جمهورية العراق تؤثر في جواز سفره من القنصل العراقي أو من يقوم مقامه أو أي جهة ترعى مصالح جمهورية العراق في الخارج أو من يخوله الوزير بذلك".

^(٣٨) اورد المشرع العراقي سمة الخدمة من ضمن انواع سمات الدخول في المادة (٧/ اولاً/ ك) من قانون إقامة الأجانب في العراق وهي تمنح للأشخاص الذين يحملون جواز سفر خدمة على وفق تعليمات يصدرها وزير الخارجية وبالتنسيق مع وزير الداخلية، ولا نعتقد ان سمة الخدمة هذه يقصد بها سمة عمل كما اشار الى ذلك بعض الباحثين، ينظر: د. رعد عبد الامير مظلوم، تحويل الأجنبي العمل في العراق في ظل القانون الدولي الخاص، مجلة الجامعة العراقية، تصدر عن مركز البحوث والدراسات في الجامعة العراقية، المجلد (٤٤)، العدد (٣)، ٢٠١٩، ص ٤١٥.

^(٣٩) نصت المادة (٧/ اولاً/ د) من قانون إقامة الأجانب في العراق على ان "سمة الزيارة: تخول حاملها دخول أراضي جمهورية العراق مرة واحدة خلال (٩٠) تسعين يوماً من تاريخ منحها والإقامة فيها مدة (٣٠) ثلاثين يوماً ولا يحق لصاحبها العمل في أي مكان في جمهورية العراق سواء بأجر أو بدون أجر".

^(٤٠) نصت المادة (٧/ اولاً/ هـ) من قانون إقامة الأجانب في العراق على ان "سمة سياحية: تمنح لزيارة المناطق السياحية والدينية وتخول حاملها دخول أراضي جمهورية العراق مرة واحدة خلال (٦٠) ستين يوماً من تاريخ منحها والإقامة فيها مدة (٣٠) ثلاثين يوماً وتكون بكفالة المؤسسات والهيئات والشركات العاملة في مجال السياحة ولا يحق لحاملها العمل في أي مكان سواء كان بأجر أو بدون أجر ولا تشترط الكفالة إذا كانت السياحة بصورة فردية أو عائلية".

^(٤١) علي عبد النبي عبد الحسن ود. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، المرجع السابق، ص ١٠٠.

الى اقليم الدولة لغرض العمل، ودلالة على اهميتها فإنه وسع من سلطة الجهات المخولة بالمنح، وجاء هذا الأمر تماشياً مع الظروف الاقتصادية والسياسة التي شهدتها العراق في الفترة الاخيرة، والانفتاح الكبير على مستوى التنمية الاقتصادية، وحاجة الدولة الماسة للاستعانة بالفئات الواردة في القرار في عملية البناء والتطوير، ورفع مستوى الانتاج وعلى مختلف الاصعدة، لذلك فان المشرع العراقي في قانون إقامة الأجانب النافذ، لم يوظف ما جاء في مضمون القرار اعلاه عند وضع وبيان سمات الدخول، ومن ثم نوع سمة أو تأشيرة الدخول الخاصة بالعمال الأجانب بنص صريح في القانون، وهذا يعد فراغاً تشريعياً وقع فيه المشرع العراقي عندما لم يخصص سمة دخول خاصة بالعامل الأجنبي بنص صريح في قانون الإقامة الجديد، على الرغم من أهمية هذه الفئة إذا ما قورنت ببقية فئات الأجانب الوافدين إلى العراق، كونها تدخل بأعداد كبيرة ولفترات طويلة، لذا كان الأجدر بالمشرع العراقي ان ينظم لهم سمة دخول خاصة بهم، في متن القانون الجديد، وأن يستفاد من الإشارة الواضحة لما جاء بنص قرار مجلس الوزراء الآنف الذكر.

أما بخصوص الإقامة المشروعة في العراق، فهي تعني "رخصة أو وثيقة تمنحها السلطة المختصة للأجنبي الذي يرغب في الإقامة داخل البلاد، متى توافرت فيه شروط قانونية معينة تضعها الدولة، وفقاً لمصالحها الوطنية، وهي تتضمن بيانات محددة"^(٤٢). وقد عرف المشرع العراقي وثيقة الإقامة بأنها: "الوثيقة التي تتضمن الإذن بالإقامة في العراق صادرة عن سلطة عراقية مختصة"^(٤٣).

وتشترط القوانين عادة للاعتراف بحق الأجنبي في العمل ضرورة مشروعية إقامة العامل الأجنبي، فلا يمكن السماح للأجنبي بمزاولة أي عمل إذا كانت إقامته غير مشروعة، لذلك فإن التصريح للأجنبي بالدخول إلى إقليم الدولة إنما هو تعبير عن الإقامة المشروعة، التي تشترط لدخول الأجنبي الى البلاد أن يكون حاملاً لجواز سفر نافذ وصادر من السلطات المختصة بالدولة، مؤشراً فيه على سمة الدخول ومدة الإقامة في الدولة، كما يشترط ان يكون الدخول من المنافذ الحدودية المخصصة لهذا الغرض، ونظم المشرع العراقي إقامة الأجانب في المادة (١٨) وما بعدها، فأوجب في المادة (١٨ / اولاً) أن يسجل الأجنبي دخوله إلى العراق، من خلال استمارة خبر الوصول^(٤٤)، وعلى الأجنبي الذي يرغب في البقاء في العراق اكثر من المدة المسموح له بها في السمة الاعتيادية، ضرورة أن يحصل قبل انتهاء تلك المدة على وثيقة

(٤٢) صفاء فتوح جمعة، القانون الدولي الخاص، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٩، ص ٣٣٠.

(٤٣) ينظر المادة (١ / اولاً) من قانون إقامة الأجانب العراقي النافذ.

(٤٤) نصت المادة (١٨) من قانون اقامة الأجانب العراقي على ان: "على الأجنبي أن يملأ ويوقع استمارة خبر الوصول ويقدمها إلى ضابط الإقامة في المنفذ حين وصوله، ثانياً: على القائمين بإدارة الفنادق أو النزل أو أي محل آخر يسكن فيه الأجنبي أن يبلغوا ضابط الإقامة عن تاريخ دخول ومغادرة الأجنبي خلال (٢) يومين من تاريخ نزوله أو مغادرته وعلى كل من أوى أو أسكن أجنبياً معه في غير المحلات المذكورة أن يبلغ ضابط الإقامة المختص بدخول ومغادرة الأجنبي خلال المدة المذكورة، ثالثاً: أ. على كل من يستخدم أجنبياً أن يبلغ ضابط الإقامة خلال (٤٨) ثمان وأربعين ساعة من تاريخ استخدام ذلك الأجنبي أو إذا غادر جمهورية العراق وعليه أن يرفق جواز سفر الأجنبي أو بطاقة العمل إن وجدت وعلى الكفيل مراجعة مديرية الإقامة لإنهاء إجراءات إلغاء إقامة مكفوله أو تبديل كفالته، ب. على كل من استقدم أجنبياً لغرض العمالة أن يودع تأمينات مالية أو بطاقة عودة صالحة (تذكرة سفر) لضمان عودة ذلك الأجنبي".

الإقامة، وإذا انتهت مدة الإقامة ورغب الأجنبي البقاء في العراق، عليه ان يمدد إقامته، والإعد وجوده غير مشروع في العراق ومن ثم الى المساءلة القانونية^(٤٥).

أما في الأردن فاشتراط القانون رقم (٢٤) لعام ١٩٧٣م وهو قانون الإقامة وشؤون الأجانب المعدل، في المادة (٤/أ) على ضرورة حصول العامل الأجنبي على تأشيرة دخول^(٤٦) إذ جاء فيها: "يسمح للأجنبي بدخول المملكة أو الخروج منها إذا كان حائزاً على جواز سفر أو وثيقة سفر سارية المفعول، صادرة عن بلاده ومعتبرة لدى حكومة المملكة، وكان حاصلاً على تأشيرة دخول أو خروج، وكذلك إذا كانت لديه وثيقة سفر صادرة عن حكومة المملكة بسبب وجوده فيها دون جواز سفر أو وثيقة سفر صادرة عن حكومة معينة"^(٤٧).

^(٤٥) نصت المادة (١٩) من قانون الإقامة النافذ على ان: "على الأجنبي الذي يرغب بالبقاء في جمهورية العراق أكثر من المدة المسموح له بها في السمة الاعتيادية أن يحصل قبل انتهاء تلك المدة على بطاقة الإقامة من ضابط الإقامة مدة لا تزيد على (١) سنة واحدة وله قبل (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ انتهائها أن يطلب تمديدتها لمدة سنة أخرى ويجوز أن يتكرر ذلك عدة مرات ما دام مبرر منح الإقامة موجوداً، ثانياً: لمدير عام مديرية الإقامة العامة إن يرفض منح الأجنبي الإقامة أو تمديدتها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وللأجنبي حق الاعتراض على قرار الرفض لدى الوزير خلال (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه على أن تتم الإجابة على الاعتراض خلال مدة لا تزيد على (٣٠) ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الاعتراض، ثالثاً: للوزير في أي وقت إلغاء إقامة الأجنبي قبل انتهاء مدتها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، رابعاً: على المقيم المنتهية مدة إقامته تسليم بطاقة الإقامة الممنوحة له من ضابط الإقامة عند مراجعته للحصول على سمة المغادرة في المنفذ، خامساً: إذا غادر الأجنبي جمهورية العراق مدة تزيد على (٦) ستة أشهر تلغى المدة الباقية الممنوحة له وعليه عند عودته أن يحصل على وثيقة جديدة للإقامة".

^(٤٦) بموجب المادة التاسعة من قانون الإقامة وشؤون الأجانب الاردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٧٣م وتعديلاته "تحدد انواع التأشيرات ومددها وشروط واجراءات منحها والاعفاء منها ومقدار الرسوم التي تستوفى عنها والاعفاء من هذه الرسوم بنظام يصدر لهذه الغاية".

^(٤٧) وجاء في الفقرتين (ب، ج) من المادة نفسها على ان "ب. يدخل في عداد وثائق السفر تذاكر المرور الدولية التي تمنحها الامم المتحدة لموظفيها وتذاكر المرور الدولية التي تمنحها الدول لعديم الجنسية او اللاجئ المقيم على اراضيها، ويشترط للاعتداد بهذه الوثائق الأخيرة ان تتضمن تأشيرة تجيز لحاملها العودة الى البلد الذي اصدرها وكذلك البطاقات الشخصية المنصوص عنها في الاتفاقات المبرمة مع الدول الاخرى، ج. تمنح تذاكر المرور الدولية للفئات التالية: ١. للأشخاص الذين لا جنسية لهم او جنسيتهم غير ثابتة، ٢. للاجئين الذين يعترف لهم بهذا الوصف، ٣. الاشخاص الذين لهم جنسية ثابتة، ولكن يتعذر عليهم الحصول على وثائق سفر من الدول التي ينتمون اليها او يوجدون فيها لأسباب تقدرها السلطات الاردنية المختصة، ٤. الزوجات والاولاد القصر الذين لم يبلغوا السادسة عشرة للأشخاص المشار اليهم في الفئات السابقة اذا لم تكن لهم جنسية ثابتة، د. للوزير اعفاء رعايا اية دولة اجنبية من شرط الحصول على التأشيرات او حمل جواز السفر عند دخول المملكة".

ويكون دخول الأجنبي الى المملكة أو خروجه منها مشروعاً إذا تم عن طريق البر أو البحر أو الجو من مراكز الحدود أو الموانئ أو المطارات الاردنية المخصصة لذلك وبعد التأشير على جواز سفره أو الوثيقة التي تقوم مقامه من موظف الحدود^(٤٨)، وفي حالة الدخول الى المملكة من غير الاماكن والطرق المعينة لذلك لأسباب قاهرة، كالهبوط الاضطراري بالطائرة، أو الدخول من الأماكن التي ليس فيها مراكز حدود، أو اللجوء السياسي، يجب على الأجنبي أن يقدم نفسه الى أقرب فرع من فروع المديرية أو أي مركز من مراكز الأمن المختصة خلال مدة أقصاها ثمان وأربعين ساعة^(٤٩).

وبموجب المادة (١١) من القانون المذكور آنفاً "على كل أجنبي يرغب البقاء في المملكة أكثر من أسبوعين، ان يتقدم قبل انتهاء تلك المدة الى المديرية، او احد فروعها، او مركز الشرطة في الجهة التي يكون فيها، وان يحزر اقراراً عن حالته الشخصية وغير ذلك من البيانات التي يتضمنها النموذج المعد لذلك، وان يقدم ما لديه من الاوراق الثبوتية المؤيدة لهذه البيانات، ويستثنى من ذلك الاشخاص الذين يحملون تأشيرات مرور او حج او سياحة ضمن المدة المسموح بها"^(٥٠). فلا يجوز لأي من الرعايا الأردنيين أو الشركات أو الهيئات الاردنية استخدام أجنبي إلا اذا كان حاصلاً على اذن إقامة في المملكة، ويستثنى من ذلك الخبراء الذين يستقدمون لغايات عملية او فنية على ألا تزيد مدة عملهم عن ثلاثة أشهر، كما ان على كل من يستخدم أجنبياً ان يقدم الى المديرية او فروعها او مركز الشرطة الذي يقع محل العمل في منطقته اقراراً على النموذج المعد لذلك خلال ثمان وأربعين ساعة من وقت التحاق الأجنبي بخدمته، وعليه عند انتهاء خدمة الأجنبي أن يقدم اقراراً بذلك الى المديرية أو مركز الشرطة خلال ثمان وأربعين ساعة من انقطاعه عن العمل^(٥١).

أما في القانون الجزائري فإن المشرع الجزائري يشترط الدخول المشروع والإقامة المشروعة كذلك، بموجب قانون رقم (١١-٠٨) المؤرخ في ٢٥ حزيران ٢٠٠٨ الذي يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، فهذا القانون يحدد شروط دخول الأجانب إلى الإقليم الجزائري

^(٤٨) المادة (٥) من قانون الإقامة وشؤون الأجانب الاردني.

^(٤٩) المادة (٦) من قانون الإقامة وشؤون الأجانب الاردني؛ ونصت المادة (٧) "على جميع ملاحي السفن والطائرات وسائقي السيارات ووسائط النقل الاخرى عند وصولهم الى المملكة او مغادرتهم لها ان ينزلوا ركابهم في الموانئ او مركز الحدود المقررة وان يقدموا الى الموظف المختص كشفاً يتضمن اسماء الملاحين والركاب والبيانات الخاصة بهم وان يزودوا السلطات المختصة بأسماء الركاب الذين لا يحملون جوازات سفر او وثائق سفر رسمية تقوم مقامها، وان يمنعوا هؤلاء الركاب من النزول الى البر او الارض او الصعود الى الباخرة او الطائرة او واسطة النقل الاخرى الا بموافقة السلطات المختصة".

^(٥٠) وعلى كل أجنبي قبل تغيير محل اقامته ابلاغ المديرية او احد فروعها او مركز الشرطة الذي يقيم في منطقته بعنوانه الجديد فان كان انتقاله الى مكان آخر داخل المملكة وجب عليه ايضاً ان يتقدم بنفسه خلال ثمان واربعين ساعة من وقت وصوله الى محل اقامته الجديد بإقرار الى فرع المديرية او مركز الشرطة المختص في البلد الذي انتقل اليه ويعفى من هذا الحكم الأجانب الذين قدموا بتأشيرة مرور او تأشيرة سياحية وذلك حسب المادة (١٢) من قانون الإقامة وشؤون الأجانب في الاردن.

^(٥١) ينظر المادة (١٦) من قانون الإقامة وشؤون الأجانب الاردني.

وإقامتهم به وتنقلهم فيه مع مراعاة الاتفاقيات الدولية أو اتفاقات المعاملة بالمثل^(٥٢)، ويخضع الأجنبي فيما يخص دخوله إلى الإقليم الجزائري وإقامته به وتنقله فيه لاستيفاء الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون ونصوصه اللاحقة، ويجب على الأجنبي فيما يخص إقامته أن يكون حائزاً وثيقة السفر وتأشيرة قيد الصلاحية وكذا الرخص الإدارية عند الاقتضاء، وتحدد مدة الصلاحية الدنيا المشترطة لوثيقة السفر المذكورة أعلاه بستة (٦) أشهر، كما يجب عليه إثبات وسائل العيش الكافية له طوال مدة إقامته بالإقليم الجزائري، ومع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل يخضع الأجنبي الذي يرغب في الإقامة المؤقتة بالإقليم الجزائري للالتزام باكتتاب تأمين على السفر^(٥٣).

وعلى كل أجنبي يصل إلى الإقليم الجزائري أن يتقدم لدى السلطات المختصة المكلفة بالمراقبة على مستوى مراكز الحدود حاملاً جواز سفر مسلم له من دولته أو كل وثيقة أخرى قيد الصلاحية معترف بها من الدولة الجزائرية كوثيقة سفر قيد الصلاحية وممهورة عند الاقتضاء بالتأشيرة المشترطة الصادرة من السلطات المختصة، وكذا دفترأ صحياً طبقاً للتنظيم الصحي الدولي، وتحدد إجراءات وكيفية منح التأشيرات عن طريق التنظيم، وتحدد مدة الصلاحية القصوى للتأشيرة القنصلية التي ترخص بالدخول إلى الإقليم الجزائري بستتين وتحدد المدة القصوى للإقامة المرخص بها عند كل دخول إلى الإقليم الجزائري بتسعين يوماً، وتمنح الممثلات الدبلوماسية والقنصلية الجزائرية المعتمدة في الخارج التأشيرة القنصلية مقابل دفع طالبها لرسوم قنصلية^(٥٤).

أما شرط الإقامة فهو شرط لاستمرار الأجنبي في العمل، فإذا انتهت الإقامة المصرح له بها أو ألغي تصريح بالإقامة لسبب أو لآخر فإنه لا يمكن الاستمرار في العمل، لذا لا يجوز للأجنبي القادم في سياحة أو في مهمة محدودة أن يزاول أي عمل كان، مع ان المادة (٤) من قانون رقم (٨١-١٠) السالف الذكر تشترط استيفاء الأجنبي الذي يملك جواز أو رخصة العمل المؤقت للإجراءات المتعلقة بإقامة الأجانب في الجزائر، وربطت المادة (٤/١٦) من قانون رقم (٠٨-١١) السالف الذكر بين رخصة العمل وشرط الإقامة اذ تنص على أنه: "يتحصل العامل الأجنبي الأجير على بطاقة مقيم لا تتعدى مدة صلاحيتها صالحة الوثيقة التي ترخص له بالعمل"، وهذا يدل على ملازمة بطاقة الإقامة لرخصة العمل التي يتحصل عليها العامل الأجنبي، بدليل أن المادة (١٧) من القانون نفسه تشترط للحصول على بطاقة الإقامة بالجزائر

^(٥٢) المادة (١) من القانون، وحسب المادة (٢) منه "مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل لا تطبق أحكام هذا القانون على أعضاء البعثات الدبلوماسية والقنصلية المعتمدة بالجزائر والحائزين الصفة الدبلوماسية".

^(٥٣) المادة (٤) من قانون رقم (٠٨-١١) المؤرخ في ٢٥ حزيران ٢٠٠٨ الذي يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.

^(٥٤) المادة (٧) من قانون رقم (٠٨-١١) المؤرخ في ٢٥ حزيران ٢٠٠٨.

قصد ممارسة نشاط مأجور أن يكون حائزاً على إحدى الوثائق الآتية: "رخصة العمل، ترخيص مؤقت بالعمل، تصريح بتشغيل عامل أجنبي بالنسبة للأجانب غير الخاضعين للرخصة"^(٥٥).

الفرع الثاني

المعاملة بالمثل

يعد مبدأ المعاملة بالمثل من أهم المبادئ المعروفة في القانون الدولي الخاص^(٥٦)، وهو من أساليب تنظيم معاملة الأجانب، ويمكن من خلاله زيادة حقوقهم وتحسين أوضاعهم، ويعرف مبدأ المعاملة بالمثل^(٥٧) بأنه "وضع يتحقق عندما تضمن دولة ما أو تعد دولة أخرى، بمعاملة ممثليها أو وطنيها أو تجارتيها أو غير ذلك معاملة مساوية أو معادلة لتلك التي تضمنها لها الدولة الأخيرة أو تعدها بها"^(٥٨)، ومقتضاه أن تعامل الدولة الأجنبي المعاملة نفسها التي يعامل بها رعاياها في إقليم الدولة التي ينتمي إليها هذا الأجنبي^(٥٩).

ويهدف هذا المبدأ إلى وجود معاملة مماثلة للأجانب على إقليم الدولة، التي تسعى من جانبها على حصول رعاياها على ذات المعاملة، وهذا المبدأ يحفز الدولة على زيادة الحقوق المقررة للأجانب على إقليمها ائلاً في زيادة حقوق رعاياها على اقاليم الدول التي ينتمي إليها هؤلاء الأجانب بجنسيتهم، ويقصد به في مجال حق عمل الأجانب "تعليق الاعتراف للأجنبي بمزاولة حق العمل على ارض الدولة، على اعتراف الدولة التي ينتمي إليها غير الوطني بذات الحق على إقليمها"، وكلما توسعت الدولة في هذا المبدأ وخففت من القيود التي ترد على عمل الأجانب، فان ذلك يحقق مصلحة المواطن والدولة معاً، فمن جانب مصلحة المواطن تقتضي تحسين مركزه المادي والاقتصادي، من خلال سعي الدولة لتحقيق فرص عمل لمواطنيها خارج حدود إقليمها، تجنباً للمشاكل التي تؤدي إليها البطالة، وحرصاً على تدعيم اقتصادها بالنقد الأجنبي، وإقامة علاقات وطيدة مع الدول الأخرى، ومن جانب مصلحة الدولة فان انخراط الأجانب في الأعمال الفنية والثقافية والتكنولوجية الى تبادل الخبرات وحل المشاكل الاقتصادية في الدول ومواكبة التقدم العلمي في الوقت الحاضر، كما يعد ضماناً هامة في ترخيص الدول بالعمل للأجانب على إقليمها^(٦٠).

(٥٥) د. معاشو نبالي فطة، مرجع سابق، ص ١٩٨.

(٥٦) د. عوض الله شيبية الحمد السيد، القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين، الجنسية، مركز الأجانب، الوطن، جامعة البحرين، ٢٠٠٧، ص ٥٢٠.

(٥٧) د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٦٢٠.

(٥٨) احمد رشاد سلام، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، وتنفيذ الاحكام الأجنبية في مصر، مكتبة الفلاح، من دون مكان نشر ٢٠١٠، ص ١٢٧.

(٥٩) د. عصام الدين القسبي، القانون الدولي الخاص، جامعة المنصورة، ٢٠٠٩، ص ٣٧.

(٦٠) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص ٢٨-٢٩.

ولم ينص التشريع العراقي في قانون العمل العراقي على مبدأ المعاملة بالمثل، ولا في التعليمات الصادرة بهذا الشأن، وكان ينبغي على المشرع العراقي أن ينص على هذا المبدأ في قانون العمل والتعليمات الصادرة بموجبه، لما له من دور فعال في ايجاد التوازن بين حقوق العمال الأجانب والوطنيين، فضلاً عن مراعاة مصلحة العمال الوطنيين ومصلحة الدولة كما ذكرنا. ومع ذلك نجد أن المادة (٣٥) من قانون العمل العراقي تنص على ان "للوزارة ومنظمات العمال ومنظمات اصحاب العمل، كلاً على حدة، الحق في إقامة الاتصالات وتبادل المعلومات بصورة منتظمة مع الاطراف المناظرة لها في دول العمال الأجانب الأم او الدول التي قدموا منها وعقد الاتفاقيات الثنائية بهدف متابعة شروط استخدام وظروف عمل هؤلاء العمال من كلا الطرفين بغية ضمان الاستخدام العادل في الفرص والمعاملة". فهذه المادة تشير بصورة ضمنية الى امكانية تنظيم مبدأ المعاملة بالمثل من خلال عقد الاتفاقيات الثنائية بين العراق وبين الدول التي ينتمي اليها العامل الأجنبي أو التي قدم منها، ونجد أن بعض القوانين الخاصة اشارت إلى هذا المبدأ^(١١).

ولم يتطلب التشريع الأردني شرط المعاملة بالمثل في عمل الأجانب، فتعريف العامل في قانون العمل الأردني، حسب نص المادة الثانية من قانون العمل الأردني هو "كل شخص ذكراً كان أو أنثى يؤدي عملاً لقاء أجر ويكون تابعاً لصاحب العمل وتحت إمرته وإشرافه ويشمل ذلك الأحداث ومن كان قيد التجربة أو التأهيل". وبناء على تعريف العامل في قانون العمل الأردني، فإن القانون لم يحدد الجنسية هنا ولم يقيد تعريف العامل بالمواطنة، بل كان النص قد ورد على إطلاقه، والمطلق يجري على إطلاقه مالم يقيد بنص، فلم يحدد النص كل "عامل أردني" ولم يشر إلى الجنسية في تعريف العامل^(١٢).

أما التشريع الجزائري فيعد مبدأ المعاملة بالمثل من المبادئ الأساسية في مجال العلاقات الدولية، إذ تم تجسيد مبدأ المساواة بين الأجانب والمواطنين في الخارج، تطبيقاً لمبدأ حق السيادة المعترف بها في

(١١) كقانون نقابة الاطباء رقم (٨١) لسنة ١٩٨٤ اذ نصت المادة (٤) من هذا القانون على ان "يشترط في العضو أن يكون عراقي الجنسية حائزاً على شهادة كلية طب عراقية أو ما يعادلها وللنقابة قبول انتماء الأطباء العرب والأجانب الذين لم يحرّموا من حق الممارسة في بلادهم بسبب أساءتهم للمهنة ومن تعامل ببلادهم العراق بالمثل أو الذين قد ارتبطوا مع إحدى الجهات الوطنية في القطر أو الأجنبية العاملة فيه على أن تقتصر ممارستهم للمهنة على أعمال وظيفتهم إذا كانت ببلادهم لا تعامل العراق بالمثل"؛ وقانون نقابة اطباء الاسنان رقم (٤٦) لسنة ١٩٨٧ اذ نصت المادة (٤) من هذا القانون على ان "يشترط في العضو أن يكون: أولاً: عراقي الجنسية أو فلسطينياً مقيماً في العراق وحائزاً على شهادة كلية طب الأسنان العراقية أو ما يعادلها. ثانياً: عربي الجنسية وحائزاً على شهادة كلية طب الأسنان من كلية معترف بها. ثالثاً: للنقابة قبول انتماء طبيب الأسنان الأجنبي الحائز على شهادة كلية طب الاسنان والمنتمي الى نقابة أطباء الأسنان في بلده والتي تعامل العراق بالمثل، أو الذي قد ارتبط بعقد عمل مع إحدى الجهات الوطنية في العراق أو الأجنبية العاملة فيه إذا كانت ببلاده لا تعامل العراق بالمثل...".

(١٢) محمد صادق منذر الهويدي، العمالة الأجنبية في قانون العمل الأردني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٩، ص ٢٠.

القانون الدولي، تعني أن تعامل الدولة مواطني الدولة التي تعاقبت معها بالمعاملة نفسها التي يستفيد مواطنيها في هذه الدولة، إذ يأذن بدخول مواطنين دولة في إقليم دولة أخرى بدون شهادة إقامة أو ترخيص متى سمح لرعاياها بذلك في تلك الدولة، ويجد هذا المبدأ في عدة صور، إما معاملة بالمثل من حيث الشكل مكرس تشريعياً ودبلوماسياً، واما معاملة من حيث الموضوع -معاملة حق بحق- أو معاملة متعادلة متبادلة، أو تكون المعاملة بالمثل بالمساواة مع المواطنين، غير أنه تم انتقاد هذا المبدأ وعدم كفايته لتحديد مركز الأجانب، كونه من جهة نوع من التدابير التأثيرية، ولو أنه يعد من جهة أخرى معيار لتحديد مقدار ما يتمتع به الأجانب من امتيازات وتسهيلات على إقليمها^(٦٣).

الفرع الثالث

الحاجة الى خبرة العامل الأجنبي

يجب الموازنة بين حاجة الدولة للاستعانة بالخبرات الأجنبية في مختلف المجالات، وبين مؤهلات الأجنبي التي يجب بحثها جيداً لتحديد مدى الحاجة اليه، واثار الترخيص بالعمل في تحقيق الكفاءة وزيادة الإنتاج وتحسين جودة الخدمات في الدولة، ويمكن تحقيق ذلك من خلال المستندات التي يقدمها العامل الأجنبي، والتي يمكن من خلالها الحكم على خبرته، واهمية إصدار الترخيص بالعمل على إقليم الدولة، فعمل الأجنبي يتطلب مؤهلات معينة للتأكد من كفاءته وصلاحيته للعمل^(٦٤).

والحاجة الى خبرة العامل الأجنبي تكون مطلوبة في حال عدم توفر الخبرة لدى العامل الوطني، وهذا الأمر يقود الى عدم المساس بالعمالة الوطنية، اذ تعد حماية الأيدي العاملة الوطنية من أهم الضوابط التي تحكم عمل الأجانب، لذا يجب ان يتبنى المشرع سياسة حماية العامل الوطني ومراعاة مصلحته، ويعمل قانون العمل بصفة أساسية في حماية العامل الوطني وحفظ حقوقه وتفضيله على العامل الأجنبي، ويفتضي ذلك عدم مزاحمة الأيدي العاملة الأجنبية لنظيرتها الوطنية، وان يتم مراعاة هذا الأمر عند البحث في ترخيص العمل للأجانب، حتى تستطيع الدولة مراقبة تشغيل العمال غير التابعين لجنسيتها، لذلك يفترض عدم مزاحمة او منافسة الأيدي العاملة الوطنية الا بعد التأكد من عدم كفاية العمالة الوطنية او نقص الخبرة او عدم توافرها لدى العامل الوطني^(٦٥).

واشترط التشريع العراقي لغرض عمل الأجانب في العراق حاجة الأخير إلى الأيدي العاملة الأجنبية على ضوء ما يتطلبه الاقتصاد الوطني، ومتطلبات كل محافظة بعد التثبيت من ذلك من قبل دائرة العمل والتدريب المهني في بغداد واقسام العمل في المحافظات^(٦٦). وتطلبت تعليمات ممارسة الأجانب للعمل في العراق ان

(٦٣) د. معاشو نبالي فطة، المرجع السابق، ص ١٩٥-١٩٦.

(٦٤) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٦٥) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع نفسه، ص ٦٦-٦٧.

(٦٦) ينظر المادة (٤) من تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (١٨) لسنة ١٩٨٧.

يقدم العامل الأجنبي المستندات التي تثبت مؤهلاته لغرض الحصول على اجازة العمل^(٦٧). اذ تقتضي المصلحة الوطنية أن توفر الدولة لمواطنيها فرص عمل وتفضلهم على الأجانب، لما يرتبط بذلك من إمكان تمتع الوطني بالمزايا الناتجة عن ذلك، وتيسير سبل المعيشة امامه بالنظر الى الامتيازات العينية والنقدية التي يحظى بها عند مباشرة عمله والاستمرار فيه، كما ان حماية العمالة الوطنية من خطر المنافسة الأجنبية أمر لا يمكن إهماله، أو غض الطرف عنه، وبحكم ذلك، وتبين حدود الظروف الاجتماعية والاقتصادية لكل دولة، الا أن الهدف الاساسي منه يكمن في حماية الأيدي العاملة الوطنية، وعدم الاتجاه نحو العمالة الأجنبية إلا في اضيق الحدود^(٦٨).

وتأسيساً على ذلك يجب قبل البدء في منح إجازة للعامل الأجنبي أن تتوفر الحماية القانونية للعامل الوطني تجاه مزاحمة العمالة الأجنبية، ولا يمكن بلوغ ذلك الا من خلال الضمانات القانونية التي تنص عليها تشريعات العمل بتبني مصلحة العامل الوطني وتفصيله على العامل الأجنبي من رعايا الدول الأخرى^(٦٩).

وهناك من القوانين من فرق بين العامل العربي الذي يحمل جنسية أحد الأقطار العربية عن غيره من العاملين الأجانب الذين يحملون جنسيات أخرى، مثلاً المركز القانوني للعامل الأجنبي غير العربي، يختلف عن العامل الأجنبي العربي في نظر التشريع الأردني، وذلك استناداً إلى نص المادة (١٢) من قانون العمل والتي نصت على أنه "لا يجوز استخدام أي عامل غير أردني إلا بموافقة الوزير أو من يفوضه شريطة أن يتطلب العمل خبرة وكفاءة غير متوفرة لدى العمال الأردنيين أو كان العدد المتوفر منهم لا يفي بالحاجة، وتعطى الأولوية للخبراء والفنيين والعمال العرب"^(٧٠).

ومن خلال هذه المادة يتبين أن الأولوية في التشغيل قررها المشرع للعمال الأردنيين، ومن ثم العمال العرب، ومن ثم العمال الأجانب من جنسيات أخرى، وهذا الموقف الذي اتخذه المشرع يأتي من خلال اتفاقيات منظمة العمل العربية التي يعد الأردن عضواً فيها^(٧١). اذ يتطلب العمل خبرة وكفاءة غير موجودة لدى العمال الأردنيين، أو أن عدد هؤلاء العمال الأردنيين لا يفي بالحاجة، فالأولوية في إشغال الأعمال والوظائف هي للعامل الأردني دائماً، وعلى ذلك نجد أن وزارة العمل قد قررت بعض المهن التي يمنع على

^(٦٧) ينظر المادة (٦) من التعليمات التي نصت على ان: "اولاً: على الشخص الأجنبي الموجود خارج العراق والذي يريد مزاوله العمل في العراق اتباع الاجراءات التالية لغرض الحصول على اجازة العمل: ... ب. يجب ان يتضمن الطلب جميع المعلومات التي تتعلق بمؤهلاته موثقاً بالشهادات والمستندات المتوفرة لديه ... ثانياً: على الشخص الأجنبي الموجود داخل العراق والذي يريد مزاوله العمل في العراق، اتباع الاجراءات التالية لغرض الحصول على اجازة العمل: ... ج. يجب ان يتضمن الطلب جميع المعلومات التي تتعلق بمؤهلاته موثقاً بالشهادة والمستندات المتوفرة لديه ...".

^(٦٨) د. رعد عبد الامير مظلوم، المرجع السابق، ص ٤١٤.

^(٦٩) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص ٤٨.

^(٧٠) ينظر المادة (١٢) من قانون العمل الاردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.

^(٧١) محمد صادق منذر الهويدي، المرجع السابق، ص ٢٤.

العامل الأجنبي العمل بها إلا بعد الحصول على موافقة من وزارة العمل وبما لا يؤثر على فرص عمل الأردنيين في هذه القطاعات، وقد أطلقت الوزارة على هذه المهن مسمى "المهن المغلقة"^(٧٢).

وفي التشريع الجزائري ينبغي التأكد أن الغاية من تشغيل الأجانب يخص حاجيات التنمية الوطنية، وفي هذا الشأن أكدت تصريحات وزير العمل والشغل والضمان الاجتماعي بأن الجزائر ستفرض قيوداً أكبر على حركة الأجانب، إذ تلزم الحكومة المتعاملين الاقتصاديين بتوظيف مواطنيها ومنحهم الأولوية، ودراسة العقود والاتفاقيات المتضمنة الصفقات الخاصة بالأشغال أو المساعدات التقنية التي تعتمدها كل هيئة جزائرية بإبرامها مع الهيئات الأجنبية تطبيقاً لنص المادة السابعة من القانون رقم (٨١-١٠) سالف الذكر، وفيما يخص التدابير المتعلقة بتشغيل الأجانب، والتأكد من عدم إمكانية تشغيل عامل جزائري في المنصب المتوفر إما بالترقية أو التوظيف الخارجي تطبيقاً لأحكام المادة (٥/٢) من قانون رقم (٨١-١٠) سالف الذكر، فالأولوية للعامل الجزائري، على الرغم من أن الواقع أثبت عدم احترام هذا الشرط والقيود، إذ شهدت الجزائر مؤخراً تدفق الآلاف من العمال الأجانب، ذلك أن المؤسسات والشركات تفضلهم لقلّة تكلفتهم^(٧٣).

المطلب الثاني

إجراءات الحصول على إجازة عمل الأجانب

سبق وإن بينا أن القانون العراقي أشتراط الحصول على إجازة عمل ليحق للأجنبي العمل في العراق، إذ نصت المادة (٢٨) من قانون العمل العراقي على أنه: "لا يجوز تشغيل أي عامل أجنبي ما لم يكن قد حصل على إجازة عمل وفقاً للشروط والإجراءات التي تحدد بتعليمات يصدرها وزير العمل والشؤون الاجتماعية". كما نصت المادة (٢٩) من القانون نفسه على أن "يحظر على العامل الأجنبي الالتحاق بأي عمل قبل الحصول على إجازة العمل".

وقد صدرت تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (١٨) لعام ١٩٨٧م، المعدلة بالتعليمات رقم (٤) لعام ١٩٨٩م إذ تنظم هذه التعليمات تشغيل العمال الأجانب في العراق، وبموجب هذه التعليمات، لا يجوز لصاحب العمل في القطاع الخاص، والمختلط، والتعاوني، تشغيل أي شخص أجنبي ما لم يكن قد حصل على إجازة عمل^(٧٤)، إذ تمنح هذه الإجازة من قبل وزير العمل والشؤون الاجتماعية، أو من يخوله^(٧٥)، على أساس حاجة العراق إلى الأيدي العاملة الأجنبية على ضوء ما يتطلبه الاقتصاد الوطني، وحسب متطلبات كل محافظة، بعد التثبت من ذلك من قبل دائرة العمل والتدريب المهني، وأقسام العمل في

^(٧٢) نص المادة (١٠) من التعليمات الشاملة لشروط وإجراءات استخدام العمال غير الأردنيين من الجنسية السورية، والتي تنص على جواز فتح بعض المهن المغلقة للعمال السوريين وفقاً لمعطيات سوق العمل وبما لا يؤثر على فرص العمالة الأردنية في هذه القطاعات، وينظر: قرار وزارة العمل الأردنية بخصوص المهن المغلقة رقم ع/٧٣/١ والمؤرخ بتاريخ ٢٠١٦/١/٤.

^(٧٣) معاشو نبالي فطة، المرجع السابق، ص ٥٧٩.

^(٧٤) ينظر المادة (٣) من تعليمات تشغيل الاجانب في العراق رقم (١٨) لسنة ١٩٨٧.

^(٧٥) ينظر المادة (٢) من التعليمات نفسها.

المحافظات، وبعد تأييد الدوائر الأمنية المختصة من عدم وجود مانع أمني من اشتغال الشخص الأجنبي في العراق^(٧٦). ومدة الاجازة سنة واحدة، وتجدد وفق متطلبات الحاجة، مع مراعاة ما ورد بهذه التعليمات، وعلى الشخص الأجنبي ان يطلب تجديدها عن طريق صاحب العمل قبل شهر على الاقل من تاريخ انتهاء نفاذها^(٧٧).

وإجراءات الحصول على إجازة العمل في العراق تختلف فيما إذا كان الأجنبي الذي يروم العمل في العراق موجوداً في خارج العراق ام داخله، فعلى الشخص الأجنبي الموجود خارج العراق والذي يريد مزاولة العمل في العراق إتباع الإجراءات التالية لغرض الحصول على إجازة العمل^(٧٨):

أ. أن يتقدم بطلب تحريري إلى وزارة العمل والشؤون الاجتماعية عن طريق الممثلات العراقية في الخارج، أو وكيله الرسمي في العراق، أو بواسطة صاحب العمل الذي يروم تشغيله نيابة عنه.

ب. يجب أن يتضمن الطلب جميع المعلومات التي تتعلق بمؤهلاته، موثقاً بالشهادات والمستندات المتوفرة لديه مع بيان اسمه، وجنسيته، ونوع العمل، ومدته، واسم صاحب العمل، وعنوانه الكامل.

ج. تقوم دائرة العمل والتدريب المهني في بغداد، وأقسامها في المحافظات، بالتحقق من الشروط القانونية وحصول الموافقة للعمل في العراق، ومن ثم تفتح السلطات المختصة لمنح سمة الدخول للشخص الأجنبي، وعلى هذا الأخير عند دخوله العراق، مراجعة دائرة العمل والتدريب المهني في بغداد، أو أقسامها في المحافظات، خلال مدة سبعة أيام من تاريخ دخوله العراق، لغرض التأشير واستكمال إجراءات منح الإجازة. اما الشخص الأجنبي الموجود داخل العراق والذي يريد مزاولة العمل في العراق فعليه إتباع الإجراءات التالية لغرض الحصول على إجازة العمل^(٧٩):

أ. تقديم المستمسكات القانونية التي تثبت كون دخوله العراق واقامته فيه بصورة مشروعة.

ب. أن يتقدم بطلب تحريري الى دائرة العمل والتدريب المهني في بغداد، أو أقسامها في المحافظات، او بواسطة صاحب العمل الذي يروم تشغيله.

ج. يجب أن يتضمن الطلب جميع المعلومات التي تتعلق بمؤهلاته، موثقاً بالشهادة والمستندات المتوفرة لديه، مع بيان اسمه، وجنسيته، ونوع العمل، ومدته، واسم صاحب العمل، وعنوانه الكامل.

أما في القانون الأردني فقد ورد في نص المادة (١٢/ب) من قانون العمل الأردني على ضرورة حصول تصريح عمل للعامل الأجنبي قبل استقدامه أو استخدامه، وقد حددت مدة التصريح بسنة واحدة قابلة للتجديد، والزمّت الفقرتان (٢/١) من المادة (١٢/ج) رب العمل بدفع رسوم تستثمر للصالح العام، وتدخل في خزينة الدولة، ويتم تحديد مقداره بموجب نظام، كما ألزمته بدفع رسم إضافي عن كل إصدار أو تجديد

^(٧٦) ينظر المادة (٤) من التعليمات نفسها.

^(٧٧) ينظر المادة (٥) من التعليمات نفسها.

^(٧٨) ينظر المادة (٦/أولاً) من التعليمات نفسها.

^(٧٩) ينظر المادة (٦/ثانياً) من تعليمات تشغيل الاجانب في العراق رقم (١٨) لسنة ١٩٨٧.

لتصريح عمل، يتحدد مقداره طبقاً للنظام الصادر، ويخصص لصندوق التشغيل والتدريب المهني والتقني، وتنفيذاً لأحكام المادة أنفة الذكر صدر نظام رسوم تصريح العمل للعمال غير الأردنيين وتعديلاته رقم (١٤٢) لعام ٢٠١٩ م الذي يحدد رسوم تصريح العمل أو تجديده للسنة الكاملة، أو لجزء من السنة^(٨٠).

ونصت المادة (٩) من تعليمات شروط واجراءات استخدام واستقدام العمال غير الأردنيين لعام ٢٠١٢ م وتعديلاتها على أن يصدر تصريح العمل للعامل غير الأردني بعد الحصول على موافقة الوزير أو من يفوضه وفق نموذج خاص يتضمن اسم العامل حسبما ورد في جواز سفره وتاريخ ميلاده وجنسيته والمهنة المصرح له العمل بها وان كان مستقداً من خارج المملكة او مستخدماً من داخلها، اسم صاحب العمل او المؤسسة او المزرعة التي يعمل لديها العمل، وتاريخ بدء سريان تصريح العمل وتاريخ انتهائه، ورقم وصول المقبوضات وتاريخه، وختم وتوقيع مدير مديرية العمل المعنية. كما تستوفي الوزارة من صاحب العمل عند دفع الرسوم مبلغ عشرة دنانير عن كل عامل بدل تدقيق لطلب استخدام او استقدام او تجديد تصريح العمل اللازم للعامل الذي تمت الموافقة عليه^(٨١).

أما في التشريع الجزائري فيجب على كل عامل أجنبي يريد العمل في الجزائر الحصول على جواز العمل ورخصة للعمل المؤقت تسلمها له المصالح الإدارية التابعة للسلطة الحكومية المكلفة بالعمل، الا في حالة وجود اتفاقية دولية بخصوص تشغيل الأجانب، تكون الجزائر قد صادقت عليها، تعفي صراحة بعض

(٨٠) نظام رقم (١٤٢) لسنة ٢٠١٩ نظام رسوم تصاريح العمل لغير الأردنيين صادر بمقتضى الفقرة (ج) من المادة (٢١) من قانون العمل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦، المعدل بالنظام رقم (٢٦) لسنة ٢٠٢٠، ونصت المادة (٢) منه على ان تستوفي وزارة العمل رسوم إصدار تصريح عمل أو تجديده لسنة أو لجزء من السنة مقداره (٤٠٠) دينار عن كل عامل في كافة القطاعات والأنشطة الاقتصادية باستثناء ما يلي: أ. (١٧٥) مائة وخمسة وسبعون ديناراً عن كل عامل لدى المؤسسات والشركات العاملة في قطاع صناعة الألبسة والمحيكات المسجلة لدى هيئة الاستثمار في المناطق التنموية. ب. (٩٠٠) تسعمائة دينار عن كل عامل يزيد على العامل الاول في المنزل أو من في حكمه كالبستاني أو الطاهي.".

(٨١) وحسب المادة (٤) من هذه التعليمات "يلتزم كل صاحب عمل يرغب باستخدام او استقدام عامل غير اردني اجراء ما يلي: أ. تعبئة نموذج الاستخدام والاستقدام المعتمد وموقعاً حسب الأصول متضمناً ما يلي: ١. اسم صاحب العمل أو المؤسسة واسم صاحبها أو مديرها المسؤول، وعنوانها، وطبيعة عملها، وفروعها إن وجدت، ٢. اسم العامل حسبما ورد في جواز سفره، وتاريخ ميلاده، وجنسيته، والمهنة التي سيعمل بها. ب. يرفق بطلب الاستخدام الوثائق التالية: ١. عقد عمل من نسختين موقعاً من الطرفين، ٢. إبراز رخصة مهن سارية المفعول للمؤسسة وإرفاق صورة عنها، أو تقديم إذن أشغال وسند تسجيل الأرض وعقد الايجار (اذا كان مستأجراً) مصدقاً حسب الأصول وإرفاق صور عنهما في حالة كون العامل المستخدم يعمل في عمارة او فيلا على ان تكون الموافقة لعامل واحد فقط للعمارة أو الفيلا، أو إرفاق كتاب صادر عن مديرية الزراعة المختصة في حالة كون العامل عاملاً زراعياً، ٣. صورة عن جواز سفر العامل على ان يكون ساري المفعول، ٤. كشف صادر عن المؤسسة العامة للضمان الاجتماعي تبين اشتراك المؤسسة بالضمان الاجتماعي، ٥. صورة عن المشاريع والعطاءات المحالة على صاحب المحل مبيناً فيها الجهة التي احوالت اليه هذه العطاءات، ٦. شهادة فحص طبي للعامل المستقدم أو المستخدم سارية المفعول صادرة عن أحد المراكز الصحية المعتمدة لدى وزارة الصحة...".

العمال الأجانب من الحصول على رخصة العمل المؤقت أو جواز العمل^(٨٢). ويسمح جواز او رخصة العمل المؤقت للمستفيد أن يمارس نشاطاً معيناً مدفوع الأجر لمدة محددة ولدى هيئة عمل واحدة دون سواها^(٨٣). ورخصة العمل في الجزائر تكون وفق الصور التالية: جواز عمل، او رخصة عمل مؤقتة، فضلاً عن صور أخرى كوصل إيداع تصريح لعمال أجنبي منتدب ونبين هذه الصور كالاتي^(٨٤):

١. **جواز العمل:** يسلم جواز العمل للعمال الأجنبي في الحالة التي يرغب فيها بمزاولة نشاط مهني مأجور في الجزائر لا تتجاوز مدته سنتين حسب المادة (١٠) من قانون رقم (١٠/٨١)، قابلة للتجديد، فضلاً عن ذلك يسلم جواز العمل ويجدد بقوة القانون للأرامل والمطلقين الأجانب من مواطنين ومواطنات جزائريين، شريطة ان يحمل ابناؤهم الجنسية الجزائرية ويقيمون في الجزائر، وتحت كفالتهم او حضانتهم المباشرة، كما يمكن أن يسلم جواز العمل لكل زوجة أجنبية أصيب زوجها الجزائري بعجز دائم يتم إثباته وفقاً للقوانين الجزائرية، وذلك حسب المادة (١١) من قانون رقم (١٠/٨١).

٢. **رخصة العمل المؤقت:** يمنح الترخيص بالعمل المؤقت إلى العمال الأجانب المدعوون لممارسة نشاط مأجور لمدة تقل أو تعادل ثلاثة أشهر، ولا يجوز تجديد هذا الترخيص لأكثر من مرة في السنة، حسب المادة (٨) من قانون رقم (١٠/٨١).

٣. **وصل ايداع تصريح لعمال أجنبي منتدب:** اذ يستثنى من الالزام بالحصول على رخصة العمل المؤقت العمال الأجانب المدعوون بصفة استثنائية للقيام بأعمال لا تتجاوز مدتها (١٥) يوماً، ودون أن تتجاوز مدد الحضور ثلاثة أشهر في السنة، اذ يكفي في هذه الحال حصول الأجنبي على وصل ايداع تصريح لعمال أجنبي منتدب لمباشرة مهني مأجور، حسب المادة (٩) من قانون رقم (١٠/٨١)

وأجراءات الحصول على رخصة بالعمل في الجزائر تستوجب على الهيئة المستخدمة التي تريد تشغيل الأجنبي، ان تقدم للسلطات الإدارية المختصة ملفاً يتضمن جميع المعلومات الخاصة بالعمال الأجنبي والوثائق التي تثبت توافر شروط تشغيل العمال الأجانب في الجزائر مرفقاً بتقرير مغلل يتضمن مبررات الاستخدام ورأي ممثلي العمال، مع الوثائق المطلوبة، بخصوص جواز

^(٨٢) ينظر المادة (٢) من القانون رقم (١٠/٨١).

^(٨٣) ينظر المادة (٤) من القانون رقم (١٠/٨١).

^(٨٤) ينظر: د. جارد محمد، الاطار القانوني لتشغيل الاجانب في الجزائر، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية، تصدر عن جامعة طاهري محمد، الجزائر، المجلد (٧) العدد (٢)، ٢٠٢١، ص ٣٩٢ وما بعدها

العمل^(٨٥)، وتصريح بالعمل^(٨٦)، وبعد تقديم هذه الوثائق، تستلم الهيئة المستخدمة من السلطات المختصة وصلاً بذلك، يثبت إيداع الملف الخاص بطلب جواز العمل، على أن تبلغ مصلحة التشغيل المختصة إقليمياً رأيها بشأن هذا الطلب إلى الهيئة المستخدمة خلال (٤٥) يوماً التالية لإيداع الطلب^(٨٧).

والسلطات الإدارية المختصة بتسليم رخصة العمل وتجديد جواز العمل، ورخصة العمل المؤقت، هي مصالح التشغيل الإقليمية التابعة للوكالة الوطنية للتشغيل الواقعة تحت وصاية وزارة العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي، التي تقع في دائرة اختصاصها مقر المؤسسة المستخدمة، مع الأخذ بعين الاعتبار الدور الرقابي الذي تمثله في هذا الصدد كل من مفتشية العمل المختصة إقليمياً والمصالح الأمنية، فضلاً عن مديرية ضبط التشغيل التابعة لوزارة العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي^(٨٨).

المبحث الثالث

انتهاء اجازة عمل الأجنبي

إن انتهاء الاجازة الصادرة لاستقدام العامل الأجنبي وتشغيله، يكون عبر طريقتين، فإما أن يكون هذا الانتهاء بطريق عادي أو طبيعى، وإما أن يكون عبر طريق غير عادي أو استثنائي، وسنبين ذلك في مطلبين الآتيين:

^(٨٥) إذا تعلق الأمر بطلب جواز العمل، يجب ان يتضمن الملف الاداري على الوثائق التالية: ١. كشف لجميع المعلومات المتعلقة بالأجنبي، ٢. نسخ مصادق عليها من الشهادات والوثائق التي تثبت مستوى التأهيل المهني المطلوب، ٣. جميع الوثائق التي من شأنها ان تثبت ان العامل الأجنبي قد دخل الى الجزائر بطريقة شرعية، ٤. الشهادات الطبية التي تثبت ان العامل الأجنبي يتمتع بالصحة والسلامة البدنية والذهنية، ٥. نسخة من عقد العمل مصادق عليها، ٦. صور فوتوغرافية للعامل الأجنبي. ينظر المادة (٨) من المرسوم (٥١٠/٨٢) لسنة ١٩٨٢ الذي يحدد كفاءات منح جواز او رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب.

^(٨٦) إذا تعلق الامر بطلب جواز العمل، يجب ان يتضمن الملف الاداري على الوثائق التالية: ١. كشف لجميع المعلومات المتعلقة بالأجنبي، ٢. نسخ مصادق عليها من الشهادات والوثائق التي تثبت مستوى التأهيل المهني للعامل الأجنبي، ٣. نسخ مصادق عليها من الوثائق تثبت ان العامل الأجنبي قد دخل الى الجزائر بطريقة قانونية، ٤. الشهادات الطبية التي تثبت السلامة البدنية والذهنية للعامل الأجنبي، ٥. نسخة من عقد العمل مصادق عليها، ٦. صور فوتوغرافية للعامل الأجنبي. ينظر المادة (١٥) من المرسوم (٥١٠/٨٢) لسنة ١٩٨٢ الذي يحدد كفاءات منح جواز او رخصة العمل المؤقت للعمال الأجانب.

^(٨٧) ينظر: د. جارد محمد، المرجع السابق، ص ٣٩٤.

^(٨٨) ينظر المنشور الوزاري رقم (١٣٦٤/أ.ج) في ١٩/٥/٢٠١٤ المتضمن دليل اجراءات سير ومتابعة ومراقبة اليد العاملة الأجنبية، نقلاً عن د. جارد محمد، المرجع نفسه، ص ٣٩٤.

المطلب الأول

الانتهاء الطبيعي لإجازة عمل الأجنبي

تنتهي إجازة العمل طبيعياً إما بانتهاء المدة المحددة لها دون تجديدها، وإما باتفاق صاحب العمل والعامل الأجنبي، فإذا حددت إجازة العمل بمدة سنتين على سبيل المثال فإن انتهاء هذه المدة ودون الشروع في إجراءات التجديد فإن ذلك يشكل انتهاءً طبيعياً لإجازة العمل، ويترتب على ذلك أن من أراد الاستمرار بالعمل فيجب عليه أن يقوم بتجديد الإجازة وفق الأوضاع التي يقررها القانون أو القرارات المنظمة في هذا الشأن، ومن ثم فإن التأخير في المواعيد المحددة وإن كان يعد من حيث المبدأ انتهاءً لإجازة العمل يستدعي اجازة جديدة، إلا أن ذلك لا يمنع من عد المواعيد الإجرائية مواعيد تنظيمية يجوز تجاوزها بشروط، مع فرض غرامات معينة^(٨٩).

ففي القانون العراقي فإن مدة الاجازة سنة واحدة، وتجدد وفق متطلبات الحاجة، مع مراعاة ما تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (١٨) لعام ١٩٨٧م، وعلى الشخص الأجنبي، أن يطلب تجديدها عن طريق صاحب العمل قبل شهر على الأقل من تاريخ انتهاء نفاذها^(٩٠)، ومن ثم فإن الإجازة تنتهي بانتهاء مدة السنة إذا لم يتم تجديدها، أو في حالة تجديدها وانتهاء مدة التجديد.

وفي القانون الأردني فإن المادة (١٢/ب) من قانون العمل الاردني تنص على أنه "يجب أن يحصل العامل غير الأردني على تصريح عمل من الوزير أو من يفوضه قبل استقدامه أو استخدامه ولا يجوز أن تزيد مدة التصريح على سنة واحدة قابلة للتجديد وتحسب مدته عند التجديد من تاريخ انتهاء مدة آخر تصريح عمل حصل عليه". ومن ثم ينتهي هذا التصريح بشكل طبيعي بانتهاء مدة السنة في حال عدم تجديده، أو بانتهاء مدة التجديد إذا تم تجديد التصريح.

وفي القانون الجزائري فإن جواز العمل للعامل الأجنبي في الحالة التي يرغب فيها بمزاولة نشاط مهني مأجور في الجزائر يكون لمدة لا تتجاوز سنتين حسب المادة (١٠) من قانون رقم (١٠/٨١) لعام ١٩٨١م والمتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب، وهذه المدة قابلة للتجديد، كما يمنح الترخيص بالعمل المؤقت الى

^(٨٩) كما فعلت دولة الامارات العربية المتحدة التنظيم القانوني لدخول القوى العاملة الوافدة إلى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية العدد (٥٩)، سلسلة علمية متخصصة تعنى بنشر البحوث والدراسات الاجتماعية والعمالية، تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ووزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، العدد (٥٩) شوال ١٤٣١هـ الموافق سبتمبر ٢٠١٠م، ص ٥٥؛ وقد وضعت دولة الكويت، ومملكة البحرين، ودولة الإمارات العربية المتحدة، نصاً صريحاً على إلغاء الترخيص (التصريح) بانتهاء مدته، ولم يرد ذكر مثل ذلك النص بشكل صريح في بقية دول مجلس التعاون الخليجي. ولكن كما ذكرنا فإن انتهاء المدة يرتب من حيث المبدأ انتهاءً حتمياً طبيعياً، ما لم يتدخل القانون أو القرارات التنظيمية بتقرير استثناءات تخفف من حدة هذا الطريق وتجزئ التأخير، ينظر المرجع نفسه، ص ٥٦.

^(٩٠) ينظر: المادة (٥) من تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (١٨) لسنة ١٩٨٧.

العمال الأجانب المدعون لممارسة نشاط مأجور لمدة تقل أو تعادل ثلاثة أشهر، ولا يجوز تجديد هذا الترخيص لأكثر من مرة في السنة، حسب المادة (٨) من القانون آنف الذكر، ومن ثم فإن ترخيص العمل ينتهي بانتهاء هذه المدد.

والوسيلة الأخرى للانتهاء الطبيعي لإجازة عمل الأجنبي هي الاتفاق، إذ لا شك أن العلاقة بين صاحب العمل والعمال الأجنبي نشأت عبر اتفاق، وبموجب عقد عمل، مكتوباً كان أم غير مكتوب، ومن ثم فإن منطق القانون يقتضي أن يسمح للطرفين الذين اتفقا على علاقة العمل، أن يتفقا مرة أخرى على إنهاء هذه العلاقة، وعلى الرغم من بدهة هذا الطريق كونه مجسداً لحق أطراف العلاقة في تحقيق إرادتهم بالإبقاء أو بإنهاء العلاقة بينهم، فإن بعض الدول قد نصت صراحة على ذلك^(٩١).

المطلب الثاني

الانتهاء الاستثنائي لإجازة عمل الأجنبي

تتمحور أسباب هذا النوع من انتهاء إجازة عمل الأجنبي، على وجود خلل طارئ في شروط منح الإجازة في أغلب الأحيان، إذ إن منح إجازة العمل بشروط معينه، وبضوابط تكفل حماية العمالة الوطنية، وصلاحيه العامل للعمل وفق المعايير الوطنية، والتزام صاحب العمل بالتزاماته القانونية، لا شك وأن يترتب عليه نتيجة منطقية، بأن تخلف هذه الشروط والضوابط أو أحدها على أقل تقدير، يمثل خللاً في الوضع القانوني لإجازة العمل، الأمر الذي يستوجب تدخل الجهات الإدارية لتصحيح الأوضاع، بيد أن ذلك لا يعني عدم وجود أسباب خارجية أخرى تجعل من حق الإدارة إصدار قرارها بإلغاء الإجازة وإنهائها، وعلى أي حال فإن الأسباب الأساسية في الانتهاء الاستثنائي لإجازة عمل الأجنبي، تتمحور حول خلل في شروط وضوابط هذه الإجازة، فإذا فقد العامل شرطاً أو أكثر من شروط إجازة العمل التي منحت له، فنتتهي إجازة عمله، وإذا تبين توافر العامل الوطني القادر على إتيان ذات العمل الذي يأتيه العامل الأجنبي، فيمكن للجهة المختصة وقف تجديد الإجازة أو سحبها^(٩٢).

(٩١) فضلت دولة الإمارات العربية المتحدة النص على هذا الطريق بشكل صريح، فأجازت الإلغاء إذا اتفق الطرفان على إنهائه شريطة أن تكون موافقة العامل كتابية، واشترطت الكتابة في موافقة العامل لاشك أنها تجسد حماية للعامل الأجنبي، المرجع نفسه، ص ٥٦.

(٩٢) فمثلاً تفرق مملكة البحرين بين حالات الإلغاء وبين حالات عدم التجديد أو السحب، وهي تعد حالات استثنائية وليست انتهاءً طبيعياً لترخيص (تصريح) العمل في البحرين، فقد جاءت القرارات التنظيمية في البحرين لتؤكد بأنه يتم إلغاء التصريح قبل مدته إذا تحققت إحدى الحالات التالية: ١. كان حصوله على التصريح بناء على وثائق أو معلومات غير صحيحة، ٢. صدور حكم جنائي نهائي ضد العامل بعقوبة جنائية أو جريمة مخلة بالشرف والأمانة، ٣. مخالفة العامل لشروط تصريح العمل، ٤. تصفية نشاط صاحب العمل أو إشهار إفلاسه أو شطب قيده في السجل التجاري أو إلغاء ترخيص ممارسة نشاطه، ٥. وفاة صاحب العمل إلا إذا تقدم أحد الورثة بطلب تجديده خلال (٦) شهور، ٦. طلب صاحب العمل كتابة إلغاء التصريح، ٧. تخلف صاحب العمل عن سداد رسوم ومستحقات الهيئة المتعلقة بالتصاريح مدة تزيد على ثلاثة أشهر دون =

وفي الموقف القانوني نجد في موقف المشرع العراقي أن انتهاء اجازة عمل الأجانب تنتهي بانتهاء مدتها، مالم يتم تجديدها وفق الإجراءات التي نصت عليها تعليمات ممارسة الأجانب في العراق^(٩٣)، كما يمكن انتهاء عقد العمل باتفاق الطرفين، ويمكن انهاء العقد بإرادة رب العمل أو إرادة العامل حسب القواعد العامة في إنهاء عقد العمل، كما يمكن أن يفسخ العقد بسبب استحالة التنفيذ^(٩٤). إلا ان انتهاء عقد عمل الأجنبي هنا ليس بالضرورة ان يؤدي الى انتهاء اجازة عمل الأجنبي اذ انها لا تنتهي إلا بانتهاء مدتها، أو فقدان أحد شروط الحصول عليها.

كما تلغى اجازة العمل في إي وقت كان في الأحوال الآتية^(٩٥):

١. إذا ثبت إن المعلومات والمستندات عن طالب الإجازة غير صحيحة.
٢. إذا أصبح وجود العامل الأجنبي مضرراً بالمصلحة العامة.
٣. إذا أنهى صاحب العمل عقد عمل عامل عراقي بصورة مخالفة للقانون، وشغل محله عاملاً أجنبياً وكان الأول يتمتع بكفاءة وشروط العمل نفسها التي يتمتع بها الثاني، ولا يمنع إلغاء الإجازة من إحالة العامل الأجنبي أو صاحب العمل إلى المحاكم عند ثبوت مخالفتها لما ورد في الفقرتين (٢ و١) أعلاه.

ويتوجب على صاحب العمل أن يمسك سجلات تدون فيه المعلومات اللازمة عن العمال الأجانب، فتلغى اجازة العمل، اذا ثبت أن المعلومات والمستندات غير صحيحة، وإذا أصبح وجود العامل الأجنبي مضرراً بالمصلحة العامة، ويعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة اشهر وبغرامة لا تقل عن مائتي الف دينار كل من خالف الاحكام الخاصة بتشغيل العمالة الأجنبية^(٩٦). كما يمكن ان تؤدي مخالفة أحكام

=عذر مقبول، ٨. إصابة العامل بأحد الأمراض المعدية التي تستوجب ترحيله. أما بالنسبة لعدم التجديد أو السحب فإن للجهة المختصة وقف تجديده أو سحبه إذا: ١. ثبت عدم حاجة صاحب العمل لاستخدام عمال أجنب أو ثبت اشتغالهم لدى صاحب عمل آخر دون موافقة السلطات المختصة أو عملوا لحسابهم الخاص، ٢. تلاعب صاحب العمل في توظيف العمالة الوطنية أو عدم تنفيذ خطط الدولة، ينظر: التنظيم القانوني لدخول القوى العاملة الوافدة إلى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، المرجع السابق، ص ٥٧-٥٩.

^(٩٣) ينظر نص المادة (٥) من تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (١٨) لسنة ١٩٨٧ التي تنص على ان "مدة الاجازة سنة واحدة وتجدد وفق متطلبات الحاجة مع مراعاة ما ورد بهذه التعليمات، وعلى الشخص الأجنبي، ان يطلب تجديدها عن طريق صاحب العمل قبل شهر على الاقل من تاريخ انتهاء نفاذها".

^(٩٤) د. يوسف الياس، الوجيز في شرح قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، هيئة المعاهد الفنية، معهد الادارة، الرصافة، ١٠٨٨-١٩٨٩، ص ١١٠ وما بعدها.

^(٩٥) ينظر نص المادة (٩) من تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (١٨) لسنة ١٩٨٧.

^(٩٦) ينظر نص المادة (١٠) من تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (١٨) لسنة ١٩٨٧.

تشغيل الأجانب الى بطلان عقد العمل^(٩٧)، الا ان بطلان عقد العمل هنا لا يؤدي الى زوال اثار العقد كلها اذ لا يمكن رد المتعاقدين إلى الحال التي كانا عليها قبل التعاقد، فبطلان عقد العمل لا يحرم العامل من الحصول على مقابل العمل او مكافآت نهاية العقد وغيرها^(٩٨).

وفي القانون الأردني ينتهي تصريح العمل بانتهاء مدته مالم يتم تجديد هذه المدة، ومدة تصريح العمل في القانون الاردني هي سنة واحدة قابلة للتجديد^(٩٩)، ويجب أن يتم التجديد قبل شهر واحد على الأقل من تاريخ انتهاء تصريح العمل^(١٠٠)، وينقضي عقد العمل إذا لم يتم تجديد الاجازة، كما ان تصريح العمل ينتهي اذا تمت مخالفة شروط منح هذا التصريح التي أوردناها آنفاً. وينقضي عقد العمل في القانون الاردني ومن ثم تنتهي إجازة العامل الأجنبي في حالات منها، في حالة وفاة العامل الأجنبي، كما ينقضي عقد العمل بالاتفاق اذا ان العقد شريعة المتعاقدين^(١٠١).

وفي القانون الجزائري تعد أحكام تشغيل الأجانب في الجزائر من النظام العام، إذ لا يجوز الاتفاق بين العامل الأجنبي والهيئة المستخدمة على مخالفتها، إذ لو تمت مخالفتها يبطل عقد العمل كلياً، وتطبيقاً للأسس والشروط التي يقوم عليها عقد العمل، اذ اورد المشرع الجزائري في القانون رقم (١١/٩٠) المنظم لعلاقات العمل في المادة (١٣٥) تحت عنوان "حالات البطلان" والتي قرر بموجبها "تعد باطلة وعديمة الأثر كل علاقات عمل غير مطابقة لأحكام التشريع المعمول به..."^(١٠٢).

وفي حال مخالفة التشريع المنظم لتشغيل العمال الأجانب، يكون العامل الأجنبي مقيم إقامة شرعية، ولكن عملية تشغيله تمت مخالفة لإجراءات تشغيل الأجانب السالفة الذكر تتجسد خصوصاً في العمل دون الحصول على جواز أو رخصة العمل للعامل الأجنبي أو سقطت صلاحيتها، وهذا ما يخالف أحكام القانون رقم (٨١/١٠) ومن ثم فان ذلك قد يعرضه لبعض العقوبات^(١٠٣). وفي حال الادلاء

(٩٧) د. يوسف الياس، مرجع سابق، ص ١٤٢.

(٩٨) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص ١١٦-١١٧.

(٩٩) ينظر: المادة (١٢/ب) من قانون العمل الاردني رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.

(١٠٠) محمد صادق منذر الهويدي المرجع السابق، ص ٥٠.

(١٠١) د. احمد ابو شنب، شرح قانون العمل، ط ٥، دار الطباعة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ٣١١.

(١٠٢) د. جارد محمد، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

(١٠٣) فيعاقب في الحالات اعلاه بغرامة بين ١٠٠٠ و ٥٠٠٠ دينار جزائري وبالحبس مدة تتراوح بين ١٠ ايام وشهر واحد أو بإحدى هاتين العقوبتين، دون الاخلال بالإجراءات الادارية التي تتخذ ضده كالطرد والابعاد، كما يعاقب المستخدم في حالة تشغيل عامل في منصب غير ذلك الوارد في جواز او رخصة العمل، والتي يعاقب بغرامة تتراوح بين ٥٠٠٠ و ١٠٠٠٠ دينار جزائري، وتشغيل عامل أجنبي بدون جواز أو رخصة العمل يعاقب بغرامة تتراوح بين ٥٠٠٠ و ١٠٠٠٠ دينار جزائري ويضاعف المبلغ إن تكررت المخالفة، أو تشغيل عامل أجنبي بجواز أو رخصة عمل سقطت صلاحيتها يعاقب بغرامة تتراوح بني ٥٠٠٠ دينار جزائري و ١٠٠٠٠ دينار جزائري وفي حالة العود تطبق نفس الغرامة والحبس من شهر إلى

بمعلومات غير صحيحة يعرض صاحبها الى عقوبة سحب الرخصة أو جواز العمل المؤقت على سبيل المثال معلومات خاطئة أو مزورة حول الشهادات والمؤهلات المهنية^(١٠٤).

وأكد المشرع الجزائري في العديد من المواد القانونية سواء في القانون رقم (١٠-٨١) أو في المرسوم رقم (٥١٠-٨٢) على إمكانية رفض المصالح المختصة التابعة لوزارة العمل منح جواز العمل أو رخصة العمل المؤقت، إذا لم يراع الشروط الواردة بخصوص تشغيل الأجانب، وذلك في عدة حالات^(١٠٥):

- أ. حالة تشغيل عمال أجانب بدون تأهيل أو لا يساوي على الأقل مستوى تقني كما جاء في المادة (٣) من القانون رقم (١٠-٨١).
- ب. حالة إمكانية تشغيل عامل جزائري في ذلك المنصب.
- ج. حالة إثبات المراقبة الطبية أن المعني لا تتوفر فيه الشروط المحددة قانوناً.
- د. حالة عدم مشاركة المصالح المختصة التابعة لوزارة العمل في دراسة العقود والاتفاقات المتضمنة الصفقات الخاصة بالأشغال أو المساعدة التقنية التي تلتزم كل هيئة جزائرية إبرامها مع الهيئات الأجنبية
- هـ. حالة عدم مراعاة الهيئة المستخدمة التدابير الخاصة بتشغيل الأجانب، وهذه الحالة تضمنتها المادة (٦) من القانون رقم (١٠-٨١) وتتعلق بوجود تقديم الهيئة صاحبة العمل لتقرير معلل، يتضمن رأي ممثلي العمال، غير أنه لم يعد يؤخذ بمثل هذا الشرط.
- كما يمكن للمصالح المختصة التابعة لوزارة العمل أن تسحب الوثائق الخاصة بجواز العمل أو رخصة العمل المؤقت من العامل الأجنبي بعدما تم تسليمها له، وذلك في حالات محددة قانوناً:
- أ. حالة مخالفة التشريع المعمول به طبقاً للمادة (١٤) من القانون رقم (١٠-٨١).
- ب. حالة تقديم معلومات ووثائق غير صحيحة.
- ج. حالة ممارسة نشاط مدفوع الأجر لدى عدة هيئات مستخدمة أخرى غير مرخص له بها، كما هو منصوص عليه في المادتين (٤ و ٥) من القانون السالف الذكر، بينما تجيز ذلك المادة (١٥) من القانون نفسه استثناء بعد انقضاء مدة عقد العمل، وبترخيص آخر من المصالح المختصة.
- د. حالة عدم إعادة جواز العمل أو رخصة العمل المؤقت إذا تم نقض عقد العمل وعدم إرساله إلى المصالح المختصة إقليمياً في ظرف (١٥) يوماً على الأكثر بعد تاريخ نقض العقد.

٦ أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين. ينظر: غنيم زهرة، تشغيل العامل الأجنبي ما بين الشرعية واللاشرعية في ظل القانون الجزائري، ص ٨، متاح على الانترنت في الرابط الآتي:

<https://search.emarefa.net/ar/detail/BIM-1286886>

^(١٠٤) غنيم زهرة، مرجع سابق، ص ٨.

^(١٠٥) في هذه الحالات ينظر: معاشو نبالي فطة، مرجع سابق، ص ٢٠٤-٢٠٦.

الخاتمة

بعد أن أنهينا بحثنا بعون الله وتوفيقه توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات ندرجها بالآتي:

أولاً: النتائج

١. إجازة عمل الأجانب هي الوثيقة التي تصدرها الهيئة المختصة تسمح للأجانب ممارسة العمل في الدولة وفق ضوابط معينة، وخلال مدة معينة قابلة للتجديد، وتنتهي بانتهاء مدتها.
٢. العامل الأجنبي هو كل شخص طبيعي لا يحمل جنسية الدولة التي يعمل فيها، يهدف الى ممارسة العمل في تلك الدولة لقاء اجر تحت اشراف ورقابة رب العمل.
٣. يتم تنظيم عمل الأجانب وفق تشريعات وتعليمات تهدف الى ضبط عملهم بشروط محددة، ووفق الحاجة الى عمل هؤلاء الأجانب، مع مراعاة مصلحة العمالة الوطنية، ولا يسمح لهؤلاء الأجانب في العمل في الدولة الا بعد الحصول على اجازة عمل تخولهم ذلك، واجراءات الحصول على اجازة العمل في العراق تختلف فيما اذا كان الأجنبي الذي يروم العمل في العراق موجوداً في خارج العراق ام داخله، وقد بينت تعليمات تشغيل الاجانب في العراق هذه الاجراءات.
٤. يشترط في العامل الاجنبي فضلاً عن حصوله على اجازة عمل، ان يكون دخوله واقامته فيها بطريقة مشروعة، وقوانين الإقامة هي التي تحدد ذلك، فضلاً مبدأ المعاملة بالمثل الذي يهدف وجود معاملة مماثلة للأجانب على اقليم الدولة، التي تسعى من جانبها على حصول رعاياها على ذات المعاملة، وهذا المبدأ يحفز الدولة على زيادة الحقوق المقررة للأجانب على اقليمها املاً في زيادة حقوق رعاياها على اقليم الدول التي ينتمي اليها هؤلاء الأجانب بجنسيتهم.
٥. يجب الموازنة بين حاجة الدولة للاستعانة بالخبرات الأجنبية في مختلف المجالات، وبين مؤهلات الأجنبي التي يجب بحثها جيداً لتحديد مدى الحاجة اليه، واثر الترخيص بالعمل في تحقيق الكفاءة وزيادة الانتاج وتحسين جودة الخدمات في الدولة، والحاجة الى خبرة العامل الأجنبي تكون مطلوبة في حال عدم توفر الخبرة لدى العامل الوطني، وهذا الأمر يقود الى عدم المساس بالعمالة الوطنية، اذ تعد حماية الأيدي العاملة الوطنية من أهم الضوابط التي تحكم عمل الأجانب، لذا يجب ان يتبنى المشرع سياسة حماية العامل الوطني ومراعاة مصلحته.
٦. تنتهي إجازة العمل طبيعياً إما بانتهاء المدة المحددة لها دون تجديدها، وإما باتفاق صاحب العمل والعامل الأجنبي، فإذا حددت اجازة العمل بمدة سنة على سبيل المثال فإن انتهاء هذه المدة ودون الشروع في إجراءات التجديد فان ذلك يشكل انتهاءً طبيعياً لإجازة العمل، كما تنتهي اجازة العمل في حال مخالفة أي شرط من شرط منحها، فهي تمنح وفق ضوابط تكفل حماية العمالة الوطنية، وصلاحيه العامل للعمل وفق المعايير الوطنية، والتزام صاحب العمل بالتزاماته القانونية، فوجود خلل طارئ في شروط منح الاجازة، لا شك وأن يترتب عليه نتيجة منطقية، بأن تخلف هذه الشروط والضوابط أو أحدها على أقل تقدير، يمثل خللاً في الوضع القانوني لإجازة العمل يؤدي إلى إنهاؤها أو إلغائها.

ثانياً: التوصيات

١. ضرورة تشريع قانون خاص ينظم عمل الأجانب في العراق بدل من تفرق تنظيمه بين قانون العمل والإقامة والتعليمات الصادرة بهذا الشأن على ان يتضمن هذا التشريع ما يلي:

- أ. تفصيل الأمور اللازمة لاستقدام العمال الأجانب والاجراءات والشروط اللازمة لعمل هؤلاء الأجانب، حماية للجوانب الاقتصادية والاجتماعية والامنية.
- ب. مراعاة العامل الوطني أولاً، ولا يتم استقدام العمال الأجانب الا اذا كانت تتمتع بخبرة يحتاجها البلد، فالاقتصاد الوطني بحاجة الى الخبرة والمهارة لدى العامل الأجنبي في أغلب المشاريع خصوصاً تلك التي تخص البنى التحتية.
- ج. ضرورة النص على مبدأ المعاملة بالمثل فيما يتعلق بتشغيل الاجانب لما له من دور في تحقيق التوازن بين العمالة الاجنبية والوطنية التي تعمل في الخارج، وتفعيل الدور الرقابي على عمل هؤلاء الأجانب ومدى تقيدهم بالأنظمة والتعليمات الصادرة بهذا الشأن.
٢. النص في قانون إقامة الأجانب في العراق رقم (٧٦) لعام ٢٠١٧م، على سمة العمل الى جانب سمات الدخول التي نص عليها هذا القانون.

المراجع:

أولاً: كتب اللغة:

١. ابي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج٣، حققه احمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، من دون سنة نشر.
٢. محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي، ج٥، لسان العرب، دار صادر بيروت، ١٤١٤.

ثانياً: الكتب القانونية:

١. د. احمد ابو شنب، شرح قانون العمل، ط٥، دار الطباعة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
٢. احمد رشاد سلام، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، وتنفيذ الاحكام الأجنبية في مصر، مكتبة الفلاح، من دون مكان نشر ٢٠١٠.
٣. د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٤. د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
٥. د. احمد مسلم، القانون الدولي الخاص ومركز الأجانب، ج١، من دون دار نشر، مصر، ١٩٥٦.
٦. د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، الترخيص بالعمل للأجانب بين الضوابط القانونية والنصوص الجزائية، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠٠٩.
٧. د. حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب واحكامهما في القانون العراقي، ط٤، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٣.
٨. صفاء فتوح جمعة، القانون الدولي الخاص، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٩.
٩. د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.
١٠. د. عصام الدين القصيبي، القانون الدولي الخاص، جامعة المنصورة، ٢٠٠٩.
١١. د. عوض الله شيبه الحمد السيد، القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين، الجنسية، مركز الأجانب، الموطن، جامعة البحرين، ٢٠٠٧.
١٢. د. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
١٣. د. محمد الروبي ود. جابر سالم، احكام الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
١٤. د. محمد جلال حسن، القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ط١، مكتبة يادكار، السليمانية، ٢٠١٨.

١٥. د. هشام علي صادق، مركز الأبحاث، المجلد الثاني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧.

ثالثاً: البحوث:

١. التنظيم القانوني لدخول القوى العاملة الوافدة إلى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية العدد (٥٩)، سلسلة علمية متخصصة تعنى بنشر البحوث والدراسات الاجتماعية والعمالية، تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ووزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، العدد (٥٩) شوال ١٤٣١ هـ الموافق سبتمبر ٢٠١٠ م
٢. د. جارد محمد، الاطار القانوني لتشغيل الاجانب في الجزائر، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية، تصدر عن جامعة طاهري محمد، الجزائر، المجلد (٧) العدد (٢)، ٢٠٢١.
٣. د. رغد عبد الامير مظلوم، تخويل الأجنبي العمل في العراق في ظل القانون الدولي الخاص، مجلة الجامعة العراقية، تصدر عن مركز البحوث والدراسات في الجامعة العراقية، المجلد (٤٤)، العدد (٣)، ٢٠١٩.
٤. علي عبد النبي عبد الحسن ود. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، التنظيم القانوني لاستقدام العمالة الأجنبية في العراق، بحث منشور في مجلة الخليج العربي، تصدر عن مركز دراسات البصرة والخليج العربي-جامعة البصرة، المجلد (٤٩)، العدد الاول، اذار ٢٠٢١.
٥. غنيم زهرة، تشغيل العامل الأجنبي ما بين الشرعية واللاشرعية في ظل القانون الجزائري، ص٨، متاح على الانترنت في الرابط الآتي:

<https://search.emarefa.net/ar/detail/BIM-1286886>

٦. د. مظفر جابر الراوي، اثر التشريعات في تنظيم العمالة الأجنبية والحد من البطالة، دراسة في ضوء التشريعين الاردني والجزائري، مداخلة مقدمة ضمن المحور الرابع الى الملتقى العلمي الدولي "استراتيجية الحكومة في القضاء على البطالة وتحقيق التنمية المستدامة" الذي قدمته كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة المسيلة، الجزائر، للفترة ١٥-١٦ نوفمبر تشرين الثاني ٢٠١١. منشور على الموقع الآتي:

<https://ebook.univeyes.com/40021>

٧. د. معاشو نبالي فطة، رخصة عمل الأجانب شرط والتزام، بحث منشور في مجلة قانون العمل، العدد الاول، جانفي، ٢٠١٦، ص١٩٤. متاح على الموقع التالي:

<https://www.asjp.cerist.dz/en/downArticle/529/1/1/68928>

رابعاً: الرسائل الجامعية:

١. خضير محمد امين وبلحاج محمد، الاطار القانوني لتشغيل العمال الأجانب في القانون الجزائري، مذكرة ماستر في تخصص قانون المؤسسات الاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة احمد دارية الجزائر، ٢٠١٨-٢٠١٩.
٢. محمد صادق منذر الهويدي، العمالة الأجنبية في قانون العمل الأردني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٩.

خامساً: الدساتير:

١. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.
٢. الدستور الأردني لعام ١٩٥٢.
٣. الدستور الجزائري لعام ٢٠٢٢.

سادساً: القوانين والانظمة والتعليمات:

١. قانون العمل العراقي الملغي رقم (١) لعام ١٩٥٨.
٢. قانون العمل العراقي الملغي رقم (١٥١) لعام ١٩٧٠.
٣. قانون الاحوال المدنية العراقي رقم (٦٥) لعام ١٩٧٢.
٤. قانون نقابة الاطباء العراقي رقم (٨١) لعام ١٩٨٤.

٥. قانون العمل العراقي الملغي رقم (٧١) لعام ١٩٨٧.
 ٦. قانون نقابة اطباء الاسنان رقم (٤٦) لعام ١٩٨٧.
 ٧. قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لعام ٢٠٠٦.
 ٨. قانون العمل العراقي رقم (٣٧) لعام ٢٠١٥.
 ٩. في قانون إقامة الأجانب في العراق رقم (٧٦) لعام ٢٠١٧.
 ١٠. نظام ممارسة غير العراقيين العمل والمهن في العراق رقم (٦٣) لعام ١٩٦٣.
 ١١. نظام ممارسة غير العراقيين العمل والمهن في العراق رقم (٣٠) لعام ١٩٧٣.
 ١٢. تعليمات حول ممارسة العمال الاجانب العمل والمهن في العراق صدرت في ١٩٧٤/١/١.
 ١٣. تعليمات ممارسة الأجانب العمل في العراق رقم (١٨) لعام ١٩٨٧.
 ١٤. قانون الجنسية الاردنية المرقم (٦) لعام ١٩٥٤ المعدل
 ١٥. قانون الإقامة وشؤون الأجانب الاردني رقم (٢٤) لعام ١٩٧٣ وتعديلاته
 ١٦. قانون العمل الاردني رقم (٨) لعام ١٩٩٦.
 ١٧. نظام رقم (١٤٢) لعام ٢٠١٩ نظام رسوم تصاريح العمل لغير الأردنيين
 ١٨. تعليمات شروط واجراءات استخدام واستقدام العمال غير الأردنيين لعام ٢٠١٢.
 ١٩. القانون رقم ٨١-١٠ المؤرخ في ١١ تموز لعام ١٩٨١ الجزائري والمتعلق بشروط تشغيل العمال الأجانب.
 ٢٠. المرسوم رقم (٨٦-٢٧٦) لعام ١٩٨٦ الجزائري الذي يحدد شروط توظيف المستخدمين الأجانب في مصالح الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات الحكومية.
 ٢١. قانون رقم (١١/٩٠) المؤرخ في (٢١) نيسان ١٩٩٠ الجزائري المتعلق بعلاقات العمل.
 ٢٢. قانون رقم (١١/٠٨) الصادر في ٢٥ حزيران ٢٠٠٨ الجزائري المتعلق بشروط دخول الأجانب الى الجزائر واقامتهم بها وتنقلهم فيها.
- المرسوم الرئاسي رقم (٢٥١-٠٣) لعام ٢٠٠٣ الجزائري المتمم لمرسوم رقم (٦٦-٢١٢)،
والمتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر وتم تنظيم اقامات العمالة الأجنبية.



The Legal Basis for the Human Right to Gender Correction

Dr. Muhammad Younis Yahya Al-Sayegh

Professor

College of Law - University of Mosul - Mosul - Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 25 Jul., 2023
Accepted: 22 Aug., 2023
Available online: 31 Dec., 2023

PP. 151-178

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

**Dr. Muhammad Younis Yahya
Al-Sayegh**

College of Law - University of
Mosul - Mosul - Iraq

Email: mhys2008@yahoo.com

Abstract

The right to physical integrity and the right to choose one's sexual identity are considered two basic human rights recognized by international treaties and conventions, and from them emerge many different choices and concepts, including the rights of transgender people. Likewise, on the national scale, the position on sexual transformation is different. From one country to another, there is a difference between someone who supports the human right to change his gender and someone who rejects and criminalizes it. Therefore, we will discuss both the position of national legislation on gender transformation and the position of international and regional charters and agreements.

The Universal Declaration of Human Rights issued in 1948 AD became the basic rule and main reference for rights and freedoms. Although at first it was considered merely a declaration that did not have any capacity to bind people under international law, because it gained great moral value, no country can deviate from it. It is the basis for what followed. Of the international covenants and agreements related to human rights, the issuance of the International Covenant on Civil and Political Rights is only the result of the success of the Universal Declaration, and then the formation of the International Bill of Human Rights.

The Issue of determining human sex is not an arbitrary issue, but is subject to several medical criteria, based on:

Its basis is determining gender and thus performing sexual transformation on its basis.

There are many reasons for changing sex. Some of them may be the result of disturbances in the secretion of hormones, while others may be the result of a psychological condition formed as a result of wrong upbringing or exposure to assault such as rape.

The comparisons between sex correction and sex change confirm that both concepts include a surgical medical procedure that targets the human reproductive organs. They differ in that sex change is not based on the existence of any necessity that requires it, whereas in sex correction in the case of a hermaphrodite, there are real reasons that require medical work to be performed. The person suffers from dual reproductive system.

There are many internal legislations in countries that have permitted sexual conversion according to certain conditions and controls that include conducting examinations prior to the conversion process. Among the first countries that recognized these rights were Sweden, the Netherlands, and Italy. As for Arab legislation, we did not find any legislation that deals with the issue, neither by banning nor by permitting it.

The human right to sexual transformation finds its support in international and regional declarations and conventions, which guarantee non-discrimination on the basis of sex and guarantee the right to life and freedom from torture.

Keywords: *gender correction, human rights, international law, international agreements, legal protection*



الأساس القانوني لحق الإنسان في تصحيح الجنس



الدكتور محمد يونس الصائغ

استاذ

كلية الحقوق – جامعة الموصل – الموصل- العراق

المستخلص

يعد الحق في السلامة الجسدية وحق اختيار الهوية الجنسية من الحقوق الأساسية للإنسان التي أقرت بها المعاهدات والمواثيق الدولية، ومنها ينبثق العديد من الاختيارات والمفاهيم المختلفة المتعددة، ومنها حقوق المتحولين جنسياً ، كذلك على النطاق الوطني فإن الموقف من التحول الجنسي مختلف من دولة إلى أخرى بين مقر لحق الإنسان بتغيير جنسه وبين رافض ومجرم لها ، لذلك سوف نتناول كلاً من موقف التشريعات الوطنية من التحول الجنسي و موقف المواثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية.

إذ أصبح الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في عام ١٩٤٨م القاعدة الأساسية والمرجع الرئيسي للحقوق والحريات، وعلى الرغم من انه في البداية اعتبر مجرد إعلان لا يتمتع بأي صفة إلزام الأشخاص القانون الدولي إلا أنه اكتسب قيمة أدبية كبيرة فلا يستطيع احد من الدول أن تشذ عنه ، فهو أساس لما تبعه من العهود والاتفاقيات الدولية التي تخص حقوق الإنسان ، وما صدور العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إلا ثمرة نجاح الإعلان العالمي، ومن ثم تشكيل الشرعية الدولية لحقوق الانسان.

إن مسألة تحديد جنس الإنسان ليست مسألة اعتباطية إنما تخضع لعدة معايير طبية ، تقوم على

أساسها تحديد نوع الجنس وبالتالي إجراء التحول الجنسي على أساسها .

إذ تتعدد الاسباب الدافعة نحو تغيير الجنس ، فبعضها قد يكون نتيجة اضطرابات في إفراز الهرمونات والبعض الآخر قد يكون نتيجة حالة نفسية تتشكل جراء التربية الخاطئة أو التعرض إلى اعتداء كالاغتصاب.

إن أوجه المقارنة بين التصحيح الجنسي والتحول الجنسي أكدت على أن كلا المفهومين يتضمن إجراءً طبياً بالجراحة، ويستهدف الأعضاء التناسلية للإنسان ، ويختلفون في ان التحول الجنسي لا يستند إلى وجود أية ضرورة تستدعي ذلك ، أما في تصحيح الجنس لحالة الخنثى فهناك دواعي حقيقية تستلزم إجراء العمل الطبي كون الشخص يعاني من ازدواج الجهاز التناسلي.

هناك العديد من التشريعات الداخلية للدول التي أجازت التحول الجنسي وفق شروط وضوابط معينة تتضمن إجراء فحوصات سابقة لعملية التحول ، ومن الدول الأولى التي اعترفت بهذه الحقوق هي السويد ، وهولندا ، وإيطاليا ، أما بالنسبة للتشريعات العربية، فلم نعر على أي تشريع يتناول الموضوع لا بالخطر ولا بالإجازة.

ان حق الإنسان في التحول الجنسي يجد سنده في الإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية ، التي ضمنت عدم التمييز على أساس الجنس وضمنت حق الحياة وعدم التعرض للتعذيب

الكلمات المفتاحية: تصحيح الجنس ، حقوق الإنسان ، القانون الدولي ، الاتفاقيات الدولية ، الحماية

القائمتة

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/٧/٢٥

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/٨/ ٢٢

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب – كركوك – العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution) ل (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس: الدكتور محمد يونس الصائغ

(٢٠٢٣)

الاساس القانوني لحق الانسان في

تصحيح الجنس

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

علي مدنية الخليقة كان الجنس البشري يتكون من ذكر وأنثى ، حيث خلق الله سبحانه وتعالى آدم وحواء (عليهما السلام) ، واستمرت السلالة البشرية بالنمو والتكاثر والتداخل بين الأعراق البشرية المختلفة، فظهرت حالات غير طبيعية لأشخاص يمتلكون أعضاء جنسية لكلا الجنسين، أو قد تكون نتيجة الميول التي قد تظهر على شكل بعض الاضطرابات في الهوية الجنسية لدى بعض الأشخاص مكتملي التكوين البيولوجي جنسيا، و لكن تسيطر عليهم أفكار ومعتقدات أنهم خلقوا في الجنس الخطأ، وأنهم ضحية خطأ الطبيعة و جعلتهم يرغبون في استئصال أعضائهم التناسلية، واستبدالها بأخرى مصطنعة لجعل جنسهم يتطابق مع الجنس الآخر الذي يرغبون فيه ، وقد ساعد انتشار عمليات التحول الجنسي التطور الطبي الحاصل في هذا المجال ، والكلفة المادية البسيطة لإجراء مثل هكذا عمليات، وعلى اثر ذلك تباينت المواقف بين رافض لها وبين مؤيد ومدافع مذكرا بحقوق الإنسان الثابتة في الوثائق الدولية.

أولا : أهمية موضوع البحث

تبرز أهمية موضوع البحث من مدى تأثيره الكبير على المجتمع و قلة البحوث التي تكلمت عن هذا الموضوع ، وتوضيح بعض الفروقات بين التغيير الجنسي والشذوذ الجنسي والسحاق وغيرها، وتسليط الضوء على أوجه الشبه بين التصحيح الجنسي والتغيير الجنسي و معرفة مدى حق الإنسان في تحويل جنسه في الوثائق الدولية والتشريعات الداخلية ، ولا سيما إن تحويل الجنس يتضمن العبث بجسم الإنسان الذي له قدسية ضمنيتها مختلف الإعلانات العالمية والموثيق الدولية لحقوق الإنسان.

ثانيا : إشكالية موضوع البحث

تكمن أيضا إشكالية موضوع البحث في مدى حرية الإنسان في تحويل جنسه ، ومدى كفاية الحماية القانونية التي توفرها الإعلانات والموثيق الدولية ، ويندرج ضمن هذه الإشكالية عدة تساؤلات

١- ما مفهوم التغيير الجنسي وأسبابه؟

٢- ما هو معيار التمييز بين الذكر والأنثى؟

٣- ماهو الأساس القانوني لحق الإنسان في التحول الجنسي؟.

ثالثاً : منهجية البحث

لقد اعتمدنا في دراسة موضوع بحثنا على عدة مناهج علمية ، فقد اتبعنا المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن ، فاعتمدنا المنهج الاستقرائي في جمع البيانات حول التحول الجنسي وربطها بموضوع بحثنا ، واعتمدنا المنهج التحليلي في تحليل نصوص الإعلانات والموثيق والاتفاقيات الدولية التي تخص موضوع البحث، أما المنهج المقارن فلمعرفة أوجه الشبه والاختلاف بين التحول الجنسي وظواهر أخرى تشببه به.

رابعاً : هيكلية البحث .

من أجل تحقيق الهدف من البحث، وهو الإجابة عن التساؤلات المطروحة في إشكالية البحث فقد قسمنا خطة البحث على مبحثين ، تناولنا في الأول مفهوم التحول الجنسي، وذلك من خلال ثلاثة مطالب خصصنا الأول لتعريف التحول الجنسي، أما الثاني فبيننا أسباب الدافعه للتحول والمطلب الثالث بينا فيه تمييز التحول الجنسي عما يشببه به . اما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه الأساس القانوني لحق الإنسان في التحول الجنسي ، وتناولنا اساس هذا الحق في ثلاثة مطالب ، خصصنا المطلب الأول للتشريعات الداخلية

،و المطلب الثاني للوثائق والاتفاقيات الدولية ، أما الثالث فتناولنا فيه حق الإنسان في التحول في الوثائق والاتفاقيات الإقليمية.

المبحث الأول

مفهوم التحول الجنسي

نظراً للتقدم العلمي في مجال الطب فقد ظهرت عمليات تدعى عمليات تغيير الجنس من خلالها يتم تغيير الذكر إلى أنثى أو العكس، ولقد انتشرت هذه العمليات في الغرب انتشاراً كبيراً ، وتضاعفت خلال الأعوام القليلة الماضية أعداد الشباب المقبلين على إجراء عمليات جراحية لتغيير الجنس. والمقصود بالتحول الجنسي تلك العمليات التي يتوجه إليها أصحابها لتغيير جنسهم من الذكورة إلى الأنوثة، أو العكس ، وهم أسوياء من الناحية الطبيعية، بمعنى أن جنسهم واضح الذكورة أو واضح الأنوثة، ولكنهم يريدون التحول لمجرد الرغبة في ذلك، أو لكرهية الجنس الذي ولدوا عليه، وتطغى عليهم الرغبة في ممارسة الحياة ضمن الجنس الآخر لأسباب مختلفة . ويتم تحويل الذكر إلى أنثى عن طريق استئصال عضوه وزرع مهبل وبناء فرج وتكبير الثديين، كما يتم تحويل الأنثى إلى ذكر باستئصال الثديين وإلغاء القناة التناسلية الأنثوية وبناء عضو ذكري صناعي أو من لحم الفخذ مع وسائل ميكانيكية تقوم بالمهمة.

وهذه العملية يتم فيها تغيير الشكل الخارجي دون التركيب البيولوجي فإن الذكر يظل دون تغيير وبالتالي لا يوجد مبيض ولا رحم ولا يستطيع أن يحيض أو يحمل وهذا المرض وان كانت أعراضه تبدو نفسية فإن سببه عضوي ، وهو عيب خلقي في المخ يجعل صاحبه ذو هوية جنسية تخالف جنسه التشريحي الكروموسومي، مما يؤدي إلى صراع شديد بين العقل والجسد يجعل المريض بكره أعداءه الجنسية ومظاهر بلوغه كرهاً شديداً ويرغب في استئصالها بأي شكل حتى يتحرر من سجنه في هذا الجسد الذي يعتبره المخ ليس جسده.

عليه سوف نتناول مفهوم الجنس ومفهوم التحول الجنسي في مطلبين وكالاتي :-

المطلب الأول : تعريف التحول الجنسي

المطلب الثاني : أسباب التحول الجنسي

المطلب الثالث: التمييز بين التحول الجنسي و غيره من السلوكيات المشابهة له.

المطلب الأول

التعريف بالتحول الجنسي

إن تعريف التحول الجنسي يقتضي منا بيان معناه اللغوي والاصطلاحي ، لذلك سوف نتناول كل من التعريف اللغوي والاصطلاحي ، وكالاتي:

أولاً : التعريف اللغوي للتحول الجنسي

هناك ثلاث مفردات يمكن أن تدل على تعريف التحول الجنسي ، كالتحويل والتغير والتبديل ، فأما

التحويل لغة فهو عبارة عن تحويل ذات إلى ذات أخرى، مثل تحويل التراب إلى طين^١، وإما التغيير فهو عبارة عن تبديل صفة إلى صفة أخرى مثل تغيير الأحمر إلى أبيض ، وأما التبديل فيقال بدل الشيء أو غيره^٢ ، ويمكن استعمال أي من هذه الكلمات الثلاث للدلالة على المعنى نفسه ، وليس هنالك مانع من استعمال إحداها.

أما الجنس فيعني الضرب من الشيء ، وقيل هذا يجانس أي يشاكله^٣ ، والنوع أخص منه يقال (تنوع الشيء أنواعا)

والجنس في علم الأحياء : هو أحد الأقسام التصنيفية أعلى من النوع و أدنى من الفصيلة ويطلق الجنس على شطري الأحياء مميزا بالذكورة والأنوثة، فالذكور من النوع البشري جنس بناظره جنس الإناث.

أما في اللغة الانكليزية فكلمة (transgender) ، وفي اللغة الفرنسية "Transsexualisme" وظهرت في عام ١٩٥٦م.

ثانيا : التعريف الفقهي للتحويل الجنسي

هناك عدة مشاكل تظهر أمام تعريف مصطلح تحويل الجنس البشري ، سببها الغموض الذي يحيط بتلك الكلمة ، حيث يختلط مفهومه مع ظواهر أخرى كالشذوذ الجنسي و يعد مصطلح التحويل الجنسي مصطلحاً واسع يضم العديد من الحالات والفئات ، فيضم أولئك الذين ولدوا بهوية جنسية داخليا غير هويتهم الجنسية الخارجية ، أي رجالا في أجساد نساء والعكس ، فأولئك يشعرون بنوع من البغض والاشمئزاز نحو أجسادهم ونوعهم، فهم يشعرون في داخلهم أنهم ينتمون إلى الجنس الآخر غير الذي ولدوا عليه، ولذلك يسعون إلى تحويل جنسهم إلى الجنس الذي يشعرون أنهم ينتمون إليه^٤.

وقد تعددت التعاريف فيما يخص التحويل الجنسي وقد عرفه البروفيسور (Kass) بأنه (الإحساس العميق و الراسخ بالانتماء إلى الجنس المقابل للجنس الوراثي و التشريحي و القانوني الذي ينتمي إليه ، ويشعر بأنه ضحية خطأ غير محتمل للطبيعة يتطلب تغيير جسدي و حتى مدني، ليصل لتماسك نفسيته و جسده و يحصل أيضا اندماجه الاجتماعي في الجنس المقابل، مصحوبا برغبة ملحة، وثابتة في تغيير الجنس و الحالة المدنية)^٥.

^١ - ايوب ابن موسى الحسيني القريمي الكفوي ، الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مؤسسة الرسالة بيروت ، دون سنة الطبع . ص ٢٩٤

^٢ - أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي ، جمهرة اللغة، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١ ، ١٩٨٧، ج ١، ص ٣٠٠
^٣ - أبو العباس احمد بن محمد بن علي القيومي، المصباح المنير المكتبة العلمية، بيروت، دون سنة الطبع ، ج ٢، ص ٦٣١ .

^٤ -مركز هارد و لدعم التعبير الرقمي ، معاناة العبور الجنسي في مصر (بين رحى المجتمع والدولة) ، ص ، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الآتي :

<http://hrdoegypt.org/wpcontent/uploads/2017/07/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B1%D8%A7%D9%86%D8%N83%D8%ACKD9%86%D8%AF%D8%B1.pdf>

^٥ - مكرلوف وهيبية ، الإحكام القانونية للنظام تغيير الجنس، اطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بالقياد - تلمسان - كلية الحقوق و العلوم السياسية
٢٠١١، ص ٢٩، منشورة على الرابط الآتي <http://dspace.univ-tlemcen de/bitstream/112/9014/1/pmatrelout.pdf>

و عرف بأنه التغيير الحاصل للشخص الذي يجعله على هيئة وشكل الجنس المعاكس لجنسه المفطور عليه، ذلك أنها عملية يجريها الأطباء يتم فيها استئصال وطمس المظاهر الجنسية الحقيقية للفرد، واصطناع مظاهر للنوع الآخر ، وهذا التغيير يكون ظاهرياً إذ لا يكتسب الشخص بموجبه صفات الجنس الآخر.^٦

فهي عملية جراحية يتم فيها تغيير الأعضاء الظاهرة للذكر لتشبه الأعضاء الظاهرة للأنثى أو بالعكس^٧ وهذا التحديد لمفهوم تحويل الجنس يدور حول نقطة مفادها الشعور بالتناقض بين التكوين العضوي للشخص المصاب بمرض تحويل الجنس ، وبين الدور الوظيفي الذي يمليه عليه هذا التكوين ، إذ يجد نفسه وسط اضطراب وفقدان لهويته الجنسية، ويزداد هذا الشعور حدة بمرور الوقت إلى إن يبدأ الشخص لا يكتفي بالظهور بمظهر الجنس الآخر ، وإنما يسعى لإيجاد آلية تمكنه من التحول نهائياً وإجراء العملية الجراحية التي يهدف من خلالها إجراء تحويل لجنسه الذي ينتمي إليه ، وذلك من خلال استئصال أعضائه التناسلية واصطناع أعضاء للجنس الآخر جراحياً . كذلك عرف بأنه رجال غالباً نساء وهم أشخاص عاديو البنية لهم إحساس بالانتماء إلى الجنس المقابل ، ويسعون إلى التحول إلى الجنس الآخر من خلال اللجوء إلى عمليات جراحية تقويمية ، وتجريع الهرمونات لتصحيح ما يعتبرونه كخطأ الطبيعة^٨...

المقصود بالتحول الجنسي تلك العمليات التي يتوجه إليها أصحابها لتغيير جنسهم من الذكورة إلى الأنوثة، أو العكس ، وهم أسوياء من الناحية الطبيعية، بمعنى أن جنسهم واضح الذكورة أو واضح الأنوثة، ولكنهم يريدون التحول لمجرد الرغبة في ذلك، أو لكرهية الجنس الذي ولدوا عليه، وتطغى عليهم الرغبة في ممارسة الحياة ضمن الجنس الآخر لأسباب مختلفة ويتم تحويل الذكر إلى أنثى عن طريق استئصال عضوه وزرع مهبل وبناء فرج وتكبير الثديين كما يتم تحويل الأنثى إلى ذكر باستئصال الثديين وإلغاء القناة التناسلية الأنثوية وبناء عضو ذكري صناعي أو من لحم الفخذ مع وسائل ميكانيكية تقوم بالمهمة^٩.

كذلك عرف بأنه تحويل جنس الشخص من ذكر إلى أنثى ، أو من أنثى إلى ذكر وذلك عن طريق المعالجات الهرمونية أو المدخلات الجراحية التي تهدف إلى إنماء الأعضاء الجنية والى الغائها^{١٠} . ومن الملاحظ انه عمليات تغيير الجنس من أنثى إلى ذكر قليلة بالمقارنة مع عمليات التحول من ذكر إلى أنثى نظرا للمخاطر الجسيمة التي تنطوي عليها تحويل جنس أنثى إلى ذكر وقد عرفها آخر بأنه شخص يعاني اضطراب الهوية الجنسية وعدم الرضا عن النوع الاجتماعي . من حيث السلوك والأدوار والتوقعات المجتمعية^{١١} . من خلال المعيار الجيني يمكن تمييز الرجل عن الأنثى ، فالرجل يحمل كروموزوم X ، في حين إن المرأة تحمل كروموزومي XX^{١٢}.

^٦ - إبراهيم الشراوي، تثبيت الجنس وآثاره، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الكتب ، القاهرة ، ٢٠٠٢م ، ص ١٠٣

^٧ - عمر عبدالله الشهلي، تبديل الجنس ضرورة طبية أم انتكاسة فطرية ، مقالة منشورة على الانترنت على الرابط الآتي :-

http://old.almoslim.net/node . ٨٢٤٥٧ / تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٤/٢٠

^٨ - مكرولوف وهيبية ، مصدر سابق، ص ٢٦

^٩ - د. طارق حسن كسار ، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي ، المجلد ٥ ، العدد ١ . مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية ، جامعة ذي قار ، ٢٠١٥ ، ص ٢١٤ .

^{١٠} - د. هانيا علي فقيه، تحويل الجنس في النظام القانوني اللبناني ، بحث منشور على الانترنت ٢٠١٨ ، ص ٣ ، منشور على الموقع الأتي .:

www.leqallaw.ul.edu. lb/researchesView.aspx?opt&RuID=45&TYPE=PRINT

^{١١} - مقالة منشورة على الانترنت المبادرة المصرية لضمان الحقوق الشخصية ، ٢٠١٦ ، منشورة على الموقع الآتي :

http://eipr.org/pressrelease/2016/03/31/2576

^{١٢} - د هانيا علي الفقيه ، مصدر سابق، ص ٢ .

وهي حالة عدم توافق جنسه البيولوجي مع النوع الاجتماعي الذي يشعر بأنه ينتمي إليه في عقله كشعور ذكر مكتمل التكوين بأنه في الجسد الخطأ لأنه مؤمن بأنه امرأة، ليس فقط في الشكل أو الجسد ولكن في وهناك معايير طبية للتمييز بين الذكر والأنثى يتم من خلالها تحديد الجنس الشخص المشكوك فيه ، وهذه المعايير تنقسم إلى أربعة معايير وكالاتي:-

المعيار الأول : المعيار الجيني (X) (الكروز مومي)

ويعد هذا المعيار الأفضل في تحديد جنس الفرد الأصلي حسب الاجتهاد القضائي ويعد قطعي وثابت ، أن جنس الإنسان يتحدد عند التلقيح بين المرأة التي تعطي كروموزوم X مع الرجل الذي يعطي الكروموزوم X فيصبح الجنين XX أي أنثى أو على عكس ذلك فأذا الزوج يعطي الكروموزوم y يصبح xy ليصبح المولد ذكرًا^{١٣} ..

و يحتاج فحص كروموزومات الخلية إلى احتياطات وإمكانيات محلية ولكن لفحص الخلايا مجهرياً^{١٤} ، لتحديد جنس الشخص وتلك الطرق هي :

١- البحث عن الجسم العصري : بالفحص المجهرى لعينة من خلايا الجسم (مثلا عينة من الغشاء المخاطي المبطن لتجويف الفم)

٢- المعيار الثاني: معيار المستوى الغدي : ويتحدد نوع الجنين وفق هذا المعيار بعد أن تتم عملية التلقيح والأخصاب ، ويكون عمر الجنين ما بين الأسبوع السادس والسابع منذ التلقيح ولا يمكن تحديد نوع الجنين وفق هذا المعيار قبل هذا الوقت ، وتسمى هذه الفترة التي يكون نوع الجنين غير معلوم بفترة النفس الواحدة.

٢- المعيار الثالث : معيار الأعضاء التناسلية يتكون جسم الإنسان من أعضاء تناسلية ظاهرية وباطنية ، وتمثل الأعضاء التناسلية الباطنية بالنسبة للذكر فهي الحبل المنوي والحوصلة المنوية والبروستاتا وعدد كوبر ، وتتكون الأعضاء التناسلية ما عدا الخصية من قناتي ولف ومنها يتكون البربخ والقناة الناقلة للمني والقناة الفاذفة ، أما الأعضاء التناسلية الباطنية للأنثى فتتكون من المبيضان والرحم وقناتي الرحم والمهبل" . أما بالنسبة للأعضاء التناسلية الظاهرة ففي الذكر تتكون من القضيب والخصيتين ، وعند الأنثى تتكون من الشفرين والبظر والفرج .

٤- المعيار الرابع : معيار الهرمونات .

الهرمونات الجنسية هي مواد تفرزها غدد الجسم، وينقلها الدم إلى الأجهزة الخاصة التي تعمل في اتجاه تنشيطها أو كبحها هذه الهرمونات تدخل في جوف أمومي لتمييز جنس طفل الذكر أو الأنثى، وهذا يثبت أهميتها الكبرى في نمو جسم الإنسان على المستوى الجسدي والنفسي.

وعند الذكور تفرز هذه الهرمونات (FSH & من الغدة النخامية على شكل نبضات بشكل متقطع، حيث يوجد أعلى تركيز منها في الصباح الباكر وأقل تركيز في المساء، ويؤثر الهرمون اللوتيني على بعض خلايا الخصية ليحفزها على إنتاج هرمون التستوستيرون. Testosterone.

^{١٣} مكرولوف وهيبية ، مصدر سابق، ص ١٨

^{١٤} المصدر نفسه ص ١٨-

في المقابل فإن دور الهرمون المنشط للحويصلة ليس معروفاً أو محدداً بشكل واضح عند التكور، لكنه يعمل بشكل عام على تحفيز عملية إنتاج الأمشاج (الحيوانات المنوية) وإنتاج الهرمون المسمى أمين Inhibin ، وتعمل هرمونات الذكورة على تكوين الأعضاء التناسلية الذكرية داخل الرجب كي تساعد على ظهور وبقاء الصفات الذكورية الثانوية، مثل: خشونة الصوت والساعد في تكوين الكتلة العضلية والعظمية، وظهور الرغبة الجنسية والأداء الجنسي لدى الرجال^{١٥}. أما لدى الإناث فتختلف كثيراً، حيث يعمل المبيضان الموجودان على جانبي الرحم على إنتاج البويضات وإفراز الهرمونات الجنسية الإستروجين والبروجسترون). وهذه العملية تتم بترتيب دقيق ومحكم بين تحت المهاد المخي والغدة النخامية والمبيض لتنظيم عملية الطمث أو ما يعرف بالدورة الشهرية المراد في البداية يعمل الهرمون المنشط للحويصلة على نمو الحويصلة التي تحتوي على البويضة داخل المبيض وعلى إفراز الإستروجين منها بعدها يستحث الهرمون اللوني عملية التبييض وأفرز البروجيستيرون من الجسم الأصفر حيث تتحول الحويصلة بعد خروج البويضة إلى الجسم الأصفر) وتعمل الإستروجينات على تكوين وبقاء الأعضاء الجنسية الأنثوية والصفات الأنثوية الثانوية ، و تساعد هذه الهرمونات بالتعاون مع البروجستيرون على تنظيم دورة الطمث ونمو الثدي والرحم، وكذلك على استمرار الحمل^{١٦}. وإن أي خلل في إفراز هذه الهرمونات يؤدي إلى اضطرابات في وظائف الغدد التناسلية الرئيسية الخصيتين والمبيض^{١٧}، وهذا يرجع إلى عدة أسباب:

أ- فرط إفراز غير طبيعي لهرمونات الذكورة للأنثى تؤدي إلى اشتباه أعضائها الأنثوية الخارجية وتضخمها لتشابه الذكر على قمة هذه الأسباب هو نقص أنزيمات الغدة الكظرية بعدم اكتمال إفراز الهرمونات الذكرية لنقص في الغدة النخامية أو في الخصية أو في مدى استجابة الأنسجة الخارجية يؤدي إلى صغر في الأعضاء الذكرية، يؤدي إلى اشتباه هذا الذكر بالأنثى. إن تعاطي الأم بعض الأدوية التي تحتوي على هرمونات أثناء فترة الحمل يمكن أن يؤثر على تكوين الجنس المخي للجنين.

و لا شك أن حدوث خلل في الهرمونات ، سيؤدي إلى خلل الأعضاء التناسلية ، وبالتالي اضطراب في شخصية الإنسان.

المطلب الثاني

أسباب التحول الجنسي

تزايد الكلام في الوقت الحاضر حول ظاهرة تحويل الجنس يسبب انتشارها في معظم دول العالم وبخاصة الدول الغربية، ويكتنف الغموض حول أسباب انتشار هذه الظاهرة، وهو ما أكده المختصون لعلم الأمراض إن الأسباب التي تؤدي إلى تغيير الجنس غير معروفة، وإن إعراضها مازالت معتمة^{١٨}.

والسؤال ليس فقط محيرٍ إنما هو مهم لأن الجواب عليه ليس فقط بغرض إشباع الفضول العلمي لكن يسمح لنا بتقديم علاج فعال لهذا النوع من الشعور الوهمي بالمرض الجنسي، وقد ذكر الأستاذان Reid و Gooren، توضيحات حول تطور تغيير الجنس ، وقد وضعا تفسيراً للظاهرة يقوم على أساس عاملين ،

^{١٥} - د. احمد سمير عبد الحميد، الهرمونات الجنسية (أنواع ومصادر ووظائف محددة) ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت على الموقع الأتي :

<https://www.sehatok.com/symptomsanddiseases/2017/9/4> -

^{١٦} المصدر نفسه -

^{١٧} -مكرلوف وهيبه ، مصدر سابق، ص ١٩ .

^{١٨} - مكرلوف وهيبه، مصدر سابق، ص ٢١

عوامل بيولوجية (الغموض الجنسي ، التطور العارض على الفرد ، اضطراب الغدد والهرمونات) ، وعوامل نفسية.

أولاً : العوامل البيولوجية

تطور التخليق إلى رجل أو امرأة هو تطور له مرحلة مزدوجة، في كل مرحلة هناك خطر عدم انتظام التطور المستمر و العادي عندما يكتمل التركيب الكروموزومي ، المنسل يتحول إلى خصية أو مبيض بعدما تتكون الأجهزة التناسلية الداخلية متبوعة بتكوين الأجهزة التناسلية الخارجية و هذا في حوالي الأسبوع ١٩ و ١٧ للحمل ، و هناك احتمال أن يحدث اختلال في أي مرحلة من مراحل نمو الإنسان ، وقد يؤدي ذلك إلى وجود غموض جنسي ، فيصعب نسبتهم إلى نوع محدد وفقاً لنوعه التشريحي ، وبالتالي تؤدي إلى ضرورة تغيير جنسه بعد العلاج الطبي ، والعوامل البيولوجية هي:

أ-الاضطرابات في الغدد:

تقوم الغدد الجنسية (الخصيتان والمبيضان) و غدة الأدرينالين والغدة النخامية بوظيفة فعالة في تحديد الجنين الوراثي والتشريحي ، وإن أي خلل يصيب وظائف هذه الغدد يؤدي إلى اضطرابات في التكوين الجنسي والنفسي والسلوكي ، ينتج عنها غموض جنسي أو نفسي أو سلوكي ، ومن بين هذه الاضطرابات ، اضطراب الهوية الجنسية ويدخل ضمنه الرغبة في التحول إلى الجنس المقابل.

ب- مرض تطور الغدة التناسلية المختلط (XO - XY)

قصور الغدد التناسلية هو الاضطراب الناجم عن نقص أو عدم إفراز الهرمونات الجنسية من الغدد الجنسية المتمثلة في الخصيتين عند الذكور والمبيضين عند الإناث . ويُصنف قصور الغدد التناسلية إلى أولي مرتبط باختلال الغدد التناسلية ومركزي ينجم اضطراب مراكز الدماغ التي تسيطر على العدد التناسلية كالغدة النخامية والوطاء (غدة تحت المهاد) و تختلف العوامل النسبية لقصور الغدد التناسلية باختلاف نمطه : القصور الأولي : ناجم عن اختلال الغدد التناسلية (الخصيتين أو المبيضين) والمرتبطة بالعوامل التالية : التعرض للإشعاع الاضطرابات الجينية أو التطورية (متلازمة تيرار عند الإناث ومتلازمة كلا ينفلتر عند الذكور) ، و الاضطرابات ذاتية المناعة، والعدوى البكتيرية أو الفيروسية . ، وأمراض الكبد والكلية ، و الخضوع للجراحة، أما القصور المركزي : ناجم عن اختلال الغدة النخامية أو الوطاء والمرتبطة بالعوامل التالية : الاضطرابات الجينية، النزيف ، نقص التغذية . التعرض للإشعاع ، فقدان الوزن السريع والملحوظ (فقد الشهية العصبي)، الإصابة بداء التصبغ الدموي ، الأورام ، الخضوع للجراحة^{١٩} ...

ت- الاضطرابات الهرمونية.

الهرمونات الجنسية هي مواد تفرزها الغدد وهي التي تؤدي إلى تمييز جنس الطفل ، فإما يكون ذكر أو أنثى ، وفي حالة التوازن الطبيعي لهذه الهرمونات يتمتع الإنسان بهوية جنسية سوية ويكون جنسه محدد، أما في حالة حصول خلل في إفراز فيؤدي إلى اضطراب الهوية ، وكذلك الميول الجنسية ويجعل الاتجاه الجنسي مضطرباً وقد يكون بصورة دائمة^{٢٠}.

^{١٩} -- ينظر : قصور الغدد التناسلية وموجهة الغدد التناسلية، مقالة منشورة على الانترنت بدون ذكر اسم الكاتب ، منشورة على الموقع الآتي :

<https://www.altibbi.com> /تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٤/٢٠.

^{٢٠} مكرولوف وهيبه ، مصدر سابق ، ٣٥ . طارق حسن كسار، مصدر سابق، ص ٢١٩ .

ثانيا : العوامل النفسية

هناك العديد من الأسباب التي تهيء وتساعد على دفع الشخص إلى تغيير جنسه ،منها: تأثير المحيط الذي يعيش فيه ، وهذه الأسباب هي:

أ- التربية الخاطئة:

إن للتربية دوراً مهماً في تكوين شخصية الطفل منذ نعومة أظفاره فهو يكتسب الخصائص النفسية والاتجاهات والقيم والمعتقدات التي تعد مناسبة لجنسه ، وبالتالي يكتسب الطفل هويته الجنسية ، فإذا اتبعت الأسرة في تربية طفلها أساليب خاطئة كالتدليل الزائد والحرمان العاطفي والقسوة وعدم إشباع الحاجة النفسية للطفل تجد الطفل يتجه للانحراف السلوكي وحدث اضطرابات في هويته الجنسية.

كذلك قد يعتمد الوالدان أحيانا إلى معاملة الطفل الذكر بصيغة المؤنث ، فتقوم إأم إلى إلباسه ملابس الأنثى ، أو تلقيبه بالقاب مؤنثة في مناداته و تدليله وذلك يرجع إلى عدة اعتبارات وهي: قد يكون نتيجة عدم وجود فتاة في الأسرة.

الدلال الزائد فمجرد أن يطلب الابن ارتداء ملابس الفتيات فلا يتردد الوالدان في تحقيق ذلك. أو نظرا لكون الأسرة تتكون من إناث فقط وابن واحد فيعمد إلى تقليد الإناث في الملابس من دون مراقبة أو منع من قبل الوالدين.

وأحيانا تحمل بعض الأمهات شعور بالكرهية تجاه الذكور نتيجة لتجارب سابقة ، فيعملن على تربية الابن على أساس الكره تجاه أفراد جنسه ، وتعمل على جعل ابنها يميل إلى الإناث بشكل كبير.

التفرقة في المعاملة

قد يفرق الوالدان في معاملة الأبناء ، فيعامل الطفل بقسوة والبنت برفق وحنان وحب ، فيميل الطفل إلى التشبه بالبنات لا شعوريا لينال العطف والاهتمام والحب^{٢١} نفسه، مما قد يترتب عليه تولد رغبة في تحويل جنسه مستقبلا.

ب-توحد الطفل مع والده من الجنس الآخر:

تظهر في بعض الحالات علاقة وثيقة بين الطفل و الوالد من الجنس الآخر بحيث يكون الاتصال النفسي والجسمي بين الطرفين قويا إلى درجة متطرفة ، وتكون العلاقة من النوع الذي يصفه الوالد أنه " غير قابل للفصم "، فنقل فرصة الطفل للتوحد مع الوالد من ذات الجنس. ولتطوير سلوك الدور الجنسي المناسب ، و قد يؤثر هذا التوحد في ميوله و تكوين هويته، فالولد اللصيق بأمه بشكل كبير قد ينمو لديه شعور ليصبح أنثوي الهوية أو الميول..

ت -غياب أحد الوالدين:

^{٢١} - هانيا على الفقيه ، مصدر سابق، ص٤-.

تشير الدراسات إلى أن الأولاد الذين ينشئون في مرحلة ما قبل المدرسة في بيوت بدون آباء أو يغيب فيها الآباء لفترات طويلة تظهر لديهم ميول واتجاهات وتصرفات أنثوية ، فعندما لا يكون لدى الطفل المثل الجيد لمظاهر الرجولة أو حتى أم تعلمه - ولو نظريا - ما يفعله الرجال في شتى المواقف و الأحوال، وتغرس فيه الشعور بالقوة وشدة اليأس ، حيث وجد في السوابق العائلية وجد أن فكرة الأب الغائب الذي أهمل زوجته أو لم يكن موجوداً مع الطفل أو الأم هي المدافعة أو المتحفظة عاطفياً بنسبة ، Stoller أحيانا مكروه من قبل ابنه ، فيظهر هنا رسوخ بنية وجهين؛ وجود أمومة و مسح للأبوة، مسئولين بدرجات مختلفة لكن الصعوبة لاندماج هوية النوع المطابقة ليس للجنس البيولوجي فحسب، الذي لا يعني شيء كبير ، لكن للوظائف وأدوار المجتمع مفروضاً، مقررراً لهذا الجنس ، و بقطع النظر عن سبب هذا المرض يبقى أن هذا المريض قد تغيرت فطرته السليمة التي يستلزمها تركيبه الصبغي إلى حالة مرضية نفسية لا يستدعيها اختلاف في التكوين البيولوجي يجب علاجها عن طريق الطب الحديث المتوافق مع أعراف المجتمعات و تقاليده و ثوابته الدينية^{٢٢}.

ث- وسائل الإعلام: إن وسائل الإعلام على اختلافها لها الدور الكبير والأهمية البالغة في التأثير على نفسيات الأفراد ولاسيما الأطفال ، فكما أن أفلام العنف تولد العنف ، فإن عرض مشاهد فيها انحراف سلوكي ومخالفة الأعراف المجتمع يبني في نفوس الناس هذا الانحراف ويهدم كل القيم والتقاليد.

وان وسائل الإعلام حالياً تمثل دوراً مهماً ، وان قسم منها أخذت تنهج سلوك تدمير وتحطيم المثل والقيم والأخلاق ، وان من اشد انحلال الأخلاق هو الجنس ، وعرض السلوكيات الجنسية غير السوية ، كل هذا ساهم في ترويج عمليات تحويل الجنس التي لا تعدو كونها واحدة من صور الانحراف^{٢٣}

ج- الخطف والاعتداء بالخطف والاعتداء الذي يقع على الإنسان له أثر بارز على نفسية المجنى عليه ولاسيما الذكور ، لذلك نجده يرغب في تغيير جنسه لأنه ينتابه شعور بأنه أنثى وذلك لرغبة الرجال الشاذين به جنسياً^{٢٤}.

المطلب الثالث

التمييز بين التحول الجنسي و غيره من السلوكيات المشابهة له

هناك العديد من المصطلحات والمفاهيم التي تتداخل مع التحويل الجنسي، لذلك سوف نتناول التمييز بـ التحويل الجنسي والتصحيح الجنس ، ثم نتناول التمييز بين التحول الجنسي و الشذوذ الجنسي ، وفقاً للآتي:

أولاً : التمييز بين تحويل الجنس وتصحيح الجنس

قد يكون للشخص ميول مبررة لتغيير جنسه لا يمكن أن يطلق عليه وصف تحويل الجنس ذلك أن ما يقوم به إنما يقوم بذلك لمجرد الرغبة العابرة . وقد يتبادر إلى الذهن أن المشكلة تنتهي ببيان هذا الفارق بين المفهومين ، إلا أن هذا القول يجب استبعاده ، لأن تصحيح الجنس بحد ذاته وفق الوصف المذكور غير متفق عليه ، فهل إن تصحيح الجنس يشمل مرض اضطراب الهوية الجنسية وحالة الخنثى معا ؟ ولأجل

^{٢٢} - - مكرولوف وهيبية ، مصدر سابق ١٨٠

^{٢٣} - - عباس فاضل عباس ، تحويل الجنس البشري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بغداد ، ٢٠١٣ ، ص ٢٩

^{٢٤} عباس فاضل عباس ، المصدر نفسه، ص ١٩ . -

وضع حد فاصل بين تحويل الجنس وتصحيحه ، سنيين تعريف تصحيح الجنس والحالات التي تندرج ضمنها ، كذلك أوجه الشبه والاختلاف بين تحويل الجنس وتصحيحه.

ا- تعريف تصحيح الجنس.

التصحيح لغة من صحح ، وقد ورد الصح بالضم ، والصحة بالكسر ، والصاح بالفتح ، والثلاثة بمعنى ذهاب المرض ، ويقال صح فلان من علته إذا برى .^{٢٥}

أما اصطلاحاً فإن مصطلح تصحيح الجنس محل خلاف بين الفقهاء حول اللفظ الصحيح ، إذ لم تتفق كلمة الفقهاء عليه بعد ، وهو يؤثر الكثير من اللبس والغموض، فيرى البعض أن تصحيح الجنس حالة مرضية تخص مرضى اضطراب الهوية الجنسية والتي يصطلح عليها (transexualism) والمقصود به هو تشخيص يطلقه أطباء وعلماء النفس و الفزيولوجيون على الأشخاص الذين يعانون من حالة من عدم الارتياح أو القلق حول نوع الجنس الذي ولدوا به. وكان يعد تصنيفاً نفسياً ثم أزيل التشخيص من قائمة الأمراض العقلية والنفسية. لكن جميع المصادر كانت قديمة أو حديثة أقرت أن أسبابه بيولوجية كالتركيبية الجينية للأسنان أو البنية الدماغية المتعلقة بالتأثيرات الهرمونية على الدماغ في فترة التكوين الجنيني ما قبل الولادة. يصف هذا التشخيص المشاكل المتعلقة بكره الجسد وعدم الارتياح معه ويكون عقل المصاب بهذا الخلل مشحوناً بتغيير الجسد أو عملية تصحيح الجنس الجسدي ليتناسب مع الهوية الجنسية.^{٢٦}

بينما يعرفه آخرون بأنه شعور هذيانى ينتاب بعض الأشخاص العاديين في تكوينهم البدني بانتمائهم إلى الجنس الآخر ، أو هو الرغبة في تغيير الجنس والتي لا تكمن فقط بالنسبة للرجل أن يمثل دور المرأة ، وإنما في إن يكون من الناحية الجنسية امرأة والعكس صحيح.^{٢٧}

ب الحالات التي تندرج ضمن تصحيح الجنس.

ينضوي تحت هذه الحالات كل من تصحيح الجنس في حالة اضطراب الهوية الجنسية وكذلك حالة تصحيح الجنس في حالة الخنثي.

١- تصحيح الجنس في حالة اضطراب الهوية الجنسية.

إن مرض اضطراب الهوية الجنسية سبب رئيسي من أسباب تغيير الجنس وإذا رجعنا إلى الحياة العملية نجد أن هناك أشخاصاً أصبحوا نساء بعدما كانوا رجالاً والعكس صحيح.

حيث عرف اضطراب الهوية الجنسية أو ما يعرف باسم Gender identity disorder ، و يطلق هذا الاسم على من هم لا يجدون ارتياحاً في النوع الجنسي الذي ولدوا به سواء أكانوا ذكوراً أو إناثاً ، و هو أحد الأمراض النفسية التي قد يصاحبها خلل جيني يحدث للمريض عند التكوين ، ثم تكون نتيجة هذا الخلل أن

٢٥

محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس ، ج١، دار الهداية ، دون سنة الطبع ، ص٥٢٨
٢٦ - اضطراب الهوية الجنسية ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت، بدون ذكر اسم الكاتب ، على الموقع الأتي :-

<https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D8%B6%D8%B7%D8%B1%D8%A7%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%87%D9%88%D9%8A%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%86%D8%B3%D9%8A%D8%A9> بتاريخ ٢٥ / ٤ / ٢٠١٨

٢٧ - عباس فاضل عباس ، مصدر سابق، ص ٤١

يحاول المريض أن يتخلى عن جنسه سواء بالتغيير الخارجي، أو بإجراء جراحات تحويلية^{٢٨}. كذلك يوصف هو نزاع داخلي ينطوي على الانزعاج وعدم الرضا والقلق وعدم الراحة مع الجسم الذكوري أو الأنثوي، ومن الممكن أن يتداخل الأمر مع أوجه السلوك والعادات اليومية للمصاب بهذا الاضطراب مثل سلوكه داخل المدرسة أو العمل أو خلال الأنشطة الاجتماعية ، اضطراب الهوية الجنسية^{٢٩} هو الشعور بالقلق والضيق بسبب عدم وجود تطابق بين الجنس البيولوجي والهوية الجنسية وإذا كانت مهنة الطب هي علاج المرضى والتقليل من ألم المرض والمحافظة على حياة الإنسان ، وإذا كان هؤلاء مرضى ويعانون من آلام داخلية فمما هو المانع من علاجهم وإعطائهم حقهم بالعلاج كمرضى حقيقيين.

٢ تصحيح الجنس في حالة الخنثى .

في بعض الحالات يولد الإنسان ولديه عضوي الذكورة والأنوثة معا فهو ليس بذكر ولا بأنثى ولم تظهر هناك أي من العلامات التي يستدل بها إنه ذكر أو أنثى ومن تلك العلامات خروج اللحية فيكون بحكم الرجل أو عظم الثديها فيحکم بكونها أنثى عند ذلك^{٣٠}

والخنثى إما تكون غير مشكل هو الذي تتضح فيه علامات الذكورة والأنوثة فيعرف أنه رجل أو امرأة وهذا النوع إما أن يكون رجل فيه خلقة زائدة، أو امرأة فيها خلقة زائدة، ولذلك حكمة تكون على ما ظهرت عليه من علامات الذكورة أو الأنوثة^{٣١}.

أو تكون خنثى مشكل هو الذي لا تتضح فيه علامات الذكورة أو الأنوثة ولا يعرف أنه رجل أو امرأة أو هو الذي تعارضت فيه العلامات وهو ينقسم على ثلاثة أنواع:

نوع ليس له مخرج ذكر ولا فرج أنثى ولكن له لحمة ناتئة يبول منها. نوع له مخرج واحد فقط يخرج منه البول والغائط.

نوع ليس له مخرج نهائي لا قبل ولا دبر وإنما يتقيأ ما يأكله . ولا يمكن تصور تصحيح الجنس في حالة الخنثى إلا في صورتين، الأولى تصحيح جنس الخنثى قبل اتضاح حاله ، فيقوم الأطباء بالتدخل بالعلاج سواء كان ذلك بالأدوية المتمثلة بالهرمونات أو بالتدخل بالجراحة ، وهذه الحالة تحمل الكثير من المخاطر على حياة الإنسان والمتمثلة بعدم معرفة جنسه الحقيقي.

والحالة الأخرى هي التصحيح بعد اتضاح حاله ، فتظهر إحدى الإشارات والدلائل التي ترجح حالة الجهة الذكورة أو الأنوثة فيغلب الظن انتماءه لأحد الجنسين ومن ثم يتم التدخل بالجراحة ليتم تصحيح جنسه.

^{٢٨} -- مرض اضطراب الهوية الجنسية ، مقالة منشورة على الانترنت، بدون اسم الكاتب ، منشورة على الموقع الآتي :

٥١٦٣٤٢ . <https://www.almrsl.com/post> تاريخ الزيارة ٢٥ / ٤ / ٢٠١٨ .

^{٢٩} - اضطراب الهوية الجنسية ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت، على الموقع الآتي :-

<https://ellearabia.com/%D9%87%D8%B0%D9%87%D8%B5%D8%AD%D8%AA%D9%8A%D8%AD%D9%8A%D8>

تاريخ الزيارة ٢٥ / ٤ / ٢٠١٨

^{٣٠} - وليد عبدالله إسماعيل، الخنثى وإحكامها في الفقه الإسلامي ، مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية العدد ٢ ، المجلد ٤ ، السنة الرابعة ،

٢٠٠٩ ، ص ٩٩ .

^{٣١} -- مرزوق عبد الكريم ، مصدر سابق، ص ٢٢ .

ج- أوجه الشبه والاختلاف بين تحويل الجنس وتصحيحه

هناك أوجه عديدة يتشابه بها التحول الجنسي مع التصحيح الجنسي فضلا عن أن هناك اختلافات جوهرية بين المفهومين ولوضع حد فاصل بين معنى التحويل والتصحيح لجنس الإنسان سوف نوجزها بنقطتين:

١- أوجه الشبه بين تحويل الجنس وتصحيحه

يعد كلا من التصحيح والتحويل عملا طبيا يهدف الى تغيير جنس الإنسان وتحويله إلى غير الوضع الذي كان عليه سابقا ، ويتمثل ذلك بالتدخل جراحي وكذلك بإعطاء الهرمونات سواء الذكورية أم الأنثوية.

والعمل الطبي في كلتا الحالتين يقوم باستهداف الأعضاء التناسلية للذكر والأنثى ، فهو لاستهداف الأعضاء التي يشترك بها كلا الجنسين بل يهدف إلى إلغاء العلامات المميزة والخاصة بأحد نوعي جنس الإنسان.

الجنس إن عملية تحويل الجنس تكون بدون وجود أية ضرورة تستدعي ذلك ، أما في تصحيح لحالة الخنثى فهناك دواعي حقيقية تستلزم إجراء العمل الطبي كون الشخص يعاني من ازدواج

أوجه الاختلاف بين تحويل الجنس وتصحيحه الجهاز التناسلي.

في عملية تحويل الجنس يفقد الإنسان قدرته الإنجابية ، لكونه قد استأصل أعضاءه التناسلية سواء بالتحول من الذكر إلى الأنثى أو بالعكس ، أما في حالة التصحيح فإن القدرة على الإنجاب تزيد . الاضطرابات النفسية في حالة تصحيح الجنس لا وجود لها بل إن الشخص بإجراء عملية التصحيح يتخلص من سائر المشاكل الجسدية والنفسية ، أما التحول الجنسي فهو ناتج عن مرض نفسي وان عملية التحويل سيكون لها أثر كبير على نفسية المريض وقد تفاقم من حالته خصوصا إذا أراد العودة إلى جنسه الطبيعي^{٣٢}

ثانيا : التمييز بين تحويل الجنس والشذوذ الجنسي

كثيرا ما يقع تداخل بين مفهوم التحول الجنسي وغيره من المفاهيم القريبة عليه ، ومن هذه المفاهيم هو الشذوذ الجنسي حيث له العديد من الصور ، والسؤال الذي يطرح هل يعد التحول الجنسي جزءاً من الشذوذ الجنسي؟، وللتمييز بين ظاهرة الشذوذ و التحول الجنسي سوف نبين مفهوم الشذوذ الجنسي وكذلك نبين مدى تحقق التساؤل حول إمكانية اعتبار التحول الجنسي جزءاً وصورة للشذوذ الجنسي.

١ مفهوم الشذوذ الجنسي.

من خلال هذا المفهوم نحاول الوصول الى تعريف واضح للشذوذ وبيان صورته ، إذ نتناول في نقطتين الأولى لبيان تعريف الشذوذ الجنسي ، والثانية لبيان صور الشذوذ الجنسي.

أ- تعريف الشذوذ الجنسي

هو مصطلح طبي يستعمل لوصف حالة الشعور بإثارة جنسية تجاه أشياء وحالات لا تكون جزءاً من المنبهات الجنسية العادية^{٣٣} . وعلى هذا الأساس ان حالة الاثارة لدى الشخص ذكرا كان أم أنثى فإن

^{٣٢} -عباس فاضل عباس ، مصدر سابق، ص ٥٤ .

^{٣٣} -- المثلية الجنسية، مقالة منشورة على الانترنت، بدون اسم الكاتب ، على الموقع الأتي :

. https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B4%D8%B0%D9%88%D8%B0%D8%AC%D9%86%D8%B3%D9%8A تاريخ الزيارة ٢٦/٤/٢٠١٨ .

غريزته الجنسية تستثار ليس بسبب عوامل طبيعية كاجذاب أحد الذكور إلى أحد الإناث إنما لأسباب غير طبيعية كاجذاب رجل لرجل أو امرأة لامرأة. كذلك أورد البعض أن الشذوذ الجنسي هو تنبه الغريزة الجنسية وإطفاء الشهوة بصورة غير طبيعية فهو يتمثل في ظلال الشهوة وانحرافها ، وإذ إن القوى الجنسية تتنبه بغير المنبه الطبيعي أي بغير جماع بين الرجل والمرأة فالشذوذ حالة غير طبيعية إذ يشترط في الجنس الطبيعي وجود دافع جنسي طبيعي وله هدف طبيعي ويتم إشباعه بطريقة طبيعية^{٣٤}

ب- صور الشذوذ الجنسي

لم تقتصر الحالات غير السوية على صورة واحدة إنما تعددت والبعض منها إن لم يكن أغلبها كانت منذ آلاف السنين موجودة بل كانت على نطاق أوسع مما نجده اليوم فمن هذه الصور اللواط، والسحاق، والسادية، والشذوذ مع الحيوانات، وزنا المحارم، والعديد من هذه الصور لذلك سوف نتطرق إلى صورتين هما على درجة صلة قوية بموضوع البحث وهما: اللواط، والسحاق^{٣٥}.

اللواط : يعرف اللواط بأنه الوطء في دبر الذكر. كذلك يعرف بأنه إتيان الرجل رجلا مثله ينكحه كما تتكح الأنثى فقال سبحانه وتعالى على لسان لوط (إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل انتم قوم مسرفون)^{٣٦}، وان الدافع إلى هذا الفعل هو حب الشهوة والميل إلى نفس الجنس انحرافا عن الفطرة السليمة التي يخلق عليها الإنسان.

السحاق : هو إتيان المرأة المرأة ، ويعرف كذلك بأنه الإثارة الجنسية التي تتم بين امرأتين بالعبث بالأعضاء الجنسية ، فهي تعد منافية للطبيعة الإنسانية وحالة شاذة عن الطريق الطبيعي لإشباع الغرائز الجنسية للإنسان.

ثالثا : مدى اعتبار تحويل الجنس صورة من صور الشذوذ الجنسي بعد أن بينا مفهوم الشذوذ الجنسي تبين إنها ظاهرة موجودة في كل المجتمعات ، وإنها ظاهرة لا تعد حديثة فهي موعلة في القدم، إلا أنها في الآونة الأخيرة أخذت تتطور مع تطور الطب وأصبحت تجارة يروج لها ، وما ظاهرتنا التحول و الشذوذ الجنسي الإ وجهان لعملة واحدة، وذلك للأسباب الآتية :- إن الحالة النفسية التي يعاني منها الراغب في تغيير جنسه لا تشكل سوى انحراف إرادي ، فالعملية لا تستدعيها الخلقة الطبيعية للشخص و هذا بخلاف غيرها من العمليات الضرورية كإصلاح تشوه في الوجه مثلا حيث يعاني من ضغوط نفسية ليست داخلية فحسب و إنما اجتماعية تدفعه إلى هذا السلوك.

٢_ إن الدور الجنسي الذي يقوم به المتحولون جنسيا يتفق تماما مع الدور والنشاط الجنسي الذي يقوم به الشاذون جنسيا ، ذلك إن الذكر الذي يجري عملية تحويل لجنسه يكون قد فقد نهائيا قدرته على الممارسة الجنسية كالذكور وبالتالي فإن الدور الجنسي الذي سيمثله يتمثل بالمثلثية الجنسية ، فيرضى بما ترضى به النساء إلا أن المرأة خلقت لهذا وهو لم يخلق له ، ومن جانب آخر فإن المرأة التي تجري عملية تحويل لجنسها فإنها تحاول بذلك عبثا تمثيل الدور الجنسي للذكور ، وما تقوم به ما هو إلا لإرضاء رغباتها الشاذة وميلها المنحرف". إن عملية تحويل الجنس ليست الغاية مقصودة بحد ذاتها في أغلب الأحيان إنما قد يكون القصد من ورائها أن يتم الزواج المثلي بين الشاذين جنسيا .

^{٣٤}- عباس فاضل عباس ، مصدر سابق، ص ٥٦ -

^{٣٥}- أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي ، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، الجزء ٢ ، دار الفكر - بيروت ، ١٩٩٤ ، ص ٣٢٢

^{٣٦}- سورة الأعراف ، الآية ٨١ .-

٤- إن الحكمة من الزواج هي حل المتعة على الوجه المشروع والنسل ، وإن عملية التحول الجنسي والشذوذ كلاهما لا يحققان هذه الغاية لأنهما يفقدان القدرة على الإنجاب.

المبحث الثاني

الموقف من عمليات التحول الجنسي

يعد الحق في السلامة الجسدية وحق اختيار الهوية الجنسية من الحقوق الأساسية للإنسان التي أقرت بها المعاهدات والمواثيق الدولية، ومنها ينبثق العديد من الاختيارات والمفاهيم المختلفة المتعددة، ومنها حقوق المتحولين جنسياً ، كذلك على النطاق الوطني فإن الموقف من التحول الجنسي مختلف من دولة إلى أخرى بين مقر لحق الإنسان بتغيير جنسه وبين رافض ومجرم لها ، لذلك سوف نتناول كلاً من موقف التشريعات الوطنية من التحول الجنسي و موقف المواثيق والاتفاقات الدولية والإقليمية ، وكما يأتي:-

المطلب الأول : موقف التشريعات الوطنية من حق الإنسان في التحول الجنسي

المطلب الثاني : حق الإنسان في التحول الجنسي في الوثائق والاتفاقيات الدولية

المطلب الثالث : حق الإنسان في التحول الجنسي في الوثائق والاتفاقيات الإقليمية

المطلب الأول

موقف التشريعات الوطنية من حق الإنسان في التحول الجنسي

اختلفت التشريعات في مواقفها بين مؤيد ومعارض حول الإقرار بمشروعية تغيير الجنس خاصة في حالة اضطراب الهوية الجنسية ، و من هنا كان على بعض الدول التدخل بأحكام تشريعية للإقرار بمشروعية جراحة تحويل الجنس محددة ، وقرت نصوص قانونية صريحة ، وآخرون اقرروا عملية التحويل الجنسي بصورة ضمنية استناداً إلى نصوص قانونية التي تبيح الإخصاء أو العقم ، لذلك سنستعرض كل من التشريعات التي أقرت التحول الجنسي والتشريعات المجرمة له وكالاتي:

أولاً : التشريعات التي نظمت عمليات تحويل الجنس

هناك عدد من التشريعات قد نصت صراحة على تنظيم عملية التحول الجنسي وأقرت قوانين بهذا الخصوص، وهناك دول لم تنظمها صراحة بل قامت بتنظيمها ضمناً من خلال معالجة آثارها.

أ القوانين التي أجازت التحول بنصوص صريحة.

تعد السويد من أولى الدول التي نظمت تشريعها جراحة تغيير الجنس بقانون خاص صدر في ٢١/٤ / ١٩٧٢م، والذي أصبح نافذاً في ١٨/٧/١٩٧٢، والمعدل بتاريخ ٣٠ / ٤ / ١٩٨٠ ، والذي وضع شروطاً من الواجب توفرها للموافقة على إجراء عملية التحول^{٣٧} وهي : في حالات الازدواج الجنسي النفسي الذي عرفته المادة ٨٨ من هذا القانون بأنه الشعور منذ الشباب بعدم الانتماء إلى الجنس المدون في الأوراق الرسمية، و الذي جرى سلوكه منذ وقت طويل على هذا الاعتبار، إذا ما انتابه شعور أو رغبة نحو

^{٣٧} -مكرلوف وهيبه، مصدر سابق، ص ٨١.

الجنس الآخر ، وإنه يمكن أن يمثل هذا الدور من الناحية الجنسية في المستقبل إذ أجاز له المشرع السويدي الانتماء إلى الجنس الآخر على أن تتوافر فيه جملة من الشروط و هي:

١- أن يكون من جنسية سويدية المادة (٣)

٢- ألا يكون متزوجاً المادة (٣)

٣_ أن يكون الطالب قد أتم الثامنة عشرة من عمره لكي يعتد برضائه المادة (١)

٤ أن يكون عقيماً أو غير قادر على الإنجاب لأسباب أخرى المادة (١)

٥- شعور أو رغبة بالانتماء نحو الجنس الآخر جرى عليه منذ وقت طويل مع إمكانه لعب هذا الدور من الناحية الجنسية في المستقبل المادة ١

٦- تقديم طالب تغيير الجنس طلب الحصول على ترخيص خاص سابق لإجراء التدخل الجراحي لتقويم أعضائه التناسلية لتتلاءم مع الجنس الآخر (المادة ٤) ، و عند توافر هذه الشروط تقوم هيئة إدارية عليا، بفحص طلبات تغيير الجنس وطلبات الترخيص، وتكون قراراتها قابلة للطعن فيها أمام القضاء الإداري (المادتين ٥ و ٦) ، أما في حالات تغيير الجنس في حالات الازدواج الجنسي العضوي الذي عرفته المادة الثانية من ذات القانون بأنه الشخص الذي يعاني من تشوهات في أعضائه التناسلية، تبلغ من الجسامة، درجة يثور معها شك حول انتمائه إلى جنس دون آخر ، فقد منحهم المشرع السويدي الحق في تقديم طلب كما سبق الذكر، دون اشتراطه لسن محدد، سواء بأنفسهم أو عن طريق وليهم أو وصيهم و أضاف شرطا للبالغين ١٢ سنة يلزم الحصول على رضائهم لصحة تغيير جنسهم المادة (٢)

إنه أباح التحول الإرادي لمجرد الإحساس النفسي بالميل للجنس الآخر دون أن يقتصر الأمر على غياب الأعضاء التناسلية لجنسه العضوي أو وجود تشوهات بهذه الأعضاء. وبذلك يكون المشرع السويدي قد وسع من نطاق الهدف العلاجي ليشمل الأمراض العضوية و النفسية. كما أن القانون الألماني^{٣٨} ، أقر بمشروعية تغيير الجنس بتاريخ ١٠ / سبتمبر / ١٩٨٠م و قد نص في مادته الثامنة على أن الذي يعاني من نوع الجنس الذي ينتمي إليه و لديه إحساس حقيقي بالميل إلى الجنس الآخر، أن يتقدم بطلبه بصفة رسمية بعد استيفائه الشروط الآتية:

١- إن يكون قد بلغ ٢٥ سنة.

٢- ألا لا يكون قد سبق له الزواج

٣- أن يكون فاقدا القدرة تماما على الإنجاب.

٤_ أن يبدي استعدادا لإجراء عملية جراحية لتصحيح أعضائه التناسلية بغية أن تكتسب مظهرا تتناسق مع الجنس الآخر

ومن الملاحظ على المشرع الألماني أنه لم يشترط الحصول على ترخيص مسبق لإجراء الجراحة على العكس من القانون السويدي ، و بهذا يكون هو أيضا قد وسع من نطاق الهدف العلاجي وأباح التغيير

^{٣٨}- عباس فاضل عباس ، مصدر سابق، ص ٨٣

الإرادي النفسي و العضوي ، و هذا يعني أنه أخذ بالمعيار النفسي كأساس و ضابط لتحديد الجنس، وله حق تقرير نوعه برغبته الشخصية.

أما القانون الإيطالي، فبدوره خصص قانوناً حول المسألة بتاريخ ١٤ / ٤ / ١٩٨٢ الذي يضم سبع مواد ، ما يميز هذا القانون أنه أعطى للقاضي صلاحية منح ترخيص مسبق للعلاج و لتغيير الحالة المدنية ، و من بين الشروط التي تطلبها المشرع الإيطالي ضرورة الحصول على ترخيص مسبق بقرار من المحكمة، و هذا بموجب المادة ٣ منه ، الذي يحق له بعد إجراء التغيير الجراحي للخصائص الجنسية له أن تمنحه المحكمة هوية جنسية تختلف عن تلك التي كانت مسجلة في شهادة ميلاده^{٣٩} . كذلك القانون الهولندي، فقد أجاز المشرع الهولندي عمليات تغيير الجنس بموجب القانون الصادر بتاريخ ١٤ / ٤ / ١٩٨٥ م ، للإفراد كافة سواء للمواطنين الهولنديين المولودين في هذا البلد أو في الخارج المقيمين و غير المقيمين في هولندا و كذا للأجانب المقيمين في هولندا لفترة لا تقل عن السنة و الحاصلين على رخصة للإقامة فيها كما يضاف إلى ذلك شروط أخرى تتمثل في أن يكون طالب التغيير غير متزوج و عدم قدرته على الإنجاب، و أن يرفق طلبه بتقرير شامل من الخبراء يبين فيه إذا كان خاضعاً أو لم يخضع لعملية جراحية لتغيير جنسه^{٤٠} .

و أيضاً القانون التركي أصدر قانوناً بهذا الخصوص في سنة ١٩٨٨ م ، حيث أقر تبديل الجنس في السجلات المدنية بشرط أن يثبت التقرير الطبي حالته التي تستلزم إجراء عملية تحويل الجنس ، كذلك احتوى القانون المدني بموجب قانون ٤٧٢١ الصادر عام ٢٠٠١ م على عدة شروط موضوعية لتحويل الجنس وهي:

- أن يكون الطالب بالغاً من العمر ١٨ سنة.
- ألا يكون متزوجاً.
- ألا يكون قادراً على الإنجاب بصفة نهائية.
- أن يكون تحويل الجنس ضرورياً من أجل صحته النفسية.
- أن يكون لديه الاستعداد الكامل للتحويل الجنسي وأن يكون مبيناً بتقرير صادر من قبل مؤسسة صحية.

ب القوانين التي أجازت التحويل ضمناً.

يمكن القول إن ثمة قوانين لم تتعرض صراحة لهذه العمليات، و لكنها تناولت الآثار القانونية المترتبة على عملية التحويل الجنسي ، فعلى الرغم من أنها لم تتناول صراحة تنظيم هذا الموضوع إلا أنها اتجهت ضمناً نحو إقرارها ، فهذا الصمت التشريعي لا يعني الرفض التام لهذه العملية . ففي كندا يوجد قانونان حديثان نصا على جواز تعديل الحالة المدنية لمن غيروا جنسه م و هما : ١ -قانون كولومبيا البريطانية : قررت أن الشخص غير المتزوج و الذي أجرى عملية تغيير لجنسه يمكنه أن يقدم طلباً لمدير مصلحة الحالة المدنية لتغيير البيان المتعلق بجنسه في شهادة ميلاده، شرط أن يرفقه بشهادة طبية من الجراح الذي أجرى العملية الجراحية.

٢ -قانون ألبرتا : يشبه إلى حد كبير قانون كولومبيا، فيما عدا أنه لم يتطلب أن يكون المغير لجنسه غير متزوج . أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن الشروط الواجب توفرها هي تلك التي تقوم المستشفيات

^{٣٩} -مكرلوف وهيبه ، مصدر سابق، ص ٨٣.

^{٤٠} -مكرلوف وهيبه ، مصدر سابق، ص ٨٤.

بوضعها وتراها مناسبة لإجراء عملية التحول الجنسي ، ومن بين تلك الشروط أن يكون الشخص قد عايش مهنيا واجتماعيا الجنس الذي يريد التحول إليه لمدة طويلة لكي تثبت أهليته ، كذلك أن يكون قد بلغ من العمر (٢١) سنة ، وأن يكون مواطنا أمريكيا له سجل قضائي نظيف وألا يكون مرتبطا بأي علاقات مالية ،

ومن الأمثلة على ذلك:

١- ولاية تينيسي: فإنها وسعت من سلطة" مسجل الولاية لإحصائيات المواليد فيما يخص تغيير الحالة و تقبل أكثر طلبات تغيير الجنس من تصحيح الحالة و هذا يعني أن الاختصاص الإداري لضابط الحالة المدنية قيد من صلاحية التدخل القضائي.

٢- ولاية ايلينوى : قانون ايلينوى للصحة العامة لسنة ١٩٧٢ م يعالج بالمقابل بموجب شهادة الجراحة الذي أجرى عملية تغيير الجنس تؤدي إلى تغيير البيان المتعلق بالجنس في شهادة الميلاد.

٣- في ولاية نيويورك فقد كان لها موقف مختلف، ففي بداية الأمر تم تقديم طلب من شخص غير جنسه استنادا إلى المادة ٢٠٧ / ١ من قانون نيويورك للصحة العامة لمنحه شهادة ميلاد جديدة لا يشار فيها إلى تدخل جراحي، و لكن الإشارة إلى جنسه الجديد. بصفة عامة، فإن التشريعات السالف ذكرها سواء التي نظمت عمليات تغيير الجنس أو ضمنا، رغم أنها أصدرت قوانين خاصة بهذا النوع من الأعمال الطبية المتعلقة بتغيير الجنس إلا أنها أعطت صلاحية للمحاكم للتدخل أكثر أمام مرونة القانون إلى درجة أنها أصبحت مسألة حق للقضاة أكثر من حق القانون" ، كذلك فإن طبيعة النظام السياسي في الدول سالف الذكر تعتمد نظاماً يقوم على إعطاء مطلق الحرية للفرد للتصرف وفق إرادته ، لذلك لا نرى تأثيراً للسلطة إلا في أضيق الحدود.

ثانيا : التشريعات الراضية لعمليات التحول الجنسي على الرغم من أن هذا النوع من العمليات قد انتشر في أغلب الدول الغربية إلا أن بعض النظم منعت إجراء عمليات تحويل الجنس و قامت بإخضاع الطبيب إلى المسألة الجنائية و المدنية نذكر منها إيطاليا سابقا، فرنسا، إنجلترا، الأرجنتين. ففي إيطاليا قبل صدور قانون ١٤ / ٤ / ١٩٨٢ ، كان هنالك حظر لعمليات تحويل الجنس سواء جنائيا أم مدنيا ، فكانت تطبق أحكام المادة ٥٥٢ من قانون العقوبات الإيطالي والتي تعاقب بالحبس لمدة تتراوح ما بين ٦ أشهر وستين وغرامة من ٨٠٠٠ إلى ٤٠٠٠٠ ليرة ، بحق كل من اقترف أفعالا من شأنها أن تفقد الشخص الذي وجهت إليه القدرة على الإنجاب حتى وإن كان العمل الطبي برضاه ، وتوقع نفس العقوبة من رضي بإجراء هذه الجراحة ، أما من الناحية المدنية فإن المادة الخامسة من القانون المدني الإيطالي تمنع كل اتفاق يترتب عليه انتقاص خطير ومستديم ، بسلامة الجسم . وفي فرنسا فإن المشرع الفرنسي، لم يقم بتنظيم عمليات تحويل الجنس من خلال تشريع خاص به، كما لم يعترف القضاء الفرنسي إلا بالجنس الذي ولد عليه الشخص عند الميلاد، ولم يعترف إلا بالجراحة التي تكشف عن الجنس الحقيقي للشخص الذي ولد عليه، ورفض كل الجراحات التي يجريها الشواذ أو المترجلات، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في عام (١٩٨٧ م) برفض تغيير الجنس، وعدم ترتيب آثاره لأن التغيير تم نتيجة لحالة نفسية، مما يجعله تغييرا إراديا دون دواع طبية، لأن المغير لجنسه نتيجة للعامل النفسي، أو تناول بعض الهرمونات فإن كان قد فقد بعض صفات جنسه الأصلي، إلا أنه لم يكتسب صفات الجنس المقابل.

ومن الناحية الجنائية، كانت تطبق نص المادة ٣١٦ من قانون العقوبات الخاصة بجريمة الخشاء و لا يعني رضا صاحب الشأن الطبيب من المسؤولية ، وكانت الأسباب لرفض القضاء الفرنسي لهذا النوع من الجراحات في هذه الحقبة الزمنية هو التضرع بمبدأ عدم المساس بحالة الأشخاص وإن عمليات التحول الجنسي تحدث تغيرات اصطناعية في جسد الإنسان ، أما من الناحية المدنية فهناك مبدأ حرمة جسم

الإنسان، و من ثم لا يجوز تعريضه لعمليات جراحية غير مضمونة النتائج وتنطوي على قدر من المخاطر. أما إنجلترا، فالملاحظ أنه لا يوجد أي اعتراف بعمليات تحول الجنس ، فسجلات الولادات و شهادة الميلاد لا يمكن أن يتم تغييرها لكن المحولين لجنسهم يمكن لهم أن يغيروا أسماءهم وألقابهم، و في إنجلترا يعتد بالجنس البيولوجي فقط. أما موقف القانون الأرجنتيني فلم يقيم بتنظيم عملية تحويل الجنس بقانون حيث إدانة المحاكم طبيب يدعى ريكاردو سان مارتان بالحبس لمدة (٣)سنوات بتهمة الضرب والجرح العمدي لأنه قام بإجراء عملية تحويل الجنس على شخص له شذوذ جنسي يبلغ (١٢) سنة فتضرع الطبيب بان له سرطان القضيب وهناك حالة ضرورة ، وهذه الدفوع رفضت وتم لوم الطبيب على أنه أخذ برضا معتوه ، حيث اعتدوا بالمعيار الكروموزمي لتحديد الجنس وأكدوا انه لا يمكن لأي عملية أن تحول ذكر إلى أنثى ، وهذا القرار تم تأييده من المجلس ، و من خلال ما سبق يتبين أن الأرجنتين هي من بين الدول التي لم تقر عمليات تغيير الجنس لسبب نفسي و كان على رعاياها إجراء العمليات في دول أخرى للاعتراف بجنسهم الجديد.

المطلب الثاني

حق الإنسان في التحول الجنسي في الوثائق والاتفاقيات الدولية

لقد أصبح الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في عام ١٩٤٨م القاعدة الأساسية والمرجع الرئيس للحقوق والحريات، وعلى الرغم من انه في البداية اعتبر مجرد إعلان لا يتمتع بأي صفة إلزام الأشخاص القانون الدولي إلا أنه اكتسب قيمة أدبية كبيرة فلا يستطيع أحد من الدول أن تشذ عنه ، فهو أساس لما تبعه من الجهود والاتفاقيات الدولية التي تخص حقوق الإنسان ، وما صدور العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية إلا ثمرة نجاح الإعلان العالمي، ومن ثم تشكيل الشرعية الدولية لحقوق الإنسان.

إن الانتهاكات التي تعرض لها الانسان خصوصا في الفترة الممتدة بين الحرب العالمية الأولى والحرب العالمية الثانية شهدت انتهاكات جسيمة ضد حقوق الإنسان ، الا أنه على الرغم من التطور الحاصل في مجال احترام حقوق الانسان إلا أن هناك فئات لا زالت تتعرض إلى انتهاكات جسيمة تصل إلى حد التعرض للقتل نتيجة ميولهم الجنسية^{٤١}، حيث إن الثقافة الراسخة في الكثير من المجتمعات هي ثقافة عدائية ضد المتحولين جنسيا و التي يقابلها في الأغلب انعدام الحماية القانونية اللازمة ضد التمييز الذي تتعرض له هذه الفئة ، فضلاً عن ذلك فإن أكثر من قانون (٧٦)دولة يجرم العلاقات الخاصة الرضائية بين الجنس الواحد وفي خمس دول على الأقل تصل العقوبة إلى الإعدام^{٤٢} . ان كل ما تعرض ويتعرض له المتحولون جنسيا لا يتطلب إيجاد مجموعة جديدة من الحقوق المخصصة بهم ولا تتطلب إنشاء معايير جديدة لحقوق الإنسان حيث إن حقوق الإنسان الخاصة بالمتحولين جنسيا راسخة في القانون الدولي لحقوق الانسان استنادا إلى الاعلان العالمي لحقوق الانسان والمعاهدات الدولية التي تمت الموافقة عليها بعد ذلك فقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضاً بروح الإخاء) " ، وحيث إن جميع حقوق الإنسان هي حقوق عالمية و مترابطة و غير قابلة للتجزئة ، لذلك يعد التوجه الجنسي وهوية النوع جانبيين جوهريين في كرامة كل شخص وإنسانيته ولا يجوز اتخاذهما أساساً للتمييز أو الإساءة ، فلا يجوز الانتقاص من

^{٤١} - مكتب المفوض السامي لحقوق الانسان ، مكافحة التمييز القائم على الميول الجنسية والهوية الجنسية، مقالة منشورة على الانترنت على الموقع الاتي . <http://www.ohchr.org/AR/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx> : تاريخ الزيارة ٢٠١٨/٤/٢٦.

^{٤٢} - مركز هارد و لدعم التعبير الرقمي ، مصدر سابق، ص ٧ . - المادة (١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨

كرامة الإنسان بسبب إنتمائه الى توجه جنسي ثالث ، فالإعلان جاء بمبادئ عامة لم يخصها بفئة دون أخرى او جنس او لون أو دين فهي تخاطب كل من يحمل صفة إنسان وأي تفسير يضيق من مفهومها او يحدد نطاقها يعد مخالفا للقانون الدولي لحقوق الانسان ، حيث ان لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان دونما تمييز من أي نوع، ولا سيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسيا وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر. وفضلاً عن ذلك لا يجوز التمييز على أساس الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي للبلد أو الإقليم الذي ينتمي إليه الشخص، سواء أكان مستقلاً أم موضوعاً تحت الوصاية أم غير متمتع بالحكم الذاتي أم خاضعاً لأي قيد آخر على سيادته .

كذلك أكد الإعلان العالمي في مواده على منع التعذيب أو إيقاع العقوبات القاسية أو اللاإنسانية، فتعرض المتحولون الجنسيون في العالم بصورة عامة والدول العربية بصورة خاصة و مستمرة إلى الإذلال ففي مصر ليس هناك تفريق بين المثلية الجنسية والمتحولين الجنسي ولذا يتم إحالتهم إلى القضاء بتهمة ممارسة الرذيلة، أما في السعودية فوضع المتحولين جنسيا لا يختلف كثيرا عن مصر فقد تعرض متحولون جنسيا من يحملون الجنسية إلباكستانية الى التعذيب حتى الموت على يد الشرطة عندما أُلقت القبض عليهم برفقة مجموعة من الأشخاص. والحفاظ على الكرامة لا يمكن تصوره بدون الحفاظ على حياة الإنسان ، حيث إن لكل فرد الحق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه ، حيث لايجوز أن يعاقب الإنسان بالإعدام لمجرد توجهه الجنسي أو بسبب تغيير جنسه ، لذلك على الدول أن تقوم بإلغاء عقوبة الإعدام بحق مغير جنسهم ، وكذلك أن تمنع الجماعات التي تتغاضى عنهم في استهداف هذه الفئة . كذلك نص الإعلان العالمي على حق الإنسان في التمتع بالشخصية القانونية ، وهي تعد من أهم العراقيل التي تواجه المتحولين جنسيا ، فتغيير الاسم وتصحيح الجنس في السجلات المدنية وكيفية معاملتهم أمام القضاء كل ذلك يعد من العراقيل التي تضيع الكثير من حقوقهم ، لذلك على الدول ان تقوم بكفالة منح جميع الأشخاص الشخصية القانونية^{٤٢} في الأمور المدنية بدون تمييز على أساس التوجه الجنسي أو هوية النوع، وكذلك منحهم فرصة ممارسة هذه الشخصية، بما في ذلك حق إبرام العقود وإدارة الممتلكات وتملكها، وحيازتها (بما في ذلك عن طريق الميراث، وتدبيرها، والتمتع بها، والتخلي عنها ، كذلك كفالة سريان الاعتراف بالتغييرات في وثائق الهوية في جميع السياقات التي يتطلب فيها القانون أو السياسة العامة تحديد هوية الأشخاص أو تصنيفهم حسب النوع الاجتماعي. والعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية جاء بمواد اكدت على حق الانسان في الحياة) وهو حق ملازم لكل إنسان ، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفا) . كذلك أكد على عدم أخضاع الإنسان للتعذيب والمعاملة المهينة لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحط من كرامته ، وعلى وجه الخصوص، لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر " ، فحرمة جسد الإنسان لها أهمية قصوى مهما كان جنسه ، فلا يجوز استهداف انسان بسبب ميوله الجنسي او بسبب تحويل جنسه ، كذلك فان أي مساس بجسد الإنسان حتى وإن كان عملاً طبيياً يجب أخذ موافقة المريض ومن ضمنها عمليات التي تخص التحول الجنسي لكل شخص الحق في حرية الاشتراك في الجمعيات والجماعات السلمية، وما يكون منها بهدف التظاهر السلمي، بصرف النظر عن توجهه الجنسي أو هويته النوع ويحق للأشخاص، بدون تمييز تشكيل جمعيات تقوم على التوجه الجنسي أو هوية النوع، ونيل الاعتراف بها، وكذلك الجمعيات التي

^{٤٢} - المادة (٦) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨.

توزع معلومات على الأشخاص من مختلف التوجهات الجنسية والهويات النوع، أو عنهم، أو تسهل التواصل فيما بينهم^{٤٤}.

ولكل إنسان حق التمتع بحقوق الإنسان كافة دون أي تمييز بسبب التوجه الجنسي أو هوية النوع والناس جميعاً سواء أمام القانون، ولهم دون أي تمييز حق متساو في التمتع بحمايته دون أي تمييز من ذلك النوع سواء لحق ضرر بتمتعهم بأية حقوق إنسان أخرى أم لا، ويجب أن يحظر القانون أي تمييز من هذا النوع، وأن يكفل لجميع الأشخاص على السواء حماية فعالة منه، ويشمل التمييز بسبب التوجه الجنسي أو هوية النوع، أو استثناء، أو تقييد، أو تفضيل، يقوم على أساس التوجه الجنسي أو هوية النوع، ويكون من آثاره أو أغراضه توهين أو إحباط المساواة أمام القانون، أو التمتع المتساوي بحمايته، أو توهين أو إحباط الاعتراف أو التمتع المتساوي بجميع حقوق الإنسان الأساسية أو الممارسة المتساوية لها. ويمكن أن يترافق التمييز بسبب التوجه الجنسي أو هوية النوع مع التمييز لأسباب أخرى بل هو مترافق معها عادةً كالتمييز بسبب نوع الاجتماعي، أو العنصر، أو السن، أو الدين، أو الإعاقة، أو الوضع الصحي والاجتماعي.

وفي عام ١٩٦٩ م أقرت اتفاقية دولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري حيث عرفت التمييز العنصري بأنه أي (تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة)^{٤٥}، وان هذه الاتفاقية تفرض على جميع الدول المنظمة إليها أن تقضي على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المتحولين جنسياً، فلا يمكن تعطيل حقوق الإنسان بحق المغيرين لجنسهم بحجج وتلافيق غير مبررة إطلاقاً، وهذا ما أكدته المادة الخامسة من الاتفاقية حيث نصت على أن إيفاء للالتزامات الأساسية المقررة في المادة ٢ من هذه الاتفاقية، تتعهد الدول الأطراف بحظر التمييز العنصري والقضاء عليه بكافة أشكاله، وبضمان حق كل إنسان، دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الإثني في المساواة أمام القانون، لا سيما بصدد التمتع بالحقوق التالية^{٤٦}:

- أ- الحق في معاملة على قدم المساواة أمام المحاكم وجميع الهيئات الأخرى التي تتولى إقامة العدل.
- ب- الحق في الأمن على شخصه وفي حماية الدولة له من أي عنف أو أذى بدني يصدر سواء عن موظفين رسميين أو عن أية جماعة أو مؤسسة الحقوق السياسية، ولا سيما حق الاشتراك في الانتخابات - اقتراعاً وترشيحاً - على أساس الاقتراع العام المتساوي، والإسهام في الحكم وفي إدارة الشؤون العامة على جميع المستويات، وتولي الوظائف العامة على قدم المساواة.
- ت- الحقوق المدنية الأخرى، ولا سيما

١. الحق في حرية الحركة والإقامة داخل حدود الدولة.
٢. الحق في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده، وفي العودة إلى بلده.
٣. الحق في الجنسية.

^{٤٤} - المادة (٢٢) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ ..

^{٤٥} - نص المادة (١ / ف أ) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٩

^{٤٦} - نص المادة (٥) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٩.

٤. حق الزوج واختيار الزوج.
٥. حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع آخرين
٦. حق الارث.
٧. الحق في حرية الفكر والعقيدة والدين.
٨. الحق في حرية الرأي والتعبير.
٩. الحق في حرية الاجتماع السلمي وتكوين الجمعيات السلمية أو الانتماء إليها.

ث- الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولا سيما الحقوق التالية:

١. الحق في العمل، وفي حرية اختيار نوع العمل، وفي شروط عمل عادلة مرضية، وفي الحماية من البطالة، وفي تقاضي أجر متساو عن العمل المتساوي، وفي نيل مكافأة عادلة مرضية. حق تكوين النقابات والانتماء إليها.
 ٢. الحق في السكن.
 ٣. حق التمتع بخدمات الصحة العامة والرعاية الطبية والضمان الاجتماعي والخدمات الاجتماعية
 ٤. الحق في التعليم والتدريب
 ٥. حق الإسهام على قدم المساواة في النشاطات الثقافية .
 ٦. الحق في دخول أي مكان أو مرفق مخصص لانتفاع عامة الناس ، مثل: وسائل النقل، والفنادق، والمطاعم، والمقاهي، والمسارح، والحدائق العامة .
- وفي كانون الأول/ ديسمبر (٢٠١٠)، ألقى الأمين العام كلمة تاريخية في نيويورك بشأن مساواة المثليات والمثليين ومزدوجي الميل الجنسي ومغايري الهوية الجنسية مطالباً بعدم تجريم المثلية الجنسية على صعيد العالم، وبتدابير أخرى تعالج العنف والتمييز ضدهم وقال: "إننا " بوصفنا رجالاً ونساء نعمل بما تمليه علينا ضمائرنا نرفض التمييز بصفة عامة، والتمييز المستند على وجه الخصوص إلى الميول الجنسية والهوية الجنسية. وحيثما يكون هناك توتر بين الاتجاهات الثقافية وحقوق الإنسان العالمية فيجب أن تكون الغلبة للحقوق"^{٤٧}، وذكر الدول بالتزاماتها الدولية تجاه المتحولين جنسياً^{٤٨} وهي:-

- ١- حماية الأفراد من العنف القائم على معاداة المثليين وكراهية مغايري الهوية الجنسية ، والتي تشمل تجريم أفعال غير القانونية و الانتهاكات التي تطالهم ، كذلك القيام بتسجيل تلك الانتهاكات وتنظيمها بإحصائيات ، والتحقيق بالجرائم المرتكبة ضد المتحولين جنسياً وتقديم الجناة الى العدالة ، وتعويض المتضررين منهم .
- ٢- منع التعذيب والمعاملة القاسية واللاإنسانية أو الحاطة للكرامة، لاسيما أولئك المعتقلين بسبب ميولهم الجنسية او بسبب تغييرهم لجنسهم ، وإجراء التحقيق بحق الدول التي ترتكب انتهاكات ممنهجة ضدهم للوقوف على الواقع الحقيقي الذي يعيشونه.

^{٤٧}- المفوض السامي لحقوق الانسان ، مكافحة التمييز القائم على الميول الجنسية والهوية الجنسية، مقالة منشورة على شبكة الانترنت على الموقع الاتي . <http://www.ohchr.org/AR/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx> : تاريخ الزيارة ٢٧ / ٤ / ٢٠١٨

^{٤٨} . See: Navi Pillay office of the high commissioner, Sexual Orientation and Gender Identity in International - Human Rights Law, New York and Geneva, 2012, p 10.

٣- إلغاء القوانين التي تجرم التحول الجنسي ، وكل الإجراءات التي تهدف إلى الحط من كرامتهم وعدم إخضاعهم إجبارياً للفحوصات لتحديد الجنس.

٤- حظر التمييز على أساس الميول الجنسية والهوية الجنسية ، وذلك من خلال سن قوانين تتضمن حقوقهم، من خلال عدم التمييز في الحصول على الخدمات الأساسية بما في ذلك ضمان العمل والرعاية الصحية وتوفير التعليم .

٥- حماية حرية الرأي والاشتراك في الجمعيات والتجمعات السلمية لجميع المثليات والمثليين ومزدوجي الميل الجنسي ومغايري الهوية الجنسية ، فعلى الدولة ضمان هذه الحريات وأن أي قيد يرد عليها يجب أن يتفق مع القانون الدولي لحقوق الإنسان

ولا تزال الأمم المتحدة توعي دول العالم بضرورة احترام حقوق وحريات المتحولين جنسياً وبصورة ملحة، ففي ٢٦ تموز / ٢٠١٣ م أطلقت المفوضية السامية السابقة نافي بيلاي حملة إعلامية مصممة لإذكاء الوعي بالعنف والتمييز القائمين على كراهية المثليين ومغايري الهوية الجنسية وتعزيز احترام حقوق المثليات والمثليين ومزدوجي الميل الجنسي ومغايري الهوية الجنسية في كل مكان.

المطلب الثالث

حق الإنسان في التحول الجنسي في الوثائق والاتفاقيات الإقليمية

أثارت الإعلانات والاتفاقيات العالمية التي تخص حقوق الإنسان موجة مطالبة بالحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية وغيرها من الحقوق، وبالرجوع إلى مصادر نشوء هذه الوثائق الدولية فإنها تأثرت بغيرها من الإعلانات التي كانت تخص دولة معينة أو مجموعة من الدول ، ونتيجة للموقع الجغرافي المتقارب لعدد من الدول ظهرت العديد من الاتفاقيات التي تتخصص بمجموعة محددة من الدول كالميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب عام ١٩٨١ م ، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان عام ١٩٦٩ م ، والبلدان الأمريكية لمنع التعذيب والمعاقبة عليه عام ١٩٨٥ م ، والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠ م الاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب والمعاملة أو العقوبة اللاإنسانية أو المهينة عام ١٩٨٧ م ، المواثيق والاتفاقيات نصت على حق الإنسان في الحياة حيث نص الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان وواجباته إن لكل إنسان له الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه ، فلا يجوز سلب الإنسان من حقه في الحياة على أساس الجنس ، فأزهاق حياة المتحولين جنسياً يعد انتهاكاً صارخاً للاتفاقيات الإقليمية سواء كان ذلك من جانب الدولة أم من قبل جماعات أخرى ، فلا يجوز إعدام أي إنسان عمداً إلا تنفيذاً لحكم قضائي بإدانته في جريمة يقضي فيها القانون بتوقيع هذه العقوبة^{٤٩} .

وان تغيير الشخص لجنسه لا يعد سبباً للحط من كرامته ، فالكرامة الإنسانية مقدسة ويجب احترامها وحمايتها ، وإن الإنسان حر في اختيار الجنس الذي يريده طالما كان هذا بإرادته ودون ضغوط وتوفر الموافقة الطبية ، وعلى سبيل المثال على المتحولين والمتحوليات في أوكرانيا الراغبين في الاعتراف القانوني بهم الخضوع لتقييم نفسي إلزامي لمدة تصل إلى (٤٥) يوماً لتأكيد أو رفض رغبتهم بـ "تغيير الجنس".

^{٤٩} - نص المادة (٢ / ف أ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠

وقد تتضمن إجراءات مثل التعقيم بالإكراه و عدة فحوصات طبية التي غالبا ما تتطلب التزاما زمنيا طول المدى وتكاليف وسفر لا علاقة لكل ما سبق بالمتطلبات القانونية للإجراءات الخاصة بالاعتراف بتغيير الجنس حيث يكون هناك إضافة لما سبق تقييم شخصي مهين عبر لجنة حكومية للتأكد الإضافي من تشخيص تغيير" الجنس والسماح بالتغيير في الوثائق القانونية فشلت هذه الإجراءات في احترام الحق في الصحة، كما تُعرض المتحولين والمتحولات إلى معاملة غير إنسانية وتحط من قدرهم بشدة^{٥٠} ولا يخضع أي شخص للتعذيب أو للمعاملة أو العقوبة غير الإنسانية أو المهينة فمجرد إعلان الشخص عن عزمه تغيير جنسه لا يصوغ لجهة ما ان تخضعه للتعذيب لردعه ، أو إخضاعه للتعذيب إذا قام بتغيير جنسه فعلى الدولة ان تمتنع عن أساليب التعذيب والعقوبات المهينة للكرامة البشرية وكذلك ان تمنع أي جهة أخرى سواء كانت تابعة لها ام لا من ممارسة التنكيل والتعذيب ضد هذه الفئة.

ويعد حق تكوين الأسرة المنصوص عليه في العديد من الاتفاقيات الإقليمية حيث نص ميثاق الحقوق الأساسية في الاتحاد الأوروبي على أن (يكفل الحق في الزواج والحق في تكوين أسرة وفقاً للقوانين المحلية التي تحكم ممارسة هذه الحقوق)^{٥١} ، فمن حق المتحولين جنسيا في الزواج وتكوين الأسرة وتبني الأطفال ، إلا أن الواقع يشير إلى انتهاكات ضد هذه الفئة ففي سويسرا لا يسمح لهم في تبني الأولاد بصفة رسمية ويحظر عليهم، وبشكل واضح، جميع أنواع التبني ومع ذلك هناك آلاف الأطفال الذين يعيشون في أسر بات يطلق عليها تسمية قوس قزح"، للدلالة على أن أحد عنصرها مثلي أو مزدوجي أو متحولي الجنس^{٥٢} ، وهناك عدة دول أوروبية تعترف بحق التبني لأسر المتحولين جنسيا وهذه الدول هي الدنمارك، والنرويج، وأيسلندا، والسويد وهولندا، وبلجيكا، وانجلترا، وإسبانيا، والأرجنتين، وعدد من الولايات في أمريكا، وكندا، وأستراليا.

كذلك نصت الاتفاقيات الإقليمية على حق الإنسان في التجمع وإنشاء جمعيات للدفاع عن حقوقهم وحماية مصالحهم حيث نص الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب على أنه (يحق لكل إنسان أن يكون وبحرية جمعيات مع آخرين)^{٥٣} ، ومنها الجمعيات التي تعنى بحماية حقوق المتحولين جنسيا حيث تعد جمعية CO Nederland الهولندية من أبرز الجمعيات المدافعة عن حقوق المثليين والمتحولين جنسيا.

وكذلك في حالة حصول انتهاكات وتقييد للحريات وضطهاد ضد فئة معينة وخصوصا المتحولين جنسيا فلهم الحق بطلب اللجوء الى دولة أخرى تكون أكثر أمان وأكثر حرية ، وهذا ما نص عليه ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي بأنه يكفل) حق اللجوء بالاحترام الواجب لقواعد اتفاقية جنيف بتاريخ ٢٨ يوليو ١٩٥١م ، وبروتوكول ٣١ يناير ١٩٦٧ م الذي يتعلق بوضع اللاجئين وطبقاً للمعاهدة التي تنشأ المجتمع الأوروبي .

^{٥٠} - نيلا خوشال ، وكايل نايت ، الاعتراف القانوني بالمتحولين جنسيا ، مقالة منشورة على الانترنت على الموقع الأتي :

٢٨٥٨٢٧ . <https://www.hrw.org/ar/world-report/2016/country-chapters> / تاريخ الزيارة ٢٨ / ٤ / ٢٠١٨ .

^{٥١} - المادة (٩) من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي لعام ٢٠٠٠

^{٥٢} - ستيفانيا سومر ماتر ، حق التبني لأسر مثلي الجنس ، مقالة منشورة على الانترنت على الموقع الاتي :-

٣٤٩٠١٠٩٠ . <https://www.swissinfo.ch/ara> / تاريخ الزيارة ٢٨ / ٤ / ٢٠١٨ .

^{٥٣} - المادة (١٠) من الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب لعام ١٩٨١ .

الخاتمة

بعد أن انتهينا من البحث في الأساس القانوني لحق الإنسان في التحول الجنسي نجد أنه من الضروري بيان ما توصلنا إليه من استنتاجات وتوصيات وكما يأتي:-

أولاً : الاستنتاجات:

١. إن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان من جنسين ذكر وأنثى ، وجعل في كل منهما صفات تفرقه عن الآخر تماماً دون لبس أو غموض ، الا انه في بعض الحالات قد يولد الإنسان وهو مصاب بغموض جنسي او تشوه في الأعضاء التناسلية، مما يسبب غموضاً في تحديد جنسهم للذكورة أم الأنوثة.
٢. إن مسألة تحديد جنس الإنسان ليست مسألة اعتبارية إنما تخضع لعدة معايير طبية ، تقوم على أساسها تحديد نوع الجنس وبالتالي إجراء التحول الجنسي على أساسها .
٣. تتعدد الاسباب الدافعة نحو تغيير الجنس ، فبعضها قد يكون نتيجة اضطرابات في افراز الهرمونات والبعض الآخر قد يكون نتيجة حالة نفسية تتشكل جراء التربية الخاطئة او التعرض الى اعتداء كالإغتصاب
٤. أن أوجه المقارنة بين التصحيح الجنسي والتحول الجنسي أكدت على أن كلا المفهومين يتضمننا إجراء طبيًا بالجراحة، ويستهدف الأعضاء التناسلية للإنسان ، ويختلفون في ان التحول الجنسي لا يستند إلى وجود أية ضرورة تستدعي ذلك ، أما في تصحيح الجنس لحالة الخنثى فهناك دواعي حقيقية تستلزم إجراء العمل الطبي كون الشخص يعاني من ازدواج الجهاز التناسلي.
٥. هناك العديد من التشريعات الداخلية للدول التي أجازت التحول الجنسي وفق شروط وضوابط معينة تتضمن إجراء فحوصات سابقة لعملية التحول ، ومن الدول الأولى التي اعترفت بهذه الحقوق هي السويد، وهولندا ، وإيطاليا ، أما بالنسبة للتشريعات العربية، فلم نعثر على أي تشريع يتناول الموضوع لا بالحظر ولا بالإجازة.
٦. ان حق الإنسان في التحول الجنسي يجد سنده في الإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية ، التي تضمنت عدم التمييز على أساس الجنس وضمنت حق الحياة وعدم التعرض للتعذيب.
٧. إن الشريعة الإسلامية والاعتبارات المجتمعية تحرم الشذوذ الجنسي.

ثانياً : التوصيات:

- ١- نأمل من المشرع العراقي ان يقوم بإصدار تشريع ينظم الاحكام القانونية للتحول الجنسي وان يكون متفقاً مع قواعد الشريعة الاسلامية.
- ٢- توفير العناية الصحيحة اللازمة للمتحولين جنسياً ومن ضمنها العناية النفسية خصوصاً بعد إجراء عملية التحول لما لها من آثار نفسية كبيرة على نفسية الإنسان .
- ٣- التأكيد على ضرورة السماح بتغيير الوثائق القانونية سواء في السجلات المدنية أو غيرها ، وعدم وضع العراقيل أو منع من تصحيح سجلاتهم المدنية.
- ٤- ضرورة أخذ الأمم المتحدة الدور البارز في حماية المتحولين جنسياً وذلك من خلال إعداد اتفاقية من الحكام لحق الإنسان بالتحول الجنسي ، وأن تقوم بتوفير الآليات الكافية لحماية هذه الفئة.

قائمة المصادر

- اولا : الكتب
 ابراهيم الشرفاوي ، تثبيت الجنس وأثاره ، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الكتب ، ط١ ، القاهرة ، ٢٠٠٢م.
 ايوب ابن موسى الحسيني القريبي الكفوي، الكليات، معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ، مؤسسة الرسالة بيروت ، دون سنة الطبع .
 أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي، جمهرة اللغة ، ج ١ ، دار العلم للملايين ، ط١ ، بيروت ، ١٩٨٧
 أبو العباس احمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير ، ج٢ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، دون سنة الطبع
 أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي ، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ، الجزء ٢ ، دار الفكر - بيروت ، ١٩٩٤ .
 د. زهير احمد السباعي - د. محمد علي البار الطيب ، آدابه وفقه ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع ، ط١ ، دمشق ، ١٩٩٣
 محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس ، ج٦ ، دار الهداية ، دون سنة الطبع
 ثانيا : البحوث
 د. طارق حسن كسار ، مشروعية التحول الجنسي في الفقه الإسلامي، المجلد ٥ ، العدد ١ ، مجلة كلية التربية للعلوم الإنسانية ، جامعة ذي قار ، ٢٠١٥
 وليد عبدالله إسماعيل ، الخنثى وإحكامها في الفقه الإسلامي ، مجلة جامعة كركوك للدراسات الإنسانية العدد ٢ ، المجلد ٤ ، السنة الرابعة ، ٢٠٠٩ .
 ثالثا : الاطاريح والرسائل
 عباس فاضل عباس ، تحويل الجنس البشري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون - جامعة بغداد ، مكرلوف وهيبية ، الأحكام القانونية لنظام تغير الجنس ، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقياد - تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، ٢٠١٦ ، منشورة على الرابط الأتي-<http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/9014/1/Dmakrelouf.pdf>
 مرزوق عبد الكريم ، التغير الجنسي ، رسالة ماجستير ، جامعة د الطاهر مولاي سعيدة ، كلية ، منشورة على الرابط الأتي : https://pmb.univ-saida.dz/budspopac/doc num.php?explnum_id=964
 رابعا : الوثائق والإعلانات والمواثيق الدولية | الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨م.
 الاعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان لعام ١٩٤٨م.
 الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٠م. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦م.
 الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ١٩٦٩م.
 الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام ١٩٨١م.
 ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي لعام ٢٠٠٠م.
 خامسا : مواقع الشبكة الدولية للاتصالات (الانترنت)
 ١- اضطراب الهوية الجنسية ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت، بدون ذكر اسم الكاتب ، على الموقع الأتي :-
<https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D8%B6%D8%87%D8%B1%D8%A7%D8%A8%D8%A7%D8%B4%D9%87%D9%88%D9%8A%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%88%D8%B3%D9%8A%D8%A9>
 ٢- اضطراب الهوية الجنسية ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت، على الموقع الاتي:-

- على الموقع الأتي : ٥١٨٣٤٢ . <https://www.almrsl.com/post> ٧/ مرض اضطراب الهوية الجنسية ، مقالة منشورة على الانترنت ، بدون اسم الكاتب ، منشورة
- ٣-حسين العبدالله <https://algabas.com/165392> ، تغيير الجنس ، مقالة منشورة على الانترنت، على الموقع الاتي:
- ٤- مكتب المفوض السامي لحقوق الانسان ، مكافحة التمييز القائم على الميول الجنسية والهوية الجنسية مقالة منشورة على الانترنت على الموقع الاتي : <http://www.ohchr.org/AR/issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx>
- ٥- المثلية الجنسية ، مقالة منشورة على الانترنت، بدون اسم الكاتب، على الموقع الأتي : <https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B4%D8%B0%D9%88%D8%B0%D8%AC%D9%86%D8%B3%D9%8A>
- ٦-المفوض السامي لحقوق الانسان ، مكافحة التمييز القائم على الميول الجنسية والهوية الجنسية ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت على الموقع الاتي <http://www.ohchr.org/AR/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx>
- ٦ - نيلا غوشال ، وكايل نايت ، الاعتراف القانوني بالمتحولين جنسيا ، مقالة منشورة على الانترنت على الموقع الأتي : <https://www.hrw.org/ar/world-repor/2016/country-chapters> ٢٨٥٨٢٧
- ٧- ستيفانيا سومرماتر ، حق التبنى لأسر مثليي الجنس ، مقالة منشورة على الانترنت على الموقع الاتي :- <https://www.swissinfo.ch/ara/34901090>
- ٨ _ قصور الغدد التناسلية وموجهة الغدد التناسلية ، مقالة منشورة على الانترنت ، بدون ذكر اسم الكاتب ، منشورة على الموقع الأتي <https://www.altibbi.com>
- ٩ _ مركز هاردو لدعم التعبير الرقمي ، معاناة العبور الجنسي في مصر (بين رحي المجتمع والدولة) ، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الأتي: <http://hrdoegypt.org/wpcontent/uploads/2017/07/4%D8%AA%D8%B1%D8%A7%D9%86%D8%B3%D8%AC%D9%86%D8%AF%D8%B1.pdf>
- ١٠ - د. هانيا علي فقيه ، تحويل الجنس في النظام القانوني اللبناني ، بحث منشور على الانترنت، ٢٠١٨ ، ص ٣ ، منشور على الموقع الأتي: www.legallow.ut.edu.b/researchesView.aspx?opt&RuID=45&TYPE-PRINT
- مقالة منشورة على الانترنت، المبادرة المصرية لضمان الحقوق الشخصية ، ٢٠١٦ ، منشورة على الموقع الأتي : <http://hittoleler.ghress.com/release/2017/02/20170221>
- سادسا: المصادر الاجنبية
- 1_Navi Pillay office of the high commissioner, Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law, New York and Geneva, 2012.



International Standards for the Rights of Prisoners - Iraq as a Model

Salim Ezzedine Saeed ALSabawi

Dr. Suha Hamed Saleem Al-Juma'a

Ministry of Justice legal Affairs – Iraq

Assist. Prof
College of Law- University of Mosul- Mosul- Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 22 Jul., 2023
Accepted: 13 Aug., 2023
Available online: 31 Dec., 2023

PP. 179-202

© THIS IS AN OPEN ACCESS
ARTICLE UNDER THE CC BY
LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

Salim Ezzedine Saeed Al
Sabawi

Dr. Suha Hamed Saleem Al-
Juma'a

College of Law - Mosul
University

Mosul – Iraq

Email: salim82.y9@gmail.com

Abstract

The prisoner is a human being and must have the rights other individuals have. So the existence of prison in our contemporary life is an inevitable social necessity because the security of society is linked to preserving these rights and can only be achieved through the existence of these places. The international charts provided the necessary protection for the rights of the prisoner, through recommendations and approval of a set of international standards for the protection of the rights of the prisoner, which were monitored by the United Nations in the Standard Minimum Rules for the Protection and Rights of Prisoners for the year 1955, in order to rehabilitate and reform the prisoner and bringing him back to society as a normal person. Thus, the Iraqi legislation was keen to protect the rights of the prisoner in accordance with the requirements of the provisions of the Law of Reform of Prisoners and Depositors in force in Iraq No. (14) of 2018, which is compatible with international conventions and covenants, and its compatibility with international standards for the protection of the rights of the prisoner.

Keyword: Human rights, legal protection, prisoners, reform and education, international law



المعايير الدولية لحماية حقوق السجناء/ العراق نموذجاً



سالم عز الدين سعيد

الدكتورة سهى حميد سليم

أستاذ مساعد

كلية الحقوق، جامعة الموصل، الموصل، العراق وزارة العدل العراقية، الشؤون القانونية

المستخلص

ان السجن في أصله إنسان لا بد ان يتمتع بالحقوق التي يتمتع بها الأفراد، لذا فإن وجود السجن في واقعنا المعاصر ضرورة اجتماعية لا بد منها، ذلك لان أمن المجتمع هو مرتبط بالحفاظ على هذه الحقوق ولا يمكن تحقيقها الا من خلال وجود هذه الأماكن، كما وفرت المواثيق الدولية الحماية اللازمة لحقوق السجنين وذلك من خلال توصيات وإقرار مجموعة من المعايير الدولية لحماية حقوق السجنين التي رصدها الامم المتحدة في القواعد النموذجية الدنيا لحماية وحقوق السجناء لعام 1955م، وذلك من اجل تأهيل واصلاح السجنين وإعادةه الى المجتمع إنساناً سوياً. وبهذا حرصت التشريعات العراقية على حماية حقوق السجنين وفقاً لما تقتضي نصوص قانون اصلاح النزلاء والمودعين في العراق النافذ رقم(14) لعام 2018م وهي أن تكون متوافقة مع الاتفاقيات والمواثيق الدولية.

الكلمات المفتاحية: حقوق الإنسان، حمايه القانونية، السجناء، الإصلاح و التهذيب، القانون الدولي

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلّم البحث: 2023/7/22

تاريخ قبول النشر: 2023/8/13

تاريخ النشر: 2023/12/31

المجلد: (6)

العدد: (10) لسنة 2023م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution)

(CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام،

والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع

للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس

العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس:

سالم عز الدين سعيد

الدكتور سهى حميد سليم (2023)

المعايير الدولية لحماية حقوق السجناء

العراق نموذجاً

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

إن احتجاز السجناء داخل المؤسسات الإصلاحية هي سلوكيات انحرافية خارجة عن نطاق القيم والعادات والتقاليد المتعارف عليها في كل مجتمع, إذ تطلب تجربة وسياسة مناسبة لها, وهي لا بد من تدخل التشريعات الدولية بحقوق الإنسان لوضع أحكام تنظيمية في حماية حقوق السجناء, هذا ولقد تضمنت بعض الأحكام الخاصة بحقوق السجناء التي أعطت حقوقهم بشكل صريح ومنها القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي أصدرتها الأمم المتحدة لعام ١٩٥٥م, وهي لحفظ كرامتهم وإصلاحهم وعدم تمييزهم بين السجناء, وكذلك تضمنت التشريعات الداخلية في بعض موادها ما ينص على حقوق السجناء وأحكامها التنظيمية وهو ما التزمت به التشريعات العراقية الخاصة بحقوق السجين العراقي لاسيما قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لعام ٢٠١٨م النافذ في هذا الشأن, فالهدف الأساس من التنظيم القانوني لحقوق السجناء هي إعادة تأهيلهم أخلاقياً وأدبياً وفكرياً ومهنياً, لكي يتمكنوا بعد انتهاء مدة سجنهم من العودة إلى مجتمعهم أفراد صالحين ومفيدة له .

اولاً:- أهمية البحث

أهمية موضوع حقوق السجين أهمية واضحة بارتباطها المباشر بحقوق الإنسان وكرامته وما تمارسه بعض الدول في السجون من انتهاكات كالتعذيب والمعاملة اللاإنسانية, وهي مخالفة للمواثيق والاتفاقيات الدولية, التي تشكل الضمانة القانونية الأساسية لحقوق السجناء للحد من هذه الانتهاكات وهذا كله تماشياً مع الإصلاحات والأساليب التي تبناها المشرع العراقي من حيث الاهتمام بحقوق المسجونين والحفاظ على كرامتهم ومدى فاعليتها على مستوى المجتمع العراقي في الحد من الجريمة وفقاً للمواثيق الدولية للحقوق الإنسان التي يعد العراق طرفاً فيها .

ثانياً:- هدف البحث

يهدف البحث التعرف على أهم الحقوق المتعلقة بالسجين, والاهتمام بحقوق السجناء من خلال معاملتهم كأبي شريحة أخرى من المجتمع فهم جزء لا يتجزأ من حقوق الإنسان, إذ يتم توضيح الأهمية البالغة لهذه الحقوق في إصلاح وتأهيل السجناء, والخدمات الطبية الصحية, وحقه في الشكاوى والتقاضي, وحق السجين في التعليم, وحق السجين في العمل.

ثالثاً:- إشكالية البحث

تنصب الإشكالية الأساسية للبحث حول مدى قابلية قانون الإصلاح والمودعين العراقي رقم(١٤) لعام ٢٠١٨م في إقرار معايير دولية لحماية حقوق السجناء, وعلى مستوى مراعاة السجون لهذه المعايير ومدى التزامها بتوفير هذه المعايير لمعاملة السجناء داخل السجون أثناء تنفيذ العقوبة.

رابعاً:- منهجية البحث

سنعتمد في بحثنا هذا على المنهج التحليلي إذ إننا سنقوم بتحليل النصوص الواردة في قانون الإصلاح والمودعين العراقي النافذ رقم(١٤) لعام ٢٠١٨م, للاتفاقيات والمواثيق والمعايير الدولية بشأن حقوق السجناء .

خامساً:- هيكلية البحث

لوضع خطة محكمة لتغطية جوانب البحث كاملةً والإشكاليات التي تقدمها، وجب تقسيم بحثنا الذي بعنوان: المعايير الدولية لحماية حقوق السجناء/ العراق نموذجاً إلى مطلبين:-

المطلب الاول: مضمون المعايير الدولية الخاصة بحماية حقوق السجناء

المطلب الثاني: مدى مواءمة قانون إصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لعام ٢٠١٨ م النافذ للمعايير الدولية

المطلب الاول

مضمون المعايير الدولية الخاصة بحماية حقوق السجناء

من المعايير الدولية التي اهتم بها القانون الدولي لحقوق الإنسان بخصوص حماية حقوق السجين. ومنها القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء التي أصدرتها الأمم المتحدة لعام ١٩٥٥م، التي تكمن في الإدارة الحسنة والمساواة وعدم التمييز بين الحقوق من قبل المؤسسات الإصلاحية، وعدم استخدام القوة، وذلك من أجل تأهيل وتهذيب السجناء وانخراطهم فيما بعد إلى المجتمع. وبهذا قسمنا هذا المطلب إلى الفروع الآتية:-

الفرع الأول:- الادارة الحسنة للسجون.

الفرع الثاني:-المساواة وعدم التمييز بين السجناء

الفرع الثالث:- تأديب السجناء.

الفرع الرابع:- استخدام القوة.

الفرع الأول

الإدارة الحسنة للسجون

إن القانون الدولي لحقوق الإنسان ملزم لسائر الدول وموظفيها بمن فيهم مسؤولو السجون، لذلك ان حقوق الإنسان موضوع شرعي من مواضيع القانون الدولي والمراقبة الدولية، هذا فإن الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين ملزمون لمعرفة المعايير الدولية لحقوق الإنسان وتطبيقها .

أولاً:- مفهوم ادارة السجون: تتعلق ادارة السجون قبل كل شيء بتسيير السجناء والعاملين، والشخص الذي يتولى أمر السجن يطلق عليه عدة مسميات تختلف من دولة لأخرى، فقد يطلق عليه تسمية مدير السجن او مأمور السجن او مفتشاً او مشرفاً على السجن.

فالإدارة الحسنة للسجون، هي ان تحرص إدارة المؤسسات الإصلاحية في اختيار موظفيها، مع اختلاف مناصبهم بكل عناية، وذلك يتوقف على حسن ادارة السجن من معاملتهم الانسانية ونزاهتهم و جدارتهم واهليتهم الشخصية للعمل، وايضاً تسهر و تحرص ادارة السجون، بصورة دائمة على بث وتأكيد القناعة لدى موظفيها، والرأي العام على سواء، بأن هذه الوظيفة والمهمة هي خدمة انسانية و اجتماعية بالغة

الاهمية، و تحقيقاً لهذا الهدف هو ان تستعمل جميع الوسائل المتوافقة والمناسبة لتتوير المجتمع، وذلك من خلال تعيين موظفي السجون على اساس الكفاءة و النزاهة و العمل، بوصفهم أن يكونوا موظفين محترفين، وحسن سلوك و اللياقة البدنية،^(١) ويشترط أيضاً للعاملين في السجون ان تكون لهم حصة ونصيب من التعليم، لتقويتهم و تمكينهم من الاضطلاع بالتزاماتهم بطريقة مهنية، ويشترط أيضاً حصول الموظفين قبل دخولهم في خدمة السجون بتدريب، بما يناسب واجباتهم ويشترط أن ينجحوا في الاختبارات النظرية والعملية،^(٢) حيث يكون هذا التدريب على التشريعات و اللوائح والصكوك الدولية في تعاملاتهم مع السجناء، و تعليمهم أيضاً على الامن و السلامة، والاسعافات الاولية، في نهاية هذا التدريب، وتتكفل فيما بعد الإدارة السجنية للموظفين على دورات تدريبية أثناء الخدمة، لرفع قدراتهم المهنية في معاملة السجناء^(٣).

إذ يخصص لكل موظف في السجون في كل الأوقات، أن يعملوا وان يؤدوا اختصاصاتهم على نحو ان يجعل منهم قدوة حسنة وطيبة للسجناء ومكانة لاحترامهم،^(٤) كذلك يجب ان يحتضن موظفي السجون، على عدد من متخصصين كالأطباء للأمراض العقلية، و متخصصين في علم النفس، والباحثين الاجتماعيين، والمتدربين للمهارات المهنية،^(٥) ويجب أن يكون مسؤول ومدير السجن على نصيب من المهنية لأداء مهمته، من جميع النواحي، وأن يكون جميع وقته لعمله الرسمي في السجن، وان تكون اقامته داخل السجن، او قريب منه، لكي يتم الإشراف على السجن في اي وقت، ويجب ان يكون مدير السجن و مساعده قادرين على تكلم لغة معظم السجناء، او ان يطلب من مترجم شفوي كفوء و جيد كلما اقتضت الضرورة،^(٦) وكذلك لا يجوز لموظفي السجون ان يستخدموا القوة في تعاملهم مع السجناء، الا دفاعاً عن انفسهم، أو في حالة الهروب و لا يستخدموها إلا في الضرورة، وأن يقدموا تقريراً بذلك الى المدير^(٧).

ثانياً:- أسس الإدارة الحسنة للسجون:^(٨)

- ١-الأساس الأخلاقي لإدارة السجن، اي ان يكون مسؤولو وموظفو السجون ممن يمتلكون الكفاءة والنزاهة وحسن سلوك الإخلاقي تجاه السجناء.
- ٢-تحسين العلاقة بين العاملين والسجناء.
- ٣-النزاهة الشخصية.
- ٤-وجود الكادر الوظيفي المناسب.

(١) القاعدة (٧٤) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لسنة ١٩٥٥.
 (٢) القاعدة (٧٥) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لسنة ١٩٥٥.
 (٣) القاعدة (٧٦) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لسنة ١٩٥٥.
 (٤) القاعدة (٧٧) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لسنة ١٩٥٥.
 (٥) القاعدة (٧٨) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لسنة ١٩٥٥.
 (٦) القاعدة (٧٩) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لسنة ١٩٥٥.
 (٧) القاعدة (٨٢) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لسنة ١٩٥٥.

(٨) اندروكويل، منهجية حقوق الانسان في ادارة السجون، ط٢، ترجمة وليد مبروك صافار، المركز الدولي لدراسات السجون، لندن، ٢٠٠٩، ص ١١.

٥- الصفات الشخصية والمهارات الفنية في السجنون.

٦- التحفظ على السجناء.

٧- عدم التعصب الذهني للعاملين.

٨- توعية الشعب حول السجنون.

٩- اختيار المرشحين المناسبين للعمل في السجنون.

١٠- عدم التمييز في اختيار العاملين في السجنون.

١١- الحفاظ على النظام العام.

١٢- التدريب المستمر في السجنون.

الفرع الثاني

المساواة وعدم التمييز بين السجناء

يجب أن تكون هناك مساواة وعدم تمييز بين السجناء, على اساس العرق او الدين أو المعتقد او اللون او الجنس او اللغة او الرأي السياسي او غير السياسي او الأصل القومي أو الاجتماعي او الثروة او النسب او اي وضع اخر, ويجب ان يحصل السجناء على الخدمات الصحية المتاحة في المؤسسة الاصلاحية دون تمييز, على اساس وضعهم القانوني^(٩).

اذ نصت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان في المادة(١٤), التي استمدت تلك الحقوق من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان " يكفل التمتع بالحقوق والحريات المقررة في هذه المعاهدة دون تمييز أيضاً كان أساسه: كالجنس أو العرق أو اللون أو اللغة أو العقيدة أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الانتماء إلى أقلية قومية، أو الثروة، أو الميلاد، أو أي وضع آخر." وبهذا فقد تناولت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في اجتهادها القضائي في قضايا عدة تتعلق بالتمييز بين السجناء وعدم المساواة, ومعاملة السجناء بشكل مختلف عن بعض فئات السجناء الآخرين, وعلى سبيل المثال في قضية . (٨٣-٥٥٧٦-٢٠١٩) "Chaldayev v. Russia" فحصت المحكمة ما إذا كان الاختلاف في الشدة في اللوائح المتعلقة بزيارات المحتجزين بين السجنون وسجون الحبس الاحتياطي, حيث وضع مقدم الطلب مبرزا بالمعنى المقصود في المادة ١٤ بالاقتران مع المادة ٨ من الاتفاقية, وجدت المحكمة أن وضع المحتجز في الحبس الاحتياطي يندرج ضمن مفهوم "الوضع الآخر" بموجب المادة ١٤ من الاتفاقية وأنه, من منظور الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية, فإن هؤلاء المحتجزين كانوا في موقف مشابه

(٩) Basic Principles for the Treatment of Prisoners Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 45/111 of 14 December 1990

لمن هم في السجون ووجدت المحكمة أيضاً أن القيود التلقائية على زيارات هؤلاء المعتقلين والناشئة عن التشريعات ذات الصلة لم يكن لها ما يبررها ، لا سيما بالنظر إلى وضعهم كأشخاص ما زالوا غير مدانين بصورة نهائية بارتكاب جريمة، وهكذا وجدت المحكمة أن هناك انتهاكا للمادة ١٤ بالاقتران مع المادة (٨) ^(١٠).

وبذلك فإن جميع الأشخاص متساوون أمام القانون، ولهم الحق في ذلك دون تمييز فضلاً عن حماية القانون، ولكل فرد حق في حرية الفكر والوجدان والدين والأشخاص من الأقليات العرقية أو الدينية أو اللغوية والحق في ثقافتهم ودينهم ولغتهم، لذا فإن السجن الذي لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستخدمة من قبل المؤسسة الإصلاحية، يحق للسلطات تلقي المعلومات ذات الصلة على الفور بلغة هو يفهم، ويُسمح للسجناء الأجانب بتسهيلات معقولة للاتصال بالممثلين الدبلوماسيين المناسبين، ويُسمح للسجناء اللاجئين أو الأشخاص عديمي الجنسية، بعلاقات ميسرة معقولة للاتصال بالممثل الدبلوماسي للدولة التي تتخذ مسؤول عن مصالحهم أو أي سلطة وطنية أو دولية مهمتها لحماية هؤلاء السجناء ^(١١).

الفرع الثاني

تأديب السجناء

لا يجادل أحد في كون المرحلة التالية على تنفيذ الحكم للمحكوم عليه داخل السجون، هي الأكثر حساسية نظراً لما يعترى نظامها من اضطرابات، لذا وجب التعامل معها في إطار قانوني يضبط العلاقة بين الإدارة المشرفة على السجون وبين السجناء، وبهذا الصدد نكون أمام هذا الواقع لما تحتّمه ضرورة التدخل القانوني بمقارنة شمولية وملموسة لمعالجة الوضع الأمني والحقوق داخل السجن، والبحث عن ملاءمة جديدة وحقيقية لقانون المؤسسات السجنية مع القواعد والمعايير النموذجية لمعاملة السجناء قواعد نيلسون مانديلا، ومع كل الموثيق الدولية، والقانون النموذجي للسجون، فالعدالة لا تتوقف عند مؤسسة القضاء وإصدار الحكم فحسب بل يتوجب إسقاطها على مرحلة التنفيذ خصوصاً فيما يتعلق بسلب الحرية أي داخل السجون ^(١٢)، وهذا ما سنتعرف عليه أكثر في الفقرات الآتية:-

أولاً: المخالفات التي تستوجب التأديب

إذ تنص القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء " يجب الحفاظ على الانضباط والنظام دون تجاوز الحد اللازم من القيود لضمان سلامة الاحتجاز وتسيير شؤون السجن بأمان وتحقيق حياة مجتمعية جيدة التنظيم" ^(١٣)، كذلك ينص قانون السجون النموذجي "تحدد القواعد التنظيمية لسلوك السجناء الذي

^(١٠) Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights Prisoners' rights
^(١١) HUMAN RIGHTS AND PRISONS Manual on Human Rights Training for Prison

Officials, P45

^(١٢) مولاي ادريس أكلمام، المحافظة على الأمن داخل المؤسسات السجنية وحماية حقوق السجناء، ط٤، منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان، المغرب، ٢٠١٤، ص: ٤٦.

^(١٣) ينظر نص القاعدة (٣٦) من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لسنة ١٩٥٥.

يشكل مخالفة تستوجب التأديب , لا يجوز أن يعرف بأنه مخالفة تستوجب التأديب بموجب تلك القواعد التنظيمية سوى السلوك الذي يرحح أن يشكل تهديداً لحسن النظام أو السلامة أو الأمن, تعرف المخالفات التي تستوجب التأديب المدرجة في هذه القواعد التنظيمية بوضوح يكفي لأن يعرف السجناء ما هو السلوك الذي يشكل مخالفة تستوجب التأديب" (١٤).

ثانياً: الجزاءات

توقع على السجنين عدة جزاءات تأديبية سواء بوضعه في غرفة التأديب أو القيام بإنذار السجنين، فمعيار الحكم في مدى قسوة العقوبة التأديبية داخل السجن هو معيار موضوعي يحتكم فيه القاضي إلى الشعور العام ، ففي حالة وصول الجزاء التأديبي إلى حد يصدّم المشاعر الإنسانية فإن العقوبة تعد قاسية ، وإذا لم يصل الأمر إلى ذلك فإن العقوبة ليست قاسية، (١٥) إذ ينص القانون النموذجي " يجوز فرض الجزاءات التالية فرادى أو مقترنة على المخالفات التي تستوجب التأديب ومنها التوبيخ، الإنذار، تعليق الامتيازات أو تعليق أخذ إذن خروج من السجن، تقييد التصرف في الأموال النقدية، الفصل عن عموم نزلاء السجن لفترة محددة على النحو المنصوص عليه في القواعد التنظيمية، الحبس الانفرادي لمدة تصل إلى ١٥ يوماً، الحرمان من إسقاط فترة من العقوبة، وتكون العقوبات متناسبة مع المخالفة أو المخالفات التي أدين بها السجنين، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تصل الجزاءات التأديبية إلى حد التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، و تحظر الممارسات التالية على وجه الخصوص الحبس الانفرادي لأكثر من ١٥ يوماً، حبس السجنين في زنزانة مظلمة، العقوبة البدنية، تخفيض النظام الغذائي للسجنين أو تخفيض حصوله على مياه الشرب، العقاب الجماعي، حظر الاتصال الأسري" (١٦).

ثالثاً: الحبس الانفرادي

ينص القانون النموذجي على أن "لا يستخدم الحبس الانفرادي كجزاء تأديبي إلا في حالات استثنائية كملاذ أخير ولأقصر فترة ممكنة و رهنا بمراجعة مستقلة للحالة، وبمقتضى إذن من سلطة مختصة، لا يفرض الحبس الانفرادي استناداً إلى الحكم الصادر في حق السجنين، لا يفرض الحبس الانفرادي على الأطفال، الحوامل أو المرضعات أو المسجونات اللاتي معهن أطفالهن الصغار، ولا السجناء ذوي الإعاقات العقلية أو البدنية، إذا كان من شأن هذه التدابير أن تؤدي إلى تفاقم حالتهم" (١٧).

(١٤) ينظر نص المادة (٣٥) من قانون السجنين النموذجي، الأمم المتحدة، لسنة ٢٠٢٢.

(١٥) غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في السجنين، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، ط١، ٢٠١١، ص٥٣.

(١٦) المادة (٣٦) من قانون السجنين النموذجي، الأمم المتحدة، لسنة ٢٠٢٢.

(١٧) المادة (٣٧) من قانون السجنين النموذجي، الأمم المتحدة، لسنة ٢٠٢٢.

الفرع الثالث

استخدام القوة

يقصد بالقوة هي كل فعل مهين أو إيذاء لا يصل إلى حد التعذيب ، سواء كان بدنياً أو نفسياً فالقوة تكون أشمل من التعذيب كون أن القوة تتضمن الإيذاء الجسدي والمعنوي على عكس التعذيب الذي يتضمن إيذاء الجسدي فقط، والغرض منه هو إجبار المتهم على الاعتراف، فالإيذاء الذي لا يصل إلى حد التعذيب يُعدّ نوعاً من القوة^(١٨). وهذا ما سنتعرف عليه في الفقرات الآتية:-

أولاً: مظاهر استخدام القوة

يأخذ حظر استخدام القوة ضد السجنين مظاهر متعددة نذكر منها ما نصت عليه المواثيق الدولية .

- ١-حظر استخدام القوة لدواعي أمنية، كوضع قيود أو سلاسل في قدمه أو يده.
- ٢-شرعية العقوبة والجريمة وعدم قسوتها، كاستبعاد وسائل الجبر والاعتراف بالقوة أو إنذار أو ما شابه ذلك^(١٩).

ثانياً: أدوات تقييد الحرية

إذ ينص القانون النموذجي بخصوص أدوات التقييد على " يحظر استخدام السلاسل أو الأصفاد أو أدوات التقييد الأخرى التي تكون بطبيعتها مؤلمة، ولا تستخدم الوسائل الكيميائية لتقييد الحرية أبداً لأغراض انضباطية أو أمنية، إلا عندما يأمر بها أخصائي رعاية صحية لأسباب علاجية، ولا تستخدم الأدوات الأخرى لتقييد الحرية إلا في الظروف التالية: (أ) كتدبير للاحتراز من هرب السجنين أثناء النقل، شريطة أن تفك عند مثوله أمام سلطة قضائية أو إدارية أو بأمر من مدير السجن (ب) ولا تستخدم أدوات تقييد الحرية أبداً مع النساء أثناء المخاض أو أثناء الولادة أو بعد الوضع مباشرة"^(٢٠).

ثالثاً: الاسلحة

ينص القانون النموذجي للسجون بأنه " تحدد القواعد التنظيمية أنواع الأسلحة التي يجوز أن يستخدمها موظفو السجون، والتي قد تشمل الهراوات وغيرها من الأسلحة غير الفتاكة والأسلحة النارية، وطريقة التعامل مع هذه الأسلحة وتخزينها، لا يزود موظفو السجون بأسلحة من نوع معين ما لم يكن قد تم تدريبهم على استخدام ذلك النوع من الأسلحة، ولا يحمل موظفو السجون أسلحة الذين يؤدون واجبات تجعلهم على صلة مباشرة بالسجناء إلا عندما تكون ضرورية تماماً للسلامة والأمن. لا يستخدم موظفو السجون أسلحة نارية إلا في حالات الدفاع عن النفس، أو لدفع خطر محقق يهدد الآخرين بالموت أو

(١٨) محمد حافظ النجار، حقوق المسجونين في المواثيق الدولية و القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٢ص٢٨٦.

(١٩) ابراهيم محمد علي، النظام القانوني لمعاملة المسجونين في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧ص٢٤٥.

(٢٠) المادة (٤٠) من قانون السجون النموذجي، الامم المتحدة، لسنة ٢٠٢٢.

بإصابة خطيرة، أو لمنع ارتكاب جريمة خطيرة تنطوي على تهديد خطير للأرواح، أو للقبض على شخص يمثل خطراً من هذا القبيل ويقاوم سلطتهم، أو لمنع فراره، وذلك فقط عندما تكون الوسائل الأقل تطرفاً غير كافية لتحقيق هذه الأهداف" (٢١).

المطلب الثاني

مدى مواءمة قانون إصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لعام ٢٠١٨م النافذ

للمعايير الدولية

بعدما تغيرت نظرة علم العقاب ومواجهة الجريمة في المجتمعات الحديثة ومنها الديمقراطية للسجون، ومن بينهم العراق، حيث كانت السجون في السابق، تحمل في خلفيتها على فكرة الانتقام من المحكومين والمدانين وغير المحكومين. أصبح ينظر الآن في العراق للعقوبة نظرة أخرى. من وصفه غاية أصبحت العقوبة وسيلة، وتغيرت الى فكرة التأهيل والتقويم وادماج المحكوم في المجتمع. وبدلاً من وصف السجين جسم غريب في المجتمع، ويجب استئصاله وإبعاده، والآن ينظر اليه على أنه إنسان أخطأ، ولكي تكون الإصلاحات بحق مدارس التأهيل و التقويم وإدماجه في المجتمع، لا بد من وجود قانون متكامل العناصر والمفردات ومتوافق مع المعايير الدولية، التي وردت فيها حقوق السجناء والمعتقلين والموقوفين، في قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لعام ٢٠١٨م، ومن هذا المنطلق فان للسجناء في هذا القانون العديد من الحقوق التي أقرها لتكون ضمانات قانونية لحماية حقوق السجين اثناء تأدية العقوبة المقررة له، وابتداءً من دخوله السجن واثناء بقاءه فيه لذا فإننا سنتناولها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: حق السجين في الإدارة والتصنيف والفصل بين الفئات.

الفرع الثاني: حق السجين في الخدمات الطبية والرعاية الصحية.

الفرع الثالث: حق السجين في الشكوى والتقاضي.

الفرع الرابع: حق السجين في التعليم.

الفرع الخامس: حق السجين في العمل.

(٢١) المادة (٤١) من قانون السجون النموذجي، الامم المتحدة، لسنة ٢٠٢٢.

الفرع الأول

حق السجين في الإدارة والتصنيف والفصل بين الفئات

أولاً:- إدارة ملف السجناء

ينص الفصل الرابع من قانون إصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لعام ٢٠١٨م، فيما يتعلق بإدارة ملفات السجناء وتصنيفهم، فيقرر على وجوب مسك الإدارة السجنية لسجلات مجلدة ومرقمة ومبوبة بشكل ورقي وإلكتروني،^(٢٢) تتضمن حقوقاً شخصية تتعلق بهوية السجين من بياناته الشخصية من الاسم الكامل، اسم الأم، الجنس، العمر، عنوان السكن " فضلاً عن البيانات القانونية المتعلقة بأسباب التوقيف وتاريخه، والجهة الأمرة به، وتفاصيل قرار الحكم والتي تتضمن " مادة الإدانة القانونية، المحكمة التي نطقت بالحكم، العقوبة المقررة، وتاريخ سريانها " وباستثناء حق الخصوصية للسجين التي تتعلق بالخصوصية الواجب احترامها في التعامل مع بيانات السجين^(٢٣).

أما من حيث التطبيق العملي والسياقات المعتمدة لدى المؤسسات الإصلاحية في العراق، فإن إدارة ملفات السجناء تتلخص في دائرة الإصلاح في مراكز استقبال خاصة، يتم تفتيشه فيها بالكامل ويجرد من الممتلكات التي يمنع اقتنائها داخل السجن، ويجري تسليمه بدلة سجنية مناسبة للأجواء المناخية، ثم تبدأ إجراءات الفحص والتشخيص، من قبل أطباء متخصصين، وباحثين اجتماعيين.

وعلى ذلك فإنه يتم اعداد الملفات الأساسية للسجين وهي :

أ- **الملف القانوني:** ويتضمن توثيق بيانات هويته الشخصية وفقاً لما تقرره الوثائق الرسمية المرافقة والبيانات المتعلقة بشرعية إيداعه كقرار الحكم أو الإدانة، ومذكرة التوقيف القضائية، وطبعات الأصابع والسوابق الجنائية، وبيانات عدم المطوبية.

ب- **الملف الاجتماعي:** الذي يتعلق بدراسة شخصية وسلوك السجين ومساره التعليمي، لذا فإن دوائر الإصلاح العراقية تعتمد أسلوب الملفات المتعددة للسجين

ج- **الملف الصحي:** الذي يتم فحص السجين من قبل الأطباء المتخصصين، الذي تكشف العلل البدنية التي تقف في طريق التأهيل لتوجيه الجهود لعلاجها^(٢٤).

ثانياً:- تصنيف السجناء

عرف قانون إصلاح النزلاء والمودعين التصنيف بأنه "مجموعة الإجراءات التي تتبع لدراسة حالة النزير ومعرفة العوامل المختلفة التي أثرت على سلوكه الشخصي ووضع برنامج التنفيذ ويتغير كلما

^(٢٢) ينظر نص المادة (٨) من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨.

^(٢٣) ينظر نص المادة (٩) من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨.

^(٢٤) مقابلة مع استاذ صادق عبد حسين، مدير قسم الاستقبال واخلاء السبيل، دائرة الاصلاح العراقية في وزارة العدل، في ٢٠٢٣/٣/١٢.

اقتضت الظروف ذلك مع عزل كل صنف من النزلاء عن غيره في قسم خاص في السجن نفسه أو في سجن آخر ويكون التصنيف على أساس الجنس والسن والعقوبة ونوع الجريمة لكل سجين ومدى استعداده واستيعابه للإصلاح والتزامه بقواعد دائرة الإصلاح^(٢٥).

كما أورد القانون أعلاه حق السجناء في السجون العراقية، بأن ينص على أنماط متعددة من التصنيف تمثل في مجملها نظم مختلفة من التصنيف، فالقانون يقرر تصنيفاً رئيساً يعتمد فيه.

أ- **حسب الجنس:** وهو الجنس إذ يُعدّ أساساً ملزماً في تحديد جهة الإيداع للمدنيين، ويصنف السجناء في السجون العراقية على أساس الفصل بين السجناء وفقاً للمعايير الدولية، حيث يتم فصل الذكور في السجون عن الإناث، وأن تكون سجون النساء تحت رعاية و مسؤولية موظفات وحارسات فقط دون ذلك، باستثناء الأطباء، والمعلمين، والوعاظ الدينيين، المكلفين في سجون النساء.

ب- **الفصل حسب الدعاوى المدنية الجنائية:** إذ يتم فصل السجناء حسب دعاوى المدنية والجنائية.

ج- **الفصل حسب العمر:** إذ يتم فصل السجناء الكبار عن الأحداث،^(٢٦) فيقرر القانون أعلاه في معرض تعريفه لدائرة وإصلاح الأحداث، بأنها الجهة المختصة بإيداع الأحداث التي ترمي فيه إلى تربية الحدث، وإعادة ادماجه في المجتمع،^(٢٧) وقد عرف الحدث من قانون (٧٦) لعام ١٩٨٣ م "بأنه من أتم التاسعة من عمره ولم يتم الثامنة عشر من عمره،"^(٢٨).

وهنا يكمن هذا القانون في موافقته للمعايير الدولية، وعلى وجه الخصوص القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء (قواعد مانديلا) التي نظمها المشرع العراقي في التصنيف مراعاة لحقوق الإنسان في السجون^(٢٩).

ولكن في الواقع العلمي فإنه يشكل الاكتظاظ وضعف البنية التحتية للسجون، وقلة الكوادر التخصصية، التحدي والمعوق الأكبر للمنظومة الإصلاحية في العراق، فقد انعكست إشكالية الاكتظاظ سلباً على احترام الإدارات السجنية لقواعد التصنيف وتطبيقها في أغلب السجون.

وبالإطلاع على الموقف العام الذي أعده تحالف (أوهارد)، في معرض تقريره الموازي لتقرير العراق المقدم للجنة العربية لحقوق الإنسان (لجنة الميثاق العربي) والذي جرى مناقشته مع الوفد العراقي فإنه يمكن ببساطة ملاحظة أن ظاهرة الاكتظاظ في السجون العراقية، قد بلغت مستويات خطيرة

^(٢٥) ينظر نص المادة ١- فقرة تاسعا- من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

^(٢٦) ينظر نص المادة ٩- الفقرات الاولى-الثانية-الثالثة-الرابعة-من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨

^(٢٧) ينظر نص المادة ١- فقرة خامسا- من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

^(٢٨) ينظر نص المادة (٣) من قانون رعاية الاحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ .

^(٢٩) سعد سلطان وعبد الامير خيكان، الاطار القانوني لمنظومة السجون العراقية بين المعايير الدولية والواقع، العراق، ٢٠١٨، ص٣٥.

حيث بلغ إجمالي عدد السجناء والموقوفين (٤٥٠٠٠) خمساً وأربعين ألفاً منهم (٧٠٠٠) آلاف محكوم بالإعدام، وهو معوق حقيقي وضغط هائل على كادر السجن، وبنيتة التحتية الذي يتعلق بالتصنيف، فالاحتفاظ من شأنه أن يعرقل الوظيفة الإصلاحية و التأهيلية للعقوبة،^(٣٠) هذا وان تصنيف السجناء يأتي من اختصاص قسم إدارة النزلاء والموقوفين، الذي تتولى مهام تصنيف السجناء كل حسب جنسه وعمره وجريمته، وأيضاً تتولى مهامه في توزيع السجناء حسب الطاقة الاستيعابية للسجون، وكذلك تسليم السجناء من جهات الاعتقال او المحاكم ومتابعة إجراءات اخلاء السبيل والإفراج الشرطي، وتدقيق الأضابير السجنية، وإعداد تقرير يومي عن أعداد السجناء وإرساله إلى الوزارة، وكذلك تتولى مهمة تنقلات السجناء^(٣١).

الفرع الثاني

حق السجين في الخدمات الطبية والرعاية الصحية

إن من أكثر الفئات حاجةً الى الرعاية الصحية هم السجناء القابعون داخل جدران السجن، الأمر الذي يقع على عاتق الدولة العبء الأكبر منه، وذلك بتوفير الرعاية الصحية لهذه الفئة شأنه شأن أي مواطن حر.

أولاً: مراعاة الشروط الصحية

ويجب أن تتوفر في جميع أجنحة المؤسسات العقابية، الشروط الصحية اللازمة سواء من حيث المساحة او التهوية ، أو الإضاءة أو المرافق الصحية أو النظافة ، وينبغي أن تكون الأماكن المخصصة للنوم، ذات مساحة معقولة بالنسبة لعدد السجناء، وأن يدخلها قدر كاف من الإضاءة والتهوية ، وكذلك ينبغي أن تتوفر هناك عدد كاف من دورات المياه، لكي يتيح للسجناء قضاء حاجاتهم في أي وقت وبصورة تليق بكرامة الإنسان،^(٣٢) إذا فإن الرعاية الصحية في وسط المؤسسات العقابية مثل دوراً مهماً في المحافظة على صحة السجين النفسية والبدنية، إذ لا يمكن وضع برنامج الإصلاح وتأهيل السجين، دون الحفاظ على صحته ووقايته من مختلف الأمراض، والتي تساهم إسهاماً واضحاً في إصلاح السجين وإعادة إدماجه في المجتمع، كما وإن الاهتمام بالرعاية الصحية يسمح من ناحية تجنب المجتمع من انتقال الأمراض والأوبئة، ومن ناحية أخرى احتفاظ السجين بصحته ، وكل هذا يساهم في نجاح الأساليب العقابية

^(٣٠) تحالف او هارد ويضمن في عضويته منظمة او هارد الهولندية وشبكة العدالة للسجناء العراقية، وهي منظمة غير حكومية تهدف الى دعم وتعزيز الديمقراطية ورصد ومراقبة اوضاع حقوق الانسان بشكل عام و حقوق السجناء بشكل خاص يمكن الاطلاع على التقرير من خلال الرابط

<https://www.iohrd.nl/2018/05/31/>

^(٣١) مقابلة مع استاذ كرار لطيف مطلق، مدير قسم ادارة النزلاء، دائرة الاصلاح العراقية في وزارة العدل، في ٢٠٢٣/٣/١٢.

^(٣٢) نبيل العبيدي، أسس السياسة العقابية في السجون ومدى التزام الدولة بالمواثيق الدولية، ط١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٨٣ .

الأخرى، كون الغرض من الرعاية الصحية هو التهذيب والتأهيل^(٣٣) إذ يتوجب على الدولة توفير الرعاية الصحية للسجين: لأنها حق له بوصفها تساهم في تأهيل السجين لحياة اجتماعية سوية، عقب قضاء مدة العقوبة، و التي تمكنه من الاحتفاظ بقواه البدنية والنفسية^(٣٤).

ثانياً: الرعاية الصحية في قانون إصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لعام ٢٠١٨م
كما يُقرّ قانون إصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لعام ٢٠١٨م دوراً للكادر الصحي في الرقابة و التفتيش على توافر الشروط الصحية ومنها النظافة داخل السجون^(٣٥)، إذ أكد المشرع العراقي في قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لعام ٢٠١٨م، على الدور المهم للمؤسسات الطبية والصحية العامة في دائرة الإصلاح، ويخاطب القانون أعلاه وزارة العدل لأن قانون الإصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لعام ٢٠١٨م، هو خاص للمؤسسات الاصلاحية التابعة لوزارة العدل دون وزارة الداخلية، في نقص تشريعي يقضي شريحة كاملة ممن قرر هذا القانون ضمان حقوقها^(٣٦). وكذلك يقر القانون أعلاه مسؤولية وزارة الصحة، على تأمين الخدمات الطبية والصحية في السجون المركزية، وهو من اقسام الصحة العامة إلى أن هذه الاقسام تخضع لإشراف مباشر من معاون مدير عام دائرة الإصلاح العراقية لشؤون الرعاية الشاملة، وقد حدد النظام مهام وواجبات قسم الصحة العامة^(٣٧).
هذا وقد تنوعت مهام قسم الصحة العامة بين وقائية علاجية، وأخرى علاجية عامة وتتخلص بما يلي:^(٣٨)

- ١- إجراء الكشف الصحي للسجناء الجدد، كإجراء أولي لأغراض التصنيف.
- ٢- متابعة الشؤون الصحية للسجناء وعلاجهم.
- ٣- متابعة الشؤون الصحية للسجناء وعلاج المدمنين منهم.
- ٤- العناية الصحية بموظفي السجون.
- ٥- متابعة الصحة العقلية للسجناء.
- ٦- التوصية بإيقاف العقوبات لأسباب صحية.
- ٧- اتخاذ التدابير الوقائية، لمنع انتشار الأوبئة والأمراض السارية والمعدية بين السجناء أو بينهم وبين الموظفين العاملين معهم.
- ٨- تنظيم برامج خاصة لتهيئة السجناء نفسياً واجتماعياً.
- ٩- اتخاذ التدابير الوقائية لمكافحة الحشرات والقوارض.

^(٣٣) هند بورنان، مبدأ تفريد العقوبة وتطبيقاتها في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ٢٠١٦، ص ٥٣.

^(٣٤) احمد عبد اللاه المراغي، المعاملة العقابية للمسجون في النظام الوضعي والعقاب الاسلامي، دراسة مقارنة، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٣١.

^(٣٥) ينظر نص المادة (١٦)-الفقرة سابعاب-من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

^(٣٦) سعد سلطان وعبد الامير خيكان، مصدر سابق، ص ٥٨.

^(٣٧) ينظر نص المادة (٢) من نظام الداخلي لمهام وتقسيمات دائرة الاصلاح العراقية رقم ١ لسنة ٢٠١٢ المعدل.

^(٣٨) ينظر نص المادة (٨) من نظام الداخلي لمهام وتقسيمات دائرة الاصلاح العراقية رقم ١ لسنة ٢٠١٢ المعدل.

- ١٠- المساهمة في تهذيب سلوك السجناء, وفق قواعد صحية سليمة.
 - ١١- تقديم خدمات طب الأسنان للسجناء.
 - ١٢- توفير العلاج الصحي للسجناء.
 - ١٣- الرقابة على طعام السجناء.
 - ١٤- الاهتمام بنوعية الملابس للسجناء بما يلائم حالتهم الصحية والحالة الجوية.
 - ١٥- مراقبة تجهيز المياه الصحية للسجناء.
- ويقرر قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم لعام 2018 م, مسؤولية وزارة الصحة في تأمين كوادر طبية كافية من حيث العدد والتخصص داخل السجون, وان توفر لهم مستشفيات وأطباء متخصصين للسجناء المرضى الذين يحتاجون العلاج خارج السجن, أو مراكز صحية أو عيادات مجهزة بالمعدات والتجهيزات الطبية والصيدلانية المناسبة لتقديم الخدمات الصحية والطبية اللازمة للسجناء^(٣٩).

وفيما يتعلق بالعناية والرعاية الخاصة بالسجينات فان القانون يلزم الإدارة بتوفير التجهيزات الخاصة, لتقديم ما يلزم من عناية لهن وعلى وجه الخصوص الحوامل منهن قبل وبعد الولادة, وان يراعى قدر الإمكان أن تكون ولادة الأطفال خارج السجون, وأن لا يشار إلى محل ولادة الطفل في هذه المؤسسة الإصلاحية. ويقرر ذات القانون مسؤولية دائرة الإصلاح بتوفير حضانة الأطفال داخل السجون, ودور الإيداع تدار من قبل كوادر مؤهلة تراعى الأطفال, في الأوقات التي لا يكونوا تحت رعايتهم, وان يراعى توفر خدمات طب الأطفال في تلك السجون, أو دور الإيداع^(٤٠) مع ملاحظة ان قانون اصلاح النزلاء والمودعين قد حدد سن الثالثة كحد اعلى يسمح به لبقاء الطفل بصحة الام, فأن لم ترغب ببقائه او بلغ هذا السن طبق بحقه أحكام الحضانة المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لعام ١٩٥٩م النافذ, وهي ان تتولى دائرة اصلاح ايداع الطفل في احدى دور الدولة المرتبطة بدائرة الرعاية الاجتماعية, وتيسير للام أن تراه في أوقات دورية^(٤١).

هذا وإن التشريع العراقي النافذ أعلاه جاء موائماً للمعايير الدولية, غير أن الواقع الحقيقي ومن خلال تقارير الرصد التي صدرت من جهات حكومية وغير حكومية, هي إن الواقع الصحي في السجون, لازالت دون المستوى المطلوب, من الخدمات الطبية والصحية, وإن الكوادر الطبية في السجون تقدم العلاج للحالات البسيطة فقط, ولا يوجد هناك مراكز صحية في بعض السجون مؤهلة لتقديم الخدمات الطبية المستعصية للسجناء. هذا وقد ساهمت الأزمة المالية في البلاد مؤخراً, فضلاً عن نقشي وباء كورونا في تعطيل اغلب النشاطات والخطط المرسومة للسجون, نتج عنه تخفيض حجم التجهيزات الطبية والصحية بما في ذلك الخدمات التي تخصص للسجون, ناهيك عن الاكتظاظ داخل السجون, التي تضغط على الكوادر الطبية العاملة في السجون^(٤٢).

^(٣٩) ينظر نص المادة (١٦) الفقرة الاولى وثانياً من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

^(٤٠) ينظر نص المادة (١٦) من فقرات ثالثاً-رابعاً- من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

^(٤١) ينظر نص المادة (٥٢) من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

^(٤٢) المفوضية العليا لحقوق الانسان في العراق, تقرير السنوي عن اوضاع حقوق الانسان في العراق, لعام ٢٠٢٠, ص٥٩.

ولكن هناك سجون نموذجية من حيث الخدمات الصحية والطبية وغير ذلك، منها سجن بادوش في الموصل سابقاً، الذي تم تدميره من قبل تنظيم داعش الإرهابي عام ٢٠١٤ م، الذي كان يضم مركز صحي متطور، ويحتوي على خدمات متطورة، وفيه أطباء متخصصين حيث يحتوي المركز الصحي على أقسام منها قسم الأسنان، وقسم الأشعة ومختبر وصيدلية، وغير ذلك من الخدمات الصحية،^(٤٣).

ثالثاً: إجراءات الإدارة السجنية أثناء حالات الطوارئ

أما الإجراءات التي اتبعتها الإدارة السجنية أثناء حالات الطوارئ كذلك التي حدثت في ظل جائحة كورونا، فقد أوعزت خلية الأقامة ومنذ بداية تفشي فيروس كورونا في العراق مطلع شهر آذار من العام ٢٠٢٠، باتخاذ الإجراءات اللازمة من قبل الجهات المشرفة على إدارة السجون، للوقاية من الجائحة في السجون، هي:^(٤٤)

- ١- تغيير قاعات وزنازين إيداع السجناء.
- ٢- توفير الكمادات والقفازات والحث على ارتدائها بشكل مستمر.
- ٣- زيادة ساعات التشميس لتقليل الإصابة بالمرض من خلال تعرضهم للهواء الطلق.
- ٤- التنسيق مع المراكز الصحية العاملة في الأقسام الإصلاحية بأخذ مسحات للسجناء المشتبه بإصابتهم بالفيروس.
- ٥- تعليق الزيارات العائلية للسجناء، حسب توصيات خلية الأقامة لمنع الاختلاط من خارج السجن والاكْتفاء بالاتصالات الهاتفية مع ذويهم.
- ٦- تخصيص ردهات للحالات الخطرة التي تتطلب عناية خاصة في المستشفيات المتخصصة والقريبة من مواقع السجون.
- ٧- وتخصيص قاعات داخل السجون للمصابين التي لا تتطلب حالاتهم الرقود في المستشفى، وإعطائهم الفيتامينات والأغذية التي تعزز المناعة.

الفرع الثالث

حق السجين في الشكوى والتقاضى

حق السجين في الشكوى والتقاضى وفقاً لقانون النزلاء والمودعين العراقي هو إن الاتجاه الحديث ذهب إلى الاعتراف للمحكوم عليه، بمجموعة من الحقوق الشخصية، ألا وهي حق السجين في شكوى والتقاضى عند تعرضه إلى أي عمل ضار يمس بحقوقه بما يؤدي إلى ضرورة مراعاة الوسائل التي تحمي هذه الحقوق وعدم التعارض معها^(٤٥).

^(٤٣) اجراء مقابلة مع استاذ عزيز محمد صالح، مدير سجن بادوش سابقاً، في ٢٠٢٣/٣/١٨ .

^(٤٤) تنفيذ التعليمات والتوصيات الصادرة من لجنة الأمر الديواني رقم (٥٥) لسنة ٢٠٢٠، وخليّة الأقامة النيابة وتوجيهات وزارة الصحة والبيئة وإدارة الصحة العامة.

^(٤٥) مصطفى يوسف، التنفيذ الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ٤٦٠.

اذ اكد المشرع العراقي في قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لعام ٢٠١٨ م 'على دائرة الإصلاح في اول مقابلة للسجناء, في مركز الاستقبال أن يوضح لكل سجين, القرارات والبرامج المعدة والمكان المخصص لهما وحقوقهما وواجباتهما , ويزود بكراس يتضمن لائحة حقوقه وواجباته وباللغة التي يفهمها وشفوياً إذا كان امياً, وكذلك تعلق هذه الحقوق في داخل السجون واقسام الإصلاح^(٤٦).

بين القانون أعلاه هذه التفاصيل لما يجب أن يبلغ به السجين وذلك لكون السجين من حقه أن يبلغ وان يكون على علم مسبق بجميع التفاصيل الخاصة بمعاملته وبحقوقه وواجباته انفة الذكر فقد الزم القانون الإصلاح رقم (١٤) لعام ٢٠١٨ م دائرة الإصلاح بما يجب ان يبلغ به السجين من حقوق واجراءات وهذه التبليغات تشمل ما يأتي:-^(٤٧)

- ١- تبليغ السجين بمعلومات مدونة عن القواعد التنظيمية, التي تنظم التعامل مع السجناء.
- ٢- تبليغ السجين بمقتضيات التأديب, ومراعاة النظام في السجن.
- ٣- الإجراءات المعتمدة والمسموح بها للحصول على معلومات.
- ٤- تقديم الشكاوى.
- ٥- جميع المسائل الأخرى الضرورية, لتمكينه من فهم حقوقه والتزاماته ولتمكينه من تكييف نفسه مع الحياة في السجن .

ويقرر القانون أعلاه حق السجين, أن يتقدم بشكواه الى أي من اللجان التفتيشية, وإن للأخيرة الحق بمقابلته على انفراد وتسجيل المعلومات التي يتقدم بها ,وكذلك حقاً له أن يتحقق من شكواه, وإن تقدم تقريرها مشفوعاً بالتوصيات الى الجهة المختصة او الوزير المختص, وإلزامها باحترام خصوصية المشتكى^(٤٨).

كما عالج القانون حق السجين في الشكاوى, بأن يكون له الحق في الشكاوى للإدارة او أي من الهيئات التفتيشية عند تعرضه للانتهاك في تعارض واضح وصريح مع المعايير الدولية, حيث ينص القانون " للنزول والمودع تقديم الطلبات والشكاوى, الى المدير العام المختص في دائرتي الاصلاح, او الى مفتش السجن أو الموقف, اثناء قيامه بعملية التفتيش او اي مخول بالتفتيش, عند اساءة معاملته او اية مخالفة بحق هو يتحدث معهم, بدون وجود مدير السجن أو الموقف او موظفيه الاخرين, و على المدير العام ان يبيت في الشكاوى خلال ٧ ايام من تاريخ ورودها اليه" ويقرر ايضاً "يسمح للنزول والمودع ان يتقدم بطلب او شكاوى, بالشكل المناسب ودون رقابة على محتواها, الى مدير عام دائرة الاصلاح او الى هيئة رقابية, من خلال وسائل الاتصال الموافق عليها, ويتم التعامل مع كل طلب او شكاوى, بسرعة والرد عليه دون اي تأخير لا مبرر له, الا إذا كان من الواضح ان الطلب أو الشكاوى خال من المضمون او لا أساس له"^(٤٩).

^(٤٦) اجراء مقابلة مع استاذ صادق عبد حسين, مدير قسم الاستقبال واخلاء السبيل, دائرة الاصلاح العراقية في وزارة العدل, في ٢٠٢٣/٣/١٢ .

^(٤٧) ينظر نص المادة (٤٤) الفقرة سابعاً, من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨ .

^(٤٨) ينظر نص المادة (٤٦) من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨ .

^(٤٩) ينظر نص المادة (٣٦) اولا و ثانياً, من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨ .

غير ان الواقع الملموس يشير إلى أن التقارير التفتيشية للجهات الرقابية في العراق تشير إلى أن إجراءات الإدارات السجنية، تتفاوت في الالتزام بنصوص القانون من حيث وجوب اطلاع المحتجزين، بما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات، كما أن اليات الشكوى هي الأخرى غير موحدة، ويتفاوت الالتزام في توضيحها للمحتجزين، وما من سقف زمنية تلزم الإدارة فيها بالرد أو الحسم للشكوى المتقدم بها، ليس فقط من الإدارات السجنية بل الهيئات التفتيشية الأخرى، وانه في الغالب لا يعلم المشتكي مصير شكواه وما من آلية تبلغ وتوثق الأشعار بنتائج التحقيق او الردود ، وفي الأعم الأغلب فأن لقاءات المحتجزين تكون تحت أنظار ومسمع إدارة السجن باستثناء حالات الشكوى التي تقدم للقضاء ممثلاً بجهاز الادعاء العام^(٥٠).

وفي هذا الخصوص التقى وفد من المفوضية السامية لحقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة، قضاة عراقيين، لمناقشة منع التعذيب في السجون العراقية، والإجراءات القانونية المتعلقة بالتعامل مع السجناء، حيث استعرضت المفوضية أبرز الضمانات القضائية لمنع التعذيب والمعاملة السيئة، وفي وقت سابق، أكدت بعثة الأمم المتحدة لمساعدة العراق "يونامي" وجود انتهاكات خطيرة في السجون، جاء ذلك خلال تقرير صدر عنها بالمشاركة مع مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان "OHCHR" بعنوان "حقوق الإنسان في تطبيق العدالة في العراق الشروط القانونية والضمانات الإجرائية لمنع التعذيب وسوء المعاملة"، وشدد التقرير على منع التعذيب في أماكن الاحتجاز في العراق، بما في ذلك إقليم كردستان، من خلال تحديد عوامل الخطر والحد منها والقضاء على الأسباب المحتملة، وأكد التقرير أن هذا يؤثر القلق بشأن عدم وجود رقابة قانونية فعالة لمعالجة الواقع، ويشير التقرير إلى جانب القلق من أن الآليات القائمة لمعالجة الشكاوى من التعذيب تبدو غير فعالة، وقالت الممثلة الخاصة للأمين العام للأمم المتحدة في العراق جينين بلاسخرت، في وقت سابق، لا توجد ظروف، مهما كانت استثنائية، تبرر التعذيب أو أي شكل من أشكال الإفلات من العقاب، وأضافت إنني أشجع زيادة الجهود نحو الوقاية والمساءلة، و تفعيل الشكاوى بما يتماشى مع التزامات العراق بموجب القانون الدولي والمحلي^(٥١).

الفرع الرابع

حق السجنين في التعليم

أكد المشرع العراقي في الفصل السادس من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لعام ٢٠١٨ م ، على موضوع تعليم السجناء، وخاطب مواد هذا القانون وزارة العدل ان "لكل نزيل ومودع الحق في التعليم ومواصلة الدراسة ولكل المراحل أثناء مدة محكوميته" وايضاً "على دائرتي الاصلاح العراقية واصلاح الاحداث تأمين حاجة النزلاء والمودعين الى التعليم ومواصلة الدراسة بفتح المدارس العامة او المهنية في كلتا الدائرتين أو تأمين مواصلة الدراسة خارجها في نطاق مقتضيات الامن الداخلي وامكانيات

^(٥٠) اجراء مقابلة مع استاذ احمد بلال خضر، معاون مسؤول الشعبة القانونية في سجن التاجي، في ٢٠٢٣/٣/١٩ .

^(٥١)تقرير صادر عن مكتب المفوض السامي لحقوق الانسان في العراق على الموقع

<https://alssaa.com/post/show/9962> تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٣/١٥

هاتين الدائرتين" "وان تتولى وزارة التربية بالتنسيق مع وزارة العدل تحقيق المتطلبات الموضوعية لتنفيذ برامج دائرتي الاصلاح العراقية واصلاح الاحداث لتعليم وتأهيل النزلاء والمودعين بفتح المدارس العامة والمهنية بجميع مراحلها داخل اقسام الاصلاحية في هاتين الدائرتين"،^(٥٢) فيما أجاز القانون ايضاً قيام السجين بتدريس زملائه داخل السجن، بناءً على طلب يقدمه الى مدير السجن ويكون ذلك بموافقة مدير عام دائرة الاصلاح العراقية^(٥٣).

كما عالج القانون اعلاه، موضوع الشهادات والوثائق التي تصدر بمنع ذكر أي بيان في الشهادة الدراسية او المهنية، التي يحصل عليها السجين، داخل السجن، فقط يشير ذلك الى انه حصل عليها في دائرة الإصلاح^(٥٤).

رأي الباحث، ان هذه الضمانة لم تذكر في المواثيق الدولية او التشريعات الاخرى، فنؤيد وبشدة ما ذهب إليه المشرع العراقي، بعدم جواز ذكر اي بيان بخصوص الشهادة الدراسية، التي حصل عليها داخل السجن، لكي لا يتعرض الى عوائق في تقديم الى عمل بعد الافراج عنه.

وعالج القانون أيضاً موضوع تصفح الكتب وتجهيز المكتبات في السجون، اذ نص للسجين حق في مطالعة الكتب والصحف والمجلات المسموح بتداولها، ونص القانون ايضاً ان تجهز في دائرتي الاصلاح والاحداث، بالمكتبات و تجهيزها بالكتب، لجميع فئات السجناء دون تمييز، وتضم هذه المكتبة عدداً كافياً من الكتب، للتسليية والثقافة والتعليم، وتشجيع السجناء من الاستفادة من هذه المكتبة^(٥٥).

اما من حيث الحقيقة والواقع الملموس، فان البرنامج التعليمي داخل المؤسسة الاصلاحية التي تبنتها وزارة العدل المتمثلة بدائرة الاصلاح العراقية، هي ان يكون تعليم السجناء من محو الامية الى الجامعة، وهناك برنامج يتم الدراسة عنه حالياً هو الدراسات العليا للسجناء، اما بخصوص مراكز محو الأمية المخصصة للسجناء في الاقسام الاصلاحية التابعة لدائرة الاصلاح العراقية، جرى افتتاحها بالتعاون مع اقسام محو الامية، في مديريات التربية الواقعة في رقعة جغرافية واحدة مع الاقسام الاصلاحية في بغداد والمحافظات الوسطى والجنوبية، عام ٢٠١٢م، وموقعها التنظيمي داخل دائرة الاصلاح العراقية، هو ضمن مكتب معاون المدير العام لشؤون الرعاية الشاملة قسم التدريب والتأهيل والتشغيل وحدة المدرسة، وان لكوادر شعب التدريب والتأهيل والتشغيل في الاقسام الاصلاحية، دور كبير في البرامج التعليمية.

أما من حيث البنية المعمارية لتلك المراكز فان بعضها قاعات كبيرة مبنية بالخرسانات والطابوق وبعضها قاعات كرفانية، وانها شيدت من قبل دائرة الاصلاح العراقية وبعضها شيد من قبل منظمة اليونيسيف، حيث تلتزم المؤسسة الاصلاحية، بتوفير صفوف دراسية، متوفر فيها التهوية الكافية، فضلاً عن توفير الحماية

^(٥٢) ينظر نص المادة (١٧) بفقراتها الاولى والثانية والثالثة، من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

^(٥٣) ينظر نص المادة (١٨) من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

^(٥٤) ينظر نص المادة (١٩) من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

^(٥٥) ينظر نص المادة (٣٤) الفقرة الاولى والثانية، من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

الامنية للكادر التدريسي من المحاضرين، حيث ترسل دائرة الإصلاح كتباً رسمية الى مديريات التربية، لأسماء السجناء الراغبين في الدراسة وأعدادهم واعمارهم، ولكل مركز مدير وعدد من المحاضرين، وتنفذ برامج محو الامية الأساسي والتكميلي، وكان لها الفضل الكبير في تخريج عدد كبير من السجناء، ومنحهم شهادة الرابع ابتدائي لتهيئتهم لأداء الامتحان الخارجي،* لمرحلة السادس الابتدائي، وحظينا بعدد من السجناء الاوائل في هذه المرحلة، حيث بلغ عدد السجناء المنخرطين في مراكز محو الأمية (١٤٠٠) سجين عام ٢٠٢١م و تزايد هذا العدد في عام ٢٠٢٢م بسبب افتتاح مراكز جديدة، وهكذا بالنسبة للدراسات المتوسطة و الإعدادية و الجامعية ^(٥٦).

الفرع الخامس

حق السجين في العمل

أولاً: مضمون حق عمل السجين في قانون إصلاح النزلاء والمودعين رقم (١٤) لعام ٢٠١٨ م

ان العمل داخل المؤسسات العقابية، لا يختلف عن العمل الحر الذي يتم خارج السجن من حيث الشروط، وقد لجأ كثير من المختصين والباحثين إلى تحديد المفهوم العام للعمل، إذ يعرف العمل استناداً إلى الصفات الغالبة فيه، بأنه كل نشاط بدني او ذهني يتم أدائه بمقابل مادي، ويكون بمقابل أجر، وبذلك يكون عنصر المقابل المادي الذي يدفع للعامل هو الذي يعطي قيمة وبعداً أساسياً للعمل ^(٥٧).

إذ نص قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لعام ٢٠١٨ م، الذي تبنى مبدأ عام يتقرر بموجبها إن لكل سجين اتم الخامسة عشر من عمره حقاً في العمل، في حدود قدرته ومؤهلاته، في نطاق القواعد الفنية المعتمدة في التصنيف، بقصد تأهيله وتدريبه مهنيًا، وتهيئة اسباب العيش له بعد اطلاق سراحه لمساعدته على الاندماج في المجتمع، ويقرر القانون اعلاه ايضاً في ذات المادة، مسؤولية دوائر الإصلاح في توفير الورش والمعامل والمنشآت، ومستلزمات العمل الكريم المناسب للسجناء، والاستغلال الأمثل للإمكانات والتخصيصات المالية المتوفرة لها، ويتولى قسم التدريب والتأهيل والتشغيل المرتبط بمعاون مدير عام لشؤون الرعاية الشاملة، في جميع المسؤوليات المتعلقة بالعمل داخل السجون او خارجها، ناهيك عن مهام الإشراف والرقابة على اعمال الورش الداخلية والخارجية، التي يعمل بها السجناء، ويؤسس للسجناء داخل دائرة الاصلاح شعبة التقاعد والضمان الاجتماعي، بالتنسيق مع هيئة التقاعد، لضمان حقوقهم في العمل، ويحضر القانون تشغيل السجناء بأعمال السخرة في الاقسام الإصلاحية ^(٥٨).

^(٥٦) اجراء مقابلة مع الدكتورة حنان موحى علي، مديرة قسم التدريب والتأهيل، دائرة الاصلاح العراقية في وزارة العدل، في ٢٠٢٣/٣/١٣.

^(٥٧) د. احسن طالب مبارك، العمل الطوعي لنزلاء المؤسسات الإصلاحية، ط١، أكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض، ٢٠٠٠، ص ٢٥.

^(٥٨) ينظر نص المادة (٢٠) فقرة اولا وثانية وثالثا، من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

ويؤكد قانون الاصلاح العراقي، على أن العمل في المؤسسات السجنية جزء من مقومات العملية الإصلاحية والتأهيلية، وليس عقوبة بذاته، وعلى اللجان المشكلة في دائرتي الاصلاح العراقية واصلاح الاحداث، مراعاة رغبة السجين، باختيار ما يتلاءم منه مع قدراته ومؤهلاته^(٥٩)، وفي معرض تنظيم القانون لعمل الحدث الذي اتم (١٥) من عمره فقد اقر القانون ايضاً، إمكانية تشغيله داخل الأقسام بأجر بشرط ان يكون العمل وظروفه بمستوى يقترب من المستوى المطبق خارجها من حيث النوع، وطريقة الاداء وانواع الآلات والأدوات المستعملة، ووسائل السلامة والصحة المهنية، اما تشغيله في المشاريع الخارجية فقد احيلت امور تنظيمها إلى تعليمات لاحقة يصدرها الوزير المختص^(٦٠).

ثانياً: شروط عمل السجين

يقرر قانون النزلاء والمودعين لعام ٢٠١٨م، جملة من الشروط تتعلق بتنظيم تشغيل السجناء لدى الجهات الحكومية وهي:-

- ١- أن يكون قد أمضى %١٠ عشرة من المائة من مدة محكوميته، في دائرتي الاصلاح العراقية أو إصلاح الاحداث، إذا كانت محكوميته لا تزيد على خمس سنوات.
- ٢- أن يكون قد أمضى %٢٥ خمسة وعشرين من المائة من مدة محكوميته، في دائرتي الاصلاح العراقية او إصلاح الأحداث، إذا كانت محكوميته تزيد على خمس سنوات.
- ٣- حسن السلوك والجدارة للعمل الخارجي، بتأييد من دائرة الاصلاح المختصة.
- ٤- غير محكوم عن جرائم القتل العمد، جرائم السرقة، واختلاس أموال الدولة، جرائم الإرهاب، جرائم المخدرات، جرائم الخطف والاعتصاب، وجرائم غسيل الأموال.
- ٥- حق السجين في الأجر: (٦١).

فيما يتعلق بالأجور فقد تبنى القانون نظام أجور مكافئ ومنصف، من خلال تبنيها تطبيق أحكام قانون العمل العراقي النافذ رقم(٣٧) لعام ٢٠١٥ م، التي تتعلق بالأجور وتحديدها وأوقات ساعات العمل والإجازات والعطل والأعياد، وحماية المرأة العاملة وحماية الأحداث، والسلامة المهنية على السجناء العاملين داخل السجون وخارجها، وان تصرف الأجور وساعات العمل لمن يتم تشغيلهم بوظائف واعمال ادارية او فنية مؤقتة، وفقا لقوانين الخدمة المدنية والقوانين الخاصة والانظمة والتعليمات الصادرة، والزمتم ارباب العمل بتحمل ما نسبته %٣٠ ثلاثة من المائة من اجر السجين ليدفع لحساب صندوق التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال من المساجين^(٦٢).

(٥٩) ينظر نص المادة (٢١) من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

(٦٠) ينظر نص المادة (٢٢ و٢٣) من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

(٦١) ينظر نص المادة (٢٤) من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

(٦٢) ينظر نص المادة (٢٥) من قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

رأي الباحث هو توافق ما أورده القانون العراقي مع المعايير الدولية بنسبة كبيرة، قدر تعلق الأمر بأصل الحق والأجور وظروف العمل والضمانات المتحققة لقواعد السلامة، وحسناً فعل المشرع العراقي عندما بنى مبدأ المساواة الكاملة، بين ما يخضع له العاملين خارج السجون مع أقرانهم العاملين داخله.

أما من حيث التطبيق الواقعي حيث أطلقت دائرة الإصلاح العراقية المتمثلة بقسم التدريب والتأهيل، منذ عام ٢٠٠٦ م، الحرف للسجناء وقد تحققت خطوات الاكتفاء الذاتي لبعض المنتوجات مثل: البدلات السجنية والحدادة و النجارة وحلاقة السجناء، وخياطة بدلات العسكرية للمنتسبين في السجون وهذا ما تميزت به معظم الأقسام في العراق بتطبيق المعايير الدولية في حماية وحقوق السجنين ومنها سجن سوسة الفيدرالي (سليمانية) وسجن الناصرية المركزي (ذي قار) وسجن أبي غريب (بغداد) و سجن بادوش (الموصل) سابقاً، غير أنه بعد عام ٢٠١٤ م عندما واجهت الإدارات السجنية، تطورات سلبية ساهمت في تردي واقع العمل في السجون، وتعرضت بعض السجون للهجوم الارهابي منها في سجن بادوش وسجن ابي غريب، واخرجتها عن الخدمة، وتعرضت بعض السجون الاخرى الى الضغط بسبب نقل اعداد كبيرة من السجناء اليها، وكذلك الازمة المالية وجائحة كورونا، التي ساهمت في تقليص التخصيصات المالية، وبرامج الاصلاحية للورش التي اطلقت الحكومة فيها التقشف، كل هذه العوامل ساهمت في تردي وضع السجناء داخل السجون العراقية.

وبعد انقضاء فترة النزاع مع تنظيم داعش الارهابي تم استعادة السجون عافيتها و بدأت تحقق خطوات ايجابية كما في السابق، حيث تم افتتاح الورش من جديد، وتم بناء معمل المنيوم ومعمل الرحلات في التاجي، حيث تم تسويق عدداً من الرحلات إلى مديريات التربية في المحافظات^(٦٣).

فقد اطلقت دائرة الاصلاح العراقية برنامجاً اضافياً الى جانب البرنامج العملي منها الرسم و الاعمال اليدوية، وكتابة الشعر والنثر وكتابة القصص القصيرة، وعمل الأمسيات الثقافية بين الحين والآخر، وتكريم السجناء و تشجيعهم.

الخاتمة

في ختام بحثنا عن المعايير الدولية لحماية حقوق السجناء/ العراق نموذجاً، فقد توصلنا الى عدد من النتائج والتوصيات.

اولاً:- الاستنتاجات

١- توصلنا من خلال هذا البحث على وجود تقدم في الفكر العقابي والعمل على تحقيق التأهيل تجاه المحكوم عليه كهدف من تطبيق العقوبة، فلم يعد الغرض من العقوبة كما هو مقرر في السابق مجرد الانتقام والإيذاء، فإن مضمون التنفيذ العقابي شهد تحولاً كبيراً وملموساً، فبعد أن كان التنفيذ بدنياً وحشياً، صار التنفيذ يتم عن طريق سلب الحرية، لم يكن المقصود منه منع السجنين من الهرب، بل كان من أجل تهيئته إلى سبيل الاصلاح، والعودة إلى رشده.

٢- تم التوصل ايضاً الى أن المعاملة العقابية للمحكوم عليهم داخل المؤسسة الاصلاحية شملت رعاية خاصة، اذ نصت عليها التشريعات الداخلية، فضلاً عن الاتفاقيات والتوصيات الدولية التي تحمي تلك الفئة،

(٦٣) اجراء مقابلة مع الدكتورة حنان موحى علي، مديرة قسم التدريب والتأهيل، دائرة الاصلاح العراقية في وزارة العدل، في ٢٠٢٣/١١/١٣.

وتحرص على استحقاقها لحقوقها المنصوص عليها قانوناً، حيث رسخت مبدأ إنسانية المعاملة داخل المؤسسات الإصلاحية وشدت على ضمان ذلك المبدأ من خلال وضع ضمانات له، تتمثل في الحماية من التعذيب، وحظر استخدام القوة وتحسين الأحوال المعيشية داخل المؤسسات السجنية.

٣- اكدت المواثيق الدولية لحقوق السجين في التعليم والعمل والرعاية الصحية وغيرها من الحقوق التي تمكن السجين من اكتساب العديد من المعارف و العلوم و الثقافات واكتساب مهنة و ضمان صحة السجين التي قد تساهم في خلق شخصية جديدة للسجين في المستقبل.

٤- ان المشرع العراقي كفل حقوق السجناء في القانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨ متأثراً بذلك بما ورد في المعايير والمواثيق الدولية.

٥- اكد القانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨ بشكل صريح على حق السجين للحصول على مستوى معيشي مناسب من تصنيف ومساواة وادارة حسنة وحق السجناء في التعليم والعمل والرعاية الطبية والصحية وحقه في تقديم شكاواه التي جاءت متوائمة مع المعايير والمواثيق الدولية.

٦- على الرغم من ان مضامين قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨ جاءت متوافقة ومتوائمة مع المعايير الدولية، الا ان القانون يتبنى منهجاً تمييزياً بين مودعي سجون وزارة العدل وبين من يتم توقيفهم لدى وزارة الداخلية، فيشمل الفئة الأولى بالحماية والضمانات المقررة في قانون اصلاح النزلاء والمودعين قدر تعلق بالخدمات الطبية والصحية ويحرم فئة الموقوفين منها دون مبرر قانوني لهذا التمييز، بل العكس ان قاعدة افتراض البراءة قد تتيح للفئة الثانية مساحة أكبر من الحرية الانتفاع من الخدمات الطبية والصحية الخاصة.

٧- ان القانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨ العراقي لم يتضمن أي التزام قانوني محدد يوجب على العاملين في المجال الصحي والطبي عند علمهم بحالات تعذيب او معاملة قاسية او لا إنسانية او مهينة داخل السجون، توثيقهم لها ووجوب ابلاغهم الإدارة والسلطات القضائية المختصة وان يسعوا الى تطبيق الضمانات الإجرائية الصحيحة من اجل عدم تعريض الضحية او الأشخاص المرتبطين به للمخاطر أو الأذى خلافا لما تقرره القاعدة ٩٣ من القواعد النموذجية، وهو قصور تشريعي يوصى بمعالجته في التعليمات المزمع إصدارها بالاستناد للالتزامات العراق في ضوء اتفاقية مناهضة التعذيب.

ثانياً:-التوصيات

١-نوصي بأخذ انظمة السجون في مختلف دول العالم بقواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء من مبادئ وضوابط وشروط هذه القواعد في التعامل مع المساجين، لما فيه من حقوق وحماية السجين، لان هذه المبادئ تمثل دستوراً لنظام عقابي حديث ومتطور في التعامل مع السجناء.

٢- تفعيل برنامج تصنيف السجناء بشكل علمي، من اجل توزيعهم على اقرب سجن لمحافظة سكاهاهم، وذلك لتسهيل برنامج الزيارة العائلية من جهة ومن جهة اخرى العمل على فصل السجناء المحترفين عن السجناء الجدد، حتى لا يؤثر في اتجاهاتهم نحو الاجرام.

٣-نوصي بحل مشكلة اكتظاظ السجون، وذلك ببناء مراكز سجون حديثة وجديدة ومتطورة ذات مواصفات عالمية بحيث ان لا يزيد عدد السجناء في الغرفة الواحدة عن اربعة سجناء وفقاً لسياسات العزل والتصنيف، والا تزيد الطاقة الاستيعابية للسجن الواحد اكثر من الف سجين مع مراعاة ما سوف يتخذ المسجون الخطر من امكانيات مادية وعلمية لتأهيله.

٤-نقترح على انشاء مؤسسات ومرافق انتاجية وزراعية وصناعية برعاية الدول او المنظمات الدولية، لتشغيل السجناء فيها عند اختيار القاضي عقوبة الخدمة لمصلحة المجتمع كبديل لعقوبة السجن، وبأجور تكفي حاجاتهم وحاجات عوائلهم لتفادي الآثار السلبية للسجين واضراره.

٥-نقترح ان يكون العمل والتعليم داخل المؤسسة السجنية دور في الاستفادة من تخفيض العقوبة ويكون مرهوناً بمدى الاستعداد على التعليم والتأهيل والاصلاح و التهذيب وعلى تقبل العمل كوسيلة لكسب العيش الشريف.

٨-نوصي ان يؤدي عمل السجين في اجر عادل ولا يجوز اخضاع هذ الاجر لمصلحة المؤسسة السجنية لتحقيق الربح بل يجب ان يكون الاجر في شراء اشياء لاستعماله الخاص او في تعويض الضحية التي نالها الاذى من الجريمة التي اقترفها.

المصادر

أولاً:- الكتب

- ١٠-مصطفى يوسف, التنفيذ الجنائي, دار الكتب القانونية, مصر, ٢٠١٠.
- ١١-د. احسن طالب مبارك, العمل الطوعي لنزلاء المؤسسات الاصلاحية, ط١, أكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية, الرياض, ٢٠٠٠.
- ١-اندروكويل, منهجية حقوق الانسان في ادارة السجون, ط٢, ترجمة وليد مبروك صافار, المركز الدولي لدراسات السجون, لندن, ٢٠٠٩.
- ٢- مولاي ادريس أكلمام, المحافظة على الأمن داخل المؤسسات السجنية وحماية حقوق السجناء, ط٤, منشورات المجلس الوطني لحقوق الإنسان, المغرب, ٢٠١٤, ص: ٤٦.
- ٣-غنام محمد غنام, حقوق الانسان في السجون, دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع, مصر, ط١, ٢٠١١.
- ٤-ابراهيم محمد علي, النظام القانوني لمعاملة المسجونين في مصر, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٧.
- ٥-محمد حافظ النجار, حقوق المسجونين في المواثيق الدولية و القانون المصري, دار النهضة العربية, مصر, ٢٠١٢.
- ٦-سعد سلطان وعبد الامير خيكان, الاطار القانوني لمنظومة السجون العراقية بين المعايير الدولية والواقع, العراق, ٢٠١٨.
- ٧-نبيل العبيدي, أسس السياسة العقابية في السجون ومدى التزام الدولة بالمواثيق الدولية, ط١, المركز القومي للإصدارات القانونية, القاهرة, ٢٠١٥, ص١٨٣.
- ٩-احمد عبد اللاه المراغي, المعاملة العقابية للمسجون في النظام الوضعي والعقاب الاسلامي, دراسة مقارنة, ط١, المركز القومي للإصدارات القانونية, القاهرة, ٢٠١٦, ص١٣١.

ثانياً:- الرسائل والاطاريح

- ١-هند بورنان, مبدأ تفريد العقوبة وتطبيقاتها في القانون الجزائري, رسالة ماجستير, كلية الحقوق والعلوم الانسانية, جامعة محمد خيضر, بسكرة, ٢٠١٦, ص٥٣.

ثالثاً:- الاتفاقيات الدولية

- ١- القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لسنة ١٩٥٥.
- ٢-قانون السجون النموذجي, الامم المتحدة, لسنة ٢٠٢٢.

رابعاً:- القوانين الوطنية

- ١- قانون النظام الداخلي لمهام وتقسيمات دائرة الاصلاح العراقية رقم ١ لسنة ٢٠١٢ المعدل.
- ٢- قانون اصلاح النزلاء والمودعين, رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨.

خامساً:- شبكة الانترنت

- ١-تحالف او هارد ويضمن في عضويته منظمة او هارد الهولندية وشبكة العدالة للسجناء العراقية, وهي منظمة غير حكومية تهدف الى دعم وتعزيز الديمقراطية ورصد ومراقبة اوضاع حقوق الانسان بشكل عام و حقوق السجناء بشكل خاص يمكن الاطلاع على التقرير من خلال الرابط

<https://www.iohrd.nl/2018/05/31/>

- ٢-تقرير صادر عن مكتب المفوض السامي لحقوق الانسان في العراق على الموقع

<https://alssaa.com/post/show/9962>

سادساً:- المصادر الاجنبية

- 1-Basic Principles for the Treatment of Prisoners Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 45/111 of 14 December 1990.
- 2-Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights Prisoners' rights.
- 3-HUMAN RIGHTS AND PRISONS Manual on Human Rights Training for Prison Officials.



Provisions of Inheritance in The Case of Mass Death A Comparative Study

Dr. Nashwan Zeki Suleima

Assist. Prof

College of Law- University of Mosul- Mosul- Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 22 Aug., 2023

Accepted: 7 Oct., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 203-234

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

Dr. Nashwan Zeki Suleima

College of Law - Mosul

University

Mosul – Iraq

Email: nashwanzeki1@uomosul.edu.iq

Abstract

The issue of mass death often occurs and is very problematic, in which a group of inheritors dies, and it is not known who preceded the death to be inherited and who died late to be an heir, and it often occurs in the present time and as a result of road accidents in which groups of people go, such as car accidents, planes and trains, and incidents of demolition, drowning, burning, killing in wars and so on, so if any of the cases of mass death occur, The matter is not without five cases: The first case: Knowing that those who died in a group all at one time at one time, and one of them did not precede the other in death, and in this case there is no inheritance between them unanimously, because one of the conditions of inheritance is that the life of the heir is achieved after the death of the inheritor, and this condition is missing here, and the second case: It is known that the death of one of them was delayed in particular from the death of the other and he did not forget that, so the late one inherits the first one unanimously, In order to achieve the life of the heir after the death of the inheritor, and the third case: that the death of some of them is known later than the death of others without specifying the earlier and the later, and the fourth case: that the death of some of them is known later than the death of others in particular, but their matter was forgotten, and the fifth case: that the reality of their death is ignorant, without knowing whether their death was all or different., In these last three cases, it was a field for ijihad and consideration, and Muslim jurists differed regarding their bequeathing. Some of them went to non-inheritance in all of these three cases, while a Others insisted on inheriting those who died collectively, each from the other, regardless of the cause of death, while the Imamis see the inheritance of those who died collectively by drowning and demolition, rather than those who died by burning or murder.

Keyword: (Mass death) (drowned) (burn) (emolition) (the inheritors) (The overarching issue).



احكام الميراث في حالة الموت الجماعي

دراسة مقارنة



الدكتور نشوان زكي سليمان

استاذ مساعد

كلية الحقوق - جامعة الموصل - الموصل - العراق

المستخلص

إن مسألة الموت الجماعي كثيرة الوقوع وفيها الكثير من الإشكالات عندما يموت جماعة من المتوارثين، لا يعرف منهم السابق الى الموت ليكون مورثاً ومن المتأخر موته ليكون وارثاً، وكثيراً ما تقع في وقتنا الحاضر نتيجة لحوادث الطرق التي يذهب فيها جماعات من الناس، كحوادث السيارات والطائرات والقطارات، وحوادث الهدم والغرق والحرق والقتل في الحروب والوباء وغير ذلك، فإذا وقع شيء من حالات الموت الجماعي، لا يخلو أمر موتهم عن حالات خمس: الحالة الأولى: العلم بأن من ماتوا جماعة جميعهم في وقت واحد دفعة واحدة ولم يسبق أحدهم الآخر في الموت، وفي هذه الحالة لا توارث بينهم إجماعاً، لأنه من الشروط التي يجب تحققها في الميراث موت المورث ومن ثم حياة الوارث، والحالة الثانية: أن يُعلم يقيناً موت اللاحق عن السابق بعينه ولم ينسئ ذلك، فالتأخر يرث المتقدم بالإجماع، لأن حياة الوارث قد علمت بعد موت المورث، والحالة الثالثة: أن يعلم تأخر بعضهم عن موت البعض الآخر من غير تعيين للمتقدم والمتأخر، والحالة الرابعة: أن يُعلم تأخر موت بعضهم عن موت البعض الآخر بعينه، لكن نسي أمرهم، والحالة الخامسة: أن يجهل واقع موتهم، دون معرفة إن كان موتهم جميعاً أم متفاوتين، وفي هذه الأحوال الثلاث الأخيرة كان مجال للإجتهد والنظر، حيث اختلف الفقهاء المسلمون بشأن توريثهم فمنهم من ذهب إلى عدم التوارث في هذه الأحوال الثلاث الأخيرة جميعاً بينما أصر البعض الآخر على توريث من ماتوا جماعة كل واحد من الآخر مهما كان سبب الموت، في حين يرى الامامية توريث من ماتوا جماعة غرقاً وهدماً دون من ماتوا حرقاً أو قتلاً.

الكلمات الافتتاحية: (الموت الجماعي) (الغرقى) (الحرقى) (الهدمى) (الورثة) (المسألة الجامعة)

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/٨/٢٢

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/١٠/٧

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution)

(CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام،

والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع

للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس:

الدكتور نشوان زكي سليمان (٢٠٢٣)

احكام الميراث في حالة الموت الجماعي

دراسة مقارنة

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

لقد امتاز نظام الميراث في الإسلام عن غيره من أنظمة التوريث في القوانين الوضعية، ذلك أن الشارع الحكيم لم يجعل قسمة الميراث إلى مالك المال ليورث من يشاء ويحرم من يشاء، ولم يجعل ذلك إلى نبي مرسل ولا إلى ملك مقرب، وقد تولى الله سبحانه وتعالى تقسيم تركة الموتى في آيات قرآنية تتلى إلى يوم القيامة، ولكن هناك من الحالات في الموارث ينبغي التثبت منها عند التوريث بين أصحاب "الموت الجماعي في حوادث كثرت في الوقت الحاضر كحوادث السيارات والطائرات والزلازل والغرق والحرق، ونحو ذلك دون معرفة مُتقدِّمهم من مُتأخِّرهم في الموت، وأولهم من آخرهم، لأنَّ هناك بعض الحالات التي لا يجوز فيها أن تُورث بعضهم من بعض، لذلك كان التوريث للموتى في هذه الحوادث محل نظر في الفقه الاسلامي وما قدموه أهل العلم من اجتهادات وتبعهم في ذلك شرعي القوانين الوضعية للأحوال الشخصية.

ثانياً- أهمية البحث: تكمن أهمية البحث في أن الوصول إلى حقيقة وقت الموت في دعاوى الأحوال الشخصية تعتبر من أهم المسائل التي تثير اهتمام قاضي الموضوع لتعلقها بالحل والحرمة، لذلك يسعى دائماً لأن يكون حكمه للوارثين في الموت الجماعي مبنياً على الجزم واليقين لا على الظن والإحتمال، وأن الوصول إلى هذه الغاية يقتضي إقامة الدليل على سبق موت أحدهما قبل الآخر، بالإعتماد على تقرير من الطبيب العدلي أو من خلال البيئة الشخصية أو القرائن التي يتحصل عليها قاضي الموضوع بغية تثبتها وتحديد الوارثين في وثيقة القسام الشرعي للميتين وورثتهم، لذلك كان من الضروري أن نبين مفهوم الميراث حال الموت الجماعي والوقوف على حالاته وحكم التوريث في كل حالة مستدلين في هذا البحث على ما جاء من أقوال للفقهاء المسلمون وما أخذ به شرعي القوانين بشأن توريث من ماتوا جماعة من عدمه.

ثالثاً- مشكلة البحث: إن مشكلة البحث تثار في الحالة التي يموت فيها مجموعة من الوارثين بإحدى حوادث العصر الكثيرة منها: حوادث السيارات والطائرات والزلازل والحرق والغرق، كحادثة العبارة على سبيل المثال في مدينة الموصل التي راح ضحيتها الكثير من الموتى الوارثين في وقت زمني واحد دون أن يعرف أي منهما سابق موته، فهذه الحالة وما يشبهها من حالات احتمالاتها شائكة بحيث يصعب على القاضي الوقوف غالباً على شيء محدد فيها لعدم تحقق شروط الإرث في مثل هذه المسائل كاملة، ومن هنا عالجت الشريعة الإسلامية مثل هذه المواضيع تحت عنوان الميراث بالتقدير والاحتياط، ذلك أن الحكم فيها يبنني على التقدير والاحتياط لا على سبيل الجزم واليقين، خاصة وأن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية لم يعالج مثل هذه المسائل "وأحالتها إلى أحكام الشريعة الاسلامية التي تكون أكثر ملائمة مع نصوص هذا القانون.

رابعاً- منهجية البحث: يستلزم البحث في هذا الموضوع إتباع المنهج المقارن بين الفقه الإسلامي الحنيف وما سطره من أحكام بمذاهبه الأربعة الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة فضلاً عن المذهب الامامي،

مقارنة بالقوانين محل الدراسة كل من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦ المعدل، وقانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل، وقانون الاحوال الشخصية الأردني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٩ المعدل ، وكل ما أورده أهل العلم من أقوال عن ميراث الموت الجماعي وما نصت عليه القوانين المقارنة التي تناولت هذا الموضوع معززة ببعض القرارات القضائية، واقترح ما يمكن من نصوص قانونية يكمن أن يأخذ بها المشرع في قانون الأحوال الشخصية العراقي بما يتلائم وواقع مصلحة الوراثين ممن ماتوا جماعة.

خامسا- خطة البحث: سنقسم دراسة موضوع أحكام الميراث في حالة الموت الجماعي/ دراسة مقارنة إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: ماهية ميراث الموت الجماعي وصوره

المطلب الأول: مفهوم ميراث الموت الجماعي

المطلب الثاني: صور الموت الجماعي وعلاقته بالطب العدلي

المبحث الثاني: أحكام ميراث الموت الجماعي وتطبيقاته الفرضية

المطلب الأول/ أحكام ميراث الموت الجماعي

المطلب الثاني/ التطبيقات الفرضية في مسائل ميراث الموت الجماعي

المبحث الأول

ماهية ميراث الموت الجماعي وصوره

يعتبر الوصول إلى حقيقة العلم بجهة الإرث في دعاوى تصحيح القسامات الشرعية وتحصيل التركة من المسائل المهمة لدى قاضي الأحوال الشخصية الذي يسعى دائما لأن يكون حكمه مبنياً على الجزم واليقين لا على الظن والإحتمال، وأن الوصول إلى هذه الغاية يقتضي من المدعي إقامة الدليل على إكمال توفر شروط الميراث التي يتطلبها مشرعوا قانون الأحوال الشخصية وإسنادها إلى كل من الوارث والمورث لتوزيع التركة بعد العلم بجهة الإرث، خاصة بعد أن كثرت حوادث الغرق والهدم والحرق وحوادث الطائرات والسيارات والسفن وغيرها من الحوادث التي غالباً ما ينتج عنها الموت الجماعي الذي يصعب فيه تمييز الأسبق موته من الآخر، وقد كان للطب العدلي في الوقت الحاضر الدور في الإستدلال عن وقت موت الانسان في مثل هذه الحالات، إلا أن الشك في كثير من الأحيان يبقى قائماً في عملية التحديد الدقيق لموت أي منهما قبل الآخر حقيقة، لذلك سنقسم الى مطلبين:

المطلب الأول/ ماهية ميراث الموت الجماعي

المطلب الثاني/ صور الموت الجماعي وعلاقته بالطب العدلي.

المطلب الأول

ماهية ميراث الموت الجماعي

ليبان ماهية ميراث الموت الجماعي سنتناول تعريف كل من مصطلح الميراث والموت الجماعي كل على حدة لغة واصطلاحاً، وقانوناً وطبياً وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول

تعريف ميراث الموت الجماعي لغة واصطلاحاً

أولاً- تعريف الميراث لغةً: الميراث من وَرِثَ فلانٌ أباه يَرِثُهُ وِراثَةً ومِيراثاً، وأورثَ الرجلُ وِلْدَهُ مالاَ إِيْراناً حَسَناً، ووَرِثْتُ أبي ووَرِثْتُ الشَّيءَ من أبي أرِثُهُ إذا انتقل المال إلى الوارث، والارث الإبقاء للشَّيء يُورِثُ، أي: يُبقي ميراثاً، "كقول الرسول: قفوا على مشاعركم فإنكم على إرث من إرث أبيكم إبراهيم"^(١) ويريد به ميراثهم ملته"^(٢).

ثانياً- تعريف الموت لغةً: قيل في الموت مات ميتة سوء والموتة الجنون والميت أصله الميت بالتشديد^(٣)، إلا أنه يخفف فيقال: مَيِّت ومَيِّت، والمعنى واحد، والحياة ضد الموت والحي ضد الميت والمحيا مفعل من الحياة تقول محياي ومماتي والحي واحد هم أحياء العرب وأحياء الله فحيي وحي أيضا والإدغام أكثر وقرئ لقوله تعالى: ﴿وَيَحْيِي مَنْ حَيٍّ عَنِ بَيِّنَةٍ وَإِنَّ اللَّهَ لَسَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(٤)، وفرق بعضهم بينهما فقال: يقال لما لم يميت: مَيِّت بالتشديد، والميِّت ما قد مات، قال تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ﴾^(٥)، وقال الأزهري في تصديق أن الميِّت والميِّت واحد: ليس من مات فأستراح بميِّت إنما الميت ميِّت الأحياء فجعل الميِّت كالميِّت^(٦).

مما تقدم يتبين بأن أصل الموت في اللغة يدور حول عدة معاني منها:

١- ذهاب القوة من الشيء، قال ابن فارس^(٧): "الميم والواو والتاء أصل صحيح، يدل على ذهاب القوة من الشيء، منه الموت خلاف الحياة، وإنما قلنا: أصله ذهاب القوة، لما روي عن النبي ﷺ قال: "ألا إنكم أيها

(١) رواه أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبو داود، دار الفكر، بيروت، دون سنة نشر، باب مَوْضِعِ الوُفُوفِ بِعَرَفَةَ ، رقم الحديث(١٩١٩)، ج٢، ص١٨٩.

(٢) ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٩٩٠م، ج٢، ص١١١.

(٣) الفراهيدي، الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، مكتبة الهلال، دون مكان أو سنة نشر، ج٨، ص١٤٠.

(٤) سورة الأنفال، الآية (٤٢).

(٥) سورة الزمر، الآية (٣٠).

(٦) الأزهري، منصور محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠١م، ج١٤، ص٢٤٤.

(٧) ابن فارس، أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الجيل، بيروت، ١٤٢٠هـ، ج٥، ص٢٨٣.

النَّاسُ تَأْكُلُونَ مِنْ شَجَرَتَيْنِ لَا أَرَاهُمَا إِلَّا خَبِيثَتَيْنِ الْبَصَلِ وَالثُّومِ وَإِنْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ □ يَأْمُرُ بِالرَّجُلِ يُوجَدُ مِنْهُ رِيحُهَا فَيَخْرُجُ إِلَى الْبَقِيعِ فَمَنْ كَانَ لَا بُدَّ أَكَلَهُمَا فَلْيُمِثْهُمَا طَبْحًا^(٨).

٢- ويُطلق الموت في كلام العرب على السكون، يقال: ماتت الريح، أي سكنت^(٩).

ثالثاً- تعريف الجماعة لغة: الجماعة: من جمع، والجمع: مصدر مؤكّد جمعت الشيء، وقد يكون إسمًا لجماعة الناس، وفي المثل الذود إلى الذود إبل أي إذا جمعت القليل مع القليل صار كثيرًا^(١٠)، والجمع على جموع أسم مصدر إجتماع يجتمع إجتماعا وجماعة، وصارت لفظة الجماعة تطلق على القوم المجتمعين بالنقل، حتى صارت حقيقة عرفية في القوم المجتمعين^(١١).

رابعاً-تعريف الميراث إصطلاحاً: عرف الميراث بتعريفات عديدة منها: فقد عرف الميراث بأنه: أسم لما يستحق الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث^(١٢)، أو هو "انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة الجبرية^(١٣).

خامساً- تعريف الموت إصطلاحاً: الموت أمر مشهور لم ينازع فيه أحد وحقيقته كما قال عنه بعض الفقهاء بأنه: مفارقة الروح للبدن^(١٤)، فالموت إنسحاب الروح من البدن عندما يصبح البدن غير أهل لبقاء الروح فيه^(١٥)، وقال الحافظ ابن حجر: فالموت انقطاع تعلق الروح بالبدن ظاهراً وباطناً^(١٦)، لذلك لا يلزم من قبض الأرواح الموت ظاهراً فقط، إنما ظاهراً وباطناً^(١٧)، لما جاء في الحديث الصحيح أن النبي □ قال: "إنَّ

(٨) أخرجه ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٤هـ، رقم الحديث (٢٠٩١)، ج٥، ص٤٤٤.

(٩) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج٢، ص٣.

(١٠) الرازي، مختار الصحاح، مصدر سابق، ج١، ص٩٤.

(١١) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج٢، ص٢٠٠.

(١٢) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام، الفتاوى الهندية في مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة طبع، ج٦، ص٤٧٧.

(١٣) محمد أبو السعود المصري، فتح المعين على شرح الكنز، مطبعة ابراهيم المويلحي، دون مكان نشر، ١٢٨٧هـ، ج٣، ص٥٦٤.

(١٤) النووي، أبو زكريا محبي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ، ج٥، ص١٠٥.

(١٥) محمد رواس، وحامد صادق، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الاردن، ١٤٠٨هـ، ص٦٤٨.

(١٦) ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ، ج٢، ص٦٧.

(١٧) ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ، ج٢، ص٦٧.

اللَّهِ قَبْضَ أَرْوَاحِكُمْ حِينَ شَاءَ، وَرَدَّهَا حِينَ شَاءَ"^(١٨)، لأن المعنى من قبض الروح هنا قطع تعلقه عن ظاهر البدن فقط والموت قطع تعلقه بالبدن ظاهراً وباطناً، وأن قول الرسول □: "إِنَّ اللَّهَ قَبْضَ أَرْوَاحِكُمْ حِينَ شَاءَ وَرَدَّهَا عَلَيْكُمْ حِينَ شَاءَ" مثل قوله تعالى: ﴿اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا﴾^(١٩)، فالموت والحياة متناقضان تناقض النور والظلام فكل واحد منهما نقيض الآخر^(٢٠)، والموت حق واقع لا مناص منه، لذلك فإن الديانات قاطبة متفقة على حقيقة الموت، لأنه حقيقة قطعية جارية على كل مخلوق لا يتخلف عنه أحد، وقد أكد القرآن الكريم تمام التأكيد على هذه الحقيقة لقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾^(٢١)، وتدل هذه الآية الكريمة بأن الله تعالى يعم إخباره على جميع الخليقة بأن كل نفس ذائقة الموت وفيها تعزية لجميع العباد، لأنه لا يبقى أحد على وجه الأرض حتى يموت^(٢٢)، ولو كانت الحياة باقية لأحد لبقيت لرسول الله صلى الله عليه وسلم، ولكن الله عز وجل يقول لرسوله عليه الصلاة والسلام: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ﴾^(٢٣)، ويقول البري في تفسيره لهذه الآية الكريمة إنكم يوم القيامة عند ريكم تختصمون فيخاصم الصادق الكاذب والمظلوم الظالم والمهتدي الضال والضعيف المستكبر^(٢٤).

سادساً- تعريف الجماعة اصطلاحاً: "الجماعة هي الإجتماع في مكان معين، وضدها الفرقة، وإن كان لفظ الجماعة قد صار إسماً لنفس القوم المجتمعين، فلو اجتمع رجالٌ مؤتى فقط أو نساءً فقط فالصحيح أنه يُسوي بين رؤوسهم"^(٢٥).

(١٨) رواه البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري)، دار ابن كثير، بيروت، ١٤٠٧هـ، كتاب مواقيت الصلاة، باب الأذان بعد ذهاب الوقت، رقم الحديث (٥٧٠)، ج١، ص ٢١٤.

(١٩) سورة الزمر، الآية (٤٢).

(٢٠) العيني، بدر الدين محمود بن أحمد العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون مكان نشر أو سنة طبع، ج٥، ص ٨٨.

(٢١) سورة آل عمران، الآية (١٨٥).

(٢٢) ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ، ج٢، ص ١٧٧.

(٢٣) سورة الزمر، الآية (٣٠).

(٢٤) الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن (تفسير الطبري)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ، ج٢، ص ١.

(٢٥) المرادوي، علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٤هـ، ج٢، ص ٥١٩.

الفرع الثاني

تعريف الموت قانوناً وطبياً

أولاً- تعريف الموت في القوانين المقارنة: لم ينص المشرع العراقي ومشرعي القوانين المقارنة للأحوال الشخصية على تعريف الموت، بإعتبار أن تعريفه يكون من اختصاص القوانين الطبية، وبالفعل فقد عرف المشرع العراقي في قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها الموت بأنه: المفارقة التامة للحياة بصورة يقينية وفقاً للمعايير الطبية^(٢٦).

ثانياً- تعريف الموت طبياً: عرف الموت طبياً من بعض المختصين^(٢٧) بأنه: توقّف الكائنات الحيّة نهائياً عن القيام بأيّ نشاط وظيفي حيوي كالتنفس والأكل والشرب والحركة والتفكير، وهذا يعني من وجهة نظرهم بأنه يمكن التمييز بين تعريفين طبيين للموت:

أ- الموت السريري: وهو حالة الإنعدام الفجائي لدوران الدم في الأوعية الدموية مع الإنقطاع التام عن التنفس إلى جانب غياب الوعي، والموت الدماغى أو البيولوجي^(٢٨).

ب- الموت البيولوجي (Biological Death) أو أحياناً يسمى "الموت الدماغى" بأنه: حالة انعدام وظائف الدماغ (Brain Stem) والنخاع الشوكي بشكل كامل ونهائي، وهذه الأعضاء الثلاثة المذكورة لن ترجع إليها وظائفها أبداً على الأقل وفق المعلومات العلمية والتقنية الحالية للطب العدلي، بإعتبار أن هذا العلم هو الذي يمثل العلاقة ما بين الطب والقانون، وترتكز هذه العلاقة على ما يحتاجه القانون من الطب وبالعكس.

يتبين مما تقدم من تعاريف لمفردات ميراث الموت الجماعي بأن المقصود به في صدد بحثنا بقدر تعلق الموت بالميراث بأنه: "كل جماعة يموتون دفعة واحدة ولا يعلم السابق منهم سواء كان ذلك بحادث غرق أو هدم أو اصطدام وانقلاب سيارة أو سقوط طائرة أو موتهم بإنفجار وغير ذلك من الذين بينهم سبب

(٢٦) ينظر: الفقرة (٨) من المادة (١) من قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها العراقي رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ المعدل.

(٢٧) د. لندى محمد نعيم الدقر، موت الدماغ، دار الفكر المعاصر، بيروت، ١٩٩٧م، ص٤٧؛ د. زهير احمد السباعي، ود. محمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، دون مكان نشر، ٢٠٠٨م، ص١٥.

(٢٨) يعرف الطب العدلي بأنه: العلم الذي يسخر المعارف الطبية لفائدة الإجراءات القانونية وهو بذلك يعد أحد الفروع العلمية المشتركة بين الطبيب ورجل القانون وخصوصاً القاضي الذي قد تعرض عليه قضايا يستحيل عليه البت فيها بعيداً عنه، لذلك فهو مدعو لأن يطلع على جانب من هذه المعارف الطبية حتى يتسنى له النظر في فحوى الخبرة الطبية أو على الأقل حل وقراءة رموزها التي لها مميزاتها الخاصة التي تمكنه من تقييم نتائجها بعين المتبصر المنتبه، وكذلك يقع على الطبيب الشرعي هو الآخر من جهته واجب الإلمام ببعض المعارف القانونية ولو بشكل عام حتى يتسنى له فهم الغاية التي كلف من أجلها للقيام بمهمته و تقديم الأجوبة المناسبة للأسئلة المطروحة عليه من القاضي المختص. ينظر: د. وصفي محمد علي، الطب العدلي علماً وتطبيقاً، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٣م، ص ٧.

من أسباب الميراث ويدركهم الموت بشكل جماعي في الحادث نفسه، فيموت هؤلاء دفعة واحدة أو بالتتابع مع الجهل بتاريخ موتهم، وعدم العثور عليهم إلا بعد مفارقة أرواحهم عن أجسادهم .

المطلب الثاني

صور الموت الجماعي وعلاقته بالطب العدلي

قسم الفقه الاسلامي الموت الجماعي إلى عدة صور وإختلفوا في إمكانية توريث أحدهما من الآخر وتوريثهم ، هذا ما سنبينه في الفروع التالية:

الفرع الأول

صور الموت الجماعي

يرى الفقه الاسلامي بأن صور الموت الجماعي عديدة يمكن إجمالها بما يلي:

١- أن يُعلم تقدم موت أحدهم على الآخر، فيرث المُتأخر من المتقدم ولو بوقت يسير.

٢- أن يتحقق من موتهم معاً، فلا توارث بينهم.

٣- أن يُجهل الحال، ولا يُعلم موتهم معاً أم سبق أحدهما الآخر.

٤- أن يُعرف سبق أحدهما الآخر من غير تعيين.

٥- أن يُعلم تقدم موت أحدهم على الآخر بعينه، إلا أنه نسي لطول المُدة في قسمة التركة^(٢٩).

والحالات الثلاث الأخيرة يُلحقها الأئمة مالك والشافعي وأبي حنيفة بالحالة الثانية، فلا توارث بينهم، أو أن لا يختلف الورثة فيمن تقدم أو سبق بالموت ، فيرث كل من الميتين من تلاح مال الآخر الذي كان يملكه قبل الموت، ولا يرث من الآخر نصيبه من ميراث الميت الذي مات معه ويُسمّى بالطريف^(٣٠)، لأن الطريف لا يُقسم إلا على الورثة الأحياء، وذلك لئلا يُؤدي إلى توريث الإنسان من نفسه^(٣١).

الفرع الثاني

الموت الجماعي وعلاقته بالطب العدلي

يعتبر الطب العدلي أو ما يسمى بالطب الشرعي عند بعض البلدان العربية من الطرق الحديثة نسبياً، بإعتباره أحد وسائل الإثبات الذي كان له موضع اهتمام في الشرائع السماوية لا سيما الشريعة الاسلامية التي حثت على طرق الإثبات لإظهار حقيقة أية واقعة وعدم الأخذ بالشبهات وكان هذا واضحاً بما جاء في

(٢٩) عادل بن أحمد الغامدي، نصف العلم لطالب العلم، في علم الفرائض، دون مكان طبع أو سنة نشر، ص ١٢٥.

(٣٠) التلاح والتلاح: يعني المال القديم الأصلي الذي ولد عندك وهو نقيض الطارف أي جديد المال. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج ٣، ص ٩٩.

(٣١) د. مصطفى مسلم، مباحث في علم المواريث، دار المنارة، السعودية ٢٠٠٤م، ص ١٥٥.

قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَيَّ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ ﴾^(٣٢)، وكذلك ما جاء في قصة سيدنا يوسف عليه السلام في إدعاء امرأة العزيز عليه ثم تبين بالأدلة بعد فحص قميصه ومواقع التمزقات بأن نبي الله يوسف صادق في قوله وبرأته بما لفق إليه من تهمة لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِّن دُبُرٍ فَكَذَّبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴾^(٣٣)، وكذلك فيما إدهاء أشقاء سيدنا يوسف عليه السلام بأن الذئب أكله كما جاء في قوله تعالى: ﴿ وَجَاءُوا عَلَيَّ قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَيَّ مَا تَصِفُونَ ﴾^(٣٤).

وقد كان لهذه الآيات الكريمة الفضل في وضع اللبنة الأولى لطريق الطب العدلي في الإثبات خاصة بعد التطور العلمي الملحوظ وما ترتب عنه من تغيير في أساليب الحياة، ساهم كثيراً في توسيع العلاقة بين الطب العدلي والقضاء بغية تحقيق نوع من العدالة القضائية، ومن أجل هذا الهدف فإنه كثيراً ما نجد القاضي على اختلاف موقعه في المحاكم يلجأ إلى الاستعانة بالطبيب العدلي الذي أصبح الإعتماد عليه ضرورة ملحة ليتسنى له كشف الأدلة بالوسائل العلمية التي تضيق عادة من هامش الخطأ وبذلك يكون حكمه صائباً عند اتخاذه القرار بتوزيع تركة المورث على الورثة من مستحقيها^(٣٥).

ومن وجهة نظري أنه مع الدور الذي يؤديه الطبيب العدلي في العراق، إلا أنه لا زال يُنظر إليه على أنه طبيب الموتى ولم يعطى له الأولوية والامتيازات التي تعطى لباقي الأطباء وعدم مده بالإمكانات اللازمة للقيام بالمهام المنوطة له على أكمل وجه، لذلك نقترح للمشرع العراقي النص في قانون الأحوال الشخصية كفقرة (٦) في المادة (٨٩) منه النص الآتي: "تطبيق الخبرة الطبية والإستعانة بفحص DNA في حالات الموت الجماعي لمعرفة أيهما أسبق للموت لتوريث الآخر منه، بعد تحقق شروط الميراث الشرعية بينهما".

لأنه بتقرير الطب العدلي على الأقل نضمن جواز الإعتماد على هذا الفحص الطبي التقني ما دامت نتيجته قطعية على الأغلب، وفي نفس الوقت يتعين على القاضي العراقي المختص تقويم التقارير التي يقدمها خبراء الطب العدلي مع إعطاء القضاء سلطة تقديرية في تقرير صحة ما يستدل به الخبراء من نتائج في تقاريرهم للوصول إلى الحقيقة.

(٣٢) سورة الحجرات، الآية (٦).

(٣٣) سورة يوسف، الآية (٢٧).

(٣٤) سورة يوسف، الآية (١٨).

(٣٥) محمد العزيزي، الطب الشرعي ودوره في إصلاح العدالة، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، ٢٠٠٥م، ص ١٥.

المبحث الثاني

أحكام ميراث الموت الجماعي وتطبيقاته الفرضية

اختلفت أقوال أهل العلم في الفقه الاسلامي بشأن ميراث الأشخاص الذين ماتوا جماعة بحادث واحد سواء "كان بغرقهم أو حرقهم أو هدم سقف الدار على رؤوسهم" أو ما شابه ذلك، فمن الفقهاء من أجازوا توريث بعضهم البعض إذا توفرت فيهم أسباب الميراث بينما أصر آخرون على عدم توريث بعضهم من بعض لإنعدام أحد شروط الميراث فيما بين هؤلاء الموتى، وهذا ما سنبحث به في المطلب الآتيين:

المطلب الأول/ أحكام ميراث الموت الجماعي

المطلب الثاني/ التطبيقات الفرضية في مسائل ميراث الموت الجماعي

المطلب الأول

أحكام ميراث الموتى جماعة

لم يتفق الفقه الاسلامي على رأي واحد في توريث من ماتوا جماعة بسبب الغرق أو الحرق أو الهدم أو القتل أو الوباء، إنما تعددت آرائهم فمنهم من ذهب إلى توريث من ماتوا جماعة ومنهم من لم يجيز التوريث بينهم في الفقه الاسلامي والقوانين محل الدراسة، وهذا ما سنبينه في الفروع التالية:

الفرع الأول

أحكام ميراث الموت الجماعي في الفقه الاسلامي

يتفق أهل العلم في الفقه الاسلامي بأنه إذا علم تقدم موت أحدهم على الآخر، فيرث المتأخر من المتقدم ولو بوقت يسير، بإعتبار أن اللاحق يرث السابق حسب قواعد الإرث وأن ورثة الميت اللاحق يرثون مع ما ورثه من مال من الذي مات قبله أو أن يتحقق من موتهم معاً، فلا توارث بينهم، إلا أنهم اختلفوا في حالات ثلاث هي: بأن يعلم تأخر موت بعضهم عن موت البعض الآخر من غير تعيين للمتقدم والمتأخر، أو يعلم من تأخر موت بعضهم عن موت البعض الآخر بعينه، لكن نسي أمر موتهم، أو جهالة حقيقة موتهم، دون معرفة إن كان موتهم جميعاً في وقت واحد أم كان موتهم بصورة متفاوتة^(٣٦)، ففي هذه الحالات الثلاثة كانت مجال للاحتمال والاجتهاد على رأيين:

(٣٦) د. أحمد علي الخطيب، شرح قانون الأحوال الشخصية، القسم الأول في أحكام الميراث، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٩٠م، ص ٥٦.

الرأي الأول: عدم التوارث بينهم جميعاً: وهو ما ذهب إليه جماعة من الصحابة منهم: أبو بكر الصديق، وزيد بن ثابت، وابن عباس رضي الله عنهم، وقال به الأئمة الثلاثة: أبو حنيفة^(٣٧)، ومالك^(٣٨)، والشافعي^(٣٩)، وهو تخريج في مذهب أحمد، لأن من شروط الإرث موت المورث وتحقق حياة الوارث، وهذا الشرط ليس متحقق هنا، بل هو مشكوك فيه، ولا توريث مع الشك، ولأن قتلى واقعة اليمامة وقتلى واقعة صفين وقتلى الحرة لم يورث الصحابة هؤلاء الموتى بعضهم من البعض الآخر، ووجه هذا الرأي بأن من شروط الميراث موت المورث وتحقق حياة الوارث، وهذا الشرط غير متحقق، لأنه بموتهم عمي عليهم معرفة السابق من اللاحق إلى الموت، وعند عدم علم المتأخر من المتقدم لا يمكن توريث من ماتوا بعضهم من بعض".

ومن الفقه الاسلامي^(٤٠) من يبرر عدم توريثهم من بعض لأنه لم تعلم حياته حين موت مورثه كالحمل إذا وضعته ميتاً، ولأن الأصل عدم التوريث فلا تثبته بالشك ولأن توريث كل واحد منهما الآخر خطأ يقيناً، لأنه لا يخلو من أن يكون موتها معاً أو سبق أحدهما به، وإن توريث السابق بالموت والميت معه غير جائز فكيف يُعمل به، لأنه يحتمل موتها جميعاً فلا يكون فيهما مسبق.

واستدلوا بما روي عن بن أبي الزناد عن الفقهاء من أهل المدينة كانوا يقولون كل قوم متوارثين ماتوا في هدم أو غرق أو حريق أو غيره فعمي موت بعضهم قبل بعض فإنهم لا يتوارثون ولا يحجبون وعلى ذلك كان قول زيد بن ثابت وقضى بذلك عمر بن عبد العزيز^(٤١).

الرأي الثاني: يورث كل واحد من الآخر: وهو قول جماعة من الصحابة منهم عمر بن الخطاب وعلي رضي الله عنهم ، وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل^(٤٢) ، ووجه هذا الرأي بأن حياة كل منهم كانت ثابتة

(٣٧) السرخسي، شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دون سنة نشر، ج٣٠، ص٢٧؛ عبدالغني الغنيمي الميداني الدمشقي، اللباب في شرح الكتاب شرح لمختصر القُدوري في الفقه الحنفي، دار السراج ، المدينة المنورة ، ٢٠١٤م، ج٥، ص٤٢٦ .

(٣٨) الامام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة الكبرى، مطبعة وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، السعودية ، دون سنة نشر، ج٨، ص٩٢-٩٣؛ الزرقاني، أبو عبدالله محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح موطأ الإمام مالك مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٨٢هـ، ج٣، ص٤٤٩ .

(٣٩) الشنشوري، ابراهيم بن محمد بن احمد الباجوري الشافعي، التحفة الخيرية على الفوائد الشنشورية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، دون سنة نشر، ص١٥٨ .

(٤٠) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار الفكر بيروت ١٤٠٥هـ، ج٦، ص٢٥٥؛ الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، ١٤٢٨هـ، ص٥٥ .

(٤١) رواه الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، سنن الدارقطني، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ، باب بقية الفرائض، رقم الحديث (١)، ج٤، ص١١٩ .

(٤٢) البيهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البيهوتي، شرح منتهى الارادات، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٦م، ج٢، ص٥٤٩ .

ببقين، والأصل بقاؤها إلى ما بعد موت الآخر، ولأن عمر رضي الله عنه لما وقع الطاعون في الشام جعل أهل البيت يموتون عن آخرهم، فكتب بذلك إلى عمر، فأمر أن يورثوا بعضهم من بعض من تلاد" مال الآخر أي من ماله القديم، دون الطريف، أي ماله الجديد الذي ورثه ممن مات معه في الحادث، وذلك بأن تفترض بأن أحدهم مات أولاً، فتقسم ماله القديم على ورثته الأحياء ومن مات معه، فما حصل لمن مات معه من ماله بهذه القسمة، قسمت أمواله بين ورثته الأحياء فقط، دون من مات معه، لئلا يرث الميت مال نفسه، ثم تعكس العملية مع الآخر، فنفترض أنه مات أولاً، وتعمل معه ما تم عمله مع الميت الأول وهكذا حتى ينتهوا.

واستدلوا برأيهم ما روي عن قتادة عن رجل عن قبيصة بن ذؤيب أن طاعونا وقع بالشام فكان أهل البيت يموتون جميعاً فكتب عمر أن يورث الأعلى من الأسفل وإذا لم يكونوا كذلك ورث هذا من ذا وهذا من ذا قال سعيد الأعلى من الأسفل كان الميت منهم يموت وقد وقعت يده على آخر إلى جنبه" (٤٣)، بمعنى أنه من كان ميتاً وساقطاً فوق الآخر يُفترض بأن الأسفل يكون مورثاً، بإعتباره قد سبق الأعلى في الموت الذي يعتبر بدوره وارث سلفاً".

وأيضاً ما روي عن أبو عبد الله الحافظ عن أبو العباس عن زيد بن ثابت قال: "أمرني أبو بكر رضي الله عنه حيث قتل أهل اليمامة أن يورث الأحياء من الأموات ولا يورث بعضهم من بعض" (٤٤)، وعن داود بن أبي هند عن عمر بن عبدالعزيز، أنه كان "لا يورث ميتاً من ميت، ويورث الأحياء من الأموات" (٤٥).

الرأي الثالث: توريث بعض من ماتوا جماعة دون البعض الآخر: يرى فقهاء الامامية (٤٦) بأنه:

لا يمكن عدم توريث من ماتوا جماعة بالمرة، لذلك إختطوا لنفسهم طريقاً وسطاً من بين أقوال الفقه الاسلامي، فأجازوا توريث الأشخاص الذين كان موتهم جماعي بسبب الغرق أو الهدم وفي هاتين الصورتين يرث الأضعف نصيباً منهم قبل الآخر، وعدم توريث من ماتوا جماعة بسبب الحرق والقتل ممن لقوا حتفهم بلا سبب ملحوظ، مستدلين بقولهم إلى ما رواه سيدنا علي بن أبي طالب عليه السلام قال: أن أهل بيت

(٤٣) ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي، المصنف في الأحاديث والآثار، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩هـ، رقم الحديث (٣١٣٤٦)، ج٦، ص٢٧٦.

(٤٤) رواه البيهقي، محمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، مكتبة الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ، باب ميراث من عمي موته، رقم الحديث (١٢٠٣٠) ج٦، ص٢٢٢.

(٤٥) رواه الدارقطني، سنن الدارقطني، مصدر سبق، كتاب الفرائض، رقم الحديث (١٨)، ج٤، ص٧٣.

(٤٦) الشهيد محمد صادق الصدر، منهج الصالحين، مؤسسة الصدرين للدراسات الاستراتيجية، دون مكان نشر، ١٤٢٩هـ، ص٢٨٧؛ السيد محسن الطباطبائي الحكيم، منهاج الصالحين، دار النعمان للنشر، النجف الأشرف، ١٣٩٠هـ، ج١، ص٢١.

غرقوا في سفينة فورث علي بعضهم من بعض^(٤٧)، وأيضاً ما رواه الحسين بن سعيد عن القاسم بن سلمان عن عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبدالله عن رجل سقط عليه وعلى امرأته بيت فقال تورث المرأة من الرجل ثم يورث الرجل من المرأة^(٤٨).

وأجد أن رأي الفقه الامامي فيه نوع من التفريق دون مبرر بين أصحاب الموت الجماعي الذين تعرضوا الى حوادث مختلفة، وأتفق مع من ذهب إليه أحد الباحثين^(٤٩) في وجوب عدم التفريق بين الموتى جماعة مهما كان الحادث الذي ماتوا به سواء كان بغرق أو هدم أو حرب أو مرض. وعدم تورث بعضهم من البعض الآخر عند عدم معرفة السابق منهم الى الموت "لأنه على الأغلب تفاوت خروج أرواحهم، لا فرق بين الغريق والمحروق والمقتول بحرب أو مرض.

مما تقدم فإن الراجح من وجهة نظري في هذه المسألة الرأي الأول، وهو عدم التوارث بين أشخاص الموت الجماعي عند الجهل بموت أحدهم عن الآخر، لأن الإرث لا يثبت بالإحتمال والشك، وواقع الموتى في هذه المسألة مجهول، والمجهول كالمعدم، وتقدم موت أحدهم في هذه الحالة مجهول، وأيضا الميراث إنما حصل للحي ليكون خليفة للميت ينتفع بماله بعده، وهذا مفقود هنا، وإن إلزام القول بتوارثهم فيه من التناقض، لأن تورث أحدهم من صاحبه يقتضي أنه متأخر عنه بالموت، وتورث صاحبه منه يقتضي أنه متقدم، فيكون كل واحد منهما متقدماً ومتأخراً، لذلك أجد بأنه الأقرب للصواب عدم التوارث بين الموتى جماعة ويكون مال كل منهم لورثته الأحياء فقط دون من مات معه، عملاً باليقين، والإبتعاد عن الإشتباه والشك في التورث.

الفرع الثاني

أحكام ميراث الموت الجماعي في القوانين المقارنة

أولاً- قانون الأحوال الشخصية العراقي: لم ينص المشرع العراقي على موضوع ميراث الموت الجماعي في قانون الأحوال الشخصية في الحالة التي يموت فيها إثنان أو أكثر سوية في حادث واحد يكون بينهما قرابة كسبب للتوارث، وقد أحال المشرع قاضي الموضوع في هذه المسائل الى أحكام الشرع الاسلامي^(٥٠).

(٤٧) رواه أبي شيبة، المصنف في الأحاديث والآثار، مصدر سابق، باب من قال يرث كل واحد منهم وارثه من الناس ولا يورث بعضهم من بعض، رقم الحديث (٣١٣٤٣)، ج٦، ص ٢٧٦ .

(٤٨) الشيخ الكليني، محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني الرازي، الكافي، دار الكتب الإسلامية، قم، ١٣٦٥هـ، ج٢، ص ٢٧٥ .

(٤٩) سعد عبد الوهاب عيسى الحياي، موانع الميراث/ دراسة فقهية قانونية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٥م، ص ١٤١ .

(٥٠) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

بينما كان للقضاء في العراق موقف من مسائل ميراث الموت الجماعي في قرارته التي أيدت ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بعدم توريث من ماتوا جماعة بعضهم من بعض في إحدى قرارات محكمة التمييز العراقية جاء في حيثياته: "لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون، لأن من شروط الميراث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث أو إلحاقه بالأحياء تقديراً، فإذا انتفى ذلك، فلا توارث بينهم، فإذا مات جماعة بينهم قرابة في حادث واحد ولم يعلم أيهما مات قبل الآخر، فإن تركة كل منهما تقسم على ورثته الأحياء"^(٥١).

وقد وضعت محكمة التمييز الاتحادية معياراً لتاريخ الموت واعتبرت فيه بأن يوم العثور على جثة الميت يوم موته في قرار لها جاء في حيثياته: "لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون، ذلك أن الثابت من وقائع القضية والأوراق التحقيقية المرفقة بها حصول حادث أدى إلى وفاة كل من (ش-أ) وأولاده (أ-ف-ط-م) مع زوجته الثانية (ش-ع) كما توفي أولاد (أ) بالحادث كل من (م، ل) مع زوجته (أ-م) وأنه لم يتم التوصل الى معرفة وفاة المذكورين وتاريخه بالضبط واعتبرت محكمة الموضوع يوم العثور على جثث المذكورين الموافق ٢٤/٨/٢٠٠٣ تاريخاً لوفاتهم وحيث أنه لا يعرف من توفي منهم قبل الآخر، وقد أجمع الفقهاء على عدم توارث المذكورين بعضهم من بعض، وأن المتوفى منهم لا يرثه إلا الأحياء من ورثته، وإن محكمة الموضوع استعانت بخبير قضائي قدم تقريراً مفصلاً بهذا الخصوص يصلح أن يكون سبباً للحكم لذا قرر تصديقه"^(٥٢).

وأجد أن محكمة التمييز الاتحادية كانت صائبة في حكمها بما ذهبت إليه بعدم التوريث بين أشخاص الموت الجماعي ممن ماتوا دفعة واحدة، ولا أتفق مع من ذهب إليه بعض الباحثين^(٥٣) بتوريثهم حتى وإن كان بينهم سبباً من أسباب الميراث، لأنه في حالة عدم توريثهم من بعض يكون الأقرب للصواب ويطابق المعقول، لأن الميراث يبني في الأصل على اليقين وهو موت المورث وحياة الوارث كشرط لا على الشك في موته لإستحقاق ورثته ميراثه وأن توريث بعضهم من بعض فيه من الشك لمن مات أحدهم قبل الآخر، كذلك لكي نستبعد أن نجمع بين حالة حياتهم وموتهم في آن واحد، وهذا غير جائز.

ومن وجهة نظري أنه في حال تعذر محكمة الموضوع تحديد مواقيت موتهم، عليها اعتبار جميع الموتى الهالكين في الحادث الواحد ميّتين في وقت واحد يطبق القاضي العراقي نظرية عدم التوارث في

(٥١) قرار محكمة التمييز العراقية برقم ٢٦٤ / موسعة أولى/ ٨٧ والصادر بتاريخ ٣١/١/١٩٨٨. مشار إليه عند: ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم الأحوال الشخصية، بغداد، ١٩٨٥م، ص ٤٥.

(٥٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٦٨٦ / شخصية أولى/ ٢٠٠٨ والصادر بتاريخ ١٥/٦/٢٠٠٨ مشار إليه عند: طارق عبدالقادر حسين العبد ربه، فلسفة الميراث، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠١١م، ص ٢٤٥.

(٥٣) سعد عبد الوهاب عيسى الحياي، مصدر سابق، ص ١٤٠.

الحالة التي يستحيل فيها القاضي تعيين وقت مفارقة حياة كل الموتى جماعة بعد أن يستنفذ جميع الوسائل سواء باللجوء إلى الوقائع المنظمة بمحاضر التحقيقات التي أجريت وقت الحادث أو بشهادة الشهود أو بالإستناد إلى القرائن والتقارير الطبية.

لذلك يمكن أن نقترح اضافة فقرة (٥) في المادة (٨٩) من قانون الأحوال الشخصية ليكون النص بالشكل التالي: "عند موت إثنان أو أكثر في حادث واحد أم لا، بينهم سبب من أسباب الميراث دون معرفة أيهم أسبق للموت، فلا توارث بينهم ويكون ميراثهم لورثتهم الأحياء".

وبهذا المقترح يكون على المحكمة تعيين وتحديد مواقيت من ماتوا جماعة تبعاً، بالإستناد إلى ظروف الحادث وغير ذلك من الإعتبارات، فإذا تعذر عليها تحديد مواقيت موتهم، على المحكمة أن تتخذ قرارها باعتبار جميع الهالكين في الحادث ميتين في وقت واحد، وينتقل إرث كل واحد منهم إلى ورثته الأحياء، وهذا يعني بأن تطبيق هذه المادة يتطلب عدة شروط أهمها:

١- أن يكون موت الأشخاص الذين بينهم توارث في حادث واحد أم لا، بمعنى أن يتحقق الموت الجماعي الذي يحصل بسبب حادث واحد بذات الزمان والمكان أو في ذات الزمان ولكن في مكانين وحادثين مختلفين.

٢- أن يكون الهلاك في الحادث الواحد لأشخاص يرث بعضهم البعض كموت ابن وأب وزوج وزوجة في ذات الحادث، وبالعكس لا يمكن تطبيق هذه المادة إذا مات أخ ليس لديه أولاد مع أخ لديه أولاد، لأن الأول لا يرث الثاني.

ثانياً- **قوانين الأحوال الشخصية المقارنة:** نص المشرع العماني في قانون الأحوال الشخصية على أن: "إذا مات اثنان أو أكثر وكان بينهم توارث، ولم يعرف أيهم مات أولاً فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر" (٥٤).

وكان للمشرع الاماراتي موقف في قانون الأحوال الشخصية بشأن حالات الموت الجماعي، إذ نص على أن: "إذا مات إثنان أو أكثر، وكان بينهم توارث، ولم يعرف أيهم مات أولاً فلا إستحقاق لأحدهم في تركة الآخر" (٥٥).

كما نص المشرع الأردني في قانون الأحوال الشخصية على أن: "إذا مات اثنان أو أكثر وكان بينهم توارث ولم يعرف أيهم مات أولاً فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر" (٥٦).

(٥٤) ينظر: المادة (٢٤٠) من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦ المعدل.

(٥٥) ينظر: المادة (٣١٩) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.

(٥٦) ينظر: المادة (٢٨٢) من قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٩ المعدل.

والملاحظ أن موقف أغلب مشرعي القوانين العربية لأحوال الشخصية كانت متشابهة بشأن عدم توريث من ماتوا جماعة بينهما توارث أحدهما من الآخر^(٥٧).

المطلب الثاني

التطبيقات الفرضية في مسائل ميراث الموتى جماعة

سنتناول بعض مسائل ميراث الموت الجماعي وفق ما ذهب اليه الجمهور في عدم توريث من ماتوا جماعة بعضهم من بعض، إنما ميراث هؤلاء الموتى يذهب إلى الأحياء من ورثتهم، بينما يذهب آخرون إلى توريث الموتى بعضهم الآخر من تلاد أموالهم، في حين يورث فقهاء آخرون الموتى من بعضهم البعض في حوادث معينة دون الأخرى، وهذا ما سنتناوله على شكل فرضيات حسابية في الفروع التالية:

الفرع الأول

عدم توريث الموتى جماعة بعضهم من بعض

يرى الجمهور من الفقه الاسلامي أنه في حال جهالة مواقيت موتهم تذهب تركتهم إلى الأحياء من ورثتهم ويمكن توضيح مسألة ميراثهم كالاتي:

مثال ذلك: توفي زوجان معاً غرقاً ولم يكن لديهم أولاد دون معرفة السابق موته أولاً، وترك الزوج من الورثة أبويه (أم، أب)، وأختين شقيقتين، وأخ شقيق ومبلغ من المال مقداره (١٢٠ مليون دينار عراقي)، وتركت الزوجة من الورثة أم، وأخت شقيقة، وأخت لأب، وعم ومبلغ من المال مقداره (٦٠ مليون دينار عراقي)، فما سهام كل وارث؟

أولاً- مسألة ورثة الزوجين الغريقين عند جمهور الفقهاء: بالنسبة الى موقف الجمهور من هذه المسألة في عدم التوارث فيما بينهم وتقسيم التركة على ورثة الميت الاحياء ونفترض في هذه الحالة بأن الزوجين الغرقى ماتوا معاً وبذلك لا يرث أحدهما الآخر:

أ- مسألة ورثة الزوج الغريق:

أم	أب	أخوات وأخوة أشقاء
١	_____	محبوبين بالأب
٦	_____	
٦	_____	
١	٥	

(٥٧) نصت المادة (٣٠١) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم ٣٤ لسنة ٢٠٠٣ المعدل على أن: (إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات الأول فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء كان موتها في حادث واحد أم لا)، ونصت المادة ونصت المادة (٢٨٢) من قانون التركات والمواريث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ المعدل على أن: (إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء أكان موتها في حادث أم لا) .

١٢٠ مليون ÷ ٦ = ٢٠ مليون دينار عراقي قيمة السهم الواحد

٢٠ × ١ = ٢٠ مليون دينار عراقي حصة الأم

٢٠ × ٥ = ١٠٠ مليون دينار عراقي حصة الأب.

ب- مسألة ورثة الزوجة الغريقة :

أم	أخت شقيقة	أخت لأب	عم	
١	١	١		
٦	٢	٦	الباقي	٦
١	٣	١	١	١

٦٠ مليون ÷ ٦ = ١٠ مليون دينار عراقي قيمة السهم الواحد

١٠ × ١ = ١٠ مليون دينار عراقي حصة الأم

١٠ × ٣ = ٣٠ مليون دينار عراقي حصة الأخت الشقيقة

١٠ × ١ = ١٠ مليون دينار عراقي حصة الأخت لأب

١٠ × ١ = ١٠ مليون دينار عراقي حصة العم.

ثانياً- مسألة ميراث الزوجين الغريقين عند الامامية: يتوارث كل من الزوجين للآخر، ومن كان أضعف

نصيب يرث قبل الآخر، وهنا الزوجة هي أضعف نصيب فترث زوجها مع بقية ورثته أولاً، ومن ثم يرث

الزوج مع بقية ورثة الزوجة وكما يلي:

أ- مسألة ميراث الزوجة مع بقية ورثة زوجها الغريق عند الامامية:

زوجة	أم	أب	أختين وأخ أشقاء	
١٢	١	الباقي	محجوبين بالأوليين لأنهم	١
٤	٦		من الطبقة الثانية للميراث	
٣	٢	٧		

١٢٠ مليون ÷ ١٢ = ١٠ مليون دينار عراقي قيمة السهم الواحد

١٠ × ٣ = ٣٠ مليون دينار عراقي حصة الزوجة

١٠ × ٢ = ٢٠ مليون دينار عراقي حصة الأم.

١٠ × ٧ = ٧٠ مليون دينار عراقي حصة الأب.

ب- مسألة ميراث الزوج مع بقية ورثة زوجته الغريقة عند الامامية :

زوج	أم	أخت شقيقة	أخت لأب	عم
٦	١	١	١	
٢	٢			محجوبين الأخوات بالأم من الطبقة الثانية
	٣	٣		والعم من الطبقة الثالثة للميراث

٦٠ مليون ÷ ٦ = ١٠ مليون دينار عراقي قيمة السهم الواحد

٣٠ = ١٠ × ٣ مليون دينار عراقي حصة الزوج

٣٠ = ١٠ × ٣ مليون دينار عراقي حصة الأم.

وإن كل ما حصل عليه الزوجين الغريقين من تركة في المسالتين من بعضهما البعض تؤول الى الورثة الأحياء لكل منهما.

ثالثاً- مسألة ميراث الزوجين الغريقين عند المشرع العراقي: لم يتطرق المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية إلى كيفية التوريث في حالات الموت الجماعي، إلا أن القضاء العراقي يتجه في قرارته إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في عدم توريث من ماتوا جماعة عند تعذر معرفة من كان أسبقهم للموت وبالتالي تذهب تركتهم إلى ورثتهم الأحياء وكما يلي:

أ- مسألة ميراث ورثة الزوج الغريق في القانون العراقي: يكون نصيب الأم السدس، لأن الأختين والأخ الشقيق يحجبون الأم حجب نقصان من نصيبها الأعلى الثلث الى نصيبها الأدنى السدس على الرغم من أن الأخوات والأخ الأشقاء محجوبين بالأب ويكون الباقي من التركة للأب.

أم	أب	أختين	وأخ أشقاء	
١	٦	٦	٥	١
١	٦	٦	٥	١

١٢٠ مليون ÷ ٦ = ٢٠ مليون دينار عراقي قيمة السهم الواحد

٢٠ = ٢٠ × ١ مليون دينار عراقي حصة أم الزوج الغريق

١٠٠ = ٢٠ × ٥ مليون دينار عراقي حصة أب الزوج الغريق.

ب- مسألة ميراث ورثة الزوجة الغريقة في القانون العراقي: وأما ميراث الزوجة الغريقة في قانون الأحوال الشخصية العراقي فإن التركة تقسم بين الأم بفرضها السدس، لأن الأختين حجبوا نصيبها من الثلث الى السدس، والأخت الشقيقة بكون فرضها النصف، وفي حالة زيادة التركة بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم يُرد على كل من الأم والأخت لأبوين حسب سهام كل منهما، وأما الأخت لأب والعم فهما محجوبين بالأخت لأبوين حسب التعديل الأخير^(٥٨).

أم أخت شقيقة أخت لأب عم

(٥٨) نصت الفقرة (٤) من المادة (٨٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن: (تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في الحجب).

محجوبين بالأخت	١	١	٦
الشقيقة	٢	٦	
	٣	١	٤

٦٠ مليون ÷ ٦ = ١٠ مليون دينار عراقي قيمة السهم الواحد

١٠ × ١ = ١٠ مليون دينار عراقي حصة الأم

١٠ × ٣ = ٣٠ مليون دينار عراقي حصة الأخت الشقيقة.

ومن نافلة القول أن المشرع العراقي قد أعطى القاضي المختص في المسائل المتعلقة بالميراث صلاحية إجراء توزيع الإستحقاق والأنصبة على الوارثين بالقرابة وفق الأحكام الشرعية على مذهب المتوفى عند تقسيم التركة والتي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩^(٥٩).

الفرع الثاني

ميراث الموتى جماعة من بعضهم البعض

مثال ذلك: تعرضت مدينة حلب السورية لزلزال فهدم الدار على أم وابنها فماتوا الاثنان هدماً دون معرفة الأسبق منهما للموت، تركت الأم من الورثة أبويها (أم ، وأب) ومبلغ من المال مقداره (١٢٠ مليون دينار عراقي)، وترك الابن الميت معها من الورثة بنت ، وأخ لأب ومبلغ من المال مقداره (٦٠ مليون دينار عراقي)، فما سهام كل وارث؟

الحل: يرث كل من الأم وابنها الآخر وفق ما ذهب إليه الفقه الحنبلي، إذ تفترض في هذه المسألة بأن الأم هي من فارقت الحياة أولاً، ومن ثم نفترض موت الابن قبل الأم في المسألة الثانية:

أولاً- ميراث الأم والابن الميتين هدماً في الفقه الحنبلي:

١- نفترض مسألة موت الأم بسبب الهدم قبل الابن:

أم	أب	ابن	
١	١	الباقى	٦
٦	٦	تعصياً بالنفس	٦
١	١	٤	

٢- نفترض مسألة موت الابن بسبب الهدم قبل الأم:

أم	بنت	أخ لأب	
١	١	الباقى تعصياً	

(٥٩) ينظر: المادة (٩٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

٦	٦	٢	بالنفس
٢	٣	١	

ثانياً- ميراث الأم والابن الميتين هدماً في الفقه الامامي:

أ- نفترض مسألة موت الأم بسبب الهدم قبل الابن:

أم	أب	ابن	
٦	١	الباقي	
٦	٦	قراية	
١	١	٤	

ب- نفترض مسألة موت الابن بسبب الهدم قبل الأم :

أم	بنت	أخ لأب	
١	١	محجوب بالأم والبنت	
٦	٦	من الطبقة الثانية للميراث	
٢	٣	١	

ثالثاً- ميراث الأم والابن الميتين هدماً في القانون العراقي: عند عدم معرفة الأسبق للموت لا يرث أحدهما

الآخر وتذهب التركة إلى ورثتهم الأحياء وهذا ما أيده القضاء العراقي وكما يلي:

أ- ميراث ورثة الأم بسبب الهدم:

أم	أب	
٣	١	الباقي
٣		
١	٢	

١٢٠ مليون ÷ ٣ = ٤٠ مليون دينار عراقي قيمة السهم الواحد

٤٠ × ١ = ٤٠ مليون دينار عراقي حصة الأم

٤٠ × ٢ = ٨٠ مليون دينار عراقي حصة الأب.

ب- ميراث ورثة الابن بسبب الهدم:

بنت	أخ لأب	
١	محجوب بالبنت	
٢	٢	
١	١	فرضاً ورداً

٦٠ مليون ÷ ٢ = ٣٠ مليون دينار عراقي قيمة السهم الواحد

٣٠ × ١ = ٣٠ مليون دينار عراقي حصة البنت فرضاً

٣٠×٣=٣٠ مليون دينار عراقي حصة البنت رداً.

ويمكن توضيح المسألة الجامعة^(٦٠) لورثة من ماتوا بسبب الهدم كالاتي:

المسألة الجامعة	٢	٦ أصل المسألة الثانية		٣		١٨=٦×٣	٦ أصل المسألة الأولى
٥=٢+٣	٢=٢×١	جدة لأم	٦/١	٣=٣×١	أم	٦/١	
٣	لا شيء	جد لأم رحي	لا يرث	٣=٣×١	أب	٦/١	
-	-	-	مات الابن	٤	ابن	الباقي	
٦	٣	بنت	٢/١				
٤	٢	أخ لأب	الباقي				

ثم نقسم مجموع ما تركه المورثين الأم والابن اللذان ماتوا سوية على ورثتهم ويكون تقسيم التركة في الفقه السنني كما يلي:

$$١٠ = ١٨ \div ١٨٠ \text{ عشرة ملايين دينار عراقي قيمة السهم الواحد}$$

(٦٠) المسألة الجامعة في الميراث: هي حالة من الحالات الناتجة عن المناسخة عند تقسيم الميراث، والمناسخة: هي أن يموت من ورثة الميت الأول واحد أو أكثر قبل قسمة التركة، وسميت مناسخة، لأن المسألة الأولى انتسخت بالثانية ويُنْبَع في مسائل الموتى الجماعي الخطوات التالية:

- ١- نعمل مسألة نفرض فيها أن أحدهم مات أولاً، وتقسّم تركته على ورثته الأحياء والذين ماتوا معه، وتسمى هذه بالتلاد.
- ٢- نعمل مسألة أخرى لكل واحد من الذين ماتوا معه مع اتصالها بجداول المسألة الأولى، وتقسّم على ورثته الأحياء دون الذين ماتوا معه، وتسمى هذه بالطريف.
- ٣- ننظر إلى نصيب الميت الآخر في مسألة التلاد، وأصل مسألته في الطريف بالموافقة والمباينة فإن كان هناك موافقة أخذنا وفقاً أصل مسألته وأثبتناه فوق أصل المسألة الأولى، وأخذنا وفق نصيبه وأثبتناه فوق أصل مسألته.
- ٤- نضرب وفق أصل مسألته في أصل الأولى ولحاصل نثبتته في شباك جديد وهو الجامعة.
- ٥- ثم نضرب وفق أصل مسألته أيضاً في نصيب الورثة في المسألة الأولى ما عدا الميت الآخر فينتج لهم سهام جديدة.
- ٦- ثم نأتي إلى وفق نصيبه ونضربه في ورثته الأحياء، وينتج لهم أسهم جديدة.
- ٧- نجمع سهام الورثة الأحياء في المسألتين، وحاصل الجمع نثبتته تحت الجامعة.
- ٨- وإن كان هناك مباينة، أثبتنا كامل أصل مسألته فوق الأولى، ونصيبه فوق أصل مسألته.

ينظر: د.عبدالكريم بن محمد بن عبد العزيز اللحام، الفرائض، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، دون سنة نشر، ص ١١٨

٥ × ١٠ مليون = ٥٠ مليون حصة الجدة لأم.

٣ × ١٠ مليون = ٣٠ مليون حصة الجد لأم.

٦ × ١٠ مليون = ٦٠ مليون حصة البنت.

٤ × ١٠ مليون = ٤٠ مليون حصة الأخ لأب.

بينما تحجب البنت الأخ لأب في الفقه الامامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي وتذهب حصة الأخ لأب إلى البنت^(٦١).

الفرع الثالث

أمثلة عن ميراث بعض الموتى جماعة دون البعض الآخر

من الأمثلة التي ساقها فقهاء الامامية في توريث بعض الموتى جماعة بسبب حادث معين دون من ماتوا جماعة في حادث آخر ما يلي: مثال عن ذلك: توفي زوجان بسقوط المنزل عليهما هدماً ولم يعلم الأسبق منهما إلى الموت، عن أخ وأختين شقيقتين، وبنت، فما سهام كل وارث منهم؟ يكون الحل عند الفقه الامامي: بتوارث كل من الزوجين للآخر، وفي هذه الحالة نفترض بأنه من كان أضعف نصيب يرث قبل الآخر، وهنا الزوجة هي أضعف نصيب فترث زوجها أولاً، وترث البنت النصف فرضاً والباقي رداً ، وأما الأخوة الأشقاء فمحجوبين بالبنت، لأنها من الطبقة الأولى من طبقات الميراث، والأخوة الأشقاء من الطبقة الثانية للميراث في الفقه الامامي وبعد ذلك نفترض موت الزوجة وورثها زوجها، وكل ما تحصل عليه الزوجة من زوجها والزوج من زوجته من تركة في المسألة الإرثية ستؤول كلها في جميع الأحوال إلى إبنتهم.

زوجة	بنت	أخ شقيق وأختان شقيقتان
١	١	محجوبين بالبنت
٨	٢	من الطبقة الثانية
١	٣+٤	للميراث
		فرضاً ورداً ثم تأخذ البنت نصيب أمها السهم الواحد.
زوج	بنت	أخ شقيق وأختان شقيقتان
١	١	محجوبين بالبنت
٤	٢	
١	١+٢	

(٦١) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (٩١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

واما الحل عند جمهور الفقهاء والمشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية في المثال أعلاه، فإن التركة تؤول كلها للبننت^(٦٢).

مثال: توفيت أختان لأبوين بغرق دون معرفة أية منهما سبقت الأخرى للموت وكان للأخت لأبوين الأولى بنت والأخت الثانية ابن، فما سهام كل وارث منهما؟

يكون الحل: في الفقه الامامي^(٦٣) بأن كل من الأختين لا ترث إحداهما الأخرى، لأن ميراث كل منهما غير ثابت أصلاً كونهم من طبقة واحدة في الميراث ويكون ميراثهما لولديهما، وكذلك عند جمهور الفقهاء والمشرع العراقي بأن ترث البننت والابن التركة كلها من مورثة كل منهما الميتة غرقاً.

الخاتمة

بعد أن أنهيت البحث لموضوع أحكام الميراث في حالة الموت الجماعي/دراسة مقارنة" توصلت إلى بعض النتائج والمقترحات يمكن ايجازها بما يلي:

أولاً- الاستنتاجات:

١- يعتبر الموت الجماعي للأشخاص الذين بينهم قرابة تتحقق فيها أسباب الميراث من المواضيع المهمة في الوقت الحاضر والذين يدركهم الموت بشكل جماعي في الزمان أو المكان نفسه نتيجة حادث، كالغرق، والحرق، والهدم، وحوادث غرق السفن في البحر وحوادث السيارات في البر وتحطم الطائرات في الجو ويقع في صور متعددة، إذ قد يموت هؤلاء دفعة واحدة دون معرفة السابق منهم إلى الموت أو بالتتابع مع الجهل بتاريخ موتهم فلا يرث أحدهما الآخر، أو يُعلم من سبق الآخر منهم إلى الموت فيرث اللاحق السابق إلى الموت، لذلك يعتبر الموت الجماعي لدى جمهور الفقهاء مانع من موانع الميراث المختلف فيها .

٢- يتفق أهل العلم من الجمهور على إجازة التوارث بين أشخاص الموت الجماعي إذا علم الأسبق منهم للموت، إلا أنهم اختلفوا في توريث أو عدم توريث أشخاص الموت الجماعي بحادث واحد ولم يعلم الأسبق منهم للموت فمن الفقهاء من ورثوا الموتى جماعة من بعضهم البعض في حين لم يجيز فقهاء آخرون توريث الأموات من بعضهم، ويرون بأن تركهم تذهب إلى ورثتهم الأحياء في حين ذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى توريث بعض حالات الموت الجماعي كالغرق والهدم دون من ماتوا جماعة في حوادث الحرق

^(٦٢) نصت الفقرة (٢) من المادة (٩١) من قانون الأحوال الشخصية على أن: (تستحق البننت أو البنات، في حالة عدم وجود ابن المتوفي، ما تبقى من التركة، بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم).

^(٦٣) العاملي، محمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، كتاب الفرائض، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤٣١هـ، ج ٢٤، ص ٧٦٥.

والقتل.

٣- لم يتطرق المشرع العراقي إلى موضوع الميراث بين أشخاص الموت الجماعي في قانون الأحوال الشخصية، إنما أحال كل ما يتعلق بشأن مسائل الميراث الى أحكام الشريعة الاسلامية بينما حسمت القوانين محل الدراسة وأغلب القوانين العربية للأحوال الشخصية أمرهم وذهبت الى أنه في حال موت إثنان أو أكثر تربطهم قرابة توجب الميراث بينهم ولم يعرف أيهم مات أولاً فلا إستحقاق لأحدهم في تركة الآخر وتؤول تركتهم إلى الأحياء من ورثتهم .

٤- إن مسألة إعتداد القاضي على تقرير الطبيب العدلي في بيان وقت الموت بالنسبة إلى الأشخاص الذين ماتوا جماعة في غاية الأهمية لتحديد الورثة الذين يستحقون التركة من مورثهم من عدمه، وله الإستعانة بفحص DNA في حالات الموت الجماعي لمعرفة أيهما أسبق للموت مع إعطاء القضاء سلطة تقديرية في تقرير صحة ما يستدل به الخبراء من نتائج في تقاريرهم للوصول إلى الحقيقة وتحقيق العدالة في توزيع التركة بين الورثة المستحقين لها.

ثانياً- التوصيات :

يمكن أن نقترح اضافة فقرتين (٥) و(٦) في المادة (٨٩) من قانون الأحوال الشخصية ليكون النص بالشكل التالي:

٥- "عند موت إثنان أو أكثر في حادث واحد أم لا، بينهم سبب من أسباب الميراث دون معرفة أيهم أسبق للموت، فلا توارث بينهم ويكون ميراثهم لورثتهم الأحياء"

٦- تطبيق الخبرة الطبية والإستعانة بفحص DNA في حالات الموت الجماعي لمعرفة أيهما أسبق للموت لتوريث الآخر منه، بعد تحقق شروط الميراث الشرعية بينهما".

المصادر والمراجع

بعد القرآن الكريم:

أولاً- كتب المعاجم العربية:

١- ابن فارس، أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الجيل، بيروت، ١٤٢٠هـ

٢- ابن منظور، محمد بن مكرم المصري ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٩٩٠م.

٣- الأزهرى، منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربى، بيروت، ٢٠٠١م.

٤- الرازى، محمد بن أبى بكر بن عبدالقادر الرازى، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، ١٤١٥م.

٥- الفراهيدى، الخليل بن أحمد الفراهيدى، العين، مكتبة الهلال، دون مكان أو سنة نشر.

٦- محمد رواس، وحامد صادق، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الاردن، ١٤٠٨هـ.

ثانياً- كتب الفقه الاسلامى:

الفقه الحنفى:

١- السرخسى، شمس الدين السرخسى، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دون سنة نشر.

٢- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الاعلام، الفتاوى الهندية في مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة نشر.

٣- الغنيمي عبدالغني الغنيمي الميداني دمشقي، اللباب في شرح الكتاب شرح لمختصر القدوري في الفقه الحنفي، دار السراج، المدينة المنورة، ٢٠١٤م.

٤- محمد أبو السعود المصري الحنفي، فتح المعين على شرح الكنز، مطبعة ابراهيم المويلحي، دون مكان نشر، ١٢٨٧هـ.

الفقه المالكي:

١- الامام مالك، بن أنس بن مالك الأصبحي، المدونة الكبرى، مطبعة وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف، السعودية، دون سنة نشر.

٢- الزرقاني، أبو عبدالله محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح موطأ الإمام مالك مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٨٢هـ.

الفقه الشافعي:

١- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، البدر السافرة في أحوال الآخرة، دار المعرفة، بيروت، ١٤٢٦هـ.

٢- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، دون سنة نشر.

٣- النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ.

٤- الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني الشافعي، نهاية المطلب في دراية المذهب، دار المنهاج، ١٤٢٨هـ.

٥- الشنشوري، ابراهيم بن محمد بن احمد الباجوري الشافعي، التحفة الخيرية على الفوائد الشنشورية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، دون سنة نشر.

الفقه الحنبلي:

١- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار الفكر بيروت ١٤٠٥هـ.

٢- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٦م.

٣- المرادوي، علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٤هـ.

الفقه الإمامي:

١- العاملي، محمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، كتاب الفرائض، مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ١٤٣١هـ.

٢- محسن الطباطبائي الحكيم، منهاج الصالحين، دار النعمان للنشر، النجف الأشرف ١٣٩٠هـ.

٣- محمد صادق الصدر، منهج الصالحين، مؤسسة الصدرين للدراسات الاستراتيجية، دون مكان طبع، ١٤٢٩هـ.

٤- الكليني، محمد بن يعقوب بن إسحاق الكليني الرازي، الكافي، دار الكتب الإسلامية، قم، ١٣٦٥هـ.

ثالثاً- كتب تخريج الأحاديث النبوية الشريفة وشروحها:

١- ابن أبي شيبه، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبه الكوفي، المصنف في الأحاديث والآثار، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩هـ.

٢- ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٤هـ.

٣- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ.

٤- أبي داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبو داود، دار الفكر، بيروت، دون سنة نشر.

- ٥- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر (صحيح البخاري)، دار ابن كثير، بيروت، ١٤٠٧هـ.
- ٦- البيهقي، محمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، مكتبة الباز، مكة المكرمة، ١٤١٤هـ.
- ٧- الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، سنن الدارقطني، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ.
- ٨- العيني، بدر الدين محمود بن أحمد العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون مكان نشر أو سنة طبع.
- رابعاً- كتب التفسير:**
- ١- ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، بيروت، ١٤٠١هـ.
- ٢- الطبري، محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري)، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- خامساً- كتب الفقه الاسلامي المعاصر:**
- ١- د. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، ٢٠٠٥م.
- ٢- د. عادل بن أحمد الغامدي، نصف العلم لطالب العلم، في علم الفرائض، دون مكان طبع أو سنة نشر.
- ٣- د. عبدالكريم بن محمد بن عبد العزيز اللاحم، الفرائض، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، دون سنة نشر.
- ٤- د. مصطفى مسلم، مباحث في علم المواريث، دار المنارة، السعودية ٢٠٠٤م.
- ٥- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥م.
- سادساً- كتب الفقه القانوني المعاصر:**
- ١- ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم الأحوال الشخصية، بغداد، ١٩٨٥م.
- ٢- د. أحمد علي الخطيب، شرح قانون الأحوال الشخصية، القسم الأول في أحكام الميراث، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٩٠م، ص ٥٦.
- ٣- د. سعد عبد الوهاب عيسى الحياي، موانع الميراث/ دراسة فقهية قانونية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠١٥م.
- سابعاً - كتب الطب العام:**
- ١- د. زهير احمد السباعي، ود. محمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، دون مكان نشر، ٢٠٠٨م.
- ٢- د. لندي محمد نعيم الدقر، موت الدماغ، دار الفكر المعاصر، بيروت، ١٩٩٧م.
- ٣- د. محمد العزيزي، الطب الشرعي ودوره في إصلاح العدالة، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، ٢٠٠٥م.
- ٤- د. وصفي محمد علي، الطب العدلي علماً وتطبيقاً، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٣م.
- ثامناً- الرسائل الجامعية:**
- ١- احمد علي عبدالله، الفروق في مسائل الميراث الفرعية/ دراسة مقارنة/ رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق/ جامعة الموصل ٢٠٢٣م .
- ٢- طارق عبدالقادر حسين العبد ربه، فلسفة الميراث، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠١١م.
- تاسعاً - القوانين:**
- أ-القوانين العراقية:**
- ١- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
- ٢- قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية ومنع الإتجار بها العراقي رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ المعدل.
- ب- القوانين العربية:**
- ٣- قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٦ المعدل.

- ٤- قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ المعدل.
- ٥- قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٩ المعدل.
- ٦- قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم ٣٤ لسنة ٢٠٠٣ المعدل.
- ٧- قانون الشركات والمواريث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ المعدل.

Sources and references

After the Holy Quran:

First : Arabic dictionaries books:

- ١- Ibn Faris, Abi al-Hussein Ahmad bin Faris bin Zakariya, Dictionary of Standards of Language, Dar Al-Jeel, Beirut, ١٤٢٠ AH .
- ٢- Ibn Manzoor, Muhammad bin Makram al-Masri Ibn Manzoor, Lisan al-Arab, Dar Sader, Beirut, ١٩٩٠ AD.
- ٣- Al-Azhari, Mansour Muhammad bin Ahmed Al-Azhari, Tahdheeb Al-Lugha, Dar Revival of Arab Heritage, Beirut, ٢001.
- ٤- Al-Razi, Muhammad bin Abi Bakr bin Abdul Qadir Al-Razi, Mukhtar Al-Sahah, Library of Lebanon Publishers, Beirut, ١٤١٥ AD .
- ٥- Al-Farahidi, Al-Khalil bin Ahmed Al-Farahidi, Al-Ain, Al-Hilal Bookshop, without a place or year of publication.
- ٦- Muhammad Rawas, and Hamid Sadiq, Lexicon of the Language of Jurisprudence, Dar Al-Nafais, Jordan, ١٤٠٨ AH .

Secondly: Islamic jurisprudence books:

Hanafi jurisprudence:

- ١- Al-Sarkhasi, Shams Al-Din Al-Sarkhasi, Al-Mabsout, Dar Al-Marefa, Beirut, without a year of publication.
- ٢ - Sheikh Nizam and a group of prominent Indian scholars, Indian Fatwas in the Doctrine of the Great Imam Abi Hanifa Al-Numan, Dar Al-Ma'rifah for Printing and Publishing, Beirut, without a year of publication.
- 3- Al-Ghunaimi Abd al-Ghani al-Ghunaimi al-Maidani al-Dimashqi, Al-Labab fi Sharh al-Kitab, An Explanation of Al-Qadouri's Brief Explanation of Hanafi Jurisprudence, Dar Al-Sarraj, Al-Madinah Al-Munawwarah, ٢٠١٤ AD
- 4- Muhammad Abu al-Saud al-Masri al-Hanafi, Fath al-Mu'in on explaining the treasure, Ibrahim al-Muwailhi Press, without a place of publication, ١٢٨٧ AH.

Maliki jurisprudence:

- 1- Imam Malik, Bin Anas Bin Malik Al-Asbahi, The Great Code, Press of the Ministry of Islamic Affairs and Endowments, Saudi Arabia, without a year of publication.
- 2- Al-Zarqani, Abu Abdullah Muhammad bin Abdul-Baqi bin Yusuf Al-Zarqani, Explanation of Muwatta Al-Imam Malik, Mustafa Al-Babi Al-Halabi Press and his sons, Egypt, 1382 AH

Shafi'i jurisprudence:

- 1- Al-Suyuti, Jalal al-Din Abd al-Rahman al-Suyuti, The Open Door in the Conditions of the Hereafter, Dar al-Ma'rifah, Beirut, 1426 AH.

2–Al-Shirazi, Ibrahim bin Ali bin Youssef Al-Shirazi Abu Ishaq Al-Muhadhdhab in the jurisprudence of Imam Al-Shafi'i, Dar Al-Fikr, Beirut, without a year of publication.

3–Al-Nawawi, Abu Zakariya Muhyiddin bin Sharaf Al-Nawawi, Al-Majmoo' Sharh Al-Muhadhdhab, Dar Al-Fikr, Beirut, 1415 AH.

4– Al-Juwayni, Abd al-Malik bin Abdullah bin Yusuf bin Muhammad al-Juwayni al-Shafi'i, The End of the Muttalib in the Knowledge of the Doctrine, Dar Al-Minhaj, 1428 AH.

5– Al-Shanchory, Ibrahim bin Muhammad bin Ahmed Al-Bajouri Al-Shafi'i, Al-Tuhfa Al-Khairiya on Al-Shanchory Benefits, Mustafa Al-Babi Al-Halabi Press, Egypt, without a year of publication.

Hanbali jurisprudence:

1–Ibn Qudama, Abdullah bin Ahmed bin Qudama al-Maqdisi, al-Mughni, Dar al-Fikr, Beirut 1405 AH.

2– Al-Bahuti, Mansour bin Younis bin Idris Al-Bahuti, Explanation of the End of Wills, World of Books, Beirut, 1996 AD.

3–Al-Mardawi, Ali bin Suleiman Al-Mardawi Abu Al-Hassan, Fairness in Knowing the Most Preferable Disagreement over the Doctrine of Imam Ahmad Bin Hanbal, Dar Ihya' al-Tarath al-Arabi, Beirut, 1404 AH.

Jaafari jurisprudence:

1–Al-Amili, Muhammad Jawad Al-Husseini Al-Amili, The Key to Dignity in Explaining the Rules of Allama, Book of Obligations, Islamic Publishing Corporation, Qom, 1431 AH .

2– Muhsin al-Tabataba'i al-Hakim, Minhaj al-Salihin, Dar al-Nu'man for publishing, Najaf al-Ashraf ١٣٩٠ AH.

3– Muhammed Sadeq al-Sadr, The Righteous Curriculum, Al-Sadrien Foundation .for Strategic Studies, without a place to be printed, 1429 AH.

4–Al-Kulaini, Muhammad bin Yaqoub bin Ishaq Al-Kulaini Al-Razi, Al-Kafi, Islamic Book House, Qom. ١٣٦٥AH.

Third: Books on grading the hadeeth and its explanations:

١ –Ibn Abi Shaybah, Abu Bakr Abdullah bin Muhammad bin Abi Shaybah Al-Kufi, compiled in Hadiths and Antiquities, Al-Rushd Library, Riyadh, ١٤٠٩ AH

٢- Ibn Hibban, Muhammad ibn Hibban ibn Ahmad Abu Hatim al-Tamimi al-Basti, Sahih Ibn Hibban, arranged by Ibn Balban, Al-Risala Foundation, Beirut, ١٤١٤ AH.

٣– Ibn Hajar Al-Asqalani, Ahmed bin Ali bin Hajar Abu Al-Fadl Al-Asqalani, Fath Al-Bari Explanation of Sahih Al-Bukhari, Dar Al-Maarifa, Beirut, 1379 AH.

4– Abi Dawood, Suleiman bin Al-Ashath Abu Dawood Al-Sijistani Al-Azdi, Sunan Abu Dawood, Dar Al-Fikr, Beirut, without a year of publication.

5– Al-Bukhari, Muhammad bin Ismail Abu Abdullah Al-Bukhari Al-Jaafi, Al-Jami Al-Sahih Al-Mukhtar (Sahih Al-Bukhari), Dar Ibn Katheer, Beirut, 1407 AH.

6- Al-Bayhaqi, Muhammad bin Al-Hussein bin Ali bin Musa Abu Bakr Al-Bayhaqi, Al-Sunan Al-Kubra, Al-Baz Library, Makkah Al-Mukarramah, ١٤١٤ AH.

7-Al-Daraqutni, Ali bin Omar Abu Al-Hassan Al-Daraqutni Al-Baghdadi, Sunan Al-Daraqutni, Dar Al-Maarifa, Beirut, 1386 AH.

8- Al-Ayni, Badr al-Din Mahmoud bin Ahmad al-Ayni, Umdat al-Qari Sharh Sahih al-Bukhari, Dar Ihya al-Turath al-Arabi, Beirut, without a place of publication or year of printing.

Fourth : Books of Interpretation:

١-Ibn Kathir, Ismail bin Omar bin Katheer al-Dimashqi, Abu al -Fida, Interpretation of the Great Qur'an, Dar al-Fikr, Beirut, 1401 AH.

٢ - Al-Tabari, Muhammad bin Jarir bin Yazid bin Khaled Al-Tabari, Collector of the statement on the interpretation of the verses of the Qur'an (Tafsir Al-Tabari), Dar Al-Fikr, Beirut, ١٤٠٥ AH.

Fifth : Books on contemporary Islamic jurisprudence:

1- Al-Habib bin Taher, Al-Maliki jurisprudence and its evidence, Al-Ma'arif Foundation, Beirut, 2005 AD.

2- Adel bin Ahmed Al-Ghamdi, Half of Knowledge for the Student of Knowledge, in the science of religious duties, without a place of publication or year of publication.

3- Abdul Karim bin Muhammad bin Abdul Aziz Al-Lahim, The Obligations, Ministry of Islamic Affairs, Endowments, Da'wah and Guidance, Kingdom of Saudi Arabia, without a year of publication.

4- Mustafa Muslim, Investigations in the Science of Inheritance, Dar Al-Manara, Saudi Arabia, 2004 AD.

٥- Wahba Al-Zuhaili, Islamic jurisprudence and its evidence, Dar Al-Fikr, Damascus, 1985 AD.

Sixth: Books of contemporary jurisprudence:

1- Ibrahim Al-Mashahidi, Al-Mukhtar of the Judiciary of the Court of Cassation, Personal Status Department, Baghdad, 1985 AD.

2- Ahmed Ali Al-Khatib, Explanation of the Personal Status Law, First Section on Inheritance Provisions, edition of the Ministry of Higher Education and Scientific Research, Iraq, 1990, p. 56.

3- Saad Abdel-Wahab Issa Al-Hayali, Inheritance Impediments/A Comparative Jurisprudential Legal Study, Modern University Office, Alexandria, 2015 AD.

Seventh : General medicine books:

1- Zuhair Ahmed El Sebaei, and Dr. Muhammad Ali Al-Bar, Doctor of Literature and Jurisprudence, Dar Al-Qalam, without a place of publication, 2008.

٢- LNada Muhammad Naim Al-Daqr, Brain Death, House of Contemporary Thought, Beirut, 1997 AD.

3- Muhammad Al-Azizi, Forensic Medicine and its Role in Reforming Justice, Higher School of the Judiciary, Algeria, 2005.

٤– Wasfi Muhammad Ali, Forensic Medicine in Knowledge and Application, Al-Ma'arif Press, Baghdad, 1973.

Eighth: University theses:

1– Ahmed Ali Abdullah, Differences in Sub-Issues of Inheritance / Comparative Study / Master's Thesis Introduction To the Faculty of Law / University of Mosul 2023 AD.

2– Tariq Abdul Qadir Hussein Al-Abd Rabbo, The Philosophy of Inheritance, a master's thesis submitted to the Faculty of Law, University of Mosul, ٢٠١١.

Ninth : Laws:

A- Iraqi laws:

1– Iraqi Personal Status Law No. ١٨٨ of ١٩٥٩, as amended.

2– Iraqi Law No. 11 of 2016 amending human organ transplants and preventing their trafficking.

B- Arab Laws:

3– Personal Status Law of the Sultanate of Oman No. 101/96 of 1996 amended.

4– UAE Personal Status Law No. ٢٨ of ٢٠٠٥ as amended.

٥–Jordanian Personal Status Law No. 15 of 2019, as amended.

6– Yemeni Personal Status Law No. ٣٤ of ٢٠٠٣ amended.

7– Egyptian Legacy and Inheritance Law No. 77 of 1943, as amended.

**The Problem of Integrating International Agreements on Human Rights the National Laws****Marwan Ahmed Jassim Hadi****Dr. RQEB Muhammad Jassim****Professor**

College of Law- University of Mosul- Mosul- Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 7 Jun., 2023
 Accepted: 20 Jun., 2023
 Available online: 31 Dec., 2023

PP. 235-258

© THIS IS AN OPEN ACCESS
 ARTICLE UNDER THE CC BY
 LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

**Corresponding author:****Marwan Ahmed Jassim Hadi****Dr. RQEB Muhammad Jassim**

College of Law - Mosul

University

Mosul – Iraq

Email:nashwanzeki1@uomosul.edu.iq**Abstract**

The "international human rights law" aims primarily at creating a legal system for the protection of human rights and not coordinating between states, as is the case in general international law. Thus, from a practical and legal point of view, this law must have an impact on the national legal systems of countries, where the effectiveness of its provisions depends primarily on its implementation and application in the national law. Therefore, we find that the application of the rules of the international human rights law differs from how the rest of the rules of general international law are applied, since the rules of this law have a high degree of relationship with the internal national laws of countries to the extent that it reaches the point of entering within their system and merging with them or amending them. It is necessary for the states to implement their obligations imposed on them under the "Human Rights Conventions", which they ratified, by making legislative harmonization between these conventions and their internal legal system, by merging them or amending legislation that contradicts these obligations. Generally, states follow two approaches to such reception, based on its adoption of one of the theories of the relationship between the international law and the national law: the theory of the unity of law and the theory of duality of law.

Keywords: *International Agreements, human rights, national laws.*



الدكتور رقيب محمد جاسم

مروان هادي احمد

استاذ

كلية الحقوق - جامعة الموصل - الموصل - العراق

المستخلص

إن "القانون الدولي لحقوق الإنسان" يستهدف بالأساس الى إيجاد منظومة قانونية لحماية حقوق الإنسان وليس قانون تنسيق بين الدول كما هو الحال في القانون الدولي العام. الأمر الذي يعني من الناحية العملية والقانونية أن هذا القانون يجب ان يكون له أثر في النظم القانونية الوطنية للدول، خاصة أن فعالية أحكامه تعتمد في المقام الأول على تنفيذها وتطبيقها في القانون الوطني. لذلك نجد أن تطبيق قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان تختلف عن كيفية تطبيق بقية قواعد القانون الدولي العام، كون قواعد هذا القانون على درجة عالية من العلاقة مع القوانين الوطنية الداخلية للدول للحد الذي يصل الى درجة الدخول ضمن منظومتها والاندماج معها أو تعديله، فمن الضروري أن تتوجه الدول الى تنفيذ التزاماتها المفروضة عليها بموجب "اتفاقيات حقوق الإنسان" والتي تمت المصادقة عليها من قبلها، من خلال إجراء الموائمة التشريعية بين هذه الاتفاقيات ونظامها القانوني الداخلي، عن طريق إدماجها أو تعديل التشريعات التي تتعارض مع هذه الالتزامات، وبشكل عام تتبع الدول نهجين لمثل هذا الاستقبال، استناداً الى تبنياها إحدى نظريات العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي: وهما نظرية وحدة القانون ونظرية ثنائية القانون.

الكلمات المفتاحية: الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان-الاندماج-القوانين الوطنية

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية
KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/٦/٧

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/٦/٢٠

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر
للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها
بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution)
ل (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام،
والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع
للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس
العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس: مروان هادي احمد

الدكتور رقيب محمد جاسم (٢٠٢٣)

اشكالية اندماج الاتفاقيات الدولية لحقوق

الانسان في القوانين الوطنية

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

إن قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان ذات طبيعة خاصة تنشأ وتسري في وسط دولي بمعنى أنها دولية ولكن الهدف منها ليس مجرد إلزام الدول بتطبيقها على المستوى الدولي، وإنما وجدت في سبيل حماية حقوق الأفراد كغاية ومحل وأن هذه الحماية تكون أساساً داخل الدول، لأن النظام القانوني الوطني هو الإطار الطبيعي لتمتع الأفراد بحقوقهم. وبانضمام الدول الى اتفاقيات حقوق الإنسان تكون قد وافقت على الالتزامات المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات، وهي الالتزامات بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية فقط، بحيث تلتزم كل دولة طرف بالتنسيق وملاءمة الاختلافات بينما ما هو منصوص عليه في الاتفاقيات والقانون الوطني من أجل الوصول إلى الإنجاز الكامل للأهداف المباشرة للاتفاقية.

وأن أغلب "اتفاقيات حقوق الإنسان" تلزم الدول الاعضاء بإصدار تشريعات لغرض مواءمة القوانين الوطنية مع ما تضمنته هذه الاتفاقيات من ضمانات لحقوق الأفراد لتكون دافعاً للدول لتطبيق التزاماتها، ومثال ذلك ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (٢) من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية" والتي جاء فيها (تتعهد كل دولة طرف في العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية أو غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلاً أعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، بأن تتخذ طبقاً لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد، ما يكون ضرورياً لهذا الأعمال من تدابير تشريعية).

أهمية البحث

تتبع أهمية الدراسة من الخصوصية التي تمتاز بها قواعد "القانون الدولي لحقوق الإنسان"، كونها تعالج مسائل ذات صفة موضوعية ذات علاقة وطيدة بكيان الإنسان أولاً وأخيراً، غايتها حماية حقوق الأفراد في مواجهة الدولة وسلطاتها العامة في حدود ولايتها، وأن تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان بالشكل الذي تتضمنه صفتها الموضوعية يمكن الأفراد من التمتع بالحقوق المذكورة في هذا القانون كما تمكنهم من الاحتجاج بها أمام القضاء الداخلي، وإذا كان الالتزام بالاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان أصبح أكثر إلحاحاً في عصرنا الحالي وضرورة لا مفر منها، فإن مجرد الالتزام الشكلي بها فقط دون أن يتم تطبيقها على أرض الواقع سيجعلها بلا معنى ولا قيمة، ويعد ذلك تحايلاً على المجتمع الدولي ويؤدي إلى تحريك المسؤولية الدولية، لذلك فإن الالتزام الحقيقي بالاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان يتمثل بالتجسيد الحقيقي للأحكام الواردة فيها، وهذا الأمر يتحقق عن طريق إدماج "الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان" الأنظمة الداخلية كونها الميدان الحقيقي للحقوق المذكورة فيه والتي تحكم العلاقة بين الأفراد عند مطالبتهم بحقوقهم في مواجهة السلطة.

إشكالية البحث

تكمن إشكالية بحثنا في أن انضمام الدولة الى اتفاقيات الدولية المعنية بحماية حقوق الإنسان لا قيمة لها من الناحية العملية، ما لم يقترن هذا الانضمام بعملية أخرى لا تقل أهمية عنه ألا وهي الإدماج الفعلي لتلك الاتفاقيات في المنظومة القانونية الوطنية لكي يتمتع الأفراد بالحقوق الواردة فيها، وغالباً ما تواجه هذه العملية العديد من الإشكاليات الفرعية الأخرى وفي مقدمتها اختلاف النظم القانونية الوطنية في نظرتها تجاه نصوص القانون الدولي لحقوق الإنسان الأمر الذي يؤدي الى اختلاف طرق استقبال قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان داخل الدول، فضلاً عن إشكالية تباين الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدول وهذا ما يلقي بظلاله على فاعلية النصوص القانونية الدولية المعنية بحماية حقوق الإنسان.

فرضية البحث

تقوم فرضية البحث على أساس أن عملية إدماج الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان في النظم القانونية الوطنية تواجه معوقات وإشكاليات عديدة، حيث يشهد الواقع العملي وجود فجوة كبيرة ما بين النص الدولي والالتزام القانوني الوطني، حيث تزدحم الكثير من الدساتير والتشريعات الوطنية بالعديد من النصوص التي تشدد على ضرورة تمتع الأفراد بحقوقهم ولكن دون أن يكون لتلك النصوص أي انعكاس أو أثر فاعل على أرض الواقع.

هيكلية البحث

لغرض الإحاطة بموضوع البحث سيتم تقسيمه على المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: العلاقة بين القانون الدولي لحقوق الإنسان والتشريعات الوطنية.

المبحث الثاني: إدماج اتفاقيات حقوق الإنسان في النظام القانون الداخلي.

المبحث الأول

العلاقة بين القانون الدولي لحقوق الإنسان والتشريعات الوطنية

إن إخراج مسألة حقوق الإنسان من الشأن الداخلي إلى الشأن الخارجي وجعلها محطة للاهتمام الدولي من أجل مواكبة المتغيرات والمستجدات الدولية، هذا الأمر فتح الباب والمجال للتداخل وربما التنازع بين الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي^(١)، وهذه الإشكالية تتعلق بتطبيق قاعدتين متباينتين من حيث النظام القانوني الذي يحكم وينظم تطبيق كل قاعدة منهم، ولاسيما إذا كانت هذه القاعدة مختصة بحقوق الإنسان فإن الإشكالية ستكون أكبر بالتأكيد. وبناءً على ذلك سنتكلم في هذا المبحث عن العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي في المطلب الأول وعن مكانة المعاهدات الدولية في التشريعات الوطنية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي

إن تحديد العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي لها أهمية بالغة في النظام القانوني، لكونها تحدد طريقة المعاملة التي تحظى بها القواعد القانون الدولي في حدود القانون الداخلي، ومعرفة أي من القانونين له الأولوية على الآخر في حالة حصول تنازع وتداخل بينهما. وعلى سبيل المثال فإذا قامت دولة ما بالحجز على سفينة أجنبية، وذلك بسبب خرقها لنظام مياها الإقليمية، والذي تم تحديده بموجب قانونها الداخلي لمساحة (٢٠) ميلاً بحرياً، في حين دافعت دولة السفينة وتمسكت بأحكام القانون الدولي الذي حدد المياه الإقليمية ب(١٢) ميلاً بحرياً^(٢)، وهنا يثور التساؤل أي من القانونين سيتم تطبيقه القانون الداخلي أم أحكام القانون الدولي العام وماهي الأسانيد القانونية التي تبرر ذلك؟؟

وقد انقسم الفقه الدولي في محاولته لإيجاد حلول حول هذه التساؤلات وظهرت إلى الوجود نظريتين مختلفتين هما: نظرية وحدة القانون، ونظرية ثنائية القانون. والتي كانت محل بحث العديد من الدراسات القانونية التي تناولت هذه النظريات بشكل مفصل لمعرفة طبيعته القواعد التي تحكم العلاقة بين القانونين وما ينتج عن هذه العلاقة من نتائج وأثار على مستويات السلطة الثلاث التشريعية والقضائية والتنفيذية. وإن العلاقة بين القانونين ستقلي بظلالها على تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان والذي يشكل أحد فروع القانون الدولي العام ولاسيما كيفية إنفاذ قواعده في النظم الوطنية، وطريقة التعامل القضائي مع أحكام اتفاقيات حقوق الإنسان بعد ان يتم ادماجها في النظام القاني الداخلي. وسنكتفي بالإشارة إلى هذه

(١) د. الطاهر باكر، د. ناشف فريد، إشكالية العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني (سمو أم تكامل)، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، بدون جهة الاصدار، العدد(٨)، ٢٠٢١، ص ٣.

(٢) د. أحمد إسكندري، د. محمد ناصر بو غزالة، محاضرات في القانون الدولي العام: المدخل والمعاهدات الدولية، ط ١، دار الفجر الإسلامية، ١٩٩٨، ص ٤٧.

النظريات بشكل مختصر وبالقدر الذي يخدم دراستنا كون التفصيل فيها لا يأتي بشي جديد. وسنتناول ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

نظرية ثنائية القانون

يرى أنصار هذه النظرية "إن كلا من القانون الدولي والقانون الداخلي يعدان نظامين قانونيين مستقلين ومتساويين ومنفصلين أحدهما عن الآخر وعلى ذلك لا يجوز دمج أحدهما في الآخر أو أقامه نوع من علاقات الخضوع بينهما"^(٣). وتستند هذه النظرية الى العديد من الأسانيد منها اختلاف مصادر كل من القانونين، فالإرادة المنفردة للدولة هي مصدر القانون الداخلي، والإرادة المشتركة لأغلب الدول هي مصدر القانون الدولي، واختلاف الأشخاص المخاطبين بأحكام كل من القانونين فالأفراد هم الأشخاص الرئيسيون في القانون الداخلي، والدول تمثل أشخاص القانون الدولي وكذلك الاختلاف في مواضيع التي ينظمها كل من القانونين، فالقانون الداخلي ينظم العلاقات بين الأفراد الموجودين داخل الدولة، أما القانون الدولي فيختص بتنظيم العلاقات بين الدول^(٤). كما يختلفان من حيث طبيعة النظام القانوني، فالقانون الداخلي هو قانون يصدر عن السلطة العليا المختصة بمهمة وضع القوانين وتطبيقها ومتابعة تنفيذها على الأشخاص والسلطات العامة الموجودة في الدولة، في حين القانون الدولي هو قانون تنسيق بين دول متساوية في السيادة لا توجد سلطة أخرى أعلى منها^(٥). وأثارت هذه النظرية الكثير من الجدل بين مؤيد ومنتقد^(٦). ومن أهم نتائج هذه النظرية والمتعلقة بموضوع دراستنا هي:-

- ١- لا يمكن تطبيق أحكام القانون الدولي العام وتنفيذها داخل الدولة إلا إذا تم إصدارها على صورة تشريع داخلي من قبل السلطة التشريعية، وفقاً لما منصوص عليه في الدساتير الوطنية للدول المستقبلية للقواعد الدولية، وبذلك يكون للمشرع الداخلي إلغاء القاعدة الدولية وتعديلها باعتبارها قواعد داخلية بحتة، حتى وإن ترتب على ذلك قيام المسؤولية الدولية للدولة نتيجة لإخلالها بالتزاماتها الدولية^(٧).
- ٢- ليس من حق القاضي الوطني أن يطبق أو يفسر القاعدة الدولية قبل تحويلها الى قواعد قانونية داخلية بالطريقة التي نصت عليها الدساتير الوطنية من أجل تطبيق الاتفاقيات الدولية، ولا يمكن ان يحدث تنازع او تعارض بين احكام القانونين وذلك لاختلاف دائرة تطبيق كل منهما^(٨).
- ٣- على الرغم من أن للقانون الدولي وفقاً لنظرية ثنائية القانون نظام قانوني مستقل، وشامل، ومنفصل، لكن هذا لا يعني أنه يتجاهل النظام القانوني الداخلي، فقد يستعين أحد القانونين بالآخر من أجل استكمال

(٣) د. جمال محي الدين، القانون الدولي العام، المصادر القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣٤

(٤) حسنية شرون، علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، مجلة الباحث، بدون جهة اصدار، العدد(٥)، ٢٠٠٧، ص ٣٢.

(٥) د. أبو الخير احمد عطية، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٥.

(٦) د. أبراهيم محمد العناني، حازم محمد عتلم، أصول القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٥٥٤.

(٧) شارل رسو، القانون الدولي العام، ترجمة: شكر الله خليفة، عبد المحسن سعه، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٧، ص ١٩.

(٨) د. صونية منصور، محاضرات في القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج- البويرة، بدون دار نشر، ٢٠٢١، ص ٣١.

أحكامه، وهذا ما يطلق عليه (نظام الإحالة)، فقد يحيل القانون الداخلي الى القانون الدولي تحديد معنى مصطلحات معينة مثل المبعوثين الدبلوماسيين والحصانات الدبلوماسية أو عبارة البحر الإقليمي، وبالمقابل يحيل القانون الدولي الى القانون الداخلي تحديد من يعد وطنياً ومن يعد اجنبياً بخصوص مسألة حقوق الأجانب^(٩).

الفرع الثاني

نظرية وحدة القانونين

وهذه النظرية عكس النظرية السابقة، والتي يرى أنصارها بأن أحكام القانون الدولي وأحكام القانون الداخلي يشكلان كتلة قانونية واحدة قائمة على أساس التبعية والتي تستند الى تسلسل هرمي قانوني واحد^(١٠). الا أنهم اختلفوا على إعطاء الأفضلية لأي من القانونين على الآخر في حالة حصول تعارض بينهم وانقسموا إلى اتجاهين: أتجاه الأول نادى بوحدة القانونين مع اعطاء الأولوية للقانون الدولي، والثاني نادى بالوحدة مع سمو القانون الداخلي:-

١ - سيادة القانون الدولي

يرى أنصار هذه النظرية بأن القانون الدولي العام هو القانون الواجب التطبيق عند تعارضه مع القانون الداخلي، ووفقاً لذلك فإن القاضي الوطني يكون ملزماً بتطبيق القانون الدولي في حالة التعارض وإهمال القانون الداخلي، ونفس الحال بالنسبة للسلطات الوطنية التي عليها ان تتعامل على أساس سمو القانون الدولي على القانون الداخلي^(١١). كون العلاقة بينهم هي علاقة تابع ومتبوع والتي تشبه بشكل كبير العلاقة بين القوانين الاتحادية وقوانين الولايات الأعضاء في الاتحاد^(١٢).

٢ - سيادة القانون الداخلي

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن القانون الدولي مشتق ومنبثق عن القانون الداخلي ومن ثم فإن الأولوية للقانون الداخلي، ويدعم أنصار هذا الاتجاه رأيهم بأنه لا توجد سلطة تعلو على سلطة الدول والتي لها مطلق الحرية بتحديد التزاماتها الدولية وفق الصلاحيات التي يمنحها الدستور للسلطات التنفيذية لإبرام المعاهدات الدولية وهو ذو طابع داخلي^(١٣). ومن اهم نتائج هذه النظرية والمتعلقة بموضوع دراستنا هي أن الاتفاقية

(٩) د. نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، تطبيق القضاء الداخلي لأحكام القانون الدولي: دراسة تطبيقية للجمهورية اليمنية وجمهورية مصر العربية، ط١، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا، ٢٠١٠، ص٤٣.

Charle ROUSSEAU^(١٠)، Droit international public، tome-1، introduction et sources، sirey، Paris، 1971. p7.

(١١) عمر صالح علي، وآخرون، مرتبة المعاهدات الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، العدد(١)، المجلد(٤٠)، ٢٠١٣، ص٧٨.

(١٢) عدي محمد رضا بونس، تطبيق القاعدة القانونية الدولية في القانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٩، ص١٠١.

(١٣) محمد المولدي منماني، إدماج قرارات الجمعية العامة ومجلس الأمن وتنفيذها في النظم القانونية الداخلية للدول الاعضاء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٣، ص٦٩.

الدولية تصبح جزءاً من القانون الداخلي من دون الحاجة إلى إصدار تشريع داخلي، وإنما بمجرد دخولها حيز النفاذ بالنسبة للدولة وذلك عند إبرام الاتفاقية والمصادقة عليها وفقاً لما نص عليه دستور الدولة^(١٤). ولم تسلم هذه النظرية أيضاً من الانتقادات^(١٥). ومن الناحية العملية انقسمت الدول في تطبيق القاعدة الدولية الى فكريتي الوحدة والازدواج، فالقانون الدولي والداخلي لا يشكلان كتلة قانونية واحدة ولكن في الوقت نفسه لا ينفصلان تمام الانفصال، حيث يوجد اندماج غير أنه لا يصل إلى درجة يمكننا القول بأنهم نظام واحد، إذ يحتفظ كلاً من القانونين بكيانه الخاص^(١٦).

المطلب الثاني

مكانة المعاهدات الدولية في الدساتير الوطنية

إن موضوع العلاقة ما بين القانون الدولي والقانون الداخلي يثير العديد من الإشكاليات القانونية والمتعلقة أساساً بتدرج القانون، ففي حالة وجود تعارض بينهما أي من القانونين يسمو على الآخر في التطبيق؟ وكيف يتم التعامل مع القانون الدولي داخل المنظومة القانونية الوطنية؟

فعلى مستوى القانون الدولي والقضاء الدولي فقد تم حسم هذا الأمر لصالح سمو وعلو القواعد القانونية الدولية على قواعد القانون الداخلي، ويستشف ذلك من ما ورد في الكثير من النصوص القانونية الموجودة في المواثيق الدولية، كنص المادة (١٠٣) من ميثاق الأمم المتحدة "إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقاً لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به فالعبرة بالالتزامات المترتبة على هذا الميثاق"^(١٧).

ونص المادة (٢٧) من اتفاقية "فيينا لقانون المعاهدات" لعام ١٩٦٩ "لا يجوز لطرف في المعاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة"^(١٨). ويتضح من هذه المادة بأن هناك مبدأ قانونياً يتضمن "سمو قواعد القانون الدولي على قواعد القانون الوطني"، والذي بموجبه يتوجب على الدول القيام بموائمة تشريعاتها الوطنية مع التزاماتها المفروضة عليها في المعاهدات الدولية وبعكس ذلك ستعرض نفسها للمسؤولية الدولية^(١٩). وتوجد استثناءات تستطيع الدول أن تحتج بها لتطبيق التشريع الوطني استناداً إلى ما جاء في المادة (٤٦) و(٤٧) من اتفاقية فيينا لقانون لمعاهدات^(٢٠). ويوجد استثناء آخر

(١٤) ريم البطمة، المعاهدات الدولية والقانون الوطني، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، غزة، ٢٠١٤، ص ٣٧.

(١٥) للمزيد ينظر: د. صونية منصور، مصدر سابق، ص ٣٤.

(١٦) صلاح حميدي حمدان، نفاذ المعاهدات الدولية وتنفيذها داخل الدول (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية المدينة المنورة، ٢٠١٨، ص ١٤٦.

(١٧) المادة (١٠٣) من ميثاق الأمم المتحدة.

(١٨) المادة (٢٧) من اتفاقية فيينا للمعاهدات لعام ١٩٦٩.

(١٩) نايف راشد هزاع العنزي، العلاقة بين المعاهدة الدولية والتشريعات الوطنية، دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، العدد (٣)، المجلد (٤٣)، ٢٠١٦، ص ١٩٨٤.

(٢٠) نصت المادة ٤٦ من اتفاقية فيينا للمعاهدات (١) - ليس للدولة أن تحتج بأن التعبير عن رضاها بالالتزام بالمعاهدة قد تم بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي يتعلق بالاختصاص بعقد المعاهدات كسبب لإبطال هذا الرضا إلا إذا كانت المخالفة بيئية وتعلقت بقاعدة أساسية من قواعد القانون الداخلي. ٢ - تعتبر المخالفة بينة إذا كانت واضحة بصورة موضوعية لأية دولة تتصرف في هذا الشأن وفق التعامل المعتاد وبحسن نية) ونصت المادة ٤٧ (إذا كانت سلطة الممثل في التعبير

على هذا المبدأ يسمح للدولة التحلل من التزاماتها في اتفاقيات حقوق الإنسان وتطبيق قانونها الوطني، وذلك في حالة (الظروف الاستثنائية) والتي سيتم تناولها بشكل مفصل في الفصل القادم.

وقد تأكد سمو قواعد القانون الدولي أمام القضاء الدولي بشكل جلي، من خلال صدور العديد من الفتاوى والأحكام من قبل المحاكم الدولية والتي تناولتها دراسات عديدة بالتفصيل^(٢١). وسنكتفي بالإشارة إلى قرار محكمة العدل الدولية والذي يعد حديثاً نوعاً ما والذي صدر عام ٢٠٠٢ م والخاص بصدور مذكرة اعتقال وزير خارجية دولة الكونغو عام ٢٠٠٠ استناداً إلى قانون الاختصاص العالمي البلجيكي، الذي يعطي للمحاكم البلجيكية الحق بالنظر في الجرائم الدولية بغض النظر عن مكان ارتكابها، وقضت محكمة العدل الدولية بأن اصدار مذكرة الاعتقال من قبل القضاء البلجيكي يشكل خرقاً لالتزامات بلجيكا الدولية تجاه جمهورية الكونغو الديمقراطية، كونها لم تحترم الحصانة الممنوحة لوزير خارجيتها بموجب القانون الدولي^(٢٢).

أما على المستوى الداخلي فنجد أن مسألة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، غير محسومة من الناحية العملية بسبب تفاوت دساتير الدول في تحديد مكانة القانون الدولي ضمن البناء القانوني الداخلي، وطريقة التعامل مع القواعد الدولية وكيفية إنفاذها في النظام القانوني الداخلي، وبالرجوع إلى النظم القانونية الداخلية نلاحظ بأن العديد منها يتخذ موقفاً معيناً بشأن التعامل مع قواعد القانون الدولي وأن هذا الموقف قد يتسبب بإعاقه تطبيق "القانون الدولي لحقوق الإنسان"، وخصوصاً إذا كانت القوانين الداخلية لا تعترف بسمو قواعد القانون الدولي على القانون الداخلي، وهذا الأمر يسبب ضرر كبير على تطبيق أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان التي تحتاج إلى تفاعل مع القانون الداخلي وقد يصل الأمر إلى تجميدها. وتباينت الدساتير في تحديد مكانة قواعد القانون الدولي ضمن منظوماتها القانونية الداخلية وانقسمت على أربعة اتجاهات:-

الاتجاه الأول:- سمو الاتفاقيات الدولية على الدستور

وبموجب هذا الاتجاه يكون الترتيب لأحكام القانون الدولي وبصفة خاصة المعاهدات الدولية على النصوص الدستورية، ومن الدساتير التي أخذت بهذا الاتجاه الدستور الهولندي لعام ١٨١٥م وتعديله لعام ١٩٥٣م، والذي بموجبه يمكن المصادقة على اتفاقية دولية وإن كانت تخالف الدستور الهولندي، وعلى المحاكم الهولندية استبعاد أي تشريع داخلي سواء كان سابق أو لاحق يتعارض مع الاتفاقية الدولية^(٢٣). وقد

عن رضا الدولة الالتزام بمعاهدة ما خاضعة لقيود معين فلا يجوز الاحتجاج بإغفال الممثل مراعاة هذا القيد كسبب لإبطال ما من رضا إلا إذا كانت الدول المتفاوضة الأخرى قد أخطرت بالقيود قبل قيام الممثل بالتعبير عن هذا الرضا)، للمزيد ينظر: فيصل بدري، خالد عطوي، مبدأ سمو المعاهدات الدولية في القانون الدولي العام، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جهة الاصدار بلا، العدد(٢٠)، ص٣٢٤.

^(٢١) قرار محكمة التحكيم الدولية في قضية(الألباما) لعام ١٨٧٢، وقضية المستثمر الأمريكي شوفليت ١٩٢٨، وقرارات محكمة العدل الدولية في قضية الرعايا الأمريكيين في المغرب ١٩٥٢، للمزيد ينظر: د. علي ابراهيم النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي صراع أم تكامل، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٧٦-١٢٨.

International Court of Justice^(٢٢) Arrest Warrant Of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo V. Belgium) Judgment of 14th February 2000, PP.9- 10, through, (<https://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.bdf>)

^(٢٣) فيصل عقله شطناوي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، مجلة علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية، العدد(١)، المجلد(٤٢)، ٢٠١٥، ص٤٧

درجت أغلب الدراسات العربية أخذ الدستور الهولندي كنموذج لهذا الاتجاه، إلا أنه تم تعديل هذا الدستور عام ١٩٨٣م الذي حد من مستوى إطلاق سمو القواعد الدولية الواردة في الاتفاقيات الدولية على القواعد الدستورية فقد قيدها بشروط أكثر شدة خاصة بنسب التصويت داخل المجلسين التشريعيين، وذلك حسب ما جاء في المادة (٩٣) والمادة (٩٤)، ومن الدساتير الأخرى التي أخذت بهذا الاتجاه دستور كل من الهندوراس لعام ١٩٨٢ م والذي تم تعديله عام ٢٠٠٥، ودستور فنزويلا عام ١٩٩٩م، ودستور غواتيمالا والذي تم تعديله عام ١٩٩٣ م إلا أنه حصر سمو بالاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان^(٢٤).

الاتجاه الثاني: الاتفاقيات الدولية في مرتبة وسط أدنى من الدستور واعلى من القانون الداخلي

وفقا لهذا الاتجاه تكون القواعد الدولية فوق التشريع ودون الدستور فلا يمكنها تعديل الدستور ولكنها تسمو على القوانين الداخلية. ومن الدساتير التي أخذت بهذا الاتجاه الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨م إذ نصت المادة (٥٥) "تعتبر الاتفاقيات الدولية التي تمت المصادقة عليها والمنشورة طبقا للإجراءات القانونية الجارية العمل بها أن لها سلطة اعلى من سلطة القوانين الداخلية ولكن بشرط تنفيذها من قبل الطرف الآخر"^(٢٥). وبموجب هذه المادة تستبعد المحاكم الفرنسية تطبيق التشريعات السابقة واللاحقة وتطبيق المعاهدات الدولية المتعارضة معها^(٢٦). وتبنى هذا الاتجاه ايضا دستور الجزائر لعام ١٩٩٦م ودستور تونس لعام ١٩٨٩م^(٢٧). ويمكن ايجاز الآثار القانونية المترتبة على هذا الاتجاه بأن المعاهدة الدولية تكون غير دستورية عندما تتعارض مع الدستور الوطني، ولا يستطيع القانون الوطني تعديل أو إلغاء المعاهدة الدولية المصادق عليها حتى وإن كان لاحقا عليها^(٢٨).

الاتجاه الثالث:- القواعد الدولية بمرتبة القانون الوطني

ويشكل هذا الاتجاه خطرا شديداً على تطبيق الاتفاقيات الدولية وخاصة عندما تتعارض أحكامها والتزاماتها مع القانون الوطني، فإذا كان القانون الوطني لاحقاً فإنه يلغي أو يعدل القاعدة الدولية السابقة في حالة حصول تعارض بينهم، أما إذا كانت المعاهدة الدولية هي اللاحقة وتعارضت مع قانون سابق فإنها لا تلغيه أو تعدله إلا إذا تم ادخالها في النظام القانوني الوطني، ومن الدول التي اعتمدت هذا الاتجاه هي الولايات المتحدة الأمريكية و انكلترا ومصر^(٢٩).

(٢٤) د. فتحي محمد فتحي الحياي، حجية الأحكام الدولية امام القضاء العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، العدد (٦٩)، المجلد (٢٠)، ٢٠٢٢، ص ٢١٤-٢١٦.

(٢٥) د. صلاح البصيصي، المعاهدة الدولية والرقابة عليها في ظل الدستور العراقي الجديد، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة كربلاء، العدد بلا، المجلد بلا، ص ٢٥٠.

(٢٦) د. أشرف عرفات أبو حجازة، مكانة القانون الدولي العام في أطار القواعد الداخلية الدستورية والتشريعية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد (٦٠)، ٢٠٠٤، ص ١٥١.

(٢٧) طارق جمعة سعيد، آليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني "دراسة مقارنة بين التشريع الاردني والتشريع العراقي"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠٢٠، ص ٣٤.

(٢٨) د. فتحي محمد فتحي الحياي، المصدر السابق، ص ٢٢٠.

(٢٩) عدي محمد رضا يونس، مصدر سابق، ص ١٤٤.

الاتجاه الرابع: الدساتير الصامتة

ووفق هذا الاتجاه فإن الدساتير التزمت الصمت تجاه مكانة الاتفاقيات الدولية في النظام القانوني الداخلي، فلم يتم تحديد مكانة الاتفاقيات الدولية سواء فيما إذا كانت في مرتبة النصوص الدستورية أو بمرتبة النصوص القانونية العادية، ومن الدساتير التي تبنت هذا الاتجاه الدستور الإيطالي في المادة (١٠) والتي اكتفت فقط بالإشارة إلى أنه يجب أن تتفق قواعد القانون الداخلي مع قواعد القانون الدولي التي تم الاعتراف بها بشكل عام دون أن تحدد أي مكانة لهذه القواعد في النظام القانوني الداخلي^(٣٠). ونجد العديد من الدساتير العربية التي تبنت هذا الاتجاه كالـدستور الإماراتي لعام ١٩٧١م، والدستور الفلسطيني عام ٢٠٠٢م، والدستور الأردني لعام ١٩٥٢م والدستور السوداني لعامي ١٩٩٦ و٢٠٠٥^(٣١). ولم يحدد الدستور العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥م القيمة القانونية للمعاهدات الدولية وسار على النهج نفسه قانون المعاهدات رقم (٣٥) لعام ٢٠١٥م، إلا أنه حدد آلية انفاذ المعاهدات الدولية داخل النظام القانوني الداخلي والتي من خلالها يتم التعرف عن القيمة القانونية لهذه المعاهدات وسيتم الحديث عن هذه الآلية بشكل مفصل في المطلب القادم.

وبعد أن تطرقنا إلى القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية في الدساتير الدولية يتضح لنا بأن موقف الدساتير من هذه الاتفاقيات له أثر مباشر في كيفية إدماج الاتفاقيات الدولية في القانون الداخلي، وكذلك الطريقة التي يتم التعامل بها مع هذه الاتفاقيات بعد موامتها مع التشريعات الوطنية وخصوصاً في حالة حصول تعارض فيما بينهما وكما سنرى ذلك لاحقاً.

المبحث الثاني

إدماج اتفاقيات حقوق الإنسان في النظام القانوني الداخلي

إن قيام الدول بالتصديق والانضمام إلى "اتفاقيات حقوق الإنسان" لا يعد كافياً بل يجب أن يلحقه القيام بإجراءات فعالة تسمح للسلطات الداخلية بتنفيذ هذه الاتفاقيات. وأن الالتزام الأساسي التي تفرضه اتفاقيات حقوق الإنسان على الدول الأطراف هو إدماج جوهر الاتفاقية في القانون الداخلي، حيث إن السبب الحقيقي لوجود هذه الاتفاقيات هو أن يتم تطبيقها داخلياً، فلا بد من إدخال الحقوق والحريات المعترف بها في اتفاقيات حقوق الإنسان في النظام القانوني الوطني للدول الأطراف^(٣٢). لكي يتمكن الأفراد من التمتع بحقوقهم والمطالبة بها أمام المحاكم الداخلية. وعملية الإدماج ترافقها العديد من الإشكاليات والتي من شأنها أن تعيق "تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان". وسيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في الأول آلية إدماج اتفاقيات حقوق الإنسان وفي الثاني إدماج الاتفاقيات الدولية في الدول المقارنة والثالث سنخصصه للإشكاليات التي تعيق إدماج الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان.

المطلب الأول

آلية إدماج اتفاقيات حقوق الإنسان

بعد أن تعبر الدول عن رضاها باتفاقيات حقوق الإنسان عن طريق استكمال مراحل إبرامها القانونية يترتب على ذلك الالتزام بتنفيذها في الداخل، ولا يجوز لها التحلل من هذا الالتزام بحجة مخالفة أحكام

(٣٠) فيصل عقلة شطناوي، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٣١) سحر سالم الدوري، انفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣، ص ٥٣.

(٣٢) زكية بلهول، تطبيق معاهدات حقوق الإنسان (دراسة مقارنة)، ط ١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٩، ص ٣٣.

الاتفاقية لقانونها الداخلي، إلا في الحدود التي نص عليها القانون الدولي وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام تتحمل الدولة تبعات المسؤولية الدولية^(٣٣). وحيث إن التصديق على المعاهدة وحده لا يكون كافياً وليس له معنى دون إتباعه بإجراءات مؤثرة تسمح للسلطات الداخلية بتطبيق الاتفاقية. فالدول التي صادقت على اتفاقيات حقوق الإنسان ولم تقم بعملية إدماجها في قانونها الداخلي، مهما كانت الحجة التي تستند إليها فإنها تتحمل المسؤولية الدولية إذ إن التزامها هنا يكون بتحقيق نتيجة والتي لا تتحقق إلا بعملية الإدماج في النظام القانوني الداخلي وليس مجرد التزام ببذل عناية. وعدم القيام بعملية الإدماج يعد خرقاً لاتفاقيات حقوق الإنسان من طرف الدولة المتعاقدة.

وبما إن القانون الدولي التزم الصمت بشأن مسألة تطبيقه في المجال الداخلي وترك ذلك إلى القوانين الوطنية للدول الأعضاء في المجتمع الدولي. أي أن القاعدة العامة بمسألة الإدماج هي بأن يكون للدول حرية اختيار الطرق والأساليب التي يتم من خلالها إدماج اتفاقيات حقوق الإنسان داخل النظم القانونية الوطنية. واختلقت دساتير الدول من الناحية العملية بشأن إدماج وتطبيق "اتفاقيات حقوق الإنسان" في الأنظمة القانونية الداخلية، وذلك حسب موقفها النظري من المذاهب التي تبنت تنظيم العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي إلى طريقتين ووفقاً لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الإدماج غير التلقائي (الاستقبال القانوني)

ويطلق عليه أيضاً الإدماج التشريعي وهي تستند في جوهرها إلى فلسفة مذهب ثنائية القانون، إذ يرى جانب من الفقه بأن المعاهدات لاتعد مصدر لقواعد القانون الداخلي وإن كانت المصدر الرئيسي للقواعد الدولية. وأن تطبيق المعاهدات الدولية والتي يتم إبرامها وفق الأسس الدستورية لا يجعلها تلقائياً جزءاً من القانون الداخلي وأن تكون قابلة للتنفيذ داخل الدولة، بل لابد من تحويلها إلى قوانين داخلية بواسطة إصدار قانون خاص من جانب هيئة تشريعية داخلية، وبدون هذا الإجراء تبقى المعاهدة الدولية وما تتضمنه من قواعد غير ملزمة باعتبارها قواعد دولية ليس لها أي تأثير في القانون الداخلي^(٣٤).

وفيما يتعلق بموضوع دراستنا فإن هذه الطريقة قد تشكل عائقاً أمام تطبيق "القانون الدولي لحقوق الإنسان" داخلياً، وذلك من خلال عدم وضوح إجراءات إدماج واستقبال القواعد الدولية على الصعيد الوطني، ومن شأن هذا الأمر أن يؤدي إلى عدم إمكانية ترتيب أي التزامات أو حقوق تجاه الأفراد حتى بالنسبة للاتفاقيات ذات الأثر المباشر عليهم، كما حدث مع (المملكة المتحدة) التي صادقت على (الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان) عام ١٩٥٣م ولم يتخذ البرلمان البريطاني أي إجراء من أجل إدماجها في النظام الداخلي وبالتالي لم يترتب عليها أي أثر داخلي لغاية إدخالها في القانون البريطاني عام ١٩٩٨م^(٣٥).

ومن ناحية أخرى يرى بعض الفقهاء إن هذه الطريقة تمنح للمشرع الداخلي الحق في أن يعدل أو يلغي القواعد الدولية بعدّها أصبحت جزءاً من القواعد الداخلية، وبصرف النظر عن بقائها سارية المفعول

(٣٣) ينظر: د. الصادق شعبان، المعاهدات في القانون الداخلي للدول العربية، بحث منشور ضمن كتاب: حقوق الإنسان، المجلد الثالث، دراسات تطبيقية عن العالم العربي، أعداد د. محمد شريف بسيوني وآخرون، دار العلم للملايين، ط ١، ١٩٨٩، بيروت، ص ١٦٥

(٣٤) د. نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، مصدر سابق، ص ١٣٨.

(٣٥) أحمد جبار هادي، إدخال المعاهدات الدولية في القوانين الوطنية: دراسة مقارنة العراق-لبنان، رسالة ماجستير، كلية حقوق، الجامعة الإسلامية، لبنان، ٢٠١٧، ص ٥.

في نطاقها الدولي، وإن كان هذا التصرف تترتب المسؤولية الدولية لإخلال الدولة بالتزاماتها الدولية، لكنه لا يؤثر على صحة وشرعية القانون الداخلي الجديد المتعارض مع القواعد الدولية السابقة^(٣٦).

وذهب البعض إلى أن ضرورة إصدار تشريع خاص بالمعاهدة الدولية بعد المصادقة عليها، يعد ذلك تطبيقاً لمبدأ (الفصل بين السلطات) فالسلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص بتحويل هذه المعاهدات إلى شكل تشريعات وطنية، ليتم تنفيذها داخل الدولة بعد أن قامت السلطة التنفيذية باستكمال المراحل القانونية لإبرام المعاهدة الدولية^(٣٧).

ثانياً:- الإدماج التلقائي (الاستقبال المادي)

وتتفق هذه الطريقة مع مذهب وحدة القانونين ويعرف الإدماج التلقائي بأنه: "مجرد التصديق على المعاهدة مع النشر في الجريدة الرسمية الداخلية كافي، دون حاجة لاستقبال المعاهدة بقانون خاص في النظام القانوني الداخلي لتصبح لها قيمة القانون الداخلي"^(٣٨). ووفقاً لهذه الطريقة لا يعد القانون الدولي والقانون الداخلي منفصلين، حيث تعد القاعدة الدولية أحد مصادر القاعدة القانونية الداخلية، وتدخل المعاهدة الدولية بعد المصادقة عليها حيز النفاذ وتسري في القانون الداخلي مباشرة من دون الحاجة إلى اتخاذ إجراء تشريعي لغرض تبني المعاهدة وتحويلها إلى القواعد الداخلية، فبمجرد التصديق عليها تصبح قابلة للتنفيذ من قبل السلطات الداخلية المختصة وهذا ما يسمى (المعاهدات النافذة بذاتها)، ولا يمنع اشتراط بعض الدساتير نشر المعاهدة في الجريدة الرسمية لكي تكون واجبة التطبيق في النظام الداخلي، حيث لا يعد النشر تصرف قانوني يغير من الوصف الجديد على المعاهدة المصادق عليها باعتبارها جزءاً من القانون الداخلي، فالنشر ليس إلا مجرد عمل مادي الغاية منه إعلام جميع المخاطبين بأحكام المعاهدة^(٣٩).

ووفقاً لهذه الطريقة تصبح (اتفاقيات حقوق الإنسان) جزءاً من القانون الداخلي دون الحاجة إلى تحويل أحكامها إلى قواعد داخلية بإصدار قانون خاص بها، وبذلك يكون القاضي الوطني في حالة مواكبة مستمرة مع تطور القانون الدولي لحقوق الإنسان.

لكن من الناحية العملية فقد تقع فجوة ما بين دخول الاتفاقية في النفاذ الدولي وتاريخ نفاذها وشرعيتها في القانون الداخلي بسبب عدم نشر الاتفاقية بشكل متعمد من قبل السلطات الداخلية أو التأخر في نشرها، وخلال هذه المدة تكون الاتفاقية بدون أثر في النظام القانوني الداخلي، ولا يمكن الاحتجاج بها أمام المحاكم الوطنية^(٤٠).

(٣٦) د. نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، المصدر سابق، ص ٤٩.

(٣٧) د. جلول شيتور، تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية في القضاء الوطني، مجلة البحوث والدراسات، جامعة بسكرة-الجزائر، العدد (١٤)، ٢٠١٢، ص ١٣٤.

(٣٨) Dominique Carreau، "Droit international"، N1، 9em Edition، Pedone، Paris (2007)، pp. 443.

(٣٩) فهد نايف حمدان الشمري، الأثر القانوني للمعاهدات الدولية في النظام والقضاء الوطني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٨، ص ٤٥.

(٤٠) إدريس بلماحي، مكانة الاتفاقيات الدولية من زاوية القانون الدولي، ورقة عمل مقدمة إلى أشغال الندوة العلمية لمركز التوثيق والإعلان في مجال حقوق الإنسان، المملكة المغربية، ٢٠٠٢، ص ١٧-١٨.

المطلب الثاني

إدماج الاتفاقيات الدولية في الدول المقارنة

ألقت الاختلافات الفقهية بظلالها على مواقف الدول من مسألة إدماج الاتفاقيات الدولية ضمن منظومتها الداخلية، وستنكلم عن كيفية إدماج المعاهدات الدولية في بعض الأنظمة القانونية وبشكل مختصر من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

إدماج المعاهدات الدولية في الأنظمة القانونية للدول المقارنة

وستتناول في هذا عن كيفية إدماج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي الفرنسي والأمريكي والإنكليزي والمصري.

أولاً:- إدماج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الفرنسي

نصت المادة (٢٦) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦م المعاهدات المصادق عليها قانوناً والمنشورة تكون لها قوة القانون الداخلي دون الحاجة لاتخاذ أية إجراءات تشريعية أخرى^(٤١)، وعلى النحو نفسه نصت المادة (٥٥) من الدستور الفرنسي عام ١٩٥٨م المعاهدات والاتفاقيات المصادق والموافق عليها قانوناً لها منذ النشر قوة أسمى من القوانين الوطنية بشرط المعاملة بالمثل^(٤٢).

ويلحظ على نص المادتين بأن النظام القانوني الفرنسي أشتراط التصديق والنشر لنفاد المعاهدة الدولية، لكن دستور عام ١٩٥٨م أعطى للمعاهدات الدولية بعد التصديق والنشر مكانة أسمى من القوانين الداخلية وأدنى من الدستور لكنه اشتراطت المعاملة بالمثل، في حين كانت المعاهدات الدولية في دستور ١٩٤٦م معادلة للقوانين الوطنية^(٤٣). وبذلك يكون النظام القانوني الفرنسي قد تبنى مذهب وحدة القانونين وأسلوب الإدماج التلقائي، إذ تصبح المعاهدة الدولية جزءاً من النظام القانوني الداخلي بمجرد التصديق عليها من قبل السلطات المختصة ونشرها بالجريدة الرسمية من دون الحاجة إلى إصدار تشريع خاص بها^(٤٤).

ثانياً:- النظام القانون الأمريكي

نصت الفقرة (٢) من المادة (٦) من الدستور الأمريكي ١٧٨٧م هذا الدستور وقوانين الولايات المتحدة التي صدرت تبعاً له وجميع المعاهدات المعقودة أو التي تعقدت تحت سلطة الولايات المتحدة الأمريكية تكون القانون الأعلى للبلاد ويكون القضاة ملزمين بتطبيقه ولا عبارة بأي نص في دستور أو قانون في ولاية يخالف ذلك^(٤٥). ويتضح من هذه المادة بأن الدستور الأمريكي أخذ بأسلوب الإدماج التلقائي فالمعاهدات التي يتم إقرارها من قبل مجلس الشيوخ الأمريكي، تلتزم المحاكم بتطبيق أحكامها دون الحاجة إلى إصداره

(٤١) المادة (٢٦) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٤٦.

(٤٢) المادة (٥٥) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨.

(٤٣) نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، مصدر سابق، ص ١٤٦.

(٤٤) خير الدين كاظم عبيد الأمين، تطبيق القضاء الداخلي للمعاهدات الدولية، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، العدد (٢)، المجلد (١٥)، ٢٠٠٧، ص ٣٩٣.

(٤٥) الفقرة الثانية من المادة (٦) من الدستور الأمريكي لعام ١٧٨٧.

في صورة تشريع داخلي وتكون أسمى في التطبيق في حالة التعارض مع كل من الدستور والقانون المحليين للولايات^(٤٦).

ودرج القضاء الأمريكي على التفرقة بين نوعين من المعاهدات الدولية فالمعاهدات النافذة بذاتها (تلقائية التنفيذ) لا تتطلب صدور تشريع لنفاذها في النظام الداخلي، وتعد جزءاً من النظام القانوني الأمريكي بمجرد إبرامها، أما النوع الثاني المعاهدات غير النافذة بذاتها (غير تلقائية التنفيذ) فهذا النوع من المعاهدات لا يمكن تطبيقها بشكل مباشر من قبل المحاكم وتحتاج إلى صدور قانون لنفاذها داخلياً، وبالتالي لا تعد جزءاً من النظام الداخلي وتنفيذها يستلزم تشريع قانون من الكونغرس الأمريكي^(٤٧).

ثالثاً:- النظام القانوني الإنكليزي

الدستور الإنكليزي هو دستور عرفي غير مقنن ويوجد مبدأ في النظام الإنكليزي وهو (القانون الدولي جزء من قانون البلاد). إلا أن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه على المعاهدات الدولية ينطبق فقط على قواعد العرف الدولي والتي تعد جزءاً من النظام القانوني الإنكليزي ويمكن تطبيقها بشكل مباشر دون الحاجة إلى إصدار تشريع خاص لاستقبالها في النظام الداخلي. على خلاف المعاهدات الدولية في النظام الداخلي البريطاني والذي يتم وفقاً للمبادئ التي تحكم العلاقة بين الملك (التاج البريطاني) والبرلمان، حيث إن التوقيع على المعاهدات والتصديق عليها يعد من اختصاص سلطة التاج البريطاني، وخوفاً من تجاوز الملك على سلطات البرلمان عن طريق إبرامه المعاهدات الدولية، والتي قد تؤدي إلى إحداث تغييرات في القوانين الداخلية أو الأضرار بالأفراد أو تفرض أعباء مالية على الحكومة تم اشتراط موافقة البرلمان عليها^(٤٨).

وبذلك فإن النظام القانوني الإنكليزي قد تبني مذهب ثنائية القانون وأخذ بطريقة الإدماج غير التلقائي (الاستقبال القانوني).

رابعاً:- النظام القانوني المصري

يتضح من نص المادة (١٥١) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤م^(٤٩) بأن النظام القانوني المصري قد تبني مذهب وحدة القانونين وأخذ بالإدماج التلقائي لنفاذ المعاهدات الدولية في نظامه الداخلي، ولم يشترط صدور تشريع خاص من البرلمان، فالمعاهدات تدخل حيز النفاذ في النظام الداخلي بمجرد التصديق عليها ونشرها وفقاً لما هو منصوص عليه في القانون الداخلي.

الفرع الثاني

النظام القانوني العراقي

في النظام القانوني العراقي وفي ظل دستور عام ٢٠٠٥م (النافذ) يلحظ أنه لم يحدد القيمة القانونية للمعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي ولكن أشارت بعض نصوصه وبشكل موجز عن عملية المصادقة إلى المعاهدات الدولية، حيث نصت الفقرة (٤) من المادة (٦١) يختص مجلس النواب: "تنظيم

^(٤٦) نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، مصدر سابق، ص ١٥٩.

^(٤٧) خير الدين كاظم عبيد الأمين، المصدر سابق، ص ٣٩٤.

^(٤٨) د. علي إبراهيم، النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي صراع أم تكامل، مصدر سابق، ص ٢١٣.

^(٤٩) نصت المادة (١٥١) من الدستور المصري لعام ٢٠١٤م (يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور. ويجب دعوة الناخبين للاستفتاء على معاهدات الصلح والتحالف وما يتعلق بحقوق السيادة، ولا يتم التصديق عليها إلا بعد إعلان نتيجة الاستفتاء بالموافقة. وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور، أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة).

عملية المصادقة على المعاهدات الدولية بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب"، ونصت الفقرة الثانية من المادة ٧٣ "يتولى رئيس الجمهورية الصلاحيات الآتية:- المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بعد موافقة مجلس النواب وتعد مصادقا عليها بعد مضي خمسة عشر يوما من تسلمها"^(٥٠). ويتضح من هذا النص أن مصادقة رئيس الجمهورية لاحقة لموافقة مجلس النواب، ولا يملك صلاحية الاعتراض وإنما فقط المصادقة خلال خمسة عشر يوما وبخلاف ذلك تعد المعاهدة بحكم المصادق عليها بعد مضي تلك المدة^(٥١). ومنحت الفقرة السادسة من المادة (٨٠) مجلس الوزراء "التفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتوقيع عليها أو من يخوله"^(٥٢).

وصدر قانون عقد المعاهدات رقم (٣٥) لعام ٢٠١٥م و الذي سار على نهج الدستور نفسه ولم تحدد نصوصه القيمة القانونية للمعاهدات الدولية، ولكن نظمت أحكامه كيفية نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي فقد اشترطت المادة (١٧) موافقة مجلس النواب وبالأغلبية المطلقة على قانون التصديق أو قانون الانضمام إلى المعاهدات، باستثناء بعض المعاهدات التي تم ذكرها على سبيل الحصر يجب حصول موافقة أغلبية الثلثين وهي "معاهدات الحدود- والمعاهدات التي تمس السيادة الإقليمية لجمهورية العراق- ومعاهدات الصلح والسلم- ومعاهدات التحالف السياسية والأمنية- ومعاهدات تأسيس المنظمات الإقليمية أو الانضمام إليها"^(٥٣).

لكن هذه المادة تناقضت مع ما جاء بالمادة (٦١) من الدستور سالف الذكر والتي جاءت بحكم عام يسري على جميع المعاهدات دون تمييز بينهما. وتقترح تعديل هذه المادة أو الغائها إعمالاً بمبدأ التدرج القانوني والذي يمثل الدستور قمة الهرم فيه.

وكذلك جاءت المادة (١٩) من قانون عقد المعاهدات النافذ لتؤكد شرط التصديق من أجل نفاذ المعاهدات الدولية، أي أنها لا تعد نافذة في النظام الوطني، ولا يسمح بتطبيقها في المحاكم ما لم يتم المصادقة عليها بقانون^(٥٤). ونصت الفقرة (٧) من المادة (٢٧) "تقوم وزارة العدل بنشر المعاهدة وقانون التصديق عليها أو الانضمام إليها في الجريدة الرسمية"، أي لا بد من نشرها في الجريدة الرسمية كون أنه تم عدّها قانوناً عادياً، فلا يمكن أن تعد نافذة بمجرد التصديق عليها بل يجب أن يتم نشرها بالطريقة نفسها المتبعة في نشر القوانين الداخلية حتى يتم إدماجها في النظام القانوني الوطني^(٥٥). وذلك استناداً إلى نص المادة (١٢٩) من دستور عام ٢٠٠٥ م " تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

ويتضح لنا من نصوص الدستور وقانون المعاهدات النافذ بأن مكانة المعاهدات الدولية إذا ما استوفت الجوانب التشريعية مكانة القوانين العادية نفسها في سلم الهرم القانوني العراقي. وبذلك يكون للدستور علوية على الاتفاقيات الدولية استناداً إلى الفقرة (٢) من المادة (١٣) والتي تنص "لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم، أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه". أي قد يتم

(٥٠) الفقرة (٤) من المادة (٦١) والفقرة (٢) من المادة (٧٣) من دستور العراق ٢٠٠٥

(٥١) طارق جمعة سعيد، ص ٣٩.

(٥٢) الفقرة (٦) من المادة (٨٠) من دستور العراق ٢٠٠٥.

(٥٣) المادة (١٧) من قانون المعاهدات العراقي رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٥.

(٥٤) ينظر المادة (١٩) من قانون المعاهدات العراقي رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٥.

(٥٥) الفقرة (٧) من المادة (٢٧) من قانون المعاهدات العراقي رقم (٣٥) لسنة ٢٠١٥.

اهمال أي نص قانوني أو حكم وارد في (الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان) التي صادق عليها العراق يكون متعارضا مع نصوص الدستور.

ووفقا لما تقدم نرى بأن النظام القانوني في العراق أخذ بأسلوب الإدماج غير التلقائي (الاستقبال القانوني) بالنسبة للمعاهدات الدولية وتبنى نظرية ثنائية القانون في التعامل مع القواعد الدولية، إذ إن المعاهدات الدولية لاتعد جزءا من القانون الداخلي إلا بعد إصدار قانون خاص ينظم عملية المصادقة عليها من قبل السلطة التشريعية عملا بمبدأ (الفصل بين السلطات).

ويثار تساؤل حول المعاهدات التي صادق عليها العراق قبل دستور عام ٢٠٠٥ م النافذ حاليا هل تبقى سارية المفعول وتلتزم بها الدولة العراقية؟

لم يتضمن دستور عام ٢٠٠٥ م إجابة صريحة عن استمرارية نفاذ المعاهدات التي صادقت عليها الدولة العراقية في زمن الأنظمة السابقة، ولكن المادة (٨) من دستور عام ٢٠٠٥ م أكدت على احترام الدولة العراقية لالتزاماتها الدولية، ولاسيما أن أهم مصدر للالتزامات الدولية هي الاتفاقيات الدولية، ويتضح من ذلك أن الدولة العراقية تبقى ملتزمة بالمعاهدات التي صادقت عليها قبل دستور عام ٢٠٠٥ م^(٥٦).

ومن وجهة نظرنا لا يعد هذا النص كافيا وخصوصا بالنسبة لاتفاقيات حقوق الإنسان والتي كان لا بد من الإشارة إليها بصورة واضحة، ومنحها مكانة وقيمة قانونية في النظام القانوني العراقي بحيث تكون بنفس مرتبة الدستور، من أجل ضمان تطبيق الأحكام الواردة في (القانون الدولي لحقوق الإنسان) بحيث لا يمكن للقوانين العادية اللاحقة ان تنسخها.

وصادق العراق على العديد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان ومنها "العهدين الدوليين لعام ١٩٦٦م والتي صادق عليهما العراق بموجب القانون ١٩٩٣ عام ١٩٧٠م، واتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥" والتي صادق عليها العراق عام ١٩٧٠م، واتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة عام ١٩٧٩ م" والتي صادق عليها العراق عام ١٩٨٦م، واتفاقية "حقوق الطفل ١٩٨٩" والتي صادق عليها عام ١٩٩٤م، وانضم العراق إلى ست اتفاقيات "منظمة العمل الدولية المعنية بحقوق الإنسان"^(٥٧).

كما انضم العراق الى اتفاقية "مناهضة التعذيب التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٨٤م" وفقا لقانون رقم ٣٠ لعام ٢٠٠٨م.

واتفاقية " حماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري عام ٢٠٠٦" التي صادق عليها بالقانون رقم (١٧) لعام ٢٠١٠م.

واتفاقية " حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة عام ٢٠٠٦م" وفقا لقانون رقم ١٦ لعام ٢٠١٢م^(٥٨).

^(٥٦) د. محمد غازي ناصر، ، نفاذ التزامات العراق الدولية في مجال حقوق الإنسان، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، العدد(٤)، ٢٠١٨، ص١٣٧.

^(٥٧) ينظر: د. حيدر أدهم الطائي، إدماج الصكوك الدولية لحقوق الإنسان في النظام القانوني الداخلي، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد(٢)، المجلد(٢٢)، ٢٠٠٧، ص٢١٧.

^(٥٨) جريدة الوقائع العراقية، العدد(٤٢٥٧)، ٢٠١٢.

المطلب الثالث

الإشكاليات التي تعيق إدماج الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان

إن التزام الدول بالاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان على النطاق الداخلي يمثل حجر الزاوية والخطوة الأساسية لغرض تنفيذ جوهر هذه الاتفاقيات، والمبدأ العام في إدماجها يتمثل في حرية الدول باختيار وسائل وطرق إدماج الاتفاقيات في القانون الداخلي، لكن هذه الحرية ليست مطلقة بل مقيدة بشرط تحقيق نتيجة، أي أنها تفرض على الدولة القيام بإجراءات إيجابية من شأنها تضع قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان محل التنفيذ فحماية حقوق الإنسان تكون بالأساس داخل الدولة لا خارجها^(٥٩). وذلك من خلال إصدار تشريع جديد خاص بالاتفاقية الدولية من أجل تحقيق المواءمة التشريعية بينها وبين القانون الداخلي.

ويمكننا القول ومن خلال الاطلاع على العديد من الآليات التي تلجأ إليها الدول في سبيل تفعيل التزاماتها الدولية الناشئة عن اتفاقيات حقوق الإنسان أن هناك عدداً من الإشكاليات القانونية التي تواجه عملية الإنفاذ الوطني للالتزامات الخاصة بحقوق الإنسان والتي سنتكلم عنها وبشكل موجز من خلال الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول

الإشكاليات الخاصة بالدول التي تتبنى مذهب ثنائية القانون

١- تتمثل بعدم قيام السلطة التشريعية بإصدار تشريع خاص بالاتفاقية الدولية، أو إصدار قانون لكن لا يتضمن أحكاماً بالمستوى المطلوب والمقرر نفسه للمعالجة في (القانون الدولي لحقوق الإنسان)، وهذا ما يجعل أحكامه تتراوح مكانها^(٦٠). ويوجد التزام التشريعي يكون ذات محتوى سلبي يتمثل بامتناع السلطة التشريعية عن إصدار تشريع مخالف أو تعديل أو إلغاء نصوص قانونية داخلية على نحو لا يتفق مع أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان المراد تطبيقها^(٦١). وإن هذه الالتزامات نابعة من قواعد دولية العامة والتي من ضمنها أن تنفذ الدول التزاماتها الدولية وفقاً لمبدأ (حسن النية)، وعدم تنفيذ الدول التزامها يرتب عليها المسؤولية الدولية^(٦٢). ويعد مبدأ حسن النية جزءاً من قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، وأوضحت لجنة القانون الدولي في تعليقها على المادة (٢٦)^(٦٣) من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٩م، بأن حسن النية يعني "تنفيذ المعاهدة يقتضي أن يتمتع أي طرف في المعاهدة عن الإتيان بالتصرفات التي من شأنها عرقلة تنفيذ المعاهدة أو إحباط موضوعها أو الغرض منها"^(٦٤).

فمثلاً المادة (٢) من "العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية" التي فرضت على الدول الأطراف القيام بالتدخل التشريعي والذي بموجبه يتمكن الأفراد من التظلم أمام الجهات المختصة، بسبب

^(٥٩) للمزيد ينظر: د. رقيب محمد جاسم، د. أديب محمد جاسم، التزامات المشرع الوطني في كفالة الحماية الدولية لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق، الجامعة المستنصرية، العدد (٤٤)، ٢٩٨-٢٩٩.

^(٦٠) فهد نايف حمدان الشمري، مصدر سابق، ص ٥٥.

^(٦١) خميس حزام والي، مصدر سابق، ص ٤٧٨.

^(٦٢) إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، ط ٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٠١.

^(٦٣) نص المادة (٢٦) (كل معاهدة نافذة تكون ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية).

^(٦٤) عزي محمد، آليات تنفيذ الاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ٢٠٢٠، ص ٧.

تعرض حقوقهم الواردة في الاتفاقيات الدولية للانتهاك، وبصرف النظر عن الجهة التي قامت بهذه الانتهاكات، فلم نجد في العراق ما يشير إلى أنه قد أصدر تشريعات أو عدل تشريعاته بالشكل الذي يتماشى مع التزاماته الدولية^(٦٥). وكذلك الأردن لم تتخذ التدابير التشريعية اللازمة لإدماج الأحكام الواردة في العهدين الدوليين في قانونها الوطني والتي صادقت عليها منذ فترة طويلة إلا في عام ٢٠٠٦م^(٦٦).

وكذلك اتفاقية "مناهضة التعذيب وغيره من ظروف المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة" ١٩٨٤م، وأنضم إليها العراق بموجب القانون رقم (٣٠) لعام ٢٠٠٨م، فلم تشر التشريعات العراقية إلى تعريف التعذيب بالشكل الوارد في هذه الاتفاقية وهذا من شأنه أن يعيق تطبيق الاتفاقية في النظام القانوني الداخلي^(٦٧). وصادقت اليمن أيضاً على الاتفاقية عام ١٩٩١م، إلا أنه لم تنجح القوانين الوطنية مثل قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لعام ١٩٩٤م، وقانون الجرائم رقم (١٢) لعام ١٩٩٤م بالموافقة التشريعية مع الأحكام الواردة في هذه الاتفاقية^(٦٨).

وبالنسبة لاتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لعام ٢٠٠٦م والتي انضم إليها العراق بموجب القانون رقم ١٦ لعام ٢٠١٢م، وتم إصدار قانون رعاية ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة رقم ٣٨ لعام ٢٠١٣م، ورحبت اللجنة المعنية باتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة في ملاحظاتها الختامية بشأن التقرير الأولي للعراق بإصدار هذا القانون وعدته من الأمور الإيجابية في الفقرة (ثانياً-ب) بقولها: "اعتماد قانون رعاية ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة رقم ٣٨ (عام ٢٠١٣)) الذي يكفل الحق في مُعين متفرغ على نفقة الحكومة (المادة ١٩) والحق في الدمج التربوي الشامل (الفقرة ٢(أ) من المادة ١٥)، والذي يخصص للأشخاص ذوي الإعاقة حصّة في وظائف القطاعين العام والخاص المادة (١٦)"، ولكن في الوقت نفسه أبدت اللجنة قلقها في الفقرة (ثالثاً-ج) بقولها: "عدم موافقة التشريعات الوطنية، بما فيها القانون رقم (٣٨) لعام ٢٠١٣م، موافقة تامة حتى الآن مع الاتفاقية، وعدم حذف التعابير الازدرائية المستعملة للإشارة إلى الأشخاص ذوي الإعاقة من جميع القوانين والسياسات، بما في ذلك من (الفقرة ٤ من المادة ٤٩٥ من قانون العقوبات (القانون رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م)"^(٦٩).

٢- ومن الإشكاليات الأخرى في هذا المجال والتي تعيق "تطبيق القانون الدولي لحقوق الإنسان" فقد تتعمد السلطة التنفيذية بأن تخالف الإجراءات الدستورية بعدم عرض الاتفاقية المصادق عليها على السلطة التشريعية، كما يقتضي الدستور وذلك من أجل عدم تمكن الأفراد من الاحتجاج والمطالبة بما ورد بأحكامها أمام القضاء الوطني، وعدم إخراجها بصورة سليمة من الناحية القانونية^(٧٠).

(٦٥) د. محمد غازي ناصر، مصدر سابق، ص ١٣٦.

(٦٦) يحيى علي حسين الصرابي، موائمة القوانين الوطنية مع الاتفاقيات الدولية: دراسة تحليلية، مجلة شؤون العصر، المركز اليمني للدراسات الاستراتيجية، العدد (٥٥)، المجلد (١٨)، ٢٠١٤، ص ١١٠.

(٦٧) ينظر: وليد علي عبيد، موائمة التشريعات الوطنية مع الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب - العراق نموذجاً، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر حول: "التشريعات والآليات اللازمة لمناهضة التعذيب" في الدول العربية، القاهرة، ٢٠١٩، ص ١.

(٦٨) يحيى علي حسين الصرابي، المصدر السابق، ص ١١٧.

(٦٩) للمزيد ينظر: اللجنة المعنية باتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، الملاحظات الختامية بشأن التقرير الأولي للعراق،

٢٠١٩، متاح على الموقع الإلكتروني: (<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx>)،

تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٥/٩، وقت الزيارة: ٢٠:٣٠pm.

(٧٠) فهد نايف حمدان الشمري، مصدر السابق، ص ٥٦.

الفرع الثاني

الإشكاليات الخاصة بالدول التي تتبنى مذهب وحدة القانون

الدول التي تأخذ بطريقة الإدماج التلقائي وتتبنى مذهب وحدة القانونين، فإن الإشكالية تتمثل بأن السلطة التنفيذية تستطيع أن تتجاوز على اختصاص السلطة التشريعية عن طريق إصدارها تشريعات من خلال إبرامها المعاهدات الدولية والتي يمكن أن تنفذ بشكل مباشر على الأفراد وتطبق على المحاكم من دون الحاجة الى مصادقة السلطة التشريعية عليها^(٧١).

وبالنسبة لشرط النشر الذي هو عبارة عن " الوسيلة التي من خلالها يتم إعلام الأفراد بالتشريع، وهو إجراء لازم بالنسبة للتشريعات الداخلية، فلا يجبر أحد على احترام تشريع لم ينشر بعد"^(٧٢). حيث تشترط أغلب الدساتير نشر الاتفاقيات الدولية في الجريدة الرسمية من أجل نفاذها في القانون الداخلي.

لكن النشر في الجريدة الرسمية قد يشكل عائقاً أمام تطبيق وتنفيذ القانون الدولي لحقوق الإنسان، فمن الناحية العملية قد تماطل أو تتأخر السلطات المختصة القيام بعملية النشر وهذا من شأنه تأخير تنفيذ الاتفاقية في النطاق الداخلي، على الرغم من دخولها حيز النفاذ رسمياً تجاه الدولة التي صادقت عليها في النطاق الدولي^(٧٣). وفي بعض الأحيان يتم نشر قانون التصديق من دون نصوص الاتفاقية وهذا يؤدي إلى عدم معرفة الأفراد بحقوقهم وبالتالي حرمانه من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بها، ولاسيما في الاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان وذلك لأسباب مالية أو سياسية أو أمنية^(٧٤).

وبعد إتمام عملية إدماج اتفاقيات حقوق الإنسان في النظام الداخلي، تظهر إشكاليات أخرى تعيق تطبيق وتنفيذ (القانون الدولي لحقوق الإنسان) والتي تتمثل:-

- هل يمكن للمحاكم الوطنية تطبيق الأحكام الواردة (بالاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان) بشكل مباشر (تلقائية التطبيق) أو غير تلقائية التطبيق؟
 - مدى حجية أحكام الاتفاقيات أمام القاضي الوطني، في حالة تعارضها مع التشريعات الوطنية.
 - هل يمكن للقاضي الوطني تفسير أحكام (الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان).
- والإجابة عن هذه الإشكاليات سيكون محور دراستنا في الفصل القادم عندما نتحدث عن التعامل القضائي مع أحكام (القانون الدولي لحقوق الإنسان).

(٧١) د. عبد الشافي عبد الدايم خليفة، مفهوم الحماية الدولية لحقوق الإنسان والمعوقات التي تواجهها، مجلة القانون والاقتصاد، العدد (٩٢)، ص ٦٠٨.

(٧٢) د. نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٧٣) د. جلول شيتور، مصدر سابق، ص ١٣٦.

(٧٤) رابع سعاد، مصدر سابق، ص ٤٤.

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحثنا الموسوم بإشكالية إدماج الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان في القوانين الوطنية نجد من الضروري أن ندون أبرز الاستنتاجات التي تم التوصل إليها فضلاً عن المقترحات التي نراها ضرورية بشأنها وكما يلي:
أولاً:- الاستنتاجات:

١. تباينت النظم القانونية الداخلية في الكيفية التي تتوخاها لغرض إدماج المعاهدات الدولية فيها، ولكن بالعموم لا تخرج هذه العملية عن أسلوبين اثنين، وذلك حسب تبني الدول للمذاهب التي تحكم طبيعة العلاقة بين القانون الدولي العام والقانون الداخلي، فالدول التي تتبنى نظرية وحدة القانون فإنها تأخذ بأسلوب الإدماج التلقائي، أما الدول التي تتبنى نظرية ثنائية القانونين فإنها تأخذ بأسلوب الإدماج التشريعي "الإدماج غير التلقائي".
 ٢. لم ينص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ م صراحة على القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان وكذلك سار على النهج نفسه قانون المعاهدات رقم (٣٥) لعام ٢٠١٥ م، إلا أنه من خلال تحليل أحكام الدستور وقانون المعاهدات نجد أن المشرع العراقي تبني نظرية ثنائية القانونين وأخذ بأسلوب الإدماج غير التلقائي، واشترط لنهاج الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان داخلياً ذات شروط نفاذ القوانين العادية، وبذلك تكون الاتفاقيات الدولية إذا ما استوفت الجوانب التشريعية اللازمة لنفاذها داخلياً جزءاً من النظام القانوني الداخلي ولها مرتبة القوانين العادية نفسها.
 ٣. تواجه عملية إدماج "اتفاقيات حقوق الإنسان" إشكاليات تتمثل بعدم قيام السلطة التشريعية بإصدار تشريع خاص بالاتفاقية الدولية، أو إصدار قانون لكن لا يتضمن أحكاماً بالمستوى المطلوب والمقرر نفسه للمعالجة في القانون الدولي لحقوق الإنسان وهذا ما يجعل أحكامه تتراوح مكانها، فضلاً عن إشكاليات أخرى تتعلق بنشر الاتفاقيات في الجريدة الرسمية فقد تماطل أو تتأخر السلطة المختصة بعملية النشر وهذا من شأنه تأخير تنفيذ الاتفاقية في النطاق الداخلي.
- ثانياً:- المقترحات:

١. بالنظر لخصوصية "أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان" وحاجتها إلى القانون الداخلي لغرض تطبيقها، نقترح إيجاد نظام صريح يشير إلى المبادئ الأساسية التي يجب على الدول أن تلتزم بها من أجل تطبيق القواعد الدولية لحقوق الإنسان في الأنظمة القانونية الداخلية، وعدم ترك تنفيذ هذا الأمر لحرية الدول الأطراف.
٢. من الضروري أن تتوجه الدول إلى تنفيذ التزاماتها المفروضة عليها بموجب اتفاقيات حقوق الإنسان والتي تمت المصادقة عليها من قبلها، من خلال إجراء المواءمة التشريعية بين هذه الاتفاقيات ونظامها القانوني الداخلي، عن طريق إدماجها أو تعديل التشريعات التي تتعارض مع هذه الالتزامات.
٣. نقترح تعديل الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ م وإضافة نص يشير بشكل صريح الى مكانة الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان في النظام القانوني الوطني، ومنحها مرتبة أعلى من مرتبة القوانين الوطنية، ونص آخر يتعلق بتفضيل تطبيق هذه الاتفاقيات على القانون الوطني عند التعارض سواء كانت لاحقة أو سابقة عليه، وعدم ترك هذا الحكم للقضاء الوطني.

المصادر

أولاً: الكتب

١. د. أحمد إسكندري، د. محمد ناصر بو غزالة، محاضرات في القانون الدولي العام: المدخل والمعاهدات الدولية، ط١، دار الفجر الإسلامية، ١٩٩٨.
 ٢. شارل رسو، القانون الدولي العام، ترجمة: شكر الله خليفة، عبد المحسن سعه، الأهلية للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٧.
 ٣. د. أبراهيم محمد العناني، حازم محمد عتلم، أصول القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
 ٤. د. أبو الخير احمد عطية، نفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
 ٥. د. نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، تطبيق القضاء الداخلي لأحكام القانون الدولي: دراسة تطبيقية للجمهورية اليمنية وجمهورية مصر العربية، ط١، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، ألمانيا، ٢٠١٠.
 ٦. ريم البطمة، المعاهدات الدولية والقانون الوطني، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء (مساواة)، غزة، ٢٠١٤.
 ٧. د. علي ابراهيم النظام القانوني الدولي والنظام القانوني الداخلي صراع أم تكامل، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
 ٨. زكيه بلهول، تطبيق معاهدات حقوق الإنسان (دراسة مقارنة)، ط١، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٩.
 ٩. د. الصادق شعبان، المعاهدات في القانون الداخلي للدول العربية، بحث منشور ضمن كتاب: حقوق الإنسان، المجلد الثالث، دراسات تطبيقية عن العالم العربي، أعداد د. محمد شريف بسبيوني وآخرون، دار العلم للملايين، ط١، ١٩٨٩، بيروت.
- ثانياً: البحوث والدراسات القانونية**

١. د. الطاهر ياكور، د. ناشف فريد، إشكالية العلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني (سمو أم تكامل)، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، بدون جهة الاصدار، العدد (٨)، ٢٠٢١.
٢. د. جمال محي الدين، القانون الدولي العام، المصادر القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
٣. حسنية شرون، علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي، مجلة الباحث، بدون جهة اصدار، العدد (٥)، ٢٠٠٧.
٤. د. صونية منصور، محاضرات في القانون الدولي العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج-البويرة، بدون دار نشر، ٢٠٢١.
٥. عمر صالح علي، وآخرون، مرتبة المعاهدات الدولية في التشريعات الوطنية والدستور الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، العدد (١)، المجلد (٤٠)، ٢٠١٣.

٦. نايف راشد هزاع العنزي، العلاقة بين المعاهدة الدولية والتشريعات الوطنية، دراسات، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، العدد(٣)، المجلد(٤٣)، ٢٠١٦.
٧. فيصل بدري، خالد عطوي، مبدأ سمو المعاهدات الدولية في القانون الدولي العام، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، بدون جهة اصدار، العدد(٢٠).
٨. فيصل عقلة شطناوي، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، مجلة علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية، العدد(١)، المجلد(٤٢)، ٢٠١٥.
٩. د. فتحي محمد فتحي الحياني، حجية الأحكام الدولية امام القضاء العراقي، مجلة الرافدين للحقوق، العدد (٦٩)، المجلد (٢٠)، ٢٠٢٢.
١٠. د. أشرف عرفات أبو حجازة، مكانة القانون الدولي العام في إطار القواعد الداخلية الدستورية والتشريعية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد(٦٠)، ٢٠٠٤.
١١. د. صلاح البصيصي، المعاهدة الدولية والرقابة عليها في ظل الدستور العراقي الجديد، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة كربلاء، العدد بلا، المجلد بلا.
١٢. د. جلول شيتور، تطبيق وتفسير المعاهدات الدولية في القضاء الوطني، مجلة البحوث والدراسات، جامعة بسكرة-الجزائر، العدد (١٤)، ٢٠١٢.
١٣. إدريس بلماحي، مكانة الاتفاقيات الدولية من زاوية القانون الدولي، ورقة عمل مقدمة إلى أشغال الندوة العلمية لمركز التوثيق والإعلان في مجال حقوق الإنسان، المملكة المغربية، ٢٠٠٢.
١٤. خير الدين كاظم عبيد الأمين، تطبيق القضاء الداخلي للمعاهدات الدولية، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، جامعة بابل، العدد(٢)، المجلد(١٥)، ٢٠٠٧.
١٥. د. محمد غازي ناصر، نفاذ التزامات العراق الدولية في مجال حقوق الإنسان، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بابل، العدد(٤)، ٢٠١٨.
١٦. د. حيدر أدهم الطائي، إدماج الصكوك الدولية لحقوق الإنسان في النظام القانوني الداخلي، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد(٢)، المجلد(٢٢)، ٢٠٠٧.
١٧. د. عبد الشافي عبد الدايم خليفة، مفهوم الحماية الدولية لحقوق الإنسان والمعوقات التي تواجهها، مجلة القانون الاقتصاد، العدد(٩٢).

ثالثاً: الرسائل و الأطاريح

١. عدي محمد رضا يونس، تطبيق القاعدة القانونية الدولية في القانون الدولي العام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٩.
٢. محمد المولدي منماني، إدماج قرارات الجمعية العامة ومجلس الأمن وتنفيذها في النظم القانونية الداخلية للدول الاعضاء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٣.
٣. صلاح حميدي حمدان، نفاذ المعاهدات الدولية وتنفيذها داخل الدول (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية المدينة المنورة، ٢٠١٨.
٤. طارق جمعة سعيد، آليات توطين المعاهدات الدولية في القانون الوطني "دراسة مقارنة بين التشريع الاردني والتشريع العراقي"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠٢٠.

٥. سحر سالم الدوري، انفاذ المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣.
٦. أحمد جبار هادي، إدخال المعاهدات الدولية في القوانين الوطنية: دراسة مقارنة العراق- لبنان، رسالة ماجستير، كلية حقوق، الجامعة الإسلامية، لبنان، ٢٠١٧.
٧. فهد نايف حمدان الشمري، الأثر القانوني للمعاهدات الدولية في النظام والقضاء الوطني(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون. جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٨.

رابعاً: الدساتير

- الدستور الأمريكي ١٧٨٧
- الدستور الهولندي ١٩٥٣
- الدستور الفرنسي ١٩٥٨
- الدستور الهندوراسي ١٩٨٢
- دستور غواتيمالا ١٩٩٣
- الدستور الفنزويلي ١٩٩٩
- الدستور العراقي ٢٠٠٥
- الدستور المصري

خامساً:- المواقع الإلكترونية

١. اللجنة المعنية باتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، الملاحظات الختامية بشأن التقرير الأولي للعراق، ٢٠١٩، متاح على الموقع الإلكتروني: (<http://docstore.ohchr.org/SelfServi>).
- سادساً: المصادر الأجنبية

- Charle ROUSSEAU ،Droit international public ،introduction et sources ،tome-1 ،sirey ،Paris ،1971
- Dominique Carreau ،"Droit international"^٩ ،em Edition ،N ،١ Pedone ،Paris (٢٠٠٧)

**Real Estate Bail in the Iraqi Civil Law****A Comparative Study****Dr. Hassan Khamis Jurid Al-Obaidi****Lecturer**

General Directorate of Education in Kirkuk- Investigations Division Specialized Supervision Departmen- Kirkuk- Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 18 Aug., 2023

Accepted: 16 Oct., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 259-278© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>**Corresponding author:**

Dr. Hassan Khamis Jurid Al-Obaidi

General Directorate of Kirkuk -
Education Investigations Division -
Specialized Supervision

Department – Kirkuk- Iraq

Email: Hasan07261@gmail.com**Abstract**

The real estate bail is one of the modern in-kind insurances that began to take a wide space in legal interactions recently. However, due to its exciting rapid spread, it has drawn the attention of research in legal jurisprudence. It has been studied by explaining its concept and characteristics. Despite the great benefit provided by the legal jurisprudence study, some aspects remained in need for further research, especially with regard to its legal characteristics and legal nature, as it is one of the complex legal cases due to its similarity with some other real insurances and with the legal rules governing mortgage.

Keywords: *bail, real estate, mortgage.*



الكفالة العقارية في القانون المدني العراقي



دراسة مقارنة

الدكتور حسن خميس جوريد

مدرس

مديرية العامة لتربية كركوك شعبة التحقيقات - قسم الاشراف الاختصاصي - كركوك - العراق

المستخلص

تعد الكفالة العقارية من التأمينات العينية التي بدأت تأخذ مجالا واسعا في التعامل القانوني في الآونة الأخيرة، ولسرعة انتشارها، فإنها أصبحت من الأمور المثيرة للاهتمام والبحث لدى الفقه القانوني، والذي بدأ بدراستها وذلك من خلال بيان مفهومها وخصائصها، ورغم الاستفادة الكبيرة التي قدمها الفقه القانوني في معالجته لهذه المسألة، إلا أن بعض جوانبها بقيت محتاجة إلى مزيد من البحث، ولا سيما خصائصها القانونية، وطبيعتها القانونية، فهي تعد من الحالات القانونية المتشعبة ويعود ذلك إلى تشابهها مع بعض الكفالات الأخرى؛ فضلا عن تشابهها الكبير مع القواعد القانونية التي تحكم الرهن.

الكلمات المفتاحية: كفالة، عقار، رهن.

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/٨/١٩

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/١٠/١٦

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution) ل (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام، والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس: الدكتور حسن خميس جوريد

(٢٠٢٣)

الكفالة العقارية في القانون المدني العراقي

" دراسة مقارنة "

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفى بموضوع البحث

الكفالة العقارية هي إحدى الكفالات القانونية التي انتشر استعمالها في الوقت الحالي باعتبارها إحدى التأمينات العينية، ويعد السبب الرئيسي الذي أدى إلى تأخر بروزها وخاصة العقارية منها إلى ما بعد ظهور الكفالة الشخصية، هو إن التأمين العقاري يفترض تنظيمًا شاملاً للثروة العقارية لجهة اكتساب وانتقال العقارات، ووسائل الاعلان عن هذا الانتقال، ونتيجة لتطور سبل تنظيم الثروة العقارية في الوقت الحاضر ولحاجة المجتمع الملحة إلى مثل هذه التأمينات العقارية، فقد أصبحت الكفالة العقارية في أول التأمينات الأخرى، إذا لم نقل في صدارتها، لذلك رأينا اختيار هذا النوع الخاص من الكفالات ليكون موضوعاً لبحثنا.

ثانياً: أهمية البحث

تتجلى أهمية الكفالة العقارية من الناحيتين القانونية والعملية، كونها تحقق مصلحة كل طرف من أطراف الكفالة؛ فهي تحقق مصلحة المدين في حصوله على ما يحتاجه من الدائن، وتحقق الطمأنينة للدائن من جهة أخرى من خلال وجود شخص ضامن يمكن أن يطالبه بالوفاء، وتكمن أهمية الكفالة العقارية كذلك بسعة انتشارها في الوقت الحالي، الأمر الذي تطلب البحث فيها من عدة جوانب ولعل أهمها وهي التي تهتمنا هنا هو معرفة خصائصها القانونية، والطبيعة القانونية لهذه العلاقة.

ثالثاً: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في تحديد الطبيعة القانونية للكفالة العقارية فلم يحدد المشرع طبيعتها القانونية، وكذلك اختلف الفقه القانوني فيها، فهل هي لا تعد من الالتزامات الشخصية وبالتالي لا تخضع لأحكام الكفالة؟ أم هي كفالة ومن ثم تنطبق عليها القواعد القانونية التي تحكم الكفالة؟، أم هي نوع خاص من أنواع الرهن؟ أم هي صورة مختلطة تنطبق عليها أحكام الكفالة والرهن؟.

رابعاً: منهجية البحث

اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل آراء الفقهاء القانونيين حيال خصائص الكفالة العقارية ومسألة طبيعتها القانونية، فضلاً عن تحليل النصوص القانونية الواردة في التشريعات المدنية المقارنة التي عالجت هذه المسألة ومنها القانون المدني المصري والأردني.

خامساً: هيكلية البحث

للإحاطة بموضوع البحث فقد ارتأينا تقسيمه على ثلاثة مباحث وحسب التفصيل التالي:

المبحث الأول: خصائص عقد الكفالة العقارية

المطلب الأول: الكفالة العقارية حق عيني عقاري لا يتجزأ

المطلب الثاني: الكفالة العقارية حق تبعية معلق على شرط

المطلب الثالث: الكفالة العقارية عقد من عقود التبرع وملزمة لجانب واحد

المطلب الرابع: الكفالة العقارية عقد شكلي

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للكفالة العقارية

المطلب الاول: الكفالة العقارية ليست كفالة أو التزام شخصي

المطلب الثاني: الكفالة العقارية صورة مختلطة من الكفالة والرهن

المبحث الثالث: تمييز الكفالة العقارية عما يشته به

المطلب الاول: الكفالة العقارية والتضامن بين المدينين والتضام

المطلب الثاني: الكفالة العقارية والكفالة الشخصية

المطلب الثالث: الكفالة العقارية والتأمينات العينية

المبحث الأول

خصائص عقد الكفالة العقارية^(١)

يتميز عقد الكفالة العقارية بعدة خصائص، منها مرتبط بالأحكام العامة للعقود ومنها ما هو ناتج عن طبيعتها القانونية، فضلاً عن كونها عقد ضمان عيني لا يتجزأ وتُعد التزاماً تبعياً وهذا أهم ما يميزها عن العقود الأخرى، وهذا الالتزام معلق على شرط. وكذلك تُعد عقداً من عقود التبرع وملزماً لجانب واحد، ولا يتم هذا العقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، لذلك هو من العقود الشكلية التي تتطلب استيفاء شكل معين لانعقادها. لذلك يمكن أن نجل أهم خصائصها في المطالب التالية:-

المطلب الأول

الكفالة العقارية حق عيني عقاري لا يتجزأ

إن هذا العقد يترتب عليه نشوء تأمين عيني للدائن على عين معينة بالذات وهي العقار المملوك للكفيل فنكون هنا أمام رهن، ولكن الراهن هو شخص آخر غير المدين قبل ترتيب الحق العيني على ما يملك

(١) لم يتعرض القانون المدني العراقي ولا القوانين المقارنة محل الدراسة لتعريف عقد الكفالة العقارية وإنما اكتفت تلك القوانين ومنها القانون المدني العراقي بتعريف الكفالة وتعريف العقار، فقد عرفت المادة (١٠٠٨) من القانون المدني العراقي الكفالة بانها "ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام"، وعرفت المادة (١/٦٢) من القانون المدني العراقي العقار بأنه "كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله او تحويله دون تلف فيشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية"، ومن خلال التعريفين السابقين للكفالة والعقار في القانون المدني العراقي نستطيع تعريف الكفالة العقارية بانها "عقد بمقتضاه يلتزم الكفيل لمصلحة الدائن بضمان الوفاء بالتزام له على شخص ثالث" كما نستطيع ان نستخلص خصائص هكذا نوع من الكفالات القانونية.

ضماناً لحق الدائن قبل المدين، وهو عندئذ يقوم بكفالة حق الدائن بهذا التامين العيني، وتتحصر مسؤولية الكفيل العيني (العقاري) في قيمة العين (العقار) التي قدمها تاميناً لحق الدائن ولذا يقال إن مسؤوليته مسؤولية عينية كما يوصف التزامه بالكفالة بأنه التزام عيني محله العين موضوع الكفالة^(٢). وإن عقد الكفالة العقارية يشكل ضماناً عينياً للدائن تمكنه من استيفاء حقه عند امتناع المدين عن الدفع عن طريق بيع العقار موضوع الحق العيني التبعية بالمزاد العلني بيد أي شخص انتقلت إليه عن طريق ممارسته لحقه بالتبعية، وقبل أي دائن يليه في المرتبة عبر ممارسته لحق الأفضلية^(٣).

أما بخصوص كونه عقداً لا يتجزأ، فذلك لأن العين محل الكفالة، عقارٌ يرهنه الكفيل ضماناً لدين في ذمة المدين وإن كان الدين المضمون منقولاً، ويترتب على ذلك عدم قابلية الكفالة العقارية للتجزئة، على اعتبار إنها صورة من صور التأمينات العينية وقاعدة عدم التجزئة من القواعد الرئيسية في التأمينات العينية كافة سواء في الفقه الاسلامي، أم في القوانين المدنية وقد نصت عليها المادة (١٢٩٤) من القانون المدني العراقي بقولها: (كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين . وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها). وجاءت المادة (١٠٤١) من القانون المدني المصري بالنص نفسه، إلا أنها زادت عليه عبارة: (مالم ينص القانون أو يقضي الاتفاق بغير ذلك)^(٤). وعلى ذلك فقد أكدت هذه المادة أن كل جزء من العقار المرهون يضمن الدين كله، فإذا كانت هناك عدة عقارات ضامنة للوفاء بالدين للدائن، فإن لهذا الأخير الحق في أن ينفذ بحقه كاملاً على أي منها^(٥). وإن كل جزء من الدين المضمون يعد مضموناً بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، فإذا أوفى المدين بجزء من الدين، فإن هذا العقار أو هذه العقارات المرهونة لا تتحرر بنسبة ما أوفى، بل تظل جميعها ضامنة لما بقي من الدين المضمون دون وفاء، ومع ذلك فإن مبدأ عدم التجزئة لا يتعلق بالنظام العام ولذلك يجوز الاتفاق على خلافه، كما يجوز للمشرع أن يخرج عليه بنص خاص في القانون وهذا ما أكدته المادة (١٠٤١) من القانون المدني المصري. أما القانون المدني العراقي فلم تنص المادة (١٢٩٤) منه على ذلك، ومع ذلك فإن عدم التجزئة هو من طبيعة العقد وليس من مستلزماته وجوهره، ولذا جاز الاتفاق بين الطرفين على خلاف القاعدة^(٦).

المطلب الثاني

الكفالة العقارية حق تبعية معلق على شرط

من خلال ما مر بنا سابقاً تبين لنا أن الكفالة العقارية عقد بمقتضاه يلتزم الكفيل لمصلحة الدائن بضمان الوفاء بالتزام له على شخص ثالث، فلا بد إذاً لقيام الكفالة في حال وجود التزام أصلي الى جانبها هو الالتزام بين الدائن والمدين لكي تركز عليه وتقوم لضمان الوفاء به، فإن لم يوجد هذا الالتزام الاصلي ما أمكن للكفالة أن تقوم، وإذا أبطل الالتزام الاصلي وهو الأساس، أو إذا انقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء، انقضى التزام الكفيل وهو الالتزام التابع تطبيقاً للقاعدة الشهيرة وهي إن التابع يتبع المتبوع والتابع لا ينفرد

(٢) جميل الشراوي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦م، ص ١٩.

(٣) جورج شراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦م، ص ١٤.

(٤) يقابل هذا النص المادة (٨٩٢) من القانون المدني الجزائري.

(٥) د. نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز - الكفالة، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة طبع، ص ٣٦.

(٦) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ج ١، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣م، ص ١٦.

بالحكم^(٧). وقد نصت المادة (١٠١٢) من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها: (يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضموناً بنفسه على الأصيل)^(٨). وكذلك نصت المادة (٧٧٦) من القانون المدني المصري على وجوب صحة الالتزام المكفول لكي تكون الكفالة صحيحة حيث جاء فيها: (لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً). وقد نصت المادة (٢/٢٠١٢) من القانون المدني الفرنسي على هذا الحكم بقولها: (الكفالة لا توجد إلا إذا ارتكزت على التزام صحيح) . ويترتب على اعتبار التزام الكفيل التزاماً تابعاً لالتزام المدين الأصلي أن الالتزام الأول لا يجوز أن يزيد على الالتزام الأخير أو أن يكون اشد عبئاً^(٩). وأن يبقى قائماً بعده، كذلك لا يجوز أن يكون التزام الكفيل منجزاً إذا كان التزام المدين الأصلي معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل^(١٠). ولا منتجاً لفوائد إذا كان التزام المدين الأصلي لا ينتج فوائد، ومعنى ذلك أنه إذا كان الالتزام الأصلي غير منتج لفوائد فلا يجوز مطالبة الكفيل بالفوائد. ويتبع التزام الكفيل التزام المدين الأصلي في صحته وفي بطلانه وفي قابليته للفسخ ومن حيث توافر الرضا والمحل والسبب المشروع، وفي الدفع التي يدفع بها. ولكن يجوز للكفيل أن يلتزم التزاماً أخف عبئاً من التزام المدين الأصلي فيكفل مثلاً مبلغاً أقل من الدين الأصلي وبشروط أهون. وكذلك لا يكفل الكفيل ما زاد في عبء الدين الأصلي بعد الكفالة بإرادة المدين الأصلي أو بسبب خطئه^(١١). أي أن الكفيل يلتزم في حدود الكفالة المتفق عليها وقت العقد، أما ما يترتب بعد ذلك في ذمة المدين بإرادته أو بسبب خطئه، فالكفيل لا يضمن ذلك .

والكفالة في القانون المدني العراقي عقد معلق على شرط عدم وفاء المدين بالدين، وقد نصت على ذلك المادة (١٠٢١) منه بقولها: (يفرض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين). فهنا الكفالة تشمل الكفالة الشخصية والكفالة العقارية لأن لفظ الكفالة جاء عاماً. والمراد بعدم الوفاء هنا، عدم الوفاء المترتب على إعسار المدين، أو إفلاسه اما مجرد مطل المدين الموسر فلا يتحقق به الشرط إذ يلزم جبره على الاداء^(١٢). أما في القانون المدني المصري فتعد الكفالة عقداً منجزاً وذلك بالرغم مما جاء في تعريفها في هذا القانون من التزام الكفيل بالأداء اذا لم يف به المدين نفسه (م/٧٧٢) منه، فقد ذهب الفقه المصري إلى القول بأنه على الرغم من هذه العبارة، فالكفالة غير معلقة على شرط عدم وفاء المدين الأصلي، فالتزام الكفيل يقوم بمجرد انعقاد الكفالة، وإن الكفيل لا يلتزم بالدين الأصلي على قدم المساواة مع

(٧) د. عبد الفتاح عبد الباقي، احكام القانون المدني المصري - التأمينات الشخصية والعينية، المصدر السابق، ص ٤٠
(٨) وهذا الحكم يتفق مع احكام الشريعة الاسلامية فقد جاء في المادة (٦٣١) من مجلة الاحكام العدلية انه: (يشترط في الكفالة بالمال ان يكون المكفول به مضموناً على الاصيل، يعني ان ايفاءه يلزم الاصيل).

(٩) نصت المادة (٧٨٠) من القانون المدني المصري على: (١- لا تجوز الكفالة في مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين ولا بشرط اشد من شروط الدين المكفول ٢- ولكن تجوز الكفالة في مبلغ اقل وشروط اهون).

(١٠) ينظر المادة (١٠١٣)، والمادة (١٠١٤) من القانون المدني العراقي .

(١١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، ج ١٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠م، ص ٢٧ .

(١٢) د. صلاح الدين الناهي مصدر سابق، ص ٢٦١ .

المدين به، بل يلتزم التزاماً تبعياً للالتزام المدين وهذه التبعية تعني ارتباط التزام الكفيل بالتزام المدين في وجوده وفي مصيره^(١٣).

المطلب الثالث

الكفالة العقارية عقد من عقود التبرع وملزمة لجانب واحد

إن الكفيل يقدم خدمة مجانية للمدين في غالب الأحوال ، فتخضع الكفالة للقواعد الخاصة بعقود التبرع، ولكن عدم تقديم المدين أو الدائن مقابلاً للكفيل هو من طبيعة العقد وليس من مستلزماته، فيجوز أن يتفق على أن يدفع المدين مقابلاً للكفيل نظير كفالته، ففي هذه الحالة ينقلب العقد من عقد تبرع إلى عقد معاوضة، وهذا يعني أن الدائن حصل على كفالة ضد إفسار المدين نظير مقابل ويصبح العقد من عقود المبادلة. ويلاحظ أيضاً إن الكفالة وإن كانت من عقود التبرع، فإنها لا تعد هبة لأنه لا يوجد فيها ضم مال من ذمة إلى ذمة أخرى إلا إذا نزل الكفيل عن حقه في الرجوع على المدين الأصلي بما يؤدي إلى الدائن^(١٤). فضلاً عن أن الهبة قد تكون في منقول ولا تتعد إلا بالقبض. ومادامت الكفالة عقداً من عقود التبرع، لذلك يشترط في الكفيل أن يكون اهلاً للتبرع^(١٥). وقد نصت المادة (٩٥٢) من القانون المدني الأردني على ذلك بقولها: (يشترط في انعقاد الكفالة أن يكون الكفيل أهلاً للتبرع). وبالرغم من عدم وجود نص خاص بالأهلية اللازمة للكفيل في القانون المدني العراقي، إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنه ينبغي أن تتوافر في الكفيل الأهلية اللازمة لمباشرة التبرعات .

ويعد عقد الكفالة العقارية عقداً ملزماً لجانب واحد، لأن العقد لا ينشئ التزامات إلا في ذمة الكفيل الذي يلتزم بالوفاء بالدين عند المطالبة، أما الدائن المكفول له فلا يلتزم بشيء بموجب عقد الكفالة، هذا هو الأصل ولكن ليس هناك ما يمنع من التزام الدائن بعوض يستحقه الكفيل مقابل كفالته فيصبح العقد عقداً ملزماً لجانبين. وإذا كان القانون يفرض على الدائن بعض الالتزامات كالتزامه بتسليم الكفيل وقت وفائه الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع، وأن ينقل له التامين العيني، فهذه الالتزامات مصدرها القانون وتنشأ بمناسبة وفاء الكفيل بالدين وليس بمقتضى عقد الكفالة ذاته^(١٦).

(١٣) جميل الشراقوي ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

(١٤) محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد - الموجز في التأمينات الشخصية والعينية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٤٩م، ص ٢٣-٢٤ .

(١٥) علي قراءة، احكام العقود في الشريعة الاسلامية، دار مصير للطباعة، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ١١ .
(١٦) د. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة في المقاوله _ الوكالة _ الكفالة، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦م ، ص ١٨٢ .

المطلب الرابع

الكفالة العقارية عقد شكلي

يقصد بالعقد الشكلي هو ذلك العقد الذي لا يكفي لانعقاده تراضي الطرفين، وإنما يلزم لذلك أن يفرغ اتفاقهما في شكل معين^(١٧). وبما إن الكفالة العقارية تتضمن رهن عقار مملوك للكفيل، فإن هذا الرهن يجب أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري، وقد نصت على ذلك المادة (١٢٨٦) من القانون المدني العراقي بقولها: (لا ينعقد الرهن التاميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري وعلى كل من المتعاقدين أن يعين محل إقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل، ويعطى لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما بعد أخذ تقريرهما في مواجهة الشهود). وكذلك المادة (٢/٣٠٥) من قانون التسجيل العقاري العراقي التي نصت على: (لا ينعقد الرهن الا بالتسجيل في السجل العقاري). وقد نصت المادة (١٠٣١) من القانون المدني المصري على: (١- لا ينعقد الرهن الا اذا كان بورقة رسمية)^(١٨). وهذا هو حكم القانون المدني الفرنسي نفسه في المادة (٢١٢٧). وبالرغم من أن هذه النصوص تتكلم عن تسجيل الرهن، إلا أنها تنطبق على الكفالة العقارية لكونها ترد على عقار، ولعل المشرع العراقي مازال ينظر إلى الثروة العقارية نظرة خاصة، فقد جعل العقود التي تنصب على العقار لتنتقل ملكيته أو لترتب عليه أي حق عيني، عقوداً شكلية لا تنعقد إلا باتباع الإجراءات المقررة في القانون. وقد نص المشرع العراقي على هذا القيد بموجب نص المادة (٩٠) من القانون المدني التي نصت على الآتي: (١- إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك ٢- ويجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل). فالقاعدة العامة إن التصرفات رضائية بمعنى أن توافر الرضاء بها يكفي لقيامها، أي ما كانت طريقة التعبير عن الإرادة، واستثناءً من قاعدة رضائية التصرفات توجد تصرفات تتميز بأن مجرد الرضاء لا يكفي لقيامها، وإنما يلزم لذلك أن يكون هذا الرضاء في شكل محدد يرسمه القانون. وإن الشكل هنا ركن لازم للانعقاد وليس للإثبات، فيكون هذا العقد باطلاً وما نتج عنه أي أثر إذا لم يستوف الشكل المطلوب وهو التسجيل. لذلك تسمى هذه التصرفات بالتصرفات الشكلية تمييزاً لها عن التصرفات الرضائية^(١٩)، وتعد

(١٧) د. مصطفى محمد الجمال و د. عبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٧م، ص ٢٠٥.

(١٨) تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المواد (٨٨٣ مدني جزائري) و(١٠٩١ مدني سوري).

(١٩) د. محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه تقدم بها إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة الموصل، ٢٠١٠م، ص ٢٧٩-٢٨٠.

الكفالة العقارية واحدة من هذه التصرفات الشكلية. وبهذا نلاحظ أن خصائص الكفالة العقارية تجمع بين خصائص الكفالة الشخصية وخصائص الرهن التأميني .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للكفالة العقارية

إن الغاية من تحديد الأساس القانوني لأي مركز قانوني هو الوقوف عند الوصف الحقيقي الذي يندرج به تحت نظام قانوني معين بحيث يخضع هذا المركز القانوني إلى ما يحكم هذا النظام من قواعد، ولهذا يجب إيجاد الطبيعة القانونية للكفالة العقارية لمعرفة القواعد القانونية التي تطبق عليها، ومن الأمور المهمة التي يجب معرفتها عند البحث في موضوع الكفالة العقارية هي مسألة الطبيعة القانونية، فهل هي مجرد كفالة وتطبق عليها أحكام الكفالة على اعتبار أن لفظ الكفالة جاء في القانون المدني العراقي والقوانين المدنية العربية الأخرى عاماً بحيث يشمل الكفالة الشخصية والكفالة العقارية؟ أم أن الكفالة العقارية تعد رهنًا لأنها تشبه الرهن في أنها تنصب على عقار معين يخصصه مالكة ضماناً للوفاء بدين معين، خصوصاً إذا ما علمنا بأن القانون المدني العراقي قد أجاز في المادة (١٢٨٧) منه بأن يكون الراهن غير المدين أي كفيلاً عينياً. وبالتالي تسري عليها أحكام الرهن التأميني أو الرهن الحيازي إذا انصب على عقار معين؟ أم أن الكفالة العقارية هي نظام مختلط بين الكفالة والرهن ويطبق عليها أحكام كل منهما بالقدر الذي يتلاءم مع طبيعتها؟ هذا ما سنحاول الوصول إليه من خلال معرفة آراء فقهاء القانون المدني في هذا المجال. ونظراً لسكوت التشريعات عن تحديد طبيعة الكفالة العقارية، فقد اختلف الفقه فيها، فعند استقراء هذه الآراء نجد أن هناك اتجاهين الأمر الذي تطلب منا تقسيم هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الاول

الكفالة العقارية ليست كفالة او التزاما شخصي

هناك^(٢٠) من يرى أن الكفالة العينية ليست كفالة او التزاماً شخصياً، و يجب ان تستبعد من نطاق الكفالة وهي تأمين شخصي الكفالة العينية، فالكفيل العيني يقدم شيئاً مملوكاً له عقاراً كان أو منقولاً رهنًا لوفاء دين الغير، و الكفيل العيني لا يكون ملتزماً التزاماً شخصياً بضمان الدين، بل الذي يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه، أي التأمين هنا تأمين عيني لا تأمين شخصي، ومن اجل هذا لا تعتبر الكفالة العينية كفالة شخصية. ولا يكون الكفيل العيني مسؤولاً شخصياً عن الدين المضمون بل الذي يضمن الدين هو العين التي قدمها رهنًا سواء كان الرهن رسمياً او رهنًا حيازياً، فاذا انتقلت ملكية العين المرهونة الى غير الكفيل العيني انتقلت إلى هذا الغير وهي مثقلة في الدين، بخلاف الكفيل الشخصي فانه يكون ملتزماً شخصياً بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين الأصلي ولا يكون للدائن إلا الضمان العام لكل دائن في أموال مدينه ويزاحمه سائر دائني الكفيل ولا يتركز الدين في عين معينة بذاتها كما تتركز الكفالة العينية .

(٢٠) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق، ص ٢٠.

ويرى مؤيدو هذا الاتجاه^(٢١) وجوب عدم الخلط بين الكفيل الشخصي أي الذي يلتزم شخصياً بالوفاء بالالتزام إذا كان المدين لا يفي به، وبين من يقرر على مال من أمواله حقاً عينياً تبعياً كالرهن الحيازي أو الرهن الرسمي تأميناً للوفاء بالتزام على غيره ذكراً وجه الشبه بينهما بأنه راجع الى أن كلاً منهما هو عقد من عقود الضمان بمقتضاه يضمن الكفيل والراهن الوفاء بدين ليس عليه بل على غيره، وقوة الشبه هذه جعلت العرف يجري على تسمية الراهن بالكفيل العيني لأنه يقدم عيناً ضماناً للوفاء بالتزام الغير وذلك تمييزاً له عن الكفيل الشخصي. لكننا نجد ان اصحاب هذا الاتجاه عند كلامهم عن الدفع التي يجوز للكفيل العيني التمسك بها يساوون بين مركز الكفيل العيني والشخصي. حيث يرون انه مادام الكفيل العيني يضمن ديناً في ذمة المدين فيكون له اذن أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة بالدين نفسه – لأنه يكفله – من بطلان او انقضاء حتى لو تنازل عنها المدين، وله ايضاً أن يتمسك بأوجه الدفع الخاصة به فهو بهذا يشبه الكفيل الشخصي فيجوز له التمسك بالدفع التي يستطيع الكفيل الشخصي التمسك بها، فهو لم يخرج عن كونه كفياً يضمن دين الغير^(٢٢). كذلك ما يقوله اصحاب هذا الرأي بصدد كلامهم عن تمسك الكفيل ببراءة ذمته بقدر ما اضاعه الدائن من تأمينات، في أنهم لا يفرقون بين الكفيل الشخصي والكفيل العيني حيث يقولون : ونحن لانفهم سبباً لحرمان الكفيل العيني من التمسك بإضاعة التأمينات، فهو كالكفيل الشخصي تماماً مسؤول عن الوفاء بدين ليس عليه وله ان يرجع على المدين اذا ما قام بالوفاء، وله كذلك ان يحل محل الدائن في حقوقه . ثم ان المادة (٧٨٤) من القانون المدني المصري تقتصر على ذكر الكفيل، والكفيل هو كل من يلتزم بالوفاء بالتزام على آخر اذا كان هذا الاخر لا يؤديه سواء كانت الذمة بأجمعها هي التي تتحمل بهذا الالتزام وهذا هو حال الكفيل الشخصي، ام يتحمل به عنصراً فقط من عناصرها وهذا هو حال الكفيل العيني^(٢٣). وبهذا نلاحظ انه يساوي بين مركز الكفيل الشخصي ومركز الكفيل العيني . والذي نلاحظه على هذا الاتجاه أنه يغلب عليه ترجيح سريان أحكام الرهن على الكفالة العقارية ويستبعداها من نطاق الكفالة الشخصية .

المطلب الثاني

الكفالة العقارية صورة مختلطة من الكفالة والرهن

بينما هناك^(٢٤) من يرى انه إذا قصر الكفيل التزامه في مال معين من أمواله حيث ينصب لمصلحة الدائن حقاً عينياً تبعياً على هذا المال تأميناً للوفاء بدين المدين، فان الكفالة في هذه الحالة تكون كفالة عينية، وتنشأ الكفالة العينية بتقديم رهن رسمي اورهن حيازي، فهي تتصل من هذه الناحية بالتأمينات العينية غير ان الراهن فيها لا يكون هو المدين، بل يكون التزامه التزاماً تابعاً لالتزام المدين، فتجري في شأنه أحكام الكفالة وهكذا يمكن القول إن الصورة البسيطة من الكفالة هي الكفالة الشخصية، وإن الكفالة العينية صورة مختلطة من الكفالة ومن الرهن .

(٢١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٤٣.

(٢٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص ٣٨٠.

(٢٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٢٣٤.

(٢٤) د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي، احكام عقد الكفالة –التضامن- التضامن، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ١٤.

ويضيف أصار هذا الاتجاه^(٢٥) إنه إذا أطلق لفظ الكفيل أو الكفالة دون تحديد، فيكون المقصود هو الكفيل الشخصي باعتبار ذلك الاصل في الكفالة . أما الكفيل العيني فهو ليس كفيلاً فحسب ولكنه راهن أيضاً وهو ليس مديناً رهنياً لأنه لا يرهن ماله ضماناً للوفاء بدين في ذمته، وإنما يرهن ماله للوفاء بدين في ذمة غيره . وتسري على الكفيل العيني أحكام الرهن والكفالة في الوقت نفسه، ولكن لا تسري عليه بعض أحكام الكفالة التي لا تتفق مع طبيعة مركزه وبصفة خاصة فان حق الدائن لا يرد على ضمانه العام، بل يرد على المال الخاص الذي خصصه لضمان الوفاء بالدين، فإذا لم يكف هذا المال للوفاء بالدين كله، فلا يرجع الدائن على مال آخر مملوك للكفيل العيني.

ويستطرد أصحاب هذا الاتجاه^(٢٦) بالقول إنه إذا رتب الكفيل العيني رهنًا رسمياً على عقار، فإنه يعد العقد الصادر عنه عقد رهن وان جرى الاصطلاح على تسمية الراهن بالكفيل العيني، على ان الشخص الذي يعقد الرهن دون ان يكون مديناً يعد في علاقته بالمدين كفيلاً لا رهنياً، وتطبق على هذه العلاقة في الاصل قواعد الكفالة، وينطبق على الدين المكفول القواعد الخاصة بدين المدين، فالرهن الصادر من الكفيل العيني يلحق دين ذلك المدين باعتباره وصفاً من اوصافه. أي أن الكفالة العقارية تجمع بين الكفالة الشخصية والرهن.

ونحن بدورنا نرجح الاتجاه الثاني في اعتبار الكفالة العقارية - وهي صورة من صور الكفالة العينية - صورة مختلطة من الكفالة ومن الرهن وتسري عليها احكام الكفالة والرهن في الوقت نفسه، مع عدم سريان بعض احكام الكفالة التي لا تتفق مع طبيعتها . وقد رجحنا هذا الاتجاه لعدة اسباب يمكن أن نلخصها بما يلي :-

عند ملاحظتنا لخصائص عقد الكفالة العقارية نجد أنها تجمع بين خصائص الكفالة بشكل عام وخصائص الرهن.

يشبه الكفيل العقاري الكفيل الشخصي في ان كلاً منهما يضمن دين في ذمة شخص آخر، وكذلك يكون التزام كل منهما التزاماً تابعاً للالتزام الاصيلي المضمون، ويحق لكل منهما التمسك بالدفع التي يتمسك بها المدين الاصيلي ماعدا بعض الدفع التي لا تتلاءم مع طبيعة الكفالة العقارية. وكذلك لكل منهما الرجوع على المدين الاصيلي في حالة وفاء الدين للدائن. ويشتبه عقد الكفالة العقارية بعقد الكفالة الشخصية في ان كلاً منهما عقد ملزم لجانب واحد في الاصل، وإن كلاً منهما عقد من عقود التبرع .

تشبه الكفالة العقارية الرهن التأميني والرهن الحيازي الذي يرد على عقار في أن كلاً منهما التزام تابع للالتزام الاصيلي، وأن كلاً منهما هو تأمين عيني يرد على عقار، وان كلاً منهما عقد شكلي يجب ان يتم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وأن للدائن في كل من الرهن والكفالة العقارية حق التتبع وحق التقدم .

(٢٥) د . سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية - الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦م ، ص ٢٠ .

(٢٦) د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، ط٢، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٣م ، ص ٦٧ .

أجاز القانون المدني العراقي في المادة (١٢٨٧) منه بان يكون الراهن غير المدين، أي كفيلاً عينياً حيث نصت على ذلك بقولها: (يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز ان يكون كفيلاً عينياً، يقدم رهنأً تامينياً لمصلحة المدين وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون أو متصرفاً فيه) (٢٧).

لم يجز القانون المدني العراقي التنفيذ على مال الكفيل العيني إلا ما رهن من هذا المال، وقد نصت على ذلك المادة (١٣٠٠) منه بقولها: (إذا كان الراهن في الرهن التاميني غير المدين فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن، ولا تجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من المال. لكن ليس له ان يطلب من المرتهن أن يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك) (٢٨). وهذه دلالة واضحة على سريان أحكام الرهن على الكفالة العقارية.

فإذا قدم الرهن من غير المدين كان الراهن كفيلاً عينياً ووجد في مركز خاص يختلف به عن المدين الراهن وعن الكفيل العادي، فهو لا يسأل في ذمته عن الوفاء بالدين المضمون، بل يسأل في حدود المال الذي قدمه، فمسؤوليته اذن عينية. ومن ناحية أخرى يكون للكفيل العيني أن يستفيد من بعض الأحكام التي يستفيد منها الكفيل العادي، فيكون له ان يستفيد من حكم المادة (١/١٠٢٧) من القانون المدني العراقي. وتقبلها المادة (١/٧٨٤) من القانون المدني المصري إذ تقرر براءة ذمة الكفيل بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات. وقد يقال: إن الكفيل العيني يشبه حائز العقار المحمل بالرهن على أساس أن كلاً منهما تتحدد مسؤوليته في حدود العقار المرهون ولكن مع ذلك يظل هناك فارق بين الاثنين، فالكفيل العيني كان طرفاً في عقد الرهن والحائز لم يكن كذلك، ولهذا فلا يكون للكفيل العيني ان يسلك إجراءات تطهير العقار.

الذي يجعلنا نرجح الاتجاه الثاني هو انه حتى اصحاب الاتجاه الأول الذين يستبعدون الكفالة العينية من نطاق الكفالة الشخصية، يساوون بين مركز الكفيل العيني ومركز الكفيل الشخصي عند التمسك بالدفع كما اسلفنا من جهة، ويرون تطبيق احكام الرهن من جهة أخرى.

ويقال ان مركز الكفيل العيني مثال للمسؤولية بغير مديونية ذاتية اذ يرهن مالاً مملوكاً له ضماناً لدين شخص اخر، أي يكون مسؤولاً عن الوفاء بالدين من غير ان يكون هو المدين الأصلي به. وهو وإن اختلف مع مركز حائز العقار من هذه الناحية إلا انه يتفق مع مركز الكفيل الشخصي مع ملاحظة ان مسؤولية الاول محدودة في حين ان مسؤولية الثاني غير محدودة، أي أن مسؤولية الحائز تكون في حدود العقار، اما مسؤولية الكفيل الشخصي فهي تشمل ذمته المالية كلها. والكفيل العيني قد التزم بالوفاء بالدين في حدود العقار الذي قدمه ضماناً وهذا الالتزام مصدره إرادته فهو اذن مدين وان لم يكن هو الذي يقبض الدين (٢٩).

(٢٧) يقابل هذه المادة، المادة (٣٠٨) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ م. والمادة (١٠٣٢) من القانون المدني المصري.

(٢٨) يقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة (١٠٥٠).

(٢٩) د. احمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠م، ص ٨٢-٨٣.

ومركزه كمركز الكفيل الشخصي من حيث ان مسؤوليته عن الوفاء بالدين لا تتحقق إلا اذا لم يقيم المدين بالوفاء، ولكن ضمان الدائن يكون عندئذ تاميناً عينياً يكفل له ميزتي الاولوية والتتبع^(٣٠). ومن خلال ما تقدم وفي ظل عدم وجود نص قانوني في القانون المدني العراقي يحدد الطبيعة القانونية للكفالة العقارية، يمكننا القول بان الكفالة العقارية صورة مختلطة من الكفالة ومن الرهن، وتسري عليها أحكام الكفالة واحكام الرهن، إلا ما كان منها لا يتفق مع طبيعة الكفالة العقارية

المبحث الثالث

تمييز الكفالة العقارية عما يشتهر بها

تعد الكفالة العقارية من الناحية القانونية وسيلة من وسائل الضمان للدائن . ولذلك نجد ان هناك أنظمة قانونية اخرى قد تشتهر بها من حيث تكوينها القانوني، ومن بين هذه الأنظمة : التضامن والتضامم، والكفالة الشخصية، ، والتأمينات العينية، ومما تجدر الاشارة اليه منذ البداية ان صفة التبعية هي الخاصية المميزة لعقد الكفالة العقارية عليها تبني احكامه ويرتب اثاره وابتداءً منها يمكن تمييزه من العقود والأنظمة القانونية التي يمكن أن تشتهر به . لذلك سنقسم هذا المبحث على المطالب الثلاثة التالية :-

المطلب الأول

الكفالة العقارية والتضامن بين المدينين والتضامم

تناول القانون المدني العراقي التضامن بين المدينين في المواد (٣٢٠ - ٣٣٨)، ونظمه القانون المدني المصري في المواد (٢٨٤ - ٢٩٩) . أما التضامم فلم ينظمه المشرع العراقي ولا المصري بنصوص خاصة، ولكن ذكره الفقه والقضاء فهو في الفقه عبارة عن حالات يكون اشخاص فيها مسؤولين عن دين واحد لأسباب مختلفة دون تضامن بينهم^(٣١). وفي القضاء نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً. وقد أكد ذلك قرار لمحكمة النقض المصرية بقولها : (إن مقتضى التضامم نتيجة تعدد مصدر الدين مع بقاء محله واحداً، أي انه يجوز للدائن ان يطالب كل مدين بكل الدين، ولا يجوز للمدين الذي دفع الدين ان يرجع على مدين آخر بذات الدين لانعدام الرابطة بينهما، ولأنه إنما دفع عن نفسه)^(٣٢). ومثال التضامم في القضاء انه أجاز للمضروب الرجوع على المتبوع لاقتضاء التعويض منه باعتباره مسؤولاً عن اعمال تابعه، وبذلك يصبح للمضروب مدينين بالتعويض المستحق به وكلاهما مدين بدين واحد له مصدران مختلفان ومن ثم تتضامم ذمتهم في هذا الدين دون أن تتضامن فالالتزام التضامني يقتضي وحدة المصدر^(٣٣) . فالتضامن

(٣٠) جميل الشراوي ، مصدر سابق، ص ٩.

(٣١) د. قديري عبد الفتاح الشهاوي، احكام عقد الكفالة - التضامن - التضامم، مصدر السابق، ص ١٢ .

(٣٢) نقض / جلسة ١٩٦٧/١١/٢١ / السنة ١٨ / مجموعة المكتب الفني / ص ١٧١٧ . مشار اليه في انور العمروسي،

التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة في مصر والاقطار العربية، دار

الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٩م، ص ٩٠٢ .

(٣٣) انور العمروسي، مصدر سابق، ص ٢٢٩ .

والتضام يتشابهان من حيث وجود أكثر من مدين أمام الدائن في المطالبة بالدين أي وحدة المحل ويشتهبان من هذه الناحية بالكفالة العقارية حيث إن الدائن فيها ليس فقط له الحق في التنفيذ على اموال المدين الأصلي، بل أيضاً على العقار الذي قدمه الكفيل ضماناً لدين المدين . ويقوى الشبه بين الكفالة العقارية والتضامن بين المدينين في حالة ما اذا كان احد المدينين المتضامنين فقط هو الذي استفاد من الدين دون باقي الآخرين الذي يقتصر دورهم على ضمان الوفاء بهذا الدين، فلاي من هؤلاء اذا ما دفع الدين عن المدين، الحق في أن يرجع على المدين الأصلي المستفيد بكل ما دفع كالكفيل تماماً^(٣٤). وفي التضامن والتضام تكون الذمة المالية كلها ضامنة للدين . ولكنهما يختلفان من جهة ان التضامن يكون اما بناءً على اتفاق أو نص قانون (م/٣٢٠) مدني عراقي . والتضامن يقوم على طبيعة الاشياء ذاتها او قوتها، كذلك يقوم التضامن على اساس وحدة المحل ووحدة المصدر، اما التضامن فيقوم على اساس وحدة المحل وتعدد المصدر. وتختلف الكفالة العقارية عنهما من حيث ان المدين المتضامن يلتزم بصفة اصلية في مواجهة الدائن وكذلك التزام المدين المتضام فهو التزام اصلي ومستقل عن رابطة أي مدين اخر وذلك على نقيض التزام الكفيل حتى ولو كان متضامناً مع المدين، فهو يعد التزاماً تابعاً لالتزام المدين^(٣٥). ويترتب على ذلك انه يجوز للكفيل التمسك بالدفع الخاصة بالدين الاصلي فضلاً عن الدفع الخاصة بعقد الكفالة^(٣٦). اما المدين في الالتزام التضامني فانه يجوز له الدفع بالدفع المشتركة بالالتزام. أما الدفع الخاصة بالتزام كل مدين فلا يجوز له ذلك. اما الالتزام التضامني فلا يجوز للمدين ان يدفع بالدفع الخاصة بالتزام مدين اخر وبما انه لا توجد وحدة مصدر، فانه لا يوجد دفع مشترك لالتزام اصلي كما هو الحال في الالتزام التضامني، ومثال ذلك اذا تبين ان العقد باطل (كأن تبين ان محل العقد دين قمار)، فوفقاً لأحكام الكفالة فإنه يجوز للكفيل التمسك ببطلان التزام المدين ومن ثم بطلان الكفالة . ويجوز للمدين المتضامن التمسك بالدفع ببطلان الالتزام كله في التضامن وبالتالي لا يلزم امام الدائن . اما في التضامن فانه لا يجوز للمدين المتضامن التمسك ببطلان عقد لمدين اخر لانقضاء وحدة مصدر التزام كل منهما عن الاخر^(٣٧). وتختلف الكفالة العقارية ايضاً عن التضامن والتضام في ان التزام الكفيل يكون في حدود العقار الذي يرهنه أما التزام المدين المتضامن والمدين المتضام فكما ذكرنا أن الذمة المالية كلها تكون ضامنة للدين ولا يكون الالتزام مقصوراً على مال معين من أموالهم .

(٣٤) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٤١ .

(٣٥) د. نبيل ابراهيم سعد، المصدر سابق، ص ٢٥٦ .

(٣٦) د. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة طبع، ص ٥٩ .

(٣٧) سعاد توفيق سليمان، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٦م، ص ٥٣

المطلب الثاني

الكفالة العقارية والكفالة الشخصية

تتشابه الكفالة العقارية مع الكفالة الشخصية في أن كلاً منهما عقد ملزم لجانب واحد في الأصل، وأن كلاً منهما عقد من عقود التبرع كما بينا عند كلامنا عن التكييف القانوني للكفالة العقارية، كذلك بينا ان الكفيل العقاري يشتهر بالكفيل الشخصي في ان كلاً منهما يضمن دين في ذمة شخص آخر، وأن التزام كل منهما التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي المضمون ويحق لكل منهما التمسك بالدفع التي يتمسك بها المدين الأصلي ولكل منهما الرجوع على المدين الأصلي في حالة وفاء الدين للدائن .

لكن الفرق بين النوعين واضح لأن من يقدم ضماناً عينياً (عقار) لأداء دين غيره لا يكون ملزماً الا بقدر العين التي خصصها للضمان ولا يكون ملزماً بأكثر منها، أي لا يتعدى التزامه غيرها من امواله ويصح له أن يتخلص من التزامه قبل الدائن بالتخلي له عن العين المرهونة وهذا هو الكفيل العقاري او ما يسمى بالكفيل العيني _ وعلى العكس من ذلك الكفيل الشخصي فانه يكون ملزماً شخصياً في كل امواله وينتقل الالتزام إلى ورثته بعد موته في استحصال الدين من التركة قبل توزيعها^(٣٨). فالكفيل العيني لا يسأل في ذمته بل يسأل في حدود المال المقدم منه للضمان وتنتهي مسؤوليته إذا أخرج المال من ذمته بالتصرف فيه او بالتخلي عنه، وعلى ذلك فإن مسؤوليته عينية^(٣٩). ولا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن، وكذلك لا يجوز للكفيل العيني ان يدفع بالتجريد ولو كان للمدين عين اخرى مرهونة لضمان الدين نفسه^(٤٠). وهذا ما أكدته المادة (١٣٠٠) من القانون المدني العراقي بقولها : (اذا كان الراهن في الرهن التاميني غير المدين فلا يجوز التنفيذ على شيء من ماله الذي لم يخصص لضمان حق الدائن، ولا تجاوز مسؤوليته عن هذا الحق حد ما رهنه من المال . لكن ليس له ان يطلب من المرتهن ان يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك). وتقابلها المادة (١٠٥٠) من القانون المدني المصري . اما بالنسبة للتخلية فلا تقبل من الكفيل الشخصي للدين، لأنه يكون مسؤولاً شخصياً عن الدين، ومن ثم لا تكون هنالك فائدة من التخلية لأنه بمقتضى مسؤوليته الشخصية يكون للدائنين ان ينفذوا على امواله الاخرى وحينئذ تعرض نفس المساوي التي اراد ان يتحاشاها اذا تخلى عن العقار

(٣٨) محمد كامل مرسي، مصدر سابق، ص ٧١ .

(٣٩) عبد العزيز عبد القادر ابو غنيمه، الالتزام العيني بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م، ص ٣٩٩ .

(٤٠) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص ٥٦ .

المرهون. واذن فلا فائدة من منحه مكنة التخلية^(٤١). اما الكفيل العيني (العقاري) فقد اعترفت له المادة (٢/١٠٥١) من القانون المدني المصري صراحة بمكنة التخلي اذ جاء فيها: (واذ كان الراهن شخصاً آخر غير المدين جاز له ان يتفادى أي إجراء موجه اليه اذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقاً للأوضاع وطبقاً للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار). ولم نجد في نصوص القانون المدني العراقي نصاً مشابهاً لنص المادة (٢/١٠٥١) من القانون المدني المصري، مما يثير التساؤل عن مدى امكانية الكفيل العيني من التخلص من المسؤولية اذا هو تخلى عن العقار المرهون، مما يؤكد وجود نقص تشريعي كان المفروض على المشرع العراقي ان يتفاداه وينص على ذلك مثلما نص المشرع المصري، لذلك نقترح على المشرع العراقي إيجاد نصّ مشابه لهذا النص . فبالرغم من ان التخلية لا تجوز الا للحائز الا انها تجوز للكفيل العيني وان لم يعتبر حائزاً بالمعنى الدقيق، والحكمة من ذلك هي انه غير ملزم شخصياً بالدين، وبالرغم من انه ملزم ببقاء الرهن حتى تمام الوفاء بالدين المضمون، إلا أنه ليس في تخليه عن العقار ما يتعارض مع ذلك الالتزام. ويشترط في الشخص كي يعد حائزاً وتجاوز له التخلية ألا يكون ملتزماً شخصياً، لذلك لا تكون التخلية جائزة للكفيل الشخصي وتجاوز للكفيل العيني^(٤٢). فبذلك نجد أنه في جميع الأحوال لا يكون الكفيل العيني ملتزماً التزاماً شخصياً بضمان الدين بل الذي يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه أي ان التأمين هنا تأمين عيني لا تأمين شخصي، فاذا انتقلت ملكية العين التي تم رهنها إلى غير الكفيل العيني انتقلت الى هذا الغير مرهونة في الدين ولا يكون الكفيل العيني مسؤولاً شخصياً عن الدين^(٤٣). وبهذا يمكن تلخيص أهم الفروق بين الكفيل العيني(العقاري) والكفيل الشخصي بما يأتي:-

اولاً:- الكفيل الشخصي يضمن دين غيره بذمته أما الكفيل العقاري فيضمن دين غيره بعقار معين.
ثانياً :- الكفيل الشخصي مسؤول عن دين الغير بضمانة أمواله (ذمته) كافة أما الكفيل العيني فلا تتجاوز مسؤوليته حد ما وضعه من عين وثيقة بدين غيره .
ثالثاً :- الكفيل الشخصي يجوز له أن يدفع بالتجريد، فاذا طوّل بالدين المكفول أولاً جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده وهذا ما يسمى بحق التجريد وهو يثبت لكل كفيل شخصي الا اذا نزل عنه او كان قد تضامن مع المدين، اما الكفيل

(41) د. احمد سلامه، مصدر سابق، ص ٣٧٧ .

(٤٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، مصدر سابق، ص ٤٥٥ .

(٤٣) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص ٢٥.

العقاري فليس له ان يطلب من الدائن المرتهن ان يجرد المدين من امواله قبل التنفيذ على العقار المرهون ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك^(٤٤).

رابعاً :- يجوز للكفيل العيني أن يتفادى أي إجراء ضده إذا تخلى عن العقار المرهون، بينما لا يجوز ذلك للكفيل الشخصي .

خامساً :- للدائن في الكفالة العينية حق التقدم والتتبع على خلاف الكفالة الشخصية التي لا يكون للدائن فيها هذان الحقان .

المطلب الثالث

الكفالة العقارية والتأمينات العينية

تكون التأمينات العينية بتقرير حق عيني تبقي على مال أو أكثر مملوك للمدين أو للغير بمقتضاه يكون للدائن فضلاً عن حقه في الضمان العام على جميع اموال مدينه سلطة تنصب على شيء معين تمكنه من تتبع هذا الشيء في أي يد كان لينفذ عليه بالحجز ثم بالبيع ويستوفي دينه من ثمنه بالأولوية على الدائنين الآخرين . والتأمينات العينية التي يقرها القانون المدني العراقي مبينة على سبيل الحصر وهي الرهن التاميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز . وتظم التأمينات العينية جميعها فكرة واحدة هي فكرة الرهن ضماناً لوفاء الدين . فيكون الرهن بمقتضى اتفاق في الرهن التاميني ورهن الحيازة وبمقتضى نص القانون في حقوق الامتياز . أما حق الاختصاص فهو حق تجهله مجموعتنا المدنية . اما الحق في الحبس فان المشروع لا يعده حقاً عينياً بل هو دفع يديه من له حق التمسك به^(٤٥) . وتعد الكفالة العقارية صورة من صور التأمينات العينية وتسمى هذه التأمينات ايضاً بالضمان الخاص او الضمان العيني وتتشرك بعدة خصائص منها :-

اولاً :- يكفل الضمان الخاص دائماً حقاً شخصياً فالدائن يكون له حق شخصي في ذمة المدين ويريد أن يطمئن عليه واستيفاءه في ميعاد استحقاقه .

ثانياً :- يكفل الضمان الخاص أي حق شخصي ايأ كان مصدره وايأ كان محله والمقصود بذلك ان الضمان الخاص يضمن الحق الشخصي سواء كان مصدره العقد او الارادة المنفردة او العمل غير المشروع او الإثراء بلا سبب او القانون ولا فرق بين مصدر ومصدر . ويجوز كذلك ضمان الحق الشخصي ايأ كان محله نقل حق عيني او القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

ثالثاً :- إذا كان الضمان الخاص يضمن الوفاء بالحق الشخصي فهو بالتالي ضمان تابع لهذا الحق ويرتبط مصيره بمصيره ينقضي بانقضائه وينشأ بنشوئه لأنه تابع والتابع يتبع المتبوع^(٤٦).

(44) محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، ط٢، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٤م، ص ٣٠ .

(٤٥) ينظر المواد(٢٨٠ - ٢٨٤) من القانون المدني العراقي، وللمزيد من التفصيل حول شرح هذه المواد ينظر: محمد طه البشير، مصدر السابق، ص ١٣ .

(٤٦) د. السيد عيد نايل، احكام الضمان العيني والشخصي، الكفالة - الرهن - الامتياز الاختصاص، مطابع جامعة الملك سعود، ١٩٩٨م، ص ١٠ .

رابعاً :- انها حقوق عينية أي سلطات ترد مباشرة على الشيء او الاشياء المثقلة بها بقطع النظر عن وجود أي رابطة بين صاحب التأمين وبين مالك المال موضوع التأمين، اذ قد يكون مالك هذا المال هو المدين نفسه (كما هو الحال بالنسبة للرهن التاميني والرهن الحيازي) وقد يكون شخصاً اخر غير المدين (كفيل عيني) .

خامساً :- كذلك من المزايا التي تتميز بها التأمينات العينية إنها تمنح صاحبها فوق حق الضمان العام المقرر له كدائن عادي، حق التقدم وحق التتبع وإنها لا تخرج المال المثقل بها من حيازة صاحبه ولا تغل يد المالك عن التصرف في ملكه الا في حالة الرهن الحيازي . كما إنها تؤدي الى زيادة الائتمان وتشجع عليه^(٤٧). وجوهر التشابه بينها في ان كلاً منها يخصص فيه مالاً يستوفي منه الدائن حقه . هذه جملة من الخصائص والمزايا التي تشتهر بها الكفالة العقارية بالتأمينات العينية على اعتبار انها صورة من صورها، لكنها تختلف عنها وبخاصة الرهن التاميني والرهن الحيازي الذي يرد على عقار باعتبارها اكثر شبيهاً بها في ان الراهن في الرهن هو المدين نفسه والعقار المرهون يكون مملوك له، في حين أن الكفالة العقارية يكون الراهن فيها شخصاً آخر غير المدين يسمى الكفيل العيني (العقاري) ويكون العقار المرهون ملكاً له . ويترتب على ذلك انه اذا كان الراهن هو المدين نفسه فان الرهن يعد بالنسبة له من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر ولهذا يشترط لصحته ان يكون الراهن بالغاً سن الرشد اما اذا كان قاصراً فان الرهن يعد باطلاً بطلاناً نسبياً^(٤٨). في القانون المدني المصري الذي يأخذ بالبطلان النسبي. وموقوفاً على إجازته بعد بلوغه سن الرشد وفقاً للقانون المدني العراقي . وذلك ان رهن الصغير قبل بلوغه سن السابعة كاملة يعد باطلاً، اما بعد بلوغه هذا السن مميّزاً فيعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتتعدّد موقوفة على اجازة وليه قبل بلوغه سن الرشد تطبيقاً للمادة (٩٧) من القانون المدني العراقي . أما بعد بلوغ الصغير المميز سن الرشد فيكون الرهن الذي رهنه قبل ذلك وبعد بلوغه سن التمييز موقوفاً على ارادته^(٤٩).

اما اذا كان الراهن غير المدين، أي كفيلاً عينياً يقدم ماله رهنًا لضمان الوفاء بدين شخص آخر، فإن التصرف يعد بالنسبة له ضاراً ضرراً محضاً ويشترط لصحته ان يكون الراهن بالغاً سن الرشد فاذا كان قاصراً وقع الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً^(٥٠).

كذلك تختلف الكفالة العقارية عن التأمينات العينية في ان الكفيل العقاري أو ما يسمى بالكفيل العيني تتحدد مسؤوليته بالشيء المرهون فقط فهو لا يسأل في ذمته عن الوفاء بالدين المضمون، وتتوقف هذه المسؤولية متى خرج المال من ذمته او بعبارة اخرى متى خرج العقار من ذمته لان لفظ المال يشمل العقار وغيره، اما في الكفالة العقارية فتتصب على عقار معين . ومن ناحية اخرى يكون للكفيل العقاري ان يستفيد من بعض الاحكام التي يستفيد منها الكفيل العادي ومثال على ذلك براءة ذمته بقدر ما اضاعه الدائن بخطئه

(47) د. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية (دراسة تحليلية مقارنة) لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، الدار

الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠م، ص ٤٥.

(48) سمير عبد السيد تناعو، مصدر السابق، ص ١٨٢ .

(49) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص ٤٤ .

(٥٠) د. سمير عبد السيد تناعو، مصدر سابق، ص ١٨٢ .

من الضمانات^(٥١). اما بالنسبة للتأمينات العينية كالرهن التأميني والرهن الحيازي فيكون للدائن فضلاً عن سلطته التي تنصب على الشيء المرهون والتي تمكنه من تتبع هذا الشيء في أي يد يكون لينفذ عليه بالحجز ثم بالبيع ويستوفي دينه من ثمنه بالأولوية عن الدائنين الآخرين، فيكون له فضلاً عن ذلك حقه في الضمان العام على جميع أموال مدينه^(٥٢). أي له الحق في التنفيذ على بقية أموال مدينه في حالة عدم كفاية ثمن المال المرهون للوفاء بالدين.

الخاتمة

بعد ان انهينا بحثنا هذا عن الكفالة العقارية في القانون المدني العراقي من خلال بيان طبيعتها القانونية وخصائصها وتمييزها عن النظم القانونية المتشابهة معها، فإننا توصلنا الى عدد من النتائج والتوصيات يمكن تلخيصها بما يلي:

أولاً: النتائج

- ١- نظم القانون المدني العراقي التضامن بين المدينين في المواد (٣٢٠ - ٣٣٨) اما التضامم فلم ينظمه المشرع العراقي بنصوص خاصة، ولكن ذكره الفقه والقضاء فهو في الفقه عبارة عن حالات يكون اشخاص فيها مسؤولين عن دين واحد لأسباب مختلفة دون تضامن بينهم.
- ٢- لحدثة العمل بالكفالة العقارية فقد اختلف الفقه في تحديد طبيعتها القانونية والتي من خلالها يمكن تمييزها عن النظم القانونية المشابهة لها، ومما زاد من صعوبة تحديد هذه الطبيعة هو عدم معالجة التشريعات المدنية في قوانينها لهذه المسألة.

ثانياً: التوصيات

- ١- نوصي المشرع العراقي بالنص بشكل واضح وصريح في القانون المدني العراقي على اهلية الشخص في الكفالة العقارية وتحديد بها بسن الثامنة عشرة لكي يستطيع الشخص المتكفل معرفة تبعة هكذا نوع من الكفالات.
- ٢- نوصي المشرع العراقي بمعالجة مسألة الطبيعة القانونية للكفالة العقارية وذلك من خلال وضع نص في القانون المدني العراقي يحدد طبيعتها بدقة بحيث يمكن تمييزها عن النظم القانونية المشابهة لها.

المصادر

أولاً : الكتب

- ١- د . سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية - الكفالة - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦ م .
- ٢- د . نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية - الرهن الرسمي - حق الاختصاص - الرهن الحيازي - حقوق الامتياز - الكفالة، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة طبع.
- ٣- د . احمد سلامه، التأمينات العينية والشخصية، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠ .
- ٤- د . السيد عيد نايل، احكام الضمان العيني والشخصي، الكفالة - الرهن - الامتياز الاختصاص، مطابع جامعة الملك سعود، ١٩٩٨ م.
- ٥- انور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة في مصر والاقطار العربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٩ م.

(٥١) د . احمد سلامه، مصدر سابق، ص ٨٢ .

(٥٢) د . نبيل ابراهيم سعد، مصدر سابق، ص ٢٦ .

- ٦- جميل الشرفاوي، دروس في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦م.
- ٧- جورج شراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦م.
- ٨- د. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية (دراسة تحليلية مقارنة) لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠م.
- ٩- د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للتأمين العيني، ط٢، المطبعة العالمية، مصر، ١٩٥٣م.
- ١٠- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ج١، مطبعة دار المعرفة، بغداد، ١٩٥٣م.
- ١١- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في التأمينات الشخصية والعينية، ج١٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠م.
- ١٢- د. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة في المقولة _ الوكالة _ الكفالة، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦م.
- ١٣- علي قراعة، احكام العقود في الشريعة الاسلامية، دار مصير للطباعة، القاهرة، بدون سنة طبع.
- ١٤- د. قدري عبدالفتاح الشهاوي، احكام عقد الكفالة - التضامن - التضامن، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢م.
- ١٥- د. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، دون سنة طبع.
- ١٦- محمد طه البشير، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، ط٢، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٤م.
- ١٧- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد - الموجز في التأمينات الشخصية والعينية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٤٩م.
- ١٨- د. مصطفى محمد الجمال / د. عبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٧م.
- ١٩- عبد العزيز عبد القادر ابو غنيمه، الالتزام العيني بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م.

ثانياً: الرسائل والاطاريح

- ١- سعاد توفيق سليمان، عقد الكفالة المدنية والاثار المترتبة عليه (دراسة مقارنة بين مجلة الاحكام العدلية والقانون المدني المصري)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٦م.
- ٢- د. محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الإرادة التعاقدية (دراسة تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه تقدم بها إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة الموصل، ٢٠١٠م.

ثالثاً: القوانين

- ١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
- ٢- قانون التسجيل العقاري العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.
- ٣- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
- ٤- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩ المعدل.
- ٥- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م المعدل.
- ٦- القانون المدني الجزائري لسنة ١٩٧٥م.



Violations Against Women in Armed Conflicts

A Study in the rules of the International Humanitarian Law

Dr. Ziad Abdul Wahab Abdullah Al Nuaimi
Assist. Prof

College of Law- University of Mosul- Mosul - Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 20 Aug., 2023

Accepted: 14 Oct., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 279-314

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

Dr. Ziad Abdul Wahab Abdullah

Al Nuaimi

College of Law - University of
Mosul - Mosul - Iraq

Email:

dr.ziyad_alnuaimy@uomosul.edu.iq

Abstract

The international humanitarian law cannot discriminate against a specific category at the expense of another with protection, because protection includes everyone without discrimination on the basis of gender, color, language, nationality, etc. So, protection is based on equality, and if this is a general principle for protection, we must realize that the international humanitarian law has treated this with exceptions related to gender or age and has granted special protection, in addition to general protection, to special groups such as women, children, the elderly and people with special needs. In other words, there is an explicit recognition of the status of preferential treatment whenever it exists for cases. The woman would have been in greater danger had it not been for this support.

The research sheds light on the violations that women are exposed to during armed conflicts such as rape, slavery, forced marriage, forced pregnancy, and other forms of violence.

Keywords: *Armed conflicts - violations - protection of women - international law*



الانتهاكات الواقعة على النساء في النزاعات المسلحة دراسة في قواعد القانون الدولي الانساني



الدكتور زياد عبد الوهاب عبدالله

أستاذ مساعد

كلية الحقوق – جامعه الموصل – الموصل – العراق

المستخلص

لابد من القول ان القانون الدولي الإنساني لا يمكنه وضع تمييز خاص بفئة معينة على حساب فئة اخرى بالحماية ذلك ان الحماية تشمل الجميع بدون التمييز على أساس الجنس أو اللون أو اللغة أو القومية أو غير ذلك ، فالحماية قائمة على أساس المساواة ، و اذا كان هذا الاصل العام للحماية فأنا لابد ان ندرك ان القانون الدولي الانساني، قد استدرك ذلك باستثناءات تتعلق بالجنس أو العمر وأسبغ الحماية من نوع خاص لها، مع الحماية الممنوحة لها بشكل عام، للفئات الخاصة كالنساء والاطفال وذوي الاعاقة او كبار السن من الرجال والنساء ، او بعبارة اخرى هناك اعتراف صريح بوضع معاملة ايجابية لحالات خاصة ربما تعرض لانتهاك اكبر لولا وجود مثل تلك الحماية. يسلط البحث الضوء على ما تتعرض له النساء اثناء تلك النزاعات المسلحة بنوعها كالاغتصاب، والاسترقاق، والزواج القسري، والحمل القسري، وغيره من أعمال العنف وبيان موقف القضاء في اتفاقيات جنيف الأربعة من هذه الجرائم وموقف القضاء الدولي ، وكذلك القرارات التي اتخذها مجلس الامن بهذا الخصوص.

الكلمات المفتاحية : النزاعات المسلحة – الانتهاكات – حماية النساء – القانون الدولي

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/٨/٢٠

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/١٠/١٤

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣ م

جامعة الكتاب – كركوك – العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution) ل (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام، والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس: الدكتور زياد عبد الوهاب

الانتهاكات الواقعة على النساء في

النزاعات المسلحة- دراسة في قواعد

القانون الدولي الانساني " دراسة مقارنة"

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

عندما بدأت قواعد القانون الدولي العرفي لم يكن هناك حماية خاصة بالنساء، لا وقت السلم ولا أثناء النزاع المسلح (الحروب كما تسمى وقتها) لذلك خلت تلك النزاعات من القيود التي تضعها قواعد قانونية مكتوبة بل كانت تجد مصدرها في قواعد الاخلاق لا أكثر، وحين بدأت القواعد العرفية تكتسب صفة الإلزام وانتقلت من نطاق الأخلاق الى القواعد القانونية الملزمة، بدأت الدول بتقنين العادات والتقاليد الخاصة بالحروب، على شكل اتفاقيات، اصبح هناك إلزام بعدم التعرض على المدنيين عموماً، والنساء بوجه خاص، وقت السلم او أثناء النزاع المسلح، وقد تطورت قواعد القانون الدولي الانساني لتبلغ الذروة بعد الحرب العالمية الثانية عبر اتفاقيات جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ م وخصوصاً اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين، والبروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧ م .

أهمية البحث

تشكل النزاعات المسلحة أهمية كبيرة في القانون الدولي الانساني سواء أكانت نزاعات دولية والتي تعنى بالنزاع بين دولتين أم نزاعات غير ذات طابع دولي، وتتأثر حقوق الانسان بتلك النزاعات نتيجة لما يقع على الانسان عموماً من آثار سلبية عليه وخصوصاً النساء والأطفال التي تعد فئات خاصة ضعيفة لا تقوى على مواجهة النزاع ولا تشارك به.

هدف البحث

يهدف البحث إلى تسليط الضوء على الخطورة الكامنة في الانتهاكات الواقعة على حقوق الانسان عموماً والنساء بشكل خاص وما تتعرض له المرأة أوقات النزاع المسلح من عنف عام كالقتل والتعذيب والتشريد والعنف الجنسي بكل اشكاله وما يترتب على ذلك من اثار تمس المرأة والاسرة والمجتمع وما تعانيه المرأة جراء تلك الانتهاكات التي ترقى الى جرائم الحرب أو الجرائم ضد الإنسانية .

إشكالية البحث

تنطلق إشكالية البحث من دراسة مدى فاعلية النصوص القانونية في الاتفاقيات المعنية لتوفير رعاية وحماية النساء اثناء النزاع المسلح، فضلاً عن الآليات المتبعة للحماية عبر موقف القضاء الدولي من تلكم الجرائم، للوقوف على مدى اعمال النصوص الخاصة بالحماية والتي تشكل بمجموعها اطاراً قانونياً للحماية الدولية فضلاً عن تدخل الامم المتحدة بقرارات صدرت عن مجلس الامن الدولي تعنى بالحماية.

اسباب اختيار البحث

من المعلوم أن الاسباب التي دفعت الى اختيار البحث تنطلق من محددتين أساسيين:
الأول : التمييز الواضح الايجابي الذي تبناه "القانون الدولي الانساني" في الحماية لحقوق النساء بسبب النزاعات بنوعها.

الثاني: الجرائم التي ترتكب بحق النساء اثناء النزاعات المسلحة كالقتل، والاغتصاب، والخطف، والاتجار، والاستعباد، والزواج القسري، والاكراه على البغاء، وغيرها من جرائم العنف الجنسي وغيرها من الجرائم التي ترقى الى جرائم حرب او جرائم ضد الإنسانية .

منهجية البحث

اعتمدنا في البحث على "المنهج التحليلي" من خلال تحليل نصوص الاتفاقيات الدولية وخصوصاً اتفاقيات جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ م والمعنية بحماية المدنيين وكذلك البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧ م وبيان الأثر المترتب على الانتهاكات الواقعة على النساء بموجب الاتفاقيات وبيان الحماية الدولية

لهن بموجب تلك النصوص كذلك بيان ودراسة موقف القضاء الدولي من حالات العنف واحكام المحاكم الدولية والتكليف القانوني لتلك الجرائم ودراسة قرارات مجلس الامن المعنية بالموضوع .

نطاق البحث

اقتصر بحثنا على الحماية الدولية الواقعة على النساء المدنيات دون المقاتلات ، كون القانون الدولي الانساني وضع حماية خاصة للنساء المقاتلات، ضمن اتفاقية جنيف الثالثة، والخاصة بأسرى الحرب ولكن اتفاقية جنيف الرابعة افردت حماية للمدنيين عموما ومن ضمنهم النساء، لذلك سيكون بحثنا خاص بالنساء المدنيات كونهن ضحايا نزاعات مسلحة دولية او غير ذات طابع دولي، لا علاقة لهن به ولم يكن جزءا او طرفا فيه حالهن حال المدنيين الاخرين

خطة البحث

قسمنا البحث على مبحثين وكما يأتي:

- المبحث الأول: الانتهاكات التي تتعرض لها النساء أوقات النزاعات

المطلب الأول: التعريف بالنزاعات المسلحة

المطلب الثاني: الانتهاكات الواقعة على النساء اثناء النزاعات المسلحة

- المبحث الثاني: الحماية الدولية للنساء اثناء النزاعات المسلحة .

المطلب الأول: صور الحماية الدولية في اتفاقيات جنيف الرابع وبروتوكوليهما.

المطلب الثاني: دور القضاء الدولي من الحد الانتهاكات الواقعة على النساء.

المطلب الثالث: دور مجلس الأمن الدولي من الحد من الانتهاكات الواقعة على النساء.

المبحث الأول

الانتهاكات التي تتعرض لها النساء في النزاعات المسلحة

من المعلوم أن النساء كبقية المدنيين الذين يتعرضون للانتهاكات اوقات النزاعات ، ولكن لما تمثله فئة النساء من اهمية تتعلق بطبيعة المرأة، فان التعرض لها، والاعتداء عليها يشكل خطرا اكبر مما يستدعي تحقيق حماية عامة وحماية خاصة لهن، بسبب التركيز على الحماية مقارنة بالانتهاكات الواقعة عليهن اوقات النزاعات المسلحة .

وفي مجال النزاعات المسلحة بنوعها الدولي وغير ذات الطابع الدولي تخضع النساء لحماية خاصة في هذا المبحث سوف نتطرق في مطلبين الى بيان النزاعات المسلحة في المطلب الاول والانتهاكات التي تتعرض لهن النساء بشكل خاص في مطلب ثان وكما يأتي:-

المطلب الأول

التعريف بالنزاعات المسلحة

يمثل النزاع المسلح ميدان تطبيق القانون الدولي الإنساني، ولهذا يطلق البعض على القانون الدولي الإنساني بقانون النزاعات المسلحة الذي يمكن تعريفه بأنه القانون الواجب التطبيق اثناء النزاعات المسلحة وهو مجموعة القواعد الدولية الاتفاقية والعرفية التي يقصد بها خصيصا تسوية المشكلات الانسانية الناجمة

مباشرة عن النزاعات المسلحة دولية كانت او غير دولية والتي تحد لأسباب انسانية من حق اطراف النزاع في استخدام ما يحلو لها من وسائل القتال وطرقه وتحمي الأشخاص والاعيان التي يلحق بها الضرر أو تتعرض له من جراء هذا النزاع.^١

وعلى العموم فان النزاعات المسلحة ليست على درجة واحدة فهناك نزاعات مسلحة دولية، ونزاعات مسلحة غير ذات طابع دولي، وهناك احوال وظروف لا تدخل ضمن نطاق تطبيق القانون الدولي الانساني، بل ضمن النطاق الوطني للدول، ومن خلال هذا المطلب، سنتحدث عن هذه الأنواع، وأهمية التمييز بينهم هو بيان الحالات التي تتطلب توفير رعايا وحماية لهم، وعليه سنبحث في ثلاثة افرع تلك النزاعات والحالات وكما يأتي:

الفرع الأول

النزاعات المسلحة الدولية

النزاع المسلح الدولي هو النزاع القائم بين دولتين و اكثر، والراجح في الفقه الدولي ان اصطلاح "نزاعات مسلحة" اوسع ان يكون وصفا لا يطلق الا على النزاعات المسلحة بين الدول وغيرها من أشخاص القانون الدولي العام، من المنظمات الدولية مثلا، فهو لجوء الاطراف للعنف بين دولتين او اكثر سواء بالإعلان سابق او بدونه^(٢)، وتعرف اتفاقيات جنيف الرابعة للنزاع المسلح الدولي بانه "حالة حرب أو اشتباك مسلح يمكن ان ينشب بين طرفين او اكثر من الاطراف السامية المتعاقدة حتى اذا لم يكن احد الاطراف قد اعترف بحالة قيام الحرب"^(٣) ويمكن بيان "النزاعات المسلحة الدولية" في حالات رفض الشعوب السيطرة الاستعمارية او الاحتلال الأجنبي، أو جرائم التمييز العنصري.^(٤)

النقطة الجوهرية في تلك النزاعات ان كل اطراف النزاع تتمتع بشخصية قانونية او الأهلية ما تعني الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات في ظل نظام قانوني معين، ومن اشخاص القانون الدولي العام الدول والمنظمات وتوجد كيانات اخرى تتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات من الاشخاص الطبيعية

^١ - د. شريف عتلم: مدلول القانون الدولي الانساني وتطوره التاريخي ومجال تطبيقه ، بحث منشور ضمن كتاب محاضرات في القانون الدولي الانساني ،اللجنة الدولية للصليب الاحمر ،القاهرة ٢٠٠١، ص ١٠.

^٢ - د. شاري خالد معروف: مسؤولية الدول عن الاضرار اثناء النزاعات المسلحة (دراسة تحليلية)، دار الكتب القانونية ، دار شتات، مصر ، الامارات العربية ، ٢٠١٧ ، ص ١١٧.

^٣ - للاستزادة ينظر المادة (٢) المشتركة من اتفاقيات جنيف الاربعة لعام ١٩٤٩

^٤ - د. علي زعلان نعمة وآخرون: القانون الدولي الانساني ، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية ، العراق ، ٢٠١٨، ص ١٥٧. وينظر كذلك الى المادة (٤/١) من البروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧ والتي تنص على ما يأتي: "المنازعات المسلحة التي تناضل بها الشعوب ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية، وذلك في ممارستها لحق الشعوب في تقرير المصير، كما كرسه ميثاق الأمم المتحدة والإعلان المتعلق بمبادئ القانون الدولي الخاصة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول طبقاً لميثاق الأمم المتحدة".

ونقصد بهم الأفراد او من الأشخاص المعنوية والمنظمات الدولية غير الحكومية، اما الشخص الذي يتلقى حقوق عبر وسيط دولي لا يضافى عليه وصف الشخص القانونية الدولي.^(٥) واهم مصادر الحماية المقررة بموجب هذا النوع من النزاعات اتفاقيات جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩م والبروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ م . والمبدأ العام في هذا النوع من النزاعات تمتع السكان المدنيين بحماية ،حتى أثناء وقوع النزاع وبقائهم في أراضيهم قدر الامكان والعيش فيها بشكل طبيعي على الأقل لان ذلك يمثل هدفا إنسانيا من أهداف القانون الدولي الانساني واذا ما ارغم المدني على ترك موطنه فانه يبقى من حيث المبدأ يتمتع بالحماية المقررة " بالقانون الدولي الانساني"^(٦).

الفرع الثاني

النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي

يمكن تعريف النزاع المسلح غير ذات الطابع الدولي بأنه "ذلك النزاع الذي يدور على إقليم الدولة الواحدة بين قواتها المسلحة وقوات منشقة منسقة او جماعات منظمة مسلحة اخرى تمارس تحت إقليمه من السيطرة ما يمكنها من القيام بعمليات متواصلة ومنسقة " .^(٧) فهو أي نزاع لا يتعدى حدود الدولة الواحدة المعترف بها قانونا وتتمثل صور هذا النزاع في حالة تمرد جماعة مسلحة منظمة ضد سلطة الدولة، أو بين جماعة واخرى داخل الدولة، واهم مصادر الحماية المقررة بموجب هذا النوع من النزاعات يكمن في المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف المشتركة لعام ١٩٤٩ .^(٨)

ورغم اهتمام الفقه الدولي بالنزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي إلا أنها هناك الكثير من النزاعات تخرج من نطاق النزاعات الداخلية لتدخل ضمن مفاهيم أخرى سنبينها لاحقاً، وعلى العموم فالنزاع المسلح غير ذات الطابع الدولي يقصد به نزاع قائم بين قوات حكومية وجماعات اخرى من غير الدولة او بين جماعات فيما بينها داخل حدود الدولة .

ان هذا النوع من النزاعات غالباً ما يتم على شكل تمرد او عصيان مسلح للانفصال عن السلطة المركزية او المطالبة بعدة امور يرغب الطرف المتمرد تحقيقها ، وعلى العموم فإن النزاع المسلح غير ذات الطابع الدولي ليس انشقاق مجموعة على النظام او السلطة. بل قد يكون نزاعاً بين مجموعتين داخل

^٥ - د. شاري خالد معروف: مسؤولية الدول عن الاضرار اثناء النزاعات المسلحة مصدر سابق، ص١١٨ .

^٦ - د. محمد يونس الصائغ، وسام نعمت السعدي: الصراعات المسلحة واثرها على حقوق الانسان، مجلة جامعة تكريت

للعلوم الانسانية ، المجلد(١٤) العدد(٧) ٢٠٠٧، ص٢٦٦

^٧ - المصدر السابق، ص١٢١ .

^٨ - نقلاً عن يلينا بيجتش: نطاق الحماية الذي توفره المادة الثالثة المشتركة ، مقال مختار حول القانون لدول الانساني ، مجلة

الصليب الاحمر، المجلد (٩٣) العدد(٨٨١) ٢٠١١، ص٣-٤

الدولة الواحدة دون ان تكون السلطة طرفا فيها^(٩). ويتجاذب في رؤية النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي اتجاهان متباينان:-

الاتجاه الأول(الواسع) : أصحاب هذا الاتجاه ينظرون نظرة واسعة إلى مفهوم النزاعات المسلحة حيث يرى هذا الاتجاه إن مصطلح نزاعات غير ذات طابع دولي تخضع بصفة مستمرة لتفسيرات الدول والى الأفكار الإنسانية التي تعد النواه الحقيقية لاتفاقية جنيف الرابعة.

الاتجاه الثاني(الضيق) يرى ان تضيق مفهوم النطاق بحيث يشمل فقط الحرب الأهلية وهي عبارة عن صراع بالقوة المسلحة يشوب طائفتين على قيم الدولة ويبلغ حدا من الاتساع ويعطي هذا الاتجاه امثلة على رأيه من خلال بيان الحرب الاهلية الاسبانية ١٩٣٦-١٩٣٩ والحرب الأهلية في سلفادور وارتيريا ويوغسلافيا السابقة.^(١٠)

والملاحظ على الاتجاهين برأينا أن الأول يحاول أن يوسع من مفهوم النزاعات المسلحة الداخلية ليدخل اليها نزاعات أخرى وصور أخرى كالاضطرابات الداخلية او التوترات مثلا التي قد تقع ضمن نطاق السلطان الداخلي للدول فيما يضيق الاتجاه الثاني من النزاعات لتقتصر على (الحرب الأهلية) وهذا هو موقف اتفاقية جنيف الذي تبنته، وما اشار اليه البروتوكول الإضافي الثاني، أيضا تأكيدا لما ورد في اتفاقية جنيف.

إلا أن موقف الأمم المتحدة قد بين في قراراته الصادرة عام ١٩٩٤م بشأن راوندا وفق القرار (٩٢٩) والقرار ٧٧٠ بشأن البوسنة والقرار (١٢٤٤) لعام ١٩٩٩م بشأن كوسوفو بين فيها موقفه من الانتهاكات الحاصلة للقانون الدولي الانساني في تلك المناطق ما يؤدي إلى تهديد السلم الامن الدوليين بموجب الفصل السابع.^(١١)

وقد اعتبرت محكمة الجناية الدولية في "يوغسلافيا السابقة" بقرار لها أن النزاع يوجد بالمعنى المتضمن في المادة الثالثة المشتركة عندما يوجد عنف مسلح طويل الاجل بين السلطات الحكومية او جماعات مسلحة منظمة او فيما بين هذه الجماعات داخل الدولة.^(١٢)

وعليه فالالاتجاه الضيق اقرب الى التطبيق بموجب اتفاقيات جنيف الرابعة فيما تخضع الصور الأخرى من النزاعات والتي لا ترقى للنزاع المسلح الداخلي لسلطان الدولة الداخلي فهو معيار واقعي يعتمد على الأحداث التي تدور على ارض داخل حدود الدولة .

الفرع الثالث

حالات لا تخضع للقانون الدولي الانساني

بعد هذا العرض البسيط يمكننا القول :أن هناك الكثير من النزاعات التي لا ترقى أن تكون ضمن ما ذكرناه، وبعبارة اخرى هناك حالة تخرج من نطاق القانون الدولي الانساني كالاضطرابات الداخلية

^٩ - د. احمد ابو الوفا: القانون الدولي الانساني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص٦٠٢.

^{١٠} - د. شاري خالد معروف: مسؤولية الدول عن الاضرار اثناء النزاعات المسلحة مصدر سابق، ص١٢٢.

^{١١} - المصدر سابق، ص١٢٢-١٢٣.

^{١٢} - نقلا عن يلينا بيجتش: نطاق الحماية الذي توفره المادة الثالثة المشتركة ، مصدر سابق، ص٣-٤.

والتوترات ومرجع ذلك الى انها تعد من ضمن نطاق اختصاص الدولة الداخلي وفي صميم هذا الاختصاص

والاضطرابات الداخلية هي تلك الحالات التي لا ترقى إلى نزاع داخلي تقوم أساسا على الاختلاف بين السلطة الحاكمة والمنشقين على درجة من الخطورة والديمومة تتضمن استخدام العنف خلالها كالهياج الشعبي أو المظاهرات التي ليس لها مدبر وبصورة عشوائية. ويعرفها البعض بأنها "إخلال جذري نتيجة أعمال العنف التي تقوم بها مجموعة من الأفراد أو الجماعات لا عرابهم عن معارضتهم أو استيائهم لوضع معين" (١٣). فالبروتوكول الإضافي الثاني نص صراحة على عدم سريانه على حالة الاضطرابات والتوترات الداخلية (١٤)، وهذا يعني انهما لا يخضعان لاتفاقيات جنيف الرابعة ولا للبروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧ م، كما أنه لا يوجد صك دولي من صكوك القانون الدولي الانساني تقدم تعريفا دقيقا للاضطرابات الداخلية، أما تعريف اللجنة الدولية للصليب الاحمر فقد صاغت في تقرير عرضته على الخبراء الحكوميين في مؤتمر جنيف عام ١٩٧١ وصفا للاضطرابات الداخلية بأنه "الحالات التي توجد فيها على المستوى الداخلي واجهة على درجة الخطورة والاستمرار وتنطوي على أعمال قد تتضمن أشكالاً مختلفة ابتداء من أعمال ثورة تلقائياً حتى الصراع بين مجموعات منظمة والسلطات، وقد تؤدي بالضرورة إلى صراع مفتوح تدعو السلطات قواتها لاستعادة النظام وفرضه، وعدد الضحايا المرتفع جعل من الضروري تطبيق حد أدنى من القواعد ذات الطابع الإنساني" (١٥).

ويفهم من البروتوكول الإضافي الثاني في مادته (٤/١) على حالات مثل الشغب وأعمال العنف الندرى وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة التي لاتعد نزاعاً مسلحاً وهذا يعني ان البروتوكول أوضح صورة تلك الاضطرابات والتوترات على سبيل المثال لا الحصر أي يمكن ان يدخل ضمن تلك الصور أعمال أخرى تدخل ضمن مفهوم الاضطرابات والتوترات الداخلية، فيما تمثل التوترات القلق السياسي أو الاجتماعي أو كليهما داخل الدولة عن طريق مظاهرات ومؤتمرات مناوئة للسلطة أو تعبئة من جانب جماعات عرقية أو سياسية أو دينية داخل الدولة ذد بعضها البعض خارج إطار القواعد الدستورية (١٦). أما التوترات الداخلية، فقد تضمن تقرير اللجنة الدولية للصليب الاحمر بعض الحالات من التوقيف الجماعي، وعدد المعتقلين السياسيين او المعتقلين بسبب آرائهم المختلفة، وظروف الاعتقال اللاإنسانية والمعاملة السيئة، وتعطيل الضمانات القضائية، اعلان حالة الطوارئ، وقد تكون هذه الظواهر مجتمعة أو

١٣- ينظر كل من لعمامرة لينده: دور مجلس الامن الدولي في تنفيذ القانون الدولي الانساني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١٢ ص ٩-١٠، كذلك د. علي زعلان نعمة: القانون الدولي الانساني، مصدر سابق، ص ١٧٥-١٨٠.

١٤- نصت المادة (٢/١) من البروتوكول الإضافي الثاني على " لا يسري هذا اللحق " البروتوكول " على حالات الاضطرابات والتوتر الداخلية مثل الشغب وأعمال العنف العرضية الندرى وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة التي لا تعد منازعات مسلحة".

١٥- د. شريف عتلم: مدلول القانون الدولي الانساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، محرر ، محاضرات في القانون الدولي الانساني، تحرير شريف عتلم ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٤٣.

١٦- لعمامرة لينده: دور مجلس الامن الدولي في تنفيذ القانون الدولي الانساني، مصدر سابق، ص ١٠.

منفردة، ومع ذلك لابد من التأكيد أن استثناء الاضطرابات والتوترات الداخلية من نطاق تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني، وفي الوقت نفسه فإن هذا لايعني تجاهل القانون الدولي لهذه الحالات، فالقانون الدولي لحقوق الانسان يعالج اثارها وحالتها مثل: المعاملة الإنسانية للموقوفين نتيجة الاضطرابات والتوترات، فضلاً عما يتضمنه الدستور الوطني لكل دولة والقوانين الوطنية، التي تشرع داخل الدولة وتتضمن حقوقاً و ضمانات قضائية وغير قضائية لحماية وصيانة حقوق المواطنين داخل الدولة بما يضمن عدم وقوع الظلم عليهم.^(١٧)

المطلب الثاني

الانتهاكات الواقعة على النساء أثناء النزاعات المسلحة

بينما في المطلب الأول مفهوم النزاعات المسلحة بنوعها الدولية وغير ذات الطابع الدولي، وسنبحث في هذا المطلب الانتهاكات الواقعة على النساء أثناء تلك النزاعات المسلحة الدولية وغير ذات الطابع الدولي باعتبارها من المدنيين اولا وما يقع عليها بشكل عام من جرائم أثناء النزاع ثانياً فضلاً عن الانتهاكات التي تطال النساء بسبب جنسهن وما يترتب على هذه الجرائم من آثار نفسية عليهن في فرعين مستقلين وكما يأتي:

الفرع الأول

الانتهاكات العامة الواقعة على المدنيين

من المعلوم أن القانون الدولي الإنساني يوفر الحماية العامة للمدنيين أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير ذات الطابع الدولي، وهذا ما تضمنته اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ م، التي وصفتهم بالمدنيين وهم، "الأشخاص الذين لا يشتركون بشكل مباشر في الاعمال، ويتوسع المعنى ليشمل المقاتلين الذين ألقوا السلاح، كما الأشخاص الذين عجزوا عن حمل السلاح لأسباب مثل الأمراض او الجرح أو قد يكون الشخص محتجزاً أو لأي سبب آخر، وهذه الحالات تلزم الدول بمعاملة هؤلاء معاملة إنسانية، دون اية صورة من صور التمييز الضار القائم على العنصر أو الدين أو المعتقد أو الجنس أو المولد أو الثروة أو أي معيار ممثل اخر."^(١٨)

ويتوسع المفهوم ليشمل فضلاً عما ذكرنا "الذين يجدون أنفسهم في لحظة ما وبأي شكل كان، سواء في حالة قيام نزاع أو حالة احتلال، تحت سلطة طرف ما في النزاع ليسوا من رعاياه او دولة احتلال ليسوا من رعاياها"^(١٩)

كما عرف المدني في البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الرابعة بأنه: " المدني بأنه أي شخص لا ينتمي إلى فئة من فئات الاشخاص المشار اليهم في البنود الاول والثاني والثالث والسادس من الفقرة (أ) من نص المادة الرابعة من الاتفاقية الثالثة وكذلك المادة (٤٣) من هذا البروتوكول، كما بينت المادة انه اذا ثار الشك ما اذا كان الشخص مدنيا ام غير مدني فإن ذلك الشخص يعد مدنيا."^(٢٠)

^{١٧}- د. شريف عتلم: مدلول القانون الدولي الانساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، مصدر سابق ص ٤٣.

^{١٨} - المادة (٣) المشتركة لاتفاقيات جنيف الأربع ١٩٤٩.

^{١٩} - المادة (٤) من اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين ١٩٤٩.

^{٢٠} - المادة (٥٠) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧.

يتبين مما سبق ينبغي أن يعامل هؤلاء الأشخاص بصفتهم مدنيين وهذا هو الأصل العام، ويتمتعون بالرعاية والحماية المقررة، وفي حالة وجود شك حول المركز القانوني للشخص من كونه مدنيا أم لا، إذ يعامل كونه مدنيا، وهنا يمكن إثارة مسألة تتعلق بالحماية حول الأشخاص الذين يكون بمعية القوات المتحاربة وهم ليسوا جزءا منها مثل الطبيب أو رجل الدين أو العاملون في المنشآت الصحية^(٢١) ويمكن بيان صور الاعتداءات على المدنيين عموما ومنهم النساء ضمن النزاعات المسلحة ما يأتي:

أولا: الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية، خصوصا القتل بجميع أشكاله والتشويه والمعاملة القاسية والتعذيب

ثانيا: اخذ الرهائن.

ثالثا: الاعتداء على الكرامة الشخصية خصوصا المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.

رابعا: إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات، دون إجراء محاكمة سابقة، أمام محاكم مشكلة تشكيلا قانونيا، وتكفل بالضمانات القضائية اللازمة بنظر الشعوب المتقدمة.^(٢٢)

فيما أشارت المادة (٢/٧٥) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧ م بعض الأعمال التي تعد انتهاكا لحقوق المدنيين أثناء النزاعات المسلحة.

أما الفقرة (٢) من المادة (٧٥) من البروتوكول الإضافي الأول فقد بينت الأفعال التي تمثل باعتمادا على حياة المدنيين عموما، من خلال الأتي بالنص على ما يأتي " تحظر الأفعال التالية حالاً واستقبالياً في أي زمان ومكان سواء ارتكبتها معتمدون مدنيون أم عسكريون".

١- "ممارسة العنف إزاء حياة الأشخاص أو صحتهم أو سلامتهم البدنية أو العقلية وبوجه خاص :
أولاً : "القتل " .

ثانياً : "التعذيب بشتى صورته بدنياً كان أم عقلياً " .

ثالثاً : "العقوبات البدنية " .

رابعاً : "التشويه " .

ب- "انتهاك الكرامة الشخصية وبوجه خاص المعاملة المهينة للإنسان والمحطة من قدره والإكراه على الدعارة وأية صورة من صور خدش الحياء".

ج- "أخذ الرهائن".

د- "العقوبات الجماعية".

هـ- " التهديد بارتكاب أي من الأفعال المذكورة آنفاً".^(٢٣)

إذ إن حماية حقوق المدنيين واجبة على أطراف النزاع بشكل عام ويجب الالتزام بما ورد في اتفاقيات جنيف الرابعة بخصوصهم، فقد ألزمت التمييز بين المقاتلين والمدنيين وحظرت الهجمات العشوائية، ضدهم والأ يكونوا هدفا لتلك الهجمات كما وحظرت على أطراف النزاع بث الرعب بين صفوفهم.

^{٢١} - للمزيد ينظر المواد : المادة ٢٥ من اتفاقية جنيف الأولى والمادة (٣) المشتركة من اتفاقيات جنيف والمادة (١٣) من اتفاقية جنيف الرابعة .

^{٢٢} - للمزيد ينظر المواد من ٣ المشتركة من اتفاقيات جنيف الاربع لعام ١٩٤٩

^{٢٣} - المادة (٢/٧٥) من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٧٧.

الفرع الثاني

الانتهاكات الخاصة الواقعة على المرأة

فضلا عما ذكرناه من الانتهاكات الواقعة على المدنيين عموما والمرأة باعتبارها جزءا لا يتجزأ من المدنيين، إلا أن هناك انتهاكات خاصة على النساء، تميزها كليا عن الانتهاكات العام كالاعتصاب، والاعتداء الجنسي او العنف القائم على النوع او الاتجار بالرقيق او غيرها من الجرائم والانتهاكات التي تطال المرأة.

وتعرف منظمة الأمم المتحدة العنف الممارس ضد المرأة بشكل عام أنه: "أي فعل عنيف تدفع اليه عصبية الجنس ويترتب عليه، او يرجح ان يترتب عليه، اذى او معاناة للمرأة، سواء من الناحية الجسمانية او الجنسية أو النفسية، بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل او القسر او الحرمان التعسفي من الحرية، سواء حدث ذلك في الحياة العامة أو الخاصة".^(٢٤)

ويعرف العنف كذلك بأنه: "الاستعمال المتعمد بالقوة المادية والقدرة سواء بالتهديد أو الاستعمال المادي أو الاستعمال المادي العادي الحقيقي ضد الذات او ضد شخص اخر أو ضد مجموعة، بحيث يؤدي الى حدوث او رجحان حدوث اصابة أو موت أو اصابة نفسية أو سوء النماء أو الحرمان".^(٢٥)

ويتراوح العنف الذي تتعرض إليه المرأة بين "هتك العرض والاعتصاب والإكراه على ممارسة الأفعال المنافية للأخلاق والآداب والحمل القسري والزواج القسري والاسترقاق أو الاستعباد القسري" وغيرها من أشكال العنف الأخرى، وقد جعلت بعض النزاعات الحديثة الاعتصاب والحمل القسري وسيلة من وسائل النزاع سواء كان دوليا او غير ذات طابع دولي، ويشكل هذا النوع من العنف اعتداء على حقوق الإنسان خاصة الاعتصاب والحمل القسري ضد النساء والفتيات، اذ يؤدي هذا النوع من العنف إلى هدر الكرامة الانسانية وتلحق الضرر بالإنسان والتنمية، وبالتركيز على العنف الجنسي، فيمكن القول ان هذه المشكلة برزت تحت ضغط الأحداث التي تميز بها نزاع يوغسلافيا السابقة المسلح من خلال معاملة قوات صربية لفئة النساء بالعنف الجنسي اذ تعرضت الآلاف النساء والفتيات للاغتصاب والعنف الجنسي عام ١٩٩٢م بكونه اداة للنزاع وقد تم ذلك في مخيمات اقيمت لهذا الغرض.^(٢٦)

^{٢٤} - للمزيد ينظر المادة (١) من إعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة اعتمد من الجمعية العامة للأمم المتحدة

بموجب قرارها ٤٨/١٠٤ المؤرخ في ٢٠ كانون الاول ١٩٩٣.

^{٢٥} - التقرير العالمي حول العنف والصحة World Report on violence and health ، منظمة الصحة العالمية

، جنيف، المكتب الاقليمي لشرق المتوسط ، القاهرة ، ٢٠٠٢، ص٥.

^{٢٦} - لعمارة لينده: دور مجلس الامن الدولي في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية

الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١٢، ص٢٦.

ويمكن تعريف العنف الجنسي بأنه: كل فعل جنسي أو محاولة فعل جنسي أو تعليقات أو مفاتحات جنسية غير مرغوب بيها أو أفعال مرتبطة بالاتجار أو مركز حول جنسية شخص ما باستخدام الإكراه من قبل أي شخص آخر بغض النظر عن علاقته بالصحة وفي أي محيط بما في ذلك المنزل أو العمل.^(٢٧)

ويستخدم العنف الجنسي لوصف الأفعال ذات الطابع الجنسي المفروض بالقوة والإكراه ومن قبيل ما ينجم عن الخوف من العنف والإكراه أو الاحتجاز أو الاضطهاد النفسي، أو إساءة استعمال السلطة موجه ضد أي ضحية، وكذلك استغلال البيئة القسرية وعجز الضحية عن ابداء الرضا باعتباره شكلاً من أشكال الإكراه، ويشمل العنف الجنسي (الاغتصاب ، الاستعباد الجنسي ، الإكراه على الأعمال المنافية للأخلاق والآداب ، الحمل القسري ، أو أي شكل من أشكال هذا النوع من العنف.

ونادراً ما يحصل هذا النوع من العنف بدون أعمال أخرى متصلة به فهو يشكل نمطاً من أنماط المعاملة والعنف وقد يكون مرافقاً لأعمال النزاع من خلال التهديد للآخرين أو تدمير الممتلكات ونهبها أو قد يكون من أجل ترويع السكان في المناطق التي تشهد نزاعاً وربما قد يكون ثأراً وانتقاماً من الآخرين يهدف لتدمير النسيج الاجتماعي في تلك المناطق.^(٢٨)

إن حالة الاعتداء على النساء أثناء النزاعات المسلحة وصلت إلى أرقام كبيرة وشكلت أمراً لا يمكن السكوت عنه خصوصاً في الوقت القريب، إذ شكلت الجرائم التي ارتكبتها الروس بحق اللمانيات عام ١٩٤٥م، كذلك ما قام به بعض من جنود كينيا من اغتصاب أكثر من ٢٠٠ امرأة صومالية بعد أن لجأن إليهم بسبب النزاع المسلح هناك عام ١٩٩١م، فضلاً عن جرائم خطف النساء والاتجار بهن وتشويههن، كذلك الجريمة التي ارتكبتها الصرب بحق النساء هناك إذ تم اغتصاب ما يقارب ٣٥ ألف امرأة وقعت في ١٦ معسكراً انشئ لهذا الغرض.^(٢٩)

المبحث الثاني

الحماية الدولية للنساء أثناء النزاعات المسلحة

بعد أن بينا العنف الذي يمكن أن يمس النساء بشكل خاص أثناء النزاع ، فلا بد أن نبحث عن النصوص والآليات التي اعتمدت لصون وحماية النساء من الانتهاكات الواقعة عليها لأن ذلك يشكل اعتداءً على حقوق الأفراد بشكل عام والمدنيين الذين لم يشاركوا في القتال وكذلك فإن للنساء أهمية خاصة في توفير الحماية ميزتها الاتفاقيات الدولية المعنية، ذلك تم معالجة هذا المبحث من خلال تسليط الضوء على موضوع الحماية والتي تتمثل من خلال بيان موقف اتفاقيات جنيف وخصوصاً الاتفاقية الرابعة من جريمة الاعتداء على النساء أثناء النزاع، وآلية توفير الحماية، ثم دور القضاء الدولي من جرائم الاعتداء كما أننا سنبحث في التكييف القانوني لتلك الجرائم والحماية في ظل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨م.

^{٢٧} - تعريف منظمة الصحة العالمية نقلاً عن : غلوريا غاجيولي: العنف الجنسي في النزاعات المسلحة انتهاك للقانون الدولي

الإنساني وقانون حقوق الإنسان، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد (٨٩٤) ٢٠١٤ ص ٥٠٥.

^{٢٨} - العنف الجنسي في النزاعات المسلحة، مأساة غير مرئية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، متاح على الرابط التالي

<https://www.icrc.org/ar/doc/resources/documents/>

^{٢٩} - العمارة لينده: دور مجلس الأمن الدولي في تنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني، مصدر سابق، ص ٢٧.

المطلب الأول

صور الحماية الدولية في اتفاقيات جنيف وبروتوكوليهما

اشارت الاتفاقيات الدولية المعنية بالنزاع المسلح (اتفاقيات جنيف الرابعة وبروتوكوليهما) إلى موضوع العنف ضد النساء وعالجت تلك النصوص بشكل واضح وصريح كيفية توفير الحماية الخاصة في اوقات القتال وصور تلك الحماية منطلقة من دور الدول والتزاماتها القانوني في توفير سبل عدم الاعتداء أو وقف الانتهاكات الواقعة على فئة النساء في تلك الأوقات، وذلك جاء تلك النصوص صريحة لاحتياج الى تفسير او إعطاء سلطة تقديرية للدول الأطراف في تفسير النصوص تفسيراً مختلفاً، ويمكن بيان ذلك بتفصيل النزاع المسلح الدولي والنزاع المسلح غير ذات الطابع الدولي وهذا ما سنبينه في فرعين مستقلين وكما يأتي :

الفرع الأول

حالة النزاع المسلح الدولي

من المعلوم أن اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ م تمثل تطوراً نوعياً في مجال الحماية العامة للمدنيين في النزاعات المسلحة فهي اول معاهدة دولية تعنى صراحة بالحماية دون غيرها ، ومع ذلك فقد تعرض تلك المعاهدة الى الانتقاد من بعض كتاب القانون الدولي وذلك بسبب عدم وجود معالجة تفصيلية لحماية النساء من العنف وخصوصاً العنف الجنسي اثناء النزاع المسلح وهذا ما دعا البعض الى القول :إنها لم تأخذ بالحسبان احتياجات النساء في النزاعات المسلحة: لأنها لا تحظر ولا تجرم الاعتداء الجنسي بقوة كافية فهي لاتصل إلى حد الكمال في معالجة هذه الجرائم.^(٣٠)

اشارت اتفاقية جنيف الثالثة الى " لأسرى الحرب الحق في احترام شخصيتهم القانونية وشرفهم في جميع الاحوال وإنه يجب أن تعامل النساء بكل الاعتبار الواجب لنعنهن.^(٣١) "

جاءت اتفاقية جنيف الرابعة اكثر وضوحاً اذ اشارت الى "ضرورة الحماية بصفة عامة ضد أي اعتداء على شرفهن لاسيما ضد الاغتصاب والاكراه على البغاء أي هتك لحرمتهن.^(٣٢)"

أما البروتوكول الإضافي الاول فقد عالج الموضوع من خلال نص عام لم يرد فيه تخصيص العنف الجنسي فقد أشارت المادة (١/٧٥) إلى " ويجب على كافة الأطراف احترام جميع هؤلاء الأشخاص في شخصهم وشرفهم ومعتقداتهم وشعائهم الدينية"^(٣٣)، فيما حظرت المادة (٢/٧٥) "مجموعة من الأفعال حالاً واستقبلاً في أي زمان ومكان سواء ارتكبتها معتمدون مدنيون أم عسكريون "واهمها "انتهاك الكرامة الشخصية وبوجه خاص المعاملة المهينة للإنسان والمحطة من قدره والإكراه على الدعارة وأية صورة من صور خدش الحياء ."ولا يقف الأمر عند ارتكاب الفعل بل حتى التهديد بالاعتداء وهذا ما اوضحته

^{٣٠} - نقلاً عن غلوريا غاجيولي: العنف الجنسي في النزاعات المسلحة انتهاك للقانون الدولي الانساني وقانون حقوق الانسان، مصدر سابق، ص ٥١٢.

^{٣١} - المادة (١٤) من اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بأسرى الحرب لعام ١٩٤٩.

^{٣٢} - المادة (٢/٢٧) من اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين لعام ١٩٤٩.

^{٣٣} - المادة (١/٧٥) من البروتوكول الإضافي الاول لعام ١٩٧٧.

نصوص المادة (٢/٧٥ هـ) من البروتوكول بالنص على "التهديد بارتكاب أي من الأفعال المذكورة آنفاً".^(٣٤)

جاء الانتقاد على ما يبدو لاتفاقية جنيف الرابعة والبروتوكول الإضافي الأول كونها أشارت إلى جريمة الاعتداء على شرف النساء المدنيين، إلا أنها لم تعبر عن خطورة هذه الجريمة. ويمكننا القول تعقيباً على ما ورد، أن المرحلة التي أعدت فيها اتفاقية جنيف عام ١٩٤٩ م وحتى المرحلة التي تم فيها وضع البروتوكول الإضافي الأول، كانتا محاولة القضاء على أي انتهاك تم خلال الحرب العالمية الثانية ومحاكمة مرتكبيها، إلا أن صور الانتهاكات اللاحقة، والتي وصلت إلى حد (العنف الجنسي أو الاتجار بالرقيق أو الحمل القسري أو الإبادة الجماعية) وغيرها لم تكن ضمن تصورات واضعي الاتفاقيات الأربعة أو لم تكن تلك الجرائم قد تحققت أو تكونت أو تم ارتكابها، لذلك فإن اتفاقية جنيف الثالثة أو حتى الرابعة الخاصة بالمدنيين، حين عبرت على ضرورة حماية شرف النساء المدنيين، فإن هذا اللفظ براينا يمثل مرحلة متطورة من الحماية في وقتها ويمكن الاستناد إليه اليوم في حماية النساء من العنف الجنسي، باللفظ العام على اعتبار أن لفظ الشرف لفظ عام وأية محاولة للمساس به يعد من قبيل انتهاك أحكام المعاهدة بأي صورة كانت.

الفرع الثاني

حالة النزاع المسلح غير ذات الطابع الدولي

بالنسبة للنزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي فإن موقف اتفاقيات جنيف وخصوصاً المادة الثالثة المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني أيضاً عالجت مسألة الاعتداء على المدنيين وبيان الجرائم التي تقع عليهم أثناء النزاع، ويمكن القول أن المادة الثالثة المشتركة قد أشارت إلى الجرائم التي يتعرض لها المدنيون، إذ نصت المادة (٣/أ) "الأعتداء على الحياة والسلامة البدنية وبخاصة القتل بجميع أشكاله والتشويه والمعاملة القاسية والتعذيب". كذلك نصت المادة (٣/ج) إلى "الأعداء على الكرامة الشخصية وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة".^(٣٥)

إذا أشارت إلى نصوص عامة يمكن أن تنطبق على العنف الجنسي، خصوصاً وأن هذه المادة كما وصفتها المحكمة الجنائية الدولية بأنها تعكس الاعتبارات الأساسية الإنسانية^(٣٦) التي تنطبق على كل أنواع النزاع سواء كان دولياً أم غير ذات طابع دولي.

في حين جاء النص الأكثر وضوحاً وصراحة في البروتوكول الإضافي الثاني في المادة (٢/٤) لتتضمن مفردة (الاغتصاب) بشكل صريح وواضح إذ نصت "انتهاك الكرامة الشخصية وبوجه خاص المعاملة المهينة والمحطية من قدر الإنسان والاغتصاب والإكراه على الدعارة وكل ما من شأنه خدش الحياء".^(٣٧)

^{٣٤} - المادة (٢/٧٥) من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧.

^{٣٥} - المادة (٣) المشتركة من اتفاقيات جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩.

^{٣٦} - نقلاً عن: غلوريا غاجيولي: العنف الجنسي في النزاعات المسلحة انتهاك للقانون الدولي الإنساني وقانون حقوق الإنسان،

مصدر سابق، ص ٥١٣.

^{٣٧} - المادة (٢/٤) من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧.

وبرأينا فإن ما تضمنه البروتوكول الإضافي الثاني إنما كان النص الوحيد في القانون الدولي الانساني الذي تضمن كلمة الاغتصاب باعتبارها احد صور العنف الجنسي الواقع على النساء ، وهذا يدل دلالة واضحة أن هناك معالجة حقيقية لتلك الجرائم حتى وإن كانت بصورة ضمنية او صريحة، فعدم الإشارة إلى العنف الجنسي عموماً لا يعني إعفاء مرتكبي هذا النوع من الجرائم من العقاب، بل وسوف نرى يمكن أن يكيف الفعل إلى كثير من الحالات التي تطل عقوبته وفق النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية مما لا يدع الشك، أن هناك رغبة في معاقبة الجاني حتى وإن كان النص قد أشار بصورة ضمنية إلى تجريم الفعل الواقع أثناء النزاعات المسلحة.

إن الحماية الدولية للمرأة في ظل اتفاقيات جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ م وبروتوكولاتها لعام ١٩٧٧ م لا تتفق عند العنف القائم على الجنس وحسب، بل تشمل الكثير من الإجراءات التي نصت عليها صراحة لحمايتهن من أية أعمال أخرى قد تتعرض لها النساء أثناء تلك النزاعات، فقد أشار البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الرابعة إلى ضرورة أن تكون النساء محل احترام خاص، ولا بد من توفير الحماية، وخصوصاً من الإغتصاب أو الإكراه على الدعارة أو أية صورة من صور خدش الحياء، كذلك أشار البروتوكول إلى إعطاء الأولوية القصوى لنظر قضايا أولات الأحمال وأمهات الصغار اللواتي يعتمد عليهن أطفالهن والمقبوض عليهن أو المحتجزات بسبب النزاع المسلح ، بل وأكثر من ذلك فقد أشار إلى ضرورة أن تحاول أطراف النزاع أن تتجنب قدر المستطاع إصدار حكم بإعدام أولات الأحمال أو أمهات الصغار اللواتي يعتمد عليهن أطفالهن بسبب جريمة تتعلق بالنزاع المسلح، ولا يجوز أن ينفذ حكم الإعدام على مثل هذه النسوة^(٣٨)، فالحماية المقررة في القانون الدولي الإنساني لا تقتصر على العنف بل تطل حتى الحماية الخاصة بالمرأة مراعاة لظروفها حتى إصدار القرارات والاحكام وليس فقط الاعتداءات الواقعة عليها بسبب النزاع المسلح وهذه الخصوصية تعطي للمرأة مكانة متميزة للحماية تتمتع بها إلى جانب الحماية العامة مع بقية المدنيين لخصوصية وضعها الإنساني وحالتها ومديات الانتهاك التي قد تطلها نتيجة تلك الخصوصية.

المطلب الثاني

دور القضاء الدولي للحد من الانتهاكات الواقعة على النساء

نتيجة للانتهاكات التي طالبت المدنيين عموماً والنساء على وجه خاص فيما يتعلق بالعنف الجنسي الذي طالتهن في كل من يوغسلافيا السابقة وراوندا، فقد كان للمجتمع الدولي موقفاً إيجابياً حاول من خلاله الوقوف على تلك الجرائم التي وقت أثناء النزاعات وضرورة إحالة المتهمين للعدالة الجنائية ومحاسبتهم ، ولذلك سنبحث في هذا المطلب في ثلاثة أفرع كل من المحاكم الجنائية الدولية الخاصة لكل من يوغسلافيا السابقة في الفرع الأول والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا في الفرع الثاني والمحكمة الجنائية الدولية في الفرع الثالث، وكما يأتي:

^{٣٨} - المادة (٣/٢/١/٧٦) من البروتوكول الإضافي الأول لعام ١٩٧٧

الفرع الأول

المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة

وسط التقارير الواسعة حول الانتهاكات المستمرة للقانون الدولي الإنساني، وحقوق الإنسان بشأن النزاعات التي شهدتها يوغسلافيا^{٣٩}، فقد أصدر مجلس الأمن الدولي قراره (٧٨٠) في تشرين الثاني ١٩٩٢م الذي أنشأ بموجبه لجنة خبراء وكان قرار المجلس قد أقر مبدأ المسؤولية الفردية^(٤٠)، وبالفعل تمكنت اللجنة المنشئة بموجب القرار من القيام بـ(٣٥) زيارة ميدانية تضمنت استخراج الجثث من المقابر الجماعية، وإجراء أكبر تحقيق حول جرائم الاغتصاب الجماعي، كما دونت معلومات حول المسؤولين عن التطهير العرقي والاعتصام المنظم وغيرها من الجرائم^(٤١)، وانتهى عمل اللجنة عن جمع ما يقارب (٦٥) ألف صفحة من المستندات وقاعدة المعلومات مع (٣٣٠٠) صفحة من التحليلات، ولم يكن في نية القوى الكبرى التدخل عسكرياً بل وجدوا أن إنشاء كيان دولي للتحقيق أفضل وسيلة للعدالة من خلال منحه أوسع الاختصاصات، لذلك صدر القرار(٨٠٨) في ٢٢ شباط ١٩٩٣م تعقيبا على أول تقرير للجنة الخبراء الدوليين، أشار القرار الى أن ما يحدث في يوغسلافيا، يشكل تهديدا للسلام والامن الدوليين .. كما أشار الى "ان انشاء محكمة جنائية دولية في يوغسلافيا من شأنه ان يحقق هذه الغاية، وهي إعادة السلم وصونه، وان المجلس تصرف بموجب الفصل السابع من ميثاق الامم المتحدة"^(٤٢) لتكون مختصة بالعقاب على الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف الرابعة وبروتوكوليهما، ومخالفة قوانين واعراف الحرب، كالإبادة

^{٣٩} - تتألف جمهورية يوغسلافيا السابقة من اديان وقوميات مختلفة تضم الصرب والكروات والبوسنة وغيرهم من الاقليات وكان قوام الدولة اتحاد مكون من عدة جمهوريات وهي كرواتيا وكوسوفو والبوسنة والهرسك وسلوفينيا وجبل الاسود وصربيا فضلا عن كوسوفو وفوديفودينا وقد اتحدت بقيادة (جوزيف تيتو) عام ١٩٨٠، بدأ التصدع في الاتحاد واکان في قمته حين اعلنت كل من البوسنة والهرسك استقلالها في شباط ١٩٩١ تبعتها اعلان صرب البوسنة استقلالهم فاندلعت نزاعات مسلحة داخلية ادت الى اضطهاد الاقليات الاخرى وارتيكاب مجازر بحقهم ترقى الى جرائم الابادة الجماعية وجرائم ضد الانسانية ما دعى مجلس الامن للتدخل وبعد سلسلة اجراءات اصدر المجلس قراره المرقم ٨٢٧ في ١٩٩٣ تضمن الموافقة على النظام الداخلي لمحكمة يوغسلافيا السابقة ضم ٣٤ مادة لتظهر المحكمة الى الوجود وتباشر اختصاصاتها للمزيد ينظر: زياد احمد محمد العبادي: دور المحاكم الجنائية الخاصة في تحديد جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٦، ص٥٩

^{٤٠} - فاوستو بوكار: النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة،

United Nations Audiovisual Library Of International Law

^{٤١} - سحنون زكريا عبدالمجيد: المواجهة الدولية لانتهاكات القانون الدولي الإنساني، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ط١، ٢٠١٨، ص٢٠٥.

^{٤٢} - نقلا عن د. عماد خليل ابراهيم: القانون الدولي لحقوق الانسان في ظل العولمة، منشورات الحلبي الحقوقية، مكتبة زين الحقوقية والادبية، ط١، ٢٠١٢، ص٣١٨-٣١٩.

الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية، وجرت المحاكمة في مدينة لاهاي بهولندا^(٤٣). واكتسبت المحكمة وجودها القانوني في ٢٥ حزيران عام ١٩٩٣م وتم انتخاب قضاتها في ١٥ ايلول ١٩٩٣م وبأشهر المدعي العام الذي تم تعيينه في منصبه في ١٥ ايلول ١٩٩٤م^(٤٤)، إذ تضمن النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة على عدة جرائم وهي جرائم الحرب كما اشارت اليها المادة الثانية من النظام الاساسي كالقتل العمد والتعذيب او المعاملة غير الانسانية متضمنة التجارب البيولوجية او احداث الام كبرى عمدا او ايداعات خطيرة ضد السلامة الجسدية او الصحية كذلك تشمل التخريب الشامل او الواسع للأموال وتملكها بصورة لا تبررها الضرورة العسكرية الذي ينفذ بصورة غير مشروعة اكره اسير او شخص مدنتي على الخدمة في القوات المسلحة في قوات عدو لبلاده والحرمان او تجريد الحق لأسير او مدني من المحاكمة واخذ المدنيين كرهائن.

اما المادة الرابعة من النظام الاساسي والتي تضمنت (جرائم اباداة الجنس) اذ عرفتها "اي واحد من الأفعال الآتية المرتكبة بقصد تدمير او تحطيم كليا او جزئيا جماعة قومية او عرقية او سلالية أو دينية " مثل قتل افراد من الجماعة والتسبب في احداث اذى او اضرار جسيمة او نفسية خطيرة لأعضاء الجماعة، كذلك اخضاع الجماعة بصورة مقصودة او مدبرة لشروط حياتية او معيشية من شأنها ان تحدث او تسبب تدميرا جسديا لأفراد الجماعة كليا او جزئيا ، فرض تدابير بقصد منع التوالد في الجماعة ، كذلك نقل الاطفال من جماعة الى جماعة اخرى ، كذلك اشارت الى الابادة والاتفاق على الابادة والتحرير المباشر والعلمي على الابادة والشروع في ارتكاب الابادة والمساهمة في الابادة^(٤٥).

أما المادة الخامسة من النظام الأساسي، فقد بين (الجرائم ضد الإنسانية) التي تدخل في اختصاص المحكمة والتي تشمل القتل الافناء او الابادة الاستعباد والاسترقاق والابعاد" ترحيل الاجانب غير المرغوب فيهم"، السجن والتعذيب والاعتصاب الاضطهادات على اساس قومي او سلالى او ديني والأفعال غير الإنسانية الاخرى^(٤٦). وبالنسبة للعنف ضد النساء وخصوصا العنف الجنسي والذي يشتمل على الاغتصاب من ضمن أنواعه فقد اشارت اليه المحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا الى قضية الاغتصاب فقد تحولت في رايها الى تعريف اكثر دقة وتضييق للاغتصاب من محكمة راوندا خصوصا في قضية فورونجيا.

ويرى البعض أن المحكمة وخلال حكمها في القضية لم تحد عن التعريف الذي تبنته ولم تحد عن التعريف الجذري للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا ولكنها اضافت اليه اركان أخرى لجريمة الاغتصاب فقد

^{٤٣} - د. شريف عتلم: دور اللجنة الدولية للصليب الاحمر في انماء وتطوير قواعد القانون الدولي الانساني، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠١٦، ص ٢١٧

^{٤٤} - د. عماد خليل ابراهيم: القانون الدولي لحقوق الانسان في ظل العولمة، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

^{٤٥} - المادة (٤) من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة.

^{٤٦} - المواد(٢-٤-٥) من النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، وينظر، د. احمد عبد الحميد محمد الرفاعي: النظرية العامة للمسؤولية الجنائية الدولية، مؤسسة الطوبجي للتجارة والطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٦٨-١٧٠.

تبنّت محكمة راوندا تعريف الاغتصاب بأنه: "انتهاك بدني ذو طبيعة جنسية يرتكب بحق شخص في ظروف قهرية".^(٤٧)

وبالنسبة للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، فقد اُبقت على الجزء الأول من التعريف "انتهاك بدني ذو طبيعة جنسية"، في قضية (فورونجيا) وقد اُضافت او وسعت من الجزء الثاني من التعريف اذ رأت الدائرة الابتدائية للمحكمة ان فعل الاختراق الجنسي يشكل اغتصابا "اذ صاحبه الاكراه او استخدام القوة او التهديد باستخدام القوة ضد الضحية او شخص ثالث"، وليس هذا فحسب بل جاء التوسيع للجزء الثاني من التعريف فقد وجدت عوامل اخرى تجعل الفعل غير توافقي وغير طوعي، من جانب الضحية لذلك فان المعيار الاساسي هو غياب الرضا ورات الدائرة الابتدائية انه في الواقع العملي، فان غياب الموافقة الحقيقية والصادرة بحرية او المشاركة الطوعية، قد يتجلى في وجود عوامل اخرى مختلفة، مثل القوة والتهديد باستخدام القوة او استغلال شخص عاجز عن المقاومة، وهذه العوامل ليست أركان للجريمة بل هي عوامل تدل على غياب الموافقة والرضا، وبناء على هذا الرأي، فقد ابدلت الدائرة الابتدائية في قضية (كوناراتش) الجزء الثاني من تعريف (فورونجيا) بعبارة "حيثما يحدث هذا الاختراق الجنسي دون رضا الضحية"^(٤٨)، وفي مجال قيام المسؤولية الفردية على تلك الجرائم ومنها الاغتصاب والعنف الجنسي، يرى البعض أن المحكمة أوجدت ربطا (غير مسبوق) بين (إسناد المسؤولية الجنائية الدولية) و(القصد الجنائي)، وذلك يتضح في عرض هذه الجرائم التي تختص بها المحكمة، فالقصد هو السمة المميزة لهذه الجرائم، فهي تقوم على افعال يتضح فيها الوعي أو القصد (قصد الارتكاب)، اذ لا يمكن للفرد أن يرتكب مثل تلك الأفعال دون قصد (علم وإرادة للعواقب التي يمكن ان تترتب عليها)^(٤٩). بل أن المحكمة لم تحدد النطاق الشخصي لاختصاصها اي انها لم تقصر الاتهام على بعض المجرمين مثل المحاكم العسكرية (نورمبرغ وطوكيو) بل امتد نطاقها، ليشمل كل من ينتهك القانون الدولي الإنساني بغض النظر عن انتمائه، لأي من أطراف النزاع على الرغم بالسماح للمحاكم الوطنية بالتصدي للانتهاكات الجسيمة الا أنها أقامت نوعا من الاولوية لها في مرحلة من مراحل الدعوى وهذا ما أكدته المادة التاسعة من النظام الاساسي.^(٥٠)

^{٤٧} - نقلا عن: غلوريا غاجيولي: العنف الجنسي في النزاعات المسلحة انتهاك للقانون الدولي الانساني وقانون حقوق الانسان، مصدر سابق، ص ٥٠٧.

^{٤٨} - المصدر السابق، ص ٥٠٨.

^{٤٩} - د. احمد عبدالحميد محمد الرفاعي: النظرية العامة للمسؤولية الجنائية الدولية، مصدر سابق، ص ١٧٠.

^{٥٠} - المادة (٩) من النظام الاساسي من المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة. وينظر كذلك، سحنون زكريا عبدالمجيد، المواجهة الدولية لانتهاكات القانون الدولي الانساني، مصدر سابق، ص ٢٠٨-٢٠٩.

الفرع الثاني

المحكمة الجنائية الدولية لرواندا

شكل مجلس الأمن على وفق القرار (٩٣٥) في (١٩٩٤) لجنة للتحقيق حول الانتهاكات التي وقعت في إقليم راوندا^(٥١)، وبناء على تقرير لجنة الخبراء، أصدر المجلس قراره المرقم (٩٥٥) في عام ١٩٩٤ م قراراً تم من خلاله إنشاء محكمة جنائية لمعاقبة الافراد الذين ارتكبوا جرائم ضد الانسانية وجرائم الابادة الجماعية ، ولطبيعة النزاع باعتباره غير ذات طابع دولي، فقد اختصت بالمعاقبة، وفق ما تتضمنه المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف الاربعة فضلا عن البروتوكول الإضافي الثاني، وجرت المحاكمة على إقليم دولة تنزانيا في مدينة اروشا^(٥٢)،

بموجب النظام الأساسي للمحكمة والتي تمارس اختصاصها بقرار مجلس الأمن المذكور بموجب الفصل السابع من الميثاق، لمحاكمة المسؤولين عن أعمال إبادة الأجناس، او الانتهاكات الانسانية الأخرى، وبموجب المادة الاولى فأنها تمارس سلطتها على مواطنين روانديين تثبتت مسؤوليتهم عن ارتكاب هذه الانتهاكات في أراضي " الدول المجاورة" من ١-كانون الثاني-١٩٩٤ لغاية ١٣-كانون الاول-١٩٩٤ وفقا لأحكام هذا النظام.^(٥٣)

فيما عرف النظام الأساس (جريمة ابادة الجنس) بأنه أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد القضاء كلياً أو جزئياً على جماعة وطنية، أو اثنية، أو عرقية، أو دينية، وتشمل هذه الأفعال " قتل فرد من افراد الجماعة، الحاق ضرر بدني او عقلي بالغ في افراد الجماعة، فرض تدابير من شأنها منع التوالد في الجماعة."^(٥٤)

أما (الجرائم ضد الإنسانية) فقد بينتها المادة ال(٣) من النظام الأساسي متضمنة "القتل - الإبادة- الاسترقاق- الاستبعاد- الاغتصاب وسائر الأفعال غير الانسانية."^(٥٥) فيما أشارت المادة (٢/٣) من النظام الأساس الى خضوع كل من "الابادة والتحرير المباشر والفعلية أو الشروع في ابادة الجنس او الاشتراك في إبادة الجنس ضمن نطاق هذه المحكمة."^(٥٦)

- تتكون راوندا من خليط من السكان ينتمون الى قبائل الهوتو والذين يشكلون ٨٤ بالمائة والتوتسي حوالي ١٥ بالمائة وقبائل لتو ١ بالمائة وكانت تخضع للاستعمار البلجيكي قام الصراع بين قبائل الهوتو والتوتسي منذ عام ١٩٩٠ ما أدى الى مغادرة الكثير من قبيلة التوتسي خارج راوندا وشكلوا الجبهة الوطنية الرواندية والتي قامت بعمليات ضد الحكومة الرواندية انطلاقاً من الحدود الشمالية وفي نيسان عام ١٩٩٤ تحطمت طائرة الرئيسين الرواندي والبروندي لتبدأ اعمال العنف مرة اخرى وراح ضحيتها الالاف من ضحايا التوتسي ما ادى الى تدخل مجلس الامن بتشكيل لجنة لتقص الحقائق والتي قدمت تقريرها حول ارتكاب جرائم ابادة ومنظمة لحقوق الانسان تم على اثرها اصدار مجلس الامن قراره ٩٥٥ في ١٩٩٤ لأنشاء محكمة راوندا للمزيد ينظر : زياد احمد محمد العبادي: دور المحاكم الجنائية الخاصة في تحديد جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها مصدر سابق ١٠٢-١٠٣

- د. شريف عتلم: دور اللجنة الدولية للصليب الاحمر، مصدر سابق، ص٢١٧.

- المادة (١) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا .

- المادة (٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

- المادة (٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

ويدخل ضمن اختصاص النظام الأساس أيضا ومن ثم المحكمة انتهاكات المادة (٣) المشتركة، وأبرزها "الاعتداء على الكرامة الشخصية ولاسيما المعاملة المذلة والمهينة، والاعتصاب، والدعارة القسرية، أو أي شكل من أشكال هتك العرض" (٥٧).

وبالنسبة للجرائم والانتهاكات بحق النساء وموقف المحكمة منها وخصوصا فيما يتعلق بالعنف القائم على الجنس (العنف الجنسي) نجد أن موقف المحكمة في قضية (Jan-Poul Aicayws) عرفت الدائرة الابتدائية لرواندا ان العنف الجنسي " كل فعل ذو طبيعة جنسية يرتكب ضد شخص في ظروف اكراه وفعل "فعل ذو طبيعة جنسية" يتراوح بين فعل الاعتصاب الى التلطف بألفاظ ذات إيحاءات جنسية"، إما الإكراه فان معناه واسع لا يقتصر على استخدام القوة البدنية بل يشمل "التهديد والتخويف والابتزاز او اية أشكال الإكراه الأخرى التي تستغل مشاعر الخوف واليأس" وحسب رايها فان العنف الجنسي يشمل الاعتصاب ولكنه اوسع دلالة فيه. فاكتفت المحكمة بمجرد وجود الشخص في ظل ظروف تقهره على الخضوع لإرادة الجاني وقد اصدرت المحكم حكما مشددا ضد (اكاسيو) بالاستناد إلى لائحة الاتهام التي اصدرها مكتب المدعي العام لرواندا والذي اكد فيه ارتكاب المتهم لجرائم عنف جنسي وتعذيب وقتل وأعمال ضد الإنسانية. (٥٩)

الفرع الثالث

التكييف القانوني لجرائم العنف ضد المرأة أثناء النزاعات المسلحة

يمكن إثارة التساؤل حول التكييف القانوني لجرائم العنف الجنسي، هل هي جرائم حرب أم جرائم إبادة جماعية؟

يمكن القول: إنه أثناء انعقاد المؤتمر الخاص بحماية ضحايا الحرب الذي أقيم في جنيف عام ١٩٩٣م اشار إلى بيان ان أعمال العنف الجنسي الموجه ضد النساء والاطفال يمثل انتهاكا خطيرا للقانون الدولي الإنساني، واطهرت السوابق القضائية للمحاكم الجنائية، أن الاعتصاب بصفة خاصة يرقى إلى درجة التعذيب، وعليه يمكن مقاضاة مرتكبيه بموجب الاحكام المتصلة بالانتهاكات الجسيمة ، وابرزها قضية (ديلائتش) إذ أدين بعض المتهمين الذين كانوا يتولون مسؤولية معسكر (سيليتنش) بوصفه تعذيبا وفقا للمادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا.

وفي قضية (برليتس) رأت الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة أن المعاملة غير الإنسانية بموجب نص المادة (٢/ب) من نظامها الأساس، (الانتهاكات الجسيمة) يمكن أن تشمل أي عنف جنسي يصيب السلامة البدنية والنفسية لشخص عن طريق التهديد او التخويف او استخدام القوة على

^٦ - المادة (٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا

^٧ - المادة (٢/٣) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا

^٨ - عمدة بلدة كاباسيت كان مسؤولا بصفته هذه عن جرائم قتل مايزيد عن ٢٠٠٠ شخص من جماعة التوتسي من نيسان الى حزيران ١٩٩٤ واثناء لجوء القبيلة الى مناطق اخرى تم الاعتداء على النساء وتعرضهن للعنف الجنسي وتهديدهن بالقتل والايذاء مما ولد الرعب في نفوسهن وعلى صحتهن النفسية ، للمزيد ينظر : نقلا عن قاسم حمزة ماضي : الحماية الدولية لضحايا العنف الجنسي في النزاعات المسلحة، مجلة العلوم الانسانية ، كلية التربية للعلوم الانسانية، المجلد(٢٥) العدد(٤) جامعة بابل، ص ١٣٧٣-١٣٧٤.

^٩ - المصدر السابق ص ١٣٧٣-١٣٧٤.

نحو ينطوي على اهانة او اذلال، لذلك يمكن تصنيف الاغتصاب مثلا وغيره من اشكال ألْعنف الجنسي كالدعارة القسرية او الحمل القسري او التعقيم القسري أو غيرها بوصفها جريمة "حرب".^(١٠) اما فيما يتعلق بالنزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، فان ما تتضمنه المادة الثالثة المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني لم تنص صراحة على العنف القائم على الجنس، وفي قضية (تاوتيش) تشكل انتهاكان نص المادة (٣) المشتركة ايضا جرائم حرب، كالاغتصاب وغيره من اشكال العنف والتي حظرت بموجب المادة الثالثة المشتركة ضمنا وعلى الرغم من عدم الاشارة صراحة الى أشكال العنف الجنسي في قرارات المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا .

وقد يرقى العنف الجنسي إلى (جريمة إبادة جماعية) إذا قصد منه تدمير جماعة ذات صفة معينة كالقومية أو الديانة مثلا تدميرا كليا أو جزئيا ،ومن ثم قد يندرج الاغتصاب وغيره من الافعال الواقعة على النساء ضمن أعمال الإبادة الجماعية، فقد أدين رئيس بلدية تابا في رواندا في نيسان- إلى حزيران ١٩٩٣ م بالاتهام بالإبادة الجماعية، لأنه كان يعلم ان افراد جماعة (انتراهامو) دأبوا بانتظام على جريمة اغتصاب وعنف جنسي على فتيات ونساء التوتسي، ولم يفعل شيئا لمنع هذه الجريمة، بل أمر، وحرص، وساعد، على العنف الجنسي حاله حال (اكاسيو) الذي أدين بالفعل نفسه وتم تكييفه بأنها جرائم سواء ضد الإنسانية أو جرائم إبادة جماعية موجهة لهم.^(١١)

فجرائم العنف الجنسي، يمكن ان يشكل احد عناصر جريمة إبادة ، اذا قصد منه منع جماعة معينة من الإنجاب داخل تلك الجماعة مع استخدام التهديد بالقتل أو التشويه أو غير ذلك من الوسائل ، واستهداف تلك الجماعة بهذا الفعل وتشكل كل جريمة اغتصاب جريمة حرب، اما العنف الجنسي فهو انتهاك واضح للصوصك الدولية المعنية بحقوق الإنسان.

الفرع الرابع

الحماية بموجب النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية

تدارست الأمم المتحدة فكرة إنشاء محكمة جنائية دولية بعد ان نجحت في انشاء محكمتين جنائيتين دوليتين خاصيتين الاولى خاصة بيوغسلافيا والثانية خاصة برواندا، كما بينا انفا، وبدأت الامم المتحدة بالمشروع منذ عام ١٩٩٤ ، لتعتمد نظام روما الاساسي في الأول من تموز عام ١٩٩٨م، والمحكمة الجنائية الدولية هيئة دائمة مستقلة تمارس اختصاصاتها المنوطة بها على وفق نظامها الاساسي إزاء أشد الجرائم خطورة على المجتمع الدولي ..

وما يميزها عن سابقتها من المحاكم الخاصة أن هذه المحكمة ليست محكمة خاصة اي أنها لا تختص بمحاسبة مجموعة من الاشخاص لفترة معينة وفي منطقة معينة بل هي ذات اختصاص عام تشكل كل من يرتكب افعالا تشكل جريمة تجاه المجتمع الدولي وهي تمارس كذلك سلطتها تجاه اشد الجرائم خطورة على المجتمع .

اما من حيث مركزها القانوني فهي تتمتع بالشخصية المستقلة، ولها الأهلية القانونية اللازمة لممارسة اختصاصاتها ووظائفها وتحقيق مقاصدها ولها قيامها بعملها، على النحو المنصوص عليه في النظام

^{١٠} - غلوريا غاجبولي: العنف الجنسي في النزاعات المسلحة انتهاك للقانون الدولي الانساني وقانون حقوق الانسان، مصدر

سابق، ص ٥٢٧.

^{١١} - المصدر السابق، ص 531.

الاساس في اقليم اية دولة طرف، ولها كذلك وبموجب اتفاق خاص، ان تمارس اختصاصاتها في إقليم دولة أخرى^(٦٢). اما نطاق ولايتها فهي تشمل كل من جرائم "الإبادة الجماعية"، وجرائم ضد الإنسانية، كما تشمل جرائم الحرب، وجرائم العدوان أيضا.^(٦٣)

وفيما يخص نطاق تجريم الجرائم الواقعة على النساء فقد اولى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أهمية للجرائم التي ترتكب بحق النساء، إذ عالج النظام الاساس الكثير من الجرائم وأشار إشارة صريحة إلى بعض منها ويمكن الاستدلال بما ورد في المادة (٦) من النظام الاساسي التي اشارت الى جرائم الابادة الجماعية وعرفت بانها "أي فعل من الأفعال ترتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفتها هذه اهلاكا كليا أو جزئيا"^(٦٤) " وقد بينت المادة (٧/د) بنص عام على اعتبار اباده جماعية " فرض تدابير تستهدف منع الانجاب داخل الجماعة " وهذا النص يدخل ضمن الجرائم والانتهاكات التي تقع على النساء ومن ضمنها ايضا وهي صورة من صور العنف الجنسي الذي يمارس ضدهن.

أما بالنسبة للجرائم الواردة في النظام الاساسي والتي اشار اليها بشكل واضح وصريح وهي جريمة الاغتصاب او الاستعباد الجنسي او الإكراه على البغاء، او الحمل القسري، أو التعقيم القسري أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة"^(٦٥).

والاغتصاب وقد اشرنا اليه فيما سبق في قضية (اكاسيو) بالحديث عن المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، اما الجرائم الأخرى والتي تعد شكلا من اشكال العنف الجنسي فهي الاستعباد القسري والذي يقصد منه طبقا لما نصت عليه المادة (٧/ج) " ممارسة أي من السلطات المترتبة على حق الملكية، او هذه السلطات جميعا، على شخص ما، بما في ذلك ممارسة هذه السلطات في سبيل الاتجار بالأشخاص ولاسيما النساء والأطفال".^(٦٦)

وقد اشارت اليه المحكمة الجنائية الدولية في يوغسلافيا الى الاسترقاق بوصفه الرق على اعتباره الاسترقاق او بالمعنى المقصود منه، وعلى كل حال فقد اشار النظام الاساسي في المادتين (٧/أ/ز) باعتباره جريمة ضد الانسانية والمادة (٨/أ/٢٢) باعتباره جريمة حرب اذا ارتكبت في إطار خطة أو سياسة عامة أو في اطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم.

أما الإكراه على البغاء: فلم يعرف النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية الإكراه على البغاء ولكنه يقصد منه اجبار المجني عليها على البغاء وذلك بهدف الاعتداء عليها والحط من كرامتها واهانتها في شرفها اذ يصبح الشخص محلا للاعتداء مقابل مادي ومنفعة تعود على الجاني بغض النظر عن جنسيته وجنسية المجني عليه، اما جريمة الحمل القسري فهي "إكراه المرأة على الحمل قسرا وعلى الولادة غير المشروعة بقصد التأثير في التكوين العرقي لأية مجموعة من السكان او ارتكاب انتهاكات خطيرة اخرى

^{٦٢} - المادة (٤) من النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨.

^{٦٣} - المادة (٥) من النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨.

^{٦٤} - المادة (6) من النظام الاساس للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨.

^{٦٥} - المادتان (٧/أ/ز) والمادة (٨/أ/٢٢) من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية

^{٦٦} - المادة (٧/ج) من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية ١٩٩٨

للقانون الدولي ، ولا يجوز بأي شكل من الأشكال تفسير هذا التعريف على نحو يمس القوانين الوطنية المتعلقة بالحمل.^(٦٧)

أما جريمة التعقيم القسري فهي استئصال الاعضاء البيولوجية المسؤولة عن التناسل دون ان يكون هناك ضرورة طبية ناتجة عن مرض سريري او غيره على ان يتم ذلك بدون رضا المجني عليه او ان هذا الرضا ناتج عن الخداع والتحايل وهذه الجريمة قد ترتكب بحق الرجال والنساء على حد سواء وقد ارتكبت في مجازر البوسنة والهرسك.^(٦٨)

وهذا يعني أن النص جاء على سبيل التعداد وليس الحصر ومن الممكن ظهور جرائم اخرى تدخل ضمن نطاق المادتين السابعة والثامنة من النظام ومن ثم فهذا النص يحسب لوضعي النظام في ترك الباب مفتوحا أمام جرائم لم يتم تصنيفها ضمن عنف جنسي خصوصا او جريمة من الجرائم ضد الإنسانية، او جريمة حرب بشكل عام. مع الاخذ باعتبار عدم تقادم هذه الجرائم فهي لا تسقط بمرور الزمن وفقا لاتفاقية عام ١٩٦٨ م والخاصة بـ "عدم تقادم جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية".

المطلب الثالث

دور مجلس الامن للحد من الانتهاكات الواقعة على النساء

كان لمجلس الأمن موقفا واضحا تجاه الانتهاكات التي يتعرض لها المدنيون عامة والنساء بصورة خاصة وهذا ما دفع المجلس الى اصدار قرارات تتعلق بشكل خاص بتلك الانتهاكات من أجل عدم إفلات مرتكبيها من العدالة الجنائية الدولية ، ويمكن بيان اهم القرارات بهذا الشأن وهما القرار (١٦٧٤) في ٢٠٠٦ م والقرار (١٨٢٠) عام ٢٠٠٨ م ، لخصوصيتهما فيما يتعلق بالانتهاكات الواقعة على النساء اثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير ذات الطابع الدولي، وسنبحث موقف مجلس الأمن على وفق القرارات التي اتخذها لهذا الغرض وكما يأتي:

الفرع الأول

قرار مجلس الامن ١٦٧٤ في عام ٢٠٠٦

اصدر مجلس الأمن الدولي قراره المرقم (١٦٧٤) عام ٢٠٠٦ م في الجلسة (٥٤٣٠) المعقودة في ٢٨ نيسان ٢٠٠٦ م والخاص بجناية المدنيين عموما والنساء والاطفال على وجه خاص اثناء النزاعات المسلحة وقد تضمن القرار عدد من الفقرات ذات الصلة بموضوعنا يمكن بيانها من خلال ما يأتي:
أولا: أهمية منع نشوب (الصراعات) أي النزاعات المسلحة وضرورة اتباع نهج شامل عن طريق تقرير النمو الاقتصادي واستئصال الفقر والتنمية المستدامة والمعالجة الوطنية والحكم الرشيد والديمقراطية وسيادة القانون واحترام حقوق الإنسان وحمايتها.^(٦٩)

^{٦٧} - المادة (٢/٧) من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية

^{٦٨} - نقلا عن د. رضوان الحاف، جاسم زور: دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية النساء من العنف الجنسي، مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد (١١) العدد (٣٩) السنة ٢٠٠٩، ص ١٩٦.

^{٦٩} - للمزيد ينظر الفقرة (٢) من قرار مجلس الامن ١٦٧٤

ثانيا : أشار القرار إلى الاستهداف المتعمد للمدنيين والأشخاص المشمولين بالحماية في حالات (الصراع) أي النزاع المسلح يمثل انتهاكا للقانون الدولي الانساني والتأكيد على ادانته بكل أشكاله لأي ممارسة من هذا النوع.^(٧٠)

ثالثا: أدان القرار جميع أنواع أعمال العنف والاعتداءات التي يتم ارتكابها ضد المدنيين في حالات (الصراع) أنزاع المسلح بما في ذلك الالتزامات الدولية السارية بشأن الحالات التالية (التعذيب وغيره من ضروب المعاملة المحظورة مثل: (العنف الجنسي- تجنيد الأطفال- الاتجار بالبشر....).^(٧١)

رابعا: أكد القرار على ظاهرة عدم الإفلات من العقاب باعتباره امراً أساسياً للمجتمعات التي تمر بحالة نزاع مسلح او التي تتعافى منه لتحقيق المصالحة مع الماضي، بما ارتكب فيه من اعتداءات ضد المدنيين المتضررين من النزاعات ومنع وقوعها بالمستقبل والتوجيه بان هناك مجموعة كاملة من اليات العدالة والمصالحة التي يمكن النظر بأخذها بما في ذلك المحاكم الجنائية الدولية والمختلطة ولجان التحقيق والمصالحة.^(٧٢)

خامسا: شدد القرار على واجب الدول الوفاء بالتزاماتها بهذا الشأن لوضع حد لظاهرة الإفلات من العقاب وتقديم المسؤولين عن جرائم الحرب والابادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية والانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الانساني الى العدالة.^(٧٣)

خامسا: أدان القرار جميع أعمال العنف الجنسي وغيرها من أشكال العنف المرتكبة ضد المدنيين في (الصراعات) والنزاعات المسلحة ولاسيما بحق النساء والأطفال ويتعهد بكفالة أن تطبق جميع عمليات دعم السلام كافة والتدابير الممكنة لمنع ارتكاب اعمال العنف هذه ومعالجة أثرها حيثما وقعت.^(٧٤)

سادسا: أدان القرار أشكال الاستغلال الجنسي والاعتداء والاتجار بحق النساء والأطفال على يد العسكريين او افراد الشرطة او الموظفين المدنيين المشاركين في عمليات الامم المتحدة.^(٧٥)

تعليقتنا على القرار

ربط القرار بين منع العنف والنمو الاقتصادي تحقيق النمو والحكم الرشيد وسيادة القانون وهذا الربط المنطقي بينهما هو أمر يدل على مدى ادانة المجتمع الدولي لأشكال العنف كافة سواء اثناء او بعد قيام النزاعات المسلحة ، كما أن القرار ادان العنف و اشار إلى مصطلح العنف الجنسي بشكل واضح وصريح بما يدل على اهمية هذا النوع من العنف اثناء النزاعات المسلحة وطالب الدول بالتوقف الفوري عن القيام بهذا النوع من العنف اثناء النزاعات المسلحة وفي معرض الحديث عن العنف، فقد ربط القرار في الفقرات اللاحقة، بين ارتكاب جرائم العنف وضرورة عدم إفلات الجناة من العقاب سواء بالنسبة لمسؤولة المجتمع

٧٠- الفقرة (٣) من قرار مجلس الامن ١٦٧٤

٧١ - الفقرة (٥) من القرار.

٧٢ - الفقرة (٧) من القرار.

٧٣ - الفقرة (٨) من القرار.

٧٤ - الفقرة (١٩) من القرار.

٧٥ - الفقرة (٢٠) من القرار .

الدولي أو الدول بما عليها من التزامات الوفاء بعهدتها في عدم افلات الجناة من العقاب وبين ان هناك اليات عقابية سواء المحاكم الدولية او المختلطة الكفيلة بتحقيق العدالة الدولية والاقتصاص من الجناة الذي يرتكبون جرائم تنتهك القانون الدولي الإنساني كالعنف والعنف الجنسي والاتجار بالبشر وغيرها . كذلك أشار القرار إلى (الاستغلال الجنسي) وهو ما ذكرناه سابقا بالاستعباد الجنسي والذي قد يرتكب من أشخاص عسكريين القوات المسلحة من موظفين حكوميين المشاركين في عمليات الأمم المتحدة اي عدم تمتع هؤلاء بأية حصانة فيما يتعلق بتلك الجرائم أو غيرها التي تؤدي الى انتهاك حقوق الإنسان وحرياته .

الفرع الثاني

قرار مجلس الأمن رقم ١٨٢٠

اصدر مجلس الامن قرارا ذي الرقم (١٨٢٠) في عام ٢٠٠٨ م حول إدانة العنف الجنسي باعتباره انتهاكا يقع على المدنيين عموما والنساء والفتيات بشكل خاص وقد بين القرار عدة امور مهمة يمكن الإشارة إليها وهي :

أولاً: أكد القرار على أن العنف الجنسي حين يستخدم أو يكلف باستخدامه وسيلة من وسائل الحرب لاستهداف المدنيين عمداً، او في إطار هجوم واسع النطاق أو منظم ضد سكان مدنيين،ربما يؤدي إلى توسع حالات النزاع، وقد يعوق اعادة السلام والامن الدوليين ، واكد القرار على اتخاذ الإجراءات الكفيلة لمنع قيام أعمال العنف الجنسي ، من شأنه ان يسهم اشهما كبيرا في صون السلم والامن الدوليين.^(٧٦) ثانياً: طالب القرار جميع أطراف النزاعات المسلحة بالوقوف الفوري والكامل لجميع أعمال العنف الجنسي المرتكبة ضد المدنيين .

ثالثاً: طالب القرار جميع أطراف النزاع، بأن تتخذ التدابير اللازمة لحماية المدنيين ومنهم النساء والفتيات ومنهم النساء والفتيات من العنف الجنسي، ويمكن ان تشمل تلك التدابير جملة أمور أهمها: (انفاذ الإجراءات التأديبية العسكرية المناسبة ، كذلك التشديد على مبدأ مسؤولية القيادة، وتدريب القوات على حظر جميع انواعه، وفضح الافكار التي تغذيه ، كذلك اجلاء النساء الذين يواجهون تهديدا وشيكا للتعرض للعنف الجنسي، الى مناطق امنة فضلا عن اجراءات اخرى.

رابعاً: اكد القرار على ان الاغتصاب وغيره يمكن ان يشكل جريمة حرب او جريمة ضد الإنسانية او فعلا منشأ لجريمة الابادة الجماعية، واكد القرار ضرورة استثناء جرائم "العنف الجنسي" من العفو العام، في سياسة حل النزاعات، وعلى الدول الالتزام بمقاضاة الاشخاص المسؤولين عن هذه الأعمال، لضمان تمتع ضحايا العنف الجنسي كافة ولاسيما النساء والأطفال بالحماية المتكاملة بمقتضى القانون والمساواة في فرص اللجوء للعدالة.

خامساً: طالب القرار الأمين العام للأمم المتحدة والوكالات التابعة لها وحسب الاقتضاء- من خلال جملة امور التشاور مع النساء والتنظيمات التي تقودها، لوضع أليات فعّالة وكفيلة لتوفير الحماية، بما في ذلك وعلى وجه الخصوص "العنف الجنسي" في مخيمات اللاجئين والمشردين داخليا (النازحين) .

سادساً: تشديد دور لجنة بناء السلام عند الاقتضاء- بادراج سبل معالجة العنف الجنسي المرتكب خلال النزاع او بعده فيما تسديه، من مشورة، وما تقدّمه من توصيات لاستراتيجية بناء السلام بعد النزاع،

^{٧٦} - الفقرة (1) من قرار مجلس الامن 1820

وكفالة التشاور مع المجتمع النسائي وتمثيله فعليا في تشكيلاتها الخاصة بكل بلد وذلك في إطار نهجها الأوسع تجاه القضايا المتعلقة بالعنف الجنسي.

سابعاً: طالب القرار الأمين العام للأمم المتحدة بان يقدم تقريره في ٣٠ حزيران ٢٠٠٩ يتضمن التقرير معلومات مأخوذة من مصادر من الأمم المتحدة بما في ذلك العاملون في فرقها القطرية وعميات حفظ السلام بحيث تتضمن جملة أمور عن الات النزاع التي استخدم فيها العنف على نطاق واسع او بصورة منتظمة ضد المدنيين، وتحليلاً لانتشار العنف واتجاهاته، واستراتيجيات مقترحة للتقليل من حالته التي تتعرض له النساء والفتيات ومعايير لقياس التقدم المحرز في منع العنف الجنسي والتصدي له ومعلومات عن خطته الرامية الى تسهيل جمع معلومات موضوعية ودقيقة موثقة بها في الوقت المناسب عن استخدام في حالات النزاع بطرق منها تحسين تنسيق أنشطة الأمم المتحدة في الميدان، وفي المقر، معلومات عن التدابير التي تتخذها الأطراف في النزاعات للوفاء بمسؤوليتها كما هي موصوفة في القرار ولاسيما بالكف فوراً عن أعمال العنف الجنسي واتخاذ التدابير الملائمة لحماية النساء والفتيات من كل اشكال العنف

تعليقنا على القرار

إن ما يميز هذا القرار عن سابقه او غيره من القرارات، فقد أشار الى جملة أمور مهمة تعكس مدى الاهتمام بإدانة العنف الجنسي، فقد بين القرار ارتباط وثيق بين صون السلم والامن الدوليين وتراجع معدل العنف الجنسي وهذا ما اكده القرار في الفقرة الاولى من ان العنف الجنسي واسع النطاق او المنظم يمكن ان يعوق عمليه اعادة بناء السلم والامن الدوليين وان التصدي للعنف من شأنه تحقيق السلم والامن الدوليين وهذا الربط بين العنف والسلم والامن الدوليين امر غاية في الاهمية لكونه يرحج تدخل المجتمع الدولي للتدخل مستقبلاً فيما ثبت انتهاكا خطيراً لحقوق الإنسان فيما يتعلق بأية حالت عنف جنسي ترتكب اثناء النزاع المسلح.

كما أشار القرار الى الوقف الفوري من اطراف النزاع لكل أشكال العنف الجنسي وقد بين القرار ان هناك عدداً من الإجراءات يمكن ان تؤدي الى وقف العنف كأنفاذ العقوبات العسكرية ومسؤولية القادة وغيرها من الإجراءات التي اشرنا اليها في القرار.

أهم ما اشتمل عليه القرار هو التأكيد على ان العنف الجنسي، يتضمن أشكالاً مختلفة من التصرفات ومنها الاغتصاب، على ذلك فان اعمال العنف الجنسي عموماً والاغتصاب خصوصاً يعتبران جرائم وجرائم ضد الانسانية وقد يكونون افعالاً منشئة لجريمة الإبادة الجماعية بما يؤهلها لعدم خضوعها للعفو العام مستقبلاً واعطى القرار للنساء دوراً مهماً من خلال التشاور مع الأمين العام حول إيجاد آليات فعالة كفيلة بتوفير الحماية للنساء أثناء وبعد النزاعات المسلحة وتشديد على دور لجنة بناء السلام في معالجة العنف الجنسي المرتكب فيما تقدمه من مشورة وتوصيات.

وأخيراً طالب القرار من الأمين العام تقريراً مفصلاً حول العنف ودراسة مديات انتشاره واتجاهاته وجمع المعلومات الرامية الى منع انتشاره وسبل الوقاية منه وجمع المعلومات الوثيقة والكفيلة لمنع وقوعه وغيرها من الإجراءات العملية باعتبارها اللبنة الأولى لمعرفة الآليات الفاعلة في الوقوف ضد هذه الجرائم التي تكون غير واضحة او غير معلنة نتيجة الظروف التي يمر بها الفرد أثناء النزاعات المسلحة وخصوصاً النساء وما يرافق هذا النوع من التهديد المادي والمعنوي الواقع عليهن، ما يؤكد اهتمام المجلس بهذا النوع من انواع العنف وتأثيره المباشر على المدنيين عموماً والنساء بشكل خاص

الفرع الثالث

القرار رقم ١٨٨٨

أصدر مجلس الأمن في جلسته المرقمة (٦١٩٥) والمؤرخة في ٣٠ أيلول ٢٠٠٩ قراره المرقم (١٨٨٨) والذي يتعلق بالانتهاكات التي تتعرض لها النساء أثناء النزاعات المسلحة وقد أشار القرار إلى القرارات السابقة ذات الصلة بالمرأة وقت السلم وأثناء النزاع المسلح والعمل بموجبهم كذلك بين في الفقرات الأولى والثانية منه الى نفس ما ذهب اليه المجلس في القرار (١٨٢٠) الصادر عام ٢٠٠٨ حول جرائم "العنف الجنسي" المرتكبة أثناء النزاعات المسلحة، وعلاقتها بالسلم والامن الدوليين، وكذلك طالب في الفقرة الثانية أطراف النزاع وقف الانتهاكات والعنف فورا.

ويمكن الاشارة الى (اهم) ما تضمنه القرار من فقرات تضاف إلى تعزيز معالجة الانتهاكات الواقعة على النساء في هذا القرار بما يأتي:

- ١- طلب القرار من الأمين العام للأمم المتحدة تعيين "ممثل خاص" ويتولى هذا الممثل بحسب القرار مهمة "القيادة المنسقة والاستراتيجية، والعمل بفعالية من أجل تعزيز اليات التنسيق القائمة التابعة للأمم المتحدة وبذل مساعي الدعوة لدى عدة جهات منها الحكومات، بما في ذلك الممثلون العسكريون والقضائيون ولدى جميع اطراف النزاع المسلح والمجتمع المدني ، للتصدي على مستوى المقر والمستوى القطري على حد سواء للعنف الجنسي في النزاعات المسلحة والعمل في الوقت نفسه على تعزيز التعاون بين جميع أصحاب المعنيين وتنسيق جهودهم اساسا من خلال المبادرة المشتركة بين الوكالات مبادرة الأمم المتحدة لمكافحة العنف الجنسي أثناء النزاع^(٧٧)." وشجع القرار الكيانات المشاركة في مبادرة الامم المتحدة لمكافحة العنف الجنسي في حالات النزاع وغيرها من الجهات المعنية في الامم المتحدة، على دعم عمل ممثل الخاص للأمين العام للامم لمواصلة التعاون وتبادل المعلومات ... "^(٧٨).
- ٢-حث القرار الدول على "القيام بإصلاحات قانونية شاملة، حسب الاقتضاء، وفقا لقانون من أجل تقديم مرتكبي جرائم العنف الجنسي للعدالة وضمان استنفاد الناجين ومعاملتهم معاملة كريمة من خلال الاجراءات القضائية وحمايتهم وإنصافهم لما تعرضوا له من معاناة"^(٧٩).
- ٣-حث القرار "إخضاع جميع التقارير التي تفيد بارتكاب مدنيين أو أفراد عسكريين لأعمال العنف الجنسي لتحقيق دقيق وتقديم المدعي ارتكابها له الى العدالة .."^(٨٠)
- ٤- اهاب القرار بالأمين العام للأمم المتحدة "تحديد واتخاذ التدابير الملائمة من اجل ايفاد فريق من الخبراء على وجه السرعة للوقوف على الحالات التي تشكل مصدر قلق خاص فيما يتصل بالعنف الجنسي في النزاع والعمل ومن خلال الامم المتحدة وفي الميدان وموافقة الحكومة الضيفة لمساعدة السلطات الوطنية في تعزيز سيادة القانون والاستعانة بالموارد البشرية المتاحة في الأمم المتحدة، وبالتبرعات، مع الاستفادة من الخبرة اللازمة حسب الاقتضاء في مجالات سيادة القانون والنظاميين القضائيين المدني والعسكري

^{٧٧} - ينظر الفقرة (٤) من القرار .

^{٧٨} - ينظر الفقرة (٥) من القرار .

^{٧٩} - ينظر الفقرة (٦) من القرار

^{٨٠} - ينظر الفقرة (٧) من القرار .

والوساطة والتحقيق الجنائي واصلاح قطاع الامن وحماية الشهود ومعايير المحاكمة الأدلة وتوعية الجمهور من أجل القيام بجملة أمور منها :

أ- "العمل بشكل مكثف مع المسؤولين الوطنيين والقضائين وغيرهم من الأفراد في النظامين المدني والعسكري ذي الصلة في الحكومات من أجل التصدر للإفلات من العقاب

ب- "تحديد الثغرات على صعيد الاستجابة لتحديد الثغرات على صعيد الاستجابة الوطنية وتشجيع اتباع نهج وطني شامل للتصدي للعنف الجنسي في النزاعات بوسائل منها تعزيز المحاسبة الجنائية والاستجابة للضحايا والقدرات القضائية .

ج- "تقديم توصيات ترمي الى تنسيق الجهود الرامية لتعزيز قدرات الحكومات للتصدي للعنف الجنسي

د- "العمل مع بعثة الامم المتحدة والفريق القطري والممثل الخاص للامين العام حسب الاقتضاء من اجل التنفيذ الكامل للتدابير التي ينص عليها القرار ١٨٣٠ عام ٢٠٠٨ م.^{٨١}

٥- حث القرار على إدراج مسائل العنف الجنسي في جميع جداول أعمال مفاوضات السلام التي ترعاها الأمم المتحدة، وإدراجها منذ بدء عمليات السلام في هذه الحالات، وبشكل خاص في مراحل ما قبل وقف اطلاق النار ووصول المساعدات الانسانية، واتفاقيات حقوق الانسان ووقف عمليات اطلاق النار ورصده ونزع السلاح والتسريح وإعادة الاندماج وترتيبات اصلاح قطاع الامن".^(٨٢)

٦- طلب القرار من الأمين العام تواصل تقديم التقارير السنوية الخاصة بتنفيذ القرار ١٨٢٠ الصادر عام ٢٠٠٨ م وأن يقدم تقريره في ايلول ٢٠١٠ على ان يشمل عدة أمور منها ":

- "خطة تنسيقية واستراتيجية مفصلة عن جمع المعلومات في الوقت المناسب

- معلومات مستكملة عن الجهود التي تضطلع بها مراكز الاتصال المعنية بالعنف في بعثات الامم المتحدة ن العمل عن كثب مع المنسق المقيم (منسق الشؤون الانسانية) وفريق الامم المتحدة القطري وعند الاقتضاء الممثل الخاص المذكور انفا من اجل التصدي للعنف الجنسي

- "معلومات تتعلق بأطراف النزاع التي يشتهب بشكل جدي فإنها ترتكب على نحو منظم اعمال الاغتصاب او غير ذلك من اشكال العنف الجنسي ".^(٨٣)

تعليقنا على القرار

الملاحظ أن القرار ١٨٨٨ كان خاصا أيضا بمناهضة العنف الجنسي ضد النساء اثناء النزاعات المسلحة وهو استكمال للقرارات السابقة المعنية بالأمر ذاته ولكن الجديد في هذا القرار تعيين ممثل خاص للأمين العام للأمم المتحدة من اجل العمل والتنسيق مع الحكومات الوطنية والقادة الامنيين والمدنيين والعسكريين من اجل التوصل الى دراسة حالات العنف الجنسي ضد الفتيات والنساء واستكمال الجهود للتنسيق مع اصحاب المصلحة في ذلك ، كذلك فالقرار اكد على إجراء اصلاحات وطنية قانونية وقضائية من اجل تقديم مرتكبي الجرائم المتعلقة بالعنف الجنسي الى العدالة ومقاضاتهم خشية افلاتهم من العقاب والمعلوم ان الاصلاحات الوطنية تشمل تعديل أو إلغاء أو تشريع قوانين تتلائم مع القانون الدولي وموقفه من تلك الجرائم اما الإصلاحات القضائية فهي تشديد الاجراءات واستحداث محاكم خاصة لهذا الغرض.

^{٨١} - الفقرة (٨) من القرار

^{٨٢} - الفقرة (١٧) من القرار .

^{٨٣} - الفقرة (٢٧) من القرار .

وكذلك الطلب للأمين العام تقديم تقارير سنوية تتضمن خطة تنسيقية عن الجرائم ومعلومات تفصيلية عن الجرائم وعن أطراف النزاع التي يشتبه بشكل جدي انها ارتكبت جرائم العنف ضد النساء والفتيات.

الفرع الرابع

القرار ١٩٦٠

أصدر مجلس الأمن قراره المرقم ١٨٦٠ عام ٢٠١٩م في جلسته المنعقدة رقم ٦٤٥٣ المعقودة في ١٦ كانون الاول ٢٠١٠ وقد كان لهذا القرار أهمية أيضا في معالجة قضايا العنف ضد النساء والفتيات اثناء النزاعات المسلحة وهو استمرار لنهج المجلس في اصدار قراراته السابقة بهذا الشأن، وقد تضمن القرار اهم النقاط التي يمكن الاشارة إليها في هذا المجال وهي

- ١- شجع القرار الامين العام للأمم المتحدة تقديم التقارير السنوية عملا بالقرار ١٨٢٠ والقرار ١٨٨٨ عبر معلومات عن اطراف النزاع التي يوجد فيها من الأسباب ما يكفي للاستشهاد في ارتكاب الاغتصاب وغيرها من أعمال العنف الجنسي.^(٨٤)
- ٢- أهاب القرار أطراف النزاع تنفيذ التزامات محددة لمكافحة العنف الجنسي تكون ذات أمر محدودٍ وصادر اوامر حسب التسلسلات القيادية.^(٨٥)
- ٣- طالب القرار الامين العام أن ينشئ مع مراعاة خصوصية كل بلد ترتيبات للرصد والتحليل بشأن العنف الجنسي في النزاعات بما في ذلك الاقتصاص وما بعد عد النزاعات، وشجع القرار الامين العام مع الجهات الفاعلة في المنظمة والمؤسسات الوطنية ومنظمات المجتمع المدني والرعايا الصحية والجماعة النسائية فيما يتعلق بتحليل إنماط الاغتصاب، وغيرها من أشكال العنف الجنسي لاتخاذ الإجراءات المناسبة من المجلس في التدابير محددة الهدف.^(٨٦)
- ٤- شجع الدول على نشر عدد أكبر من القوات المسلحة وأفراد الشرطة الإناث في عمليات حفظ السلام والتدريب لمكافحة العنف الجنسي..^(٨٧)
- ٥- طلب القرار من الأمين العام للأمم المتحدة تقديم تقاريره السنوية التي تحتوي على جملة امور منها:

- خطة مستفيضة واستراتيجية مفصلة عن المعلومات.
- ومعلومات عن التقدم المحرز في تنفيذ ترتيبات الرصد.
- معلومات عن أطراف النزاع .
- معلومات عن جهود مراكز الاتصال المعنية بالعنف الجنسي.^(٨٨)

تعليقتنا على القرار

^{٨٤} - الفقرة (٣) من القرار ١٩٦٠

^{٨٥} - الفقرة (٥) من القرار ١٩٦٠

^{٨٦} - الفقرة (٨) من القرار ١٩٦٠

^{٨٧} - الفقرة (١٥) من القرار ١٩٦٠

^{٨٨} - الفقرة (١٨) من القرار ١٩٦٠

- جاء القرار منسجماً مع القرارات السابقة المعنية بحقوق النساء وعدم التعرض لهن بالعنف بأنواعه كافة وخصوصاً العنف الجنسي، والجديد الذي جاء به القرار ١٩٦٠ في عام ٢٠١٠ م يكمن في إنشاء ترتيبات خاصة لتحليل ورصد العنف الجنسي والاغتصاب من ضمنها وحسب خصوصية كل بلد وتكمن أهمية هذه التحليلات والبيانات في التوصل إلى أرقام دقيقة وحقيقية عن انتهاكات حقوق النساء في المناطق التي شهدت عنفاً ضدّهم أثناء النزاعات المسلحة كذلك تميز هذا القرار بالطلب لا نشاء ونشر قوات عسكرية من الجيش وافراد الشرطة من الإناث وهذا التطور الجديد للقرار إنما يمكن في مكافحة العنف الجنسي ويعد تجنيد الإناث ضمن عمليات حفظ السلام أحد الآليات الناجعة للتخلص من العنف.

الفرع الخامس

القرار ٢١٠٦

أصدر مجلس الأمن الدولي قراره المرقم ٢١٠٦ في جلسته المعقودة رقم ٦٩٨٤ في ٢٤ حزيران ٢٠١٣ م اتساقاً مع القرارات السابقة المشار إليها خاصة فيما يتعلق بانتهاكات العنف الجنسي ضد النساء، وقد أشار القرار إلى جملة فقرات يمكن بيان أهمها في هذا المجال وهي:

١- اعتبار أعمال العنف الجنسي "جرائم ضد الإنسانية" وقد تكون فعلاً منشأً لجرائم الإبادة الجماعية وإن الاغتصاب وغيره من أشكال العنف تعد جرائم حرب، ودعا الدول إلى الامتثال لالتزاماتها ذات الصلة بمواصلة مكافحته، ومكافحة الإفلات من العقاب عبر التحقيق مع الأشخاص الخاضعين لولاياتها المسؤولين عن ارتكاب الجرائم والتشجيع على إدراج النطاق الكامل لجرائم العنف الجنسي لإتاحة محاكمة مرتكبي هذه الأفعال.^(٨٩)

٢- لاحظ القرار أن مكافحة الإفلات من العقاب على أخطر الجرائم التي تحظى بالاهتمام الدولي التي تركبت، ما فتئت من خلال عمل المحكمة الدولية والمحاكم الخاصة، والمختلطة- والدوائر المختصة في المحاكم الوطنية.^(٩٠)

٣- يقر القرار بضرورة الحصول على المزيد من المعلومات الموضوعية والدقيقة الموثوق بها والمناسبة التوقيت كأساس لمنع العنف الجنسي والتصدي له، ويطالب الأمين العام للأمم المتحدة والكيانات الفاعلة التابعة للأمم المتحدة الأخرى تنفيذ ترتيبات الرصد والتحليل والإبلاغ، بشأن العنف الجنسي.

٤- "يطلب إلى الأمين العام وإلى كيانات الأمم المتحدة ذات الصلة تقديم المساعدة إلى السلطات الوطنية، بمشاركة فعالة من جانب المرأة، للتصدي لشواغل العنف الجنسي صراحة في ما يلي:"

١- عمليات نزع السلاح والتسريح وإعادة الاندماج، عبر القيام، في جملة أمور، بإنشاء آليات لتوفير الحماية للنساء والأطفال في مواقع الإيواء المؤقت وللمدنيين بالقرب من مواقع الإيواء المؤقت وفي مجتمعات العائدين ومن خلال تقديم الدعم فيما يتعلق بالصدمات

^{٨٩} - الفقرة (٢) من القرار ٢١٠٦

^{٩٠} - الفقرة (٦) من القرار ٢١٠٦

وإعادة الإدماج إلى النساء والأطفال ممن كانوا مرتبطين فيما سبق بالمجموعات المسلحة وإلى المقاتلين أسابقيين"

٢- "العمليات والترتيبات المتعلقة بإصلاح قطاع الأمن، بما في ذلك من خلال توفير تدريب مناسب لموظفي الأمن، وتشجيع إدماج المزيد من النساء في قطاع الأمن وإجراء تحريات فعالة بهدف استبعاد الأشخاص الذين ارتكبوا أعمال عنف جنسي أو كانوا مسؤولين عنها من قطاع الأمن".

٣- المبادرات المتعلقة بإصلاح قطاع العدل، بما في ذلك من خلال الإصلاحات في مجال التشريعات والسياسات العامة التي تتصدى للعنف الجنسي؛ والتدريب في مجال العنف الجنسي للعاملين في قطاعي العدل والأمن، وإندماج المزيد من النساء على المستويات المهنية في هذين القطاعين؛ والإجراءات القضائية التي تراعي الاحتياجات المتميزة للشهود وضحايا العنف الجنسي، في النزاع المسلح وما بعد انتهاء النزاعات وأفراد أسرهم، ومسألة حمايتهم..^(٩١)"

٤- يقر القرار بان النساء اللاتي تم اختطافهن وإحاقهن عنوة بالقوات المسلحة والأطفال كذلك أكثر عرضة للعنف الجنسي في حالات النزاع المسلح وما بعد انتهاء النزاع.^(٩٢)

٥- يسلم القرار بأهمية تقديم المساعدة في الوقت المناسب ألى ضحايا العنف الجنسي ويحث كيانات الأمم المتحدة واللجان الطبية تقديم الخدمات الصحية الشاملة على نحو غير تمييزي بما في ذلك "الدعم في مجال الصحة الجنسية والنفسية والدعم النفسي والاجتماعي والقانوني ودعم سبل كسب العيش وغير ذلك من الخدمات المتعددة القطاعات للضحايا مع مراعاة الاحتياجات الخاصة للأشخاص ذوي الإعاقة ، ويدعو لدعم المؤسسات الوطنية وشبكات المجتمع المدني المحلية ، لزيادة الموارد وتعزيز القدرات على تقديم الخدمات المذكورة أعلاه الى ضحايا العنف الجنسي ، ويشجع الدول والجهات المانحة على تقديم الدعم للبرامج الوطنية والدولية التي تقدم المساعدة ألى ضحايا العنف الجنسي من قبيل الصندوق الاستئماني للضحايا المنشأ وشركائه التنفيذيين .^(٩٣)"

بناءً على القرار الذي اصدره الامين العام للأمم المتحدة الذي طالبه بتقديم تقرير سنوي تطبيقاً للقرارات (١٨٢٠) في عام ٢٠٠٨ م والقرار (١٨٨٨) لعام ٢٠٠٩، والقرار (١٩٦٠) عام ٢٠١٠، وقد ادت التطورات التي حدثت في تلك الفترة الى زيادة العنف والتطرف والنزوح الجماعي ما اثار الانتباه الى المخاطر النامية من الاتجار بالبشر، لأغراض تتعلق بالعنف الجنسي، الذي يقع على النساء الذي شهد ارقاما كبيرة وخطيرة غطى التقرير ١٩ دولة منها العراق وقد بينا امثلة على بعض الدول لدراسة حالة العنف الجنسي، ففي افغانستان فإن قلة الابلاغ عن حالات العنف الجنسي في افغانستان تحققت بعثة الامم المتحدة لتقديم المساعدة الى افغانستان من (١١) حالة تتعلق به، ارتكبت ضد نساء وفتيات ولم تتم الإدانة الا لحالتين فقط ، اما في افريقيا الوسطى فقد كان الضحايا يتعرضون له في منازلهم ، او الاسواق او حتى للنساء العاملات في التجارة او الزراعة او داخل المخيمات ارتكبت جماعة انتلاف سيليكما السابق

^{٩١} - الفقرة (١٦) من القرار

^{٩٢} - الفقرة (١٧) من القرار

^{٩٣} - الفقرة (١٩) من القرار

وجماعة الثورة والعدالة وميليشيات انتي بلاي ١٤ حالة من حالات العنف الجنسي ضد نساء تتراوح اعمارهن بين ١٤ - ٤٠ عام بلغت ١٦٨٥ حالة ، اذ افادت النساء ان جماعة سيليكسا السابقة يستخدمون العنف الجنسي لزعة المجتمع وللحط من شان المرأة .

اما في كولومبيا فيشير الأمين العام للأمم المتحدة الى أن الحكومة الكولومبية اصدر القانون ١٧١٩ المتعلق بإمكانية لجوء ضحايا العنف الجنسي للقضاء وقد صدرت عدة اوامر قضائية عن المحكمة الدستورية هناك وقد اعتمد مكتب المدير العام بروتوكولا للتحقيق في جرائم العنف الجنسي التي بلغت ما يقارب ٦٣٤ حالة أو قضية عنف لم يتم ادانة اكثر من ٢% فيما قامت الأمم المتحدة بتوثيق (٧٩) حالة عنف جنسي خلال عمليات متفرقة قامت بها جماعات مسلحة مثل: البغاء القسري والزواج القسري والاسترقاق وكذلك التعذيب.

أما في الكونغو فيؤكد الأمين العام للأمم المتحدة ان هناك (١٤) حالة تحققت البعثة من (٥١٤) حالة عنف متصل بالنزاعات المسلحة، إذ بلغ عدد الضحايا (٣٤٠) امرأة و(١٧٠) فتاة ، وثلاثة رجال وطفل كذلك أبلغ صندوق الأمم المتحدة للسكان عن (٢٥٩٣) حالة ، ومعظم الجناة ينتمون الى الجماعات المسلحة من غير الدول مسؤولين عن ٦٨% من عمليات العنف ضد النساء هناك، كما قامت البعثة بإنقاذ ٤٠ فتاة من أيدي الجماعات المسلحة اكدن انهن تعرضن للاغتصاب والاسترقاق والزواج القسري وغيره من اشكال العنف الجنسي.

أما في العراق فقد شهد كيان داعش الارهابي بالاعتداء على النساء الإيزيديات وتم إنقاذ ما يقارب ٩٧١ امرأة تعرضن للعنف القسري، ولا تزال ١٨٨٢ امرأة مستبعدة من الاراضي التي كانت تسكنها كما قام كيان داعش الارهابي فضلا عن الاغتصاب، والاسترقاق، والاتجار بالنساء، والزواج القسري، والاكراه على البغاء، بنقل عدد من النساء الى مدينة الرقة السورية وفي ٢٣ ايلول ٢٠١٧ وقعت الامم المتحدة مع الحكومة العراقية بياناً مشتركاً يدين العنف الجنسي المتصل بالنزاعات والتصدي له، ويتضمن ست مجالات (الإصلاح التشريعي- والمساءلة والخدمات- جبر الضرر- اشراك القيادات الدينية والقبلية والمجتمع المدني والجماعات النسائية ودمج الاعتبارات الجنسية في تدابير مكافحة الارهاب والتوعية).

أما في ليبيا والتي تشهد نزاعات مسلحة ايضا فقد سجلت مفوضية الامم المتحدة لشؤون اللاجئين (١٦٢٨٩٥) حالة كثيرة منهن تعرضن للعنف الجنسي أثناء رحلتهم كذلك فإنهن تعرضن للاعتداء من جماعات مسلحة.

وفي ماينمار فقد سجلت الامم المتحدة حالات الاعتداء على الروهينغا (الاقلية المسلمة) وحالات العنف الجنسي عليهن بلغت ٦٦ الف شخص اكثر من ٥٠% من النساء تعرضن للاغتصاب والذي مورس بشكل منهجي ضدنهن لإذلال وترويع وإخضاع المجتمع.^(٩٤)

الخاتمة:

من خلال البحث يمكن التوصل إلى عدة نتائج وتوصيات تتعلق بالموضوع محل البحث.
أولا الاستنتاجات:

^{٩٤} - للمزيد حول الانتهاكات يمكن الاطلاع على التقرير الذي قدمه الامين العام للأمم المتحدة حول العنف الجنسي للفترة بين كانون الثاني حتى كانون الاول ٢٠١٦ تطبيقاً للقرار ٢١٠٧ الصادر عام ٢٠١٣ من مجلس الامن.

- ١- وإن اتفاقيات جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ م تتضمن حماية عامة للمدنيين، وقد ميز القانون الدولي الإنساني بوضع حماية خاصة للنساء والأطفال وكبار السن وذوي الاحتياجات الخاصة بما يتناسب وحالتهم اثناء تلك النزاعات.
- ٢- تتعرض النساء في النزاعات المسلحة الى صنوف شتى من الانتهاكات سواء كانت عامة كالقتل والتعذيب واخذ الرهائن والتشويه والخطف وغيرها وكذلك انتهاكات خاصة كالعنف الجنسي والاغتصاب والإكراه على البغاء والحمل القسري وغيرها .
- ٣- ان موقف القانون الدولي الانساني كان وما يزال ضد الانتهاكات وصورها مما اعطى صورة ايجابية عن محاسبة المتهمين وعدم الافلات من العقاب .
- ٤- كان للأمم المتحدة الدور الإيجابي في التصدي لتلك الانتهاكات من خلال إنشاء محاكم جنائية خاصة كما في يوغسلافيا ورواندا على الرغم من خلو نظامها الاساس من أركان جرائم العنف الإ أنها خطوة ايجابية للاقتصاص، كذلك انشاء المحكمة الجنائية الدولية لتكون الكلمة الفصل للقضاء الدولي في الاقتصاص من الجناة ومحاسبتهم بعد أن تم تصنيف تلك الانتهاكات بانها جريمة حرب وجرائم ضد الانسانية وقد ترقى الجريمة إبادة جماعية وقد اصدر القضاء الدولي كما رأينا احكاما لأشخاص ارتكبوا جرائم بحق المدنيين ومنهم النساء اثناء النزاعات المسلحة.
- ٥- عزز مجلس الأمن الدولي من موقف القضاء الدولي من خلال إصدار قرارات تتعلق بالموضوع ذات الصلة كالقرار ١٦٧٤ عام ٢٠٠٦ والقرار ١٨٢٠ عام ٢٠٠٨. والقرار ١٨٨٨ كذلك القرار ١٩٦٠ والقرار ٢١٠٦ وتقرير الامين العام للأمم المتحدة بناءً على تلك القرارات لدراسة حال الدول المعنية .
- ٦- كان لتشكل المحاكم الخاصة في يوغسلافيا ورواندا اثرهما في تحديد الجريمة الدولية من الناحية الموضوعية وقد ساهمتا للحد في ارتكاب الجرائم ضد الانسانية او الابادة وخصوصا ضد النساء حتى تاسيس المحكمة الجنائية الدولية عام ١٩٩٨م.

ثانياً: المقترحات:

يمكن التوصل الى عدة توصيات خلال البحث وهي :

- ١- إن النساء والأطفال وغيرهم من كبار السن او ذوي الاعاقة الطرف الأضعف في النزاعات فضلا عن ذلك فهي حالة قد تكون بعيدة عن الاشارة اليها بسبب تلك النزاعات فضلا عن عملية التهديد باستخدام القوة المادية والمعنوية ضد الضحية.
- ٢- ضرورة ان يكون هناك تشريع دولي (اتفاقية خاصة) لحماية حقوق النساء اثناء النزاعات المسلحة وخصوصا جرائم العنف العامة ومنها العنف الجنسي التي تطالهن بما يعطي الية قانونية لا نفاذ نصوصه على الواقع.
- ٣- على الدول العمل بما تضمنه قرار مجلس الامن ذي الرقم ١٨٢٠ في عام ٢٠٠٨ م خصوصا فيما يتعلق بالجرائم المتصلة بالعنف الجنسي، واعتبارها من الجرائم التي لا تخضع للعفو العام وضرورة الاقتصاص من مرتكبيها دون ان يكون هناك اية قصور في التشريعات او آليات التطبيق والانفاذ تؤدي الى الإفلات من العقاب او صورة المحاكمة او عدم محاكمتهم
- ٤- رفع اية حصانة عن القوات المسلحة للدول يساهم في محاسبة والاقتصاص منهم ما يؤدي الى تطبيق سليم للعدالة الدولية.

٥- قيام الدول بإصلاح تشريعي وقضائي شامل يمكن من خلاله الحكومات من محاكمة الجناة وعدم الإفلات من العقاب، بما يضمن تحقيق العدالة للضحايا من آثار الجرائم المرتكبة بحقهم.

المصادر

أولاً : الكتب

- ١- د. احمد ابو الوفا: القانون الدولي الانساني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
- ٢- د. احمد عبد الحميد محمد الرفاعي: النظرية العامة للمسؤولية الجنائية الدولية، مؤسسة الطوبجي للتجارة والطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٥
- ٣- سحنون زكريا عبدالمجيد: المواجهة الدولية لانتهاكات القانون الدولي الانساني، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية، ط١، ٢٠١٨ .
- ٤- د. شاري خالد معروف: مسؤولية الدول عن الاضرار اثناء النزاعات المسلحة (دراسة تحليلية)، دار الكتب القانونية ، دار شتات، مصر ، الامارات العربية ، ٢٠١٧ .
- ٥- د. شريف عتلم: مدلول القانون الدولي الانساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه، محرر ، محاضرات في القانون الدولي الانساني، تحرير شريف عتلم ، اللجنة الدولية للصليب الاحمر، القاهرة، ٢٠٠١ .
- ٦- د. شريف عتلم: دور اللجنة الدولية للصليب الاحمر في انماء وتطوير قواعد القانون الدولي الانساني، اللجنة الدولية للصليب الاحمر ، ٢٠١٦ .
- ٧- د. علي زعلان نعمة واخرون: القانون الدولي الانساني ، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية ، العراق، ٢٠١٨ .
- ٨- عماد خليل ابراهيم: القانون الدولي لحقوق الانسان في ظل العولمة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، مكتبة زين الحقوقية والادبية، ط١، ٢٠١٢ .

ثانياً رسائل الماجستير

- ١- زياد احمد محمد العبادي: دور المحاكم الجنائية الخاصة في تحديد جريمة الابادة الجماعية والمعاقبة عليها، رسالة ماجستير مقدمة لمجلس كلية القانون جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٦،
- ٢- لعامرة لينده: دور مجلس الامن الدولي في تنفيذ القانون الدولي الانساني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١٢

ثالثا: البحوث

- ١- د. شريف عتلم: مدلول القانون الدولي الانساني وتطوره التاريخي ومجال تطبيقه ، بحث منشور ضمن كتاب محاضرات في القانون الدولي الانساني ،اللجنة الدولية للصليب الاحمر ،القاهرة ٢٠٠١.
- ٢- د. رضوان الحاف، جاسم زور: دور المحكمة الجنائية الدولية في حماية النساء من العنف الجنسي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١١) العدد(٣٩) السنة ٢٠٠٩.
- ٣- غلوريا غاجيولي: العنف الجنسي في النزاعات المسلحة انتهاك للقانون الدولي الانساني وقانون حقوق الانسان، المجلة الدولية للصليب الاحمر، العدد (٨٩٤) ٢٠١٤.
- ٤- قاسم حمزة ماضي : الحماية الدولية لضحايا العنف الجنسي في النزاعات المسلحة، مجلة العلوم الانسانية ، كلية التربية للعلوم الانسانية، المجلد(٢٥) العدد(٤) جامعة بابل ٢٠١٨.
- ٥- د. محمد يونس الصائغ، وسام نعمت السعدي: الصراعات المسلحة واثرها على حقوق الانسان، مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية ، المجلد(١٤) العدد(٧) ٢٠٠٧.
- ٦- يلينا بيجتش: نطاق الحماية الذي توفره المادة الثالثة المشتركة ، مقال مختار حول القانون لدول الانسان ، مجلة الصليب الاحمر، المجلد (٩٣) العدد(٨٨١) ٢٠١١.

رابعا: الاتفاقيات الدولية

- ١- اتفاقية جنيف الثالثة الخاصة بأسرى الحرب لعام ١٩٤٩.
- ٢- اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية المدنيين لعام ١٩٤٩.
- ٣- البروتوكول الاضافي الاول لعام ١٩٧٧.
- ٤- البروتوكول الاضافي الثاني لعام ١٩٧٧.
- ٥- النظام الاساسي من المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة.
- ٦- النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا.
- ٧- النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية ١٩٩٨

خامسا: الاعلانات والتقارير

- ١- إعلان بشأن القضاء على العنف ضد المرأة اعتمد من الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها ١٠٤/٤٨/٤٨ المؤرخ في ٢٠ كانون الاول ١٩٩٣.
- ٢- التقرير العالمي حول العنف والصحة **World Report on violence and health** ، منظمة الصحة العالمية ،جنيف، المكتب الاقليمي لشرق المتوسط ، القاهرة ، ٢٠٠٢.
- ٣- التقرير الذي قدمه الامين العام للأمم المتحدة حول العنف الجنسي للفترة بين كانون الثاني حتى كانون الاول ٢٠١٧ تطبيقا للقرار ٢١٠٦ الصادر عام ٢٠١٣ من مجلس الامن.

سادسا: مقالات الانترنت .

١- العنف الجنسي في النزاعات المسلحة، مأساة غير مرئية، اللجنة الدولية للصليب الاحمر، متاح على الرابط التالي

<https://www.icrc.org/ar/doc/resources/documents/>

٢- فاوستو بوكار: النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة. United Nations Audiovisual Library Of International Law سابعا: مواقع الانترنت

١- موقع الامم المتحدة www.Un.org

٢- موقع اللجنة الدولية للصليب الاحمر www.icrc.org

٣- موقع منظمة الصحة العالمية <https://www.who.int/ar>



The Internationalization system and its impact on the principle of state sovereignty

Dr. Muhammad Younis Al-Sayegh

Professor

College of Law- University of Mosul- Mosul- Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 2 Sept,2023
Accepted: 21 Oct., 2023
Available online: 31 Dec., 2023

PP. 315-342

© THIS IS AN OPEN ACCESS
ARTICLE UNDER THE CC BY LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

Dr: Muhammad Younis Al-Sayegh

College of Law - Mosul University -
Mosul – Iraq

Email: mhys2008@yahoo.com

Abstract

The concept of internationalization is considered one of the concepts that are related to international relations. It is considered one of the concepts and has been used in many studies and research with an Anglo-Saxon dimension, while it is not a concept commonly used in contemporary Arab research. Internationalization may take place in the territory of a state, as was the case in the territories that were internationalized in the period after the First and Second World Wars. It can be said that there are strategic considerations desired by two states and various disputes on the borders resulting from historical national or cultural sentiments, the combination of which led to the emergence of the idea of internationalization in Twentieth century,

The internationalization system is one of the systems that restricts sovereignty and detracts from it in order to achieve common international interests and thus paves the way for the management of those interests to international bodies that participate with the state in exercising aspects of sovereignty, as is the case with the administration body of the internationalized territory, as this body consists of a number of agencies and institutions whose legal structure is And its contents are in order to regulate relations between the states composing this international body or between them and the new international body. The most important of these bodies is a legislative body, an executive council, and an international judiciary), and thus the public body that administers the regions enjoys international personality and exercises sovereignty over the regions.

Human rights rules have a significant impact in demonstrating the importance of the phenomenon of internationalization by protecting human rights at the internal and external levels, as a result of the phenomenon of internationalization.

Internationalization also has different effects on the public authorities in the country, and human rights have the greatest impact in addition to the economic effects.

Keywords: *internationalization system, sovereignty, legal basis*



نظام التدويل واثره على مبدأ سيادة الدول



الدكتور محمد يونس يحيى الصانغ

استاذ

كلية الحقوق – جامعة الموصل – الموصل – العراق

المستخلص

بعد مفهوم التدويل من المفاهيم التي ترتبط بالعلاقات الدولية ، ويستعمل في العديد من الدراسات والبحوث ذات البعد الانجلو سكسوني ، في حين أنه مفهوم غير متداول في البحوث العربية المعاصرة ويرجع تاريخ مفهوم التدويل إلى الدراسات الاجتماعية للقرن التاسع عشر حينما كانت الدعوات العالمية تهدف إلى إقامة التنظيم الدولي ، وقد تكرر هذا المفهوم أيضا في الفكر الألماني حينما سعى إلى إقامة ترابط دولي ينظم العالم قبل الحروب العالمية ، وكان من نتائج هذا المفهوم إنشاء عصبة الأمم ثم الأمم المتحدة فيما بعد.

إن التدويل يتم بموجب معاهدة أو قرار دولي فيذهب جانب من الفقه إلى أن الأساس القانوني للتدويل يكمن في المعاهدة (نظامه الإتفاقي) المنشئ لكيان دولي جديد والمفتوح لانضمامه جميع أعضاء الأسرة الدولية ذات المصالح المشتركة، أي أن الأساس القانوني لنظام التدويل هو معاهدة دولية، وبالتالي فإنها تخضع لأحكام قانون المعاهدات ، ومن المعروف حسب القانون الدولي المعاصر، أن المعاهدات الشارعة لا تتقيد بمبدأ نسبية الأثر الملزم في المعاهدات وأن أحكامها تعتبر تشريعات دولية ملزمة حتى لغير أطرافها، لأنها تتعلق بشأن دولي يهم المجتمع الدولي بأسره، وهو ما تم التأكيد عليه في المواثيق الدولية صراحة ميثاق الأمم المتحدة ومواثيق حقوق الإنسان ويترتب على ذلك أن النظام الوطني لكل دولة صار يستمد شرعية من نظام أعلى هو النظام الدولي، وأن ما جرى تسميته بمظاهر سيادة الدولة عبارة عن اختصاصات تمارسها الدولة تطبيقاً لقواعد القانون الدولي، والقانون الوطني، وأن القانون الأول يفرض هيمنته على القانون الأخير.

قد يكون التدويل محله إقليم دولة كما كان هو الحال في الاقاليم التي دلت في الفترة بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية، ويمكن القول إن هناك اعتبارات استراتيجية ترغب فيها دولتان ومنازعات مختلفة على الحدود ناجمة عن عواطف قومية أو ثقافية تاريخية أدى مجموعها إلى ظهور فكرة التدويل في القرن العشرين.

وبعد نظام التدويل من الأنظمة التي تقيد السيادة وتنتقص منها تحقيقاً لمصالح دولية مشتركة، ومن ثم يمهّد إدارة تلك المصالح إلى هيئات دولية تشارك الدولة في ممارسة مظاهر السيادة، كما هو الحال بالنسبة لهيئة إدارة الإقليم المدول حيث تتكون هذه الهيئة من جملة من الأجهزة والمؤسسات التي تكون بنيتها القانونية ومحتوياتها من أجل تنظيم العلاقات فيما بين الدول المكونة لهذه الهيئة الدولية أو بينها وبين الهيئة الدولية الجديدة ومن أهم هذه الأجهزة جهاز تشريعي، ومجلس تنفيذي، وقضاء دولي) ، وبالتالي تتمتع الهيئة العامة التي تتولى إدارة الأقاليم بالشخصية الدولية وتمارس السيادة على الأقاليم^(١).

بالرغم من تمتع السيادة كمفهوم بالعديد من الخصائص التي تجعل منها سيادة واحدة، وغير قابلة للتجزئة ولا تخضع للتقادم ودائمة وتتمتع بالصلاحية إلا أنها أمام تطور المجتمع الدولي، وكذا مجريات الحياة الدولية فقدت السيادة صلاحيتها، خاصة بعد وضع ميثاق الأمم المتحدة لاسيما مادته الثانية الفترة السابعة التي حددت المجال المحفوظ للدولة، لم تعد السيادة ذلك المفهوم المطلق الذي لا يتقيد بقيد.

ان لقواعد حقوق الإنسان أثراً بالغاً في إظهار أهمية ظاهرة التدويل من خلال حماية حقوق الإنسان على الصعيد الداخلي والخارجي، كنتائج لظاهرة التدويل.

كذلك يحدث التدويل تأثيرات متباينة في السلطات العامة في الدولة، ولحقوق الانسان أثره الأكبر فضلاً عن الآثار الاقتصادية.

الكلمات المفتاحية: نظام التدويل، السيادة، الأساس القانوني.

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/٩/٢

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/١٠/٢١

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب – كركوك – العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution) (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس:

الدكتور محمد يونس الصانغ

(٢٠٢٣)

"نظام التدويل واثره على مبدأ سيادة الدول"
مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

شهد المجتمع الدولي في نهاية الحرب العالمية الثانية وقيام منظمة الأمم المتحدة متغيرات دولية أثرت على مفهوم السيادة ونطاق تطبيقها في المجالين الداخلي والخارجي والتي يرتبط ظهورها السيادة في القانون الدولي العام مع انبثاق الدولة القومية في أوروبا بعد معاهدة وستفاليا عام ١٦٤٨ ، وقد أعطت تلك التغيرات أبعاداً جديدة لمفاهيم متعددة في الدراسات القانونية وأثرت في البنين القانوني والسياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة المعاصرة، واعتبرت المعاهدات الشارعة الوسيلة الفعالة التي تعكس التوسع السريع في تدويل النشاط الإنساني في كل المجالات حتى أصبحت تنافس الشريعة الداخلية.

وعالجت الدول الكبرى تلك المتغيرات بما يخدم مصالحها فاتجهت الى نظام التدويل التي ارتبطت بالإقليم وتدويلها للحفاظ على توازن القوى ومنع النزاعات المسلحة وتطور الأمر حتى تحول تركيبية النظام الدولي من الثنائية القطبية الى الاحادية القطبية وبروز العولمة وادراك الامم المتحدة ان بعض مظاهر السيادة الخارجية والداخلية لا يمكن ترك ممارستها للدول والإشكال ذلك مساساً بالهدف الرئيس التي تقوم من أجله هذه المنظمة وفي مقدمتها حفظ السلم والأمن الدوليين.

إشكالية البحث

تناول هذا البحث موضوع اثر نظام التدويل في سيادة الدول، وتتمثل إشكالية البحث في مسألة هامة وهي تحولات الأحداث في العقود الأخيرة وما لحقتها من انتشار للعولمة والاعتماد الدولي وتنامي فكرة تعزيز حقوق الإنسان وحرياته الأساسية التي دخلت صميم القوانين الداخلية وما شهدته مفهوم السيادة من تطور وانتقال من السيادة المطلقة الى سيادة مقيدة، ودور نظام التدويل في تلك التأثيرات.

فرضية البحث

تقوم فرضية البحث على أن أساس ما حصل من تطور في مفهوم السيادة مر بمرحلتين الأولى السيادة المطلقة، والمرحلة الثانية السيادة المقيدة بعد قيام التنظيم الدولي بوضع حد لا يعد الخطوة الوحيدة التي أثرت على القوانين والسلطات داخل الدول بل كان لنظام التدويل الأثر الأبرز في التأثير داخل الدول بل الأثر المباشر في سيادة الدول هو أحد الأسباب المباشرة في تحول السيادة من سيادة مطلقة الى سيادة مقيدة.

أهمية الدراسة

تكمن أهمية البحث بدرجة أساسية بعدما شهدته المجتمع الدولي من صور للتدويل سواء فيما يتعلق بتدويل بعض الأقاليم، أو تدويل القوانين التي بدأت تتغلغل من القانون الدولي داخل التشريعات الداخلية عن طريق المعاهدات والاتفاقيات وبروز التحول السريع من السيادة المطلقة الى السيادة المقيدة، خاصة بعد ازدياد تدخل الأمم المتحدة في الشؤون الداخلية للدول وتدويل الأوضاع الداخلية فيها كحقوق الإنسان، وتأثير التدويل على السلطات داخل الدولة.

هدف البحث

يسعى البحث إلى بيان ما لنظام التدويل من أثر على السيادة سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي للدول وما يساهم فيه من تحقيق الاستقرار الدول خاصة فيما يتعلق بحقوق الإنسان والمسائل الاقتصادية بعد ظهور العولمة وانتشار التبادل الاقتصادي الواسع.

ويهدف البحث كذلك من خلال فقراته المختلفة الى الإجابة عن بعض التساؤلات حول المقصود بالتدويل وطبيعته القانونية، والمقصود بالسيادة وأنواعها ثم الربط بين التدويل والسيادة.

نطاق البحث

يهدف بحثنا أثر نظام التدويل في سيادة الدول الى توضيح المقصود بالتدويل والمقصود بسيادة الدول، ثم نقتصر على بيان أثر نظام التدويل على سيادة الدول من ناحية سلطات الدولة وكذلك دور حقوق الانسان والتدويل الاقتصادي في السيادة، وبذلك تخرج عن نطاق بحثنا الآثار الأخرى لنظام التدويل على السيادة.

الخطوة الوحيدة التي أثرت على القوانين والسلطات داخل الدول بل كان لنظام التدويل الأثر الأبرز في التأثير داخل الدول بل الأثر المباشر في سيادة الدول هو أحد الأسباب المباشرة في تحول السيادة من سيادة مطلقة الى سيادة مقيدة.

منهجية البحث

اعتمدنا في كتابة هذا البحث على المنهج التاريخي في تتبع نشأة مفهومي التدويل والسيادة وتطورها بما يساعد في فهم المتغيرات التي يشهدها مفهوم السيادة، كما تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي الذي يدرس خصائص ظاهرة التدويل وأثره في السيادة.

هيكلية البحث

للولصول الى فهم اشكالية الدراسة والإجابة عن تساؤلاتها نرى ضرورة تقسيم البحث الى ثلاثة مباحث:

نتناول في المبحث الأول **التعريف بالتدويل** في مطلبين، الأول منها تعرض لمفهوم **التدويل ونشأته وتمييزه عما يشابهه**، وفي المطلب الثاني نتناول **الطبيعة القانونية للتدويل وخصائصه**، وفي المبحث الثاني نتناول **التعريف بالسيادة** في مطلبين الأول مفهوم السيادة ونشأته وتمييزها عما يشابهها، وفي المطلب الثاني نتناول الاتجاهات الفقهية، اما المبحث الثالث، فسيكون مداره عن أثر نظام التدويل في السيادة وبثلاث مطالب، نخصص المطلب الأول عن أثر التدويل على السلطات في الدولة، وفي المطلب الثاني نتناول أثر تدويل حقوق الإنسان والتدويل الاقتصادي على السيادة، ونخصص مطلباً ثالثاً لأثر التدويل في مظاهر السيادة.

المبحث الأول

التعريف بالتدويل

يعدّ مفهوم التدويل من المفاهيم التي ترتبط بالعلاقات الدولية ، ويستعمل في العديد من الدراسات والبحوث ذات البعد الانجلو سكسوني، في حين أنه مفهوم غير متداول في البحوث العربية المعاصرة ويرجع تاريخ مفهوم التدويل إلى الدراسات الاجتماعية للقرن التاسع عشر حينما كانت الدعوات العالمية تهدف إلى إقامة التنظيم الدولي ، وقد تكرر هذا المفهوم أيضاً في الفكر الألماني حينما سعى إلى إقامة ترابط دولي ينظم العالم قبل الحروب العالمية ، وكان من نتائج هذا المفهوم إنشاء عصبة الأمم ثم الأمم المتحدة فيما بعد.

ويتفحص هذا المبحث نظام التدويل في مطلبين، يتعرض المطلب الأول إلى مفهوم التدويل، ويحدد المطلب الثاني الأساس القانوني للتدويل وخصائصه.

المطلب الأول

مفهوم التدويل

لبيان مفهوم التدويل سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف التدويل، أما الفرع الثاني فسنبين فيه نشأة التدويل وتمييزه عما يشابهه.

الفرع الأول

تعريف التدويل

ستعرف التدويل في هذا الفرع من ناحيته اللغوية ومن الناحية الاصطلاحية وكما يلي:

أولاً - التدويل لغة: دَوِّلَ دَوْلًا يُدَوِّلُ، تدويلاً، فهو مدوّل، والمفعول مُدَوَّلٌ، دول الأمر يجعله دولياً يخضع لإشراف دول مختلفة دول المدينة : جعل أمرها مشتركاً بين الدول كلها، دول القضية. تدويل قضية القدس: وضعها تحت الإشراف الدولي. دول الأرض: أسمها، جعلها ملكاً للدولة^(١)

وجاء في قاموس المنجد في اللغة العربية أن مصطلح (دَوِّلَ) تعني أخضع لنظام دولي وقع تحت إشراف دولي (دَوِّلَ منطقة) أضفى طابعاً دولياً، (دول حرياً) ، قضية^(٢).

ويشيع في المغرب العربي استخدام صيغة (دولنه) للدلالة على جعل الشيء وصيرورته دولياً ودولته على وزن (فعلته) بزيادة النون، وقد ورد في التقديم أمثلة على ذلك النحو وإن لم يضعوا على قياسته^(٣).

ويعني مصطلح التدويل حسب قاموس اكسفورد الإنجليزي أنه : مصطلح يستخدم في ظل نطاق إقليم تحت إشراف إدارة دولية مختلفة، والقرار بتدويل إقليم يكون بموجب معاهدة دولية^(٤)

ثانياً - التدويل اصطلاحاً:

يعرف التدويل اصطلاحاً بأنه هو : إخضاع بعض الأقاليم أو أنهار أو الألفية البحرية لنظام الإدارة الدولية بموجب معاهدات متعددة الأطراف ويعرف أيضاً قياساً على الأقاليم المدولة بأنه : (مناطق مأهولة تنشأ لفترة غير محددة في صورة دول خاصة حيث تمارس السيادة العليا فيها فعلياً مجموعة من الدول أو المجتمع الدولي المنظم ويتقيد العنصر المحلي في هذه الأقاليم ببنود اللائحة دولية - تعتبر بمثابة دستور - ترفضها عليه القوى التي تمارس السيادة عليها^(٥)

ومن الناحية السياسية يعرف التدويل بأنه نظام سياسي بمقتضاه يوضع إقليم تحت إشراف إدارة دولية مختلفة والقرار بتدويل إقليم يكون بموجب معاهدة دولية^(٦). وتلاحظ أن تعريفات التدويل انطلقت أغلبها من

^١ - معجم المعاني منشور متاح على الموقع الالكتروني www.almaauy.com/ar/dict/ar-ar : تاريخ الزيارة ٢٠١٧/١١/٢٨

^٢ - أنظر : قاموس المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، بيروت، دون تاريخ طبع، ص ٤٩٧

^٣ - مسعود عبد السلام حجازي، كتاب الألفاظ والأساليب، ج٣، القرارات التي صدرت عن الدورات من الخمسين إلى الخامسة والستين، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٢٢

^٤ The Oxford English Dictionary and Historical Principle .collected edited by the Philological Society vol.5(London -:H.k. Sclarendon Press, 1978).

^٥ - هاشم بن عوض بن احمد ال ابراهيم سيادة الدول بين مفهومها التقليدي وظاهرة التدويل، رسالة ماجستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط الأردن، ٢٠١٣، ص ٤٢

^٦ - (احمد عطية الله، القاموس السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٢٧٩

تدويل الأقاليم وخاصة في فترات ماضية أي قبل بروز تدويل القوانين وتقوم فكرة إدخال القوانين الدولية ونفوذها إلى القوانين الوطنية ومسألة عالمية حقوق الإنسان.

وتعرف هيلين تورار التدويل بأنه إخضاع علاقة أو حالة للقانون الدولي محكومة سابقاً بالقانون الداخلي^(٧)

وظهرت تعريفات جديدة لمصطلح التدويل بعد توسع نطاقه إلى مسائل أخرى غير الأقاليم وانطلاقاً من المعطيات السابقة يذهب البعض إلى تعريف مصطلح التدويل) من خلال تعريف تدويل القانون الجنائي بأنه (إضفاء الصفة الدولية على قواعد القانون الجزائي أو بمعنى آخر يكون مصدره دولي.^(٨)

ونلاحظ بعد أن كانت تركز على الأقاليم وبعض القضايا - كتدويل قضية فلسطين لا بعد أن تأخذ منحى تدويل القوانين فعرف الدكتور عبد السلام هماش التدويل بأنه : إخراج هذه المسائل القانونية من مجالها الوطني ومعالجتها بالمجال الدولي كنتيجة لعدم ملائمة القواعد الوطنية لحل هذه المسألة وإما لعدم قدرة الدولة القومية على علاج هذه المسألة بمفردها^(٩)

فبدأ مصطلح التدويل ومقاصده تتغير وتتنوع من التدويل المقنصر على الأقاليم إلى مقاصد متعددة إلى القوانين ولاسيما القوانين الداخلية التي يشكل المساس فيها تدخلاً بالسيادة الدولية.

وبعد بروز عصر التنظيم الدولي ونشأة المنظمات الدولية العالمية والتي أحدثت تطوراً واضحاً في قواعد القانون الدولي شهدت فكرة التدويل تطوراً ملحوظاً عما سبق، فبظهور عصبة الأمم عام ١٩١٩ يمكننا تلمس هذا التطور من خلال تناول أهداف العصبة ومبادئها التي تشير إلى تبلور الرأي العام للمجتمع الدولي نحو ضرورة ترسيخ مفهوم التدويل، ومن أهم المسائل التي استقر عليها الرأي لتدويل بعض مظاهر السيادة، مسألة حفظ السلم والأمن الدوليين، حيث ازدادت في تلك الحقبة الزمنية حالات الأقاليم المدولة واتخاذها أشكال متعددة مثل إقليم السار، وإقليم ميميل، ودانزج، وغيرها من الأقاليم التي تم تدويلها في ظل هذه المنظمة الدولية وتطور التنظيم الدولي أكثر ببلاد منظمة الأمم المتحدة عام ١٩٤٥^(١٠) الذي حاول واضعو ميثاق هذه المنظمة تجنب الأسباب التي أدت إلى فشل عصبة الأمم المتحدة وذلك بإقرار مبدأ التصويت بالأغلبية بدلاً من الإجماع عند اتخاذ القرارات وحل المنازعات بالطرق السلمية وعدم إباحة الحرب أو التهديد بها إلا في حالة الدفاع الشرعي أو عن طريق مجلس الأمن^(١١)

وبعد ظهور منظمة الأمم المتحدة اعتبرت المعاهدات الشارعة هي الوسيلة الفعالة التي تعكس التوسع السريع في تدويل لنشاط الإنسان في كل المجالات حتى أصبحت تنافس التشريعات الداخلية، ويمكن القول بأن آلية تدويل حالة أو علاقة قانونية أصبحت قانونية ومشروعة في ظل هذه المرحلة من مراحل التطور لتحقيق أهداف وغايات تأسيس منظمة الأمم المتحدة، ففي مجال حقوق الإنسان بدأت مرحلة تدويلها

^٧ - هيلين، تورار تدويل الدساتير الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٠، ص ٢٠.

^٨ - د. عبد الرحمن بوزير تدويل القانون الجنائي الكويتي، ورقة عمل مقدمة لندوة مجلة الحقوق، منشور على موقع الانترنت الآتي :

www.mod.gov.kw/cvs/html/ganonyah2.html. 32k

^٩ - د. عبد السلام، حمّاش دراسة في مفهوم التدويل واستخدامه في القانون الدولي العام، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد (٣٨)، العدد (٢)، الجامعة الأردنية عمادة البحث العلمي، ص ٥٩٥.

^{١٠} - إبراهيم محمد صالح نعمو، مصدر سابق، ص ٣٧-٣٨.

^{١١} - د. هادي نعيم المالكي، المنظمات الدولية مكتبة البيان، ط ١، بغداد ٢٠١٣ ..

منذ أن جعل ميثاق الأمم المتحدة لعام ١٩٤٥ م احترام حقوق الإنسان وتعزيزها مقعداً أساسياً من مقاعدها الرئيسية وأحد السبل الأساسية لتحقيق السلم والأمن الدوليين.^(١٢)

ولهذا الغرض أصدرت الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ م جنباً إلى جنب مع العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وبروتوكولية الاختيارين والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ما يسمى بالشرعة الدولية لحقوق الإنسان^(١٣) ، وساهم تدويل حقوق الإنسان من قبل الأمم المتحدة على تطور فرع آخر للقانون الدولي الذي يعني بحماية حقوق الإنسان في أوقات النزاعات المسلحة ويغلب على قواعد الجانب الإنساني وهي (القانون الدولي الإنساني) أما فيما يتعلق بتدويل المسؤولية الجنائية الفردية، فقد تزامنت مع تأسيس منظمة الأمم المتحدة إنشاء محاكم جنائية لمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية مثل محكمة نورمورغ، ومحكمة طوكيو ومحكمة رواندا ، ومحكمة سيراليون، ومحكمة روما. أما بالنسبة لتدويل الأقاليم فإن أهم ما يتميز به تدويل الأقاليم في هذه المرحلة أنه يشمل الأقاليم الخاضعة لسيادة الدول على سبيل المثال تم تدويل الأوضاع في إقليم كردستان العراق بمقتضى قرار ٦٨٨ في العام ١٩٩١ م وهناك صور أخرى للتدويل بعد ظهور منظمة الأمم المتحدة سواء من ناحية الأمثلة للصور المذكورة أعلاه أو صور أخرى غير أننا ركزنا على تلك الصور لأهميتها.

ثانياً تمييز التدويل عما يشابهه:

هناك بعض المصطلحات بينها وبين التدويل تشابه فاشتبهت على بعض من الناحيتين فأعطوها معنى التدويل (كالعولمة) والانتداب (والوصاية وسنبين بين التدويل وبين تلك المصطلحات كما يأتي: التمييز بين التدويل ونظامي الانتداب والوصاية .

يرى بعض الباحثين أن الانتداب نوع من التدويل وذلك على أساس أن الدولة المنتدبة تقوم بالإدارة كممثل للأسرة الدولية ولأنها تستوحي في إدارتها القانون الدولي العام لا قانونها الوطني الخاص هذا فضلاً عن الإتفاقيه الدولية التي تنشئها، ويهدف التدويل إلى رعاية المصالح الدولية المشتركة للمجتمع الدولي أما بالنسبة للانتداب أو الوصاية يهدفان إلى رعاية سكان الأقاليم الموضوع تحت الانتداب أو المشمولة بالوصاية، فضلاً عن تحقيق مصلحة الدولة أو مجموعة الدول المسند إليها أعمال الانتداب والوصاية، ويكمن الأساس القانوني للتدويل في نظامه الإتفاقي المتعدد الأطراف والمفتوح لانضمام جميع أعضاء الأسرة الدولية ذات المصالح المشتركة في حين يكون الأساس الإتفاقي ثنائياً أو جماعياً محدوداً بالنسبة لنظامي الانتداب والعولمة.

٢- التمييز بين التدويل والعولمة

تعرف العولمة بأنها تحول العالم من الاتساع إلى الضيق بحيث يصبح العالم قرية (كونية) صغيرة، حيث يتمكن كل فرد في أي جزء من أجزاء العالم الواسع من معرفة ما يحدث من الطرف الآخر السفلي من القرية خلال بضع ثوان^(١٤) ، ويرى بعض الباحثين أن لكل من مصطلح التدويل والعولمة معنى ودلالة خاصة به ومختلفة عن الآخر فالتدويل علاقة قانونية مبنية على مبدأ التكامل بين القانونين الداخلي والدولي

^{١٢} - إبراهيم محمد صالح نعمو مصدر سابق، ص ٤٧-٤٨ (٤) ينظر: الموقع الرسمي لمكتب المفوض السامي للأمم المتحدة:

تاريخ الزيارة ٢٠١٧/١٢/٣٧ www.ohchr.org/AR

^{١٣} - إبراهيم محمد صالح نعمو، مصدر سابق، ص ٤٨ (٢) المصدر نفسه، ص ١٢٧.

^{١٤} - ميلود بن غربي، مستقبل منظمة الأمم المتحدة في ظل العولمة، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١، ٢٠٠٨، ص ٤٨ .

حيث أنه أضحى مبدأ في القانون الدولي في حين أن العولمة لا تزال ظاهرة تتجه نحو إلغاء الخط الفاصل بين الشائين الداخلي والخارجي، وللتمييز بين العولمة والتدويل يمكننا القول إن التدويل يشير إلى عملية تكثيف الروابط فيما بين كيانات قومية، وفي إطار التدويل قد يكون للدول تأثير عميق وواسع النطاق بعضها مع بعض، لكنها تظل كيانات متميزة ومنفصلة، والتدويل شبكة من البلدان المحددة بحدود، في حين أن الكوكب العالمي نسيج من الشبكات عبر الحدود فالروابط الدولية تقضي أن يعبر المتأخرون مسافات بعيدة في أزمان طويلة نسبياً، لكن الروابط العالمية تصل إلينا مباشرة من دود حدود

ونرى من جانبنا أن مصطلح العولمة هو من مصطلحات العلوم السياسية أكثر مما هو من مصطلحات العلوم القانونية في حين يعد التدويل من مصطلحات العلوم القانونية ومن جانب آخر أن العولمة ظاهرة وهي من عوامل التدويل في حين التدويل نتيجة واستجابة للعولمة.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للتدويل وخصائصه

إن الأساس القانوني للتدويل هو تأصيله القانون أي تأصيل الأساس القانوني للتدويل والذي يتميز بخصائص ذات طابع دولي تهدف إلى تحقيق رعاية مصالح المجموعة الدولية لهذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبيين في الفرع الأول الأساس القانوني للتدويل، ونخصص الفرع الثاني لبيان خصائص التدويل.

الفرع الأول

الأساس القانوني للتدويل

إن البحث في الأساس القانوني للتدويل يستدعي دراسة الأعمال القانونية التي تقضي بمقتضاها الطابع الدولي على موضوع ما وإخضاعه لقواعد القانون الدولي على أن تكون إدارة ورعاية وذلك الموضوع من قبل هيئة دولية، ومن خلال استعراضنا لتعريفات التدويل^(١٥) تبين لنا أن التدويل يتم بموجب معاهدة أو قرار دولي.

فيذهب جانب من الفقه إلى أن الأساس القانوني للتدويل يكمن في المعاهدة (نظامه الإتفاقي) المنشئ لكيان دولي جديد والمفتوح لانضمامه جميع أعضاء الأسرة الدولية ذات المصالح المشتركة، أي أن الأساس القانوني لنظام التدويل هو معاهدة دولية، وبالتالي فإنها تخضع لأحكام قانون المعاهدات^(١٦)، ومن المعروف حسب القانون الدولي المعاصر، أن المعاهدات الشارعة لا تنقيد بمبدأ نسبية الأثر الملزم في المعاهدات وأن أحكامها تعدّ تشريعات دولية ملزمة حتى لغير أطرافها، لأنها تتعلق بشأن دولي يهتم المجتمع الدولي بأسره، وهو ما تم التأكيد عليه في المواثيق الدولية صراحة ميثاق الأمم المتحدة ومواثيق حقوق الإنسان ويترتب على ذلك أن النظام الوطني لكل دولة صار يستمد شرعية من نظام أعلى هو النظام الدولي

^{١٥} - ينظر : ص (٥) من بحثنا هذا. (٢) إبراهيم محمد صالح نعمو، ص ٢٠.

^{١٦} - د. عبد الكريم علوان خضير الوسيط في القانون الدولي العام الكتاب الرابع، مصدر سابق، ص ١٨.

وأن ما جرى تسميته بمظاهر سيادة الدولة عبارة عن اختصاصات تمارسها الدولة تطبيقاً لقواعد القانون الدولي والقانون الوطني وأن القانون الأول يفرض هيمنته على القانون الأخير.^(١٧)

ومن الأمثلة على التدويل بموجب معاهدات دولية، إنشاء المحاكم الجنائية كالمحكمة الجنائية الدولية ١٩٩٨ التي أنشئت بموجب معاهدة التي دلت المسؤولية الجنائية الفردية. كما يذهب جانب من الفقه الى أن الأساس القانوني للتدويل يمكن أن يكون قراراً دولياً ملزماً أي أن تدويل حالة ما أو علاقة قانونية قد يكون بقرار من منظمة دولية كمنظمة الأمم المتحدة. مثل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة بموجب قرار مجلس الأمن رقم (٨٢٧) الصادر في ١٩٩٣/٥/٢٥ استناداً إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، وحالة تدويل إقليم تيمور الشرقية من قبل الأمم المتحدة في ١٩٩٩/١٠/٢٥ وإنشاء إدارة انتقالية للأمم المتحدة (UNTAET)^(١٨)

أما في حالة كون التصرف الصادر من المنظمة الدولية توصية فالرأي السائد فقهاً وقضاء هو أن التوصية ليست لها القوة الإلزامية قانونياً وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية مضيق كورفو عام ١٩٤٨م إذ التوصية تعبر عن رغبة غالبية الجماعة الدولية المشتركة في عفوية المنظمة إزاء موضوع معين كمفهوم لإرادة تلك الجماعة وبذلك فهي تعد عنصراً مهماً من عناصر تكوين العرف الدولي، إلا أنها تصبح ذات قوة ملزمة إذا وافقت الدول على الالتزام بها^(١٩)

الفرع الثاني

خصائص التدويل

من خلال استعراض تعريفات التدويل وأساسه القانوني فضلاً عن التجارب والممارسات الدولية يمكن استخلاص مجموعة من الخصائص المشتركة للتدويل يمكن أن نجملها بالتالي:

١- قد يكون التدويل محله إقليم دولة كما كان هو الحال في الأقاليم التي دلت في الفترة بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية، ويمكن القول إن هناك اعتبارات استراتيجية ترغب فيها دولتان ومنازعات مختلفة على الحدود ناجمة عن عواطف قومية أو ثقافية تاريخية أدى مجموعها إلى ظهور فكرة التدويل في القرن العشرين، وقد يكون محل التدويل تنظيم نشاط أو اختصاص معين كما هو الحال في تدويل النشاط التجاري والاقتصادي من خلال منظمة التجارة العالمية وصندوق النقد الدولي، وقد يكون محله تنظيم القضاء الجنائي من خلال المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة والدائمة والمختلطة^(٢٠).

^{١٧} - ابراهيم محمد صالح نعمو، مصدر سابق، ص

^{١٨} - عامر حادي عبد الله، العدالة الانتقالية ودور اجهزة الامم المتحدة في ارساء مناهجها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠١٦،

ص ١٣٣

^{١٩} - احمد أبو الوفاء الوسيط في قانون المنظمات الدولية، طه، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨ء ص ١٨٧

^{٢٠} - د. لقمان عثمان احمد، مصدر سابق، ص ٤٩

٢- من خصائص التدويل أنه يهدف إلى تحقيق ورعاية مصالح المجموعة الدولية قاطبة أي أن الغرض الأساسي من وراء التدويل يكمن في تحقيق ورعاية المصالح المشتركة للمجتمع الدولي وفي مقدمتها حفظ السلم والأمن الدوليين كما أنه يستند في أساسه القانوني إلى نظامه الإتفاقي المتمثل في إرادة الدول أو التنظيم المتجسد في قرارات الأمم المتحدة ومجلس الأمن^(٢١).

- يتميز التدويل بخاصية إضفاء الطابع الدولي على حالة أو علاقة قانونية وإخضاعه الأحكام قواعد القانون الدولي^(٢٢)، مثل إخضاع المسؤولية الجنائية الفردية لقواعد القانون الدولي من خلال تدويل المحاكم، وإنشاء المحكمة الدولية الجنائية، كذلك إضفاء الطابع الدولي على الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجرائم العنف^(٢٣).

- تفترض أغلب الآراء التي قيلت في السابق أن يكون نظام التدويل نظاماً دائماً ولا يجوز إنهاؤه أو تجديد مدته بفترة زمنية، في حين أن آراء أخرى تقول بإمكانية أن يكون التدويل فترة زمنية محددة، وهذا ينعكس لا شك على خصائص التدويل ووضع السيادة في المناطق المدولة^(٢٤).

ونرى أن مسألة كون التدويل مؤقت دائم تخضع لشرعية الأطراف المشتركة في عملية التدويل، وحسب رغبة الدول الأطراف المشتركة في عملية التدويل في حال كون التدويل بإرادة الدول التي قررت بمحض إرادتها تدويل بعض المسائل التي شخصها.

يعد نظام التدويل من الأنظمة التي تقيد السيادة وتنتقص منها تحقيقاً لمصالح دولية مشتركة وبالتالي يهدد إدارة تلك المصالح إلى هيئات دولية تشارك الدولة في ممارسة مظاهر السيادة، كما هو الحال بالنسبة لهيئة إدارة الإقليم المدول حيث تتكون هذه الهيئة من جملة من الأجهزة والمؤسسات التي تكون بنيته القانونية ومحتوياته من أجل تنظيم العلاقات فيما بين الدول المكونة لهذه الهيئة الدولية أو بينها وبين الهيئة الدولية الجديدة ومن أهم هذه الأجهزة جهاز تشريعي، ومجلس تنفيذي، وقضاء دولي، ومن ثم تتمتع الهيئة العامة التي تتولى إدارة الأقاليم بالشخصية الدولية وتُمارس السيادة على الأقاليم^(٢٥).

المبحث الثاني: التعريف بالسيادة

لبيان التعريف بالسيادة نحتاج إلى بيان مفهوم السيادة، وآراء الفقهاء فيها، كون السيادة مظهر من مظاهر قوة الدولة و الأهم من ذلك هي أنها كفكرة قانونية هي أساس للقانون الدولي القائم على وجود دول ذات سيادة، وإذا كان تعدد الدول شرطاً للقانون الدولي فإن وحدة وتكامل السيادة بالنسبة لكل دولة، وعدم قابليتها للتجزئة أساس لوجود الدولة، وعليه سنتناول التعريف بالسيادة في هذا المبحث في مطلبين نخصص المطلب الأول لبيان مفهوم السيادة ونشأتها، ونتناول في المطلب الثاني الاتجاهات الفقهية المؤيدة والمعارضة لمبدأ السيادة.

^{٢١} - ينظر : الفرع الأول في هذا المطلب من دراستنا هذه

^{٢٢} د. هيلين تورار، مصدر سابق، ص ١٥ -

^{٢٣} د. محمد المجذوب القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ٦، لبنان - بيروت، ٢٠٠٧، ص ٣٩٣.

^{٢٤} - لقمان عثمان احمد، مصدر سابق، ص ١٨

^{٢٥} - ابراهيم محمد صالح نعمو، ص ١٦.

المطلب الأول

مفهوم السيادة

إن قيام الدولة المعاصرة بأركانها الثلاثة الشعب والإقليم، والسلطة ، يترتب عليه تميزها بأمرين أساسيين؛ الأول : تمتعها بالشخصية القانونية الاعتبارية، والأمر الثاني كون السلطة السياسية ذات سيادة، ولأهمية السيادة في الدول فقد جعلها البعض الركن الثاني من أركان الدولة، لذا سنتناول أصل هذه الكلمة - السيادة - وتعريفها لغة واصطلاحاً، وكذلك بيان خصائصها لتمييزها عما يشابهها فضلاً عن بيان نشأتها، وللوقوف على مفهوم السيادة بتفاصيله سنقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الفرع الأول لتعريف السيادة وخصائصها لتمييزها عما يشابهها ، ونتناول في الفرع الثاني نشأة مبدأ السيادة.

الفرع الأول

تعريف السيادة وخصائصها

تستخدم كلمة السيادة من قبل القانونيون والسياسيون والإعلاميون وكثير من المتخصصين في مجالات شتى في البحوث والكتابات ومختلف التحليلات والخطابات.... فالسيادة وصف للدولة الحديثة نحتاج لبيانها والوقوف على التعريف اللغوي والاصطلاحي ومن ثم بيان خصائص السيادة وكما يلي:

أولاً: التعريف اللغوي

السيادة لغة من سود، يقال: فلان سيد قومه إذا أريد به الحال، وسائدُ إذا أريد به الاستقبال والجمع مادة (٢٦) ويقال: سادهم سوداً سودداً سيادة سيؤدو استادهم كسادهم وسؤدهم هو المسنود الذي سادته غيره فالمسؤدُ السيد . (٢٧)

سادته : عليه عند المغالبة في شرف ونحوه فهو سائد جمع سادة وجمع سادات، إستاذ القوم تقتل أو أمر سيده، السود مصدرها السيادة السؤد و السؤد كرم المنصب (السيادة) القدر الرفيع السيادة : لقب شرفي جمع أسياذ وسادة وسياذ : ذو السيادة . (٢٨)

ثانياً: التعريف الاصطلاحي

إن كلمة السيادة اصطلاح قانوني مترجم عن كلمة فرنسية - Souverainet - مشتقة من الأصل اللاتيني - Superanus - ومعناه - الأعلى - لذا يطل البعض على السيادة - السلطة العليا اختلف فقهاء القانون الدولي في تحديد مفهوم السيادة فذهب بعضهم إلى أنها الملك وقال آخر الشعب، وآخر البرلمان، فكان هناك اختلاف في تحديد تعريف لها فكل فقيه كانت له رؤية خاصة (٢٩) .

٢٦- ينظر: انظر: مختار الصحاح مادة: منود.

٢٧- ينظر : لسان العرب مادة [مؤذ]، و لسان العرب مادة ازغم

٢٨- ينظر: غرداين خديجة، مصدر سابق، ص ١٣

٢٩- ينظر: المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٩١

وقد عرف بودان السيادة بأنها ((السلطة العليا على المواطنين والرعايا التي لا تخضع للقوانين ، مؤكداً على العلاقة القوية بين مفهوم السيادة ومفهوم الدولة وبهذا عمل بودان على ايجاد الدعم القانوني لسلطة الملك في فرنسا لمواجهة الاقطاع، الا انه قيدها بالدين والقانون الطبيعي)). (٣٠)

ويعرفها "أرسطو" بأنها : السلطة العليا في الدولة، ويعرفها " جريجوار " ويعدها من مستلزمات الشخصية الإنسانية لا يجوز التنازل عنها كما أن المصلحة الخاصة بكل شعب ينبغي أن تتقيد بالمصلحة العامة للمجتمع الدولي الكبير على ألا تعني ذلك الحيلولة بين حق كل شعب في أن ينظم شؤونه و إختيار شكل الحكم الذي يرضيه بشرط أن يكون كل ذلك مؤسسا على مبادئ الحرية و الإخلاء و المساواة. (٣١)

وعلى الرغم من التعريفات الكثيرة التي قيلت في صدد تعريف السيادة والتي ذكرنا بعضاً منها فإن هناك جانباً من الفقه أنكر وجودها ولم يعترف بها فالعميد دكي مثلاً ينتقد فكرة السيادة بقوله أن السيادة لا تلبى متطلبات القانون الدولي المعاصر ذلك لأنها لا تتفق واتجاهات (٣٢)

ولتعريف السيادة اتجاهان: (٣٣). الاتجاه الأول: يرى أن السيادة خاصية من خصائص السلطة مفادها عدم وجود سلطة اخرى اعلى منها او مساوية لها في الداخل، وعدم الخضوع لسلطة دولة أخرى في الخارج، وهذا التعريف يصدق على نظرية السيادة في مراحلها الأولى عندما لم تكن تفهم على أنها سلطة سياسية، ولكنها خاصية سياسية معينة هي سلطة للملك وممن قال بهذا الرأي في فرنسا كاريه دي مليرج . اما الاتجاه الثاني يرى ان السيادة هي السلطة العليا الأمرة للدولة والتي لا تعرف فيما تنظمه من علاقات سلطة أعلى منها او مساوية لها، وهذا التعريف يشير الى السيادة في تطورها اللاحق عندما تم الفصل بين الملك والسيادة واصبحت السيادة عنصر من عناصر تكوين الدولة.

فالسيادة تعدّ من المسائل الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي المعاصر وذلك للمسائل الجوهرية التي ترتبط بها فالسيادة تتضمن أموراً عديدة، الأول: يتمثل بالسلطة العليا على الاشخاص والرعايا المقيمين داخل اقليم الدولة او خارجها السيادة الشخصية) والثاني ان اختصاص الدولة يشمل كل ما يوجد على اقليمها من اشخاص واشياء (السيادة الاقليمية والثالث: هو حرية تصرف الدولة في شؤونها الداخلية والخارجية وعدم الخضوع لهيمنة أو رقابة دولة اخرى (الاستقلال الداخلي والخارجي) وبذلك فإن جميع ما يوجد على اقليم الدولة من أشخاص واشياء يكون خاضعاً لسيادتها وسلطاتها فالدولة لا يمكن أن تقوم دون سيادة حتى لو توافر العنصران الاخران للدولة وهما (الشعب، الاقليم) (٣٤).

٣٠. د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، طة مديرية دار الكتب للطباعة والنشر بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ٣٩ - ٣٩١.

٣١ رابحي لخضر، التدخل الدولي بين الشرعية الدولية ومفهوم سيادة الدولة اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان ، الجزائر ٢٠١٥، ص ٢١٣

٣٢. د. خلف رمضان محمد الجبوري السيادة في ضل الاحتلال بحث منشور في مجلة دراسات اقليمية، السنة الثالثة العدد السادس كانون الثاني ٢٠٠٧، ص ٤.

٣٣. د. صلاح الصاوي، نظرية السيادة واثرها على شرعية الانظمة الوضعية، ص ٦، متاح على شبكة الانترنت في الموقع الالكتروني التالي :

www.elibrary.medi.u.edu.my/books/MEDIU1928.pdf تاريخ الزيارة ٢٠١٧/١١/٢١ -

٣٤. د. احمد ابو الوفا الوسيط في القانون الدولي العام، طاء دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦ ، ص ٣٨٠.

ثالثاً: خصائص السيادة

تتميز السيادة كونها ارادة عليا بخصائص لاتوجد في غيرها من الارادات، وجماع هذه الخصائص انها الارادة التي تحدد نفسها بنفسها، فصاحب السيادة لايمكن ان تلزمه ارادة اجنبية عنه بالتصرف على نحو معين، وهو لا يلتزم بالتصرف على نحو معين الا اذا اراد هو ذلك.

ويمكن أن نجل خصائص السيادة فيما يلي:

الاطلاق فصاحب السيادة لايفرض عليه ،قانون بل القانون هو التعبير عن ارادته، وليس لارادة اجنبية عنه أن تلزمه بالتصرف على نحو معين لانه لا توجد ارادة تساميه او تساويه ارادته امرة دائماً، وليس لأحد قبله حقوق وعلاقته بغيره علاقة السيد بالرعية او المتبوع بالتابع.^(٣٥)

في الداخل تملك السلطة ذات السيادة سلطة مطلقة على جميع الأفراد و جماعات الأفراد داخل الدولة وعلى الرغم من وجود القيود فهي مفروض ذاتي ومن ثم يمكن إزالتها بواسطة الدولة بطريقة قانونية، وفي الخارج أيضا تعد السلطة ذات السيادة عليا، فهي مستقلة استقلالاً مطلقاً عن الإكراه أو التدخل من جانب الدول الأخرى، و إن المعاهدات والإتفاقيات الدولية و القانون الدولي و غيرها من أوجه المعاملات والتعاملات الدولية هي لا تعارض السيادة، بل الدولة لها الحرية و الإختيار في عقد الإتفاقيات والمعاهدات الدولية بالوجه الذي تراه، و إحترام القانون الدولي و الأعراف الدولية والمواثيق الدولية هو سلوك تسلكه الدولة على الساحة الدولية.^(٣٦)

٢ -الشمولية: هي الشمولية العمومية على كل الإقليم والسكان والسيطرة الكاملة على الإقليم والسكان، أي أنها تطب على كل المواطنين في الدولة ومن يقيم على إقليمها باستثناء ما يرد في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية كالدبلوماسيين ودور السفارات والقنصليات، وهذا كله بإرادتها وهو ضمن الأعراف الدولية والمجاملات الدولية من أجل ضمان استقرار علاقاتها الخارجية لا أكثر وفي الوقت نفسه ليس هناك من ينافسها في الداخل في ممارسة السيادة وفرض الطاعة على المواطنين.^(٣٧)

٣-الدائمة: السيادة دائمة وغير محددة ،بزمان، وهنا الفرق بين الحاكم والسيد الذي تكون سلطته مؤقتة وبذلك فهو ليس صاحب سيادة وانما امين عليها.^(٣٨) وديمومة السيادة تعني انها غير قابلة للتنازل بشكل دائم، بمعنى عدم جواز التنازل عنها لأن الدولة التي تتنازل عن سيادتها تفقد ركن من الأركان قيامها وهذا تنقضي شخصيتها الدولية.

٤ - غير قابلة للتجزئة: السيادة واحدة أنها منفردة و مانعة لغيرها من الحلول محلها، أي أن توجد في الدولة سلطة تشريعية وتنفيذية وقضائية واحدة و من حق الدولة أن تمنع قيام سلطات داخل الدولة، لأن السيادة تتضمن عدم المشاركة و التقسيم فلا يمكن أن يكون أكثر من سيادة واحدة في دولة، دون قيام صراع يحسم في نتيجة الأمر و وحدانية السيادة.^(٣٩) وعدم القابلية للتجزئة مسألة منطقية لأن تجزئة السيادة بمعنى القضاء عليها وإفراغ كلمة السيادة من محتواها.

^{٣٥} - د. صلاح الصاوي، المصدر السابق، ص ٨.

^{٣٦} رابحي لخضر ، مصدر سابق، ص ٢١٧ -

^{٣٧} - غرداين خديجة، مصدر سابق، ص ١٢

^{٣٨} - هاشم بن عوض بن احمد ال ابراهيم مصدر سابق، ص ٢٦

^{٣٩} رابحي لخضر، المصدر السابق، ص ٢٢٠

فهذه السيادة كما بينها الفقهاء بتعريفاتها وخصائصها من حيث الاطلاق وشموليتها على جميع أقاليم الدولة وعدم قابليتها للتجزئة التنازل وديمومتها، وما يثار حول قيام بعض الدول إعطائها منظمات الدولية سلطة اتخاذ قرارات في مسائل تدخل في نطاق السيادة الداخلية للدولة، فهذا الأمر لا يعدو أن يكون في هذه الحالة توزيع اختصاصات تمارس تطبيقاً للسيادة وهي مسائل تنظيمية بمحض ارادة الدول ومنحت لمصلحة الأخيرة.

1- رغم أن السيادة لفظ مستقل وله معناه الخاص اللغوي والاصطلاحي إلا إنه كثيراً ما يختلط ببعض المفاهيم الأخرى لارتباط السيادة بها كمفهوم السلطة او لاستقلال او لمصلحة العليا والاختصاص، ولكن كلها لها حدود واضحة مع معنى السيادة وأن كانت ترتبط به السيادة والاستقلال: يحدث احيانا بعض اللبس بين مفهوم السيادة ومفهوم الاستقلال ويقول شارل ان معظم الكتاب خلطوا بينها، ويرى اللورد ما كثير استبدال مصطلح الاستقلال بمصطلح السيادة على اعتبار أن الأول أكثر وضوحاً من الاخير الذي هو تعبير سياسي اكثر منه قانوني، ويرى الفقه التقليدي ان معيار التمييز بين الوحدات السياسية الأخرى هو السيادة، فإن الفقه المعاصر يرى ان هذا المعيار هو الاستقلال^(٤٠). فالاستقلال يعرف بأنه حالة الدولة او الكيان الدولي في مرحلة خروجها من سيطرة أو مضلة سلطة اخرى فتكون فيها مهياً للتصرف وتتخذ قراراتها بحرية يحددها القانون الدولي على أن تصبح دولة تتمتع بكامل سيادتها^(٤١).

الفرع الثاني

تمييز السيادة عما يشابهها

على الرغم من أن آراء الفقهاء تنقسم بين ترادف اللفظين وانفصال احدهما عن الآخر وبين آراء لا تفرق بينهما وأنها وجهان لعملة واحدة، فالباحث يذهب مع التفريق بين المفهومين مع الاخذ بانهما واحد متمم للآخر، فالسيادة أمر حتمي للاستقلال ويأتي في مرحلة ثانية بعد عملية الاستقلال لتكوين شكل الدولة، والسيادة وكما بينها مسبقاً - هي السلطة العليا الامرة للدولة والتي اصبحت عنصراً من عناصر تكوين الدولة.

السيادة والسلطة: كثيراً ما يختلط هذان المفهومان ليشكلا فكرة واحدة لدى البعض، إلا أن مفهوم السيادة مفهوم معقد ومتطور كما سبق الإشارة لذلك. أما السلطة فهي الحاكمة التي تمتلكها وتمارسها اتجاه الشعب، أو ببساطة هي القدرة على فرض إرادة أخرى والدولة هي السلطة القهرية، أي السلطة هي ممارسة السيادة وأن ح السيادة هو مصدر ح السلطة، و بذلك يبقى مفهوم السلطة على غرار مفهوم السيادة المتطور وتشكل السلطة مظهر من مظاهر ممارسة السيادة^(٤٢).

السيادة والاختصاص

يشير الفقيه بودان " إلى السيادة بأنها سلطة عليا، ويذهب الدكتور زهير الزبيدي فيعرفه بأنه تبيان القانون الدولي للحدود التي تباشر فيها الدولة المستقلة ذات السيادة، وظائف الدولة في التشريع والتنفيذ والقضاء بالمقابلة للحدود التي تباشر فيها الدولة الأخرى هذه الوظائف ويمثل الاختصاص الداخلي بوظائف

^{٤٠} د. لقمان عثمان احمد علي، مصدر سابق، ص ٢٠

^{٤١} د. عامر عبد الفتاح الجومرد السيادة، مجلة الرافدين للحقوق كلية القانون جامعة الموصل، العدد الأول السنة ١٩٩٦، ص ١٥٩

^{٤٢} غرداين خديجة، مصدر سابق، ص ٢٣

الحكومة بسلطاتها الثلاث (التشريعية و التنفيذية و القضائية) ^(٤٣). أما الاختصاص الخارجي فهو الاختصاص المتعلق بعلاقاتها الدولية وإدارتها بكل حرية فإنه ينتج عن ممارسة الدولة لسلطاتها خارج إقليمها بوصفها عضو في مجتمع دولي أكبر. ^(٤٤)

أي أن مفهوم الاختصاص ينطبق على الحالة التي آل إليها المجتمع الدولي في ظل التنظيم الدولي، وانتشار المنظمات الدولية بحيث لم يعد للسيادة مفهومها المطلق كان في الماضي، بل أصبحت الدول تتمتع بحقوق قانونية كما تمارسها وفق الحقوق المعترف بها وفقا للقواعد القانون الدولي، ومن ثم فإن هذه الحقوق أصبحت أقرب إلى الاختصاص منها إلى الحقوق المطلقة. ^(٤٥)

الفرع الثالث

نشأة السيادة

أولاً: السيادة في العصر القديم

إن السيادة في العصر القديم نشأت وترعرعت في تلازم مع السلطة السياسية، ويستدل على ذلك من الدراسة العميقة لمصادر السلطة والزامية هذه السلطة في الدول القديمة، كاليونان الصين مصر وبلاد الرافدين، إذ يرى بعض أن الفقه ان الاصول التاريخية للسيادة ترجع الى الحضارات القديمة التي نشأت في وادي الرافدين ووادي النيل ووادي السند والتي كانت تضم ممالك على قدر من التنظيم السياسي ^(٤٦)

فقد كانت السلطة تغلب عليها خاصية القداسة وتختلط بالمعتقدات الدينية، وكان الخضوع للحاكم من قبل الخضوع لإرادة الآلهة وأحكام الدين، فالإغريق القدامى تعمقوا في العلوم السياسية أكثر من غيرهم وعرفوا السيادة بصورتها الداخلية والخارجية، ومنهم أرسطو الذي اعتبر السيادة سلطة عليا في داخل الدولة، وأفلاطون قد اعتبرها لصيقة بالحاكم، ونظرا لكون اليونان قد تكونت من عدد من الدول المستقلة فإن مفهوم السيادة آنذاك كان يعني حق تقرير المصير بالمفهوم الحالي، أما الرومان فقد عرفوا السيادة بأفكار عن الشعب الحر و الأمة المستقلة فقد كانت تعرف السيادة بمفهوم الحرية والاستقلال والسلطة ^(٤٧).

السيادة في العصر الوسطى تغير مفهوم السيادة في العصور الوسطى بظهور المسيحية واعتناق الرومان لها حيث حاولت الكنيسة أحكام قبضتها على السلطة السياسية على اعتبار ان البابا لديه تفويض الهي لحكم البشر عبر القانون الإلهي الذي يسمو على القانون الطبيعي، وقد ترتب على هذا الازدواج في السلطة نشوء صراع مبرير بين سلطان الإمبراطور من جهة و سلطان البابا من جهة أخرى، وقد دام هذا الصراع طيلة العصور الوسطى ^(٤٨).

^{٤٣} رابحي لخضر ، مصدر سابق، ص ٢٤٤

^{٤٤} غرداين خديجة، مصدر سابق، ص ٥٠

^{٤٥} رابحي لخضر ، مصدر سابق، ص ٢٤٥

^{٤٦} د. لقمان عثمان احمد علي، مصدر سابق، ص ٢٦

^{٤٧} غرداين خديجة، مصدر سابق، ص ١٧

^{٤٨} د. لقمان عثمان احمد علي المصدر السابق، ص ٢٨

ثانيا: السيادة في عصر النهضة

إن الانتقال لعصر النهضة يعني العودة إلى القرن الخامس عشر الميلادي حيث قامت الدولة الحديثة على أنقاض النظام الإقطاعي، حيث أدى ضعف البابوية إلى إبراز فكرة السيادة وإعطائها مفهوماً جديداً، ومع بداية القرن السادس عشر وصلت فكرة الدولة كفكرة قانونية إلى مستوى مقبول من النضج بعد أن ساهمت في ذلك عوامل سياسية واجتماعية مختلفة واستطاعت أن تتحرر من راسب العهد إقطاعي وأصبحت السيادة ميزة أساسية للدولة وجزء من شخصيتها وكان هذا نتيجة عمل الملوك على تركيز السلطة في يدهم مستغلين مساوئ النظام الإقطاعي والوضع الاجتماعي للإنسان^(٤٩)

ومع تراجع سلطة مؤسسات الكنيسة الكاثوليكية والإمبراطورية الرومانية تمكنت الملكيات المركزية الطابع في فرنسا وانكلترا واسبانيا وغيرها من ادعاء امتلاك القوة المطلقة على إقليمها تحت مسمى السيادة واستخدمت كتابات المفكرين لمفهوم السيادة كتبرير للنظم الملكية بان ارادة صاحب السيادة ينبغي أن يخضع لها الجميع.^(٥٠)

ساعدت تلك العوامل الملوك على تركيز السلطة السياسية في يد شخص الملك بحيث لا توجد سلطة أخرى أعلى في مملكته أو توازيه وهو ما عبر عنه بفكرة السيادة وهكذا كانت الدولة الإنجليزية سبقة في إعلان استقلالها عن الوصاية البابوية ثم لحقتها فرنسا وباقي الدول الأوروبية الأخرى، ولقد وجدت هذه الفكرة صداها لدى الفقه إذ كان من دعائها على مستوى إيطاليا - ميكافلي - الذي نادى في مؤلفه الأمير - Le Prince بنظرية الأمير المستبد وأيده في ذلك الفقيه - جان بودان على مستوى فرنسا بمبادئه بمبدأ السيادة والتي يمكن اعتبارها السند القانوني لتدعيم سلطة الملوك والذي ضمنه في مؤلفه - الكتب الستة للجمهورية - Les six livres de la république.^(٥١)

ثالثاً: السيادة في العصر الحديث

تطرقت النظريات الحديثة في القرن التاسع عشر لمفهوم السيادة، واختلفت في بيان فلسفتها لهذا المفهوم بحسب فلسفة المجتمعات التي انطلقت منها تلك النظريات.

فالنظرية الماركسية تطالب بإلغاء السيادة عن طريق القضاء على الدولة البرجوازية ، والتي تستخدم صفات السيادة لإخضاع الشعب لصالح تأمين مصلحة الطبقات الحاكمة على حساب الاكثرية الكادحة، ونقل السيادة لصالح ديكتاتورية البروليتاريا تمهيدا لخلق المجتمع الشيوعي، لكنها تعرضت للنقد كون تعددية المجتمع الحديث لا ينسجم مع وحدانية نظرية السيادة اما النظرية الواقعية وبحسب منظورها الواقعي فان سيادة الدولة مطلقة و لايجب المساس بها، لأن ذلك يعدّ تدخلا في شؤونها الداخلية، ثم وضعوا حالات استثنائية للمساس بسيادة الدولة و تمثل في حالات الدفاع الشرعي، وتطبيق قواعد الأمن الجماعي، فضلاً عن النظرية الفردية فتقوم على أساس فكرة كون الفرد له حقوق وجدت منذ وجوده ، و أن الدولة لم تنشأ الا لحماية حقوق الافراد بالتالي فان سيادة الدولة ليست مطلقة، وما يؤخذ على نظرية الحقوق الفردية

^{٤٩} غرداين خديجة، مصدر سابق، ص ١٩

^{٥٠} داود حسين احمد العكدي، اثر السيادة والرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية، مطبعة الشاملة العراق الموصل ٢٠١٣، ص ١٣
^{٥١} أحمد وافي، الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان ومبدأ السيادة رسالة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠١٢، ص ١٩.

أن الفرد لا يمكن أن يعيش بمعزل عن الجماعة. وهذه هي أهم النظريات في العصر الحديث، حيث تطورت السيادة بشكل مختلف وبرزت بمفهوم جديد مختلف عن كل العصور السابقة وهي تقترب من مفهومها في العصر الحالي

رابعاً: السيادة في العصر المعاصر

تطورت السيادة مع مرور الزمن وطراً على مفهومها تغييرات كثيرة في نهاية القرن ١٩ حتى وصلت إلى شكلها المعاصر، واحتلت المركز في لغة السياسة وأصبحت السيادة صفة قانونية للدولة، ويتفق الفقه ان السيادة اما مقيدة أو نسبية الأمر الذي صور السيادة في القواعد الدولية المعاصرة على أنها مجموعة الحقوق والسلطات المحدودة للدولة والملاحظ في الوقت الراهن أن نطاق السيادة الوطنية يتناقص لحساب نطاق القواعد الدولية وحقوق الإنسان عن طريق السلطات القانونية الممنوحة للمنظمات الدولية المختلفة خاصة الأمام المتحدة ومنظمات حقوق الإنسان الأمار الذي يبعث على القول بأن الدول تتفاوت في السيادة وفقاً لما تتمتع به هذه الدول من سلطات وهيبة وقوة في المجتمع الدولي، وفي العصر الحالي ارتبط مفهوم السيادة بالتطور الحاصل في المجتمع الدولي وارتبط مستقبل السيادة بالعولمة.

المطلب الثاني

موقف الفقه والتنظيم الدولي المعاصرين من السيادة

إن السيادة يمكن ان تقرأ من الناحية الفلسفية قراءة سياسية تدور مع الاستقلال فتمثل قدرة السلطة في الدولة بالتصرف دون توجيه و أوامر من جهات أخرى، وهي أيضا مفهوم قانوني يشير إلى القوة العليا النهائية، فلكل دولة هيئة أو جهاز ذو سيادة لديه القوة العليا التي تخوله حق ترجمة إرادة الدولة إلى صيغ قانونية نافذة، وللفقه المعاصر مواقف متباينة من السيادة ، إذ قسمنا هذا المطلب على الفرعين نبيين في الفرع الأول موقف الفقه المعاصر من السيادة ، اما الفرع الثاني فنبين دور التنظيم الدولي في الطبيعة القانونية للسيادة.

الفرع الأول

الخلاص الفقهي حول الطبيعة القانونية للسيادة

يتنازع الفقه المعاصر اتجاهين رئيسيين حول مدى أهمية التمسك بمبدأ السيادة في إطار العلاقات الدولية حيث يذهب اتجاه الى ضرورة التمسك بمبدأ سيادة الدول وتعزيز دوره لأنه يشكل سمة أساسية لسلطة الدولة. ويرى الاتجاه الثاني ضرورة التخلي عن هذا المبدأ لأنه عائق أما تطور القواعد الدولية حيث أن فكرة السيادة تتعارض وفكرة أي تنظيم قانوني للجماعة الدولية ويصبح معه وجود القانون الدولي أمراً مستحيلاً في وسط فوضى السيادة. وسنبين في هذا الفرع الاتجاه الفقهي المؤيد لمبدأ السيادة والاتجاه الفقهي المعارض لمبدأ السيادة فيما يلي:

أولاً: الاتجاه الفقهي المؤيد لمبدأ السيادة

يذهب انصار هذا الاتجاه الى ان السيادة كانت ومازالت حاجة اساسية للمجتمع الدولي لانها كفكرة قانونية تعد أساس القانون الدولي القائم على وجود الدول ذات السيادة، فليس مبدأ المساواة بين الدول هي

أساس القانون الدولي وانما مبدأ سيادة الدول فتبقى سيادة الدولة فكرة اساسية في تطور العالم المعاصر تحدد قانونا رغبات الدولة المختلفة لحماية استقلالها وطموح الشعوب بتعلقها بإتباع تأكيد حقها في تقرير مصيرها، وظهر الاتجاه المؤيد للسيادة مع ظهور الثورة الأمريكية وحروب الاستقلال عام ١٧٧٦م حيث ظهر من الفقهاء من يؤيد وجود السيادة واستمرارها باعتبارها سمة للدولة وتقتزن بها^(٥٢). وأكد الدستور الفرنسي على ان السيادة والاستقلال للشعوب في علاقاتها الواحدة بالأخرى بغض النظر عن عدد السكان او المساحة الإقليمية وكل شعب هو صاحب السيادة على إقليميه^(٥٣). قام الشعب الفرنسي بهدم المشهد السياسي لبلاده وإعادة بنائه من جديد، فاقتلوا جذور مؤسسات العصور القديمة التي كانت متمثلة في الملكية المطلقة والنظام الإقطاعي وكسابقتها الثورة الأميركية، فقد تأثرت الثورة الفرنسية بمثل عصر التنوير، وتحديدًا بمفاهيم سيادة الشعب و الحقوق الثابتة وعلى الرغم من أن الثورة الفرنسية لم تتمكن من تحقيق كامل أهدافها وتحولها في كثير من الأحيان إلى فوضى عارمة وصراعات دموية أليمة، إلا أنها مثلت دوراً حاسماً في تشكيل الشعوب الحديثة، وذلك من خلال تجليها للعالم عن القوة الكامنة في إرادة الشعب^(٥٤).

ثانياً: الاتجاه الفقهي المعارض لمبدأ السيادة

ينطلق هذا الاتجاه من عقيدة تقول بان التنظيم الدولي بشكله الحالي يتناقض مع مبدأ السيادة لان المنظمات الدولية تعنى وجود هيئات وقواعد تعلق فوق الدول، وعلى الدول احترام هذا وبالتالي لا مجال للقول بمبدأ السيادة لأن القول به في مجال العلاقات الدولية يعني تراجع احكام القانون الدولي وتخلف التنظيم الدولي كما يذهب البعض الى ان الدولة ليست غاية في حد ذاتها بل هي وسيلة لتحقيق غاية وهي سعادة الرعايا الذين يقيمون على اقليمها، وترتب على ذلك نتيجة مهمة هي أن معيار السيادة معيار خاطئ من الناحية القانونية في المجالين الداخلي والخارجي لأنه يعطي السلطة اختصاصاً مطلقاً تظهر بموجبه على أنها إرادة لا تخضع لأي إرادة أخرى حتى القانون، لذا فهي فكرة تتعارض مع الفكر السليم للدولة حيث انها في جميع تصرفاتها تخضع للقانون سواء على الصعيد الداخلي او الدولي^(٥٥).

كما ان نظرية السيادة لا تتفق مع التطورات الجديدة للقانون الدولي في الاتجاه بإخضاع الدول سلطة عليا وقيام نظام امن جماعي وآخر للتنمية الاقتصادية الدولية في إطار الأمم المتحدة، كما أنها لا تتسجم مع تدخل القانون الدولي لحماية حقوق الإنسان^(٥٦).

ويذهب هذا الفريق الى الطعن بفكرة السيادة من حيث ان تطور القانون الدولي قد جعل فكرة السيادة غير صحيحة من وجهة النظر القانونية، ومعاكسة للحقيقة الاجتماعية وخطيرة من حيث نتائجها العملية التي تترتب عليها^(٥٧).

^{٥٢} ابراهيم محمد صالح نعيم تدويل مظاهر السيادة ودوره في حفظ السلم والأمن الدوليين، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون والسياسة، جامعة دهوك ٢٠٠٨، ص ٦٧.

^{٥٣} ينظر: المادة (١٠) من الدستور الفرنسي سنة ١٧٩٥

^{٥٤} ينظر: الثورة الفرنسية... نقطة التحول الأبرز في التاريخ الأوروبي الحديث مقال منشور على شبكة الانترنت الموقع التالي:

<http://www.syr-res.com/article/11082.html>

^{٥٥} ابراهيم محمد صالح نعيم تدويل مظاهر السيادة ودوره في حفظ السلم والأمن الدوليين، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة دهوك ٢٠٠٨، ص ٦٩.

^{٥٦} عبد الكريم علوان، القانون الدولي العام المبادئ العامة للقانون الدولي المعاصر، ج ١، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ٣٧٦.

^{٥٧} د. عامر عبد الفتاح الجومرد، المرجع السابق، ص ١٦٠.

الفرع الثاني

موقف التنظيم الدولي المعاصر من السيادة

لا يمكن انكار الدور الذي يلعبه التنظيم الدولي في مجال تطوير القانون الدولي، وقد كانت السيادة أحد المبادئ العامة التي عرفت العلاقات الدولية، حتى قبل قيام الأمم المتحدة، وفي بداية القرن العشرين سار القضاء والفقه الدولي نحو الأخذ بسيادة الدولة في حدود الضوابط الشرعية تأسيساً على مبدأ السيادة النسبية في إطار القانون الدولي المعاصر، وتحول المجتمع الدولي عما كان يعرف في عدة مراحل، وخلال هذه المراحل تحول أيضاً المفهوم الحديث لفكرة السيادة الدولية المحدودة، وسنبين في هذا الفرع السيادة في عهد عصبة الأمم ومن ثم نبين السيادة في ظل الامم المتحدة.

أولاً: السيادة في عهد عصبة الأمم

أثناء نشوب الحرب العالمية الأولى عام ١٩١٩م فكر الرئيس الأمريكي (ويلسون) في إنشاء منظمة دولية تقوم على تحقيق الأمن الجماعي، وكانت خطته تهدف لإنشاء عصبة الأمم مستنداً إلى وجود دول أيضاً محبة للسلام، وقدم في هذا الشأن مشروعاً المشكل من النقاط الأربع عشر والذي عرف بمشروع (ويلسون) والذي تضمن مبدأ حق تقرير المصير، وقد ابتكرت عصبة الأمم نظاماً متكاملًا لتحقيق السلم الدولي وتسوية النزاعات ودياً ونزع السلاح وم تضمنين عهد عصبة الأمم اعترافاً بوجود احترام سيادات الدول وهنا يتضح أن العصبة أقرت بالسيادة كحق للدول لكنه يخضع لأحكام القانون الدولي^(٥٨).

ثانياً: السيادة في ظل الأمم المتحدة

أكد ميثاق الأمم المتحدة على مبدأ السيادة حيث نصت الفقرة (١) من المادة (٢) من الميثاق : (تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها) (٣)، إلا ان الميثاق أعطى أولوية للالتزامات الواردة فيه على التزامات الدول مع بعضها، ومعنى ذلك أنه لا يجوز لأي دولة أن تبرم اتفاق دولياً تتعارض أحكامه مع القواعد والأحكام الواردة في ميثاق الأمم المتحدة، أي بمعنى آخر، يعد خرقاً للقانون الدولي والشرعية الدولية^(٥٩). وأكد الأمين العام للأمم المتحدة السابق بطرس غالي أن مبدأ " السيادة المطلقة الذي كان سائداً منذ قرون لم يعد قائماً وأنه من المقتضيات الفكرية الرئيسية في زمننا هذا أن نغير في التفكير في مسألة السيادة، لا من أجل إضعاف جوهرها الذي له أهمية حاسمة في الأمن والتعاون الدوليين وإنما بقصد الإقرار بأنها يمكن أن تتخذ أكثر من شكل وتؤدي أكثر من وظيفة هذا المعنى الجديد يعد انعكاساً متزايداً له مع التوسع التدريجي للقانون الدولي" وبالرغم من استقرار المجتمع الدولي المعاصر على الأخذ بمبدأ السيادة النسبية، هناك اتجاه يرى فكرة السيادة في طريقها للزوال بتأثير المتغيرات الجديدة لتحل محلها فكرة المصلحة العالمية للمجتمع الدولي خاصة بعد نهاية الحرب الباردة وتزايد الأدوار التي تمثلها الأمم المتحدة من خلال مجلس الأمن على حساب مبدأ السيادة والاختصاص الداخلي، ولعل مجرد إلقاء نظرة على مسرح السياسة الدولية يكشف عن مظاهر تآكل السيادة وعن عمليات التدخل التي أصبحت إحدى تقاليد النظام العالمي الجديد، وأصبح هناك نظرية دولية جديدة تتجه نحو تدويل السيادة^(٦٠).

^{٥٨} غرداين خديجة، مصدر سابق، ص. ٣٠

^{٥٩} ينظر المادة (١٠٣) من ميثاق الأمم المتحدة ١٩٤٥

^{٦٠} غرداين خديجة، مصدر سابق، ص ٤٠.

المبحث الثالث

آثار التدويل على السيادة

السيادة والتدويل مفهومان متعارضان ولا بد لأحدهما أن يؤثر في الآخر وأن ما تفقده الدولة من اختصاصات وصلاحيات من المنتظر أن يكسبه فاعلون آخرون أصبحوا شركاء في هذه السيادة مثل المجتمع الدولي.

وسنبين في هذا المبحث بعض آثار التدويل على سيادة الدول في ثلاثة مطالب يخصص المطلب الأول لأثر التدويل على السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية في الدولة، وفي المطلب الثاني نتناول أثر حقوق الإنسان على السيادة ونبين في المطلب الثالث أثر التدويل على مظاهر السيادة المتمثلة بمظاهر السيادة الخارجية ومظاهرها الداخلية.

المطلب الأول

أثر التدويل على السلطة التنفيذية والتشريعية

من الأركان الأساسية للدولة (السلطة) والتي تعدّ الركن الثالث إلى جانب الإقليم والشعب، وانتقاص السلطة يؤثر على السيادة في الدولة، حيث أن السيادة صفة أساسية من صفات السلطة، وتأثير التدويل على السيادة ككل يمتد بطبيعة الحال إلى صفات السيادة وأبجديتها والتي من أهمها السلطة العامة في الدولة، وأكثر وضوحاً لذلك التأثير نجده في السلطتين التنفيذية والتشريعية، وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أثر التدويل على السلطة التنفيذية

تمثل الديمقراطيات الحديثة دوراً بالزام الدول بتوفيق أنظمتها السياسية مع القواعد الجديدة التي تطالب الحكومات باتخاذ القرارات المناسبة، ولقد ولدت السلطة التنفيذية في التقليد الملكي، من خلال إدارة الملك للوحدة السياسية الخارجية للبلاد ويتمثل دورها في تسيير العلاقات الدولية من خلال منح رئيس الدولة أو الحكومة وظيفة تمثيل الدولة على الصعيد الدولي، وتستلزم السلطة التنفيذية اختصاص إلزام الدولة على الصعيد الدولي. وهذا ما يظهره التدويل من خلال امتداد اختصاص السلطة التنفيذية بسبب تكثيف العلاقات الدولية المعاصرة وهذا ما يسهل إجراءات عقد المعاهدات الدولية وزيادة انعدام الشكلية التي تميز القانون الدولي من جهة أخرى.

لقد أدى التدويل إلى وجود ثنائية سلطة إلزام الدولة أي إضعاف دور الهيئات المركزية للدولة فأصبحت هنالك كيانات دون الدولة أو قوة الدول تزام الدولة في المشاركة في الحياة الدولية.

كما برز دور كبير للمنظمات الدولية وتأثيرها على السلطة التنفيذية داخل الدولة بعد عولمة الاقتصاد ووسائل الاتصالات وتزايد الترابط السياسي والثقافي بين الدول إلى عمل متصاعد للمنظمات الدولية ونهونها بعد عام ١٩٤٥م^(١)، وقد شكل مظهراً لتطور المجتمع الدولي وانعكس على الداخلية للدولة لأعضاء من خلال تضمين مواد قانونية نحيل حقوق سيادية إلى منظمة دولية، وتأثرت السلطة

^١ميلود بن غربي، مصدر سابق، ص ٤٦

التنفيذية كذلك بشكل إيجابي من تدويل الدساتير من خلال التعبير عن إرادة الدولة على الصعيد الخارجي، عدا أن بروز دور المنظمات والمجموعات دون الدولة قد أثر على امتداد دور السلطة التنفيذية^(٦٢)

الفرع الثاني

أثر التدويل على السلطة التشريعية

يقوم المشرع الوطني على صياغة القواعد التشريعية ومع التطور القانوني فإنها قد لاقت تعديلاً بصورة كلية نتيجة اتجاه الدول إلى تنظيمها بصورة مشتركة بحيث ضاق تدخل المشرع في صنع المعايير الدولية، بذلك نرى أن نشاط المشرع قد وجه من قبل المعاهدات الدولية التي أبرمتها، حيث تقوم السلطة التشريعية - غالباً بالتصديق على المعاهدات، مع الأخذ أن بعض النظم الدستورية تعني الحق في تصديق المعاهدات لرئيس الدولة، وإذا ما صادقت الدول على تلك المعاهدات بأنها ملزمة بتعديل تشريعاتها الداخلية بما يلائم تلك المعاهدة التي صادقت عليها وألزمت نفسها بها، ولا يحق لها التذرع بعدم الاستجابة لتلك المعاهدات بعد تصديقها، كون الحكمة من التصديق هو إعطاء السلطة التشريعية مهلة لإبداء رأيها بالمعاهدة، وبما أنها وافقت وصادقت تلك المعاهدة فتكون قد ألزمت نفسها بضرورة تناسب تشريعاتها الداخلية مع بنود المعاهدة.^(٦٣)

إن تدويل العمل التشريعي يقوم على ضرورة تنظيم مسألة جديدة أو تعديل منهج يتناول مسألة من خلال دراسة مجموعة الالتزامات الدولية التي تربط الدول في هذا الميدان، ومن أبرز الأمثلة على ذلك في فرنسا وإصدار مجلس الدولة الفرنسي اجتهادات حول تعديلات تشريعية مثل الانضمام إلى بعض الاتفاقيات وملاءمتها واستشارتها حول مشاريع القوانين التي يجيز الانضمام أو المصادقة على المعاهدات أو الاتفاقيات المتعددة في ظل المادة (٥٣) من الدستور.^(٦٤)

لقد وجدت السلطة التشريعية نفسها في قوقع تنافسي مع القانون الدولي لمعالجة الأوضاع الفردية والجماعية من ناحية واحتواء هذه المعاهدات وتلك الصكوك، في بعض الأحوال على قواعد قانونية لمعالجة مسألة ما تخلو منها الأنظمة القانونية المختلفة للدول أو يتعارض مع قواعدها التي تعالج ذات المسألة من ناحية أخرى، وقد وجدت الدول نفسها في وضع صعب عندما جابهتها ضرورة الاندفاع نحو التنظيم الدولي وذلك بعد أن اتضح أن نظامها بوحده لا يكفي لمواجهة ظروف العصر الحالي، وبالتالي مستضل عاجزة بمفردها عن مواجهة المشاكل الأساسية الحالية للجنس البشري حيث أن هذا التنظيم سيساهم في تدويل مظاهر سيادتها رعاية للمصالح المشتركة للمجتمع الدولي.

وقد عبر الأمين العام السابق للأمم المتحدة بصورة واضحة عن تأثير التدويل على سيادة الدول وتشريعها الداخلي بقوله: أن احترام صميم سيادة الدولة وسلامتها هو أمر حاسم لتحقيق أي تقدم دولي مشترك، بيد أن زمن السيادة المطلقة انتهى، ومهمة قادة الدول اليوم هي^(٦٥) أن تفهم هذا الأمر، وإيجاد توازن بين حاجات الحكم الداخلي ومتطلبات عالم يزداد يوماً بعد يوم...^(٦٦)

^{٦٢} هيلين نورار، مصدر سابق، ص ٢٩

^{٦٣} ينظر : عصام العملية القانون الدولي العام، مكتبة السنهوري، ط١، بغداد، ٢٠١٤، ص ٧٠-٧١

^{٦٤} هيلين، تورار، مصدر سابق، ص ١٢٥

^{٦٥} إبراهيم محمد صالح نعمو، مصدر سابق، ص ١١٨

^{٦٦} د. بطرس غالي التقرير المقدم إلى مجلس الأمن في الجلسة المنعقدة في ٣٠/١/١٩٩٢

المطلب الثاني

أثر تدويل حقوق الإنسان والتدويل الاقتصادي على السيادة

منذ نشأة منظمة الأمم المتحدة ظهرت بوادر تدويل حقوق الإنسان خاصة من صوغ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وإبرام الكثير من الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة والاتفاقيات الاقتصادية التي ساعدت على تحسين التعاون والتبادل الاقتصادي، ومع انتشار التبادل التجاري وحركة الاستخبارات وظهور شركات متعددة الجنسيات فرض واقع حال لتدويل الاقتصاد الذي أدى إلى ضعف دور الدولة في التدخل بالاقتصاد، وسنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول أثر تدويل حقوق الإنسان على سيادة الدول ونخصص الفرع الثاني لأثر التدويل الاقتصادي على سيادة الدول.

الفرع الأول

أثر تدويل حقوق الإنسان على سيادة الدول

بدأت ظاهرة تدويل حقوق الإنسان منذ انشاء منظمة الأمم المتحدة وأضاف الربط الوثيق مسألة حقوق الإنسان بالأمن والسلم الدوليين مضاعفات جديدة على السيادة الوطنية بظهور التدخل الإنساني المسلح، الأمر الذي أثار جدلاً قانونياً واسعاً وهنا اصطدم حق الدولة في حماية سيادتها واستقلالها بحق المجتمع الدولي في حماية حقوق الإنسان مهما كلف الأمر^(٦٧).

ولقد مرت العلاقة بين حقوق الإنسان والسيادة بعدة مراحل تطور بحسب الضرورات العملية في المجتمع الدولي ودرجة تقدم مسيرة حقوق الإنسان بشكل عام وفي المجتمع الدولي بشكل خاص وبدأت المرحلة الأولى لهذه العلاقة بمفهوم ذي طبيعة هجومية لسيادة الدول وكان ذلك أبان مطالبة الشعوب بالسيادة والاستقلال باعتبارها ممارسة لمفهوم حقوق الإنسان وذلك للتخلص من السيطرة الاستعمارية، أما المرحلة الثانية للعلاقة فقد كانت مرحلة دفاعية لسيادة الدول وذلك في سبيل حماية الدول المتمتعة بها السيادة من التعرض للتدخل الأجنبي في شؤونها، أما المرحلة الأكثر تطوراً لهذه العلاقة فقد كانت مرحلة هجومية على السيادة من قبل حقوق الإنسان وكان ذلك من خلال تقييد السيادة لمصلحة حقوق الإنسان^(٦٨).

إذ يشترك القانون الدولي الإنساني الذي يعني بحقوق الإنسان في النزاعات المسلحة . القانون الدولي لحقوق الإنسان في تقييده لسيادة الدول حيث أن للدولة مطلق الحرية في اختيار وسائل وأساليب القتال أو في معاملتها لمن يقعون في تبعاتها من ضحايا الحروب والنزاعات المسلحة الدولية بل تكون ممارستها لسيادتها ضمن الحدود التي تقتضيها متطلبات الإنسانية^(٦٩).

وبالرغم من أن ميثاق منظمة الأمم المتحدة قد تضمن على غرار عهد عصبة الأمم الإشارة إلى مبدأ عدم تدخل المنظمة الدولية في المسائل التي تعد من حجم الاختصاص الداخلي للدول الأعضاء، إلا أنه

^{٦٧} خرداين خديجة، إشكالية السيادة والتدخل الإنساني، رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر، ٢٠١٥، ص ٦.

^{٦٨} باسيل يوسف سيادة الدول في ضوء الحماية الدولية لحقوق الإنسان أوطبي: مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، ٢٠٠١، ص ٨٨.

^{٦٩} نغم اسحق زيا دراسة في القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان اطروحة دكتوراه جامعة الموصل، ٢٠٠٤، ص ١٠٣.

من اللافت للنظر أن منظمة الأمم المتحدة كان لها دور أكبر في مجال تدويل حقوق الإنسان وإخراجها من قيد الاختصاص الداخلي للدول وجعلها محل اهتمام دولي.^(٧٠)

وقد سلكت منظمة الأمم المتحدة سلوكاً مغايراً عن مسلك عصابة الأمم فهي لم تعتبر المشكلات المتعلقة بحقوق الإنسان من الأمور الداخلية في هذا الإطار معياراً مرناً سمح لها بالتوسع في استبعاد أمور كثيرة من مجال الاختصاص الداخلي للدول الأعضاء، إذ ذهبت إلى أنه يكفي أن يكون الأمر المعروض عليها يثير اهتماماً دولياً حتى تكون مختصة بالنظر فيه.^(٧١)

وهذا ما شهدته السنوات في العقدين الأخيرين من ثورة في القانون الدولي بشكل مهم، والقانون الجنائي الدولي والدولي الإنساني بشكل خاص واضفاء الطابع الإنساني على القانون الدولي وحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة، وتجريم الفظائع المرتكبة بحقهم، وإبراز المسؤولية الفردية كأحدى مواضيع القانون الدولي، وتم خلال تلك الفترة تشكيل الكثير من المحاكم الوطنية والإقليمية ذات الاختصاص الدولي والمحاكم المختلطة أو الداخلية الدولية. من خلال تدويل المسؤولية الجنائية الفردية التي أدت بالمجتمع الدولي إلى التفكير في خلق آلية قضائية دولية لفرضها على المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية وتحقيق هدف حفظ السلم والأمن الدوليين، وكانت هذه الآلية تتمثل في إنشاء الدولية والمدولة ومعاقبة المسؤولين عن ارتكاب جرائم تمس الإنسانية المشتركة واستقرار المجتمع الدولي، إن تدويل المسؤولية الجنائية الفردية وإنشاء المحاكم الجنائية الدولية والمختلطة تشكل وجهاً مهماً ومتميزاً من أوجه تدويل حقوق الإنسان ومناقشتها للسيادة الدولية.

ومنذ ذلك الحين بدأت عالمية حقوق الإنسان لتتفرع شيئاً فشيئاً حاجاتها في زمن ضائع لتطرح نفسها ضمن الأفكار الكبرى التي تصوغ الفكر الإنساني وتحدد معالم قادمة للرأي العام العالمي، وهي تكسب كل يوم أرضاً جديدة، وقد بلغت قوتها المرجعية حداً حتى أن أولئك غير المقتنعين بها صاروا مضطرين إلى استخدامها وصارت غطاء مرجعياً لمعظم دعاة التغيير. أثر التدويل الاقتصادي على سيادة الدول

الفرع الثاني

إن لكل دولة سيادة كاملة ودائمة تمارسها بحرية على جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية ونشاطاتها الاقتصادية بما في ذلك امتلاكها واستخدامها والتصرف فيها.

لكل دولة الحق في:

أ- تنظيم الاستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها القومية وممارسة السلطة عليها.

ب تنظيم النشاطات الشركات غير الوطنية الداخلة في نطاق ولايتها الإقليمية والإشراف عليها.

ج- تأمين الممتلكات الأجنبية أو نزع أو نقل ملكيتها.

لقد تأثرت نشاطات الدول ذات السيادة في المجال الاقتصادي بعد تغيير مفهوم السيادة في العصر

الحالي.

^{٧٠} ينظر: المادة (٢) فقرة (٧) من ميثاق الأمم المتحدة ١٩٤٥

^{٧١} إبراهيم محمد صالح نعمو، مصدر سابق، ص ١٢٤

إن خضوع عقود الاستثمار للقانون الوطني للدول المتعاقدة هو ما توصلت إليه معظم الدول النامية والتي سعت جاهدة لتطبيعه في قانونها الوطني، إلا أن المستثمر لم يضع ثقته في قوانينها الشيء الذي دفعه إلى محاولة تدويل هذه العلاقة التعاقدية.

والدول النامية على إخضاع جميع ما على إقليمها من أموال وأشخاص ووطنيين وأجانب لقوانينها وقضائها كون سلطة القضاء من أهم مظاهر وسيادة الدولة الداخلية^(٧٢)

ويبقى كل طرف في عقد الاستثمار تطبيق القانون الذي يحقق له مصالحه لينظم العلاقة التعاقدية فالمستثمر الأجنبي الذي يكون عادة الطرف القوي أو المالك للتكنولوجيا يحاول دائماً تجاوز سيادة الدولة المتعاقدة، وذلك يؤدي إلى تدويل العقد إما بإخضاعه للقانون الدولي على أساس إرادة الأطراف أو على أساس اللجوء للتحكيم التجاري الدولي .

وغالبا ما تكون الغلبة للمستثمر الأجنبي خاصة في تلك الدول النامية التي تكون بحاجة إلى الاستثمار لتمويل وتقوية اقتصادها الوطني.

ومع تنامي ظاهرة الاستثمار العالمي أدت إلى انتشار الشركات المتعددة الجنسيات وتوسعها دولياً والتي تنامها دورها في عمليات تدويل الإنتاج ورأس المال وأصبحت ككيانات اقتصادية دولية لها المقدرة على التحكم في التجارة الدولية والتكنولوجيا من خلال عملية الخلق والابتكار التكنولوجي، بسبب ما تمتلكه من موارد وخبرات تمكنها من البحث والتطوير.

إن هذا الدور الجديد لتدويل الاقتصاد يتمثل بأيدولوجية تعطيل دور الدولة وتنحيها عن الحضور في النشاط الاقتصادي والاجتماعي، وأيدولوجية تعميق الطابع العالمي للرأسمالية وفق قوانين وإحلال السيادة الاقتصادية العالمية محل السيادة الاقتصادية الوطنية مؤدياً إلى بلورة فكر اقتصادي جديد معولم لا يأخذ بنظر الاعتبار مدى تقدم وتطور البلدان سواء أكانت متقدمة أن نامية وقدرة الأخير على تحمل مثل هكذا انفتاح أو انكشاف اقتصادي مع تراجع وتحجيم دور الدولة في الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية والآثار السلبية الناجمة عنه.

ونرى أنه لا يمكن الانسحاب الكامل للدولة من الحياة الاقتصادية عبر إنهاء القيود والإجراءات كافة وإطلاق العنان لتدويل الاقتصاد بالكلية وأن يمكن أن يصمم ذلك الدور بالشكل الذي يعطي للدولة إمكانية في الرقابة والإشراف والتنظيم في الحياة الاقتصادية، بما يضمن السيطرة على نشاطات المستثمرين والشركات المتعددة الجنسيات عبر سياسة مسك العصا من الوسط، وذلك يكسب المستثمرين وجذبهم عبر قوانين استثمار وسيلة التعامل ومن جهة أخرى المحافظة على سيادة نسبية للدولة لتحقيق التوازن والتناسب في التعاملات الاقتصادية.

^{٧٢}د. محمد بونس الصانغ المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة بالدول النامية في ظل القانون الدولي الحالي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الموصل، كلية القانون، ٢٠٠٥، ص ٤٢.

الخاتمة

تركز هذا البحث على بيان وتوضيح مفاهيم التدويل والسيادة ومن ثم بيان أثر التدويل على سيادة الدول، ويمكننا ادراج أهم الاستنتاجات التي توصلنا اليها من خلال بحثنا هذا مع أبرز التوصيات التي يمكن تقديمها.

الاستنتاجات:

- ١- التدويل نظام يمارس فيه حقوق الادارة شخص دولي جديد ذو ارادة مستقلة
- ٢- هناك العديد من المفاهيم التي تتأثر بظاهرة التدويل كالسلطات العامة في الدولة وحقوق الانسان، والعمليات الاقتصادية، وقد أظهر الواقع العملي أنه لا يوجد شيء ثابت فمتغيرات الحياة والواقع تفيد بانعكاس الأحوال. ينبثق عن كيان و ارادة الدولة المتعاقدة مجتمعة.
- ٣- تعتمد فكرة تدويل الاقتصاد على آلية الانفتاح الاقتصادي وحيادية الدولة وعدم تدخلها في الحياة الاقتصادية وانسحابها ليحل محلها القطاع الخاص المحلي أو الأجنبي.
- ٤- بالرغم من تمتع السيادة كمفهوم بالعديد من الخصائص التي تجعل منها سيادة واحدة، وغير قابلة للتجزئة ولا تخضع للتقادم ودائمة وتمتع بالصلاحية إلا أنها أمام تطور المجتمع الدولي، وكذا مجريات الحياة الدولية فقدت السيادة صلاحيتها، خاصة بعد وضع ميثاق الأمم المتحدة لاسيما مادته الثانية الفترة السابعة التي حددت المجال المحفوظ للدولة، لم تعد السيادة ذلك المفهوم المطلق الذي لا يتقيد بقيد.
- ٥- دور قواعد حقوق الإنسان في إظهار أهمية ظاهرة التدويل من خلال حماية حقوق الإنسان على الصعيد الداخلي والخارجي، كنتائج لظاهرة التدويل.
- ٦- يحدث التدويل تأثيرات متباينة في السلطات العامة في الدولة، ولحقوق الانسان اثره الاكبر، فضلاً عن الآثار الاقتصادية.

المصادر

أولاً: المعاجم والقواميس:

١. ابن منظور، لسان العرب ، الجزء الأول ، دار المعارف ، بيروت ١٩٨١٠
٢. المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، بيروت، ٢٠٠٠
٣. قاموس المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق، بيروت، دون تاريخ طبع
٤. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت ١٩٨١

ثانياً الكتب القانونية

١. د. احمد ابو الوفاء الوسيط في القانون الدولي العام، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ١٤٤٧
٢. د. أحمد أبو الوفاء الوسيط في قانون المنظمات الدولية، طه، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٨
٣. احمد عطية الله القاموس السياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.
٤. باسيل يوسف سيادة الدول في ضوء الحماية الدولية لحقوق الإنسان أبو ظبي مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، ٢٠٠١.
٥. د. داود حسين احمد العكدي اثر السيادة والرقابة الدستورية على المعاهدات الدولية مطبعة الشاملة، العراق الموصل ٢٠١٣
٦. د. عصام العطية ، القانون الدولي العام ، ط٤، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠٠١
٧. د. عبد الكريم علوان خضير القانون الدولي العام المبادئ العامة القانون الدولي المعاصر، ج ١، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٨.

٨. د. عبد الكريم علوان خضير الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الرابع، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٧.
٩. د. عصام العطية، القانون الدولي العام مكتبة السنهوري، ط١، بغداد، ٢٠١٤. د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، لبنان-بيروت ٢٠٠٧.
١٠. ميلود بن غربي مستقبل منظمة الأمم المتحدة في ظل العولمة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠٠٨.
١١. د. هادي نعيم المالكي، المنظمات الدولية، مكتبة البيان، ط١، بغداد، ٢٠١٣.
١٢. مسعود عبد السلام حجازي، كتاب الألفاظ والأساليب، ج ٣، القرارات التي صدرت عن الدورات من الخمسين إلى الخامسة والستين، القاهرة، ٢٠٠٠.
١٣. هيلين، تورار تدويل الدساتير الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ١٤

ثالثاً: المجالات والبحوث

١. د. خلف رمضان محمد الجبوري، السيادة في ظل الاحتلال بحث منشور في مجلة دراسات إقليمية السنة الثالثة، العدد السادس كانون الثاني ٢٠٠٧.
٢. د. عامر عبد الفتاح الجومرد السيادة مجلة الرافدين للحقوق كلية القانون، جامعة الموصل العدد الأول، السنة ١٩٩٦.
٣. د. عبد السلام حماش، دراسة في مفهوم التدويل واستخدامه في القانون الدولي العام مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد (٣٨)، العدد (٢)، الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي.
٤. علي عباس فاضل الساكني، العولمة ودور الدولة في البلدان النامية، بحث مقدم إلى قسم العلاقات الاقتصادية في الدائرة الاقتصادية لوزارة المالية العراقية، ٢٠٠٩.

رابعاً: الرسائل والأطاريح

١. إبراهيم محمد صالح نعمو، تدويل مظاهر السيادة ودوره في حفظ السلم والأمن الدوليين رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة دهوك، ٢٠٠٨.
٢. أحمد وافي، الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان ومبدأ السيادة، رسالة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر ٢٠١١.
٣. براش خليجة وعزون منيرة، عقود الاستثمار بين فكري التوطن والتدويل رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية الجزائر، ٢٠١٥.
٤. بن علي بدر الدين التدخل الإنساني وإشكالية السيادة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة - ، الجزائر ٢٠١٦
٥. رابحي لخضر التدخل الدولي بين الشرعية الدولية ومفهوم سيادة الدولة اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان ، الجزائر ٢٠١٥.
٦. عامر حادي عبد الله العدالة الانتقالية ودور اجهزة الامم المتحدة في ارساء مناهجها، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٦.
٧. غرداين خديجة إشكالية السيادة والتدخل الإنساني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان ، الجزائر، ٢٠١٥.
٨. د. محمد يونس الصائغ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة بالدول النامية في ظل القانون الدولي الحالي، أطروحة دكتوراه جامعة الموصل، كلية القانون ٢٠٠٥
٩. لقمان عثمان احمد تدويل السيادة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، ٢٠٠٠.
١٠. نغم اسحق زيا دراسة في القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، ٢٠٠٤.
١١. هاشم بن عوض بن احمد ال ابراهيم سيادة الدول بين مفهومها التقليدي وظاهرة التدويل رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط، الاردن، ٢٠١٣

خامسا: المواثيق والداستير والتقارير الدولية

١. ميثاق الأمم المتحدة ١٩٤٥
٢. ميثاق حقوق الدول وواجباته الاقتصادية الذي اعتمد في الدورة ٢٩ للجمعية العامة للأمم المتحدة أيلول ١٩٧٤.
٣. بطرس غالي، التقرير المقدم إلى مجلس الأمن في الجلسة المنعقدة في ٣٠/١/١٩٩٢ الدستور الفرنسي سنة ١٧٩٥

سادسا: مصادر شبكة الانترنت:

١. د. شاهر اسماعيل الشاهر، تصنيف الأقاليم السياسية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: www.democraticac.de/?P.. ٤٨٦٦٧
٢. د. صلاح الصاوي، نظرية السيادة واثرها على شرعية الانظمة الوضعية، ص ٦، متاح على شبكة الانترنت في الموقع الإلكتروني التالي:
www.elibrary.mediu.edu.my/books/MEDIU1928.pdf
٣. د. عبد الرحمن بوزير تدويل القانون الجنائي الكويتي، ورقة عمل مقدمة لندوة مجلة الحقوق، منشور على موقع الانترنت الآتي:
www.mod.gov.kw/cvs/html/ganonyah2.html.32k
٤. الثورة الفرنسية... نقطة التحول الأبرز في التاريخ الأوروبي الحديث، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.syr-res.com/article/11082.html>
٥. معجم المعاني، منشور متاح على الموقع الإلكتروني التالي:
www.almaauy.com/ar/dict/ar-ar/
٦. الموقع الرسمي لمكتب المفوض السامي للأمم المتحدة:
www.ohchr.org/AR
٧. معنى التدويل متاح على الموقع الإلكتروني التالي:
www.elaph.com/web/newsPapers/2012/12/781851.htm

سابعا: المصادر الأجنبية

1-The Oxford English Dictionary and Historical Principle,collected edited by the Philological Society vol.5(London :H.k. Sclarendon Press, 1978).



The Legal Concept of Strategic Investment Projects

Dr. Yasser Shaker Mahmoud

Lecturer

College of Law - University of Mosul - Mosul-Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 9 Sept., 2023

Accepted: 22 Oct., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 343-364

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

Dr. Yasser Shaker Mahmoud

College of Law - University of
Mosul - Mosul - Iraq

Email: yasirshakir.m@uomosul.edu.iq

Abstract

Strategic investment projects are a group of activities and operations of an investment nature in accordance with a plan announced by the National Investment Commission through carrying out strategic projects in one of the investment sectors to integrate production elements and encourage and organize investments of national and foreign capital with the aim of producing goods and services and obtaining financial and non-financial returns during a specific period of time. Investment projects aim to improve the investment climate, establish productive and distinguished projects, and devote and promote what is known as the strategic project culture, considering that it directs the elements of investment and the ability of companies and institutions to compete and grow in the future, which also affects their performance, then stating investment guarantees to encourage the Iraqi and foreign private sector to invest in strategic projects according to the legal and commercial concept. It is permissible to agree with the investors in these projects to resort to commercial arbitration (national or international) in accordance with an agreement concluded between the two parties that specifies the arbitration procedures.

Keywords: *projects, investment, authority, investment, arbitration*



المفهوم القانوني للمشاريع الاستثمارية الاستراتيجية



دراسة تحليلية

الدكتور ياسر شاكر محمود

مدرس

كلية الحقوق – جامعة الموصل – الموصل – العراق

المستخلص

تعد المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية مجموعة من الأنشطة والعمليات ذات الطابع الاستثماري وفق خطة تعلنها الهيئة الوطنية للاستثمار عبر القيام بمشاريع استراتيجية بأحد قطاعات الاستثمار لدمج عناصر الانتاج وتشجيع وتنظيم استثمارات رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية بهدف إنتاج سلع وخدمات والحصول على عوائد مالية وغير مالية خلال فترة زمنية معينة، وتعمل المشاريع الاستثمارية على تحسين المناخ الاستثماري وإقامة مشروعات منتجة ومتميزة وتكريس وترويج لما يعرف بثقافة المشروع الاستراتيجي على اعتباره يوجه عناصر الاستثمار وقدرة الشركات والمؤسسات على المنافسة والنمو في المستقبل مما يؤثر على أدائها أيضاً، ثم بيان ضمانات الاستثمار لتشجيع القطاع الخاص العراقي والأجنبي للاستثمار بالمشاريع الاستراتيجية وفق المفهوم القانوني والتجاري، ويجوز الاتفاق مع المُستثمر في هذه المشاريع على اللجوء إلى التحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم.

الكلمات المفتاحية: المشاريع، الاستثمارية، الهيئة، الاستثمار، التحكيم.

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/٩/٩

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/١٠/٢٢

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب – كركوك – العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution)

(CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام،

والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس: الدكتور ياسر شاكر محمود

(٢٠٢٣)

المفهوم القانوني للمشاريع الاستثمارية

الاستراتيجية

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

اولاً: التعريف بموضوع الدراسة

تعد المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية من بين الأدوات الفاعلة الى تهدف الى تشجيع القطاع الخاص العراقي والأجنبي للاستثمار في العراق وكلما كانت هذه المشروعات تتمتع بالأهمية البالغة والتأثير المباشر على حجم الإستثمارات مما استوجب تشكيل بموجب قانون الإستثمار (الهيئة الوطنية للاستثمار) تتمتع بالشخصية المعنوية، وتكون مسؤولة عن رسم السياسات الوطنية للاستثمار، وتختص بالمشاريع الإستثمارية الاستراتيجية ذات الطابع الاتحادي حصراً من خلال توفير التسهيلات اللازمة لتأسيس المشاريع الإستثمارية، وتعزيز القدرة التنافسية للمشاريع في الأسواق المحلية والأجنبية.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع وأهميته

١. الترويج لما يعرف بثقافة المشروع وتحسين المناخ الإستثماري للمشاريع الاستراتيجية للدفع نحو إقامة مشروعات منتجة ومتميزة على اعتبار أن الإستثمار يحدد مدى قدرتها على المنافسة والنمو في المستقبل.
٢. لم يظلم "القطاع" "الخاص" في العراق بالقيام بعمليات استثمار لمشاريع استراتيجية متوسطة أو كبيرة إنما سيطرة شركات "القطاع" "العام" على جميع قطاعات التجارة والاقتصادية.
٣. لبيان الآليات التي يتم من خلالها انهاء عمل المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية سواء تلك الآليات القانونية والإدارية.

ثالثاً: أهداف الدراسة

١. يهدف البحث الى بيان أثر المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية على تشجيع القطاع الخاص العراقي والأجنبي للاستثمار في العراق وما يتمتع به من ضمانات، ومدى قدرتها على تعزيز القدرة التنافسية للمشاريع في الأسواق.
٢. يمثل "الْحَكِيم" احدى وسائل تسوية منازعات المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية، فضلاً عن حالات إنهاء النزاع الذي يطبق عليها القانون العراقي، وحالات تسوية اخرى لمنازعات مشاريع الإستثمار الاستراتيجية.
٣. تبين الدراسة موقف قوانين الإستثمار ومدى إشارتها الى المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية باعتباره احدى آليات التنمية التجارية والاقتصادية.

رابعاً: مشكلة الدراسة

هناك قصور واضح في قانون الإستثمار العراقي في الاشارة الى المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية حيث لم يحدد خصائصها ونطاقها، وكيفية ممارسة نشاطها والية انهائها، بل اكتفى في المادة (٤) منه بالنص على أن الهيئة الوطنية للاستثمار بالمشاريع الاستثمارية الاستراتيجية.

لم يتناول الفقه المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية من الناحية القانونية بصورة يزيل الغموض عنها، ومن الناحية الواقعية نجد أن محافظة نينوى فيها العديد من المشاريع الإستثمارية، ولكنها شبه خالية من المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية وفق المفهوم القانوني والتجاري الواسع.

خامساً: تساؤلات الدراسة

١. هل أشار المشرع العراقي في "قانون" الإستثمار (١٣) لعام ٢٠٠٦ م المعدل الى المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية؟
٢. هل تطرق الفقه الى اساليب حل منازعات, وإنهاء المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية؟
٣. ما هي ضمانات التي تضمن للمستثمر وللمطور استثماره في المشاريع الإستثمارية؟

سادساً: نطاق الدراسة

يتمثل نطاق الدراسة فيما يأتي:

أولاً: النطاق الموضوعي يتمثل في تناول موضوع المفهوم القانوني للمشاريع الإستثمارية الاستراتيجية وما يشتمل عليه من صور, اما الشق الثاني لموضوع الدراسة تناول وسائل حل منازعات المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية وآليات انهاء نشاط هذه المشاريع. ثانياً: النطاق التشريعي فيقصد به قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ م المعدل, والقوانين المقارنة التي اشارت الى المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية. ثالثاً: النطاق الشخصي للدراسة المتمثل في اطراف المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية المتمثلة في المستثمر سواء الاجنبي والوطني, الموردين, والمطور, والجهات الادارية المختصة, ومكاتب الاعتماد.

سابعاً: منهجية الدراسة

تم اعتماد منهجية الدراسة على النحو الآتي:

سوف نتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي من خلال تناول ومناقشة نصوص القوانين, واءاء الفقهاء المختلفة ذات الصلة بموضوع الدراسة, كذلك اعتمد المنهج المقارن في هذه الدراسة بين كل من مشروع " قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ م المعدل, و قانون الإستثمار المصري رقم (٧٢) لعام ٢٠١٧ م و اللائحة التنفيذية لقانون الإستثمار المصري الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (٢٣١٠) لعام ٢٠١٧ م كلما أمكن ذلك.

ثامناً: هيكلية الدراسة

لأجل الإحاطة بموضوع الدراسة من جوانبه القانونية كافة سيتم تقسيمه على مبحثين, وكما يأتي: المبحث الأول: ماهية المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية قُسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ تناول الأول: ماهية المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية, بينما خصص المطلب الثاني: لأنواع المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية, ووضح المطلب الثالث: هيئات الإستثمار واهدافها. المبحث الثاني: أليات طرح المشاريع الاستراتيجية للاستثمار ووسائل تسوية منازعاته, وقسم الى مطلبين تناول الاول: أليات طرح المشاريع الاستراتيجية للاستثمار وضماناتها, ونستعرض في المطلب الثاني: وسائل تسوية منازعات المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية.

المبحث الاول

ماهية المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية

نستعرض في هذا المبحث ماهية المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية من خلال التعريف بهذا النوع من المشاريع من خلال استعراض آراء الفقهاء والقوانين, ثم نتناول انواع هذه المشاريع عبر الأنشطة التي تمارسها, والجهات التي تتبع لها هيئات الإستثمار واهدافها.

عليه قُسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب؛ تناول الأول: التعريف بالمشاريع الإستثمارية الاستراتيجية، وبين المطلب الثاني: انواع المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية وأصولها، وأوضح المطلب الثالث: هيئات الإستثمار وأهدافها.

المطلب الأول

التعريف بالمشاريع الاستثمارية الاستراتيجية

نبدأ بتعريف المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية لمعرفة ماهية هذه المشاريع والجهات التي تتكون منها والخصائص التي تتمتع بها، بناءً على ذلك تم تقسيم هذا المطلب على ثلاثة أفرع تناول الاول: تعريف مشاريع الإستثمار الاستراتيجية، بينما خصص الثاني: لأطرافها، واستعرض الثالث: خصائص هذه المشاريع.

الفرع الأول

تعريف مشاريع الاستثمار الاستراتيجية

أولاً: تعريف مشاريع الإستثمار الاستراتيجية فقهاً

١. عرفت المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية بأنها "مجموعة متكاملة ومترابطة من الأنشطة والعمليات ذات الطابع الإستثماري، يستهلك موارد محدودة (مالية، بشرية، طبيعية) لإنتاج سلع وخدمات بهدف الحصول على عوائد مالية وغير مالية خلال فترة زمنية معينة"، نلاحظ أن هذا التعريف بين أنشطة المشاريع وطابعها الاستراتيجي^(١).

وعرفها رأي آخر^(٢) بأنها كل هيكل تنظيمي مستقل مالياً في اطار قانوني واجتماعي معين هدفه دمج عوامل الانتاج من اجل الانتاج وتبادل السلع والخدمات مع الاخرين لغرض تحقيق نتيجة ملائمة ضمن شروط اقتصادية وتجارية تشجع الإستثمار، انتقد هذا التعريف لأنه يخلط بين المشاريع الإستثمارية والمؤسسات المالية.

وعرف أيضاً المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية بأنه عبارة عن منشأة تعمل على إنتاج السلع أو الخدمات أو تسويقها لإشباع حاجة أو رغبة معينة لدى أفراد المجتمع ، بهدف تحقيق الربح من خلال استخدام الموارد المادية والبشرية المتاحة^(٣).

وبناءً على ما تم ذكره يمكننا اقتراح التعريف الآتي للمشاريع الإستثمارية الاستراتيجية بأنها مجموعة من الأنشطة والعمليات ذات الطابع الإستثماري التي تقام بين الدولة او إحدى هيئاتها والمستثمر سواء الوطني أو الاجنبي لدمج عناصر الانتاج بهدف تشجيع وتنظيم استثمارات رؤوس الاموال الوطنية والأجنبية في القيام بمشاريع استراتيجية بأحد قطاعات الإستثمار خلال فترة زمنية معينة.

(١) تمجدين نور الدين، دور واهمية دراسات الجدوى في تقييم وتمويل مشروعات القطاع الخاص، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية العلوم الاقتصادية والتجارية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص ٧.

(٢) د. خالص نافع، خصوصية شركات الاستثمار المالي في التشريع العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد، ٢٧، العدد ١، ٢٠١٢، ص ١٥.

(٣) ابو عبد العزيز، مفهوم المشاريع الاستثمارية - مشاريع الأعمال، ص ١، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني التالي:

<https://hrdiscussion.com/hr102151.html>؛ تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٥٢.

ثانياً: تعريف مشاريع الإستثمارية قانوناً:

عرف المشرع العراقي في قانون الاستثمار^(٤) المشروع الإستثماري في بأنه: النشاط الاقتصادي المشمول بأحكام هذا القانون.

نلاحظ أن المشرع العراقي جاء تعريفه غير شامل للأنشطة التجارية واقتصره على الأنشطة الاقتصادية مما يعد نقصاً كان يجب الإشارة إليه هذا من ناحية ومن ناحية أخرى اصاب بعدم سرد القطاعات الإستثمارية المشمولة لترك الباب لشمول عدد أكبر من المشاريع.

عرفه المشرع المصري المشروع الإستثماري بأنه: مزاولة أحد الأنشطة الإستثمارية في قطاعات الصناعة والزراعة والتجارة والتعليم والصحة والنقل والسياحة والإسكان والتشييد والبناء والرياضة والكهرباء والطاقة والثروات الطبيعية والمياه والاتصالات والتكنولوجيا^(٥).

يلاحظ ان المشرع المصري اسهم في تعداد الأنشطة الإستثمارية واعتمد اتجاه وسط في تحديد المشروعات الإستثمارية ولم يعتمد الاتجاه المقيد الذي يفرض على المستثمر حضراً كلياً في الإستثمار بعدد من المشروعات مما يضر بالتنمية الاقتصادية ولم يأخذ بالاتجاه الواسع الذي يعمل على فتح الباب للاستثمار في جميع المشروعات الإستثمارية مما قد يؤدي إلى عدم سيطرة الدولة على مشروعاتها.

الفرع الثاني

أطراف المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية

تتكون المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية من أطراف عدة نستعرضها كما يأتي:

أولاً: المستثمر^(٦): ويشمل هذا المصطلح ما يأتي:

١. المستثمر الأجنبي: هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ومسجل في بلد أجنبي اذا كان الشخص معنوياً أو حقوقياً^(٧), وهذا المستثمر قد يكون شخص طبيعي أو اعتباري يوظف أمواله أو خبراته في مشروع استراتيجي بقصد الحصول على عوائد وفق لقانون الدولة المضيفة^(٨).
٢. المستثمر العراقي: هو الذي يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ومسجل في العراق اذا كان الشخص معنوياً أو حقوقياً^(٩).

(٤) المادة (١/ ف ٧) من قانون الاستثمار العراقي المعدل رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.

(٥) المادة (١) من قانون الاستثمار المصري رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧ المعدل.

(٦) المستثمر استخدام كل شخص طبيعي أو اعتباري مصرياً كان أو اجنبياً أياً كان النظام القانوني الخاضع له يقوم بالاستثمار في جمهورية مصر العربية وفقاً لأحكام هذا القانون, ينظر: المادة (١) من قانون الاستثمار المصري.

(٧) نلاحظ ان المشرع العراقي في المادة (١/ ط) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل استخدم كلمة معنوياً او حقوقياً مما يثار الخلط في المعنى وغموضه, فالشخصية القانونية اما تكون طبيعية او معنوية, ينظر: هفال صديق اسماعيل, المركز القانوني للمستثمر الأجنبي(دراسة تحليلية مقارنة) دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية, ٢٠١٤-٢٠١٥, ص ١٥.

(٨) د. احمد عبد الاله المراغي, دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة), المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية, ٢٠١٥, ص ٧٥.

(٩) المادة (١/ ي) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

ثانياً: المطور: كل شخص اعتباري يرخص له إنشاء منطقة استثمارية أو إدارتها أو تطويرها أو تنميتها وفقاً لأحكام هذا القانون.

ثالثاً: الجهات الإدارية المختصة: وتشمل الجهات الإدارية أو شركات المرافق العامة المختصة بإصدار الموافقات أو التصاريح أو التراخيص، وتشمل الوزارة أو الوزير المختص بشؤون الإستثمار^(١٠).

رابعاً: مكاتب الاعتماد الجهة التي يصدر الترخيص منها لصاحب المشروع بعد تتوفر فيها الخبرة اللازمة لممارسة هذا النشاط^(١١).

خامساً: شركة الإستثمار: وهي شركات مختلفة من حيث النشاط التي تقوم به ولا تقتصر شركات الإستثمار على المساهم في قطاع معين، وتهدف إلى الحصول على الربح^(١٢).

سادساً: الموردين: تلجأ شركة المشروع إلى بعض الموردين لتوريد بعض الآلات والمعدات اللازمة للمشروع في مرحلة المختلفة وفق عقد التوريد^(١٣).

الفرع الثالث

خصائص المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية

تتميز مشاريع الإستثمار الاستراتيجية بخصائص عدة ورد النص عليها في دليل إصدار الرخصة الذهبية للمشروعات الإستثمارية أهمها^(١٤).

أولاً: اسهامها في زيادة الصادرات من خلال تصدير جزء ما لا يقل عن ٥٠% من منتوجاته إلى الخارج، وذلك خلال مدة اقصاها ثلاث سنوات من تاريخ بدء مزاولة النشاط.

ثانياً: اعتمادها في التمويل على النقد الاجنبي المحول من الخارج عن طريق أحد البنوك الوطنية وفقاً للأحكام الواردة في قانون الإستثمار، وطبقاً للضوابط التي يحددها مجلس ادارة البنك المركزي.

ثالثاً: تستهدف تقليل الواردات وتوطين الصناعة وتعميق المكون المحلي في منتوجاته بحيث لا تقل نسبه المكون المحلي من الخامات ومستلزمات الانتاج في منتوجاته عن ٥٠% على ان تحتسب هذه النسبة بخصم قيمة المكونات المستوردة من تكلفة المنتج ان يقام في احد المناطق الاكثر احتياجاً للتنمية المحددة.

(١٠) المادة (١) من قانون الاستثمار المصري.

(١١) هناك شروط بشأن مكاتب الترخيص حددتها المادة (١٧) من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (٢٣١٠) لسنة ٢٠١٧ ونشرت بالجريدة الرسمية بالعدد (٤٣) لسنة ٢٠١٧، للمزيد من التفاصيل يراجع د. محمد علي سويلم، شرح قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ ولائحته التنفيذية في ضوء الفقه والقضاء، ط ١، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص ١٤٤-١٤٥.

(١٢) د. زايدي آمال، النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية (دراسة مقارنة)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٧، ص ٣١٩.

(١٣) د. طه محميد جاسم الحديدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل الـ (B.O.T) وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات هذه العقود، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٣، ص ١١٣.

(١٤) دليل إصدار الرخصة الذهبية للمشروعات الإستثمارية، منشور على الموقع الالكتروني التالي: <https://manshurat.org/content/diyl-sdr-lrkhs-ldhhby-llmshrw-tlsthmyr>، تاريخ الزيارة ٢٥/٥/٢٠٢٣؛ قرار مجلس الوزراء رقم ٥٦ لعام ٢٠٢٢ في مجال تطبيق حكم المادة (٢٠) من قانون الاستثمار المصري.

رابعاً: تساهم في نقل وتوطين التكنولوجيا والتقنيات الحديثة والمتطورة، ودعم الابتكارات والتطوير والبحث العلمي.

خامساً: تكون من المشروعات التي تهدف إلى تأمين سلع استراتيجية للبلاد والحد من استيرادها.
سادساً: تسهم في الحد من التأثير البيئي وخفض الانبعاثات الحرارية والغازية وتحسين المناخ وفقاً لما يقدره الوزير المختص بشؤون البيئة.

سابعاً: أن يكون من المشروعات كثيفة استخدام العمالة في المشاريع الإستثمارية، فضلاً عن كثافة استخدام العمالة الوطنية، أي يجب ألا يقل عدد العاملين في المشروع عن نسبة معينة في استمارة التأمينات الاجتماعية لدى صاحب المشروع أو لا تزيد تكلفة الأجور المباشرة من نسبة معينة من إجمالي تكلفة تشغيل المشروع^(١٥).

ثامناً: تتمثل هذه الخاصية في تكلفة المشاريع الإستثمارية الهائلة والتي تشمل الأراضي والمباني والمرافق والمعدات والاجهزة، واعداد دراسات الجدوى والاعلان واتعاب المحامين المصروفات الايرادية المؤجلة، وشراء الاصول المعنوية التي يمكن التنازل عنها او بيعها للغير كحقوق التأليف والامتياز والعلامة التجارية^(١٦).

تاسعاً: تمتع المشروع الإستثماري بالحوافز والمزايا والإعفاءات من خلال السماح بإنشاء منافذ جمركية خاصة لصادرات المشروع الإستثماري أو وارداته، وتحمل الدولة قيمة ما يتكلفه المستثمر لتوصيل المرافق إلى العقار المخصص للمشروع الإستثماري أو جزء منها، وكذلك لجزء من تكلفة التدريب الفني للعاملين، ورد نصف قيمة الأرض المخصصة للمشروعات الصناعية في حالة بدء الإنتاج خلال عامين من تاريخ تسليم الأرض وذلك بعد تشغيل المشروع. وتخصيص أراضي بالمجان لبعض الأنشطة الاستراتيجية وفقاً للضوابط المقررة قانوناً في هذا الشأن^(١٧).

عاشراً: المشاريع الإستثمارية تقوم بينها الحكومة الاتحادية: تقوم الحزمة في الدول بالمشاريع الإستثمارية لما لها دور في التنمية الاقتصادية.

المطلب الثاني

أنواع مشاريع الإستثمار الاستراتيجية وأصولها

تتكون مشاريع الإستثمار الاستراتيجية من انواع عدة تبعاً للأنشطة وحجم الاستثمارات التي تمارسها هذه المشاريع بناءً على ذلك سوف نتناول في الفرع الاول من هذا المطلب انواع مشاريع الإستثمار الاستراتيجية، ونبين في الفرع الثاني الاصول التي يتكون منها المشروع الإستثماري وفقاً لما يأتي:

الفرع الاول

انواع المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية

تتمثل أنواع المشاريع الإستثمارية الاستراتيجية فيما يأتي:

^(١٥) المادة (١) من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري؛ د. محمد علي سويلم، مصدر سابق، ص ٥٢-٥٣.

^(١٦) د. محمد علي سويلم، مصدر سابق، ص ٣٨.

^(١٧) المادة (١٣) من قانون الاستثمار المصري.

اولاً: مشاريع استثمارية أفقية: وهي استثمارات في جميع الفروع التي تنتج سلع مباشرة للشركة الأم، وتسمح للشركات والمؤسسة للحصول على حصص جديدة في السوق، وموقع استراتيجي استثماري مقارنة بالمنافسين.

ثانياً: مشاريع استثمارية عمودية: وهي استثمارات في مختلف مراحل تصميم وأنتاج وتسويق منتجاتها مما تسمح للشركات والمؤسسة بالحفاظ على موقعها التنافسي في حالة اشتداد المنافسة، وهذا ما يسمح لها باتباع استراتيجية استثمارية تسمى (الاندماج العمودي)^(١٨).

الفرع الثاني

الأصول التي تتكون منها المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية

يتكون رأس مال المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية مما يأتي:

اولاً: النقد المحول إلى العراق عن طريق المصارف والشركات المالية أو أية طريقة قانونية أخرى بهدف استثماره لأغراض هذا القانون، ويشترط النقود والأوراق المالية والأوراق التجارية الاجنبية لكي تعد رأس المال اجنبي ان يكون مالها قد جاء به من الخارج، ويشترط بالنسبة للنقل الاجنبي المحول عن طريق أحد البنوك المسجلة لدى البنك المركزي ان يتم تخصيص حصيلة هذا المبلغ في انشاء احد المشروعات الاستثمارية وفي المجالات التي يحددها القانون او التوسع في احد المشروعات القائمة، ومن ثم يتعين توجيه النقد الاجنبي المحول للحصول على السلع الاستثمارية كالعدد والادوات لتشييد المشروع او لزيادة طاقته الإنتاجية^(١٩).

ثانياً: الأموال العينية والحقوق المعنوية الموردة للعراق أو المشتريات من الأسواق المحلية بواسطة النقد المحول للعراق وهي:

أ - المكنان والآلات والمعدات والأبنية والإنشاءات ووسائل النقل والأثاث واللوازم المكتبية اللازمة، والمواد الأولية والمستلزمات السلعية لإقامة المشروع المستوردة من الخارج لأغراض الاستثمار لتعلم مثل هذه الأموال من مستلزمات المشروع الاستثماري الاستراتيجي المزمع إقامته او تلك اللازمة لإنشائه، لذلك يتوجب في هذه الاموال ان تكون لأغراض الاستثمار اي مرتبطة بالمشروع كان تكون لازمة لإنتاجه وتكوينه او لازمة لإدارته او صيانتها، كما يشترط ان تكون قد جاء بها المستثمر من الخارج، وان تكون في هذه الاموال الحادثة اي لم تستعمل من قبل وان تكون متناسبة مع التطور الحضاري والتقنيات الحديثة^(٢٠).

ب- الحقوق المعنوية التي تشمل براءات الاختراع والعلامات التجارية المسجلة والمعرفة الفنية والخدمات الهندسية والإدارية والتسويقية والتراخيص والأسماء التجارية المسجلة، والتصميمات الهندسية، والتكنولوجية وما في حكمها، وهي الحقوق المعترف بها والتي تستخدم في المشروعات الاستثمارية

(١٨) د. محمد علي سويلم، مصدر سابق، ص ٤١-٤٢.

(١٩) المادة (٢١) / اولاً) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

(٢٠) المادة (٢١) / ثانياً) ب) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

الاستراتيجية، وهي أموال تنتقل ملكيتها بالقيود في سجل رسمي معد في ذلك، ولا تخضع لقواعد الحيابة ونقل ملكيتها بالتسليم^(٢١).

ثالثاً: الأرباح والعوائد والاحتياطات الناجمة عن استثمار رأس مال في العراق في المشروع إذا تمت زيادة رأس مال هذا المشروع أو إذا استثمرت في مشروع آخر مشمول بأحكام هذا القانون^(٢٢)، وتشمل ارباح رأس المال الأجنبي المستثمر ومكاسبه إذا استكمل أو زيد بها رأس المال الأجنبي أو تم توظيفه في اقامة مشروعات استثمارية جديدة ومؤدى ذلك ان يكون رأس المال اجنبياً وطني المصدر مثل ارباح الناتجة عن مشروع استثماري أو اضيفت إلى المشروع نفسه المرخص به أو سيجري بالترخيص الجديد إعادة استثماره^(٢٣).

رابعاً: الأموال: جميع أنواع الأصول التي تدخل في المشروع الاستثماري أيأ كان نوعها وتكون لها قيمة مادية سواء كانت نقدية أو عينية أو معنوية، وتشمل الأموال الثابتة والمنقولة، وكذلك أي حقوق عينية أصلية أو تبعية أخرى، الأسهم^(٢٤) وحصص تأسيس الشركات، السندات غير الحكومية، حقوق الملكية الفكرية والحقوق المعنوية التي تستخدم في إنشاء المشروعات أو التوسع فيها، كبراءات الاختراع والعلامات والأسماء التجارية المسجلة في دولة من دول المنظمة العالمية للملكية الفكرية أو وفقاً لقواعد التسجيل الدولية التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية النافذة في هذا الشأن، الامتيازات أو العقود التي تمنح بمقتضى قوانين التزامات المرافق العامة والقوانين ذات الطبيعة المماثلة لها وكذلك جميع الحقوق المماثلة الأخرى التي تعطي بناء علي القانون^(٢٥).

المبحث الثاني

آليات طرح المشاريع الاستثمارية للاستثمار ووسائل تسوية منازعاته

تم تقسيم هذا المبحث على مطلبين تناول الأول: آليات طرح المشاريع الاستثمارية للاستثمار و ضماناتها، ونستعرض في المطلب الثاني: وسائل تسوية منازعاته.

(٢١) ينظر: د. منصور فرج السعيد، لنظام القانوني للاستثمار الاجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد -دراسة قانونية اقتصادية مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد (٣)، المجلد (٢٧)، ٢٠٠٣ ص ٢٧٣-٢٧٧؛ د. محمد علي سويلم، مصدر سابق، ص ٣٧-٣٩.

(٢٢) المادة (٢١/ثالثاً) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

(٢٣) ينظر: المادة (١) من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري.

(٢٤) علماً ان المشرع العراقي في قانون الاستثمار لم يسمح بتداول الاسهم لحاملها بالنسبة لشركات الاستثمار المالي والشركات المساهمة مما يعد عائقاً امام حركتها، فالسماح للاسهم لحاملها بالتداول سوف يعطي مرونة اكثر من تداول اسهم السندات وتسهيل عمليات الاستثمار، د. رواء يونس محمود النجار، مصدر سابق، ص ٣٧٢.

(٢٥) المادة (١) من قانون الاستثمار المصري؛ د. محمد علي سويلم، مصدر سابق، ص ٣٥.

المطلب الأول

آليات طرح المشاريع الاستراتيجية للاستثمار وضماناتها

قسم هذا المطلب على فرعين تناول الأول: آليات طرح المشاريع الاستراتيجية للاستثمار، واستعرض الثاني: ضمانات المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية.

الفرع الأول

آليات طرح المشاريع الاستراتيجية للاستثمار

تتمثل آليات طرح المشاريع الاستراتيجية للاستثمار فيما يأتي:
أولاً: آليات طرح المشاريع الاستراتيجية للاستثمار: تعلن الهيئة الوطنية للاستثمار^(٢٦) المشاريع الاستثمارية وفق خارطة استثمارية وعلى الموقع الرسمي لها عن فرص استثمارية استراتيجية كبيرة منها ومتوسطة وموزعة على العديد من القطاعات^(٢٧)، وتقديم المشورة وتوفير المعلومات والبيانات للمستثمرين وإصدار النشرات الخاصة بذلك^(٢٨).

تصدر الهيئة خلال تسعين يوماً من تاريخ العمل بهذا القانون وبعد التنسيق مع الجهات المختصة دليلاً يتضمن الشروط والإجراءات والمواعيد المقررة لتخصيص العقارات وإصدار الموافقات والتصاريح والترخيص المتعلقة بالأنشطة الاستثمارية الخاضعة لأحكام هذا القانون، ويتاح هذا الدليل من خلال الموقع الإلكتروني للهيئة ومطبوعاتها المختلفة وغيرها من الجهات، وتلتزم الهيئة بمراجعة هذا الدليل وتحديثه دورياً، وكلما دعت الحاجة إلى ذلك، في ضوء التعديلات التي تطرأ على التشريعات السارية في الدولة، كما تلتزم الجهات المختلفة بموافاة الهيئة خلال ستين يوماً على الأكثر من تاريخ العمل بهذا القانون بجميع البيانات والمستندات والنماذج اللازمة لإعداد هذا الدليل، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط اللازمة في هذا الشأن^(٢٩).

وتعمل الهيئة على تعزيز الثقة في البيئة الاستثمارية والتعرف على الفرص الاستثمارية وتحفيز الاستثمار فيها والترويج لها من خلال تبسيط إجراءات التسجيل والأجازة للمشاريع الاستثمارية ومتابعة المشاريع

(٢٦) الهيئة الوطنية للاستثمار: هي هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية ويمثلها رئيس الهيئة او من يخوله وتكون مسؤولة عن رسم السياسات الوطنية للاستثمار ووضع الخطط والأنظمة والضوابط لها ومراقبة تطبيق هذه الضوابط والتعليمات في مجال الاستثمار وتختص بها المشاريع الاستراتيجية ذات الطابع الاتحادي حصراً؛ ينظر: المادة (٤) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦؛ تقابلها المادة (٦٩) من قانون الاستثمار المصري.

(٢٧) أهم المشاريع الاستثمارية الاستراتيجية التي اعلنت من قبل الهيئة الوطنية للاستثمار كانت موزعة كالتالي: قطاع النفط والغاز/ ١١ فرصة، وقطاع الصناعة والمعادن/ ٣٠ فرصة، قطاع الكهرباء/ ١٢ فرصة، وقطاع النقل/ ٢٢ فرصة، وقطاع الصحة والتعليم/ ١٨ فرصة، القطاع التجاري/ ١٢ فرصة، وقطاع السياحة/ ١٠ فرص، والقطاع الزراعي/ ٨٨ فرصة، وقطاع العقار/ ٤ فرص، والمناطق الاقتصادية/ ٤ فرص؛ ينظر: الموقع الرسمي للهيئة الوطنية للاستثمار التالي: <https://investpromo.gov.iq/ar/newsticker/%> تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/٥.

(٢٨) ينظر: المادة (٩/ رابعاً) من قانون الاستثمار العراقي المعدل بموجب قانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥.

(٢٩) ينظر: المادة (١٩) من قانون الاستثمار المصري.

القائمة منها وأعطى الأولوية لها في الأجاز لدى الجهات الرسمية وأستكمال اجراءات اجابة طلبات المستثمرين وأستحصال الموافقات اللازمة للمستثمر والمشروع, وانشاء نافذة واحدة تضم مندوبين مخولين من الجهات الحكومية ذات العلاقة تتولى التوصية بمنح الاجازة الإستثمارية بعد الحصول على موافقة الجهات المعنية وفقاً للقانون^(٣٠).

وأجاز المشرع المصري^(٣١) للوزير المختص بشؤون الإستثمار التنسيق مع الوزارة او الوزارات المعنية إضافة قطاعات أخرى وفقاً لخطط التنمية الاقتصادية للدولة, وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون شروط ونطاق وضوابط مزاوله هذه الانشطة, وهذا النص اعطى للوزير المختص إضافة قطاعات أخرى للتنمية الاقتصادية كنوع من المرونة في تطبيق القانون ولائحته التنفيذية^(٣٢).

وفي اطار خطط التنمية الاقتصادية للدولة أو لأغراض استكمال الخريطة الإستثمارية يجوز للهيئة استخراج الموافقات او التصاريح أو التراخيص لإقامة النشاط على قطع الاراضي المخصصة للاستثمار قبل تخصيصها للمستثمرين.....^(٣٣), واخيراً وضع آليات تفعيل منظومة مركز خدمات المستثمرين, ومتابعة تنفيذها^(٣٤).

ثانياً: آليات التعاقد وفق قانون الإستثمار: تتبع الهيئة الوطنية للاستثمار الاجراءات التالية في التعاقد: اولاً: نصت المادة (٦) من قانون الاستثمار العراقي على ان تعتمد الهيئة المراسلات الالكترونية فضلاً عن المراسلات الاعتيادية بينها وبين الجهات الرسمية المتعلقة بعمل ونشاط الهيئة من خلال الشبكات المحلية او الشبكة الدولية وفق ضوابط تحددها الهيئة.

ثانياً: فيما نصت المادة (٧) من قانون الاستثمار العراقي على أن تقبل الهيئة طلبات إجازة الإستثمار للمشاريع التي لا يقل رأس مالها عن الحد الأدنى الذي يقرره مجلس الوزراء او مجلس وزراء الاقليم حسب الأحوال بنظام يصدر باقتراح من الهيئة.

ثالثاً: يجب على الهيئة استكمال موافقة مجلس الوزراء قبل منح الاجازة اذا كانت قيمة المشروع الإستثماري اكثر من مائتين وخمسين مليون دولار.

رابعاً: على الهيئة البت في طلبات إجازة الإستثمار في مدة لا تتجاوز (٤٥) خمسة وأربعين يوماً من تاريخ تقديم الطلب.

خامساً: تكون قرارات الهيئة بخصوص المشاريع الإستثمارية المقررة ملزمة لأغراض هذا القانون.

(٣٠) ينظر: المادة المادة (٩/ ثانياً- ثالثاً) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

(٣١) ينظر: المادة (١) من قانون الاستثمار المصري.

(٣٢) د. عرفات التهامي ابراهيم, أهم تشريعات الاستثمار في جمهورية مصر العربية, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٢-٢٠٠٣, ص ١١٨-١١٩؛ د. محمد علي سويلم, مصدر سابق, ص ٥٢.

(٣٣) ينظر المواد (٢٦) من قانون الاستثمار المصري بشأن نظام الاستثمار في المناطق الاستثمارية؛ ينظر: د. محمد علي سويلم, مصدر سابق, ص ١٤٣.

(٣٤) ينظر المواد (٢/٧٤) من قانون الاستثمار المصري.

الفرع الثاني

ضمانات أُمُشَارِيعِ اِلسْتِثْمَارِيةِ اِلسْتِراتِيجِيةِ

تتمثل ضمانات أنشطة مشاريع اِلسْتِثْمَارِ الاِستِراتِيجِيةِ فيما يأتي:
اولاً: السحب الإداري للترخيص أو الإجازة^(٣٥):

سحب الترخيص يراد به إنهاء القرار الإداري بأثر رجعي من تاريخ صدوره واعتباره كأن لم يكن وهذا يعني إن السحب الإداري هو كإلغاء القضائي من حيث الأثر إذ يترتب عليه إنهاء جميع الآثار القانونية المترتبة على القرارات الإدارية اعتباراً من تاريخ صدورهما، وفي هذا المجال يجب التمييز بين سحب القرارات الإدارية المشروعة وسحب القرارات الإدارية غير المشروعة، فالقاعدة العامة المستقرة فقهاً وقضاءً تقضي انه لا يجوز سحب القرار الإداري المشروع حمايةً لمبدأ المشروعية وضماناً للحقوق المكتسبة للأفراد ولضمان الاستقرار في الأوضاع القانونية، أما القرارات الإدارية غير المشروعة فالقاعدة تقضي بأن من واجب الإدارة أن تسحب قراراتها غير المشروعة في أي وقت إذا ما اكتشفت عدم المشروعية بنفسها أو بناءً على تظلم إحتراماً للقانون ولمبدأ المشروعية في العمل الإداري، وعدم المشروعية تعني إن القرار موضوع السحب معيب بأحد عيوب القرار الإداري كعيب الاختصاص أو عيب الشكل أو عيب السبب أو المحل أو الغرض والغاية^(٣٦).

الترخيص يصدر لمكاتب الاعتماد التي تتوفر فيها الخبرة اللازمة لممارسة هذا النشاط، ويجوز لطالب الترخيص (صاحب المشروع) أن يعهد الى هذه المكاتب المرخص لها من قبل أُلْهَيْئَةِ بفحص المستندات الخاصة بالحصول على الموافقات والتصاريح والتراخيص للزراعة لإنشاء المشروع اِلسْتِثْمَارِيةِ وتشغيله والتوسع فيه^(٣٧).

إذا ترتب عن نزاع بين الشركاء أو بين مالك المشروع والغير في مشروع يخضع لأحكام هذا القانون توقف العمل لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر يجوز للهيئة سحب الترخيص والطلب الى مالكي المشروع تسوية أمره خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر^(٣٨)، وكذلك عند مخالفة المستثمر لأحكام قانون اِلسْتِثْمَارِ وعدم قيامه بإزالة المخالفة أو البدء في تنفيذ المشروع، ويشترط قبل ذلك توجيه إنذار خلال مدة تحددها أُلْهَيْئَةِ وبانقضاء تلك المدة دون إزالة المخالفة يتم توجيه إنذار نهائي لمدة (٣٠) يوماً وبانتهائها تفرض غرامة تأخيرية تتناسب

^(٣٥) نبين هنا إن قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل لم يذكر الحالات التي يجوز فيها سحب الإجازة على سبيل الحصر بل ذكر سحب الإجازة في بعض النصوص صراحةً خاصة في المادة (٧-٨) منه، ولم يصرح في مواضع أخرى لكن يمكن الاستدلال عليه من عموم النص التشريعي.

^(٣٦) الحقوقي حيدر داود حمد الله، سحب الإجازة وفق أحكام قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل، ص ١، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني التالي: <https://www.investdiw.gov.iq/viewnews.php?id=859>؛ تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٤/٣٠.

^(٣٧) للمزيد من التفاصيل ينظر: د. محمد علي سويلم، مصدر سابق، ص ١٤٠-١٤١.

^(٣٨) المادة (٢٧/٣) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

ومقدار التفاوت الزمني على ألا يزيد المجموع التراكمي على ١٠% من كلفة المشروع وعند عدم الاستجابة للهيئة سحب إجازة الإستثمار من تاريخ تحقق المخالفة^(٣٩).

ويجوز للمستثمر الطعن أمام المحاكم المختصة على قرار سحب الإجازة هو وباعتباره قرار إداري يمكن لمحاكم القضاء الإداري النظر بهذا الطعن أمام رئيس الهيئة والاجدى أن يكون التظلم أمام مجلس الإدارة للهيئة المانحة للإجازة كونها الجهة المانحة للإجازة، وهذا يشكل ضماناً لصاحب المشروع^(٤٠)، ويحق للمستثمر التظلم من هذا القرار أمام اللجنة المنصوص عليها بالمادة (٨٣) من هذا القانون. ثانياً: إسقاط الموافقة: تسقط الموافقة على المشروع إذا لم يقم المستثمر باتخاذ إجراءات جدية في تنفيذ المشروع خلال تسعين يوماً من تاريخ إخطاره باستلام الأرض وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد الانتفاع، ويجوز مد هذه الفترة لمدة أخرى في ضوء المبررات التي يقدمها المستثمر أو من يمثله ويقدرها مجلس إدارة المنطقة الحرة، وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط والإجراءات اللازمة لتنفيذ هذه الأحكام^(٤١).

ثالثاً: إلغاء إجازة استثمار المشروع: فالإلغاء هو عمل قانوني يصدر من جهة الإدارة بإرادتها المنفردة بقصد إنهاء آثار قرار إداري بالنسبة للمستقبل دون المساس بالآثار التي تمت قبل إلغائه واختصاص الإلغاء يتحدد بالسلطة التي أصدرت القرار أو السلطة الرئاسية التي تخضع لها أو أية سلطة إدارية أخرى يخولها المشرع هذا الحق. وقد درج الفقه والقضاء على التمييز بين القرارات المشروعة والقرارات غير المشروعة فيما يتعلق بالإلغاء، فالقرارات المشروعة لا تملك الإدارة حق إلغائها إذا ما صدرت سليمة ومشروعة وترتب عليها حق مكتسب، أما القرارات غير المشروعة فإنه يحق للإدارة أن تلغيها كجزء لعدم مشروعيتها^(٤٢).

يلتزم المستثمر بتسليم الأرض المخصصة له إلى إدارة المنطقة عند الغاء المشروع أو سقوط الموافقة الصادرة له خالية من الإشغالات، وفي حال وجود مبان أو منشآت أو موجودات بالموقع يلتزم بإخلائها على نفقته الخاصة خلال المدة التي يحددها مجلس إدارة المنطقة بما لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ إخطاره بذلك بخطاب مسجل يعلم الوصول، فإذا لم يقم بالإخلاء خلال هذه المدة، يصدر مجلس إدارة المنطقة قراراً باسترداد الأرض بالطريق الإداري بما عليها من مبان وإنشاءات، وتقوم إدارة المنطقة والجمارك في حال وجود موجودات بالموقع بجردها وحصرها وتسليمها إلى إدارة الجمارك للاحتفاظ بها مؤقتاً أو بيعها وفقاً لأحكام قانون الجمارك بشأن المهمل أو المتروك وإيداع ثمنها في حساب لدى الهيئة لصالح المستثمر، بعد خصم مستحقات الهيئة ثم الديون الحكومية، وذلك على النحو الذي تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون. وتعدّ مستحقات الهيئة في تطبيق أحكام هذه المادة من الديون الممتازة التالية للمصروفات القضائية ومستحقات الخزنة العامة.

^(٣٩) المادة (٢٨/أولاً/أ، ب، ج) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

^(٤٠) المادة (٢٠/رابعاً) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

^(٤١) المادة (٣٧) من قانون الاستثمار المصري؛ المادة (٩٦/ف٩) من لائحته التنفيذية.

^(٤٢) الحقوقي حيدر داود حمد الله، مصدر سابق، ص ١.

رابعاً: تصفية المشروع الإستثماري: تعرف التصفية بأنها مجموع العمليات التي ترمي إنهاء أعمال المشروعات التجارية وما ينشأ عنها من استيفاء حقوقه ودفع الديون المترتبة عليه، وتشمل عمليات متنوعة ومتعددة بحسب نوع نشاط الشركة واتساع أعمالها لكل ما يتعلق بحقوق الشركة والغير^(٤٣). يتم تصفية المشروعات والشركات الخاضعة لقانون الإستثمار من خلال تعيين مصفي والتأشير باسمه في السجل التجاري وتحديد اسم الشركة او المشروع ومدة التصفية، وبعد اتمام أعمال التصفية يقدم المصفي للجهات المختصة حساب نهائي للتصفية وتمام اعمالها^(٤٤). إذا التصفية هي إنجاز كل عمل ضروري في سبيل تهيئه موجودات الشركة للقسمة بين الشركاء وهي من اهم المسائل العملية وبدخول الشركة هذه المرحلة تتعاقب عليها اعمال كثيرة ومعقده حيث يترتب عليها ارتباط شركة بشتى الاعمال التي يجي منها وقبل حصر المال للشركة، وما عليها من ديون^(٤٥). وبحسب المشرع العراقي فإنه اذا ترتب عن نزاع بين الشركاء أو بين مالك المشروع والغير في مشروع يخضع لأحكام هذا القانون توقف العمل لمدة تزيد عن ثلاثة اشهر، واذا مرت هذه المدة دون تسوية الأمر بين الشركاء او بين مالك المشروع والغير، فإن للهيئة اتخاذ الإجراءات القانونية لتصفية المشروع مع إخطار مالك المشروع او احد الشركاء بذلك ويتم إيداع مبلغ التصفية في احد البنوك بعد استيفاء حقوق الدولة او اي حقوق للغير وبعد صدور حكم قضائي بإستحقاقها^(٤٦).

خامساً: نزع ملكية المشروع الإستثماري: لا يجوز نزع ملكية أموال المشروعات الإستثمارية إلا للمنفعة العامة، وبمقابل تعويض عادل يدفع مقدماً دون تأخير، وتكون قيمته معادلة للقيمة الاقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته في اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية، وتكون التعويضات قابلة للتحويل دون قيد^(٤٧)، وكذلك في قانون الإستثمار العراقي نص " بعدم نزع ملكية المشروع الإستثماري الا للمنفعة العامة كلا او جزء و بتعويض عادل"^(٤٨)، وتهدف في الغالب الجهة الادارية من نزع الملكية تغيير الغرض الذي يهدف إليه المشروع الإستثماري^(٤٩).

ونبين هنا بأنه لا يجوز للجهات الإدارية إلغاء التراخيص الصادرة للمشروع الإستثماري أو وقفها أو سحب العقارات التي تم تخصيصها للمشروع إلا بعد إذار المستثمر بالمخالفات المنسوبة إليه، وسماع وجهة نظره، وإعطائه مهلة مناسبة لإزالة أسباب المخالفة، وفي جميع الأحوال، يجب أخذ رأي الهيئة قبل إصدار

^(٤٣) د. الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، تصفية الشركات وقسمتها، ج١٤، ط١، دار الكتاب الجديد، مصر، ٢٠١١، ص٥.

^(٤٤) للمزيد من التفاصيل ينظر: د. محمد علي سويلم، مصدر سابق، ١٦٤-١٦٥؛ المادة (٣٦) من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري.

^(٤٥) د. الياس ناصيف، مصدر سابق، ص١٥-١٦.

^(٤٦) المادة (٢٧/٣) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

^(٤٧) المادة (٤) من قانون الاستثمار المصري؛ د. محمد علي سويلم، مصدر سابق، ص١٢٥.

^(٤٨) المادة (١٢/ثالثاً/ب) من قانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥ التعديل الثاني لقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.

^(٤٩) د. اميرة جعفر شريف، مصدر سابق، ص٧٢.

القرارات المشار إليها في الفقرة الأولى، وتبدي الهيئة رأيها خلال سبعة أيام من تاريخ ورود الطلب إليها مستوفيا جميع الإجراءات القانونية المقررة، ويحق للمستثمر التظلم من هذا القرار أمام اللجنة المنصوص عليها بالمادة (٨٣) من هذا القانون، وتنظم اللائحة التنفيذية لهذا القانون قواعد تطبيق أحكام هذه المادة وضوابطها^(٥٠).

سادساً: صدور حكم قضائي بات: نصت المادة (١٢/ ثالثاً / أ) على "عدم المصادرة أو تأميم^(٥١) المشروع الإستثماري باستثناء ما يتم بحكم قضائي بات"^(٥٢)، ومن أجل تحقيق المصلحة العامة وفق تعويض عادل يناسب الضرر، والمصادرة تتسم بطابعها الجزائي اما التأمين لا يتضمن هذا المعنى، فضلاً عي الغالب انتفاء عنصر التعويض في المصادرة، مقابل وجود تعويض عادل في التأميم^(٥٣)، مما يعني بأنه الحكم القضائي البات وحدة والاجراءات التي رسمها القانون هو الذي يخول الجهات الإدارية المسؤولية عن المشروع الإستثماري الاستراتيجي مصادرة او تأميم المشروع الإستثماري أو حتى فرض الحراسة، والتحفيز، والحجز، والاستيلاء، وذلك لأهمية هذه المشروعات^(٥٤).

ولا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على تلك المشروعات، ولا تفرض الحراسة عليها إلا بموجب حكم قضائي نهائي، كما لا يجوز التحفظ عليها إلا بموجب أمر أو حكم قضائي، ولا يكون ذلك كله إلا في الأحوال المبينة في القانون، ولا يجوز الحجز على أموال المشروعات الإستثمارية أو مصادرتها أو تجميدها إلا بناء على أمر قضائي أو حكم نهائي، وذلك عدا الديون الضريبية، واشتراكات التأمينات الاجتماعية المستحقة للدولة التي يجوز تحصيلها عن طريق الحجز بجميع أنواعه، مع عدم الإخلال بما يتفق عليه في العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة مع المستثمر، ولا يجوز لأي جهة إدارية إصدار قرارات تنظيمية عامة تضيف أعباء مالية أو إجرائية، تتعلق بإنشاء أو تشغيل مشروعات تخضع لأحكام هذا القانون أو فرض رسوم أو مقابل خدمات عليها أو تعديلها، إلا بعد أخذ رأي مجلس إدارة الهيئة وموافقة كل من مجلس الوزراء والمجلس الأعلى^(٥٥)، وفي نصت المادة (٨٨) من قانون الإستثمار المصري على تنشأ بمجلس الوزراء لجنة وزارية تسمى "اللجنة الوزارية لتسوية منازعات عقود الإستثمار"، تختص بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار التي تكون الدولة أو إحدى الجهات أو الهيئات أو الشركات التابعة لها طرفاً فيها.

(٥٠) المادة (٥) من قانون الاستثمار المصري.

(٥١) التأميم هو نزع ملكية المشروع جبراً على صاحب الاجازة من خلال قوانين عدة أهمها قانون تأميم بعض الشركات والمنشأة رقم (٩٩) لسنة ١٩٦٤.

(٥٢) المادة (١٢/ ثالثاً: أ) من قانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥ التعديل الثاني لقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.

(٥٣) اميرة جعفر شريف، مصدر سابق، ص ٧١-٧٣.

(٥٤) د. محمد علي سويلم، مصدر سابق، ص ١٢١-١٢٢.

(٥٥) المادة (٤) من قانون الاستثمار المصري.

المطلب الثاني

وسائل تسوية منازعات المَشَارِيعِ اِلسْتِثْمَارِيَةِ اِلسْتِرَاتِيجِيَةِ

قسم هذا المطلب على فرعين بين الأول: حالات تسوية منازعات المَشَارِيعِ اِلسْتِثْمَارِيَةِ اِلسْتِرَاتِيجِيَةِ وفق القانون العراقي، وعالج الثاني: آليات تسوية منازعات المَشَارِيعِ اِلسْتِثْمَارِيَةِ اِلسْتِرَاتِيجِيَةِ، إذا يمكن تسوية المنازعات الناشئة بين الأطراف المشاركة في المَشَارِيعِ اِلسْتِثْمَارِيَةِ اِلسْتِرَاتِيجِيَةِ وفقاً لما يأتي:

الفرع الأول

حالات تسوية منازعات المَشَارِيعِ اِلسْتِثْمَارِيَةِ اِلسْتِرَاتِيجِيَةِ وفق القانون العراقي

هنا يطبق عليهم القانون العراقي على منازعات المَشَارِيعِ اِلسْتِثْمَارِيَةِ اِلسْتِرَاتِيجِيَةِ ما لم يتفقوا على خلاف ذلك، وتشمل:

- أولاً: الحالات التي تخضع لإحكام القانون العراقي حصراً أو يكون فيها الاختصاص للمحاكم العراقية.
١. تخضع المنازعات الناتجة عن عقد العمل حصراً لأحكام القانون العراقي ويكون الاختصاص فيها للمحاكم العراقية، ويستثنى من ذلك العامل غير العراقي اذا نص عقد العمل على خلاف ذلك.
٢. اذا كان أطراف النزاع من غير العراقيين وفي غير المنازعات الناتجة عن جريمة يجرى للمتنازعين الاتفاق على القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة أو أي اتفاق آخر لحل النزاع بينهم^(٥٦).
٣. المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أي جهة حكومية وبين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة أحد أحكام هذا القانون، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية^(٥٧).
- نلاحظ أن المشرع العراقي تدخل في تفاصيل المنازعات اِلسْتِثْمَارِيَةِ سواء كان ناشئة عن عقد عمل أو أطرافها غير عراقيين أو التي تكون هيئة اِلسْتِثْمَارِ طرفاً فيها بل حدد بعض المنازعات للقضاء العراقي وجوباً.

علماً ان المشرع العراقي نص على أن تخضع جميع أنشطة اِلسْتِثْمَارِ لأحكام هذا القانون باستثناء ما يأتي:
أولاً: اِلسْتِثْمَارِ في مجالي استخراج وإنتاج النفط والغاز.
ثانياً: اِلسْتِثْمَارِ في قطاعي المصارف وشركات التأمين^(٥٨).

الفرع الثاني

آليات تسوية منازعات المَشَارِيعِ اِلسْتِثْمَارِيَةِ اِلسْتِرَاتِيجِيَةِ

تتمثل التسوية منازعات اِلسْتِثْمَارِ اِلسْتِرَاتِيجِيَةِ من خلال وسائل عدة أهمها:

- ١- المفاوضات: ويقصد بها مناقشة النزاع بين أطرافه عبر التفاوض والاتصال المباشر بين طرفيه بهدف تسويته بالصلح^(٥٩) وانهاء نزاعهما بالتراضي بإرادتهما دون حكم قضائي أو تحكيمي^(٦٠)، لذلك غالباً ما

^(٥٦) المادة (٢٧/١-٢) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

^(٥٧) المادة (٢٧/٥) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

^(٥٨) المادة (٢٩) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

^(٥٩) هفال صديق اسماعيل، مصدر سابق، ص ١٧٩.

^(٦٠) د. مصطفى ناطق صالح، نظام التحكيم التجاري في المؤسسات المالية المصرفية-دراسة مقارنة، ط١، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٨، ص ٧٧.

تتضمن عقود الأستثمار والمشاريع الاستراتيجية الى اللجوء الى هذه الوسيلة لحل النزاع مع امكانية اللجوء الى الوسائل الاخرى.

٢- التوفيق: ويقصد به لجوء اطراف النزاع الى هيئة محايدة تتولى تحديد الوقائع المتنازعة ثم إجراء التوفيق بين أطرافه, ومحاولة تقريب وجهات النظر المتعارضة للطرفين المتنازعين واقتراح أسس للوصول لتسوية ترضيهما^(٦١).

يخضع التوفيق كوسيلة لتسوية المنازعات لقواعد القانون الدولي, ويعد وسيلة خاضعة لقواعد قانونية موضوعية وليس لاعتبارات شخصية مما يعطيه ضماناً للأطراف المتنازعة^(٦٢).

ثالثاً: التَّحْكِيمُ: تتمثل التسوية السلمية لمنازعات الأستثمار الاستراتيجية من خلال التَّحْكِيمِ حيث أشارت المادة (٢٧/ ف١) من قانون الأستثمار العراقي^(٦٣), إلى التَّحْكِيمِ في عقود الأستثمار بصورة عامة ومنها عقود الأستثمار الاستراتيجية والمشاكل العامة والخاصة في هذه العقود وآليات معالجتها التي نصت على أن "تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي, ويجوز الاتفاق مع المُسْتَثْمِرِ على اللجوء إلى التَّحْكِيمِ التجاري^(٦٤) (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التَّحْكِيمِ وجهته والقانون الواجب التطبيق, ويرى البعض^(٦٥) بضرورة تعديل النص المذكور لتكون كالتالي "يتم حسم مُنَازَعاتِ الأستثمار بين الدولة المضيفة والمُستثمِرِ الاجنبي بالاتفاق على التَّحْكِيمِ من خلال اللجوء الى التَّحْكِيمِ المؤسسي باختيار مركز تحكيم دولي معترف به له مكانته وسمعته الكبيرة في مجال التعامل الدولي في حسم المُنَازَعاتِ الأستثمارية".

وإذا كان أطراف النزاع خاضعاً لإحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية تسوية النزاع بما فيها الالتجاء الى التَّحْكِيمِ وفقاً للقانون العراقي أو أي جهة أخرى معترف بها دولياً, وكذلك الحال في المنازعات التجارية الناشئة في المؤسسات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على ان ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الأطراف^(٦٦).

(٦١) د. طالب حسن موسى, قانون التجارة الدولية, ط١, دار الثقافة للنشر, عمان, ٢٠٠٥, ص ٢٤٢.

(٦٢) د. اميرة جعفر شريف, تسوية المنازعات الإستثمارية- دراسة قانونية تحليلية مقارنة, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, ٢٠١٦, ص ١٠٣؛ هفال صديق اسماعيل, مصدر سابق, ص ١٨٠-١٨٢.

(٦٣) ينظر: المادة (٢٧/ ف٥) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

(٦٤) ونود الاشارة الى البيان رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠, الصادر من مجلس القضاء الاعلى في ١٠/١١/٢٠٢٠, والتي نص في المادة (١) منه على "تشكيل محكمة لكل منطقة استئنافية تعرف بأسم محكمة البداءة المختصة بالدعاوى التجارية" وأشارت الفقرة الثانية منها على "اختصاصها بالنظر في المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار الحاصلة على اجازة استثمار وفق قانون الاستثمار العراقي المعدل".

(٦٥) د. مصطفى ناطق صالح و د. منهل عبد الغني قلندر, دراسات في القانون التجاري (المصارف-التحكيم-الاستثمار), ط ١, دار الآفاق, الشارقة, الامارات, ٢٠٢٣, ص ٥٣.

(٦٦) المادة (٢٧/ ف٤-٥) من قانون الاستثمار العراقي المعدل.

أما قانون الإستثمار المصري^(٦٧) نص على أن مركز التَّحْكِيمُ يعد من الوسائل الودية لتسوية المنازعات ويجوز تسوية منازعات الإستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتفق عليها مع المستثمر أو وفقاً لأحكام قانون التَّحْكِيمُ في المواد المدنية والتجارية... كما يجوز للطرفين، في أي وقت من الأوقات خلال النزاع، الاتفاق على التماس سبل التسوية بمختلف أنواعها طبقاً للقواعد المعمول بها لتسوية المنازعات، بما في ذلك اللجوء إلى التَّحْكِيمُ غير المؤسسي (الحر)، أو التَّحْكِيمُ المؤسسي، حيث ينشأ مركز مستقل للتحكيم والوساطة يسمى (المركز المصري للتحكيم والوساطة) تكون له الشخصية الاعتبارية.... ويتولى المركز تسوية منازعات الإستثمار التي قد تنشأ بين المستثمرين أو بينهم وبين الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها عامة أو خاصة، إذا ما اتفقوا في أي مرحلة على تسوية النزاع عن طريق التَّحْكِيمُ أو الوساطة أمام هذا المركز، وذلك كله مع مراعاة أحكام القوانين المصرية المنظمة للتحكيم وتسوية المنازعات.

حيث تتسابق الدول على تقديم التسهيلات والضمانات التي يطمح المستثمرون في عقود الإستثمار؛ لتشجيعهم على الإستثمار وخلق مناخ استثماري في هذه الدول، ومنحهم الامتيازات التي ينشؤونها، ومن أهمها تسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم وبين الدولة المانحة للاستثمار، أو إحدى هيئاتها من خلال نظام التَّحْكِيمُ لما يتصف به هذا النظام من مزايا تناسب طبيعة هذه المنازعات وتلبي طموح هؤلاء المُسْتَثْمِرِينَ في الإنصاف، وعدم إحالة النزاعات التي قد تنشأ في الدولة المضيفة إلى قضائها الوطني كونه بنظر المُسْتَثْمِرِ قضاء غير حيادي، والبطء في إصدار الأحكام، واختلاف المركز القانوني لأطراف النزاع، وافتقار المحاكم الوطنية إلى الخبرة لتسوية منازعات الإستثمار الاستراتيجية والتي تعد من قبيل المنازعات ذات الطابع القانوني^(٦٨)، ويجوز إحالة النزاع إلى التَّحْكِيمُ بعد نشوء النزاع حتى ولو كان هذا النزاع قد اقيمت فيه دعوى امام القضاء، ولم يصدر بعد الحكم في موضوعها حيث ان رفع الدعوى امام المحاكم لا يمنع من الاتفاق على التَّحْكِيمُ لعدم قدرتها على تسوية المنازعات الإستثمارية بالسرعة التي تتطلبها الحياة التجارية^(٦٩)، وخاصة اتباع طرق التَّحْكِيمُ الحديثة كمحكم الطوارئ وهو نظام متكامل يتم من خلاله اصدار محكم بناء على طلب احد الطرفين تناط به مجموعة من الصلاحيات والمهام اهمها اصدار قرارات الوقتية والحفيظة في الفترة الواقعة بين ظهور النزاع بين اطرافه، وقبل تشكيل هيئة التَّحْكِيمُ مما يؤدي الى الحفاظ على الاسرار التجارية وسمعتهم في السوق بعيداً عن القضاء العادي الذي يتخذ إجراءات بشكل مستعجل^(٧٠).

رابعاً: المجلس الأعلى للاستثمار: حيث يتم من قبله اتخاذ كل ما يلزم لتهيئة مناخ أفضل للاستثمار ووضع الإطار العام للإصلاح التشريعي والإداري لبيئة الإستثمار، وتسوية الخلافات ودراسة ووضع حلول

(٦٧) المادة (٩٠-٩١) من قانون الاستثمار المصري.

(٦٨) د. مصطفى ناطق صالح و د. منهل عبد الغني قلندر، مصدر سابق، ص ٤٣؛ هفال صديق اسماعيل، مصدر سابق، ص ١٩٤-١٩٥.

(٦٩) د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط ٢، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١١٨؛ د. اميرة جعفر شريف، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٧٠) د. مصطفى ناطق صالح، مصدر سابق، ص ٢٠٤-٢٠٥.

لمعوقات الإستثمار وإزالة عقبات تنفيذ أحكام هذا القانون, فضلاً عن متابعة آليات تسوية منازعات الإستثمار وموقف قضايا التّحكيم الدولي والتشابكات التي قد تنثور بين أجهزة الدولة في مجال الإستثمار^(٧١), اما في قانون الإستثمار المصري فقد نصت المادة (٨/٦٨) على أن يتم "متابعة آليات تسوية منازعات الإستثمار وموقف قضايا التّحكيم الدولي".

الخاتمة

أولاً: النتائج:

١. المَشَارِيعُ الإستثمارية الاستراتيجية تعرف بأنها مجموعة من الأنشطة والعمليات ذات الطابع الإستثماري التي تقام بين الدولة او احدى هيئاتها والمستثمر سواء الوطني او الاجنبي لدمج عناصر الانتاج بهدف تشجيع وتنظيم استثمارات رؤوس الاموال الوطنية والاجنبية في القيام بمشاريع استراتيجية بأحد قطاعات الإستثمار خلال فترة زمنية معينة.
٢. تتمثل اطراف المَشَارِيعُ الإستثمارية الاستراتيجية في المستثمر سواء الاجنبي والوطني, الموردين, والمطور, والجهات الإدارية المختصة, ومكاتب الاعتماد.
٣. هناك نوعان من المَشَارِيعُ الإستثمارية الاستراتيجية, مشاريع استثمارية افقية, ومشاريع استثمارية عمودية.
٤. ان الإستثمار هو حجر الأساس في التنمية التجارية والاقتصادية مما يستوجب توفير بيئة استثمارية جذابة للاستثمارات الأجنبية ومحفزة للاستثمارات المحلية من خلال توفير المناخ القانوني, لذلك شرع قانون الإستثمار رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ م لتحفيز الإستثمارات, والاسهام في عملية التنمية من خلال منح ضمانات للمستثمرين.
٥. تتمثل الجهات المسؤولة عن الإستثمار في الهيئة الوطنية للاستثمار وهي هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية ويمثلها رئيس الهيئة أو من يخوله وتكون مسؤولة عن رسم السياسات الوطنية للاستثمار, فضلاً عن المجلس الأعلى للاستثمار.
٦. تعلن الهيئة الوطنية للاستثمار المَشَارِيعُ الإستثمارية وفق خارطة استثمارية وعلى الموقع الرسمي لها عن فرص الإستثمارية الاستراتيجية الكبيرة والمتوسطة وبشكل موزع على العديد من القطاعات.
٧. تقسم وسائل تسوية منازعات المَشَارِيعُ الإستثمارية الاستراتيجية إلى حالات النزاع الذي يطبق عليها القانون العراقي وحددتها المادة (٢٧/ف-١) من قانون الإستثمار العراقي, ووسائل تسوية منازعات مشاريع الإستثمار, كالمفاوضات, والتوفيق, والتحكيم.
٨. تتمثل آليات إنهاء عمل المَشَارِيعُ الإستثمارية الاستراتيجية بوسائل عدة أهمها, السحب الإداري للترخيص أو الإجازة, واسقاط الموافقة, إلغاء اجازة استثمار المشروع, تصفية المشروع الإستثماري, نزع ملكية المشروع الإستثماري, صدور حكم قضائي بات.

(ينظر: المادة (٦٨/بفقراتها) من قانون الاستثمار المصري؛ د. محمد علي سويلم, مصدر سابق, ص ٢٥٢-٢٥٤. 71)

ثانياً: التوصيات:

توصلت الدراسة إلى توصيات عدة أهمها :

١. العمل على تكيف القوانين والأنظمة للحكومة والوزارات والدوائر التابعة لها التي تتعارض مع قانون الإستثمار رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ م المعدل بما يسهم في عملية جذب وتعزيز الإستثمار في العراق.

٢. نقترح تعديل المادة (٥) من قانون الإستثمار العراقي ويكون للمستثمر في المشاريع الاستراتيجية الطعن أمام (محاكم القضاء الإداري) بدلاً من النص الحالي الذي يجيز الطعن أمام المحاكم المختصة دون تحديدها وذلك لكون قرار سحب الإجازة هو إداري وليس القضاء العادي (محاكم البدأة), كذلك يكون النظم أمام مجلس الإدارة للهيئة المانحة للإجازة وليس أمام رئيس الهيئة الذي يمتلك صوتاً واحداً في المجلس.

٣. أشارت المادة (٢٧/ف١) من قانون الإستثمار العراقي رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ م , الى التّحكيم في عقود الإستثمار ونصت على أن "تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي, ويجوز الاتفاق مع المُستثمر على اللجوء إلى التّحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التّحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق, ونرى بضرورة تعديلها لتكون كالتالي "يتم حسم مُنَازَعَاتِ الإستثمار بين الدولة المضيفة والمُستثمر الاجنبي بالاتفاق على التّحكيم من خلال اللجوء الى التّحكيم المؤسسي باختيار مركز تحكيم دولي معترف به له مكانته وسمعته الكبيرة في مجال التعامل الدولي في حسم المُنَازَعَاتِ الإستثمارية", باعتبار ذلك يشكل ضماناً للمستثمر الأجنبي.

٤. ضرورة تعميق ثقافة الإستثمار واهميته للمجتمع خاصة في مجال تنمية الموارد البشرية والطبيعية كبنية أساسية للاستثمار الاستراتيجي, وبث روح المبادرة والتشجيع والابداع لدى الافراد والمؤسسات الراغبة في الإستثمار الأمر الذي يسهم في استقطاب المستثمرين وزرع الطمأنينة لديهم.

٥. تفعيل وتطوير دور النظام المصرفي لكي تكون هناك استثمارات بالمعنى الصحيح, لأن السوق الإستثمارية مرتبطة بالحركة التجارية والمالية والنقدية, وذلك من خلال توفير التسهيلات المصرفية مثل : القروض وغيرها.

قائمة المصادر

اولاً: الكتب القانونية:

١. د. احمد عبد الاله المراغي, دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة), المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية, ٢٠١٥.
٢. د. الياس ناصيف, موسوعة الشركات التجارية, تصفية الشركات وقسمتها, ج١٤, ط١, ٢٠١١.
٣. د. اميرة جعفر شريف, تسوية المنازعات الإستثمارية- دراسة قانونية تحليلية مقارنة, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, ٢٠١٦.
٤. د. زايدي آمال, النظام القانوني لتجمع الشركات التجارية (دراسة مقارنة), الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع, عمان, ٢٠١٧.
٥. د. طالب حسن موسى, قانون التجارة الدولية, ط١, دار الثقافة للنشر, عمان, ٢٠٠٥.
٦. د. طه محييمد جاسم الحديدي, النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل الـ (B.O.T) وتطبيق قواعد التحكيم في تسوية منازعات هذه العقود, دار الكتب القانونية, مصر, ٢٠١٣.

٧. د. عرفات التهامي ابراهيم, أهم تشريعات الاستثمار في جمهورية مصر العربية, دار النهضة العربية, القاهرة, ٢٠٠٢-٢٠٠٣.
 ٨. د. محمد علي سويلم, شرح قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ ولائحته التنفيذية في ضوء الفقه والقضاء, ط ١, المصرية للنشر والتوزيع, القاهرة, ٢٠١٨.
 ٩. د. مصطفى ناطق صالح, نظام التحكيم التجاري في المؤسسات المالية المصرفية-دراسة مقارنة, ط ١, دار الفكر والقانون, المنصورة, ٢٠١٨.
 ١٠. د. مصطفى ناطق صالح و د. منهل عبد الغني قلندر, دراسات في القانون التجاري (المصارف-التحكيم-الاستثمار), ط ١, دار الآفاق, الشارقة, الامارات, ٢٠٢٣.
 ١١. د. نبيل اسماعيل عمر, التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية, ط ٢, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, ٢٠٠٥.
 ١٢. هفال صديق اسماعيل, المركز القانوني للمستثمر الأجنبي(دراسة تحليلية مقارنة) دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, ٢٠١٤-٢٠١٥.
- ثانياً: الرسائل والاطاريح:
١. تمجدين نور الدين, دور واهمية دراسات الجدوى في تقييم وتمويل مشروعات القطاع الخاص, اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية العلوم الاقتصادية والتجارية, جامعة محمد خيضر – بسكرة, الجزائر, ٢٠١٨-٢٠١٩.
- ثالثاً: القوانين:
١. قانون الاستثمار العراقي المعدل رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦, المعدل.
 ٢. قانون رقم (٥٠) لسنة ٢٠١٥ التعديل الثاني لقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦.
 ٣. قانون الاستثمار في اقليم كردستان رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦.
 ٤. قانون تأميم بعض الشركات والمنشآت رقم (٩٩) لسنة ١٩٦٤.
 ٥. قانون الاستثمار المصري رقم (٧٢) لسنة ٢٠١٧.
 ٦. اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري الصادرة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (٢٣١٠) لسنة ٢٠١٧, ونشرت بالجريدة الرسمية بالعدد (٤٣) لسنة ٢٠١٧.
 ٧. بيان رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠, الصادر من مجلس القضاء الاعلى في ١٠/١١/٢٠٢٠.
- رابعاً: البحوث المنشورة:
١. د. خالص نافع, خصوصية شركات الاستثمار المالي في التشريع العراقي, بحث منشور في مجلة العلوم القانونية, كلية القانون, جامعة بغداد, المجلد ٢٧, العدد ١, ٢٠١٢.
 ٢. د. منصور فرج السعيد, لنظام القانوني للاستثمار الاجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد-دراسة قانونية اقتصادية مقارنة, بحث منشور في مجلة الحقوق, العدد (٣), المجلد (٢٧), ٢٠٠٣.
- خامساً: مواقع الانترنت:
١. ابو عبد العزيز, مفهوم المشاريع الاستثمارية - مشاريع الأعمال, ص ١, مقالة منشورة على الموقع الالكتروني التالي: <https://hrdiscussion.com/hr102151.html>; تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٦/٥٢.
 ٢. الحقوقي حيدر داود حمد الله, سحب الإجازة وفق أحكام قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل, مقالة منشورة على الموقع الالكتروني التالي: <https://www.investdiw.gov.iq/viewnews.php?id=859>; تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٤/٣٠.
 ٣. الموقع الرسمي للهيئة الوطنية للاستثمار التالي: <https://investpromo.gov.iq/ar/newsticker> % تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١/٥.
 ٤. دليل إصدار الرخصة الذهبية للمشروعات الاستثمارية, منشور على الموقع الالكتروني التالي: <https://manshurat.org/content/dlyl-sdr-lrkhs-ldhhby-llmshrw-tlsthmy>, تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٥/٢٥.



The Meaning of the Word Existence in Islamic Thought Comparative Analytical Study

Dr. Tahir Hussain Tahir

Lecturer

Imam AL Ghazali Islamic High school -Kirkuk-Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 25 Sept., 2023

Accepted: 4 Nov., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 365-384

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

Dr. Tahir Hussain Tahir

Imam ALGhazali Islamic
Highschool -Kirkuk-Iraq

Email: tahir _ huseen
@yahoo.com

Abstract

One of the subtle theological problems over which Islamic thinkers differed is the issue of (existence): Is it the same as the self, or different from it?

Opinions abound regarding it, and opinions are intertwined. This study is an attempt to free up the area of dispute and arrive at the correct doctrine. At the same time, it is an attempt to reconcile opinions as much as possible. Here we can point out the most important findings of this research, which are:

1. Imam Al-Ash'ari believes that existence is the same as essence in the necessary and the possible.

2. Philosophers believe that existence is the essence of essence in duty, and that the essence of God Almighty is an existence devoid of essence. As for the possible, existence is additional to it.

3. The doctrine of many Ash'ari scholars is that existence is additional to essence in what is necessary and what is possible.

4. The Mu'tazilites are divided into two parts:

- Among them are those who go to what Al-Ash'ari sees, that existence is identical with essence in what is necessary and in what is possible, such as Ishaq bin Ayyash and Abu Al-Hussein Al-Basri.

- Among them are those who believe that existence is additional to essence in what is necessary and possible, such as Judge Abdul-Jabbar and others.

5. All schools of thought agree that the general concept of existence, which is (the universe and attainment), is a common meaning among all essences.

6. Everyone agrees that existence is the essence of existence and essence is outside, and the dispute occurs in the mental existence of essences. Is it the same as essence? Or is it more than that?

These are some of the research results, and we have added to them in the conclusion.

Keyword: Existence - nothingness - essence -self - non-existence



مدلول كلمة الوجود في الفكر الإسلامي



الدكتور طاهر حسين طاهر

مدرس

ثانوية الإمام الغزالي الإسلامية - كركوك - العراق

المستخلص

كثرت الآراء بخصوصها، وتشابكت فيها الأقوال، وهذه الدراسة محاولة لتحرير محل النزاع، والوصول إلى المذهب الصحيح، وهي في الوقت نفسه محاولة للتوفيق بين الآراء قدر الإمكان، ويُمكننا هنا الإشارة إلى أهم ما توصل إليه هذا البحث، وهي:

يرى الإمام الأشعري أنّ الوجود عين الماهية في الواجب والممكن. والفلاسفة يرون أنّ الوجود هو عين الذات في الواجب، وأنّ ذات الله تعالى عبارة عن وجود مجرد من الماهية. أمّا في الممكن فالوجود زائدٌ عليه.

فذهب كثير من محققي الأشاعرة أنّ الوجود زائدٌ على الماهية في الواجب وفي الممكن. المعتزلة على قسمين:

منهم من يذهب إلى ما يراه الأشعري من أن الوجود عين الماهية في الواجب وفي الممكن، كإسحاق بن عياش، وأبي الحسين البصري.

ومنهم من يرى بأن الوجود زائد على الماهية في الواجب والممكن، كالقاضي عبد الجبار وغيره.

تتفق جميع المذاهب على أن المفهوم العام للوجود، وهو (الكون والحصول) معنى مشترك بين جميع الماهيات.

الكل متفق على أن الوجود عين الموجود والماهية في الخارج، والنزاع حاصل في الوجود الذهني للماهيات، هل هو عين الماهية؟ أم هو زائدٌ عليها؟ هذه بعض نتائج البحث، وقد زدنا عليها في الخاتمة.

الكلمات المفتاحية: الوجود - العدم - الماهية - الذات - الماصدق

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلّم البحث: ٢٠٢٣/٩/٢٥

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/١١/٤

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution)

(CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام،

والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع

للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس

العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس: الدكتور طاهر حسين طاهر

(٢٠٢٣)

"مدلول كلمة الوجود في الفكر الإسلامي"

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

الحمد لله المتفرد بوجود الوجود، والصلاة والسلام على خير الوجودات الممكنة؛ سيدنا محمد وعلى آله وصحابه الكرام.

أما بعد:

فمن المسائل التي اختلفت فيها أنظار المفكرين (الوجود) هل هو عين الماهية أو زائدٌ عليها، وهذه المسألة في حقيقتها من دقيق مسائل الكلام، والآراء فيها متشابكة، والأقوال فيها غامضة، مع أن مفهوم كلمة الوجود من المفاهيم التي اتفقت العقول على ظهورها لبدايتها، حتى قال السيزواري: مفهومه من أعرف الأشياء *** وكنهه في غاية الخفاء^١.

وهذه الورقات دراسة لهذه المسألة، ومحاولة لفهم حقيقة هذا الخلاف هل هو لفظي أو حقيقي؟، وهو موضوع كبير وواسع، حاولت فيه الاختصار قدر الإمكان، وسلكت فيه منهجي تحليل النصوص، والمقارنة بين الآراء والمذاهب.

وقد جاء البحث في مقدمة، وثلاثة مطالب، وخاتمة:

المطلب الأول: معنى الوجود والماهية في اللغة.

المطلب الثاني: مدلول كلمة الوجود في الفكر الإسلامي.

المطلب الثالث: حقيقة الخلاف وإمكانية التوفيق بين الآراء.

ثم ختمت البحث بخاتمة جاء فيها ذكر أهم نتائج البحث.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الكرام.

المطلب الأول

معنى الوجود والماهية في اللغة

أولاً: الوجود في اللغة:

الوجود مصدر من الفعل وجد، قال الفراهيدي: "وجد: الوجد: من الحزن والموجدة من الغضب. والوجدان والجد من قولك: وجدت الشيء، أي: أصبته"^٢ ويأتي بفتح الواو بمعنى الوله والحب الشديد، فعن الأصمعي إنه ليجد بفلانة وجداً شديداً إذا كان يهواها^٣.

ويقال: "وجدت في المال وجداً ووجداً وجدّة، أي صرّت ذا مال، ووجدت الضالة وجداناً،

ويروي ابن السكيت عن الأصمعي: الحمد لله الذي أوجدني بعدما أفقرني أي أغناني^٤.

وقال الجوهرى: "وجد مطلوبه يجدّه وجوداً، ويجده أيضاً بالضم، لغة عامرية لا نظير لها في باب المثال. قال لبيد:

تدع الصوادي لا يجدن غليلا

لو شئت قد نفع الفؤاد بشرية

ووجد ضالته وجداناً.

^١ معالم الفلسفة الإسلامية: ص ٢٧.

^٢ العين: ١٦٨/٦، مادة: (وجد).

^٣ ينظر: تهذيب اللغة: ١١٠/١١.

^٤ ينظر: تهذيب اللغة: ١١٠/١١.

وَوَجَدَ فِي الْحَزْنِ وَجْدًا بِالْفَتْحِ، وَوَجَدَ فِي الْمَالِ وَجْدًا وَوَجْدًا وَجْدَةً، أَي اسْتَغْنَى. وَأَوْجَدَهُ اللَّهُ مَطْلُوبَهُ، أَي أَظْفَرَهُ بِهِ. وَأَوْجَدَهُ، أَي أَغْنَاهُ. يُقَالُ: الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَوْجَدَنِي بَعْدَ فَقْرٍ، وَأَجَدَنِي بَعْدَ ضَعْفٍ، أَي قَوَّانِي. وَوَجَدَ الشَّيْءَ عَنِ عَدَمٍ فَهُوَ مَوْجُودٌ.^٥
وعن ابن فارس: "الْوَأْوُ وَالْحَيْمُ وَالِدَّالُّ، يُدُلُّ عَلَى أَصْلِ وَاحِدٍ، وَهُوَ الشَّيْءُ يُفْنِيهِ، وَوَجَدْتُ الضَّالَّةَ وَجْدَانًا"^٦

"وَوَجَدَ الشَّيْءَ يَجِدُهُ وَيَجِدُهُ ... وَالْمَصْدَرُ وَجْدًا، وَجِدَةً، وَوَجْدًا، وَوُجُودًا، وَوَجْدَانًا، وَإِجْدَانًا، الْأَخِيرَةَ عَنِ ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ"^٧.

وعند التأمل في معاني كلمة (وجد) نجدتها تدور حول ثمان:

١. الحُزْنُ. ٢. إصابة الشيء. ٣. الحُب الشديد. ٤. الصيرورة. ٥. إلقاء الشيء وإيجادُه. ٦. الإغناء. ٧. الاستغناء. ٨. الظفر بالشيء.

والذي يعيننا هذه المعاني في بحثنا هذا هو معنى: (الإلقاء والإيجاد).

ثانيا: الوجود في الاصطلاح:

هل يحتاج الوجود إلى تعريف، فيكون نظريا، كما يُعرَّف الإنسان بـ(الحيوان الناطق)، أو لا يحتاج إلى تعريف، فيكون بديهيا؟

سلكَ الناسُ في هذه المسألة اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو الصوابُ والذي عليه أكثرُ الناس: أنه لا يحتاجُ إلى تعريف، فهو بديهي التصور؛ بل من أجلي البديهيات، يقول ابن سينا: "إنَّ الموجودَ والشيءَ والضروريَ معانيها ترتسمُ في النفس ارتساما أوليا، ليس ذلك الارتسامُ مما يُحتاجُ إلى أن يُجلبَ بأشياءٍ أعرفَ منها"^٨. يقول الإمام الرازي: "اعلم أن التعريف على وجهين: أحدهما: أن يكون الغرضُ منه إفادة تصور مجهول بواسطة تصور حاصل. وثانيهما: أن يكون الغرضُ منه التنبيه على الشيء بعلامة مُنبهة، وإن كانت أخفى من المُعرَّفِ في نفس الأمر"^٩.

وقال أيضا: "يجب علينا أن نبين أمورا ثلاثة في هذا الموضوع: الأول: أن الوجود أولي التصور. الثاني: أنه يمتنع تعريفه. الثالث: أنه أول الأوائِل في التصورات"^{١٠}.

وهو مذهب صدر الدين الشيرازي^{١١}، ومذهب أبي البركات البغدادي^{١٢} والبيضاوي^{١٣}، والقاضي عبد الجبار المعتزلي^{١٤}، والإيجي صاحب المواقف^{١٥}، والتفتازاني^{١٦}، وغيرهم كثير.

^٥ ينظر: تاج اللغة وصحاح العربية: ٥٤٧/٢، مادة: (وجد).

^٦ مقاييس اللغة: ٨٦/٦، مادة: (وجد).

^٧ المحكم والمحيط الأعظم: ٥٣٣/٧، مادة: (وجد).

^٨ الشفاء، الإلهيات: ص ٢٩.

^٩ المباحث المشرقية: ٩٧/١.

^{١٠} المصدر نفسه: ٩٨/١.

^{١١} ينظر: الحكمة المتعالية في الأسفار الأربعة: ٢٩/١.

^{١٢} ينظر: المعبر في الحكمة: ٢١/٣.

^{١٣} ينظر: طوابع الأنوار: ص ٧٧.

^{١٤} ينظر: المجموع في المحيط بالتكليف: ١٣٣/١.

والاتجاه الثاني: اختاروا تعريفه، فنسبوا إلى بعض المتكلمين قولهم في تعريفه بأنه: الثابت العين، وعرفوا العدم بأنه المنفي العين^{١٧}. وعرفه بعض الحكماء بأنه هو الذي يُمكن أن يُخبر عنه^{١٨}. وقيل بأنه: الكون، وهو ما حققه ورجَّحه صاحب الصحائف^{١٩}.

ثالثاً: تعريف الماهية: الماهية: وهو مصطلح فلسفي منحوت من (ما) الاستفهامية، والضمير (هي)، وتعني: طبيعة الشيء، ومكوناته ومادته^{٢٠}. وماهية الشيء: "كُنْهُهُ وَحَقِيقَتُهُ، والوجود يسبق الماهية"^{٢١}. فالماهية إذن هو: "أمرٌ كليٌّ موجودٌ في الذهن"^{٢٢}.

رابعاً: الفرق بين الماهية والحقية والذات. الماهية هي أمرٌ كليٌّ موجود في الذهن، وهذا الأمر الكلي إذا لاحظناه في الخارج، ورأينا أنه يصدق على أفراده المتحققة بالفعل، قيل له: حقيقة، أو ذات، أو هوية^{٢٣}. إذن: الأمر الكلي في الذهن يُسمى ماهية، وأفراده المتحققة في الخارج يُسمى: حقيقة وذات.

المطلب الثاني

مدلول كلمة الوجود في الفكر الإسلامي

هل الوجود أمرٌ زائدٌ على ذات الشيء وحقيقته، أم هو نفس حقيقة الشيء؟

هذه المسألة من دقيق مسائل علم الكلام، وقد اختلفت فيه أنظار مفكري الإسلام على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: الوجود هو نفس حقيقة الشيء وماهيته في الواجب^{٢٤} والممكن^{٢٥}، فهو بمعنى واحد فيهما، وليس زائداً عليهما؛ إلا أن وجود الواجب يختلف عن وجود الممكن، والوجود على هذا المذهب من قبيل المشترك اللفظي^{٢٦} لا المعنوي^{٢٧}.

^{١٥} ينظر: شرح المواقف: ٧٧/٢.

^{١٦} ينظر: شرح المقاصد: ٢٩٥/١.

^{١٧} ينظر: معالم الفلسفة الإسلامية، محمد جواد مغنية: ص ٢٨؛ ومبادئ الفلسفة الإسلامية: ١٨٠/١.

^{١٨} ينظر: معالم الفلسفة الإسلامية: ص ٢٨؛ ومبادئ الفلسفة الإسلامية: ١٨٠/١.

^{١٩} ينظر: الصحائف الإلهية: ص ٧٣.

^{٢٠} ينظر: تكملة المعاجم العربية، رينهارت بيتر آن توري: ١٠ / ١٤، مادة: (ماهية).

^{٢١} معجم اللغة العربية المعاصرة، د أحمد مختار عبد الحميد: ٣/ ٢١٤٢، مادة: (ماهية).

^{٢٢} معالم الفلسفة الإسلامية: ص ٤٤.

^{٢٣} ينظر: المصدر نفسه: ص ٤٤.

^{٢٤} والمقصود به الذات الواجبة الوجود، وهو الله تعالى.

^{٢٥} والمقصود به المخلوقات الممكنة الوجود.

^{٢٦} المشترك اللفظي: وهو كل كلمة وضعت للدلالة على معنيين فأكثر، كلفظة (العين)، تطلق على الباصرة، والماء، والجاسوس. ينظر: الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة: ص ٨٠.

^{٢٧} المشترك المعنوي: وهو اللفظ الموضوع لمعنى واحد عام، وله مصاديق متعددة. كلفظ (الكتاب) فلفظه واحد، ولكن معناه كلي عام ينطبق على جميع الكتب، الصغيرة والكبيرة، المطبوعة والمخطوطة. ينظر: مبادئ الفلسفة الإسلامية: ص ١٨٢.

كما تُطلق لفظة العين على الباصرة والجاسوس والماء^{٢٨}، والوجود بهذا المعنى له معانٍ كثيرة، بعدد الموجودات، وبهذا يكون الوجود أوسع مشتركٍ.

فعلى هذا المذهب ليس هنالك وجودٌ مُطلق^{٢٩} ووجود خاص^{٣٠} هو فرد له؛ بل هنالك حقائق متخالفة يُطلق على كُلِّ واحدٍ منها لفظ الوجود^{٣١}.

وهذا الرأي منسوبٌ للإمام الأشعري رحمه الله^{٣٢}، وهو مذهبُ إسحاق بن عيَّاش من المعتزلة إذا أن قال: "إنَّ الوجودَ هو ذاتُ الشيء"^{٣٣}، ونصره أبو الحسين البصري المعتزلي واحتجَّ عليه بقوله: "إنَّ وجود الحجم وكل ذاتٍ لو كان زائداً على كونه حجماً لصحَّ أن يُعلم حجماً من دون وجوده، أو يُعلم موجوداً من دون كونه حجماً، فلما تعدَّر ذلك علمنا أنه أمرٌ واحدٌ، إذ لا يجوز أن يتعلق العلم بأحدهما دون الآخر؛ لأنه إن كان العلم بالوجود أصلاً للعلم بكونه حجماً؛ صحَّ أن يُعلم موجوداً من دون كونه حجماً، وإن كان العلم بالحجم هو الأصل؛ صحَّ أن يُعلم حجماً دون وجوده"^{٣٤}.

وهو مذهب الإمام أبي منصور الأشعري البغدادي، ونسبه إلى أصحابه الأشاعرة بقوله: "أجمع أصحابنا أن صانع العالم قائم بذاته، غير مفتقرٍ إلى محل، وأجمعوا على أنه موجود لذاته، خلاف قول سليمان بن جرير في دعواه أنه موجود لمعنى يقوم به"^{٣٥}.

وإليه ذهب الإمام الجويني رحمه الله بقوله: "والوجه المرضي أن لا يجعل الوجود من الصفات، فإنَّ الوجود نفسُ الذات، وليس بمثابة التحيز للجوهر، فإنَّ التحيز صفةٌ زائدةٌ على ذات الجوهر، ووجود الجوهر عندنا نفسُهُ من غير تقدير مزيد، والأئمة متوسعون في عدِّ الوجود من الصفات، والعلم به علمٌ بالذات"^{٣٦}.

^{٢٨} ينظر: نهاية العقول: ٤٣٨/١.

^{٢٩} أي: وجودٌ له مفهوم عام شامل لجميع الموجودات.

^{٣٠} الوجود الخاص: مثل: وجود زيد في الخارج، فهذا وجودٌ خاصٌ بزيد لا يشاركه فيه غيره.

^{٣١} يُنظر: حاشية الدسوقي على أم البراهين: ص ١١٢.

^{٣٢} لم أجد رأي الإمام الأشعري هذا فيما هو مُتداول من كتبه؛ وإنما نسبةٌ إليه متأخرو أصحابه في المذهب، كالإمام الرازي رحمه الله تعالى. ينظر: نهاية العقول: ٤٣٨/١. وتابع الإمام الرازي في نسبة هذا المذهب للإمام الأشعري: الإيجي في موافقه، والسنوسي في أم البراهين وغيرهما. ينظر: شرح المواقف: ١٢٧/٢؛ وشرح العقيدة الصغرى (أم البراهين)، محمد بن يوسف بن عمر السنوسي: ص ١٤٢.

^{٣٣} الفائق في أصول الدين: ص: ٤٦.

^{٣٤} المصدر نفسه: ص ٤٦.

^{٣٥} أصول الدين، أبي منصور البغدادي: ص ٨٨.

^{٣٦} الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد: ص ٣١.

وهو رأي الشهرستاني القائل: "نجعلُ الوجود من الأسماء المشتركة المحضة التي لا عموم لها من حيث معناها، وإنما اللفظ المجرد يشملها، كلفظ العين، فيُطلقُ الوجود على الباري تعالى لا بالمعنى الذي يُطلقُ على سائر الموجودات"^{٣٧}.

وهو رأي الأمدي أيضاً، إذ يقول: "بناءً على أصلنا في أنّ الوجود نفس الموجود، وأنّ إطلاق اسم الوجود والذات على الماهيات المتعددة ليس إلا بطريق الاشتراك في اللفظ لا غير، وما وقع به الاشتراك فهو وجوب الوجود"^{٣٨}.

وإليه ذهب تقي الدين المقترح بقوله: "ولم يبقَ من النظر في هذا الفصل إلا إقامة الدليل على أنّ الوجود نفس الموجود، ليس بزائدٍ على الذات"^{٣٩}.

وهو رأي عضد الدين الإيجي، قال في المواقف "والتحقيق أنّ هذه الوجوه إنما تفيّدُ تغاير المفهومين دون تغاير الذاتين، والنزاع إنما وقع فيه، فإنّ عاقلاً لا يقولُ مفهوم السواد هو بعينه مفهوم الوجود؛ بل ما صدقَ عليه السواد هو بعينه ما صدقَ عليه الوجود، وليسَ لهما هويتان متميزتان تقومُ إحداها بالأخرى كالسواد بالجسم؛ وهو الحق... وهو معنى كلام الشيخ وفحوى دليله"^{٤٠}.

وهو رأي الإمام الدواني، إذ يقول: "لما دلَّ البرهانُ على أنّ وجود الواجب عينه، ومن البين أنّ المفهوم البديهي المشترك لا يصلحُ لذلك"^{٤١}.

ومذهب تاج الدين السبكي القائل: "الأصحُّ أنّ وجودَ الشيء عينه"^{٤٢}.

أدلة أصحاب هذا المذهب

١. لو كان الوجود زائداً على الماهية لكانت الماهية من حيث هي في حد ذاتها غير موجودة؛ فيلزم حينئذٍ من انضمام الوجود إليها وقيامه بها اتصاف المعدوم وهو الماهية بالوجود، وهذا تناقض.

جواب هذا الدليل من جهتين:

الأولى: إن هذا الدليل منقوض بالأعراض الزائدة على معروضاتها، مثلاً: لو كان السواد زائداً على الجسم كان الجسم من حيث هو غير أسود، فإذا انضمَّ إليه السواد اتصف هذا الجسم الذي ليس بأسود بالسواد؛ فيلزم منه أن يكون ذلك الجسم أسود وليس بأسود، وهذا تناقض.

الثانية: إن الوجود ينضمُّ إلى الماهية وحدها، لا إلى الماهية المأخوذة مع العدم، فلا يلزم التناقض ولا ينظم الوجود إلى الماهية المأخوذة من الوجود، حتى يُقال: إنها كانت موجودة قبل وجودها"^{٤٣}.

^{٣٧} نهاية الإقدام في علم الكلام: ص ٢١٣.

^{٣٨} غاية المرام في علم الكلام: ص ٤١.

^{٣٩} شرح الإرشاد لتقي الدين المقترح: ص ٩٧.

^{٤٠} شرح المواقف: ١٥٢/٢.

^{٤١} رسالة إثبات الواجب الجديد للدواني: ص ١٣١.

^{٤٢} جمع الجوامع في أصول الفقه: ص ١٢٨.

^{٤٣} ينظر: شرح المواقف: ١٢٨/٢.

٢. إنَّ قيام الصفة الثبوتية بالشيء فرغٌ وجود ذلك الشيء في نفسه، فالشيء المعدم لا يتصف بصفة ثبوتية، ولا شك أنَّ الوجود أمرٌ ثبوتي، فلو كان الوجود صفة زائدةً لزمَ أن يكون للماهية وجودٌ قبل قيام الوجود بها، فيلزمُ منه كون الشيء موجوداً مرتين، ويلزمُ أيضاً تقدم الشيء على نفسه إن كان الوجود السابق عين الوجود اللاحق، ويعود الكلام في ذلك الوجود ويتسلسل^{٤٤}.

جوابه: هذا الادعاء إنما يكون في صفة ثبوتية هي غير الوجود، ومن البديهي أن كل صفة ثبوتية سوى الوجود يكونُ قيامها بالموصوف في الخارج فرعا عن وجود الموصوف في نفسه، والأمرُ في الوجود ليس كذلك؛ لأنَّ الضرورة تقتضي امتناع مسبوقة الوجود بالوجود، فلا يستلزمُ لقيام الوجود بموصوف ما وجود ذلك الموصوف في الخارج حتى يلزمُ منه كون الشيء موجوداً مرتين، ويلزمُ تقدم الشيء على نفسه أو تسلسل الوجودات إلى ما لا نهاية^{٤٥}.

٣. لو زاد الوجود على حقيقة الشيء أو كان جزءاً منها للزم أن يكون لهذا الوجود وجودٌ آخر؛ لامتناع اتصافه بالعدم، فينتقل الكلام إلى وجود الوجود، فتتسلسل الوجودات إلى ما لا نهاية^{٤٦}.

جوابه: المنع؛ لأنَّ الوجود قد يكون من المعقولات الثانية^{٤٧}، فلا يكون موجوداً بل معدوماً، ويجوز اتصاف الشيء بنقيضه اشتقاقاً^{٤٨} وإن سلمنا كون الوجود موجوداً على تقدير كونه زائداً أو جزءاً للماهية،

^{٤٤} ينظر: المصدر نفسه: ١٢٩/٢-١٣٠.

^{٤٥} ينظر: شرح المواقف: ١٢٩/٢-١٣١.

^{٤٦} شرح المواقف: ١٣٤/٢.

^{٤٧} المعقولات أو المفاهيم الكلية على قسمين: ١. المعقولات الأولى. ٢. المعقولات الثانية.

المعقولات الأولى: وهي معاني وصور كلية، مأخوذة من أمرٍ خارجي محسوس. مثلاً: عندما أرى سيارة في الخارج، صورة هذه السيارة تنطبق في الذهن، واستطيع أن استنتج من هذه الصورة مفهوم كلي، وهو مفهوم السيارة، وهذا الوصف صالح للانطباق على جميع مصاديق السيارة الموجودة في الخارج.

المعقولات الثانية: وهي عبارة عن مجموعة من المعاني الكلية الموجودة في الذهن، وهي مغايرة للمعقولات الأولى. والمعقولات الثانية على قسمين:

أ. **معقولات ثانية منطقية:** وهي المعاني الذهنية الخالصة، والتي يكون عروضها والاتصاف بها في الذهن فقط. مثل: مفاهيم (الكلي، والجزئي، والعكس) وغيرها. فوصفنا كلمة الإنسان في الذهن بأنه كلي، هذا الوصف الكلي هو معقولٌ منطقي ثانٍ، ولا وجود له في الخارج، وإنما هو وصفٌ ذهني محض، فالصفة والموصوف ذهنيان؛ لأنَّ المقصود وصف مفهوم الإنسان الذهني لا الإنسان الخارجي.

ب. **معقولات ثانية فلسفية:** وهي المفاهيم الكلية التي يكون عروضها في الذهن، واتصافها في الخارج. فعندما نصف شخصاً بالجهل، فلا نجد في الخارج إلا الموصوف، وهو الشخص، أما كلمة الجهل فهو مفهومٌ كلي عديمي لا وجود له خارجاً، وإنما وجوده في الذهن. ينظر: مبادئ الفلسفة الإسلامية: ٣٦٦-٣٦٨؛ وناقذة على الفلسفة: ٩٣-٩٤.

^{٤٨} ينظر: شرح المواقف: ١٣٣/٢-١٣٤. أي: يمتنع اتصاف الشيء بنقيضه، أي حمله عليه بالمواطاة، وهو الاتفاق، بأن يقال: (الوجودُ عدمٌ) بحمل العدم على الوجود، فهذا ممتنعٌ؛ ولكن يجوزُ اتصاف الشيء بنقيضه بالاشتقاق، بأن يقال: (الوجود معدوم) لأنَّ المحمول هنا، وهو المعدوم، مشتق من العدم.

فلا نسلم كونه موجودا بوجود آخر؛ لأن ذلك الحكم إنما هو فيما سوى الوجود، وأما الوجود فيجوز أن يكون موجودا بنفسه لا بمعنى اتحاد وجود الوجود بالوجود؛ لأن اتحاد الصفة بالموصوف باطل^{٤٩}.

المذهب الثاني: أن الوجود له معنى واحد في الواجب والممكن، وهو زائدٌ عليهما جميعاً، فيكون الوجود على هذا المذهب من قبيل المشترك المعنوي^{٥٠}، وهذا رأي أبي هاشم وأصحابه من المعتزلة^{٥١}، ومذهبُ القاضي عبد الجبار المعتزلي إذ يقول: "والدلالة على أن صفة الوجود واحدة في الذوات... الخ"^{٥٢} فوجوده تعالى لا يخالف حال سائر الموجودات الأخرى؛ ولكن قدرته وإرادته وعلمه مخالف لقدرتنا وإرادتنا وعلمانا؛ بناء على تغاير المتعلقات فينا^{٥٣}.

ثم هي بعد ذلك مختلفة في الذوات^{٥٤} وهو عنده صفة معقولة، أي: في الاعتبار الذهني^{٥٥}.

وهو مذهب سليمان بن جرير من الأشاعرة كما نسبه إليه البغدادي^{٥٦}، ومذهبُ الإمام الفخر الرازي إذ يقول: "مذهب المحققين أن الوجود مقول على الواجب والممكن بالاشتراك المعنوي، وذلك المشترك في واجب الوجود يكون مقارناً لماهيته، مغايرة له"^{٥٧}، ويقول أيضاً: "هذا يدل على أن العقلاء ببداية عقولهم يعلمون أن الوجود مشترك بين الماهيات، وإذا ثبت أن الوجود مشترك وجب أن يكون زائداً على الماهيات؛ لأن الماهيات متخالفة في أنفسها ومتشاركة في وجوداتها، وما به الاشتراك غير ما به الامتياز، فوجب أن يكون وجودها زائداً على ماهيتها"^{٥٨}.

وقال في المطالب العالية عند ذكره مذاهب الناس في هذه المسألة: "والثالث: قول من يقول إن الوجود صفة من صفات حقيقة الله تعالى، ونعت من نعوت ماهيته، وبهذا التقدير فوجود الله غير ماهيته" إلى أن قال: "والثالث قول طائفة عظيمة من المتكلمين، وهو الذي نصرناه في أكثر كتبنا"^{٥٩}.

^{٤٩} ينظر: حاشية السبائكوتي على شرح المواقف: ١٣٤/٢.

^{٥٠} بمعنى: أن مفهوم الوجود واحد في جميع الماهيات، وهو (الكون والحصول)؛ ولكنه يختلف بحسب ما يُضاف إليه.

^{٥١} ينظر: الفائق في أصول الدين: ص ٤٦.

^{٥٢} المجموع في المحيط بالتكليف: ١٣٥/١.

^{٥٣} ينظر: المصدر نفسه: ١٣٥/١.

^{٥٤} ينظر: المصدر نفسه: ١٣٧/١.

^{٥٥} يُنظر: المصدر نفسه: ١٣٣/١.

^{٥٦} ينظر: أصول الدين: ص ٨٨.

^{٥٧} نهاية العقول: ١ / ٤٣٨.

^{٥٨} المصدر نفسه: ١ / ٣٤٧ وما بعدها.

^{٥٩} المطالب العالية من العلم الإلهي: ٢٩١/١.

يقول ابن التلمساني في توضيح مذهب الفخر الرازي: "وذهب القاضي والإمام إلى أنّ مفهوم الوجود والذات لا يختلفُ شاهداً وغائباً، وأنّ تماثل الذات واختلافها بصفات نفسية هي أحوال، أو وجوه واعتبارات في العقل"^{٦٠}.

وقال في الأربعين: "والقول الثالث: وهو أن وقوع لفظ الموجود على الواجب، وعلى الممكن بحسب مفهوم واحد، وذلك المفهوم صفة عارضة لماهية الحق - سبحانه وتقدس - ولحقيقته المخصوصة. وهو المختار عندنا وعند طائفة عظيمة من علماء الأصول"^{٦١}.

وهو مذهب القاضي البيضاوي، إذ قال: "المبحث الثالث في كونه زائداً، خلافاً للشيخ مطلقاً، والحكماء في الواجب. أمّا في الممكنات فلا تُنتصروها ونشكُّ في وجودها الخارجي والذهني حتى يقوم عليها البرهان؛ ولأنّ الحقائق الممكنة تقبلُ الوجود والعدم، ووجوداتها ليست كذلك، وأيضاً فالماهيات مُتخالفةٌ والوجودُ مُشترك، فلا يكونُ نفسها ولا جزءاً منها... الخ"^{٦٢}.

أدلة أصحاب المذهب الثاني

مرّ معنا أنّ أصحاب هذا المذهب يرون أن الوجود زائد على الذات في الواجب والممكن، وأنه من المشترك المعنوي، وقد أفردوا في استدلالاتهم كلا من وجود الواجب ووجود الممكن.

زيادة الوجود على ماهية الممكن: استدلوا على زيادة الصفة على الذات في الممكنات بأربعة أدلة:

١. أن الماهية الممكنة باعتبار حقيقتها تقبلُ العدم، وإلا ارتفع عنها صفة الإمكان، وصارت واجبة الوجود، والماهية الممكنة في حال وجودها يمتنع عليها العدم، فلو كان الوجود نفس الماهية أو جزءاً منها لم يجز عليها ذلك؛ بل كان العدم ممتنعاً عليها من حيث هي هي.

الجواب: إذا كان المراد من قبول الماهية الممكنة للعدم أنها تثبت في الخارج خالية عن صفة الوجود، ومتصفة بالعدم؛ فباطل؛ لأن الماهية الممكنة حال العدم لا تثبت لها في نفسها أصلاً، وإن كان المراد من قبولها للعدم ارتفاع هذه الماهية بالكلية، فلا نسلم أنها أن كانت نفس الوجود لا تقبلُ العدم؛ لأن الوجود نفسه يرتفع بارتفاع الماهية^{٦٣}.

٢. إنّنا نشكُّ في ثبوت الوجود للماهية المعقولة، كالمثلث، مثلاً، فلا يكونُ الوجود نفس الماهية؛ لأنه لا شيء من الماهية وجزئها مما يُشكُّ في ثبوته للماهية؛ لامتناع الشك في ثبوت الشيء لنفسه، وفي ثبوت ذاتي له؛ فيحصل أنه لا يكون الوجود نفس الماهية ولا جزءاً لها.

جوابه: لا يمتنع الشك في الجزء إن كانت الماهية معقولة بحقيقتها، ولا نسلم أن شيئاً من الماهيات معقولة بكنهها، وأيضاً: المثال الجزئي لا يصح قاعدة كلية، فيجوز أن تكون بعض الماهيات التي لم

^{٦٠} شرح معالم أصول الدين للإمام الفخر الرازي: ص ٢٠٧.

^{٦١} الأربعين في أصول الدين: ص ١٤٣.

^{٦٢} طوابع الأنوار من مطالع الأنظار: ص ٧٨.

^{٦٣} ينظر: شرح المواقف: ١٤١/٢ - ١٤٣.

نتعقلها، لو تعقلناها بخصوصها لم يحصل الشك في وجودها. فهذا الاستدلال يصح لإبطال قول من ادعى بأن كل وجود نفس الماهية، ولا يصح لإثبات أن كل وجود زائد على الماهية^{٦٤}.

٣. لو كان الوجود نفس الماهية لما أفاد حمله عليها فائدة معنوية؛ بل كان من قبيل اللغو، ولكان قولنا: (السواد موجود) بمنزلة قولنا: السواد سواد، والموجود موجود.

جوابه: قد يكون حمل الوجود على الماهية مفيدا، باعتبار أن معنى (السواد موجود) حينئذ: أنه ليس بمرتفع^{٦٥}.

٤. لو لم يكن الوجود زائداً على ماهية الممكن لكان إما نفسها أو جزؤها، والأول باطل؛ لأن الوجود مشترك المعنى، والماهيات متخالفة الحقائق.

والثاني باطل أيضاً؛ لأن الوجود لو كان جزءاً للماهية لكان ذاتياً أعم من جميع الذاتيات المشتركة بين الموجودات، فكان الوجود جنساً لهذه الذاتيات، إن كان محمولاً عليها، وإن لم يكن محمولاً عليها كان جزءاً مشتركاً مثل الجنس، ثم هذه الذاتيات تتمايز أنواعها فيما بينها بفصول، وهذه الفصول أيضاً متصفة بوجود، فيكون الوجود جنساً لهذه الفصول، وهكذا، فيتسلسل إلى ما لا نهاية^{٦٦}.

قال الإيجي: نختار هنا كون الوجود جزءاً للماهية، ثم أجاب عن الشرط الأول من الدليل: بأنه يجوز أن يكون الوجود جنساً لأنواع الموجودات، وعرضاً عاماً للفصول، كالجوهر، فإنه جنس لأنواع تحته، وعرض عام لفصولها؛ فجاز دخول الوجود في بعض الماهيات، ولا يستلزم التسلسل.

وأجاب عن الشرط الثاني من الدليل: بأن الموجود ليس جوهرًا ولا عرضاً؛ لأن الجوهر والعرض من أقسام الموجود، والوجود ليس من أقسام الموجود؛ لاستحالة كون الشيء مندرجاً تحت المتصف بذلك الشيء^{٦٧}.

الاستدلال على زيادة الوجود على ذات واجب الوجود

واستدل أصحاب المذهب الثاني على زيادة الصفة على واجب الوجود:

١. لو كان وجوده تعالى غير مقارن لماهيته، بأن يكون وجوداً مجرداً قائماً بذاته، ويكون نفس حقيقة الواجب، فيكون تجرده عن الماهية وقيامه بالذات:
- إما لذاته، فيقتضي أن يكون كل وجود مجرداً؛ لأن التجرد حينئذ صفة عامة، ثابتة للوجود، ويكون وجود الممكنات أيضاً مجردة، وهذا باطل.
- وإما أن يكون تجرد الوجود وقيامه بالماهية لغيره، فيلزم منه أن يكون تجرد واجب الوجود لعلة منفصلة، فلا يكون الواجب واجباً؛ لاحتياجه في تجرده وقيامه بذاته إلى غيره.

^{٦٤} ينظر: المصدر نفسه: ١٤٦/٢.

^{٦٥} ينظر: المصدر نفسه: ١٤٦/٢-١٤٧.

^{٦٦} ينظر: شرح المواقف: ١٤٧/٢-١٤٨.

^{٦٧} ينظر: المصدر نفسه: ١٤٧/٢-١٥٠.

٢. الواجب تعالى هو مبدأ الممكنات، فلو كان الواجب هو الوجود المجرد لاستلزم من ذلك أن يكون مبدأ الممكنات إما الوجود فقط، أو الوجود المجرد.

والأول يقتضي أن يكون كل وجود مبدأ لما يكون الواجب مبدأ له، فيكون كل شيء موجوداً مبدأ لكل شيء، حتى لنفسه وعليه، وهذا باطل.

أو يكون المبدأ للممكنات هو الوجود المجرد، أي الوجود اللاموجود، فيقتضي أن يكون التجرد الموصوف بعدم العروض جزءاً من مبدأ الوجود، وهذا باطل^{٦٨}.

جوابه: أن النزاع في أن وجود الواجب عين ماهيته أم لا، وليس النزاع في الوجود المشترك بين الموجودات، فليس لعقل أن يقول بأن الوجود المطلق المشترك هو عين حقيقته تعالى؛ لأنه يلزم منه أن يكون حقيقته تعالى أمراً متعددة مقارنة للممكنات؛ بل النزاع في وجوده تعالى الخاص، المخالف في حقيقته لسائر الموجودات الخاصة، المشارك لها في مطلق مفهوم الوجود، فإن ما يصدق عليه أنه وجود ليس من الواجب تعالى أمراً زائداً؛ بل هو عين ماهية الواجب، وقائم به، ويقتضي بخصوصية ذاته تجرده عن الماهية وقيامه بذاته تعالى، وهو المبدأ للممكنات، ولا يلزم من ذلك أن يكون سائر الموجودات المخالفة له في الماهية مجردة، ومبدءاً، وإنما يلزم ذلك إذا كان وجوده تعالى مساوياً في تمام الماهية لوجودات الممكنات، واشتراك وجود تعالى مع وجود الممكنات في مطلق مفهوم الوجود لا يستلزم تماثلها؛ لجواز أن يكون أمراً عارضاً لها خارجاً عن ماهيتها^{٦٩}.

المذهب الثالث: وجود الله تعالى نفس ماهيته، ووجود الممكنات مغايرٌ لماهياتها، ولا ماهية لله تعالى؛ بل هو الوجود المُجرّد بشرطِ سلبِ العدم عنه^{٧٠}، وهذا رأي فلاسفة المسلمين^{٧١} كابن سينا^{٧٢} والفارابي^{٧٣}.

^{٦٨} ينظر: المصدر نفسه: ٢/ ١٥٦-١٥٧.

^{٦٩} شرح المواقف: ٢/ ١٥٨-١٥٩.

^{٧٠} يعني: هو وجود مجرد بشرط كونه غير عارض لشيء من الماهيات؛ بل يكون وجوداً قائماً بنفسه، وبهذا التقدير يكون وجود الله تعالى نفس حقيقته. المطالب العالية: ١/ ٢٩١.

^{٧١} ينظر: فخر الدين الرازي وآراؤه الكلامية والفلسفية: ص ١٦٨.

^{٧٢} ينظر: الشفاء لابن سينا، الإلهيات: ص ٣٤٧.

^{٧٣} إذ يقول: "ولا ماهية له مثل الجسم إذا قلت إنه موجود، فحدّ الموجود شيء، وحدّ الجسم شيء؛ سوى أنه واجب الوجود، وهذا وجوده، ويلزم من هذا أن لا جنس له، ولا فصل، ولا حدّ، ولا برهان عليه؛ بل هو برهان على جميع الأشياء، ووجوده بذاته أبدي أزلي لا يُمازجه العدم، وليس وجوده بالقوة". عيون المسائل ضمن كتاب المجموع من مؤلفات أبي نصر الفارابي: ص ٦٦-٦٨.

وقال في فصوص الحكم: "فكل ما هويته غير ماهيته وغير المقومات لماهيته فهويته من غيره ينتهي إلى المبدأ الذي لا ماهية له مُباينة للهوية" ويقصد: أن وجود الله تعالى هو عينه ونفسه. نصوص الكلم للسيد محمد بدر الدين الحلبي على كتاب فصوص الحكم، لفيلسوف الإسلام أبي نصر محمد بن محمد الفارابي: ١٢٤-١٢٥.

قال التفتازاني: "وعند الفلاسفة: حقيقته: وجود خاص، قائم بذاته ذهنًا وعينًا، من غير افتقار إلى فاعل يوجد، أو محل يقوم به في العقل، وهو مخالف لوجودات الممكنات بالحقيقة، وإن كان مشاركا لها في كونه معروضا للوجود المطلق، ويعبرون عنه بالوجود المجرد، والوجود بشرط لا شيء"^{٧٤}.

فحقيقته تعالى إذن مخالفة لسائر الحقائق، وهي ليست زائدة على وجوده تعالى؛ بل حقيقته هو الوجود الخاص المجرد، فهو عيني مياين لسائر الوجودات العينية، ولا يفتقر إلى فاعل ولا إلى محل يقوم به، وهذا الوجود يقوم بذاته ونفسه، ويسمونه الوجود المجرد عن التركيب، ويسمونه أيضا الوجود بشرط لا شيء، أي: بشرط انتفاء شيء آخر يكون معه شيئا واحدا، فلا يكون وجوده تعالى مقارنا لشيء آخر يكون معه شيئا واحدا، بخلاف وجود المخلوق فهو مقارن لذاته، فيلزم تركيبه"^{٧٥}.

وتعلل الفلاسفة عدم جواز كون وجوده تعالى زائد على ذاته: بأن ذلك يؤدي إلى التركيب والاحتياج، وليس كذلك الوجود الخاص والوجود المطلق؛ لأن الوجود الذي هو الواجب كون خاص، متحقق بنفسه لا بفاعل ولا بجزء مقوم له، وهو قائم بنفسه لا يفتقر إلى محل ولا إلى جزء"^{٧٦}.

وتقول الفلاسفة: إن إنيته تعالى عين ماهيته^{٧٧} ويقصدون أن وجوده تعالى عين حقيقته، ثم يقرر ابن سينا مذهبه بقوله: "قد يجوز أن تكون ماهية الشيء سببا لصفة من صفاته، وأن تكون صفة له سببا لصفة أخرى، مثل الفصل للخاصة، ولكن لا يجوز أن تكون الصفة التي هي الوجود للشيء إنما هي بسبب ماهيته التي ليست من الوجود، أو بسبب صفة أخرى؛ لأن السبب متقدم في الوجود، ولا متقدم بالوجود قبل الموجود"^{٧٨}.

بيان كلامهم هذا كما فسره الرازي: إن حقيقة الشيء يجوز أن تكون سببا لصفة من صفاته، ككون الاثنينية سببا لزوجية الاثنين، ويجوز أن تكون صفة الماهية سببا لصفة أخرى، ككون الناطقية سببا للمتعبية، ولكن لا يجوز أن تكون الماهية ولا صفة من صفاتها سببا لوجود نفسها، أي: بأن يكون الوجود صادرا عن الماهية؛ لأن العلة متقدمة بالوجود على المعلول، فلو كانت الماهية علة لوجود نفسها لكانت متقدمة بوجودها على وجود نفسها؛ فيلزم منه أحد أمرين: إما تقدم الشيء على نفسه، أو أن يكون الشيء موجودا مرتين؛ وهو محال، ويلزم منه التسلسل أيضا"^{٧٩}.

ويستمر ابن سينا في تقرير مذهبه بقوله: "وجود الله تعالى لو كان زائدا على ماهيته لكان ممكنا؛ لأن وجوده على هذا التقدير صفة من صفات ماهيته، ولا تنتقر الصفة بدون الموصوف، فيكون وجوده تعالى مفتقرا إلى ماهيته، وكل مفتقر إلى غيره فهو ممكن، فثبت أنه لو كان وجوده زائدا على ماهيته لكان ممكنا، ولا بد له من سبب ... وذلك السبب إما ماهيته أو غيرها، والثاني باطل؛ لأن وجوده تعالى لو كان مستقادا من شيء آخر لكان البارئ تعالى ممكنا، معلولا، مفتقرا إلى مؤثر آخر، تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا،

^{٧٤} شرح المقاصد: ١/١٧٣.

^{٧٥} ينظر: أشرف المقاصد للمكناسي: لوحة (٨٩).

^{٧٦} ينظر: المصدر نفسه: لوحة (٨٩).

^{٧٧} شرح الإشارات والتنبهات للفخر الرازي: ٢/٣٥٨.

^{٧٨} المصدر نفسه: ٢/٣٥٥.

^{٧٩} ينظر: شرح الإشارات والتنبهات، للفخر الرازي: ٢/٣٥٥-٣٥٦؛ وشرح الإشارات والتنبهات للطوسي: ٣/٣٠.

والأول أيضا باطل؛ لأن ماهيته تعالى لو كانت علة لوجوده لكانت متقدمة بالوجود على نفسها؛ ضرورة أن العلة متقدمة بالعلة على المعلول، وحينئذ يلزم المحال^{٨٠}.

رد الإمام الرازي:

إن قولكم بأن العلة متقدمة على المعلول بالوجود يرجع حاصله إلى أن العلة لا تكون مؤثرة في المعلول إلا بعد وجودها، وهذا من باب المصادر؛ لإننا ندعي أن المؤثر في وجود الله تعالى هو نفس ماهيته فقط وليس باعتبار وجود آخر سابق عليه، أما إن كان قصدكم بالتقدم أمرا آخر وراء المؤثرية فذلك غير متصور^{٨١}.

وأیضا: ماهيات الممكنات قابلة لوجوداتها، فماهياتها إذن علة قابلة^{٨٢} لوجوداتها، ففي هذا الموضوع العلة القابلة لا يجب تقدمها على المعلول بالوجود، وإن كان كذلك فلم لا يجوز مثله في العلة الفاعلية^{٨٣}، وأيضا: الشيخ الرئيس ذكر بأن قد يجوز أن تكون ماهية الشيء سببا لصفة من صفاته، فنقول: الماهية إذا كانت مؤثرة في صفة من صفات نفسها كانت علة لتلك الصفة، ولا يجوز أن يكون تقدمها على تلك الصفة بالوجود، وإلا لم تكن العلة نفس الماهية فقط؛ بل تكون الماهية الموجودة نفسها، لكن الشيخ الرئيس سلم أن العلة هي نفس الماهية، فثبت أن تقدم المؤثر على الأثر لا يجب أن يكون بالوجود^{٨٤}.

ويرى الإمام الغزالي: أن مذهب الفلاسفة مخالف للعقل السليم، إذ يقول: "وجود بلا ماهية ولا حقيقة غير معقول، فكما لا نعقل عدما مرسلا إلا بالإضافة إلى موجود يقدرُ عدمه، فلا نعقل وجود مرسلا إلا بالإضافة إلى حقيقة معينة، لا سيما إذا تعين ذاتا واحدة، فكيف يتعين واحدا متميزا عن غيره بالمعنى ولا حقيقة له؟ فإن نفي الماهية نفي للحقيقة، وإذا انتفت حقيقة الموجود لم يعقل الوجود، فكأنهم قالوا: وجود لا موجود، وهو متناقض^{٨٥}".

المطلب الثالث

حقيقة الخلاف وإمكانية التوفيق بين الآراء

يذكر صاحب الصحائف^{٨٦} أن منشأ الخلاف في هذه المسألة يرجع إلى اختلافهم في إطلاق لفظ الوجود، هل يُراد به مفهوم الكون، أو يُراد به مفهوم الذات؟.

^{٨٠} شرح الإشارات والتنبيهات للفخر الرازي: ٣٥٨/٢.

^{٨١} ينظر: المصدر نفسه: ٣٦١/٢.

^{٨٢} العلة القابلة: "وهي عبارة عن إمكان اتصاف شيء بصفة لم يحصل له بعد مع وجوده حالة يحصل بها". كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، للتهانوي: ٣٠١/٢.

^{٨٣} العلة الفاعلية: "ما يُوجدُ الشيء بسببه". التعريفات، علي بن محمد الجرجاني: ص ٢٠٢.

^{٨٤} ينظر: شرح الإشارات والتنبيهات للرازي: ٣٦١-٣٦٢/٢.

^{٨٥} تهافت الفلاسفة، الإمام أبي حامد الغزالي: ص ١٣٥.

^{٨٦} وهو: أبو الليث السمرقندي.

فمن قال بأنه زائدٌ على الماهية أرادَ به معنى (الكون والحصول) ومن قال بأنه نفس الماهية أراد به (الذات)^{٨٧}.

ولكن التفتازاني يرى بطلان ما ذهب إليه صاحب الصحائف، ويستدل على ذلك:

١. أن استدلال الفريقين من القائلين بكون الوجود نفس الذات أو زائداً عليه، صريحٌ في أن نزاعهم حول الوجود المقابل للعدم، وهو بمعنى الكون في الأعيان.

٢. إذا سلمنا بأن لفظ الوجود يُطلقُ على نفس الذات أيضاً، فلا يلزمُ من ذلك القول بأن الاشتراك فيه لفظي؛ وذلك لأن مفهوم الذات أيضاً معنى مشترك بين جميع الذات، فيحتملُ أن يكون معناه مشتركاً بين الماهيات، فيكون زائداً على حقائق الماهيات، أو هو نفس الماهيات^{٨٨}.

ثم يذكر القاضي عضد الدين الإيجي: أن الخلاف الحاصل بين المذاهب الثلاثة في زيادة الوجود وعدم زيادته يرجعُ إلى خلافهم في إثبات الوجود الذهني^{٨٩} للأشياء، فالذي لم يثبت الوجود الذهني -كالشيخ الأشعري- يرى أن الوجود عين الذات، ومن أثبت الوجود الذهني يرى بأن الوجود الذهني زائد على الماهية في الخارج^{٩٠}.

ويبدو أن التفتازاني لم يرضه هذا الكلام؛ معللاً ذلك: بأن النافين للوجود الذهني لا يُنكرون بأنَّ العقل يتعقل الأمور الكلية، والاعتبارية، والمعدومات، والممتنعات، وهم يعرفون بأنها مغايرة لبعضها البعض في المعنى، وإنما نزاعهم في التعقل هل يكون بحصول الشيء في العقل وثبوته فيها أم لا؟^{٩١}

فلا يتجه لهم بمجرد نفيهم للوجود الذهني نفي التغيرات بين الوجود والماهية في العقل، ونفي الاشتراك المعنوي بين مطلق الوجودات^{٩٢}.

^{٨٧} ينظر: شرح المقاصد: ١٧٠/١.

^{٨٨} ينظر: المصدر نفسه: ١٧١/١.

^{٨٩} الوجود الذهني والخارجي: عندما ننظر إلى ما في هذا الكون من جبال وأنهار وأشجار وحيوانات نرى أن لهذه الأشياء حقائق خارجية ملموسة، ثم إذا غابت عن حواسنا نجدُ أنَّ صورها باقية في أذهاننا، فمن هنا حصل خلاف في إثبات الوجود الذهني للأشياء على ثلاث مذاهب:

١. إثبات الوجود الذهني، فالعلوم والمعارف وصور الأشياء في أذهاننا هي وجودٌ للماهيات والحقائق نفسها في الذهن؛ ولكنها مجردة من الآثار الخارجية، مثلاً: النار في الخارج ماهية لها أثر، وهو الإحراق، فصورة النار في أذهاننا هي نفس حقيقة النار الخارجية؛ ولكنها مجردة من الآثار الخارجية. وهذا مذهب الفلاسفة.

٢. إن صور الأشياء المنطبعة في أذهاننا هي أشباحٌ وظلالٌ للحقائق الخارجية، وليست هي الماهية والحقيقة نفسها، فالموجود في الذهن عبارةٌ عن صور تحكي الأمر الخارجي، وهو رأي بعض المتكلمين

٣. إنكار الوجود الذهني، أمَّا العلمُ الحاصل في العقل من رؤية الشيء الخارجي ليس إلا عبارة عن إضافة بين العالم والمعلوم، أي الشيء الخارجي المُدرَك. وهذا الرأي اختاره الإمام الرازي. ينظر: مبادئ الفلسفة الإسلامية: ٢٧٩/١ - ٢٨٤.

^{٩٠} ينظر: شرح المواقف: ١٥٥/٢.

^{٩١} ينظر: شرح المقاصد/١٧٢/١.

والتفتازاني في محاولته للتوفيق بين الآراء المتنازعة، يذهب إلى القول بأن الوجود زائد على الماهية في الذهن، بحسب المفهوم والتصور، بمعنى أن للعقل أن يلاحظ الوجود دون الماهية، والماهية دون الوجود، ذهناً لا عيناً، فيقول: "عند تحرير المبحث وبيان أن المراد الزيادة في التصور أو في الهوية يرتفع النزاع بين الفريقين"^{٩٢}.

رأي التفتازاني في التوفيق بين الآراء المتنازعة:

* إنَّ القائلين بأن الوجود لفظٌ مشترك المعنى، وأنه زائد على الذات، يقصدون به أن مفهوم كلمة الوجود هو من قبيل المشترك المعنوي، بدليل انقسامه إلى واجب وممكن، وأمَّا هويته فلا تنقسم.

ويقولون في إثبات زيادة الوجود على الذات: إنَّ تعقل الوجود ينفك عن تعقل الماهية، فدلَّ ذلك على زيادة صفة الوجود، وأنَّ الكلام في مفهوم الوجود ومفهوم الماهية، إذ الانفكاك حاصل فيما بينهما، وليس بين الهويتين، فلا هوية للوجود تنفك أو لا تنفك^{٩٣}.

* أمَّا كلام الأشعري فحاصله: أنه ليس للوجود والماهية هويتان متميزتان في الخارج، بالتعيين الخارجي لا بالتعيين الذهني، فالمطلوب عنده هو نفي التمييز الخارجي بين الحقيقتين، والدليل أن قولهم: بأن الوجود لو كان زائداً فإما أن يقوم بوجود أو معدوم؛ يقتضي ذلك أن المراد هو القيام الخارجي لا الذهني، ولذا قال الأشعري بأن ذلك يلزم منه التسلسل واجتماع النقيضين، فيظهر أنه أراد الهويتين؛ لأن مجرد الوجود الذهني لا يستلزم التسلسل^{٩٤}.

فالحاصل: أن نظرَ الجمهور إلى المفهومين، ونظر الشيخ إلى الهويتين، فيرتفع الخلاف حينئذ؛ فحقيقة الوجود وحقيقة الماهية غيران في الذهن، بمعنى أن للعقل أن يتصور الماهية في الذهن دون الوجود، وله أن يتصور الوجود المُجرد في العقل دون ماهية تتصف به، فهما بهذا الوصف غيران، وكل غيرين زائد على الآخر.

ولم يقل أحدٌ بأنَّ الوجود والماهية المتصفة به في الخارج عيانا هما غيران، بأن يكون للماهية تحققٌ في الخارج، ويكون للوجود الواقع صفة لتلك الماهية الخارجية تحقق آخر في الخارج.

فلا خلاف إذن بين الفريقين في أن الوجود زائد على الماهية عند الذهن، أي بحسب المفهوم والتصور، بمعنى أن للعقل أن يلاحظ الوجود بدون الماهية، والعكس صحيح^{٩٥}.

يقول المكناسي: "وإذا تحقق أن أحداً لا يقول بأنَّ الوجود تحققاً خارجاً، وللماهية تحققاً آخر، لم يُتصور خلاف في أن لا هوية للوجود يزيدُ بها على هوية الماهية المتصفة به، وعند إدراك هذا التحرير يتبين أن أحد الفريقين لو رجع فيما نظر إليه الآخر لم يقل بخلاف ما قال به الآخر... ويظهر أن الوجود

^{٩٢} ينظر: المصدر نفسه: ١ / ١٧١.

^{٩٣} ينظر: أشرف المقاصد في شرح المقاصد، للمكناسي، لوحة: (٨٧) مخطوط.

^{٩٤} ينظر: المصدر نفسه: لوحة (٨٧).

^{٩٥} ينظر: شرح المقاصد: ١ / ١٧١.

المُتَنَزَع فيه أريد به معنى الكون والحصول، وأن ذلك المعنى واحدٌ، مخالف لما يُضَافُ إليه من الماهيات في التعقل قطعاً عند كل أحد^{٩٦}.

الخاتمة

وفي ختام بحثنا هذا نشير إلى أهم النتائج التي تمخضت عنه، وهي:

١. الوجود قسمان: وجودٌ عام مُطلق، ووجودٌ خاص.
 ٢. "الوجود يشمل جميع الماهيات بالتشكيك^{٩٧}، لا بالتواطؤ^{٩٨}، فوجود الله تعالى أقوى من وجود الممكن"^{٩٩}.
 ٣. لكي يكون تصورنا للمسألة سليماً، لا بد لنا قبل كل شيء أن نفرق بين شيئين في مسألة الوجود: أ. مفهوم كلمة الوجود. ب. ما صدق عليه كلمة الوجود، بعبارة أخرى: الماهية أو الشيء الخارجي الذي يوصف بالوجود.
 ٤. المذاهب الثلاثة متفقة في أن مفهوم الوجود بمعنى (الكون والحصول) هو مفهومٌ مشترك بين جميع الموجودات، الواجبة والممكنة.
 ٥. الوجود عين الموجود في الواجب تعالى عند الفلاسفة والإمام الأشعري ومن تابعه، فليس الوجود زائداً على ذات الواجب تعالى، ولكن الفرق بين مذهب الفلاسفة والإمام الأشعري: أن الله تعالى عبارةٌ عن وجود مجرد، محض، عند الفلاسفة، فالله تعالى عندهم ليس ماهية أو ذاتاً؛ بل هو وجود مجرد، أما الأشعري فالله تعالى عنده ذاتٌ حقيقية؛ وهذا الذات موصوف بالوجود، وهذا الوجود نفس الذات.
 ٦. وجود الممكنات: كل المذاهب متفقة على أن وجود الممكنات عين ماهياتها الموجودة في الخارج، فيستحيل عقلاً تحقق الماهية في الأعيان منفردة ومجردة عن صفة الوجود.
- أمّا وجود الممكنات في الذهن: فاختلّفوا فيه، هل يكون عين الماهية، بأن يكون وجود الإنسان في العقل هو الحيوان الناطق، أو يكون الوجود زائداً على الماهية، بحيث يمكننا تعقل الماهية مجردة عن الوجود؟.

* فالإمام الأشعري ومن تابعه على أن الوجود عينُ الماهية في الذهن وفي الخارج.

* الفلاسفة على أن الوجود عين الذات في الواجب، وزائد عليها في الممكن.

^{٩٦} أشرف المقاصد للمكناسي، لوحة (٨٧) و(٨٨).

^{٩٧} التشكيك: هو التفاوت، بمعنى: أن مفهوم الوجود مثلاً يتفاوت في القوة والضعف بين مصادقاته.

^{٩٨} وهو التساوي.

^{٩٩} معالم الفلسفة الإسلامية: ص ٢٨.

* والمتكلمون على أنّ وجود الممكن زائد على الماهية في الذهن، والخارج.

٧. القائلون بأن الوجود من أنواع المشترك اللفظي وإن كانوا يُنكرون الوجود الذهني للأشياء؛ إلا أنهم لا ينكرون أن الذهن يتعلّق الأمور الكلية والاعتبارية والعدمية والممتنعات، وهم يتعلّقون مغايرة مفاهيم هذه الأمور فيما بينها؛ وما ينكرونه هو ثبوت الشيء وحصوله في العقل، أمّا كونه زائداً عقلاً، وكون مفهومه مشترك عقلاً، فمما لا يُنكرونه، وعليه: لا يلزم من نفيهم للوجود الذهني نفيهم للتغاير الحاصل بين مفهومي الوجود والماهية عقلاً.

٨. الفلاسفة في مسألة وجود الممكن يوافقون المتكلمين في أنه زائد على الماهية الخارجية، أما في وجود الواجب فإنهم وإن كانوا يذهبون إلى القول بأن وجوده تعالى وجودٌ خاص، مجرد عن الماهية؛ إلا أنهم يقولون بأن هذا الوجود الخاص المجرد يُشارك الماهيات الأخرى في الوجود المطلق، فيلزم من قولهم هذا أن يكون الوجود المجرد زائداً ومتصفاً بالوجود المطلق.

وقد صرّح الطوسي بأنّ الوجود يقع على ما تحته بمعنى واحد، كما هو مذهب الحكماء، ولا يلزم من مذهبهم هذا تساوي ملزوماته، التي هي وجود الواجب، ووجود الممكن في الحقيقة؛ وذلك لأنّ مُختلفات الحقيقة قد تشترك في لازمٍ واحد^{١٠٠}.

٩. مألّ كلام الفلاسفة خطيرٌ، فهم ينفون الذات الإلهية، ويصفونها بالوجود المجرد عن أي شيء آخر، وهذا نفي للذات، وإثباتٌ لوجود بلا ماهية، وهو في نفس الوقت تعيين لحقيقة الله تعالى بأنه وجود محض، مع أن ذاته تعالى غير معلومة للبشر.

١٠. الصواب والله أعلم: أن الوجود زائدٌ على مفهوم الذات في العقل والتصور، أي: في الذهن.

هذا ما استنتجه عقل القاصر، فإن أصبتُ فمن الله، وإن أخطأتُ فمن نفسي والشيطان.

وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المصادر والمراجع

١. ابن التلمساني، شرف الدين عبد الله بن محمد ت(٦٥٨هـ)، شرح معالم أصول الدين للإمام الفخر الرازي ت(٦٠٦هـ)، تحقيق: نزار حمادي، دار مكتبة المعارف- بيروت/ لبنان، ط-١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
٢. ابن سيده المرسي، أبو الحسن علي بن إسماعيل ت(٤٥٨هـ)، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط-١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
٣. ابن سينا، الشفاء، الإلهيات، تحقيق: الأب قنواتي وسعيد زايد، الطبعة الأميرية، ١٣٨٠هـ - ١٩٦٠م.
٤. ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني ت(٣٩٥هـ)، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٥. ابو البركات البغدادي، هبة الله ابن علي بن ملكا ت (٥٤٠هـ) المعتبر في الحكمة، جمعية دار المعارف العثمانية- حيد آباد، ١٣٥٨هـ.

^{١٠٠} ينظر: شرح الإشارات والتنبيهات لابن سينا، للطوسي: ٣٢/٣.

٦. أبو الحسن عبد الجبار بن أحمد المعتزلي ت (٤١٥هـ)، المجموع في المحيط بالتكليف، وهو من جمع الشيخ الحسن بن أحمد بن متويه ت (٤٦٦هـ)، المطبعة الكاثوليكية- بيروت/ لبنان.
٧. أبو منصور البغدادي، عبد القادر بن طاهر البغدادي ت (٤٢٩هـ)، أصول الدين، استانبول- تركيا مطبعة الدولة، ط-١، ١٣٤٦هـ.
٨. الأزهرى، محمد بن أحمد الهروي، (ت٣٧٠هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط-١، ٢٠٠١م.
٩. الأمدي، سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد ت (٦٣١هـ) غاية المرام في علم الكلام، تحقيق: حسن محمود عبد اللطيف، لجنة إحياء التراث العربي/ القاهرة، ١٣٩١هـ.
١٠. البيضاوي، ناصر الدين عبد الله بن عمر ت (٦٨٥هـ)، طوابع الأنوار من مطالع الأنظار، تحقيق: عباس سليمان، دار الجيل- بيروت، والمكتبة الأزهرية للتراث- القاهرة، ط-١، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.
١١. التهانوي، محمد بن علي ت (١١٥٨هـ)، كشف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: د. علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون- بيروت، ط-١، ١٩٩٦م.
١٢. الجرجاني، علي بن محمد الجرجاني ت (٥٨١٦هـ)، شرح المواقف لعضد الدين الإيجي ت (٧٥٦هـ)، دار الكتب العلمية- بيروت/ لبنان، ط-١، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م.
١٣. الجرجاني، علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي- بيروت، ط-١، ١٤٠٥هـ.
١٤. الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد ت (٣٩٣هـ) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين - بيروت، ط-٤، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
١٥. الجويني، إمام الحرمين ت (٥٤٧٨هـ)، الإرشاد إلى قواطع الأدلة في أصول الاعتقاد، تحقيق: د. محمد يوسف موسى، وعلي عبد المنعم عبد الحميد، مكتبة الخانجي- مصر، ١٣٦٩هـ.
١٦. د أحمد مختار عبد الحميد عمر ت (١٤٢٤هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط-١، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
١٧. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة المالكي ت (١٢٣٠هـ)، حاشية الدسوقي على أم البراهين، المكتبة العصرية- صيدا/ بيروت، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
١٨. الدواني، جلال الدين محمد الدواني ت (٩٠٨هـ)، رسالة إثبات الواجب الجديد ضمن سبع رسائل للدواني، تحقيق: د. السيد أحمد تويسركاني، مطبعة بنياد أندیشه إسلامي- تهران.
١٩. الرازي، فخر الدين محمد بن عمر ت (٦٠٦هـ)، الأربعين في أصول الدين، مكتبة الكليات الأزهرية- القاهرة/مصر، ط-١، ١٩٨٦م.
٢٠. الرازي، فخر الدين محمد بن عمر ت (٦٠٦هـ)، المطالب العالية من العلم الإلهي، تحقيق: د. أحمد حجازي السقا، دار الكتاب العربي- بيروت/لبنان، ط-١، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
٢١. الرازي، فخر الدين محمد بن عمر ت (٦٠٦هـ)، شرح الإشارات والتنبيهات، تحقيق: د. علي رضا نجف زاه، مؤسسة جاب وانتشارات زانشگاه تهران، ط-١، ١٣٨٤هـ.
٢٢. الرازي، فخر الدين محمد بن عمر ت (٦٠٦هـ)، نهاية العقول، تحقيق: د. سعيد عبد اللطيف فودة، دار الذخائر- بيروت/ لبنان.
٢٣. الرازي، فخر الدين محمد بن عمر ت (٦٠٦هـ)، المباحث المشرقية في علم الإلهيات والطبيعات، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، الناشر ذوي القربى-قم/ إيران، ط-٢، ١٤٢٩هـ.
٢٤. الرفاعي، د. عبد الجبار، مبادئ الفلسفة الإسلامية، دار الكتاب العربي- بيروت/ لبنان، ط-٢، ١٤٣٦هـ - ٢٠١٥م.

٢٥. ركن الدين بن الملاحمي الخوارزمي ت(٥٣٦هـ)، الفائق في أصول الدين، تحقيق: ويلفرد مادلونك و مارتين مكدرومت، مؤسسة مطالعات إسلامي دانشگاه آزاد برلين- ألمانيا.
٢٦. رينهارت بيتر آن دوزي ت(١٣٠٠هـ)، تكملة المعاجم العربية، ترجمة: محمّد سليم النعيمي وجمال الخياط، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، ط-١، ١٩٧٩ - ٢٠٠٠ م.
٢٧. الزركان، محمد صالح، فخر الدين الرازي وآراؤه الكلامية والفلسفية، دار الفكر- بيروت، ١٩٦٣.
٢٨. زكريا بن محمد الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق: د. مازن المبارك، ط-١، ١٤١١هـ.
٢٩. السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ت(٧٧١هـ)، جمع الجوامع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية- بيروت، ط-٢، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م.
٣٠. السمرقندي، شمس الدين محمد بن أشرف، الصحائف الإلهية، تحقيق: أحمد عبد الرحمن الشريف، مكتبة الفلاح، ١٩٨٥.
٣١. السنوسي، محمد بن يوسف بن عمر ت(٥٨٩هـ)، شرح العقيدة الصغرى (أم البراهين)، دار التقوى- دمشق/ سوريا، ط-١، ١٤٤١هـ.
٣٢. الشهرستاني، عبد الكريم، نهاية الإقدام في علم الكلام، تحقيق: ألفريد جيوم، مطبعة جامعة أكسفورد، ١٩٣١.
٣٣. الشيرازي، صدر الدين محمد ت(١٠٥٠هـ)، الحكمة المتعالية في الأسفار العقلية الأربعة، دار إحياء التراث العربي- بيروت/ لبنان، ط-٤، ١٤١٠هـ- ١٩٩٠م.
٣٤. صادق الساعدي، نافذة على الفلسفة، منشورات جامعة المصطفى العالمية- قم/ إيران، ط-٢.
٣٥. الطوسي، نصير الدين محمد بن محمد ت(٦٣٩هـ)، شرح الإشارات والتنبيهات لابن سينا، تحقيق: د. سليمان دنيا، دار المعارف- القاهرة، ط-٣.
٣٦. الغزالي، أبو حامد ت(٥٠٥هـ)، تهافت الفلاسفة، المكتبة العصرية- صيدا/ بيروت- لبنان، ١٤٣١هـ- ٢٠١٠م.
٣٧. الفارابي، أبو نصر محمد بن محمد بن طرخان الفارابي، عيون المسائل ضمن كتاب المجموع للفارابي، مطبعة السعادة- مصر، ١٣٢٥هـ- ١٩٠٧م.
٣٨. الفراهيدي، الخليل بن أحمد بن عمرو البصري ت(١٧٠هـ)، العين، تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
٣٩. محمد بدر الدين الحلبي، نصوص الكلم على كتاب فصوص الحكم، لفيلسوف الإسلام أبي نصر محمد بن محمد الفارابي، مطبعة السعادة- مصر، ط-١، ١٣٢٥هـ.

المخطوطات:

٤٠. المقترح، تقي الدين ت (٦١٢هـ)، شرح الإرشاد، تحقيق: فتحي أحمد عبد الرزاق، طبعة جامعة الأزهر، ١٤١٠هـ- ١٩٨٩م.
٤١. المكناسي، أحمد بن محمد بن محمد بن يعقوب، مخطوط أشرف المقاصد في شرح المقاصد، مخطوطات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرقم (٧٤٨٠).



Trade Openness with Abundant Resources and Economic Growth in Iraq for the Period 2000-2020

Dr. Shaima Muhammad Najeb**Assist. Prof**College of Administration & Economics
University of Zakho-Iraq**Dr. Hazzaa Dawood Salman****Assist. Prof**College of Administration Science & Finance
Alkitab University-Kirkuk-Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 11 Oct., 2023

Accepted: 6 Nov., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 385-406© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

Corresponding author:

DR. [Hazzaa Dawood](#) SalmanDr. Shaima Muhammad Najeb
College of Administration and
Economics - Mosul University -
Mosul - Iraq**Email:** Shaima.najeb@uoz.edu.krd

Abstract

The abundant resource in the economic growth of the Iraqi economy, which is characterized by being a rentier economy, and to demonstrate the impact of that economic relationship between the two variables. To achieve this goal, the research used autoregression of distributed lag, and after testing the stability of the explanatory variables, moving towards the ARDL methodology.)) Developer, which showed that there is complementarity between the variables of the study in the short and long terms. The research assumes that reliance on the abundant natural resource negatively affects real economic growth in Iraq, which has a rentier structure, during the period 2000-2020. The research arrived at this through estimating the effect parameters and testing Causality in the long term: There is a positive relationship between trade openness and the degree of dependence on the abundant resource for economic growth in Iraq. That is, the greater the dependence on oil in the long term, the Iraqi economy will lead to a reduction in economic growth and the growth in Iraq will become impoverished, due to weak dependence on sectors. Other economic. The positive relationship is affected positively by the factor of abundance of natural resources, and negatively by the degree of dependence on them. However, this relationship between the explanatory variables did not show complete agreement according to the logic of economic theory for some of the variables used in the research and the explanatory variables represented by (the fixed capital formation ratio, and labor productivity, the ratio Spending on human capital is represented by public development spending on education in addition to development spending on health/total public spending, and the degree of dependence on the abundant resource represented by the ratio of oil exports/total exports, and we adopted the dependent variable as the average per capita share of GDP. It has been shown from Results

Keywords: *abundant natural resource, real economic growth, rentier economy, Iraq.*



الانفتاح التجاري بالموارد الوفير والنمو الاقتصادي في العراق

للفترة ٢٠٢٠-٢٠٠٠



الدكتور هزاع داود سلمان

الدكتورة شيما محمد نجيب جميل

أستاذ مساعد

أستاذ مساعد

كلية العلوم الادارية والمالية – جامعة الكتاب
كركوك- العراق

كلية الإدارة والاقتصاد – جامعة زاخو
زاخو- العراق

المستخلص

يهدف البحث الى قياس العلاقة بين الانفتاح التجاري والموارد الوفير في النمو الاقتصادي للاقتصاد العراقي الذي يمتاز بكونه اقتصادا ريعيا ، وبيان اثر تلك العلاقة الاقتصادية بين المتغيرين ، ولتحقيق هذا الهدف استخدم البحث الانحدار الذاتي للإبطاء الموزع ، وبعد اختبار استقرارية المتغيرات التفسيرية ، التوجه نحو منهجية (ARDL) المطور، والتي أظهرت بانه يوجد تكامل بين متغيرات الدراسة في الاجلين القصير والطويل يفترض البحث بان الاعتماد على المورد الطبيعي الوفير يؤثر سلبا في النمو الاقتصادي الحقيقي في العراق ذو البنية الريعية خلال المدة ٢٠٢٠-٢٠٠٠ ، وقد توصل البحث من خلال تقدير معاملات الاثر واختبارات السببية في الاجل الطويل وجود علاقة تجاري ودرجة الاعتماد على المورد الوفير في النمو الاقتصادي في العراق، اي كلما زاد الاعتماد على النفط في المدى الطويل سيقود الاقتصاد العراقي الى خفض النمو الاقتصادي ويصبح النمو في العراق نموا مقفرا ، وذلك لضعف الاعتماد على القطاعات الاقتصادية الأخرى .

الا أن هذه العلاقة بين المتغيرات التفسيرية لم تظهر توافقا تاما وفق منطوق النظرية الاقتصادية لبعض المتغيرات المستخدمة في البحث والمتغيرات التفسيرية متمثلة ب(نسبة تكوين راس المال الثابت ، وإنتاجية العمل ، نسبة الإنفاق على راس المال البشري متمثلة بالإنفاق العام التنموي على التعليم مضافا له الإنفاق التنموي على الصحة /اجمالي الإنفاق العام ، ودرجة الاعتماد على المورد الوفير ممثلا بنسبه الصادرات النفطية/ الصادرات الاجمالية ، واعتمدنا المتغير التابع متوسط نصيب الفرد من اجمالي الناتج المحلي .

الكلمات المفتاحية: المورد الطبيعي الوفير، النمو الاقتصادي الحقيقي ، الاقتصاد الريع ،العراق .

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية
KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٢/١٠/١١

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٢/١١/٦

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب – كركوك – العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر
للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها
بموجب ترخيص

ل (Creative Commons Attribution)
(CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام،
والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع
للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس
العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس:

الدكتور شيما محمد نجيب جميل

الدكتور هزاع داود سلمان (٢٠٢٣)

” ”

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

الانفتاح التجاري بالموارد الوفير والنمو

الاقتصادي في العراق للفترة 2000-

٢٠٢٠

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

المقدمة

النظام الاقتصادي السائد في العراق هو نظام ريعي بني على محورية النفط وعوائده في الاقتصاد العالمي على المستوى الخارجي، وعلى المستوى الداخلي يتمركز الاقتصاد حول مبدأ الدولة الريعية، ويعتمد الاقتصاد العراقي على مورد طبيعي واحد وهو النفط ، متوفر في الطبيعة بشكل خام وله علاقه بالنمو الاقتصادي في المدى الطويل ، ولذا يعد الاقتصاد العراقي من الاقتصادات الريعية ويعد من القضايا المثيرة للجدل ، الفكرة هي ان التجارة الدولية هي المحرك للنمو الاقتصادي ، وذلك منذ تقويض الفكر التجاري وبزوغ المدرسة الكلاسيكية على يد ادم سميث ، وتجد الفكرة اساسا لها في ثانيا النموذج الكلاسيكي للتجارة الدولية (Ricardo,Smith) الذين ارجعا علاقة تحرير التجارة بالنمو الى الدور الذي يمكن ان تمثله هذه العملية في قيادة البلدان الداخلة في التجارة إلى التخصص ، الذي يؤدي بدوره الى الكفاءة في تخصيص الموارد الامر الذي يقود الى تعزيز النمو الاقتصادي ، (Idris,2016) ، وقد أكدت نماذج النمو التي بنيت على النماذج الحديثة للنمو الداخلي على الدور الذي تمثله التجارة والانفتاح التجاري في تعزيز النمو الاقتصادي. اما حالة الدول الريعية المعتمدة على إنتاج وتصدير الموارد الأولية تخضع لاعتبارات خاصة ، وعندما نتحدث عن التجارة في الاقتصادات الريعية المعتمدة على مورد طبيعي واحد يصدر بشكل خام وباسعار زهيدة والاثار التي تخلفها هذه العملية على النمو الاقتصادي وبهذا تعد إسهامات كل من Singer,Prebisch من خلال اطروحة التدهور التجاري طويل الأمد في الدول النامية ، وإسهامات Bhagwati في النمو المفقر خير مثال على ذلك ونستنتج مما سبق ان هذه الدول تواجه العديد من التحديات ، الامر الذي يحد من قدرتها في الحصول على مكاسب الانفتاح التجاري و بعض الدول النفطية خير مثال على ذلك ومنها العراق . ولكون قطاع التجارة العراقي يعتمد على الصادرات السلعية التي تتركز في قطاع النفط ، اذ ان نسبة الصادرات النفطية / الصادرات الاجمالية لم تنخفض وانما تمتاز بالتزايد للفترة ٢٠٢٠-٢٠٢٠ وبلغت 94.61% ، ولكون العراق بلدا منفتحا على الخارج وان درجة الانفتاح مفاة بمتغير التجارة الخارجية (الصادرات + الواردات) / اجمالي الناتج المحلي ، بنسبة ٩٢% اي بمتوسط ٧٥% واصبح بعد ٢٠٠٣ التوجه يميل اكثر لزيادة الانفتاح على العالم الخارجي ، لذا يهدف بحثنا الى قراءة العلاقة بين المورد الوفير والنمو الاقتصادي لنبين هل الطبيعة الريعية والاعتماد على المورد الوفير (النفط) أثرت سلبا أم إيجابا بذلك.

الاهمية

البحث منطلق من اعتماد الاقتصاد العراقي على المورد الطبيعي الوفير الذي يعتمد اقتصاده على الصادرات النفطية بصورة رئيسة في تكوينه لإجمالي الناتج المحلي ، وهو مورد غير متجدد لذا لا بد من البحث عن موارد اخرى تخدم الاقتصاد وعلى ان تكون متجددة ويمكن تنميتها لكي يتم الاستمرار في استخدامها مورداً اقتصادياً على المديات القصيرة والمتوسطة والبعيدة.

المشكلة

يعد الاقتصاد العراقي اقتصادا ريعيا ، ويتميز بوفرة الموارد الطبيعية (كالنفط ، والغاز وبعض الموارد الطبيعية غير المتجددة) ، إذ يعتمد الاقتصاد على تلك الموارد بشكل رئيسي دون الاهتمام بقطاعات الاقتصاد الاخرى ، كما ويساهم الاقتصاد الريعي في العراق بزيادة التبادل التجاري والانفتاح على العالم الخارجي ، من خلال تصدير اوسع للموارد الطبيعيه الوفيرة بشكل خام وهذا يقود إلى النمو المفقر ، أي الضعف التنموي في عمق الاقتصاد ، بل الاعتماد على مورد ايل للنضوب وغير متجدد يعمل على خفض النمو الاقتصادي عبر الزمن زعدم التوصل إلى التنمية الاقتصادية . الفرضيه :يفترض البحث بأن الاعتماد

على المورد الطبيعي الوفير يؤثر سلبيًا في النمو الاقتصادي الحقيقي في العراق ذو البنية الربعية خلال المدة ٢٠٢٠-٢٠٠٠ .

الهدف

يهدف البحث المقياس درجة الاعتماد على المورد الطبيعي الوفير، والنمو الاقتصادي في الاقتصاد العراقي مع التركيز على ربيعة الاقتصاد للمدة ٢٠٢٠-٢٠٠٠ .

المنهجية

تناول البحث ، المنهجين الاستقرائي والاستنباطي ، إذ يتم استخدام المنهج الاستنباطي من خلال قراءة الدراسات السابقة، والإطار النظري والمفاهيمي ، كما يتم وباستخدام المنهج الاستقرائي في الدراسة التطبيقية، واختيار فرضية البحث من خلال التواصل مع الاسلوب الكمي وجمع البيانات عن متغيرات الدراسة، واجراء التحليل الإحصائي والاقتصادي باستخدام منهجية (ARDL) ، والتكامل في الأجل القصير والطويل للتوصل الى اختبار الفرضية وتحقيق هدف البحث ، وقسم البحث الى فقرتين وهما :

أولاً - الأنموذج النظري والمفاهيمي

ثانياً - الجانب التطبيقي : قياس وتحليل المورد الوفير والنمو الاقتصادي في العراق.

أولاً- الأنموذج النظري للدراسة والدراسات السابقة

١- الدراسات السابقة

يوجد العديد من التنظيرات التي تركز على الاقتصاد الريعي في استخدامها مورداً طبيعياً يعتمد عليه الناتج.

الجدول (1) الدراسات السابقة

سلسل	اسم الباحث	عنوان الدراسة	الفترة الزمنية واداة الدراسة	العينة	المذ هج
	Ampofo, et al., 2020	Total natural resource rents, trade openness and economic growth in the top mineral-rich countries: اجمالي عائد الموارد الطبيعية والانفتاح التجاري في النمو الاقتصادي في الدول الغنية بالمعادن	بيانات السلاسل ١٩٧٠-٢٠١٣	سلسلة زمنية لمؤشرات البنك الدولي للصادرات النفطية وهيكل التجارة الدولية مع النمو الاقتصادي	التدليل الوصفي والتحليل القياسي بطريقة ARDL مع الاتجاه - واكتشاف العلاقة السببية باختبار كرانكر
أهم النتائج					
١- نتيجة مفادها وجود علاقة عكسية ومعنوية احصائية لمؤشر الصادرات النفطية كمورد طبيعي والنمو الاقتصادي بعد التحكم في ريع المورد الطبيعي					
٢- علاقة طردية وموجبة بين الانفتاح التجاري مع النمو .					

<p>المنهج التحليلي القياسي لاختبار التكامل المشترك Johansen للتحقق من ترتيب تكامل المتغيرات خلال PP,ADF لاستقصاء العلاقة طويلة المدى بين المتغيرات</p>	<p>شملت عينة كبيرة ل ٦١ دولة هدفت الى دراسة الانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي والتحكم في بعض المتغيرات الاخرى منها تركيبة الصادرات ودرجة تركزها .</p>	<p>بيانات السلاسل الزمنية ١٩٩٤-٢٠٢١</p>	<p>Trade openness, export structure, and labor productivity in developing countries: الانفتاح التجاري وهيكل الصادرات وانتاجية العمل في الدول النامية</p>	<p>Ismaila,sajo &kacou et-al,2021</p>	
<p>أهم النتائج والمقترحات اذ توصلت الدراسة إلى نتائج ومنها: ١- نمو انتاجية العمل يعمل على زيادة النمو الاقتصادي ولايستفاد من الانفتاح في دول أخرى. ٢- الاعتماد على الصادرات الاولية من شأنه ان يخفض النمو الاقتصادي في المدى الطويل. ٣- تشير الدراسة الى أن التحكم في الموارد الطبيعية يعمل على تحسين دور الانفتاح في تحقيق النمو الاقتصادي .</p>					
<p>التحليل القياسي بطريقة ARDL لتبيين العلاقة بين المتغيرات ومن خلال مورد النفط تبين بوجود علاقة طويلة المدى ومعنوية بين مورد النفط والاقتصادي</p>	<p>من خلال مؤشرات عديدة للانفتاح الاقتصادي معبرا عنها: بصافي التجارة الخارجية ومؤشر نسبة الصادرات إلى الناتج المحلي الاجمالي ومتغير النفط كمورد طبيعي مع النمو الاقتصادي</p>	<p>بيانات السلاسل الزمنية من ١٩٧١ - ٢٠٠٩</p>	<p>The relationship between natural resources rents, trade openness and economic growth in Algeria العلاقة بين ريع الموارد الطبيعية والانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي في الجزائر.</p>	<p>Hamdi, H., & Sbia, R. (2013).</p>	
<p>أهم النتائج: ١- طبقت الدراسة على الاقتصاد الجزائري وتبين من النتائج بوجود علاقة طردية بين الانفتاح التجاري والنمو الاقتصادي في المدى الطويل. ٢- وجود أثر سلبي للتجارة الخارجية على عوائد وإيرادات الموارد الطبيعية في الجزائر.</p>					
<p>التحليل القياسي بطريقة Panal data لتبيان العلاقة بين المتغيرات ومن خلال مورد النفط</p>	<p>الانفتاح التجاري بمؤشر التجارة الخارجية إلى الناتج المحلي الإجمالي وقطاع الطاقة معتمدة على مورد النفط والعمق المالي ومعدلات النمو الاقتصادي</p>	<p>بيانات السلاسل الزمنية من مؤشرات التنمية للبنك الدولي لدول الخليج العربي للفترة (٢٠٠٢-٢٠١٢)</p>	<p>Development role of GCC Foreign Trade under Resources Curse, Openness and Institutional Quality. الدور التنموي للتجارة الدولية لدول مجلس التعاون الخليجي</p>	<p>Mohamed, Nashwa Mostafa Ali. (2018).</p>	

تبين بوجود علاقة ومعنوية بين الانفتاح التجاري المعتمد على صادرات النفط والنمو الاقتصادي					
أهم نتائج الدراسة: تناولت الدراسة جميع دول الخليج العربي باعتبارها دولا ريعية، وتوصلت الى وجود علاقة طردية ومعنوية بين الانفتاح والنمو الاقتصادي بعد التحكم في الاعتماد على مورد النفط					
التحليل الوصفي والتحليل القياسي باستخدام panel data	هيكل التجارة الخارجية اسعار النفط الصادرات السلعية النمو الاقتصادي الحقيقي	بيانات سلاسل زمنية ل ٩٥ دولة من دول العالم للفترة ١٩٨٠-٢٠١٧	Oil curse, economic growth and trade openness . النفط والنمو الاقتصادي والانفتاح التجاري	Majumder, M. K., Raghavan, M., et al ٢٠٢١	
أهم النتائج: تناولت هذه الدراسة عينة من دول العالم ل ٩٥ دولة وتوصلت الى أن ١- ريع النفط ذو أثر سلبي على اقتصادات تلك الدول، وان تأثير الانفتاح ايجابيا حينما يتم التحكم في إيرادات الموارد النفطية، ويكون سلبيا عكس ذلك ٢- ان الدول النفطية ذات المورد الوفير فقيرة وهذا ما يسمى بلعنة الموارد أي أن البلدان الغنية بالنفط لاتعمل على تحسين النمو الاقتصادي وان الانفتاح التجاري هو وسيلة للحد من لعنة الموارد. ٣- وتبين من هذه الدراسة أن الانفتاح التجاري يقلل من لعنة الموارد بنسبة ٢٥% لانه يتيح للبلدان من الحصول على اسعار تنافسية مواردها في الأسواق الدولية والوصول الى التقنيات المتقدمة لاستخراج الموارد بشكل كفوء					

المصدر : اعدت بالاعتماد على عدد من الدراسات.

ومما سبق جاءت فكرة بحثنا في دراسة وتحليل البنية الريعية ، وأثر المورد الطبيعي الوفير في العراق على النمو الاقتصادي ، وتختلف دراستنا عما سبقها من الدراسات الأخرى بكونها تطبيق على واقع الاقتصاد العراقي الريعي لقلّة الدراسات المهمة بهذا الشأن، فضلا عن أن الفكرة الرئيسية بان التجارة هي محرك للنمو الاقتصادي ولكن هل ينطبق هذا على الاقتصاد العراقي المعتمد على الصادرات النفطية في تصدير السع بصورة رئيسية الى بلدان العالم دون السلع الأخرى ، فضلا عن ان معظم الدراسات تشير إلى العلاقة الايجابية بين الصادرات النفطية وبين النمو الاقتصادي ، فهل ان المورد الوفير يعمل على رفع معدلات النمو الاقتصادي في العراق في المدى الطويل ام بالعكس تماما يعمل على افقار النمو الاقتصادي وضعف الاعتماد على القطاعات الاقتصادية الأخرى كالزراعة والصناعة والسياحة ، هذا ما سيتم إثباته من خلال البحث .

١- واقع الاقتصاد العراقي الريعي :

يعاني الاقتصاد العراقي من اعتماده على قطاع واحد فقط في تكوينه لإجمالي الناتج المحلي ، ويتميز بكونه اقتصادا ريعيا يعتمد قطاع الصادرات على قطاع النفط ، إذ تشكل صادرات العراق النفطية بشكل خام نسبة اكثر من ٩٠% ، يعد النفط ثروة طبيعية تحولت الى لعنة حسب ما يذكره الباحثين في الاقتصاد العراقي ، وقد اطلق عليها الاقتصادي فيرنون سمث (دم الشيطان) ، وذلك لكون تلك الثروة تغذي انعدام الكفاءة وتزيد من مركزية السلطة ، فضلا عن كونها تنشئ رأسمالية ، وتشجع زيادة الانفاق الحكومي بلا حساب ، في العراق ينادي الجميع بالتوجه نحو اقتصاد السوق وتنوع الإيرادات الغير نفطية ولكن نقشل السياسة الاقتصادية بذلك ، لذا يتبين ان في العراق هناك نمو اقتصاديا يعتمد على النفط فقط والسبب ارتفاع أسعار برميل النفط إلى

١٠٠ \$ ، ولكونه موردا وفيرا ، فالاقتصاد الريعي العراقي يعتمد على النفط والغاز وهو اقتصاد حكومي ، وإن الحكومة هي اجهزة غير منتجة فضلا عن مصاريفها التي تبتلع الجزء الاكبر من الايرادات ولا يمكن للهيئة الحوكمية ان توسع حدودها لامتناس البطالة اذ بلغ معدل البطالة في العراق لعام ٢٠٢٣ الى (١٦ ٪) ، (الجهاز المركزي للإحصاء ، ٢٠٢٣).

- في السنوات الأخيرة وخلال الظروف الصعبة التي يمر بها العراق، أصبح اعتماد الموازنات السنوية على موارد النفط لا يقل عن نسبة ٩٤ ٪ وهي نسبة عالية جداً، وأن نسبة التخصيصات للنفقات التشغيلية في الموازنة تصل الى ٧٥ ٪ ولم يبقى للاستثمار بالمشاريع الإنمائية سوى نسبة لا تتجاوز ٢٥ ٪، وأن مساهمة كل من القطاعين الزراعي والصناعي كانت ضئيلة في الناتج المحلي الإجمالي، الأمر الذي جعل العراق معتمداً على موارد النفط في تلبية احتياجاته. (العبدلي وآخرون ، ٢٠١٠ ، ١٢٨)
- بالرغم من وجود احتياطات كبيرة من النفط والغاز في العراق ولكن لن تستمر عوائد النفط الى ما لا نهاية في تغطية احتياجات البلاد من الموارد المطلوبة وخاصة الاستثمارية منها، بالتالي ستدهور الأحوال عندما يتضاعف عدد السكان خلال العقدين أو الثلاثة القادمة، والدلائل تشير الى أن موارد النفط لن تبقى على معدلاتها الحالية، بسبب تناقص أسعار النفط عالمياً لما يشهده العالم من توسع في إنتاج الطاقة المتجددة بما فيها الطاقة الشمسية وطاقة الرياح والطاقة الذرية والمصادر الأخرى، إذ أن النفط لم يعد عنصر الطاقة الأول عالمياً كما كان في السابق ولا السلعة الأولى اقتصادياً، وإنما ستكون سلسلة المعادن الفلزية وغير الفلزية إستخراجاً وتصنيعاً وكذلك المنتجات الزراعية اللازمة لتأمين الغذاء بأنواعها والصناعات التحويلية وتكاملها هي التي تنصدر الطلب العالمي على تلك المنتجات وتكون مجدية اقتصادياً على المستوى القطري والعالمي في المستقبل. (الدليمي ، ٢٠٢٣ ، ٢٥٠ - ٢٦٠)

٤- خصائص وسمات الاقتصاد العراقي الريعي :

هناك العديد من السمات التي يتصف بها الاقتصاد العراقي الريعي ومنها مايلي: (الدليمي ، ٢٠٢٣ ، ٢٥٦)

- يعد الاقتصاد العراقي اقتصاداً وحيد الجانب، وتشكل صادراته السلعية مواد اولية بشكل خام ، متكونه من النفط، والغاز اللذين يشكلان مصدرين اساسيين من الصادرات .
- يعد الاقتصاد العراقي اقتصاداً غير انتاجي، إذ تشكل مساهمة قطاع الخدمات نسبة كبيرة في تكوين الناتج المحلي الإجمالي.
- يعد الاقتصاد العراقي الريعي مستورداً عالياً للسلع الاستهلاكية ، وسوقاً لتصريف السلع والخدمات المستوردة من الخارج من دول إقليمية دولية، وخاصة من البلدان الرأسمالية كما وتحقق الشركات الأجنبية ارباحاً خيالية، ناهيك عن غياب الجودة النوعية للسلع والخدمات المستوردة من خلال غياب الرقابة الحكومية على السلع والخدمات المستوردة.
- تتميز دولة الاقتصاد الريعي في سوء الإدارة الاقتصادية والمالية ، وتفشي الفساد المالي والإداري بشكل واسع. (العبدلي وآخرون ، ٢٠١٠ ، ١٣٠)
- اهم خصائص الاقتصاد العراقي ، هو تفشي البطالة والفقر والبؤس والمجاعة وتنامي معدلات المديونية الداخلية والخارجية ، وتخريب منظم للقطاع الصناعي والزراعي والتعليم والصحة وتعمق الفجوة الاجتماعية والاقتصادية.
- اهم ما يميز دولة الاقتصاد الريعي في العراق ، هروب راس المال الوطني للخارج وعبر وسائل متعددة، وان راس المال الوطني المهرب يخدم اقتصاديات الدول الأجنبية ويلحق الضرر الكبير للاقتصاد الوطني.
- يعاني الاقتصاد الريعي في العراق من أزمت مستمرة ومتعددة ، وهي تحمل طابعاً بنويًا وسبب هذه الازمة البنوية يكمن في الاساس الاقتصادي للنظام الحاكم والمتمثل بالملكية الخاصة لوسائل الإنتاج. (الدليمي ، ٢٠٢١ ، ٧٠٢)

٥- سلبيات الاقتصاد العراقي الريعي : (الدليمي ، ٢٠٢١ ، ٧٠٥)

النظام الاقتصادي السائد في العراق هو نظام ريعي بني على محورية النفط وعوائده في الاقتصاد العالمي على المستوى الخارجي، وعلى المستوى الداخلي يتمركز الاقتصاد حول مبدأ الدولة الريعية، حيث تتحكم

الدولة على موارد النفط وإنفاقها، بينما تستحوذ طبقة معينة من المستثمرين على الفرص الاقتصادية الرئيسية المنبثقة من النفط، ومن أبرز ما يميز إدارة إنتاج النفط وتوزيع عائداته هو خروجها عن نطاق السيطرة الوطنية، ولتجسد ذلك على مستوى الاعتبارات الخارجية حيث إخضاع الإنتاج لتغيرات سوق النفط العالمية وتقلبات أسعاره، و تعاطي الحكومات مع عائدات النفط، حيث في سنوات الطفرة النفطية يتم التعامل مع عوائد النفط عبر سياسات التدوير السريع للعوائد، مما يعني الاستخدام غير مقنن وغير الرشيد لها، دون رؤية مستقبلية تأخذ في عين الاعتبار متطلبات التنمية المستدامة ومصالح الأجيال القادمة، ولذلك يزداد الاستهلاك وتتفشى الحمى العقارية. أما في مراحل تراجع الأسعار أو الإنتاج، فإن التركيز ينصب على موازنة الإنفاق العام من العائدات النفطية ويكون مبرر تغطية العجزات على حساب أصحاب الدخل المحدود وخدمات التعليم والصحة والإسكان وصيانة البنية الأساسية. لذا من سلبيات التي يعاني منها الاقتصاد العراقي الريعي هي (العبدلي واخرون ، ٢٠١٠ ، ١٣٣)

- إيرادات الربيع يجب أن تأتي من أسواق خارج الدولة.
- الربيع يجب أن يكون مصدر الإيراد الرئيسي في الاقتصاد المحلي.
- المتلقي الرئيسي لإيرادات الربيع المباشرة هو الحكومة.
- النسبة الكبرى من نشاط السكان الاقتصادي تتمحور حول استهلاك وإعادة توزيع الربيع بدلاً من إنتاجه. (الجناحي، ٢٠٢١، ١٦٢)

لذا لا بد من التوجه نحو حلول وإيجاد بدائل للمشكلة، ومن الحلول والبدايل المطروحة في الساحة الاقتصادية، يمكن الاعتماد على الاستثمارات الخارجية كبديل للاعتماد على النفط، النمط البديل عن النفط الذي بدأ يهيمن هو تشجيع الاستثمارات الخارجية بغرض تنويع القاعدة الاقتصادية واستحداث بديل للاعتماد على الربيع النفطي، ولهذا النسق من التنمية الاقتصادية بريقه في المنطقة، وان اعتماد الاستثمارات الخارجية بديلاً على النفط يتضمن خطورة لا تقل عن الخطورة المتضمنة الاعتماد على النفط، وتكمل هذه الخطورة في وجود تلك الاستثمارات خارج نطاق السيادة الوطنية ووقوعها تحت سيطرة السياسات الاقتصادية والمالية والنقدية للدولة المضيفة، هذه المشاريع في الواقع سلبياتها بأنها لا تخلق قاعدة اقتصادية تضمن تنمية شاملة ومستدامة وقادرة على تلبية الاحتياجات الاقتصادية للسكان. (الجناحي، ٢٠٢١، ١٦٥)

٦- الانموذج النظري للدراسة:

اعتمدت الدراسة على الانموذج الكلاسيكي الحديث لنظرية النمو الاقتصادي، وفق نظرية Cobb-Douglas، بصيغتها المطورة بواسطة (Mankiw, et al 1992) والتي تمثلها الصيغة الآتية:

$$Y = K^a H^{\beta} (AL)^{1-a-\beta} \dots\dots 1 \quad 0 < a < 1 \quad \beta = 1-a$$

اذ تمثل Y الانتاج الكلي K رأس المال المادي H, رأس المال البشري L, قوة العمل . يفترض الانموذج ان التغيير متحيز الى قوة العمل، اي انه يؤدي الى تغيير نوعية العمل، ومن هنا ينتقل اثر التقدم التقني في النمو الاقتصادي ولهذا فان:

$$A(t) = A(0)e^{gt}$$

حيث انه تمثل A (t) التطور التقني لعنصر العمل وان A(0) تمثل المستوى التقني السائد، فإن ضالة البحث والتطوير في العراق، واعتماد التغيير التكنولوجي على الخارج، لذا ثمة محددات خارجية للتغيير التكنولوجي في العراق ومنها التجارة الدولية والانفتاح على الاقتصادات من خلال المورد الوفير، واتباعا لما اقترحه (Yusf&Omer, 2019)، لذا فإن حد التقدم التكنولوجي هو دالة خطية في عدة متغيرات تؤثر في النمو الاقتصادي في العراق التي لم تشملها دالة انتاج كوب – دوكلانص عام 1956 التي اقترحها (Solow) وطورها (Mankiw, et al 1992)، والتي تمثل محددات النمو الاقتصادي وهي كالآتي:

$$A = F(T) \dots\dots 2$$

$$Y = (K, L, H, T) \dots\dots 3$$

T تمثل التجارة الدولية بالاعتماد على درجة الاعتماد على المورد (K_n) ستكون الدالة المقترحة المعادلة ٤

$$Y = (K, L, H, K_n) \dots\dots 4$$

واستنادا لهدف البحث في قياس وتقدير اثر المورد الوفير في النمو الاقتصادي والتحقق ما إذا كانت البنية الريعية تؤثر على العلاقة في العراق، سيضاف الموارد الطبيعية إلى دالة إنتاج كوب – دوكلاص، كما في المعادلة ٥ ، و سيكون توصيف الانموذج العام كالآتي:

$$Y = (S, K_n) \dots\dots 5$$

$$S = K + L + H \dots\dots 6$$

لذا فإن S هي متغيرات متحكممة في النمو الاقتصادي ، وان K_n هي درجة الاعتماد على المورد في الاقتصاد العراقي الريعي.

واتباعا لدراسة (Olyaungbo,2019) ودراسة (Cavalcanti et al,2011) تم ادخال المورد الطبيعي في دالة انتاج كوب دوكلاص مع بقية المتغيرات المحددة للنمو الاقتصادي. وسنستدل على الموارد الطبيعية بمؤشر يمثل درجة الاعتماد على المورد ونعبر عنه من خلال نسبة (الصادرات النفطية / اجمالي الصادرات)، ووفرة المورد من خلاله وسيتم تقدير الأنموذج :

$$RGDP_t = INV_t^{b11} LAB_t^{b12} HUM_t^{b13} NARL_t^{b14} \dots\dots 7$$

$$RGDP_t = b_{11}INV_t + b_{12} LAB_t + b_{13} HUM_t + b_{14}NARL_t \dots\dots 8$$

وسيكون الشكل القياسي للدالة كما في المعادلة ٨ ، وبعد تحويل المعادلة للشكل اللوغاريتمي تصبح المعادلة كما في المعادلة ٩

$$\ln RGDP_t = b_{11} \ln INV_t + b_{12} \ln LAB_t + b_{13} \ln HUM_t + b_{14} \ln NARL_t \dots\dots 9$$

حيث يشير $RGDP_t$ إلى الناتج الإجمالي الحقيقي ($2003=100$) ، INV_t يشير إلى إجمالي الاستثمار المحلي، HUM_t الاستثمار في رأس المال البشري، تمثل LAB_t عدد العمال، $NARL_t$ يشير إلى درجة الاعتماد على المورد الطبيعي، وغطى البحث الفترة ٢٠٠٠ - ٢٠٢٠ في العراق وتم الحصول على البيانات المنشورة في تقارير البنك الدولي $WD data$. أما المتغيرات المستقلة فقد قسمت على عدة متغيرات وهي، رأس المال المادي معبرا عنه (رأس المال الثابت الاجمالي / الانتاج الاجمالي الحقيقي)، والمعلمة الثانية القوى العاملة ، معبرا بمؤشر انتاجية العمل الذي نحصل عليه من (اجمالي الانتاج الحقيقي / عدد العمال)، ومتغير الاستثمار في رأس المال البشري معبرا عنه بحاصل جمع (الانفاق التنموي العام على الصحة+ الانفاق التنموي العام على التعليم / اجمالي الانفاق العام) ، ومتغير الموارد الطبيعية معبرا عنه بمؤشر درجة وفرة المورد من خلال نسبة (الصادر النفطية / الصادرات الكلية) وقد استخدم هذا المؤشر من قبل (Sbia et al,2013)، (Ampofo, et al,2020) .

ثانيا - بناء الأنموذج القياسي المستخدم بتقدير اثر المورد الوفير في النمو الاقتصادي :

١- توصيف واختيار معلمات الأنموذج: يتبنى هذا البحث نموذج الانحدار الذاتي لفترات للابطاء الموزعة المطورة A-ARDL المقترح بواسطة كل من Sam et al. (٢٠١٩) ويتمثل التطوير في احصائية اختبار F الجديدة لاختبار الحدود bounds test، تستخدم لاختبار ابطاءات المتغيرات المستقلة في المستوى وقدموا القيم الحرجة لهذا الاختبار عند المستويات المعنوية كافة، وقد وضع هذا الاختبار لتجاوز المشكلة المتعلقة بالحالات في المولدة للتكامل المشترك ، التي يمكن تصنيفها إلى حالتين تتعلق الأولى ب degenerate case ، بالوضع الذي يكون فيه الابطاءات الاولى للمتغيرات المستقلة في المستوى غير معنوية احصائيا في نموذج تصحيح الخطا غير المقيد وتسمى هذه الحالة degenerate lagged independent variables case ، ولتجاوز هذه المشكلة فقد افترض نموذج ARDL في نسخته المطورة من قبل (shin,1998)، المطورة Pesaran et

(Sam et al, 2001 ، المسماة نموذج PSS ، ان يكون المتغير التابع متكامل من الدرجة الاولى (Sam et al., 2019)، وتعلق الثانية degenerate case، بالحالة التي يكون فيها الإبطاء الأول للمتغير التابع في المستوى غير معنوي احصائياً في نموذج تصحيح الخطأ المقيد، ويتم التحقق من هذه المشكلة باستخدام إحصائية T، المتضمنة في نموذج PSS، ويمكن صياغة النموذج النظري لهذا البحث ARDL process سيتم تقدير العلاقة الدالية وكالاتي:

$$\Delta \text{RGDP}_t = \lambda + \phi \ln \text{RGDP}_{t-1} + \epsilon \ln \text{INV}_{t-1} + \xi \ln \text{LAB}_{t-1} + \alpha \ln \text{HUM}_{t-1} + \mu \ln \text{NARL}_{t-1} + \sum_{i=1}^k b_{11i} \Delta (\ln \text{RGDP}_{t-i}) + \sum_{i=0}^k b_{12i} \Delta (\ln \text{INV}_{t-i}) + \sum_{i=0}^k b_{13i} \Delta (\ln \text{LAB}_{t-i}) + \sum_{i=0}^k b_{14i} \Delta (\ln \text{HUM}_{t-i}) + \sum_{i=0}^k b_{15i} \Delta (\ln \text{NARL}_{t-i}) + \sum_{ij} \gamma_{ij} \text{DUMI} + \alpha_{ij} \text{DUMS} + \hat{\epsilon}_{t1} \quad ..10$$

لذا سيمثل بتعبير DUMI عن متغيرات وهمية تستخدم للتحكم في القيم المتطرفة وتحديد اثارها عن النماذج المقدر، وتعبير DUMS متغيرات وهمية تستخدم في التحكم التغيرات الهيكلية من نوع location shift وتحديد اثارها عن النماذج المقدر، وتعبير المعلمة λ عن حد تصحيح الخطأ الذي يجب ان يكون سالبا ومعنويا احصائياً لكي تكون هذه النماذج قادرة الى العودة للتوازن، ويشير Narayan & Smyth (2006)، الى ان دايناميكيات الاجل القصير في نموذج ARDL ضرورية لاستقرار معاملات الاجل الطويل، وتشير ($\mu, \alpha, \xi, \epsilon, \phi$)، الى مقدرات يمكن من خلالها الوصول إلى معاملات الاجل الطويل، اما a_i فهي عن مقدرات يمكن من خلالها التوصل لمعاملات الاجل القصير، وترتكز منهجية اختبار الحدود المطور للتكامل المشترك ضمن منهجية ARDL على ثلاثة اختبارات وهي:

➤ اختبار تجميحي لإبطاء المتغيرات في المستوى يركز على إحصائية F، ويهدف لاختبار فرضية العدم

$$H_0: \lambda = \phi = \epsilon = \xi = \alpha = \mu = 0$$

➤ اختبار T للإبطاء الاول للمتغير التابع في المستوى وهو يستخدم لاختبار فرضية العدم

$$H_0: \lambda = 0$$

➤ اختبار F لإبطاءات المتغيرات المستقلة في المستوى وهو يستخدم لفرضية العدم

$$H_0: \lambda = \phi = \epsilon = \xi = \alpha = \mu = 0$$

٢- الاختبارات التي اجريت على الانموذج وكما يلي:

تم اجراء ثلاثة انواع من الاختبارات على الانموذج وهي كما يلي :

أولاً- الاختبارات الاقتصادية : إذ يتم مقارنة قيم واشارات معالم الانموذج المقدر، مع قيم واشارات المتغيرات المتوقعة في النموذج الاقتصادي من خلال مطابقتها مع منطوق النظرية الاقتصادية .

ثانياً - الاختبارات الإحصائية : توضح الاختبارات الإحصائية احتساب الانحرافات الكلية والجزئية للمتغيرات التي يتكون منها الأنموذج ، واختبار معنوية الدالة، من خلال اختبار معنوية المتغيرات التفسيرية تجاه المتغير التابع ، في هذا الاختبار يتم مقارنه قيمه (t)المحتسبه ، مع قيمه (t)الجدوليه عند درجة الحرية (N-K-1) وبمستوى المعنوية المطلوب ، يتم على أساسها اما قبول الفرضية اورفضها ، فضلا عن اختبار معامل التحديد المعدل (R)، ويوضح هذا الاختبار نسبة التغير الحاصل في المتغير التابع (Yi) التي تفسرها المتغيرات التوضيحية (Xi) وتقع قيمها بين الصفر والواحد.

ومن خلال اختبار (F) ، يتحدد معنوية الانموذج المقدر ككل ، ويقارن هذا الاختبار بين قيم (F) المحسوبة وقيمة (F) الجدولية عند مستوى معنوية محدد ودرجات الحرية (N-K - 1) ، لغرض قبول أو رفض فرضية العدم. (فتح الله سحر، ٢٠٠٦: ٢٩)

واستخدمنا بهذه الدراسة ، اختبار الخطأ المعياري في تحديد كون التقديرات B_0, B_1, B_2, B_3, B_4 تختلف عن الصفر اختلافا معنوياً أو غير معنوي ، أي إذا كانت التقديرات مأخوذة من المجتمع الإحصائي ، معاملات الحقيقة مساوية للصفر أي ($B=0$) مقابل الفرضية البديلة ($B \neq 0$) ، و مقارنة الأخطاء المعيارية مع القيم المقدرة فإذا كان الخطأ المعياري اقل من نصف قيمه العديده للمعامل المقدر فهذا يدل على أن التقدير ذو معنوية إحصائية وبالعكس. (Koutsoyiannis, 1991: 110-118)

ثالثاً- الاختبارات القياسية: يتضح من الاختبارات القياسية ، اختبار وتوافق تحقيق الفروض المختصة بالمتغير العشوائي في النموذج القياسي ، فإذا وجد اختلاف يعني هناك مشاكل في النموذج ، وتم استخدام برنامج (Eviews12) ، وقمنا بإجراء الاختبار ديكي فلر ADP و فيليبس بيرون PP لمتغيرات الدراسة ، ومن نتائج اختبار التكامل المشترك لنموذج الانحدار الذاتي للإبطاءات الزمنية الموزعة (ARDL) ، نتائج اختبار وجود مشكلة الارتباط الذاتي ، وتحديد فترات الإبطاء الأمثل للنموذج (ARDL) ، نتائج اختبار وجود تكامل مشترك بين المتغيرات الاقتصادية باستخدام اختبار الحدود ، ومن النتائج المقدرة لنموذج حد تصحيح الخطأ ، والنتائج المقدرة للعلاقة طويلة الأجل ، اختبار السكون (stability) وأخيراً اختبار التحقق من التوزيع الطبيعي للبواقي: . Jarque Bera

رابعاً- الاختبارات المستخدمة في الأنموذج القياسي

يتبين من نتائج اختبار سكون واستقرارية السلاسل الزمنية للمتغيرات وحسب اختبار ديكي فلر (ADF) ، واختبار فيليبس بيرون (PP) ، وذلك ليتم الكشف عن مدى استقرارية السلاسل الزمنية للمتغير المعتمد (حصة الفرد من اجمالي الناتج المحلي) والمتغيرات المستقلة المشار إليها سابقاً في العراق ، إذ تشير النتائج بان القيم المحسوبة من اختبار (ADF) ، كانت اكبر من القيم الحرجة لكل المتغيرات ومستقرة وساكنه في الفرق الاول بمستوى معنوية (٥%) ، لذا نتخذ قراراً بقبول فرضية العدم اي عدم وجود جذر الوحدة ، ونرفض الفرضية البديلة كما يبينه الجدول ١ .

الجدول (١) اختبار ADF جذر الوحدة لاستقرارية السلسلة الزمنية

Varibles	Test for unit root in	Included in Test Equation	t-statistical	5%	Prob*
Y	1st difference		2.766	1.96	0.008
X1	1st difference		5.29	3.02	0.000
X2	1st difference		4.55	3.04	0.002
X3	1st difference		3.34	3.02	0.06
x4	1st difference		2.96	1.96	0.005

المصدر: اعدت بالاعتماد على نتائج برنامج (Eviews12)

الجدول ٢ يبين اختبار فيليبس بيرون (PP) ، ويتضح من نتائجه، أن بيانات السلسلة الزمنية غير مستقرة في المستوى (Level) في الحالتين (بدون الحد الثابت أو الاتجاه العام ، ومع الثابت فقط) ، لذلك فإن هذه السلسلة لا تتصف بالسكون ، أي أنها غير مستقرة وهذا يعني وجود عشوائية في حصة الفرد من إجمالي الناتج المحلي ، وحسب الصيغة الضعيفة فان حصة الفرد من إجمالي الناتج المحلي غير كفوءة في المستوى ، ولكنها مستقرة في الفرق الأول .

الجدول (٢) استقرارية السلاسل الزمنية وفق اختبار (PP)

Varibles	Test unit root in		t-statistical	اختبار فيليبس بيرون pp	
				5%	Prob [*]
Y	1st difference	None	2.74	1.96	0.009
X1	1st difference	In tercept	5.29	3.02	0.000
X2	1st difference	In tercept	4.97	3.02	0.000
X3	1st difference	In tercept	3.34	3.02	0.026
x4	1st difference	None	2.92	1.96	0.006

الجدول: اعدت بالاعتماد على نتائج برنامج (Eviews12)
ثانيا : اختبار التكامل لنموذج الانحدار الذاتي لتباطوء الفجوات الزمنية الموزعة

١- اختبار جذر الوحدة

للقيام باختبار التكامل ا وفق انموذج ARDL ، لابد من التعرف على سمات المتغيرات الداخلة في الأنموذج ، وبعدها نختبر سكون واستقرارية السلاسل الزمنية لتلك المتغيرات ، واستخدمت هذه الدراسة اختبار ديكي فولر الموسع ، واختبار pp، ومن خلال نتائج سكون واستقرارية السلاسل الزمنية لبيانات المتغيرات الاقتصادية المستخدمة في نموذج العراق ، وباستخدام اختبار ADF, PP, يتبين لنا كما هو في الجداول (١،٢) عدم وجود جذر الوحدة في المتغيرات الداخلة في الانموذج بعد اخذ الفرق الأول لكل من المتغيرات حصة الفرد من إجمالي الناتج المحلي (Y)، والمتغيرات التوضيحية ومنها نسبة تكوين راس المال الثابت (X_{1i}) و انتاجية العمل (X_{2i}) ، رأس المال البشري والمتمثل بالانفاق على الصحة مضافا له الانفاق على التعليم / إجمالي الانفاق العام (X_{3i})، ومتغير درجة الاعتماد على المورد الوفير متمثلا بمتغير الصادرات النفطية/ إجمالي الصادرات (X_{4i}) ، لذا تعد جميع السلاسل الزمنية بعد أخذ الفرق الأول لكل المتغيرات خالية من جذر الوحدة ومستقرة .

٢- نتائج تقدير درجة الاعتماد على المورد الوفير في النمو الاقتصادي باستخدام طريقة الانحدار

الذاتي للإبطاء الموزع (ARDL)

الجدول (٣) يبين ، ملخص نتائج اختبار منهجية ARDL لدالة حصة الفرد من إجمالي الناتج المحلي ، ان القوة التفسيرية للمتغيرات المستقلة هي (R = ٠.٩٧٩) وهذا يعني (٩٧ %) من التغير في المتغير المعتمد تفسرها المتغيرات التوضيحية ، كما تبين معنوية الأنموذج ككل من خلال قيمة اختبار F

المحسوبة والبالغة (١٥٠.١٥٨٠) وهي قيمة أكبر من قيمتها الجدولية عند أي مستوى معنوية مبينة معنوية النموذج ككل .

الجدول (٣) النمو الاقتصادي باستخدام اختبار الانحدار الذاتي للباطء الموزع ARDL

Dependent Variable: Y1
Method: ARDL
Date: 08/26/22 Time: 14:57
Sample (adjusted): 2001 2020
Included observations: 20 after adjustments
Maximum dependent lags: 1 (Automatic selection)
Model selection method: Akaike info criterion (AIC)
Dynamic regressors (1 lag, automatic): X1 X2 X3 X4
Fixed regressors: C
Number of models evaluated: 16
Selected Model: ARDL(1, 0, 1, 0, 0)

Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.*
Y1(-1)	0.103181	0.108374	0.952091	0.3584
X1	-0.948724	0.192221	-4.935579	0.0003
X2	9.628430	8.210199	1.172740	0.2619
X2(-1)	-19.75037	8.236550	-2.397893	0.0322
X3	0.863877	0.116332	7.425940	0.0000
X4	-223.8799	86.20483	-2.597069	0.0221
C	2160.850	882.8981	2.447451	0.0294
R-squared	0.985776	Mean dependent var	4124.190	
Adjusted R-squared	0.979211	S.D. dependent var	2008.225	
S.E. of regression	289.5532	Akaike info criterion	14.44377	
Sum squared resid	1089934.	Schwarz criterion	14.79228	
Log likelihood	-137.4377	Hannan-Quinn criter.	14.51180	
F-statistic	150.1580	Durbin-Watson stat	2.201907	
Prob(F-statistic)	0.000000			

*Note: p-values and any subsequent tests do not account for model selection.

المصدر: اعدت بالاعتماد على برنامج (Eviews12)

٣- اختبار الحدود (bounds)

الجدول ٤ يبين نتائج اختبار الحدود لانموذج حصة الفرد من إجمالي الناتج المحلي، أن القيمة لاختبار (F- statistic) المحسوبه والبالغة (٢٩.٨٢٢) ، هي أكبر من قيمة نظيرتها الجدولية العظمى والبالغة (٤.٣٧) عند مستوى معنوية (٠.٠١)، بمعنى أن المعادلة متكاملة، وهذا دليل واضح على وجود علاقة تكاملية وتوازنية في المدى الطويل بين المتغيرات الداخلة في الانموذج ، وبالتالي نتخذ قرار بقبول الفرضية البديلة وبرفض فرضية العدم .

الجدول (٤) نتائج اختبار الحدود لنموذج دالة حصة الفرد من الناتج المحلي الإجمالي

النتيجة	F-statistic المحسوبة		الإصدار
يوجد تكامل بين المتغيرات المستقلة مع المتغير المعتمد عند جميع المستويات المعنوية ١% و ٥% و ١٠% و ٥% و ١%	٢٩.٨٢٢٢٤		الانموذج
	الحد الأدنى	الحد الأعلى	القيم الحرجة
	٢.٢	٣.٠٩	١٠%
	٢.٥٦	٣.٤٩	٥%
	٢.٨٥	٣.٨٧	٢.٥%
	٣.٢٩	٤.٣٧	١%

المصدر: اعدت بالاعتماد على نتائج برنامج (Eviews12)

٤- اختبار عدم ثبات التباين Heteroscedasticity Test: Breusch-Pagan-Godfrey

اختبار عدم ثبات التباين الموضح في الجدول ٥ ، هو إحدى الاختبارات التشخيصية ، ويتبين لنا نتائج عدم ثبات التباين للأنموذج المقدر ، إذ يتضح أن القيمة المحتملة لكل من (F-Statistical) وقيمة (chi-square) وهي أكبر من ٠.٠٥ أي معنوية .

الجدول (٥) اختبار عدم ثبات التباين للانموذج

Heteroskedasticity Test: Breusch-Pagan-Godfrey

F-statistic	6.242509	Prob. F(6,13)	0.0029
Obs*R-squared	14.84690	Prob. Chi-Square(6)	0.0215
Scaled explained SS	6.135736	Prob. Chi-Square(6)	0.4082

Test Equation:
 Dependent Variable: RESID*2
 Method: Least Squares
 Date: 09/28/22 Time: 22:10
 Sample: 2001 2020
 Included observations: 20

Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
C	-288938.8	146329.6	-1.974576	0.0699
Y1(-1)	-26.17666	17.96159	-1.457369	0.1687
X1	-23.45097	31.85836	-0.736101	0.4747
X2	-575.6006	1360.740	-0.423005	0.6792
X2(-1)	3970.361	1365.108	2.908460	0.0122
X3	28.25033	19.28065	1.465216	0.1666
X4	35812.06	14287.40	2.506549	0.0263

R-squared	0.742345	Mean dependent var	54496.70
Adjusted R-squared	0.623427	S.D. dependent var	78203.38
S.E. of regression	47989.91	Akaike info criterion	24.66459
Sum squared resid	2.99E+10	Schwarz criterion	25.01309
Log likelihood	-239.6459	Hannan-Quinn criter.	24.73262
F-statistic	6.242509	Durbin-Watson stat	1.382703
Prob(F-statistic)	0.002860		

المصدر: اعدت بالاعتماد على نتائج برنامج (Eviews12)

٥- بعد أستكمال اختبار جذر الوحدة والتأكد من استقرارية السلاسل الزمنية للمتغيرات الداخلة في الانموذج، وبالتالي الانتقال إلى الاختبارات التشخيصية والقياسية ، للتأكد من خلو النموذج من المشاكل القياسية التي تؤثر في دقة نتائج الاختبار ، وذلك باستخدام الارتباط الذاتي المتسلسل من خلال اختبار (Breush-Godfrey correlation LM Test) كبديل عن اختبار DW- statistics كونه غير دقيق ويعطي نتائج مضللة ، اذ يتبين في الجدول (٦) نتائج اختبار الارتباط الذاتي في نموذج العراق وكالاتي :

الجدول (٦) نتائج اختبار وجود مشكلة الارتباط الذاتي المتسلسل للعراق

Breusch-Godfrey Serial Correlation LM Test:

F-statistic	1.152123	Prob. F(2,11)	0.3513
Obs*R-squared	3.463925	Prob. Chi-Square(2)	0.1769

Test Equation:

Dependent Variable: RESID

Method: ARDL

Date: 08/25/22 Time: 21:39

Sample: 2001 2020

Included observations: 20

Presample missing value lagged residuals set to zero.

Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
Y1(-1)	0.010929	0.107392	0.101766	0.9208
X1	-0.033259	0.205631	-0.161740	0.8744
X2	-4.204744	9.275171	-0.453333	0.6591
X2(-1)	4.881874	8.816142	0.553743	0.5908
X3	0.017659	0.119215	0.148129	0.8849
X4	8.348817	87.36330	0.095564	0.9256
C	-47.72576	906.6883	-0.052637	0.9590
RESID(-1)	-0.475939	0.371344	-1.281664	0.2263
RESID(-2)	0.276597	0.470653	0.587689	0.5686

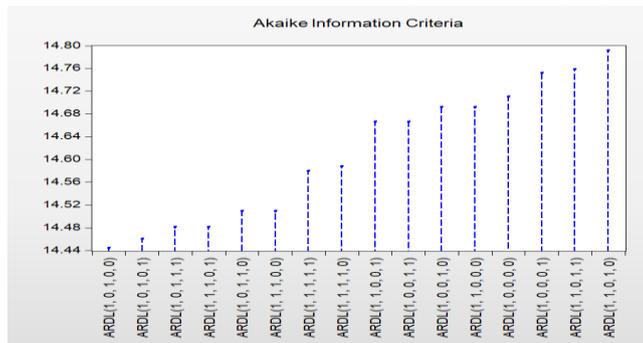
R-squared	0.173196	Mean dependent var	4.89E-13
Adjusted R-squared	-0.428116	S.D. dependent var	239.5098
S.E. of regression	286.2233	Akaike info criterion	14.45358
Sum squared resid	901161.5	Schwarz criterion	14.90166
Log likelihood	-135.5358	Hannan-Quinn criter.	14.54105
F-statistic	0.288031	Durbin-Watson stat	1.639598
Prob(F-statistic)	0.955945		

المصدر: اعدت بالاعتماد على نتائج برنامج (Eviews12)

تبيين النتائج الضاهرة في الجدول ٦ ، أن النموذج المدروس في العراق يخلو من مشكلة الارتباط الذاتي المتسلسل ، وذلك من خلال القيمة المحتملة البالغة (٠.٣٥١٥) ، والتي هي اكبر من (٠.٠٥) ، ولذا نتخذ قراراً بقبول فرضية العدم ، بمعنى عدم وجود ارتباط ذاتي لحد الخطأ للبقاوي .

٦- فترة التباطوء المثلى لمنهجية ARDL

بعد استكمال اختبارات درجة التكامل المشترك بين المتغيرات الاقتصادية المدروسة ، والتأكد من عدم تكاملها من الدرجة الثانية ، لذا سنقوم بتحديد فترة الإبطاء المثلى ، بالاعتماد على معيار (Akaike) ضمن نموذج ARDL ، ومن سمات هذا المعيار ، يعتبر معيار متقدم لتحديد رتبة النموذج الأمثل ، ويتم اختيار الرتبة بالاستناد إلى أقل قيمة للمعيار . لذا تم تحديد عدد فترات الإبطاء استناداً إلى معيار اكاكي ومن ثم اختبار القيم المتباطئة وقد تبين لنا نتائج نموذج الدراسة للعراق (١ , ٠ , ١ , ٠ , ٠) كما في الشكل (١) اختبار القيم المتباطئة حسب اختبار Akaike .



المصدر: اعدت بالاعتماد على نتائج برنامج (Eviews12)

٧-تقدير نموذج الاجل الطويل والقصير باستخدام ARDL

نموذج تصحيح الخطأ هو الخطوة الثانية في نموذج ARDL ، يستخدم لتحديد العلاقة قصيرة الأجل بين المتغيرات الداخلة في الدراسة ، ويتضمن الفرق الأول فضلا عن تصحيح الخطأ، ولفترة تباطؤية واحدة يرمز له (Lnindex-1) ، في هذا النموذج نقيس تصحيح الخطأ ، لإثبات وجود علاقة توازنية طويلة الأجل بين المتغيرات التفسيرية والمتغير التابع ، وباستخدام المتغيرات (x1,x2,x3,x4) لتقدير نموذج تصحيح حد الخطأ والمتغير التابع (Y) نصيب الفرد من اجمالي الناتج المحلي كما مبين في الجدول (٧).

الجدول (٧) نتائج التقدير للعلاقات قصيرة وطويلة الأجل للمتغيرات التفسيرية والمتغير التابع

ARDL Long Run Form and Bounds Test				
Dependent Variable: D(Y1)				
Selected Model: ARDL(1, 0, 1, 0, 0)				
Case 2: Restricted Constant and No Trend				
Date: 09/29/22 Time: 08:46				
Sample: 2000 2020				
Included observations: 20				
Conditional Error Correction Regression				
Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
C	2160.850	882.8981	2.447451	0.0294
Y1(-1)*	-0.896819	0.108374	-8.275256	0.0000
X1**	-0.948724	0.192221	-4.935579	0.0003
X2(-1)	-10.12194	5.325452	-1.900672	0.0797
X3**	0.863877	0.116332	7.425940	0.0000
X4**	-223.8799	86.20483	-2.597069	0.0221
D(X2)	9.628430	8.210199	1.172740	0.2619
* p-value incompatible with t-Bounds distribution.				
** Variable interpreted as Z = Z(-1) + D(Z).				
Levels Equation				
Case 2: Restricted Constant and No Trend				
Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
X1	-1.057878	0.231991	-4.560002	0.0005
X2	-11.28649	6.381939	-1.768505	0.1004
X3	0.963268	0.109905	8.764532	0.0000
X4	-249.6379	113.2786	-2.203752	0.0462
C	2409.462	1150.610	2.094074	0.0564
EC = Y1 - (-1.0579*X1 -11.2865*X2 + 0.9633*X3 -249.6379*X4 + 2409.4620)				
F-Bounds Test		Null Hypothesis: No levels relationship		
Test Statistic	Value	Signif.	I(0)	I(1)
F-statistic k	29.82224 4	10%	2.2	3.09
		5%	2.56	3.49
		2.5%	2.88	3.87
		1%	3.29	4.37
Actual Sample Size	20	Finite Sample: n=30		
		10%	2.525	3.56
		5%	3.058	4.223
		1%	4.28	5.84

المصدر: اعدت بالاعتماد على نتائج برنامج (Eviews12)

وستنطبق إلى التحليل الاحصائي والاقتصادي وفق نموذج حسب وروده في منهجية نموذج (ARDL) وكما يلي:

من الجدول (٧) يتضح قيمة معلمة المتغير المعتمد لتباطئ (Y1(1) اذ بلغت القيمة (٠.٨٩٦٨١٩) وهي ذو إشارة سالبة باحتمالية تساوي (٠.٠٠٠) ، ان هذا الشرط يؤكد وجود التكامل في المدى القصير كما يظهر في الجدول (٧) نتائج اختبار تصحيح حد الخطأ والمعلمات قصيرة الاجل لمتغيرات الأنموذج ، يتبين أن أفضل حالة نختارها من النموذج للاعتماد عليها هي الحالة الثابتة ، ولا بد من التطرق الى اشارة المعلمات ذات اهمية في الاختبارات الاقتصادية، والتي من خلالها تستخرج انماط علاقات المعلمات . يتبين ان النمو الاقتصادي يتأثر بمتغير نسبة تكوين راس المال الثابت (X1) ، اذ بلغت قيمته (-٠.٩٤٨٧٢٤) بمعنى ان ارتفاع نسبة تكوين راس المال الثابت بنسبة (١%) ، يؤدي الى انخفاض حصة الفرد من اجمالي الناتج المحلي في العراق بمقدار (٠.٩٤%) . اما بالنسبة لمتغير انتاجية العمل المتباطئ لفترة

زمنية واحدة (X2-1) فقد بلغت قيمته المقدرة (- ١٠.١٢١٩٤) ، وكانت اشارة معامل مرونة لمعلمته سالبة ، اي ذات علاقة عكسية مع حصة الفرد من اجمالي الناتج المحلي والسبب ان انتاجية العامل الفعلية في العراق غير حقيقية ومنخفضة ، وهذا يفسر الارتفاع في انتاجية العامل بمقدار (١%) يؤدي الى انخفاض النمو الاقتصادي بمقدار (١٠.١٢%) ، والمعلمة احصائيا معنوية ، في حين تبين ان انتاجية العمل للفترة الحالية فقد بلغت قيمته (٩.٦٢٨٤٣٠) ، باشارة موجبة اذ ان نسبة ارتفاع انتاجية العمل للفترة الحالية (١%) تقود إلى زيادة النمو الاقتصادي بمقدار (٩.٦٢%) فضلاً عن أن متغير الإنفاق على الصحة والتعليم كنسبة من الانفاق العام للفترة الحالية (X3) من شأنه ان يحدث اثرا إيجابيا على النمو الاقتصادي اذ قدر معامل المرونة للمتغير (٠.٨٦٣٨٧٧) ، وجاءت اشارته موجبة وعلاقتة طردية مع النمو الاقتصادي ، اي ان رفع نسبة الانفاق على مؤشر راس المال البشري بمقدار (١%) يقود الى رفع النمو الاقتصادي بمقدار (٠.٨٦%) ، وذلك لكون الانفاق على راس المال البشري يمثل استثمارا حقيقيا منتجا في مجال الصحة والتعليم وهذا ضروري لتطوير الاقتصاد العراقي ، كما تبين ان النمو الاقتصادي في العراق يتأثر بمتغير درجة الاعتماد على المورد الطبيعي الوفير والمشير له (بنسبة الصادرات النفطية /اجمالي الصادرات) كمؤشر (X4) وجاءت اشارة معلمته سالبة اذ بلغت قيمته (-٢٢٣.٨٧٩٩) ، اي ان زيادة نسبة الصادرات النفطية بمقدار (١%) في العراق تقود الى خفض النمو الاقتصادي الحقيقي بمقدار (٢٢٣.٨%) ، وذلك لاعتماد الاقتصاد العراقي في صادراته على قطاع احادي الجانب متمثلا بقطاع النفط فضلا عن كون الصادرات السلعية مواد خام من غير تصنيع ، مع اهمال القطاعات الأخرى المكونة للاقتصاد الوطني ومنها قطاعات الزراعة والصناعة والقطاع السياحي مما يقود إلى عدم تنوع الهيكل الاقتصادي للعراق.

٨-نتائج تقدير العلاقة في الاجل الطويل :

بعد استكمال تحليل نموذج تصحيح معامل حد الخطأ ، والتأكد من التكامل المشترك بين النمو الاقتصادي والمتغيرات التفسيرية المذكورة آنفاً، سنتجه لقياس وتقدير العلاقة طويلة الأجل ضمن نموذج ARDL . سنتضمن هذه المرحلة تقدير المتغيرات في الاجل الطويل .

الجدول (٧) يبين لنا نتائج العلاقة المقدرة بين المتغيرات التفسيرية ومعلماتها في الاجل الطويل ، كانت المتغيرات التفسيرية في تقدير العلاقة طويلة الاجل كما أشرنا اليها سابقاً وهي X1,X2,X3,X4 مع المتغير التابع المتمثل بالنمو الاقتصادي (Y)، وقد ظهرت بعض الإشارات للمعلمات المقدرة في الاجل الطويل مطابقة للنظرية الاقتصادية والبعض مخالف لها ومنها معنوية وكما في الجدول (٧) ، يوضح الجدول نتائج تقدير العلاقة طويلة الأجل للمتغيرات المدروسة في النموذج ، حيث بلغت نتائج معامل مرونة متغير نسبة تكوين راس المال الثابت (-١.٠٥٧٨٧٨) ، باحتمالية (٠.٠٠٠٥) prob ، وذات إشارة سالبة ومعنوية في مؤشر حصة الفرد من اجمالي الناتج المحلي وجاءت إشارته مطابقة مع الاجل القصير ، أي أن ارتفاع نسبة راس المال الثابت بوحدة واحدة يقود إلى خفض النمو الاقتصادي بمقدار (١.٠٥٩%) .

اما انتاجية العمل (x2) فقد بلغت قيمة معامل المرونة للمتغيره (-١١.٢٨٦٤٩) ، وبدرجة احتمالية prob (0.1004) ، وذات إشارة سالبة وغير معنوية في مؤشر حصة الفرد من اجمالي الناتج المحلي وجاءت إشارته مطابقة مع الاجل القصير ، أكدت ذلك قيمة معلمة t المحسوبة والتي بلغت (١.٧٦٨) أي أن ارتفاع انتاجية العمل بوحدة واحدة يؤدي إلى انخفاض مؤشر حصة الفرد من اجمالي الناتج المحلي بمقدار (١١.٢٨%) .

اما متغير راس المال البشري (x3) بلغت قيمة معامل مرونته بمقدار (٠.٩٠٣٢٦٨) ، وبدرجة احتمالية prob (٠.٠٠٠٠) ، وذات إشارة موجبة ومعنوية في متغير النمو الاقتصادي وجاءت إشارته مطابقة مع

الأجل القصير ، أي أن زيادة الانفاق على رأس المال البشري ممثلاً بالإنفاق العام على الصحة والتعليم بوحدة واحدة يؤدي إلى زيادة النمو الاقتصادي بمقدار (٠.٩٦٩%).

أما متغير (x4) فظهرت نتائج علاقة عكسية مع حصة الفرد من إجمالي الناتج المحلي ، حيث بلغت قيمة معامل مرونته (-٢٤٩.٦٣٧٩) ، وبدرجة احتمالية (٠.٠٤٦٢) ، وذات إشارة سالبة ومعنوية في النمو الاقتصادي ، وجاءت إشارته مطابقة مع الأجل القصير ، وقيمة t المحسوبة كانت تساوي (٢.٢٠٣) أي أن زيادة درجة الاعتماد على المورد الوفير الذي يمثل نسبة (صادرات النفط / إجمالي الصادرات) بوحدة واحدة يؤدي إلى انخفاض النمو الاقتصادي الحقيقي بمقدار (٢٤٩.٦٣%).

الجدول (٧) موضحاً نتائج التحليل الإحصائي للمدى القصير والطويل باستخدام برنامج Eview12 ، ظهرت العلاقات الإحصائية التي يتفق قسماً منها مع التنبؤ الاقتصادي، في حين أظهر البعض الآخر من معلمات النموذج القياسي اختلافاً واضحاً ، فنجد أن علاقة نسبة تكوين رأس المال الثابت مع المتغير المعتمد النمو الاقتصادي جاءت سلبية ومعنوية ، أكدت قيمة t المحتسبة وهي أكبر من قيمة نظيرتها t الجدولية ، وهو يتفق مع النظرية الاقتصادية إذ أن سوف يؤدي إلى خفض حصة الفرد من الناتج الحقيقي لعدم فاعلية السياسة الاستثمارية المطبقة في تحقيق ذلك القدر من التراكم الرأسمالي الذي يحقق معدلات النمو الاقتصادي الحقيقي والمرغوب فيه ، فضلاً عن اختلال العلاقة بين الادخار المتاح والاستثمار المطلوب، لذا فإن مشكلة الاقتصاد العراقي تتمثل في كيفية استقرار معدلات نمو اقتصادي حقيقي عند مستويات مقبولة لضمان نهوض اقتصادي من خلال تنفيذ خطة تنموية شاملة) . وهذا يتفق مع دراسة (الاسكوا ، ٢٠٠٧) ودراسة (ادريوش وآخرون ، ٢٠١٦، ١٧٧-١٨٩)

أما المتغير الثاني إنتاجية العمل فقد جاء بإشارة سالبة إلا أنها غير معنوية وأن تكون الإشارة سالبة يعني انخفاض حصة الفرد بزيادة إنتاجية العمل ويعزى ذلك لكون (ان التحول في النشاط الاقتصادي من الزراعة إلى الصناعة التحويلية البسيطة يشكل مصدراً رئيساً للزيادة الإنتاجية لذا فإن الاقتصاد العراقي يفتقر إلى قطاع صناعي متين يعمل على إيجاد نمو اقتصادي حقيقي ، وان استراتيجية الاقتصاد العراقي ركزت على القطاعات الخدمية ذات القيمة المضافة المنخفضة ولأسيما القطاعات المالية وقطاع البناء وهذا الأمر أعاق نمو الإنتاجية الحقيقي لأن الخدمات أقل حاجة لرأس المال وأقل انفتاحاً على المنافسة الدولية مما يضر بالنمو الاقتصادي والإنتاجي ويؤدي إلى زيادة العمالة الغير رسمية) ، في حين إذ هذه العلاقة كانت غير معنوية وهذا مؤشر على العلاقة بين المتغيرين في البحث ، وهذا يتفق مع دراسة (العبدلي وآخرون ، ٢٠١٠، ١٢٨)

أما المتغير الثالث الانفاق على رأس المال البشري فقد جاء بعلاقة موجبة ومعنوية وهذه العلاقة منطقية ومعقولة فبزيادة الاهتمام بالصحة والتعليم يكون تأثير ذلك إيجابياً في النمو الاقتصادي .

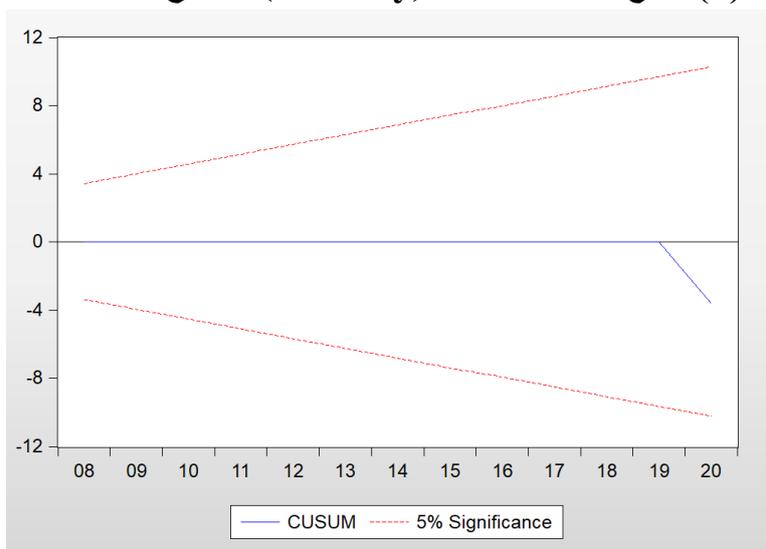
في حين جاءت إشارة المتغير الرابع سالبة معبراً عن مؤشر درجة الاعتماد على المورد الوفير في تحديد النمو الاقتصادي ، الذي قاد إلى النمو المفقور في العراق ، بمعنى أن زيادة الصادرات النفطية لم تحل المشاكل الاقتصادية كالبطالة والفقر والتضخم في الاقتصاد العراقي ، بل على العكس رفعت من المديونية الداخلية والخارجية ، وزادت من معدلات البطالة والفقر وأيضاً قادت إلى وجود الطبقة داخل المجتمع العراقي ولذلك لم يرتفع متوسط الدخل الفردي.

٩- اختبار السكون (staibility) لنموذج ARDL المقدر

سنجري الاختبار الأخير وهو اختبار السكون الهيكلي للنموذج المقدر في الأجل القصير والطويل للفترة (٢٠٠٠-٢٠٢٠) ، في أنموذج الانحدار الذاتي ذي الاتجاهات المتباطئة ARDL ، أي بمعنى إيجاد المجموع التراكمي للبواقي المتتابع CUSUM ، والذي تم تطويره من قبل Brown et.al ، ومفاده يشير

إلى ضرورة ظهور الرسم البياني للاختبار (CUSUM) ، داخل حدود المنطقة الحرجة بمستوى معنوية (٠.٠٥) ، وتقود هذه الحالة الى اتخاذ قرار بقبول فرضية العدم ، وهذا يعني أن جميع المعلمات مقبولة ومستقرة ، و على الرغم من التقلبات التي تعرض لها الاقتصاد العراقي من الأزمات التي أثرت سلبا في هذا النشاط وبعد إجراء الاختبار كما في الشكل (٢) تبين ان اختبار السكون يقع داخل الحدود الحرجة ويتغير حول القيمة الصفرية ، ويدل هذا على أن الاختبارات الإحصائية تكون ثابتة بسكون المعلمات في الإجل القصير والطويل لنموذج ARDL المقدر للعينة المستخدمة في الدراسة .

الشكل (٢) نتائج اختبار السكون (staibility) لنموذج ARDL المقدر

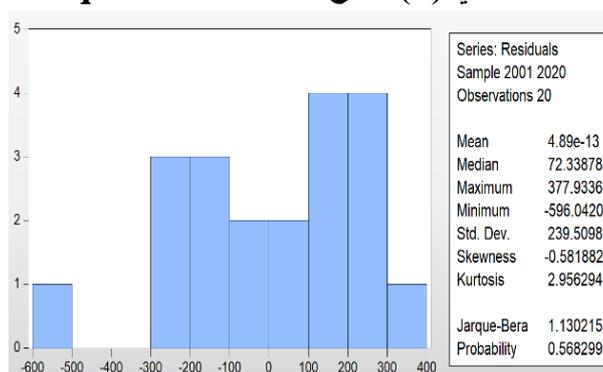


المصدر: اعدت بالاعتماد على نتائج برنامج (Eviews12)

١٠- اختبار التحقق من التوزيع الطبيعي للبواقي: Jarque-Bera

يستخدم هذا الاختبار لبيان صلاحية النموذج وتحسينه ، إذ يعتمد نموذج انحدار بيانات السلاسل الزمنية المقطعية على عدد من الفرضيات التي تشمل صلاحية استخدام النموذج في اتجاهات التنبؤ ، وفي اختبار فرضية الدراسة ، والتي تنص على أن الأخطاء العشوائية يجب ان تتبع التوزيع الطبيعي ، ولأيوجد ارتباط ذاتي بين البواقي ، كما أن ما يؤكد صلاحية الأنموذج هو اختبار التوزيع الطبيعي للأخطاء العشوائية . وقد أظهرت نتائج اختبار Jarque-Bera بان القيمة الإحصائية قد بلغت (٠.٥٦) وهي أعلى من قيمة لحد المعنوية (٠.٠٥) وبالتالي فإن قيمة (JB<Xa2) وهذا أدى الى ان يأخذ صيغة مقارنة لشكل الجرس لذا سوف نرفض فرضية العدم القائلة بان بواقي معادلة الانحدار موزعة توزيعا طبيعيا.

الشكل البياني (٣) نتائج الاختبار Jarque-Bera



المصدر: اعدت بالاعتماد على نتائج برنامج (Eviews12)
الاستنتاجات

مما سبق نستنتج ما يأتي :

- ١- يعد الاقتصاد العراقي اقتصادا ريعيا، يعتمد بدرجة كبيرة على القطاع النفطي ، وعلى مورد النفط الطبيعي المتوفر داخل الأرض ، وهذا اثر تأثيرا سلبيا على النمو الاقتصادي الحقيقي.
- ٢- من الجانب التطبيقي ، تم التعبير عن التجارة الخارجية بدرجة الاعتماد على المورد الطبيعي الوفير وفي العراق النفط هو المورد الوفير والمعتمد عليه بشكل كبير في تكوين الناتج الإجمالي ، اذ تشكل الصادرات النفطية أكثر من ٩٠% من الناتج القومي.
- ٣- من خلال الاطلاع على نتائج الجانب التطبيقي اتضح أن التجارة والانفتاح على العالم الخارجي مثبت للنمو الاقتصادي .
- ٤- وباستخدام اختبار PP, ADF ، تبين ان النموذج مستقر وساكن ولايحتوي على جذر الوحدة بعد إجراء الفرق الأول لكل المتغيرات ، لذا تعد جميع السلاسل مستقرة ولاحتوي على جذر الوحدة بعد اخذ الفرق الاول لكل المتغيرات .
- ٥- جاءت متغيرات الأنموذج بإشارات ومعلمات منها يتفق مع النظرية الاقتصادية ومنها من يناقض ذلك ، فنجد أن علاقة نسبة تكوين رأس المال الثابت مع المتغير المعتمد (النمو الاقتصادي) جاءت سلبية ومعنوية اكدتها قيمة (t) المحسوبة وهي أكبر من t الجدولية وهو يتفق مع النظرية الاقتصادية. أما المتغير الثاني انتاجية العمل فقد جاء بإشارة سالبة الا أنها غير معنوية وأن تكون الإشارة سالبة يعني انخفاض حصة الفرد بزيادة إنتاجية العمل ، في حين ان هذه العلاقة كانت غير معنوية وهذا مؤشر على العلاقة بين المتغيرين كمؤشر لدراستنا، إما المتغير الثالث الإنفاق على رأس المال البشري فقد جاء بعلاقة موجبة ومعنوية وهذه العلاقة منطقية ومعقولة فزيادة الإنفاق على مؤشر رأس المال البشري ممثلا بالصحة والتعليم يكون تأثير ذلك إيجابيا في النمو الاقتصادي .
- في حين جاءت اشارة المتغير الرابع سالبة ممثلا الصادرات النفطية إلى / اجمالي الصادرات كتعبير عن مؤشر (درجة الاعتماد) على المورد الوفير في النمو الاقتصادي التي تقود الاقتصاد العراقي الى النمو المفقر وهذا يتوافق مع نظرية باكاوتي.
- ٦- تبين من اختبار السكون أن جميع المعلمات مقبولة ومستقرة ، و على الرغم من التقلبات التي تعرض لها الاقتصاد العراقي من الأزمات التي أثرت سلبا في هذا النشاط ، ويدل هذا على أن الأختبارات الاحصائية تكون ثابتة بسكون المعلمات في الأجل القصير والطويل لنموذج ARDL المقدر للعينة المستخدمة في الدراسة .
- ٧- كما وجد من نتائج الاحصائية لاختبار الحدود بأن هناك علاقة تكامل مشترك ، أي يوجد علاقة توازنية طويلة الأجل بين المتغيرات الداخلة في الأنموذج.

المقترحات

بناءً على ماتقدم من استنتاجات من الجانبين النظري والتطبيقي نقترح مايلي:

- ١- لابد من البحث عن موارد أخرى تخدم الاقتصاد وعلى أن تكون متجددة ويمكن تنميتها لكي يتم الاستمرار
- ٢- في استخدامها كمورداً إقتصادياً على المدييات القصيرة و المتوسطة و البعيدة.
- ٣- إعادة توزيع الدخل القومي والعمل على تنويعه من خلال ايجاد بدائل للنفط الخام، والاتجاه نحو تحفيز القطاعات الأخرى المكونة للدخل القومي كالقطاع الزراعي والصناعي والسياحي في العراق.
- ٤- تحفيز قطاع التصدير بسلع أخرى متنوعة وتخفيض من درجة الاعتماد على الاقتصاد الريعي .
- ٥- العمل على جعل الانفتاح الاقتصادي محفزاً للنمو الاقتصادي الحقيقي، من خلال تخفيض إنتاج النفط لتفادي التذبذبات في تغيرات أسعار النفط.

قائمة المصادر

- ١- اللجنة الاقتصادية والاجتماعية غربي اسيا الاسكوا (٢٠٠٧) ، تحليل الاداء الاقتصادي وتقييم النمو والانتاجية في الاسكوا، العدد الخامس ، الامم المتحدة ، نيويورك
- ٢- الدليمي اسماعيل (٢٠٢١) ، أهمية تحول الاقتصاد العراقي من الريعي الى الإنتاجي ، المجلة الاقتصادية الملحق العراقي للنخب والكفاءات، بغداد ، العراق ، ص٧٤٤
- ٣- الدليمي نجم (٢٠٢٣) ، سمات وخصائص الاقتصاد العراقي الريعي، المجلة الاقتصادية للنخب والكفاءات ، بغداد ، العراق ، ص٢٦٠
- ٤- العبدلي سعد نجم ، عائدة فوزي،مناضل عباس حسين (٢٠١٠) ، قياس وتحليل اثر انتاجية العمل وراس المال على الصناعات التحويلية في العراق، جامعة بغداد ،مجلة الادارة والاقتصاد ،العدد٥، مجلد ١ ،ص١٢٠-١٣٣
- ٥- فتح الله سحر، بخيت حسين علي (٢٠٠٦) ، الاقتصاد القياسي ، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ،عمان الاردن

- 1- Ampofo, G. K. M., Cheng, J., Asante, D. A., & Bosah, P. (2020). Total natural resource rents, trade openness and economic growth in the top mineral-rich countries: New evidence from nonlinear and asymmetric analysis. *Resources Policy*, 68, 101710
- 2- Cavalcanti, T. V. D. V., Mohaddes, K., & Raissi, M. (2011). Growth, development and natural resources: New evidence using a heterogeneous panel analysis. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, 51(4), 305-318
- 3- Kacou, K. Y. T., Kassouri, Y., Evrard, T. H., & Altunta, M. (2021). *Trade openness, export structure, and labor productivity in developing countries: Evidence from Panel VAR approach*. *Structural Change and Economic Dynamics*. doi: <https://doi.org/10.1016/j.strueco.2021.11.015>
- 4- Hamdi, H., & Sbia, R. (2013). The relationship between natural resources rents, trade openness and economic growth in Algeria. *Economics Bulletin*, 33(2), 1649-1659
- 5- Idris, J., Yusop, Z., & Habibullah, M. S. (2016). Trade openness and economic growth: a causality test in panel perspective. *International Journal of Business and Society*, 17(2), 281.
- 6- Kautsyianes , *Theory of Econometrics*, 2 Ed (1964)

- 7- Majumder, M. K., Raghavan, M., & Vespignani, J. (2020). Oil curse, economic growth and trade openness. *Energy Economics*, 91, 104896
- 8- Mankiw, N. G., Romer, D., & Weil, D. N. (1992). A contribution to the empirics of economic growth. *The quarterly journal of economics*, 107(2), 407-437.
- 9- Mohamed, Nashwa Mostafa Ali. (2018). The Development role of GCC Foreign Trade under Resources Curse, Openness and Institutional Quality. *Arab economic and business journal*. 13, 209-2019.
- 10- Olayungbo, D. O. (2019). Effects of oil export revenue on economic growth in Nigeria: A time varying analysis of resource curse. *Resources Policy*, 64, 101469
- 11- Solow, R. M. (1956). A contribution to the theory of economic growth. *The quarterly journal of economics*, 70(1), 65-94
- 12- Shrestha, S., Kotani, K., & Kakinaka, M. (2021). The relationship between trade openness and government resource revenue in resource-dependent countries. *Resources Policy*, 74, 102332.
- 13- Yusuf, S., & Omar, M. R. (2019). Trade Openness and Economic Growth of Tanzania. *Asian Journal of Economics, Business and Accounting*, 12 (3) 1-10.

**The Obligatory Applicable Law to Brokerage in the Stock Market:****A Comparative Study****Hudhaifa Raad Ali****Dr. Wissam Tawfiq Abdullah**

Assist. Lecturer

Assist. Prof

College of Law - University of Mosul – Mosul- Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 11 Oct., 2023

Accepted: 22 Oct., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 407-438© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>**Corresponding author:**Assistant Lecturer: Hudhaifa
Raad Ali

Dr. Wissam Tawfiq Abdullah

College of Rights - University of
Mosul - Mosul - Iraq

Email:

altaieehutheifa@gmail.com**Abstract**

Brokers carry out operations for the benefit of their clients, as they are prohibited from carrying them out for their personal benefit, except in cases and conditions specified by law. Despite this, we find brokers carrying out, on behalf of their clients, the operations of buying and selling a certain amount of securities offered for trading on the stock exchange, but in their personal names, as brokers act in these matters. Cases are as if they were commission agents. This situation does not arise from an automatic application of the customs applicable in brokerage contracts, but rather arises from an obligation on the brokers imposed by their professional system. There is no legal relationship between the seller and the buyer or between the broker and the client of another broker, as the relationship is limited to... The stock market is between two brokers, or more precisely, the broker contracts with another broker, and thus the process takes place between two brokers under the protection of their two agents. The seller's broker receives the sale and the buyer's broker receives the price. Each of the two brokers owns the claims of the seller and the buyer before the other, and the broker and the customer (the client) own each. One before the other, agency claims.

Keywords: *financial brokerage, applicable law, mediator, administrator, securities, trading.*



القانون الواجب التطبيق على الوساطة في سوق الأوراق المالية دراسة مقارنة



الدكتور وسام توفيق عبد الله

حذيفة رعد علي

استاذ مساعد

مدرس مساعد

كلية الحقوق - جامعة الموصل - الموصل - العراق

المستخلص

إن سوق الأوراق المالية هو سوق كأي سوق آخر تتداول فيه السلع والخدمات، إلا أن السلع المتداولة فيه هي من نوع معين، تتمثل بالأوراق المالية كالأسهم والسندات، التي لم تعد عبارة عن أوراق مادية يحملها صاحبها، بل تغير شكلها بحيث أصبحت مجرد قيد يرد في حساب، عبر إيجاد نظام يسمى " بنظام الإيداع والقيد المركزي للأوراق المالية"، إذ يجب أن يتم قيد تلك الأوراق المالية في السوق أولاً، لكي يسمح بتداولها فيه ومتى ما تم قيدها، فإنه لا يسمح بتداولها خارج السوق الذي تم فيه القيد، وأي تداول خارج السوق، يقع باطلا كأصل عام.

ولكي تتم عمليات تداول الأوراق المالية، فإنه لا بد من صدور أمر من العميل (صاحب الورقة المالية) إلى الوسيط، لكي يتحرك للقيام بالعملية حسب نوع الأمر وشروطه، كونه أمر بيع أو شراء، وكون العملية آجلة أو فورية، ذلك ان التعامل بسوق الأوراق المالية لا يتم مباشرة بين المتعاملين أصحاب الأوراق المالية، وإنما يجب أن يتم من قبل متخصصين يطلق عليهم "الوسطاء الماليون" المرخص لهم رسمياً من قبل السوق للقيام بعمليات الوساطة، ويقوم الوسيط المالي بمهنة التوسط بين المتعاملين في سوق الأوراق المالية مقابل نسبة من العمولة محددة في التشريعات عادة، ورغم ذلك نجد الوسطاء يقومون لحساب زبائنهم بعمليات شراء وبيع كمية معينة من الأوراق المالية المطروحة للتداول في البورصة، ولكن بأسمائهم الشخصية، إذ إن الوسطاء يتصرفون في هذه الحالات كما لو أنهم وكلاء بالعمولة وهذا الوضع لا ينشأ عن تطبيق تلقائي للأعراف المعمول بها في عقود الوساطة، بل ينشأ عن التزام على عاتق الوسطاء يفرضه نظامهم المهني، فلا توجد أية علاقة قانونية بين البائع والمشتري أو بين الوسيط وزبون وسيط آخر، إذ تنحصر العلاقة في سوق البورصة بين وسيطين، أو بمعنى أدق فإن الوسيط يتعاقد مع وسيط آخر، وبذلك تتم العملية بين وسيطين لذمة وكليهما، ويتسلم وسيط البائع المبيع ويسلم وسيط المشتري الثمن، ويملك كل من الوسيطين قبل الآخر دعاوى البائع والمشتري، ويملك الوسيط والزبون (العميل)، كل منهما قبل الآخر، دعاوى الوكالة.

الكلمات المفتاحية: الوساطة المالية، القانون الواجب التطبيق، الوسيط، الأمر، الأوراق المالية، التداول.

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/١٠/١١

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٣/١٠/٢٢

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

بموجب ترخيص (Creative Commons Attribution) (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس: م.م حذيفة رعد علي

الدكتور وسام توفيق عبد الله (٢٠٢٣)

القانون الواجب التطبيق على الوساطة
في سوق الأوراق المالية - دراسة مقارنة

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،
وبعد:

فإن الإحاطة بموضوع البحث وإلقاء الضوء على مضامينه يقتضي عرض هذه المقدمة على وفق
ما يأتي:

أولاً: التعريف بموضوع البحث

شهدت أسواق الأوراق المالية في الدول المتقدمة تطورا مهما، على الصعيدين التشريعي والتقني،
ويعد هذا التطور من أبرز علامات الاقتصاديات المتقدمة، وبالرغم من الدور الكبير الذي تمثله هذه أسواق
الأوراق المالية في تجميع المدخرات، وتوجيهها نحو الاستثمار في المشاريع الإنتاجية المختلفة مما يؤدي
حتما إلى المساهمة في تطوير الاقتصاد الوطني فإن هذا الموضوع ما زال مبهما لشريحة كبيرة من الناس.
ولا شك أن التطور المستمر للاتصالات الدولية و تزايد عدد الشركات الكبرى التي تتراكم فيها رؤوس
اموال عملاقة يقتضي استثمار جزء من هذه الأموال في دول أخرى غير التي توجد فيها تلك الشركات، إذ
أصبحت الأموال تنتقل من دولة الى أخرى بصفة مستقلة لحصول المضاربين على عائد أفضل من استخدام
اموالهم في أسواق الاموال الأجنبية، ومن ناحية أخرى فإن الشركات العملاقة لكي تحصل على تقويم أعلى
للأوراق المالية التي تصدرها فإنها تهتم بتقييدها لا في أسواق الأوراق المالية في بلدها الاصلي فحسب، بل
في أسواق الأموال في الدول الأجنبية ايضا، فضلا عن أن السندات التي تصدرها الدول او الشركات بمبالغ
هائلة تستلزم اللجوء الى أصحاب رؤوس الأموال في الدول كافة، ولتحقق ذلك، فإن هذه الأوراق المالية
ستقيد في الدول التي يكتب فيها المستثمرون.

وتتم عمليات السوق أي تداول الأوراق المالية سواء كان بالبيع أو الشراء بواسطة الوسطاء الماليين
في السوق لحساب مصدري الاوامر (الزبائن او الموكلين) خارج السوق، ومصدر الأمر بالبيع أو الشراء
قد يكون شخصاً أجنبياً طبيعياً أو معنوياً مقيماً في الدولة التي يوجد فيها السوق او خارجها ونتيجة لذلك
تنشأ علاقتان، الأولى: بين الوسيط المالي ومصدر الأمر (الموكل)؛ والثانية: بين الوسطاء الماليين فيما
بينهم أي بين وسيط الأمر بالبيع مثلا ووسيط الأمر بالشراء وهكذا، وهنا تثار مشكلة تنازع الاختصاص
القضائي وتنازع القوانين بشأن تلك العلاقات الخاصة وذلك لتطرق العنصر الأجنبي فيها.

ثانياً: أهمية موضوع البحث

تتمثل أهمية موضوع البحث في أنه يعالج موضوعاً مهماً على المستوى التشريعي والقضائي، فلا
يمكن بأي حال من الأحوال تجاهل وجود تشابك في العلاقات القانونية الناجمة عن عمليات التداول في سوق
الأوراق المالية وحصول منازعات تتعلق بها، فهذا الوجود يتأكد يوماً بعد يوم، وأن أهميته تزداد على مر
الأيام.

وعند تصدي القضاء العراقي إلى منازعة من هذا القبيل سوف تثار بلا شك أمامه العديد من
الأسئلة، وستكون هناك حاجة ملحة للإجابة عنها ، ولعل من أهمها تلك التي تتعلق بمعرفة القانون الذي
يحكم العلاقة التي تربط الوسيط المالي بالأمر وتلك التي تربط الوسطاء الماليين فيما بينهم، وسنحاول
الإجابة عنها مستعين في ذلك بجهود الفقه واجتهادات القضاء الذي تعرض لهذا النوع من المنازعات
وجهود الهيئات الدولية المهمة بعمليات التداول في سوق الأوراق المالية بوصفها تدخل في إطار التجارة
الدولية.

وتظهر أهمية هذا البحث أيضاً في مساعدة أطراف العلاقات القانونية في عمليات التداول في تحديد
القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقات وتحديد المحكمة التي يلجؤون إليها لتسوية نزاعهم وحماية
حقوقهم ومراكزهم القانونية وتبصيرهم بالحلول التي يمكن إتباعها ضمان أكبر قدر من الحماية القضائية

لنتلك الحقوق والمراكز القانونية.

ثالثاً: أسباب اختيار موضوع البحث

تكمن أسباب اختيار موضوع البحث في تسليط الضوء على واقع العلاقات القانونية الناشئة عن سوق الأوراق المالية في العراق في ظل الوضع الراهن سياسياً واقتصادياً ومحاولة تقييم تلك العلاقات وابداء الرأي بشأنها من ناحية القانون المطبق عليها بالمقارنة مع بعض الدول المشابهة في هذا الصدد، إذ ان المشرع العراقي في القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي رقم ٧٤ لعام ٢٠٠٤ م لم ينص على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات المالية المشوبة بعنصر أجنبي في إطار عمليات التداول في سوق الأوراق المالية، فضلاً عن تسليط الضوء على ما يمكن أن يثيره تداول الأوراق المالية الأجنبية في العراق وتداول الأوراق المالية العراقية في الخارج من مشكلات قانونية وعملية تتعلق بالقانون الذي يحكم العلاقات القانونية التي تحكم عمليات تداول الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية، فضلاً عن ان موضوع البحث لم يلق اهتمام الباحثين في الوطن العربي عموماً وفي الفقه العراقي على وجه الخصوص بالشكل الكافي لندرة المصادر والمراجع فضلاً عن عدم وجود دراسة متخصصة في هذه الجزئية التي نحن بصددنا لنقص الدراسات والبحوث التي تتعلق بسوق الأوراق المالية من الجانب التشريعي (القانوني) عموماً وعمليات التداول على وجه الخصوص، إذا ما قورنت بالدراسات والبحوث التي تتعلق بالموضوع نفسه من الجانب الاقتصادي.

ثالثاً: مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في الخصائص المميزة للعلاقات التي تثيرها عمليات التداول في سوق الأوراق المالية وما ينتج عنها من منازعات وما تتطلبه من حلول سواء على مستوى تحديد المحكمة المختصة بنظرها ام على مستوى القانون الواجب التطبيق عليها، فهناك علاقة مصدر الامر بالوسيط المالي وهناك علاقة الوسيط المالي بالوسيط المالي الآخر المكلف من أمره بإتمام عملية التداول للأوراق المالية، وهذه العلاقات القانونية قد تنفذ بصورة تقليدية في داخل قاعة التداول وقد تتم عملية التداول عن بعد، فكل هذا التشابك يثير إشكالية كيفية تحديد القانون الذي يحكمها ومتى نتحرر من قيود النصوص القانونية التي تحكم عمليات التداول في السوق.

فضلاً عن عدم وجود تنظيم قانوني خاص بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية التي تثيرها عمليات التداول في سوق الأوراق المالية أو الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات التي تثيرها تلك العمليات في نطاق القانون العراقي أو القوانين محل المقارنة وإنما يتم ذلك وفقاً للقواعد العامة في تحديد الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي، فضلاً عن ندرة الأحكام القضائية التي يمكن أن نستند إليها في الوصول إلى حل مناسب لبعض المشكلات القانونية التي يفرزها الواقع.

رابعاً: نطاق البحث

اما عن نطاق البحث، فيعالج البحث في هذا الموضوع مسائل منها ما يتعلق ببيان الأشخاص الذين يقومون بعمليات التداول، وتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التي تثيرها عملية التداول سواء فيما يخص علاقة مصدري الأوامر بالوسطاء الماليين ام على تلك التي تربط الوسطاء الماليين فيما بينهم.

خامساً: منهجية البحث

سنعتمد في كتابة موضوع البحث على المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال التحليل والمقارنة بين التشريع العراقي لسوق الأوراق المالية، والتشريع الفرنسي والمصري، فضلاً عن التشريعات العامة ذات العلاقة كالقانون المدني في كل من العراق ومصر وفرنسا، مع الاستئناس بموقف قوانين الدول

الأخرى كلما دعت الحاجة الى ذلك، ولن تكون غاية التحليل والمقارنة هو لترجيح تشريع على تشريع آخر، وإنما ستكون غاية محددة وفق هدف هذه الدراسة المتمثل بمعرفة مواطن النقص والقصور في التشريع العراقي الحالي لسوق الأوراق المالية والقوانين ذات العلاقة فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على الوساطة في سوق الأوراق المالية، فضلا عن تحليل مواقف الفقه والقضاء في الدول محل المقارنة المتيسرة في هذا المجال لوضع الحلول والمقترحات المناسبة لمواطن القصور.

سادسا: هيكلية البحث

بغية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود ذات العنصر الأجنبي التي يبرمها الوسطاء الماليون داخل البورصة، فإنه لا بد من تقسيم خطة البحث على وفق ما يأتي:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الوسطاء الماليين.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشكلية.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل (الموكل).

المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل.

المطلب الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الوسطاء الماليين

لما كان من الممكن ان يكون أحد عناصر عقد الوساطة أجنبيا، إذ تجيز بعض الدول للأجانب ممارسة مهنة الوساطة المالية في أسواقها المالية، أي في البورصات الوطنية^(١)، فإنه من الممكن أن تُثار مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية، وهذا يستوجب تحديد القانون الواجب التطبيق من الناحية الموضوعية ومن الناحية الشكلية للعقد وذلك على وفق ما يأتي:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشكلية.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية

تقضي القواعد العامة في القانون المدني بضرورة وجود ثلاثة أركان لكي يكون التصرف القانوني

(١) نقلا عن: محمد يوسف ياسين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- لبنان، ٢٠٠٤، ص ٢٣٤ وما بعدها؛ إذ أجاز قانون سوق المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ بشأن سوق رأس المال للأعضاء المرسلين، وهم السماسرة المقيدون في البورصات الأجنبية قيدهم أو تسجيلهم في بورصة الأوراق المالية بشرط المعاملة بالمثل، وذلك بأن تقوم بورصات تلك الدول المقيد فيها هؤلاء السماسرة بمعاملة السماسر المقيد في بورصة مصر بالمثل إذ سكتت المادة (٥٤) مكرر من ذلك القانون عن بيان جنسية هؤلاء السماسرة فقد يكون سمساراً غير مصري ومقيداً في بورصة أجنبية إذا كانت قوانين الدولة تسمح بذلك؛ ينظر: د. عطية فياض، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، ط١، دار النشر للجامعات، مصر، ١٩٩٨، ص ٨٣.

صحيحاً، وهذا الأركان هي: "الرضا والمحل والسبب"، كما انه في التصرفات الشكلية يتطلب القانون شكلاً معيناً لصحة التصرف، وبناء على ذلك يتطلب إبرام العقد الخاص ببيع أو شراء الأوراق المالية في البورصة استيفاء الشروط الموضوعية التي يتطلبها إنشاء التصرفات الإرادية من رضا ومحل وسبب، فضلاً عن وجوب صدور التصرف الإرادي من شخص يتمتع بالأهلية، ومراعاة الأوضاع التي نص عليها القانون، ولغرض تحديد القانون الواجب التطبيق من الناحية الموضوعية على العقد المبرم بين الوسيط الماليين، إننا سنقسم هذا المطلب على وفق ما يأتي:

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية.
الفرع الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية.

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية

يتطلب إبرام العقود الخاصة بالتعاملات الواردة على الأوراق المالية استيفاء الشروط الموضوعية التي يتطلبها إنشاء التصرفات الإرادية من رضا ومحل وسبب، فضلاً عن وجوب صدور التصرف الإرادي من شخص يتمتع بالأهلية، فالقاعدة العامة المستقرة في الفقه والقضاء والتشريع المقارن هي خضوع عقود المعاملة المالية الخاصة ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة^(١).

ولقد اختلف آراء الفقهاء حول مدى خضوع العقود التي ترد على الأوراق المالية التي يبرمها الوسيط الماليون فيما بينهم في سوق الأوراق المالية لحساب زبائنهم (موكلتهم) للقاعدة العامة التي تقضي بخضوع العقود المالية الخاصة ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة من عدمه.

فالإتجاه الأول يرى إخضاع عقود بيع الأوراق المالية ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة، وإذا لم تتوافر الإرادة فتخضع لقانون البلد الذي يوجد فيه سوق الأوراق المالية التي تمت على أساسه وفي نطاق أعماله الصفة، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الحل مشروع القانون المدني المصري في المادة (٤٣) التي نصت على أنه: "إذا لم يتفق المتعاقدان وقت إبرام العقد على القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقد التي تتم في البورصات والأسواق العامة، فإن القانون الذي يسرى هو قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق"^(٢).

وبناء على النص المتقدم يلحظ أنه بإمكان المتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق وعند أغفال هذا الاتفاق يُعطى الاختصاص لقانون البلد الذي توجد فيها البورصة أو السوق العام، فظاهر النص لا يدع مجالاً للشك أن تلك المادة لا تخرج العقود التي تبرم في البورصات والأسواق العامة من مجال أعمال قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، وإنما تورد قرينة قانونية يبنى عليها تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة

(١) تنظر: المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١؛ والمادة (١٩) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٢) للمزيد من التفصيل؛ ينظر: د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، تصدر عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي، العدد (٢٤٥)، السنة (٦٢)، ١٩٧١، ص ٨٣.

عدم اتفاق المتعاقدين على قانون يحكم العقد، وهي قرينة محل إبرام العقد^(٤).
 اما الاتجاه الثاني فيرى إخضاع عقود البيع التي تتم في أسواق الأوراق المالية للقانون النافذ في دولة محل وجود سوق الأوراق المالية أي لقانون الدولة التي تزاوّل فيه تلك السوق اعمالها^(٥)، وأخذ بهذا الحل القضاء في بعض الدول، اذ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٤ سبتمبر لعام 1940 م بإخضاع العقود التي تتم في البورصات لقانون البورصة أي لقانون البلد الذي تزاوّل فيه البورصة عملها^(٦)، وتقضى المادة (3) من الاتفاق الخاص بالبيع ذات الطابع الدولي الذي اقره مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في عام 1951م بخضوع البيع الذي يتم في البورصة والبيع بالمزاد للقانون الداخلي للدولة التي توجد بها البورصة أو يجري فيه المزاود^(٧).

وتبنى هذا الاتجاه الذي نحن بصده بعض تشريعات الدول، مثل القانون الكويتي رقم (٥) لعام ١٩٦١م المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في المادة رقم (٦٠) التي نصت على أنه : "يسرى على العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق"، ويلحظ من هذا النص أن المشرع يخرج العقود التي تبرم في سوق الأوراق المالية والأسواق العامة من نطاق أعمال القاعدة العامة في خضوع العقد لقانون الإرادة، ويخص هذه العقود بقاعدة إسناد تقضى بخضوعها لقانون البلد التي يوجد فيه سوق الأوراق المالية أو السوق العام الذي ابرم فيه العقد، وهو اتجاه محمود عندما قررت المادة الاختصاص الأمر لقانون البلد الذي يوجد فيه سوق الأوراق المالية أو السوق العام، إذ يؤدي ذلك إلى تحقيق خضوع العقود التي تبرم فيها لقانون واحد، وهو أمر يتطلبه استقرار المعاملات في أسواق الأوراق المالية والأسواق العامة.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠م بشأن البيع الدولي للبضائع، استبعدت بعض العقود كعقود بيع الأوراق المالية ذات الطابع الدولي من الخضوع لأحكامها طبقاً للمادة (٢) منها إذ نصت على أن: " لا تسري أحكام هذه الاتفاقية على البيوع التالية:
 (أ) البضائع التي تشتري للاستعمال الشخص أو العائلي أو المنزلي، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ولا يفترض فيه أن يعلم، بأن البضائع اشترت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة.

(ب) بيوع لمزاد.

(ج) البيوع التي تعقب الحجز أو غيرها من البيوع التي تتم بموجب أمر من السلطة القضائية.

(د) الأوراق المالية والأوراق التجارية والنقود.

(هـ) السفن والمراكب والحوامات والطائرات.

(٤) د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، الجزء الثاني، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة الصادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والتشريع بالقاهرة، العدد (٣٥٢)، السنة (٦٤)، ١٩٧٢، ص ٣٨.

(٥) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٦) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، ط ٩، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦، ص ٤٤٩.

(٧) د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، مصدر سابق، ص ٢٦٧.

(و) الكهرباء." (٨).

ويبرر جانب من الفقه ذلك بانتفاء أي عقد بين البائع والمشتري، ولأن الأشخاص الذين أعطوا الأوامر بتنفيذ صفقاتهم في سوق محدد، إنما اختاروا ضمناً الخضوع للقوانين والأعراف السائدة في هذه السوق، ما يعني استبعاد تطبيق الاتفاقية على علاقاتهم^(٩).

فضلا عن أن معاهدة لاهاي لعام ١٩٥٥ م حول القانون المطبق على بيع المنقولات، استبعدت من نطاق تطبيقها البيوع الحاصلة في البورصة وذلك في المادة (٣) منها^(١٠)، ولو كان البيع للأوراق المالية بيعاً دولياً، وذلك لأن بيع هذه القيم يخضع لإحكام قانونية خاصة به تكون غالباً أحكاماً ملزمة^(١١). ويقوم هذا الاتجاه على حجة مقتضاها الحفاظ على وحدة القانون المطبق على المعاملة التي تجري في إطار سوق الأوراق المالية، والتي قد تتطلب الاعتماد بالتفصيلات الفنية التي تنظمها عادة لوائح خاصة بهذه السوق^(١٢).

ويرى جانب من الفقه أن القواعد القانونية التي تحكم علاقة الوسطاء بعضهم ببعض من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري، وهي مجموعة القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها حداً كبيراً يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، وهذه القواعد لا تقتصر على قوانين أمن الأسواق، بل تضاف إليها مجموعة القوانين والأعراف المحلية، مما يؤدي إلى عدم جواز الاتفاق على خلاف ذلك، ويجب اعتماد الحل نفسه فيما يتعلق بالصفقات المعقودة مباشرة بين المشتري والبائع، إذا كان قانون السوق يجيز لهما- استثنائياً - إصدار أوامر في السوق بصورة مباشرة وبدون وسطاء، واختصاص القانون الوطني بهذه المسائل يكون اختصاصاً مقتصراً عليها وحدها، فالدولة لا يمكنها أن تقبل أن يزاحمها في اختصاصها بحكم هذه المسائل أي قانون آخر، نظراً لأهمية وحيوية المصالح التي تحميها بالنسبة للجماعة^(١٣).

ولا شك أن هذا الاتجاه هو الاتجاه الجدير بالتأييد، وذلك لأن قانون محل السوق هو مكان الأداء المميز الذي يقوم به الوسطاء الماليون، أي أن العقود التي يبرمونها تكون ذات صلة حقيقية بالتنظيم القانوني للسوق، الذي يتميز بالكثير من القيود والضوابط، والتي تؤثر بطريقة مباشرة على عمليات السوق،

(٨) للمزيد من التفصيل؛ ينظر: د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار الاتحاد العربي للطباعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢٨٢؛ د. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، ط ١، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠١، ص ١٠٧ وما بعدها.

(٩) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(١٠) محمد يوسف ياسين، المصدر نفسه، ص ١٤٢.

(١١) د. محمود سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط ٢، الناشر دار النهضة العربية في القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٣ و ٥٩.

(١٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الفنية للطباعة والنشر بالإسكندرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٤٩٩.

(١٣) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٢؛ د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص ٦٣٤؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٢٦ وما بعدها.

ولذلك نرى أن يأخذ به القاضي الوطني لعدم وجود نصوص أو قواعد في تشريعات دولته تحدد القانون الواجب التطبيق على العمليات التي تتم في سوق الأوراق المالية الموجودة في دولته، وذلك لتعلق الأمر بمبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دولياً التي يلتزم القاضي الوطني بإعمالها فيما لم يرد بشأنه نص في القانون الوطني^(١٤).

ولا بد من التأكيد على أن القانون المدني العراقي لم يتضمن أي نصوص خاصة بتنازع القوانين في عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية، وكذلك الحال في قانون التجارة العراقي، لذلك لا بد من تطبيق القواعد العامة في تنازع القوانين والمنصوص عليها في المواد (١٧ - ٣٣) من القانون المدني العراقي.

وبهذا الخصوص نصت المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"، كما ان القانون المدني المصري تضمن في المادة (١٩) تضمن حكماً مشابهاً لما نص عليه القانون العراقي ويتضح من نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني بان المشرع العراقي أخضع الالتزامات التعاقدية بصورة عامة للقانون الذي يختاره المتعاقدان صراحة أو ضمناً، وفي حالة عدم وجود اتفاق صريح ولم يتمكن القاضي من تحديد الإرادة الضمنية لأطراف الالتزام ، يُطبَّق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن كانا في موطن واحد والا فالقانون المختص هو قانون البلد الذي تم فيه التعاقد".

"وأذا كانت الإرادة صريحة فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يكون ميسوراً، أما إذا كانت الإرادة ضمنية، فإن على القاضي ان يكشف عن هذه الإرادة المتعلقة بتركيز العقد في مكان معين، وتطبيق قانون ذلك المكان، فاتفق الطرفين مثلاً على جعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة معينة يعد دلالة على ان ارادة الاطراف قد انصرفت الى تطبيق قانون تلك الدولة وإبرام العقد في دولة معينة يمكن أن يعد دليلاً على اختيار الاطراف لقانون تلك الدولة"^(١٥).

وبخصوص تطبيق نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي على الرضا في عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية، فإن الاستناد إلى إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق لا

^(١٤) تنظر: المادة (٣١) من القانون المدني العراقي.

^(١٥) أكد القضاء العراقي مبدأ خضوع العقد لقانون البلد الذي تم فيه ابرامه وذلك لعدم اتفاق اطراف العلاقة على القانون الواجب التطبيق صراحةً، فقد جاء في قرار محكمة التمييز رقم (٤٥ - ١ حقوقية ١٩٥٨) والصادر في ٢٨/٥/١٩٥٨: "حيث ان العقد قد تم بين الطرفين في لندن فيكون القانون الانكليزي هو المطبق"، وجاء في قرار محكمة التمييز رقم (٢٤٠٣ حقوقية ١٩٦٦) الصادر في ١٩/٢/١٩٦٧: "ان القانون المطبق على هذه الحادثة القضائية هو القانون الانكليزي لأنه قانون الدولة التي تم فيها العقد"، القرارين مشار اليهما لدى: د. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط٢، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٢، ص ٢٠٦.

يمكن الركون ليه الا في حالة اتفاق الأطراف صراحة على تحديد هذا القانون^(١٦)، أما في حالة عدم الاتفاق الصريح، فيتم تطبيق معيار بلد نشوء الالتزام بعد تطبيق قانون الموطن المشترك وهذا يتوافق مع نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي أو قانون محل تنفيذ الالتزام، أو ويكون ذلك إستنادا إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، التي يمكن الأخذ بها بموجب المادة (١/٣٠) من القانون المدني العراقي.

إن هذا الحل يؤيده الفقه المصري^(١٧) الذي أشار إلى تطبيق المادة (١٩) من القانون المدني المصري عند بحثه لهذه المسألة، وإن نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي يتطابق مع نص المادة (١٩) من القانون المدني المصري.

الفرع الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الموضوعية

إن التعامل بالأوراق المالية بعقود البيع والشراء (عقود الوسطاء الماليين) بوصفها تصرفات قانونية ارادية يجب أن تخضع لحكم القواعد العامة، التي تقضي بان كل التزام ناتج عن تصرف قانوني ينبغي لصحته أن يصدر من شخص متمتع بالأهلية اللازمة وصحيح الرضا وان يرد على محل ممكن ومشروع، وان يقوم عل سبب حقيقي مشروع، وتحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على هذه المسائل الخاصة بتكوين العقد والاثار الناجمة عنه سيكون على وفق ما يأتي:

أولاً: نطاق القانون الواجب التطبيق بالنسبة إلى تكوين عقد الوساطة المالية

إن البحث في نطاق القانون الواجب التطبيق على تكوين العقد يتطلب التعرض لعناصر هذا التكوين أو الانعقاد وما يثيره من أحكام نعرضها على وفق ما يأتي:

(١٦) من الجدير بالذكر انه توجد نظريتان بشأن تطبيق مبدأ قانون الارادة الاولى هي النظرية الموضوعية، وبموجبها يكون للأطراف حرية تحديد عناصر العقد مثل اختيار محل انعقاد العقد وتحديد مكان تنفيذه ومن ثم يكون للقاضي ان يتحقق من ان القانون الذي تم اختياره له علاقة بعناصر تركيز العقد، فاذا لم يعين المتعاقدان صراحة القانون الذي يحكم عقدهما فان على القاضي ان يستخلص ذلك من القرائن المستمدة من العقد؛ والنظرية الثانية هي النظرية الشخصية، وبمقتضاها يكون لطرفي العقد حق اختيار القانون الواجب التطبيق، وفي حالة عدم وجود اختيار صريح لهذا القانون فانه يجب البحث عن الارادة المفترضة للمتعاقدين بطريقة ثابتة، بمعنى انه يجب استبعاد كافة القرائن وبحث كل حالة على حدة، وعلى ذلك فان تحديد القانون الذي يحكم العقد يكون مقتصرًا على طرفيه، وليس للقاضي مراقبة الطرفين في مسلهم هذا؛ ينظر: د. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون مكان أو سنة نشر، ص ٧٦-٧٧.

(١٧) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٨٣١.

١. القانون الواجب التطبيق على ركن الرضا في عقد الوساطة المالية

لا يوجد العقد إلا باتفاق إرادتين أو التراضي بين طرفين على إحداث أثر قانوني معين، فرضا المتعاقدين أو الإرادة هو الركن الجوهرى والأساسى لإبرام العقد، أي هو نقطة ارتكاز تتجمع حولها باقي أركان العقد، فإن توافقت إرادتا الطرفين حدث التراضي بينهما^(١٨).

اذ يعد الرضا أساس التصرفات الإرادية فلا يوجد التصرف القانوني الا إذا كان الرضا موجودا وصحيحا، ووجود الرضا يقصد به التعبير عن الإرادة أي توافق الإيجاب الصادر من الطرف الأول مع قبول الطرف الثاني^(١٩).

"والإرادة كما هو معلوم شيء معنوي كامن في النفس البشرية لا يمكن الوقوف عليه أو تحديد معالم شكله إلا من خلال التعبير، ذلك المظهر المادي الذي يمكن من خلاله التعرف على ما اتجهت إليه الإرادة وفي اطار عقود الوسطاء الماليين يتخذ التعبير عن الإرادة مظهرا ماديا وهو التوقيع على العقد"^(٢٠).

ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إخضاع وجود الإرادة أو التراضي للقانون الذي يحكم العقد، وذلك لأن الأمر يتعلق بأخص المسائل التي تدخل في دائرة تطبيق هذا القانون، فضلا عن أن إخضاع وجود التراضي للقانون الذي يحكم العقد يؤدي إلى ضمان وحدة القانون الواجب التطبيق على مراحل العقد كافة، ولاسيما المرحلة الأولى من حياة العقد^(٢١)، وبهذا الحل أخذت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ م بشأن الالتزامات التعاقدية إذ قضت المادة (٨/١) منها بأن: "وجود وصحة العقد يخضعان للقانون الذي سوف يعقد له الاختصاص بتنظيم العقد وفقا لنصوص هذه الاتفاقية إذا كان إبرام العقد قد تم صحيحا".

أمّا صحة الرضا ويقصد بها أن يكون صادرا من شخص ذي أهلية وأن يكون غير مشوب بعيب من عيوب الرضا وهو الإكراه والغلط والغبن مع التغرير والاستغلال، ولسكوت النصوص في القوانين والاتفاقيات ذات العلاقة بموضوع البحث ذهب اتجاه في الفقه^(٢٢) إلى القول: "بإخضاع صحة الرضا بصفة عامة لقانون الإرادة، وهذا المبدأ يرجع إلى قاعدة عامة تقضي بان إرادة الأطراف تعد ضابطاً للإسناد في التصرفات القانونية الدولية الخاصة، ويقصد بالعقد الدولي العقد الذي يشوبه أكثر من عنصر أجنبي والذي

(١٨) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، دار الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦، ص ١١٢٣.

(١٩) الأستاذ عبد الباقي البكري، د. محمد علي البشير، د. زهير البشير، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢، ص ٢٧٨ - ٢٧٩.

(٢٠) د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، القانون التجاري - الاوراق التجارية، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٦، ص ٢٦

(٢١) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مصدر سابق، ص ١١٢٣.

(٢٢) د. رزق الله انطاكي، السفتجة أو سند السحب، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ١٩٦٥، ص ٢٦٧؛ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٨٣١.

تمتد آثاره إلى أكثر من دولة وقد أخذت معظم القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية بهذا الاتجاه^(٢٣) ويؤكد هذا الاتجاه بأن ميدان عمل الإرادة لا يتمثل في اختيار القانون الواجب التطبيق، بل في ميدان تركيز العقد في مكان معين، فالعقد لا يتحدد مقره بالنظر إليه بصفة مجردة كعقد وإنما يتحدد ذلك المقر بالنظر إلى الأحداث الخارجية مثل تبادل عبارات التراضي أو تحرير وثيقة تتضمن بنود العقد، ولما كانت هذه الأحداث تتم بإرادة الأفراد فإن مقر العقد يتحدد بالإرادة، وعندما يتحدد هذا المقر فإن القاضي يقوم بتطبيق القانون الواجب التطبيق بالنظر إلى ذلك المقر، ولكن لا يوجد ما يمنع من اختيار القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، لأن تطبيق هذا القانون لا يتم استناداً إلى هذه الإرادة مباشرة وإنما يستند إلى سلطان المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية فالإرادة تعد ضابطاً اسنادياً يرشد إلى هذا القانون^(٢٤).

ويرى مؤيدو هذا الاتجاه أن الأخذ بقانون الإرادة له مبرراته، ذلك أن الاتفاقيات المتعلقة بتنازع القوانين في عقود الوسطاء الماليين لم تحدد القانون الواجب التطبيق على الرضا بشكل صريح، وهذا يعني أنها تركت حكم هذا الموضوع خاضعاً للقواعد العامة والتي تقضي عادة بخضوع الشروط الموضوعية في التصرف القانوني لقانون الإرادة، فضلاً عن أن تطبيق هذا القانون يؤدي إلى خضوع العقد لإحكام قانون واحد، وهو قانون الإرادة وبذلك نتجنب تجزئة العقد ونضمن عدم إخضاع أحكامها لأكثر من قانون، فضلاً عن أن حرية أطراف العلاقة القانونية في إخضاع الالتزام الناتج عن عقد الوسطاء الماليين لقانون الإرادة تكون محصورة بين اختيارين أما القانون المتفق عليه من قبل أطراف العلاقة أو قانون الوفاء به، فضلاً عن أن أطراف العلاقة القانونية يقومون عادة باختيار أنسب القوانين ليكون واجب التطبيق على عقودهم، وأن تطبيق قانون الإرادة يعد حلاً وسطاً للتوفيق بين المصالح المتعارضة لأطراف العلاقة القانونية مما يساعد على تحقيق التوازن في تلك العلاقة^(٢٥).

وبالرغم من وجهة حجج المناصرين لمبدأ إخضاع الرضا وصحته في عقود الوسطاء الماليين لقانون الإرادة إلا أن اتجاهاً آخر في الفقه ينكر أي دور للإرادة في تحديد هذا القانون، ذلك أن قانون الإرادة بالمعنى المتعارف عليه كان صالحاً للتطبيق في وقت لم يهيمن فيه على مضمون العقود الدولية إلا في المبادلات الزراعية، فإن ذلك لم يعد ذلك متمشياً مع معطيات التجارة الدولية الحديثة لأن تطبيق هذه القاعدة

(٢٣) ان الاتفاقيات الدولية تضمنت هذا الحكم ومنها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥١ بشأن تعيين القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي، والاتفاقية الدولية للبيع الدولي للبضائع لعام (١٩٨٠) كما ان قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ تضمن في الباب الخامس منه في المواد (٢٩٤ - ٢٩٧) القواعد العامة في البيوع الدولية وبموجب نص المادة (٢٩٤) تم تعريف البيع الدولي بأنه: "بيع يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر"، كما ان المادة (٢٩٥) اجازت للطرفين أن يتفقا على احكام اخرى غير منصوص عليها في هذا الباب؛ ينظر: د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج١، جامعة العلوم التطبيقية، الأردن، ١٩٩٨، ص ١٦٤ - ١٦٥، كما إن المادة (٢٥ - ف ١) من القانون المدني العراقي نصت على حق الافراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

(٢٤) QUADRI: Cours de droit international Prive , Cours De , Doctorat Polycopies Faculte droit Du Cairo 1954 - 1955. P.48

نقلا عن د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٤٩.

(٢٥) LESCOT et ROBLOT: " traite de droit commercial " , Tome 2ed , 1999 . No. 1050. P. 560.

سيقود الى تطبيق قانون معين على تلك العقود^(٢٦)، فضلا عن ان التسليم بحق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يعد تدخلا في عمل المشرع، لأنه عبارة عن تحديد لنطاق سلطان القانون، وإذا كان الأمر كذلك فان القواعد الأمرة في القانون المختص تفرض نفسها، "والمفروض أن القانون هو الذي يحدد الأشخاص والاقوال والتصرفات التي يحكمها وليس الأشخاص هم الذين يحددون القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم^(٢٧)، إلا أنه يرد على هذه الحجة بان حرية الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق ليست مستمدة من مبدأ سلطان الإرادة، وإنما من قاعدة الإسناد التي أعطت للأفراد حق اختيار القانون الواجب التطبيق".

فضلا عن أن هذا الاتجاه يرى ان تطبيق هذه القاعدة قد يؤدي الى نتائج غير مقبولة وذلك اذا كان القانون المختار من قبل الطرفين يقضي ببطلان العقد^(٢٨)، ويرد الفقه على هذه الحجة بالقول بأن إرادة الافراد لا تقوم بتعيين القانون المختص وإنما تقوم بتركيز العقد في مكان معين، فإذا تم تركيز العقد على هذا النحو فان قانون ذلك المكان هو الذي يكون واجب التطبيق، ولذلك فلا غرابة ان يقضي القانون الواجب التطبيق ببطلان العقد في بعض الحالات فهذا البطلان ليس نتيجة لتطبيق قانون اختارته ارادة المتعاقدين وانما هو نتيجة لتطبيق القواعد الأمرة في قانون المكان الذي تركز فيه العقد.

فضلا عن أن الأخذ بالإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق بفتح المجال لتحكم القضاء في تحديد هذا القانون، ولهذا الامر خطورته على تداول الأوراق المالية لأن حامل الورقة لا يمكنه معرفة القانون الواجب التطبيق ومن ثم لا يتمكن من معرفة جوهر الإلتزامات المترتبة بذمته، لأن تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة سيقوم به القضاء، وقد يصل الامر بالقاضي الى إخضاع التصرف القانوني لقانون لم يخطر على بال المتعاقدين عند ابرامهم لذلك التصرف، وان إعطاء الأفراد حق اختيار القانون الواجب التطبيق يعني جواز أن يختاروا اكثر من قانون واحد ليكون واجب التطبيق على إبرام العقد وتحديد الآثار المترتبة عليه وتنفيذها، مما يؤدي الى تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون^(٢٩).

وبناء على ما تقدم فإن الرأي الغالب - وهو الراجح - يذهب إلى إخضاع عيوب الإرادة لقانون العقد، وذلك لأن الأمر يتصل بتأمين المعاملات والإبانة في التعاقد، وقواعد حماية الإرادة من العيوب هدفها قيام عقد صحيح^(٣٠). فضلا عن أنه لما كان وجود التراضي يخضع للقانون الذي يحكم العقد فإنه يكون من غير المعقول والمقبول فصل وجود التراضي عن صحته وإخضاع كل منهما لقانون، بل يتعين خضوعهما

^(٢٦) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ١١٢٤.

^(٢٧) BATTIFOL : Les conflits de lois en matiere de contracts, these, Paris,1938, P. 9

نقلا عن: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٤٩.

^(٢٨) SAVIGNY : Traite de droit romain. TII. P.273

نقلا عن د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٥١.

^(٢٩) ARMINJOIN: op. cit. No. 74. P.140.

^(٣٠) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، ص ١١٢٤؛ د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، مطابع الأهرام التجارية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٣٧٧.

لقانون واحد هو قانون العقد^(٣١).

ويتولى قانون العقد أيضا بيان كيفية التعبير عن الإرادة، فهو الذي يحدد ما إذا كان يلزم أن يكون التعبير صريحا أو ضمنياً، وهو المرجع في تحديد مدى القوة الملزمة للإيجاب، وأثر وفاة من وجه إليه الإيجاب أو فقدانه لأهليته في سقوط هذا الإيجاب، والميعاد الذي يصح فيه القبول. ويختص هذا القانون بتحديد متى يترتب على التعبير عن الإرادة أثره، وكيف يطابق القبول الإيجاب^(٣٢).

وبذلك يجب إخضاع الرضا في عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية لقانون محل إبرام العقد، لأنه يعد مكان التنفيذ أيضا وهو المكان الذي يوجد فيه الحق وتتولد عن ذلك المنازعات وتتخذ الاجراءات التحفظية بشأنه، كما أن هذا المكان يتميز بكونه مؤكداً وموحداً، مما يؤدي الى عدم تجزئة العقد في حالة تنازع القوانين^(٣٣).

٢. القانون الواجب التطبيق على ركن المحل في عقد الوساطة المالية

المحل هو الركن الثاني لوجود التصرف الارادي، إذ لا بد لكل تصرف (عقد أو ارادة منفردة) من محل يضاف إليه ويكون قابلاً لحكمه، وعقد الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية بوصفه تصرفاً إرادياً ينشأ عن إرادة وسيط البائع ووسيط المشتري لا بد له من محل يضاف إليه ويكون قابلاً لحكمه، وتطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني^(٣٤) والقواعد الخاصة بالأوراق المالية^(٣٥) إذ يشترط في محل العقد الذي هو الورقة المالية أن تكون محددة تحديداً نافياً للجهالة بان ترد على مبلغ من النقود معيناً تعييناً نافياً للجهالة، ويتم تعيين المحل ببيان الأوصاف المميزة له من الناحيتين الكمية والنوعية.

"فمن الناحية الكمية يجب أن يكون محل الورقة المالية مبلغاً من النقود معيناً من حيث المقدار، ولا يجوز ان يكون المبلغ غير محدد المقدار، ومن الناحية النوعية يجب ان يكون محل الورقة المالية مبلغاً معيناً من حيث الجنس وذلك بتسميتها والإشارة إلى جنسها ولهذا التحديد أهمية خاصة في نطاق الأوراق

(٣١) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٧١ وما بعدها؛ وتجدر الإشارة إلى الفقه الراجح يخضع الغبن لقانون العقد فهو تطبيق من تطبيقات النظرية العامة في الاستغلال ومن ثم عيباً من عيوب الإدارة؛ بل حتى لو نظر إلى الغبن في تطبيقاته التقليدية بصفة مستقلة عن نظرية الاستغلال، وباعتباره تعبير عن عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين، فإن هذا التكيف يؤدي بدوره إلى تطبيق قانون العقد؛ ينظر: د. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٣٢٩؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ١١٢٤.

(٣٢) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٦٩ وما بعدها؛ د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص ٥٨٩.

(175) LOUSSOUARN et BREDIN : op. cit. No. 453. P. 547 – 548

(٣٤) طبقاً للقواعد العامة يشترط في المحل ان يكون موجوداً أو ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وقابلاً للتعامل فيه؛ تنظر: المواد (١٢٦، ١٢٧، ١٢٨، ١٨٤) من القانون المدني العراقي.

(٣٥) تنظر: المواد (١٣٣، ١٣٧، ١٤٠) من قانون التجارة العراقي النافذ؛ والمواد (٤١٦، ٥٠٨، ٥١٣) من قانون التجارة العراقي المُلغى رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠.

المالية إذ إن عملة بلد الإصدار قد تختلف عن عملة بلد الوفاء فتتجم المشكلة حينما تختلف قيمة العملة بين الدول رغم وحدة التسمية لها، وعند اختلاف القيمة رغم وحدة التسمية فإن العبرة بعملة بلد الوفاء" (٣٦).

وتعزيزاً لمبدأ التعيين يجب ان يكون مبلغ الورقة المالية غير معلق على شرط ولا مقترن به ولا مضاف إلى أجل غير محدد، لأن تعليق الدفع على شرط يجعل وفاء مبلغ الورقة المالية عند الاستحقاق امراً صعباً ويعوق تداول هذه الورقة (٣٧).

ومن حيث شروط المحل الآخر فإنه لما كان محل العقد هو الورقة المالية، فهو ليس مستحيلاً ولا مخالفاً للنظام العام والآداب ولا ممنوع قانوناً، بل هو ممكن ومشروع في مختلف القوانين.

أمّا ما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على المحل فإن الفقه الغالب يذهب الى القول بأن المحل يخضع للقانون الواجب التطبيق على العقد، فهذا القانون هو الذي يبين شروط المحل كالتقابلية لتعامل والوجود والتعيين والإمكان (٣٨)، وذلك لأن المحل هو جوهر أو جل مضمون العقد، وإن فلت تنظيمه من قانون العقد فماذا يبقى له ليسري عليه (٣٩).

ولم تتعرض الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية التي تناولت تنظيم تنازع القوانين في الأوراق المالية لتحديد القانون الواجب التطبيق على المحل والسبب في ذلك يتمثل بأن المحل في الأوراق المالية يكون دائماً مبلغاً من النقود وهو جائز ومشروع في جميع التشريعات.

٣. القانون الواجب التطبيق على ركن السبب في عقد الوساطة المالية

السبب هو الركن الثالث في إنشاء التصرف الإرادي، إذ تقضي القواعد العامة بأن التصرف الإرادي سواء كان عقداً أم إرادة منفردة يكون باطلاً اذا كان الالتزام دون سبب أو لسبب ممنوع أو مخالف لنظام العام والآداب، ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك وإذا ذكر السبب فيعد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك (٤٠)، وقد ظهر اتجاهان في الفقه حول تحديد ركن السبب:

(٣٦) إذ نصت المادة (٢/٤٢٩) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه: "إذا عين مبلغ الكميالية بعملة تحمل تسمية مشتركة وتختلف قيمتها في بلد الإصدار عن قيمتها في بلد الوفاء افترض ان المقصود عملة الوفاء".

(٣٧) د. فائق الشماخ، أركان التصرفات الإرادية في إنشاء الورقة التجارية، بحث منشور، مجلة القانون المقارن، العدد (١٣) السنة التاسعة، ١٩٨١، ص ١٦٢.

(٣٨) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٧٢ - ٤٧٣؛ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٧١؛ إذ يشير الى موقف الفقه والقضاء الفرنسي، والذي يؤكد هذه القاعدة كما يبين ان هناك اتجاه آخر في الفقه يرى بأن مشروعية المحل هي مسألة امره لا يمكن اخضاعها لقانون العقد (قانون الإرادة)، ولكنه يرفض هذه الفكرة بالقول ان قانون الإرادة يتضمن قواعد امره لتنظيم موضوع مشروعية المحل وهذه القواعد لا يمكن للطرفين استبعادها؛ ينظر: د. حسن الهداوي، مصدر سابق، ص ٢٠٣ - ٢٠٤.

(٣٩) د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ١١٢٨.

(٤٠) تنظر: المادة (٣-٢-١/١٣٢) من القانون المدني العراقي؛ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ط ٢ دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٤٩٧.

فالالاتجاه الأول، يمثله أنصار النظرية التقليدية والسبب في نظرهم الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، أما الاتجاه الثاني، فيمثله أنصار النظرية الحديثة والذي يرون ان السبب هو الباعث الدافع على التعاقد الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من تعامله بالورقة^(٤١).

"وقد درج القضاء على تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني على السبب في الأوراق المالية، فهو يتطلب أن يكون السبب موجوداً، فضلاً عن أنه لا يشترط ان يذكر السبب في العقد ولكن إذا ذكر فيجب التحقق من مشروعيته^(٤٢)، وإذا ذكر السبب فلا يشترط أن يكون مطابقاً للحقيقة بل يكفي أن يكون موافقاً للقانون^(٤٣)، وان الأثر المترتب على انعدام السبب هو بطلان العقد^(٤٤)، فضلاً عن ان السبب يجب ان يكون مشروعاً أي غير ممنوع ولا مخالف للنظام العام والاداب وفقاً لاحكام المادة (٣/١٣٢) من القانون المدني العراقي، وعدم مشروعية السبب تؤدي إلى بطلان الورقة، إذ تفقد قوتها الصرفية (التداول) وان كانت باقية كمستندٍ خطي"^(٤٥).

واشترط وجود السبب ومشروعيته أمر مسلم به في مختلف القوانين، ففي القانون الفرنسي يفترض المشرع ان هناك سبباً مشروعاً للالتزام بالورقة المالية ولا تأثير لعدم ذكر هذا البيان على صحتها^(٤٦).

أمّا بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على السبب في عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية، فان الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى اخضاع سبب الالتزام لقانون العقد، ولهذا القانون يتم الرجوع لتحديد ما اذا كان السبب شرطاً لصحة الالتزام الصرفي أم إنه التزام مجرد عن السبب، ان اخضاع سبب العقد لهذا المبدأ يوجب الاخذ بقانون الإرادة الصريحة للمتعاقدين ان وجدت، مع ملاحظة القيد الخاص بالنظام العام إذ يجب استبعاد القانون الواجب التطبيق على العقد في جميع الأحوال التي يقرر فيها هذا القانون مشروعية السبب خلافاً للمبادئ العامة في قانون دولة القاضي^(٤٧).

فضلاً عن ان القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإرادة الصريحة هو قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام أو قانون محل تنفيذ الالتزام^(٤٨)، ان هذا الرأي يصطدم مع نص المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، فتطبيق قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام التعاقدية لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا تخلف شرط

(٤١) د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٤٢) قرار محكمة التمييز العراقية رقم (١٢٩٦) بتاريخ (١١/٥/١٩٦٨): "لا يشترط ذكر السبب في الكمبيالة ولكن اذا ذكر سبب الالتزام في الكمبيالة يقتضي التحقق من مشروعيته طبقاً لاحكام المادة (١٣٢) من القانون المدني؛ ينظر: حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الجزء الحادي عشر، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، ١٩٧٦-١٩٧٧، الصفحات (٧٨٣-٨٠٩٠-٨١٧).

(٤٣) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٦٢٦/ح/١٩٦٧؛ منشور في مجلة القضاء (العدد ٤)، السنة ١٩٦٩، ص ١٩٧.

(٤٤) قرار محكمة التمييز رقم ٦٢٩/ح/١٩٦٧ في ٢٤/٧/١٩٦٧: "ان الورقة التجارية لا يعتد بها اذا ثبت ان الالتزام يدفع مبلغها خال من السبب"؛ منشور في مجلة القضاء، العدد ١، السنة ١٩٦٩، ص ١٩٩.

(٤٥) د. فوزي محمد سامي، د. فائق الشماع، مصدر سابق، ص ٥٠.

(٤٦) LOUSSOUARN et BREDIN: op. cit. No.455.

(٤٧) BATIFFOL: op. cit. No. 407. P. 252.

نقلاً عن هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٦٧٣.

(٤٨) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٨٣٢.

الموطن المشترك للمتعاقدين، ولكن يمكن للقاضي أن يطبق هذا القانون كما يطبق قانون محل تنفيذ الالتزام، باعتبارهما من الحلول المقررة في المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص وبموجب نص المادة (١/٣٠) من القانون المدني العراقي .

وهكذا تبين أن بعض الفقه يرى إخضاع سبب العقد لقانون القاضي^(٤٩)، ولكن غالبية الفقهاء - وهو الرأي الراجح - يذهبون إلى إخضاع السبب من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد، مع مراعاة القيد الخاص بالنظام العام في دولة القاضي، إذ يتعين استبعاد أحكام القانون الواجب على العقد في جميع الأحوال التي يقرر فيها هذا القانون مشروعية السبب خلافاً للمبادئ العامة في قانون القاضي، فمن غير المتصور بدهاءة أن يقضى بصحة العقد في دولة القاضي إذا ما كان يقوم على سبب غير مشروع في قانونه، وكذلك قد يستبعد قانون العقد إذا كان قانون القاضي يستلزم وجود سبب للتعاقد، ولم يكن العقد قائماً على سبب^(٥٠).

ومن المتفق عليه في فقه القانون الدولي الخاص إن القانون الواجب التطبيق على عقود الوسطاء الماليين في سوق الأوراق المالية من الناحية الموضوعية هو الذي يحدد طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة أحد هذه الشروط، فإذا كان العقد معيباً بانعدام أو نقص اهلية الملتزم بها، فإن قانون جنسية الملتزم هو الذي يحدد الاثر المترتب على ذلك، وبالنسبة للشروط الأخرى مثل: المحل، والرضا، والسبب فإن القانون الذي يحكم العقد هو الذي يبين الاثر المترتب على انعدام الإرادة أو انتفاء السبب أو عدم مشروعيته^(٥١).

إن عدم مشروعيته السبب توجب البحث في مسألة على صلة وثيقة بها وهي اوراق المجاملة، والتي يمكن تعريفها: بأنها أوراق تتضمن جميع الشروط الشكلية اللازمة لصحتها يقصد بها الحصول على ائتمان وهمي دون ان توجد لدى الموقعين عليها نية الالتزام بدفع قيمتها مع انه قصد في حقيقة الامر من القيام بتحريضه مساعدة شخص آخر للحصول على الائتمان اللازم له لدعم حالة مالية مزعومة^(٥٢)، وتجمع كلمة الفقه والقضاء على بطلان هو النوع من الأوراق، لانتهاء ركن السبب فيها، ولكون سببها غير مشروع^(٥٣)، وهذا الرأي هو الراجح لأن الهدف منها هو إعطاء المستفيد من هذه السندات ائتمان وهمي.

وفي نطاق القانون الدولي الخاص فانه لما كان بطلان اوراق المجاملة هو لعدم وجود السبب فان القانون الواجب التطبيق على السبب هو الذي يحكم هذه الحالة، هو قانون الدولة التي كان من المفروض ان يقوم فيها الشخص المجامل بالوفاء بقيمة الورقة، لو كان التزامه حقيقياً وهذا الرأي هو الأرجح لأن هذه

(٤٩) محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، ط٢، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٣٢٥.

(٥٠) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين، ج٢، مصدر سابق، ص٤٧٤. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٣٣٠.

(٥١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص٨٣٣. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، مصدر سابق، ص٤٧٤.

(٥٢) د. رزق الله انطاكي، مصدر سابق، ص٩٨.

(٥٣) مصطفى رضوان، مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري، ج٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص٣٠٧-٣٠٨-٣٠٩.

الدولة هي المكان الذي تم فيه التجاوز على وظيفة الائتمان التي تقوم بها الورقة المالية^(٥٤).

ثانياً: نطاق القانون الواجب التطبيق بالنسبة إلى آثار عقد الوساطة المالية

تخضع آثار العقد بصفة عامة لقانون العقد أي للقانون الذي يحكم العقد، غير أن هذا التعميم يحتاج إلى شيء من التفصيل، وذلك على وفق ما يأتي:

١. القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الوساطة المالية بالنسبة إلى الأشخاص.

تخضع آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص للقانون الذي يحكم العقد، فهو الذي يتولى بيان الملتزمين بالعقد والمستفيدين منه سواء أكانوا من المتعاقدين أم من الغير^(٥٥)، ويرى الفقه الراجح خضوع أثر العقد بالنسبة للخلف العام للقانون الذي يحكم العقد مع مراعاة ما يدخل في نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الميراث، أي يتعين في هذه المسألة فضلاً عن تطبيق قانون العقد الرجوع إلى القانون الذي يحكم الميراث بشأن الحقوق التي يتلقاها الورثة عن المورث^(٥٦).

أما فيما يتعلق بأثر العقد بالنسبة للخلف الخاص فيرى غالبية الفقه إخضاع هذه المسألة للقانون الذي يحكم العقد، ويسري قانون العقد على أحكام التعهد على الغير والاشتراط لمصلحة الغير، وفضلاً عن ذلك يسري هذا القانون - وفقاً لرأي غالبية الفقه - على حق الدائنين في الطعن في العقد بالدعوى البوليصية، وعلى حقهم في رفع الدعوى غير المباشرة وعلى الحق في رفع الدعوى الصورية^(٥٧).

وهنا قد يُثار التساؤل بالنسبة إلى إضافة آثار تصرف الوسيط المالي (النائب) إلى العميل (الأصيل) مباشرة، ومدى نيابة النائب عن الأصيل، إذ الملاحظ في النيابة أن العقد المبرم بين النائب والغير تتصرف آثاره إلى الأصيل مباشرة، فهذا الأخير وإن لم يكن طرفاً في العقد إلا أن إرادته هي مصدر صفة النائب، كما أنها هي التي تحدد نطاق النيابة وحدودها، فأحكام النيابة تنطبق على العلاقة بين الأمر والوسيط. وبناء على ذلك ذهب غالبية الفقهاء إلى الاعتداد بإرادة الأصيل فيما يتعلق باختيار القانون الذي يحكم النيابة الاتفاقية، فالقانون الذي يتحدد وفقاً لإرادة الأصيل هو الذي يحكم انصراف آثار العقد إلى الأصيل ومدى سلطات النائب، ولا محل هنا للاعتداد بإرادتي النائب والغير وإن كانا هما المتعاقدان اللذان ينشأن العقد بإرادتهما.

ورغم ذلك فإن رأي جانب من الفقه وهو الراجح، ذهب إلى تطبيق قانون العقد الذي يبرمه الوسيط (النائب) مع الغير على المسائل السابقة، وذلك لأن النيابة تؤثر على صحة هذا العقد وأثاره، الأمر الذي

(٥٤) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، ج١، كلية شرطة دبي، ١٩٩٧، ص١٤٧.

(٥٥) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، مصدر سابق، ص٤٧٥.

(٥٦) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص٣٢٠.

(٥٧) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص٣٧٩؛ ويرى بعض الفقه الفرنسي أن دعوى الصورية والدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة تخضع جميعاً لقانون القاضي، لأنها ليست أثراً للعقد، بل هي ترتبط بتنظيم الضمان العام للدائنين لأنها وسائل تهديدية للتنفيذ الجبري وتحديد معنى حق الضمان العام؛ ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي أن الدعوى غير المباشرة تخضع للقانون الذي يحكم الدين المراد حمايته بها. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ص٤٧٤.

يقتضي وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وعلى علاقة النيابة^(٥٨).

٢. القانون الواجب التطبيق على آثار عقد الوساطة المالية بالنسبة إلى الموضوع.

يحكم قانون العقد آثاره من حيث الموضوع، فهذا القانون هو الذي يتولى تحديد موضوع التعاقد ومضمون الالتزامات التي يولدها العقد وأحكام هذه الالتزامات، وهذا الوضع يقتضي ضرورة تفسير العقد وفقا للقواعد السائدة في القانون الذي يحكم الرابطة التعاقدية، وذلك للتعرف على ما انصرفت إليه الإرادة^(٥٩)، ويرجع لقانون العقد فيما يتعلق بالقواعد المكملة لإرادة المتعاقدين، ولمدى القوة الملزمة للعقد^(٦٠)، وإذا ما تحددت الالتزامات المتولدة عن العقد، فإن أحكام هذه الالتزامات تخضع لقانون العقد.

فبالنسبة إلى آثار الالتزام، فإن قانون العقد يحكمها، فيبين هذا القانون الحالات التي يكون فيها التنفيذ عينياً والطريقة التي يجب ان يتم بها، وأهمية الأعدار، ومتى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره، وحكم الشرط الجزائي وأحكام التعويض القانوني أي الفوائد^(٦١)، ويحدد قانون العقد المسؤولية العقدية المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين من حيث عناصرها وأسباب دفعها، كما يحكم هذا القانون مدى صحة شروط عدم المسؤولية^(٦٢).

أما بالنسبة إلى أوصاف الالتزام، فيحكمها قانون العقد، فهذا القانون هو الذي يتكفل ببيان مدى صحة الشرط وأثر تحققه أو تخلفه، والأجل وآثاره وأسباب سقوطه، كما يحكم تعدد محل الالتزام سواء أكان الالتزام تخييراً أم بديلاً، وكذلك تعدد طرفي الالتزام سواء فيما يتعلق بالتضامن أو عدم القابلية للانقسام^(٦٣).

وبالنسبة إلى انتقال الالتزام، فهو الآخر يخضع لقانون العقد، فهذا القانون يسري على انتقال الالتزام عن طريق حوالة الحق، لضمان وحدة القانون المطبق، والحال عينه يطبق على اسباب انقضاء الالتزام، فهي الأخرى تخضع لقانون العقد، فضلا عن خضوع الإبراء لقانون العقد لمعرفة ما إذا كانت إرادة الدائن تكفي وحدها أم أنه يتعين الاتفاق على الإبراء، وكذلك الحال مع اتحاد الذمة، إذ إن قانون العقد يسري على الآثار التي تترتب على اتحاد الذمة، أما الإنابة في الوفاء، فهي عقد جديد بين الدائن والمدين، فإنها لذلك لا تخضع لقانون العقد الذي يسري على الالتزام الأصلي، بل تخضع لقانون العقد الجديد^(٦٤).

أما فيما يتعلق بالمقاصة، فإنه يتعين التفريق في شأنها بين ما إذا كانت اتفاقية أم قضائية أم قانونية، فالمقاصة الاتفاقية تعد عقداً جديداً مستقلاً، ومن ثم فإنها تخضع للقانون الخاص بهذا العقد، وذلك بغض النظر عن القانونين اللذين يحكمان الدينين اللذين تقع أو تتحقق بينهما المقاصة^(٦٥)، أما المقاصة القضائية

(٥٨) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٣٣٣؛ د. جمال مرسي، النيابة في التصرفات القانونية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٠، ص ٣٩٨ وما بعدها.

(٥٩) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ٣٢٠؛ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ٣٣٤.

(٦٠) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

(٦١) د. منصور مصطفى منصور، المصدر نفسه، ص ٣٢٠.

(٦٢) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص ٥٩٢.

(٦٣) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ٣٢١.

(٦٤) د. منصور مصطفى منصور، المصدر نفسه، ص ٣٢٢.

(٦٥) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٨١.

فإنها تخضع لقانون القاضي، وذلك لأن الأمر يتعلق بمدى سلطة القاضي في إجراء مقاصة لم تتوفر شروطها القانونية، أي لتعلق الأمر بسلطة المحكمة في سد النقص في الشروط اللازمة لوقوع المقاصة، وبالنسبة للمقاصة القانونية فإنه لا صعوبة في الأمر إذا كان الدينان خاضعين لقانون واحد، فإن المقاصة تخضع لهذا القانون، سواء في ذلك أكان الدينان تعاقديين أم كان أحدهما تعاقدياً والآخر غير تعاقدي. وبخصوص التقادم المسقط، فقد ثار الخلاف فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم التقادم المسقط، ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إخضاع التقادم المسقط لقانون العقد أيضاً، وتجدر الإشارة إلى أن أهلية التعاقد تخضع لقانون جنسية المتعاقد وقت إبرام العقد، أما عن بطلان العقد، فهو الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، وهو يدخل في مضمون الفكرة المسندة للالتزامات التعاقدية، ومن ثم يخضع للقانون الذي يحكم العقد، فهذا القانون هو الذي يحدد متى يعد العقد باطلاً ومتى يعد قابلاً للإبطال، كما يبين الشخص الذي يجوز له التمسك بالبطلان ومدى إمكانية إجازة العقد القابل للإبطال، وتقدم أو سقوط دعوى البطلان^(٦٦).

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشكلية

يتطلب إبرام التصرفات القانونية مراعاة الجوانب الشكلية التي يستلزمها القانون وسواء كانت الشكلية ركناً في التصرف أم أنها مجرد وسيلة للاثبات أو الإشهار وعقد الوساطة المالية كغيره من العقود يتطلب مراعاة جوانب شكلية عديدة، الأمر الذي يستلزم تحديد القانون الواجب التطبيق على الشكل لمعرفة مدى استيفاءه للشكلية التي نص عليها هذا القانون من عدمه والآثار التي تترتب على ذلك، وهو ما سنبينه على وفق ما يأتي:

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشكلية.
الفرع الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشكلية.

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشكلية

القاعدة العامة هي خضوع شكل عقود المعاملات المالية الخاصة الدولية لقانون محل الإبرام، هذه القاعدة مستقرة لدى الفقه والمحاكم في غالبية دول العالم كما أخذت بها العديد من التشريعات^(٦٧)، وتعد قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل الإبرام قاعدة قديمة أملتتها الاعتبارات العملية^(٦٨). ويرى الفقه السائد أن قاعدة خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد الإبرام تركز على اعتبارات عملية قوامها التيسير على المتعاملين، وذلك مراعاة لحاجة المعاملات الخاصة الدولية، ولا شك أن هذه

(٦٦) مصطفى ياسين الاصبحي، مصدر سابق، ص ٨١.

(٦٧) كالقانون المدني العراقي في المادة (٢٦) والقانون المدني المصري في المادة (٢٠)؛ وللمزيد ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٧٧؛ د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص ١١٥٢.

(٦٨) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٧٤.

الاعتبارات العملية تعد كافية لتبرير الأخذ بهذه القاعدة، فهي أساسها الذي تنهض عليه دون حاجة إلى البحث على أساس نظري^(٦٩)، ولما كانت قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام تؤسس على اعتبارات عملية قوامها التيسير على المتعاملين، فإن الفقه الغالب^(٧٠) - وهو الراجح - رتب على ذلك نتيجة منطقية مؤداها ضرورة التسليم بالصفة الاختيارية لهذه القاعدة، فمادام المقصود من اتباع الشكل المقرر في بلد الإبرام، هو التيسير على المتعاملين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر، فليس هناك ما يدعو إلى إجبارهم على اتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام إذا كان في استطاعتهم العلم بأحكام قانون آخر يرتبط بالتصرف المبرم بينهم ارتباطاً يبرر هذا المسلك، مثل: قانون جنسيتهم أو القانون الذي انصرفت إليه إرادتهم لحكم موضوع التصرف.

الفرع الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من الناحية الشكلية

يقصد بشكل التصرف الإطار الذي يتم فيه إفراغ الإرادة أي إظهارها إلى العالم الخارجي، أو القالب الذي يفرغ فيه ركن الرضا في العقد^(٧١)، ولتحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد الوساطة المالية من حيث الشكل، فانه لا بد من تحديد الأشكال التي تدرج تحت مفهوم شكل التصرف القانوني وتلك التي تخرج من نطاقه، وذلك على وفق ما يأتي:

أولاً: المسائل التي تدخل في نطاق مفهوم شكل التصرف القانوني.

هناك مجموعة من المسائل الشكلية تدرج تحت نطاق شكل التصرف القانوني وتدخل في تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق على الشكل، إذ قد يستلزم المشرع شكلاً معيناً كشرط لانعقاد التصرف^(٧٢)، مثل الرسمية أو الكتابة وهنا يثور السؤال عن القانون الذي تخضع له هذه الشكلية فيما إذا كان القانون الذي يحكم موضوع التصرف أم قانون محل إبرامه.

اختلف الفقهاء بشأن هذه المسألة، بناء على مدى لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف، وذلك

على رأيين:

إذ ذهب الاتجاه الأول في الفقه الفرنسي^(٧٣)، والمصري^(٧٤) إلى القول بأن ما يخضع لقاعدة (قانون

(٦٩) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، ص٤٨٧ وما بعدها؛ د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص٧٢ وما بعدها.

(٧٠) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٧٩؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص٣٩٢.

(٧١) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص٣٩٣.

(٧٢) لم يتردد الفقه في تأكيد أن موضوع التصرف القانوني وجوهه هو الإرادة، أما الشكل فهو إخراج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي؛ ينظر: د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٨٣.

(٧٣) نقلاً عن: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، مصدر سابق، ص٤٩٨؛ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص٣٨٤.

(٧٤) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الموجز في الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، دار الحقوق، القاهرة، ١٩٩٢، ص١٥٠؛ د. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٨، ص٥٠٠ وما بعدها.

المحل يحكم شكل التصرف) هو فقط الشكل الخارجي الذي تتجسم فيه الإرادة، أما مسألة لزوم الشكل أو عدم لزومه لانعقاد التصرف فهي مسألة موضوعية يرجع في شأنها إلى القانون الذي يحكم موضوع التصرف، فإذا أوجب هذا القانون شكلاً معيناً كركن لانعقاد التصرف يترتب على تخلفه بطلان التصرف، فإنه لا يجوز أن يفرغ التصرف إلا في الشكل الذي أوجبه القانون، فالشكلية في هذه الحالة ليست في الحقيقة مجرد مظهر خارجي للتصرف، وإنما هي شرط داخلي وجوهري، وذلك أن الغاية منه تبصرة المتعاقدين وتنبههم إلى خطر التصرف الذي هم مقدمون على مباشرته، أي حماية رضائهم، ولذلك فاستلزامها من عدمه لا يخضع لقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرامه.

وقد تبنت هذا الرأي المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري^(٧٥)، إذ جاء فيها: "ويراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني، فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من إذ الموضوع"، وهو ما أخذ به المشرع العراقي في المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: "تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها".

ومن ذلك يتضح أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف، وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية بالشكل الجوهري، تعد مسألة موضوعية تخضع للقانون الذي يحكم الموضوع، أما تنفيذ الشكل الذي يتطلبه قانون الموضوع وإجراءاته، وهو ما عبرت عنه المذكرة الإيضاحية بالشكل الخارجي، فهو فقط الذي يدخل في مفهوم فكرة الشكل^(٧٦).

وبناء على ذلك، يرجع إلى قانون الموضوع للبحث عما إذا كانت الرسمية مستلزمة لانعقاد التصرف، فإذا كانت مستلزمة فلا ينعقد التصرف بغيرها، ولو كان قانون بلد الإبرام لا يتطلبها، غير أنه يكفي لانعقاده اتباع الأوضاع التي تتطلبها الرسمية في بلد الإبرام^(٧٧)، وبذلك تنحصر فكرة الشكل في مفهوم ضيق، بينما تتسع فكرة الموضوع لتشمل ما أسمته المذكرة الإيضاحية بالشكل الجوهري، أي مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد^(٧٨)، وبهذا المفهوم الضيق لفكرة الشكل أخذت محكمة النقض المصرية إذ قررت في حكمها الصادر في ١٧ مايو لعام ١٩٧٣ م بأن: "القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصره الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي تعتبر ركناً في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التأميني، فتخضع للقانون الذي يحكم موضوع التصرف"^(٧٩).

بينما ذهب الاتجاه الثاني يمثل غالبية الفقه الفرنسي والمصري إلى وجوب إخضاع الشكل المطلوب لانعقاد التصرف لقانون محل الإبرام، إذ يتعين الرجوع إلى هذا القانون لمعرفة ما إذا كان الشكل لازماً

(٧٥) د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٩، ص ٦٠٤.

(٧٦) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٤٨ وما بعدها.

(٧٧) د. ماهر السداوي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن، ملتزم الطبع والنشر مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٩٩.

(٧٨) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٨٥.

(٧٩) مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، السنة ٢٤، الجزء الثاني، ص ٧٧٢.

لانعقاد التصرف من عدمه^(٨٠)، ويستند أصحاب هذا الرأي في تبرير ما يذهبون إليه، بان إخضاع الشكل اللازم لانعقاد العقد للقانون الذي يحكم موضوعه، وليس لقانون محل الإبرام - كما يذهب الرأي المخالف - يتنافى مع فكرة التيسير على المتعاملين ومع الاعتبارات العملية التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام، إذ القول بذلك يوجب على المتعاملين الرجوع إلى قانون غير قانون المكان الذي يتم فيه إبرام التصرف، وهو قانون يتعذر عليهم العلم بأحكامه، ومن ثم فإن اعتبارات التيسير تحتم الاكتفاء باتباع أحكام قانون الدولة التي أبرم فيها العقد حتى بالنسبة إلى الأشكال التي تعد ركناً لإبرام العقد وشرطاً لصحته دون التقيد بما يقضي به القانون الذي يحكم موضوع التصرف^(٨١).

فضلاً عن أن القول بتطبيق القانون الذي يحكم الموضوع على مسألة لزوم أو عدم لزوم الشكل لانعقاد التصرف قد يؤدي — فيما لو كان الشكل الذي يوجبه هذا القانون هو الرسمية — إلى استحالة إبرام التصرف في بعض الفروض، وذلك لأن الرسمية تتطلب في أغلب الأوقات تدخل موظف رسمي هو الكاتب العدل أو الموثق وهذا الموظف يخضع في قيامه بوظيفته لقانون دولته، ومن ثم فإنه إذا لم يجد المتعاقدون في بلد الإبرام موظفاً مختصاً يقوم بإفراغ تصرفهم في الشكل الرسمي المطلوب، ولو لم يكن في هذا الدولة قنصلية تابعة للدولة التي يتعين تطبيق قانونها على موضوع التصرف، فإنه يمتنع عليهم إبرام التصرف في الدولة التي يوجدون على إقليمها، ويرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة اتساع فكرة الشكل لتشمل مسألة لزومه أو عدم لزومه لانعقاد التصرف^(٨٢).

وبناء على ذلك، إذا كان القانون الذي يحكم الموضوع يستلزم الشكل الرسمي، بينما يكتفي قانون بلد الإبرام بالشكل العرفي، فإنه في هذه الحالة ينعقد التصرف صحيحاً إذا أفرغ في الشكل العرفي^(٨٣)، وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩ يونيو لعام ١٩٢٢ م "إذ قضت بصحة الهبة الحاصلة في كندا بين فرنسيين بالشكل المحلي العرفي، رغم أن المادة (٩٣١) من القانون المدني الفرنسي تستلزم الرسمية في الهبة"^(٨٤).

ويبدو الاتجاه الثاني هو الأولى بالاتباع في العقود المالية الخاصة ذات الطابع الدولي، لأنه الأكثر استجابة لمقتضيات التعامل الدولي التي تتطلب خضوع المتعاملين - سواء كانوا أطرافاً في العقد أم من الغير الذين يراد الاحتجاج بالعقد في مواجهتهم - لقواعد يسهل عليهم معرفتها ويتوقعون تطبيقها عليهم^(٨٥)، وبالنسبة للعقد المبرم بين الوسطاء الماليين العاملين في البورصة فإن الأمر يقتضي خضوع تلك العقود من

(٨٠) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ١٧٩ وما بعدها؛ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٨٥ وما بعدها؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٦؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مركز الأجانب وتنازع القوانين، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٥٧١.

(٨١) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٥.

(٨٢) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٨٦. د. ماهر السداوي، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٨٣) د. منصور مصطفى منصور، مذكرات فن القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٧، ص ١٨١؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٥ وما بعدها؛ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٨٦.

(٨٤) مصطفى ياسين الأصبحي، مصدر سابق، ص ٦٠٧.

(٨٥) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٦.

حيث الشكل لقانون الدولة التي توجد فيها السوق، وذلك لأن القوانين المنظمة لهذا السوق تكون أحكامها آمرة ومن ثم لا يجوز إبرام العقد بالمخالفة لها.

أما ما يتعلق بمسألة نوع الشكل وأوضاعه عند لزومه، فإن الفقه يجمع على أن هذه المسألة تندرج في مجال القانون الذي يحكم شكل التصرف، فيرجع لقانون محل الإبرام بالنسبة لتحديد الأوضاع الواجب مراعاتها في المحرر الرسمي، وتلك المتعلقة بالمحرر العرفي مثل: عدد النسخ المحررة، وضرورة ذكر بيانات معينة كاشتراط كتابة العقد بخط المتعاقدين من عدمه، وإمضائها أو الاكتفاء بالختم^(٨٦).

أما بخصوص الشكل اللازم لإثبات التصرف^(٨٧)، فيكاد يجمع الفقه في كل من فرنسا ومصر على أن مسألة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي لإثبات التصرف، وكذلك قوة الدليل في الإثبات، تخضعان للقانون الذي يحكم شكل التصرف، وذلك مراعاة للصلة الوثيقة بين شكل التصرف وبين إثباته، إذ غالباً ما يكون استلزام شكل معين للتصرف هو لتيسير إثباته^(٨٨)، ومقتضى هذا أنه إذا كان القانون الذي يحكم شكل التصرف لا يوجب الدليل الكتابي للإثبات بينما يوجب قانون الموضوع أو قانون القاضي، فإنه يتعين الاعتداد بقانون محل إبرام التصرف، أي يجوز إثبات التصرف بغير الدليل الكتابي، والمنطق السابق يؤدي إلى أنه إذا كان القانون الذي يحكم الشكل يستلزم إثبات التصرف بالدليل الكتابي في حين أن قانون القاضي لا يشترط دليلاً كتابياً لإثبات التصرف، فإنه يلزم الاعتداد بما يستلزمه القانون الذي يحكم شكل التصرف، أي يتعين إثبات التصرف بالدليل الكتابي، غير أن جانباً من الفقه الفرنسي والمصري يرون أنه ليس هناك ما يدعو في هذا الفرض إلى إلزام القاضي بالدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون الذي يحكم شكل التصرف ما دام أن قانون القاضي لا يتطلبه، أي يسمح بإثبات التصرف بغير هذا الدليل، ولا شك أن هذا الرأي الفقهي هو الذي يتفق مع الاعتبارات العملية التي ترمي إلى التيسير على من يبرمون التصرفات القانونية، وهو ما يتلاءم في الوقت نفسه مع الحكمة التي تهدف قاعدة إخضاع الشكل لقانون بلد الإبرام إلى تحقيقها ابتداءً^(٨٩)، هذا ويميل الفقه والقضاء الراجح في فرنسا إلى إخضاع ثبوت تاريخ المحرر للقانون الذي يحكم شكل التصرف، كما أنه يدخل في مجال تطبيق هذا القانون تحديد الطرق التي تتبع لإثبات كون المحرر ثابت التاريخ إذا لم يكن يحمل هو نفسه تاريخه الثابت^(٩٠).

(٨٦) د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، مصدر سابق، ص ١٥٢.

(٨٧) تنظر: المادة (١٢) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، التي تنص على أنه: "تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدماً للنصوص المعمول بها في الوقت الذي يعد فيه الدليل أو في الوقت الذي يستطاع أو ينبغي فيه اعداده؛ وكذلك المادة (١٣) من القانون نفسه والتي تنص على أنه: "ولا - يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة ان تطبق القانون العراقي اذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الاجنبي. ثانياً - يسري في شأن اجراءات الإثبات قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى".

(٨٨) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٠٧؛ د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ١٨١؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٦.

(٨٩) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ١٨٠. د. هشام على صادق، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص ٣٨٧.

(٩٠) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٠٨.

ثانياً: المسائل التي تخرج من نطاق مفهوم شكل التصرف القانوني.

من المعلوم أن هناك بعض الأشكال ترتبط بنظم قانونية معينة، ومن ثم تخضع للقواعد الخاصة بهذه النظم، لذلك سنعرض لأهم هذه الأشكال وذلك بهدف استبعادها من مجال أعمال قاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرف القانوني.

فالأشكال المكتملة للأهلية والتي تأخذ صورة الإجراءات التي يلزم اتخاذها لتمكين ناقص الأهلية أو من ينوب عنه من مباشرة تصرف قانوني معين، فهذا النوع من الأشكال يرتبط ارتباطاً كاملاً بموضوع التصرف الذي يراد القيام به أي يتعلق بعنصر في الإرادة وهو الأهلية، ومن ثم فإن كل إجراء من هذه الإجراءات يخضع للقانون الذي يحكم الفكرة المسندة التي يندرج فيها كل إجراء منها^(٩١).

أما الأشكال المتعلقة بالعلانية أو بالشهر، فهي الأوضاع التي يحددها القانون ويستلزم مراعاتها وذلك بهدف إعلام الغير بالتصرف أو الاحتجاج به في مواجهتهم^(٩٢)، وهذه الأشكال تخضع لقانون موقع المال إن تعلق الأمر بشهر الحقوق العينية لاتصالها حينئذ بمركز الأموال، كما تخضع لقانون الدولة التي يحتج فيها بالعقد في مواجهة الغير إن تعلق الأمر بنفاذ العقد في حق الغير، لأن نفاذ الحقوق في مواجهة الغير يدخل في فكرة تدابير الأمن المدني وهذه تخضع للقانون الإقليمي^(٩٣).

أما الأشكال الخاصة بإجراءات المرافعة والتي تشمل كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي، وبسير دعاوى أمام القضاء، فتخضع هذه الإجراءات لقانون القاضي الذي ينظر الدعوى.

المبحث الثاني**القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل (الموكل)**

لا ريب أن الوسطاء الماليين الذين يعملون في البورصات يؤدون دوراً لا يمكن تجاهل أهميته في العلاقات التجارية الدولية بالنظر إلى كونهم بمنزلة المعابر أو الجسور التي تربط بين التجار من ناحية، وعمالئهم من ناحية أخرى، وتبدو الحاجة ملحة للجوء إلى تلك المعابر في العصر الحالي فلم يعد يقتصر نشاط الوسيط على إقليم دولته، وإنما تعدى ذلك إلى النطاق الدولي لتؤكد حركة المد والجزر التجاري فيما وراء الحدود.

فضلاً عن أن الشركات والمشروعات التجارية أصبحت ملزمة بالتعامل مع الوسطاء الماليين في البورصات من أجل شراء وبيع الأوراق المالية، ولا شك أن انتشار الوسطاء الماليين في العلاقات التجارية الدولية يرجع سببه في عصرنا الحالي إلى سهولة المواصلات وتقدم تكنولوجيا الاتصالات الأمر الذي مكن كبرى الشركات العالمية من الاعتماد عليهم^(٩٤)، في التعامل مع البورصات في الدول الأجنبية، أو بعبارة

(٩١) د. فؤاد رياض وسامية راشد، مصدر سابق، ص ٣٩٣؛ د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص ١٧٦؛ د. فؤاد رياض وسامية راشد وعنايت عبد الحميد، تنازع القوانين من إذ المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢٥٤.

(٩٢) د. ماهر السداوي، مصدر سابق، ص ٩٦.

(٩٣) د. محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص ٥٩٥.

(٩٤) د. حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسطاء في التجارة الدولية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٥ وما بعدها.

أخرى فإن الوساطة أو الوكالة أو النيابة والتمثيل التجاري، أضحت من الأمور التي لا غنى عنها في العلاقات الخاصة الدولية، خصوصاً في ظل تزايد حركة السلع والمبادلات التجارية عبر الحدود. والغالب في تلك العلاقات أن يكون أحد أطرافها موجوداً في دولة تبعد كثيراً عن دولة إبرام العقد، واشتراط وجود ذلك الطرف بنفسه لإتمام العقد، يؤدي إلى تعطيل أعماله، وربما عزوفه عن إبرام العقد، ولذلك يكون من الأيسر والأوفق أن يجيز القانون لصاحب المصلحة في التعاقد أن يوكل، أو ينيب، شخصاً آخر في إبرام العقد^(٩٥).

ويجمع الفقه على تكييف العقد الناشئ بين مصدر الأمر بالبيع أو الشراء للأوراق المالية في سوق الأوراق المالية والوسيط بعقد الوساطة، وعقد الوساطة هو عقد يلتزم بمقتضاه الوسيط أن يعقد باسمه الخاص ولكن لحساب مفوضه بياعاً وشراءً أو غيرهما من العمليات التجارية ويكون ذلك مقابل أجر^(٩٦).

واتصاف تلك العلاقات أو العقود بالطابع الدولي، يثير مشكلة تنازع القوانين الواجبة التطبيق عليها، أي القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الوسيط (الوكيل) والعميل (الموكل)، وهو ما سنبينه على وفق ما يأتي:

المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل.
المطلب الثاني: نطاق القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل.

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل

لما كانت الوساطة عقداً بين طرفين هما الوسيط (الوكيل)، ومصدر الأمر بالشراء أو البيع للأوراق المالية في البورصة هو (الموكل)، فإن الوساطة تخضع للقاعدة العامة المتعلقة بتنازع القوانين في العقود، فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يختاره صراحة المتعاقدان، أو تدل عليه ظروف الحال وفقاً لما نصت عليه المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي، وقد أخذت بذلك اتفاقية لاهاي الموقعة في ١٤ مارس لعام ١٩٧٨ م بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوسطاء والنيابة والتمثيل التجاري في المادة الخامسة التي نصت على أن: "القانون الداخلي المختار من جانب الأطراف هو الذي يحكم علاقة التمثيل بين الأصيل و الوسيط"، على أن اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق يجب أن يكون صريحاً أو ناتجاً

^(٩٥) د. احمد عبد الكريم سلامه، علم قاعد التنازع، مصدر سابق، ١١٤٣.

^(٩٦) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٣؛ وعرف جانب من الفقه السمسة بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى السمسار قبل شخص آخر يسمى مصدر الأمر أو مفوض السمسار بإيجاد متعاقد لإبرام صفقة معينة مقابل أجر"؛ د. سميحة القليوبي، عقود الوكالات التجارية والسمسة والرهن التجاري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٠، ص ٤٨٩.

عن تأكيد معقول من نصوص العقد والظروف الملازمة^(٩٧). وعند انتفاء أو تخلف الإرادة الصريحة والضمنية^(٩٨)، فإن الحلول تنوعت في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى عدة اتجاهات، فالأول يذهب إلى خضوع علاقة الوسيط (الوكيل) بالزبون (الموكل) لقانون الدولة التي تم فيها التوكيل، وهو عادة قانون موطن الموكل أو محل التاجر الذي أمضى التوكيل، وذلك لأن التوكيل الذي أعطاه نشأ في هذا الموطن، ويستمد وجوده من قانونه^(٩٩)، أما الاتجاه الثاني، فيذهب إلى إخضاع العقد المبرم بين الوسيط والزبون لقانون محل الإبرام^(١٠٠)، إلا أنه ويعاب على هذا الاتجاه أن الوسيط سيجد نشاطه خاضعا لجملة قوانين بحسب البلدان التي يتم فيها إبرام العقد، وهذا يؤدي إلى التعارض مع النظام المهني للوسطاء الذي يحد من حريتهم العقدية، إذ إن هذا النظام يؤثر تأثيراً شديداً على علاقاتهم مع عملائهم^(١٠١).

أما الاتجاه الثالث، فيخضع العلاقة أو العقد المبرم بين العميل (الموكل) أي الأصيل، والوسيط أي الوكيل، للقانون الذي يحكم العقد الأصلي الذي يعقده الوسيط مع الغير، أي مع الوسيط الآخر، وعادة ما يكون قانون محل تنفيذ ذلك العقد، وقانون محل الإقامة العادية للوسيط (الوكيل) في ذات الوقت، على أساس أن الوسيط - الوكيل أو النائب - هو صاحب الأداء المميز، فدوره إيجابي، ولا قيمة للوساطة - الوكالة - بدون تدخله، فضلا عن أن عقد الوسيط (الوكيل) مع الزبون (الموكل) ينحصر دوره في الإعداد للعمل، أو التصرف الذي سيقوم بأدائه^(١٠٢)، ويبدو لنا بان هذا الاتجاه هو الراجح، وذلك لضمان وحدة القانون الذي يطبق على العقد.

المطلب الثاني

نطاق القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط المالي بالعميل

يخرج من نطاق القانون الواجب التطبيق على علاقة الوسيط بالعميل (الموكل) كل ما تعلق بالشروط

^(٩٧) وتتمتع الاتفاقية بمدى انطباق عالمي وهذا ما أكدت عليه المادة الرابعة منها التي قررت بأن: "القانون الذي تعينه الاتفاقية ينطبق حتى ولو كان قانون دولة غير متعاقدة"، ويفضل هذا النص يمكن القول بان الاتفاقية، في المجال المخصص لها تحل محل القانون الدولي الخاص في الدول المتعاقدة، أي أنها تعد بمثابة قانون موحد للقانون الدولي الخاص، وحددت المادة الأولى من الاتفاقية نطاق القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الخاص والتي تتكون عندما يتصرف شخص الوسيط مع الغير لحساب شخص آخر (الأصيل)، ووفقاً لتلك الصياغة يمكن القول بأن نطاق تطبيق الاتفاقية بحيث أنها تضم معظم عقود الوسطاء، فضلا عن أنها تنطبق عندما يتصرف الوسيط باسمه الخاص أو باسم الأصيل أو الموكل وسواء كان نشاطه احترافياً أو عرضياً، وسواء كان التمثيل قانونياً أو مجرد تمثيل اقتصادي، ولا شك أن اتساع نطاق تطبيق الاتفاقية أمر يلبي مقتضيات التجارة الدولية بالنظر إلى تعاضد دور الوكلاء والممثلين التجاريين في العصر الحالي؛ د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٩٨ وما بعدها.

^(٩٨) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المركز العربي للطباعة، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ - ٢٠٠١، ص ٢٠٤؛ د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٧٣.

^(٩٩) د. محمد عبد المنعم رياض، مصدر سابق، ص ٤٦٨.

^(١٠٠) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٣.

^(١٠١) Niboyet, Traite de droit international prive Francais, sirey t. 5, 1948, n. 1398.

^(١٠٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، مصدر سابق، ص 1108؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

الشكلية للعقد المبرم بينهما، إذ تخضع تلك الشروط وفقاً لما استقر عليه الاتجاه الغالب فقها وقضاء وتشريعاً، كمبدأ عام لقانون محل الإبرام^(١٠٣)، وفي المقابل فإن القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الوسيط والعميل يحكم كل ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية مثل التراضي، والمحل، والسبب^(١٠٤)، ويستثنى من ذلك أهلية الأطراف والتي تخضع للقانون الشخصي لكل منهما^(١٠٥)، كما يحكم قانون العقد الآثار المترتبة عليه، أي الالتزامات التي تنقل كاهل طرفي العقد الوسيط والعميل مصدر الأمر بالبيع أو الشراء للأوراق المالية (الموكل)^(١٠٦)، فيحدد مدى واجب الإعلام، مهل تنفيذ الأوامر، مهل تسليم الصكوك، الرجوع عن الأوامر، فضلاً عن أنه يحكم ما إذا كان يحق للوسيط تنفيذ الأمر المصدر إليه في بورصة أجنبية، ويتولى هذا القانون تفسير الأوامر الصادرة للوسيط^(١٠٧).

ويحكم قانون العقد المبرم بين الوسيط (الوكيل) والعميل (الموكل) التزام الأول بتقديم حساب من حيث تقديم المبالغ التي تصرف فيها الوسيط والمبالغ الباقية رصيد حساب والفوائد المستحقة للمبالغ التي تسلمها، كما يحكم ذلك القانون التزام العميل (الموكل) بقبول القروض، ويحدد مسؤولية الوسيط تجاه العميل في حالة عدم تنفيذ العقد، وكذلك التزام الوسيط بعدم المنافسة ونتائج مخالفته^(١٠٨)، أي أن قانون العقد يسري على المسؤولية العقدية^(١٠٩).

فضلاً عن أنه قانون العقد يحكم كل ما يتعلق بأجر أو مكافأة الوسيط إذ يتعين الرجوع إليه لتحديد متى يستحق الوسيط المكافأة أو الأجر أو العمولة ومتى لا يستحقها^(١١٠)، ويطبق هذا القانون على حق الوسيط بالرجوع على العميل في حالة نكوله^(١١١)، فضلاً عن أنه يحكم مسألة التعويضات التي يطالب بها الوسيط عند فسخ العقد واسباب وشروط الفسخ^(١١٢).

^(١٠٣) للمزيد من التفصيل؛ ينظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ص ١٨ وما بعدها.

^(١٠٤) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص ١٦.

^(١٠٥) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٨٧.

^(١٠٦) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مصدر سابق ص ١٦ وما بعدها؛ د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق صفحة ٨٧.

^(١٠٧) Rippert et Roblot, traite de droit commercial, T.H, par Delebeque et Germain, L.D.G.J., 14 ed. 1994, n. 1827.

محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٥.

^(١٠٨) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٨٧.

^(١٠٩) وتخضع المسؤولية التقصيرية لقانون محل وقوع الفعل الضار، الذي هو قانون السوق؛ محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٥.

^(١١٠) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٨٨.

^(١١١) محمد يوسف ياسين، مصدر سابق، ص ١٤٥.

^(١١٢) د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٨٩؛ وقد حددت المادة الثامنة من اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨ سألقة الذكر بأن القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بين الوسيط والزيون يحكم مسألة تكوين العقد، وصحة علاقة التمثيل بين الوسيط و الوكيل، والتزامات الأطراف وشروط تنفيذ العقد، ونتائج عدم التنفيذ وانقضاء تلك الالتزامات ويحكم

وإذا حدث ن تم التنازل أو تحويل العقد من جانب الوسيط إلى وسيط ثان برضاء العميل (الأصيل)، في تلك الحالة يتعين قبول مبدأ وحدة القانون بالنسبة للعقود التي تربط بين الطرفين، ومن ثم إخضاع الحوالة أو التنازل أو العقد، بعد استبدال الوسيط، للقانون نفسه الذي كان من الواجب تطبيقه على العقد قبل الاستبدال^(١١٣).

الخاتمة

بعد أن أنهينا البحث في موضوع القانون الواجب التطبيق على الوساطة في سوق الأوراق المالية – دراسة مقارنة، كان لا بد لنا من ان نبين في الخاتمة أهم ما توصلنا اليه من النتائج وما ندعو إليه من التوصيات، وذلك على وفق ما يأتي:

أولاً: النتائج

١. إن عمليات تداول الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية، تتم عن طريق شركات الوساطة او السمسرة المرخص لها، والتي تقوم بتنفيذ أوامر عملائها والتي تتعدد صورها حسب رغبة المستثمرين.
٢. إن عمليات التداول في سوق الأوراق المالية تتم وفق قواعد وإجراءات محددة ومرسومة اما بالطرق التقليدية أو بالطرق الحديثة.
٣. إن نقطة البدء في عمليات التداول في سوق الأوراق المالية هي صدور أمر من المستثمر إلى الوسيط الذي يختاره، يعلمه برغبته في إجراء عملية من عمليات سوق الأوراق المالية سواء أكان امر بالبيع أم بالشراء.
٤. لا يمكن للمستثمر إصدار أوامره بالبيع والشراء في سوق الأوراق المالية مباشرة بل يتعين عليه اختيار وسيط مالي يصدر أوامره بالبيع والشراء من خلاله، فإذا كانت عمليات التداول في سوق الأوراق المالية تتجسد في حقيقتها بعقد بيع أو شراء للأوراق المالية، فإن هذا العقد لا ينعقد بين البائع والمشتري مباشرة، إنما عن طريق تدخل وسيط مرخص له بالتعامل في سوق الأوراق المالية، وإلا وقع هذا العقد باطلاً.
٥. تعتمد سوق الأوراق المالية في قيامها بوظائفها على أعضائها الذين يعدون الأداة لتنفيذ التعليمات والعمليات التي تحدث فيها على أساس انهم حلقة الوصل بينها وبين الأفراد، وتنص قوانين سوق الأوراق المالية على اقتصار التعامل فيها على الأشخاص المحترفين والمؤهلين كالوسطاء الماليين والمندوبين الرئيسيين، وذلك لحماية المستثمرين من تلاعب المضاربين المحترفين خاصة، وذلك نتيجة لتفاوت المستثمرين في الخبرة والدراية الكافية.
٦. إن تداول الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية يتم من خلال علاقيتين قانونيتين، الأولى: علاقة المستثمر (الأمر) بالوسيط المالي؛ والثانية: علاقة وسيط المالي بوسيط المستثمر (الأمر) الاخر، وهذه العلاقة قد تكون اجنبية في أحد عناصرها.

كذلك سلطات الوسيط من إذ وجودها، ومداهها، وتعديلاتها، وانتهائها، ونتائج تجاوز تلك السلطات، أو المغالاة في استعمالها، ويحكم أيضا سلطات الوسيط في التفويض في كل أو بعض اختصاصاته وفي تعيين وسيط إضافي، وسلطة الوسيط في إبرام عقد لحساب الأصيل في حالة ما إذا كان ثمة تبعه لتنازع المصالح بينهما، ويسري ذلك القانون ايضا على شرط عدم المنافسة وشرط الضمان، والتعويض عن فقدان العميل.

^(١١٣) للمزيد من التفصيل؛ ينظر: د. حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ٩٠ وما بعدها.

٧. إن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تربط الوسيط الماليين فيما بينهم من الناحية الموضوعية، هو قانون محل وجود السوق الذي تمت فيه عملية التداول، بوصف القواعد القانونية التي تحكم علاقة الوسيط بعضهم ببعض من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروي.
٨. إن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تربط الوسيط الماليين فيما بينهم من الناحية الشكلية، هو قانون محل إبرام التصرف وهو قانون محل وجود السوق، ضمنا لوحة القانون التي يطبق على العلاقة.
٩. إن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تربط المستثمر (الامر) بالوسيط المالي من الناحية الموضوعية، هو القانون نفسه الذي يحكم العلاقة بين الوسيط الماليين، أي الذي يحكم العقد الأصلي، بوصف ان الوسيط المالي هو صاحب الأداء المميز، فيكون قانون محل وجود السوق هو الذي يحكم هذه العلاقة.
١٠. إن القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تربط المستثمرين بالوسيط الماليين من الناحية الشكلية، هو قانون محل إبرام التصرف وهو قانون محل وجود السوق، ضمنا لوحة القانون التي يطبق على العلاقة.

ثانيا: التوصيات

١. أن يكون القانون الواجب التطبيق على الأوراق المالية هو قانون موقعها وقت تحقق السبب الناقل للحق والدين الثابت فيها أسوة بالمنقولات المادية، أي أن قانون موقعها يطبق على عمليات تداول الأسهم والسندات في سوق الأوراق المالية، أما الجانب التعاقدية فهو يخضع لقانون الإرادة وفقا للمبادئ العامة (أي القانون الذي حددته إرادة أطراف العلاقة التعاقدية ان كان هناك اتفاق على تحديده)، اما ان لم يكن هناك اتفاق على تحديده فيطبق قانون محل وجود السوق التي تمت فيه عمليات التداول.
٢. أما العمليات التي تتعلق بالأوراق المالية، فنقترح خضوعها لقانون البلد الذي يوجد فيه مركز إدارة الجهة التي أصدرت هذه الأوراق، اما العلاقة التعاقدية التي تجري بشأنها فتخضع لقانون الإرادة أما إذا لم يكن هناك اتفاق على تحديده فيطبق قانون محل وجود السوق التي تمت فيه عمليات التداول.
٣. عدم سريان قانون الإرادة إلا على الالتزامات المتبادلة بين المتعاقدين، إذ تنطبق القواعد الخاصة بأجراءات التداول في البورصة في جميع الأحوال بوصفها من القواعد العامة المتعلقة بالنظام العام.
٤. النص بصورة صريحة على بطلان التداول الحاصل على الأوراق المالية المقيدة في السوق، دون الاستعانة بوسيط مالي، وذلك بحصر جميع التعاملات الحاصلة على الأوراق المالية المقيدة في البورصة بالوسيط الماليين، وأي تعامل على هذه الأوراق دون الاستعانة بوسيط يترتب عليه بطلان التعامل.
٥. عدم ترك مسألة تنظيم عمل الوسيط المالي عندما سمح أن يكون طرفا في الصفقة، للتعليمات التنظيمية، بل يجب أن يتم تنظيمها من قبل المشرع مباشرة في القانون، وذلك لخطورة المسألة النابعة من تعارض المصالح بين مصلحة الوسيط والمستثمر.
٦. النص صراحة على عدم إمكانية رفض تنفيذ أوامر المستثمرين من قبل الوسيط ما لم يكن هنالك سبب قانوني يبرر هذا الرفض.

المصادر

أولاً: الكتب القانونية

١. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.
٢. علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، دار الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦.
٣. قانون العقد الدولي، المركز العربي للطباعة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١-٢٠٠٠.
٤. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الموجز في الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، دار الحقوق، القاهرة، ١٩٩٢.
٥. جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٨.
٦. جمال مرسي، النيابة في التصرفات القانونية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٠.
٧. حسام الدين فتحي ناصف، عقود الوسطاء في التجارة الدولية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٨. حسن الفكهاني، موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية، ج ١١، الدار العالمية للموسوعات، القاهرة، ١٩٧٧-١٩٧٦.
٩. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط٢، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٢.
١٠. رزق الله انطاكي، السفتجة أو سند السحب، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ١٩٦٥.
١١. سميحة القليوبي، عقود الوكالات التجارية والسمسرة والرهن التجاري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٠.
١٢. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون مكان أو سنة نشر.
١٣. طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، ط١، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠١.
١٤. عبد الباقي البكري، محمد علي البشير، زهير البشير، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٨٢.
١٥. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام) ط ٢ دار النهضة العربية، ١٩٦٤.
١٦. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج ٢، ط ٩، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦.
١٧. عطية فياض، سوق الأوراق المالية في ميزان الفقه الإسلامي، ط ١، دار النشر للجامعات، مصر، ١٩٩٨.
١٨. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، ج ١، كلية شرطة دبي، ١٩٩٧.
١٩. فؤاد رياض وسامية راشد وعنايت عبد الحميد، تنازع القوانين من إذ المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
٢٠. فؤاد رياض وسامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، مطابع الأهرام التجارية، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
٢١. فوزي محمد سامي، فائق الشماع، القانون التجاري - الاوراق التجارية، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٦.
٢٢. ماهر السداوي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن، ملتزم الطبع والنشر مكتبة سعيد رأفت، القاهرة، بدون سنة نشر.
٢٣. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار الاتحاد العربي للطباعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

٢٤. محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، ط٢، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، بدون سنة نشر.
٢٥. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، مؤسسة الثقافة الجديدة، الإسكندرية، ١٩٩٢.
٢٦. محمد يوسف ياسين، البورصة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
٢٧. محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط٢، الناشر دار النهضة العربية في القاهرة، عام ٢٠٠٢.
٢٨. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج١، جامعة العلوم التطبيقية، الأردن، ١٩٩٨.
٢٩. منصور مصطفى منصور، مذكرات فن القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المعارف، القاهرة، ١٩٥٧.
٣٠. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الفنية للطبعة والنشر بالإسكندرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.
٣١. =====، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٨.
٣٢. =====، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.

ثانيا: الاطاريح

١. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص اليمني والمصري - دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٩.

ثالثا: البحوث

١. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، تصدر عن الجمعية المصرية للاقتصاد الساسي، العدد (٢٤٥)، لعام (٦٢)، ١٩٧١.
٢. فائق الشماع، اركان التصرفات الارادية في انشاء الورقة التجارية، بحث منشور، مجلة القانون المقارن، العدد (١٣) السنة التاسعة، ١٩٨١.

رابعا: القوانين

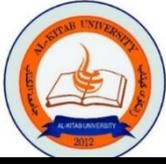
١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١.
٢. قانون التجارة العراقي المُلغى رقم (١٤٩) لعام ١٩٧٠.
٣. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لعام ١٩٨٤.
٤. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨.
٥. قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

خامسا: الاتفاقيات الدولية

١. اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن الالتزامات التعاقدية.
٢. اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠.
٣. اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥١ بشأن تعيين القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي.
٤. اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ حول القانون المطبق على بيع المنقولات.
٥. اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٧٨ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوطاء والنيابة والتمثيل التجاري.

سادسا: المصادر الأجنبية

1. Niboyet, Traite de droit international prive Francais, sirey t. 5,1948.
2. Rippert et Roblot, traite de droit commercial, T.H, par Delebeque et Germain, L.D.G.J., 14 ed. 1994.
3. LESCOT et ROBLOT: " traite de droit commercial " , Tome 2ed , 1999.

**The legal system for legitimate excuse in personal rights****(A comparative study)****Mohammed Abbas Jalal****Dr. Raeda Mohammed Mahmoud**

Assist. Lecturer

Assist. Prof

College of Law- University of Mosul- Mosul- Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 5 Dec., 2023

Accepted: 2 Jan., 2023

Available online: 31 Dec., 2023

PP. 439-458© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>**Corresponding author:**AssistantLecturer:Mohammed
Abbas JalaDr:Raeda Mohammed Mahmoud
University of Al Mosul- Mosul
Iraqwww.mahamadajalal.com@gmail.com**Abstract**

The legal system for the legitimate excuse in personal rights related to the special circumstances of people is one of the important topics that plays a role in changing the legal status of its owners, in order to mitigate the effects of applying legal texts, reduce or modify the responsibilities resulting from it, or exempt it from them when its conditions are met. The Iraqi legislator has taken In civil law, there are legitimate personal excuses related to the special circumstances of the person with the excuse, scattered in personal rights and with various names. Perhaps the most important applications of this system in civil law are the acceptable excuse in the agency contract, and the legitimate excuse in the deposit contract, which work to relieve the burden and embarrassment on their owners whenever they arise. The conditions for applying either of them are met, depending on the circumstances and conditions of those who have an excuse for it.

At the end of the research, we concluded with a conclusion that included a number of results and recommendations

Keywords: - *legitimate excuse, personal circumstances, excuser, personal rights.*



النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية (دراسة مقارنة)



الدكتورة رائدة محمد محمود

استاذ مساعد

كلية الحقوق - جامعة الموصل - الموصل - العراق

محمد عباس جلال

مدرس مساعد

المستخلص

ان النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية المرتبط بالظروف الخاصة للأشخاص يعد من المواضيع المهمة الذي يؤدي دوراً في تغيير الحالة القانونية لأصحابها، ليلقى ضلاله في تخفيف اثار تطبيق النصوص القانونية او تخفيف او تعديل المسؤولية المترتبة عليه او اعفاء منها عند تحقق شروطه، ولقد اخذ المشرع العراقي في القانون المدني بالاعذار المشروعة الشخصية المتعلقة بالظروف الخاصة بصاحب العذر بصورة متناثرة في الحقوق الشخصية وبتسميات متنوعة، ولعل من اهم تطبيقات القانون المدني لهذا النظام هما العذر المقبول في عقد الوكالة، والعذر المشروع في عقد الوديعة، واللذان يعملان على رفع الارهاق والحرص على اصحابها متى ما تحققت شروط تطبيق اي منهما، وذلك بحسب ظروف واحوال اصحاب العذر فيها.

الكلمات المفتاحية: - العذر المشروع، الظروف الشخصية، صاحب العذر، الحقوق الشخصية.

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية
KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/١٢/٥

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٤/١/٢

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution)

(CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام،

والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع

للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس

العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس: الدكتورة رائدة محمد محمود

م.م محمد عباس جلال

(٢٠٢٣)

"النظام القانوني للعدر المشروع في

الحقوق الشخصية"

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

الحمد لله الذي شرع لنا من الدين اكمله، وبعث اليينا من الرسل افضلهم وخاتمهم، وأنزل علينا من الكتب أحسنها وأبينها، والصلاة والسلام على خير خلق الله محمد (صلى الله عليه وسلم)، اما بعد فسأقسم هذه المقدمة على الفقرات الآتية:

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث

ان الزام احد اطراف الالتزام او كلاهما بتنفيذ واجباتهم منوط ببقاء الظروف كما كانت وقت نشوء الالتزام، ذلك ان تحقق العذر المشروع بان يتعرض احد اطراف الالتزام او كلاهما الى ظروف خاصة تثقله عن اداء التزامه او المطالبة بحقه، يؤدي الى الاخلال باستقرار المعاملات المالية، ومن ثم فان اعمال احكام النظام القانوني للعذر المشروع من شأنه ان يعمل على تحقيق الاستقرار والعدالة، وذلك من خلال معالجة الاختلال الحاصل في توازن المعاملات المالية، والمحافظة على حقوق والتزامات الاطراف من الاستغلال الناجم عن فقدان التوازن بينهما لاسعاف صاحب العذر عند تطبيق احكامها.

وفي الوقت الذي حثت فيه القواعد القانونية الواردة في قانوننا المدني بحماية كل ذي عذر مشروع من خلال وسائل متعددة ومتنوعة، فجعلت الاعذار المشروعة الخاصة دوراً كبيراً في تغيير التكييف القانوني وبما يتلائم مع ظروف صاحب العذر ليلقى ضلاله في تخفيف اثار تطبيق النصوص القانونية او تعديله او تخفيف المسؤوليات المترتبة عليه عند تحققها او حتى اعفائه، وعلى ذلك عالج القانون المدني العراقي الاعذار المشروعة الشخصية المتعلقة بالظروف الخاصة بصاحب العذر بصورة متناثرة في الحقوق الشخصية وبتسميات متنوعة كالعذر المقبول في عقد الوكالة، والعذر المشروع في عقد الوديعة لما لها من احكام مؤثرة في المسؤوليات المترتبة او الالتزامات الواجبة على الاطراف وذلك بحسب ظروف واحوال اصحاب العذر فيها.

ثانياً: مشكلة البحث

- ١- لا توجد دراسة معمقة تتناول العذر المشروع في الحقوق الشخصية بشيء من التحليل والتفصيل والتأصيل، والسبب يرجع الى ان المشرع العراقي لم يقم بوضع نظام قانوني يتناول العذر المشروع كالانظمة القانونية الاخرى التي وضع لها قواعد قانونية عامة تحكم قواعدها واثارها.
- ٢- ان المشرع العراقي نظم الاعذار المشروعة الشخصية المتعلقة بالظروف الخاصة بصاحب العذر بصورة متناثرة في الحقوق الشخصية وبتسميات متنوعة كالعذر المقبول في عقد الوكالة، والعذر المشروع في عقد الوديعة، وان خلو القانون المدني من نظام قانوني يمكن من خلالها الاحاطة

بحالات العذر المشروع المتباينة في تسمياتها تجنباً للخلط بينها، ولحسن استعمالها وتطبيقها، تمثل نقصاً تشريعياً يستدعي التصدي لها ودراستها.

ثالثاً. هدف البحث وأهميته

تكمن أهداف البحث وأهميته في الأمور الآتية:-

- 1- ايجاد نظام قانوني ومبادئ عامة أو اصول كلية يمكن من خلالها رد حالات العذر المشروع المتناثرة في الحقوق الشخصية الى قاعدة عامة تجمع في طياتها على شروط العذر المشروع، واحكام اعمالها، والاثار المترتبة على تطبيقها.
- 2- الكشف عن الحكمة او الغاية التي رام القانون المدني العراقي تحقيقها من العذر المشروع في الحقوق الشخصية بوصفها وسيلة يمكن لصاحب العذر ان يحتج بها عند تحقق شروطها للمطالبة باعمالها، لضمان حصوله على الحماية المدنية.

رابعاً. اسباب اختيار الموضوع

تكمن اسباب اختيار الموضوع في ان اغلب الدراسات الفقهية لم تتناول العذر المشروع ككتلة واحدة كما ولم تتناول اي تطبيق من تطبيقات العذر المشروع في القانون المدني، وهو بذلك لم يلق العناية والاهتمام الكافي والدراسة الواجبة من شراح القانون والباحثين في الفقه القانوني، وهذا الامر دفعنا الى توجيه الفكر القانوني نحو العذر المشروع على اعتباره نظاماً قانوناً خاصاً.

خامساً: نطاق البحث

ان نطاق دراستنا المتمثلة بالنظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية، تقتصر على الاعذار المشروعة الخاصة باحد اطراف الالتزام او كلاهما في نطاق العقود المسماة وعلى وجه الخصوص عقدي الوكالة والوديعة، من دون ان تشمل الحوادث والظروف العامة.

سادساً: منهجية البحث

سنعتمد في دراستنا لبحثنا الموسوم "النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية" على الجمع بين كلاً من المنهج التحليلي والمقارن، فبخصوص موقف القوانين سنقوم بمقارنة القانون المدني العراقي مع القانون المدني المصري، ولا يخفى على الباحثين في مجال دراستنا ثمرة الدراسة المقارنة خصوصاً وان القانون المدني المصري يعد احد المصادر المهمة للعديد من النظم والقواعد القانونية المعتمدة في القانون المدني العراقي، فضلاً عن مقارنة موقف القانون المدني العراقي مع موقف الفقه الاسلامي الحنيف كلما تطلب الامر ذلك.

المبحث الاول

مفهوم النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية

نبين في هذا المبحث مفهوم النظام القانوني للعدر المشروع من خلال بيان تعريفه، ومن ثم نبين الخصائص التي يتصف بها هذا النظام وشروط تحققه، وعلى ذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الاول تعريف النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية، ونبين في المطلب الثاني خصائصه وشروطه، وذلك كالآتي.

المطلب الاول

تعريف النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية

ان البحث في النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية يستوجب تعريفه، ويتم ذلك من خلال بيان المفهوم اللغوي لعبارته ومن ثم نبين تعريفه قانوناً، وذلك كالآتي.

اولاً: تعريف النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية لغة: ان تعريف العذر المشروع من الناحية اللغوية لكونه ذا لفظين يستوجب بيان المعنى اللغوي لعبارته، اما العذر لغة وهو من الفعل الثلاثي عذر، فهي الحجة التي يعتذر بها^(١) والمتعذر بالتشديد: المتعذر الذي له العذر^(٢)، واعذر أي: أتى بما صار به معذوراً^(٣)، اما المشروع لغة ، ويرجع الى الفعل شرع فالشين والراء والعين اصل واحد، ويشرعن فهو شارع، والمفعول مشروع، شرع المشرع الامر: جعله مباحاً، قال تعالى (ثم جعلناك على شريعة من الامر فاتبعها)^(٤)، ويقال: شرع الفقيه القانون: سنه وجعله واجب التطبيق^(٥).

وبعد عرض المفاهيم اللغوية المتعلقة بالعدر المشروع، وتحديد وتحليل معاني العبارات الواردة فيه، نستنتج ان المراد به لغوياً هو (الحجة الموافقة لقصد المشرع التي يعتذر بها صاحب العذر لرفع اللوم عنه).

(١) ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، الجزء التاسع، دار صادر، لبنان، بيروت، ١٩٩٤، ص١٠٢.
(٢) ايوب بن موسى الحسيني القوي الكفوي، الكليات، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، ١٩٩٨، ص٦٤٤.
(٣) ابو القاسم الحسين بن محمد الاصفهاني، المفردات في غريب القرآن، الطبعة الاولى، دار القلم، سوريا، دمشق، ١٩٩٢، ص٣٣٠.
(٤) الجاثية (١٨)
(٥) د. احمد ختار عبدالحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الاولى، الجزء الثاني، عالم الكتاب، ٢٠٠٨، ص١١٨٨.

ثانياً: تعريف النظام القانوني للعدر المشروع قانوناً:- تبنى القانون المدني العراقي في الحقوق الشخصية العذر المشروع لما له من اهمية بالغة في تحقيق التوازن بين الحقوق والواجبات في المعاملات المالية، وكذلك فعل القانون المدني المصري، الا انه خلا من اي تعريف للعدر المشروع سواء في القانون المدني العراقي ام في اي قانون خاص اخر عراقي ام مقارن، وحسناً فعل في ذلك لان المشرع ليست من مهامه وضع التعريفات القانونية بقدر وضع التنظيم القانوني لها،

جلما في الامر ان القانون المدني العراقي كالقانون المدني المصري اخذ الموضوع بعناوين متعددة، اذ استخدم مصطلح العذر المقبول لعزل او تنحي الوكيل في عقد الوكالة^(٦)، والعذر المشروع لرد الوديعة قبل اوانها في عقد الوديعة^(٧)، وان هذه الاعذار وان كانت مختلفة في التسميات الا انها تشترك في مضمونها بكونها تمثل اعداراً مشروعة تتعلق بالظروف الشخصية للانسان ليحتج بها لتأكيد المطالبة بحقه او لتعديل الالتزام المفروض عليه او انهاءه.

اما بخصوص تعريف العذر المشروع في الحقوق المالية من منظور الفقه القانوني، فقد عرفه رأي^(٨) بأنه (تلك الحاجة التي تجعل الشخص غير قادر على المطالبة بحقه)، ويلاحظ من التعريف انه عرف العذر المشروع بمصطلح الحاجة، وهذا المصطلح لا يعد مرادفاً للعدر، كما انه لا يمكن للقارئ ان يفهم من خلال هذا المصطلح مفهوم العذر، كما وان التعريف قد عرف العذر بالحكم الذي يترتب به، ولم يبين ملامح وشروط العذر المشروع، كذلك لم يبين الاثر الذي يترتب عند تحقق شروطه، فيكون التعريف بذلك غير جامع ولا مانع.

وعرفه آخر^(٩) بأنه (هي عبارة عن الاعذار المؤثرة على الالتزام بتبديله او تخفيفه او انهاءه)، ويفهم من التعريف ان العذر متى ما ورد فإنه يؤثر على الالتزام بتبديله او انهاءه، ويؤخذ عليه انه عرف العذر بمفردة من ذات اللفظ فيحول دون التعرف على مفهوم العذر، كما وركز التعريف بصورة قاصرة على الاثر المترتب على العذر، فضلاً عن ذلك فإنه ربط العذر بالحالة التي تطرأ على الالتزام في حين ان العذر

(٦) تنظر المادة (٣/٩٤٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، ويقابلها المادة ٧١٥ القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٧) تنظر المادة ٩٦٩ من القانون المدني العراقي، ويقابلها ٧٢٢ من القانون المدني المصري.
(٨) د. طلبية وهبة خطاب، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، ص ٤٢٢.

(٩) محمد فواز نور محمد، نظرية العذر واثرها على الالتزام، اطروحة دكتوراه مقدمة الى الجامعة الاسلامية-كلية الشريعة والقانون، باكستان، ٢٠٠٥، ص ١٤١.

مسألة مرتبطة بالظروف الشخصية للانسان والذي يكون مبرراً له لتأكيد المطالبة بحقه او ان يحتج به للمطالبة بتعديل الالتزام المرتبط به او انهاءه.

وتجدر الاشارة الى ان هنالك من يخلط بين لفظ العذر والمانع، أذ يرى^(١٠) ان للعذر والمانع معنى واحد وان كانا مختلفان من حيث اللفظ، ونرى ان القول بذلك محل نظر، لانه وان كان كلاً منهما يجعل الحكم الاصيلي غير مطلوب الفعل، الا انهما يختلفان في عدة امور^(١١)، فاذا كان الحكم الاصيلي مباحاً عند تحقق العذر، فانه يكون ممنوعاً عند وجود المانع، كما وان الحكم الاستثنائي يكون مباحاً لا واجباً بوجود العذر، في حين ان الحكم الاستثنائي يكون واجباً لا مباحاً بوجود المانع، فضلاً عن ذلك فان العذر لا يمنع الحكم الاصيلي ولا يجعله غير مشروع، وانما يبقى مشروعاً غير ممنوع كما كان قبل ذلك، ولكنه يجعله غير لازم ويؤدي الى تعديل لزمه عن الانسان المكلف به بالتخفيف او التمديد او قد يؤدي الى سقوطه، في حين ان المانع يمنع الحكم الاصيلي، اذ يجعله غير مشروع عند تحققه.

وبعد ان بينا التعريفات التي جاء بها بعض شراح القانون، نرى من المناسب ان نضع تعريفاً جامعاً مانعاً للعذر المشروع والذي هو (كل حدث عارض خاص بالشخص يكون لصاحب العذر بمقتضاها ان يحتج به لتأكيد المطالبة بحقه او لتعديل تنفيذ التزامه او انهاءه، وذلك لدفع الاضرار التي تلحق به عند تحققها، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك)، ونرى ان هذا التعريف هو الانسب كونه مانع وجامع لجميع الخصائص التي يتصف به العذر المشروع، ومن مزايا التعريف:-

- ١- انه بين محل هذا العذر في كونه امر عارض خاص بصاحب العذر.
- ٢- بين هذا التعريف الاثار المتنوعة للعذر المشروع، وذلك بحسب الموضع القانوني الذي يرد فيه.
- ٣- انه لا يختص بواقعة معينة، وانما يرد كنظام قانوني في مجمل الوقائع الي تنطوي تحت هذا النظام اينما ورد.

(١٠) د. ياسر باسم ذنون، القوة القاهرة واثرها في احكام قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق، جامعة الموصل، كلية الحقوق، المجلد ١٠، العدد ٣٦، ٢٠٠٨، ص ٧٢.

(١١) محمد فواز نور محمد، نظرية العذر واثرها على الالتزام، مصدر سابق، ص ٣٤.

المطلب الثاني

خصائص النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية وشروطه.

بعد ان بينا في المطلب السابق تعريف العذر المشروع، فانه يمكن ان نركز اليه لبيان خصائصه، كما ونستقي منها الشروط الواجب توافرها لتطبيق احكام هذا النظام، وذلك يتطلب تقسيم هذا المطلب الى فقرتين، وكالاتي.

اولاً: خصائص العذر المشروع: ان الخصوصية التي يتصف بها العذر المشروع تجعل له خصائص يتميز بها، ونبيها كالاتي.

١: العذر المشروع نظام عام مجرد: ويقصد بهذه الخاصية ان العذر المشروع من الانظمة القانونية التي لا تتوجه الي شخص معين بالذات، او الى اشخاص معينين، كما ولا تخص واقعة معينة، وانما يشمل كل الحوادث والايضاح التي هي من ذات النوع، ولا يستثني منه افراد او نفر مخصوص بالذات^(١٢)، وهذا ما اكد عليه المشرع العراقي عندما عالج احكام العذر المشروع بصورة عامة، وينبغي على القائمين بتطبيق النصوص القانونية مراعاة احكامه عند اعماله، وذلك من خلال شمول جميع الاشخاص دون تمييز شخص على اخر باحكام هذا النظام، وان يسري احكامه على جميع الوقائع التي تندرج تحته والذي يكون من الممكن اعماله من خلالها.

٢: العذر المشروع يحقق التوازن في المعاملات المالية: يعمل العذر المشروع على معالجة الاختلال الحاصل في توازن المعاملات المالية بين اطرافه عند تحقق شروط اعماله، فاذا تحقق شروط العذر المشروع بان يتعرض احد اطراف الالتزام او كلاهما الى ظروف خاصة تثقله عن اداء التزامه او المطالبة بحقه، فان ذلك يؤدي الى الاخلال باستقرار المعاملات المالية، ومن ثم فان اعمال احكام العذر المشروع من شأنه ان يعمل على تحقيق الاستقرار والعدالة^(١٣)، من خلال دفع الضرر الناجم عند تحقق شروطه لصاحب العذر، وذلك من خلال رفع الحرج والمشقة عليه الى التخفيف والتيسير.

(١٢) د. عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية، الجزء الاول، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الخامسة، دار الفكر، سوريا، دمشق، ١٩٦٣، ص ٢١٨.

(١٣) ويقصد بالعدالة مجموعة القواعد التي يكشف عنها العقل ويوحى بها الضمير ويرشد اليها النظر الصائب والذوق السليم للمزيد ينظر د. عكاشة محمد عبدالعال، تأريخ النظم القانونية والاجتماعية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٦٧٣.

٣: العذر المشروع من الانظمة التي يمكن الاتفاق على ما يخالفها : يعد العذر المشروع من الانظمة القانونية التي يمكن الاتفاق على ما يخالف احكامها، وذلك بان يرد شرط بين اطراف الالتزام يقضي بتحمل صاحب العذر للمسؤولية الناجمة عن التأخر او الاخلال بالالتزام القانوني المفروض عليه ولو كان لعذر مشروع، وان امكانية ايراد هكذا اتفاق يرجع الى ان احكام العذر المشروع لا يعد من النظام العام، وذلك لعدم وجود نص في القانون المدني العراقي يمنع الاتفاق على مخالفة احكام العذر المشروع، لكن اذا جاز الاتفاق على ذلك فانه لا يجوز ان يصل الاتفاق الى الحد الذي يرتكب فيه صاحب العذر غشاً او خطأً جسماً، فمسؤوليته في هذه الحالة تلحق بالمسؤولية التقصيرية.

ثانياً: شروط العذر المشروع: يشترط لتطبيق احكام العذر المشروع توافر جملة من الشروط، ونبين هذه الشروط كالآتي.

١: ان يكون العذر المشروع خاص بصاحبه: اشترط ان يكون العذر المشروع خاصاً بصاحب العذر يراد به الا يكون عاماً لمجموعة من الناس في مدينة او اقليم معين^(٤)، بل يجب ان يكون خاصاً بصاحب العذر، كما هو الحال في العذر الخاص لصغر السن او الغيبة او الافلاس او عدم العلم وغيرها من الاعذار الخاصة المتعلقة بصاحب العذر وحده دون غيره من الناس.

٢: ان يكون العذر مشروعاً: ويكون العذر مشروعاً عندما لا يتعارض مع تحريم صريح في الشريعة الاسلامية، او لا يتعارض مع نص صريح في القانون، كما ولا يخالف النظام العام والآداب^(٥)، فاذا تعارض مع تحريم صريح في نص القانون فلا يمكن اعتباره عذراً مشروعاً، كما لو اراد المودع ان يرد الوديعة قبل انتهاء مدتها لعذر مشروع^(٦)، وان عذره في ذلك السفر، فاذا كان السفر لأجل العلاج من مرض كان عذره مشروعاً، اما اذا كان سفره للتهرب من جريمة معاقب عليها في القانون، فلا يمكن اعتبار عذره مشروعاً، ويشترط في العذر المشروع الا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب، ومثال ذلك ان المانع الادبي بين الاخوة عذراً مشروعاً يمكن لصاحب العذر ان يحتج به لوقف سريان المدة في مرور الزمان

(٤) مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٣٢٠.
(٥) وهناك حالات يكون المحل فيها ممنوع قانوناً او مخالفاً للنظام العام كالحشيش والمواد السامة ودور الدعارة والمقامرة... الخ. للمزيد ينظر د. حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، دار وائل للطباعة والنشر، الاردن، عمان، ٢٠٠٩، ص ٨٤.
(٦) المادة ٩٦٩ من القانون المدني العراقي، ويقابلها المادة ٧٢٢ من القانون المدني المصري.

المانع من سماع الدعوى^(١٧)، بينما لا يمكن ان تعتبر علاقة البغاء مانعاً ادبياً للمطالبة بوقف سريان المدة، وذلك لمخالفة العذر في هذه الحالة للنظام العام والآداب.

٣: ان يكون العذر المشروع عارضاً: ويراد به ان لا يكون في وسع صاحب العذر توقع العذر المشروع، ويتم الركون الى معيار الرجل العادي لمعرفة عدم التوقع من عدمه، وان الركون الى معيار الرجل العادي يعني الموقف الوسط بين الناس وليس الى المدين نفسه^(١٨)، فاذا كان العذر مما يمكن للرجل العادي توقعه كما هو الحال في توقع من يتمسك بالتأمينات التي تكفل حقه في المقاصة بانه يضر بالغير^(١٩) فلا يمكن لصاحب العذر ان يتمسك باحكام العذر المشروع، وذلك لكون العذر متوقع وفقاً لمعيار الرجل العادي، اما اذا كان العذر الخاص غير ذلك اي لا يمكن للرجل العادي ان يتوقعه كما هو الحال في تعرض صاحب العذر لمرض غير متوقع دفعه الى السفر للعلاج، فانه عذر غير متوقع لانه من الاحتمالات غير المتوقعة التي يتفاجأ بها ولم يدرك ذلك كما ولم يدخل في حسبانها، وتجدر الاشارة الى ان معيار عدم توقع العذر المشروع يرد عليه استثناءين، وهما عذر صغر السن والمانع الادبي لوقف المدة في مرور الزمان المانع من سماع الدعوى، ذلك ان صغر سن صاحب الحق يعد عذراً متوقعاً لصاحب العذر ومع ذلك يمكن له ان يحتج به للمطالبة بوقف المدة في مرور الزمان المانع من سماع الدعوى، وكذلك الحال في المانع الادبي بين الأزواج مثلاً، فهو عذر متوقع بالنسبة لصاحب العذر، الا انه مع ذلك يمكن له ان يتمسك بها للمطالبة بوقف المدة، استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بعدم توقع العذر المشروع.

المبحث الثاني

تطبيقات النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية

ان للنظام القانوني للعدر المشروع في القانون المدني تطبيقات عديدة ومتنوعة في الحقوق الشخصية، ومنها تطبيق العذر المشروع في العقود المسماة^(٢٠)، ومن اهم العقود التي اخذ فيها قانوننا المدني بالعدر المشروع هما عقدي الوكالة والوديعة، وعليه نقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في الاول منه تطبيق

^(١٧) تنظر المادة ٤٣٥ من القانون المدني العراقي، ويقابلها المادة ٣٨٢ من القانون المدني المصري.
^(١٨) د. منى ابو بكر الصديق محمد حسان، الاتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، الاسكندرية، ٢٠٢٢، ص ٢٠.
^(١٩) تنظر المادة ٤١٦ من القانون المدني العراقي، ويقابلها المادة ٣٦٩ من القانون المدني المصري.
^(٢٠) هنالك العديد من العقود التي اخذت بالعدر المشروع في نصوصها كعقد الوكالة وعقد الوديعة وعقد الهبة وعقد التأمين، وغيرها من العقود الاخرى، ونظراً لكثرة هذه العقود فاننا نسلط الضوء على عقدي الوكالة والوديعة لما لهما من اهمية عملية وكذلك اهميتهما في موضوع دراستنا.

النظام القانوني للعدر المشروع في عقد الوكالة، ونتطرق في الثاني الى تطبيق النظام القانوني للعدر المشروع في عقد الوديعة، وذلك كالآتي.

المطلب الاول

تطبيق النظام القانوني للعدر المشروع في عقد الوكالة

عرف القانون المدني العراقي عقد الوكالة في المادة ٩٢٧ منها بانها (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم)^(٢١)، فالوكالة عقد يقوم بين طرفين احدهما الوكيل وهو صاحب التصرف او العمل محل الوكالة والطرف الاخر الموكل وهو الذي يقوم بتنفيذ التصرف او العمل محل الوكالة لصالح الطرف الاول، ويكفي لانعقاد الوكالة مجرد التراضي^(٢٢)، وتنتهي الوكالة لأسباب مختلفة^(٢٣)، ومن هذه الاسباب ان تنتهي عن طريق تنفيذها وهي باتمام العمل الموكل به او بانتهاء الاجل المتفق عليه للوكالة^(٢٤)، وقد تنتهي الوكالة بعزل الوكيل من قبل الموكل او ان يعزل الوكيل نفسه، ويقع باطلاً اي اتفاق يخالف ذلك، لان امكانية عزل الموكل للوكيل او عزل الوكيل نفسه من النظام العام والتي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها^(٢٥).

فالوكالة في القانون المدني العراقي اذا كانت باجر، فإن الموكل يملك عزل الوكيل، متى ما رأى ان مصلحته في الوكالة لم تعد قائمة، ولم يشترط القانون شكلاً معيناً للعزل، فقد يكون العزل صريحاً بان يعبر الوكيل بآرائه المنفردة عن رغبته في عزل وكيله ويعلمه بهذا العزل، وقد يكون العزل ضمناً كما لو قام الموكل بالعمل محل الوكالة بنفسه او وكل فيه شخصاً آخر، هذا وان كان للموكل الحق في عزل وكيله متى شاء، الا انه لا يجوز له ان يعزل وكيله في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول، واذا كانت الوكالة كعقد غير لازم بطبيعته تسمح للموكل ان يعزل الوكيل، فهي تسمح لهذا الاخير ان يعزل نفسه، فالوكالة حتى وان كانت باجر، فان الوكيل يقدم فيها خدمة للموكل، ومن ثم فان له ان يعزل نفسه عن الوكالة في اي وقت اذا

(٢١) يقابله المادة ٦٩٩ من القانون المدني المصري، والمادة ٦٩٨ من القانون المدني المصري.

(٢٢) د. محمد شريف عبدالرحمن احمد، الوكالة في التصرفات القانونية، الطبعة الاولى، دار الفكر والقانون للنشر، مصر، المنصورة، ٢٠١٥، ص ٣٠. د. عدنان ابراهيم السرحان، العقود المسماة في المقاوله والوكالة والتأمين، الطبعة الاولى، مكتبة دار الثقافة، الاردن، عمان، ١٩٩٦، ص ١٠٩.

(٢٣) د. نهاية مطر، الوكالة غير القابلة للعزل بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد ١٤، العدد ٣، ٢٠٠٧، ص ١٣.

(٢٤) تنظر المادة ٩٤٦ من القانون المدني العراقي، ويقابلها المادة ٧١٤ من القانون المدني المصري.

(٢٥) تنظر المادة (١/٩٤٧) من القانون المدني العراقي، ويقابلها المادة ٧١٦ من القانون المدني المصري.

رأى انه لم يعد من الملائم ان يستمر في اسداء خدمة للموكل، وكما هو الحال في عزل الموكل للوكيل^(٢٦)، فانه يشترط ان يتم عزل الوكيل لنفسه في وقت مناسب ولعذر مقبول، على انه اذا قام الموكل بعزل الوكيل او قام الوكيل بعزل نفسه في وقت غير مناسب ودون عذر مقبول، فان العزل يكون صحيحاً الا انه يجب على من صدر منه العزل تعويض الطرف الاخر عن الضرر الذي لحق به، وعلى ذلك نصت المادة (٣/٩٤٧) من القانون المدني العراقي على (واذا كانت الوكالة باجرة، فان من صدر منه العزل يكون ملزماً بتعويض الطرف الثاني عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول)، واما بخصوص القانون المدني المصري فقد تناولت المادة ٧١٥ منها عزل الموكل لوكيله اذ نصت على (يجوز للموكل في اي وقت ان ينهي الوكالة او يقيدها، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، فاذا كانت الوكالة باجر، فان الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب او بغير عذر مقبول)، ونصت المادة (١/٧١٦) منها حالة تنحي الوكيل، اذ نصت على (يجوز للوكيل ان ينزل في اي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، ويتم التنازل باعلانه للموكل، فاذا كانت الوكالة بأجر، فان الوكيل يكون ملزماً بتعويض الموكل عن الضرر الذي لحقه من جراء التنازل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول)^(٢٧).

وبمقارنة نص القانون المدني العراقي بنص القانون المدني المصري يتضح ان القانون المدني العراقي تضمن عبارة العذر المقبول في حين تضمن نص القانون المدني المصري عبارة المبرر المقبول، ونرى ان كلا العبارتان متشابهتان في المعنى وان اختلفا في اللفظ، فالمبرر هو ذاته العذر والذي يراد بهما الظروف الشخصية الخاصة بالموكل، الا ان عبارة العذر التي جاء بها المشرع العراقي اقرب الى الدقة كونها تدل الى معنى الظروف الشخصية بصورة اوضح مما تدل بها عبارة المبرر.

وبسياق المقارنة يتضح ان المشرع العراقي وان اعطى للموكل الحق في عزل وكيله، او بتنحي الوكيل عن الوكالة، الا انه قيد هذا الحق بان لا يكون العزل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول، اذ جاء في نهاية النص بعبارة (في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول)، في حين ان نص القانون المدني المصري جاء بعبارة (في وقت غير مناسب او بغير عذر مقبول)، ويتضح من ذلك ان المشرع العراقي

(٢٦) د. عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة، مصدر سابق، ص ٢٢٠.
(٢٧) من الواضح ان هنالك خطأ مادي قد اعترت عبارة (من جراء التنازل في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول)، والصحيح ان يتم استبدال لفظ (او) بلفظ (واو) العطف، فيكون النص كالاتي (...من جراء التنازل في وقت غير مناسب او بغير عذر مقبول)، للمزيد ينظر د. عبدالرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، العقود الواردة على العمل، الوكالة، مصدر سابق، هامش رقم ٣، ص ٦٧١.

جاء بحرف العطف (واو) بين عبارتي الوقت غير المناسب والعذر غير المقبول، ففقد بذلك حق الموكل بعزل وكيله بقيد واحد وهو الا يكون في وقت غير مناسب على ان يكون له عذر مقبول لهذا العزل، في حين ان نص القانون المدني المصري اورد حرف (أو) بين عبارتي الوقت غير المناسب والعذر غير المقبول، فجعل للموكل الحق في عزل وكيله ما لم يكن في وقت غير مناسب، او اذا كان في وقت غير مناسب وكان له عذر مقبول، اي انه جاء لتخير من يصدر منه العزل في ذلك، بخلاف نص المشرع العراقي الذي حصرها بخيار واحد كما بينا، وبمفهوم المخالفة فانه يمكن للموكل ان يعزل وكيله، كما ويمكن للوكيل ان يتنحى عن الوكالة اذا كان في وقت مناسب، كما ويمكن له ذلك حتى وان كان وقت العزل غير مناسب الا انه كان له عذر مقبول في ذلك، ونعتقد ان المشرع العراقي قد جانب الصواب عندما ذكر ذلك، اذ كان من الاجدر به ان يحذو حذو القانون المدني المصري الذي اورد النص بالصيغة التي عليها، ونرى ان الصحيح استبدال حرف (أو) بحرف (و) في نص القانون المدني العراقي لتكون صيغة النص مخيرة كما فعل القانون المدني المصري.

ولما كان الامر كذلك، فانه يمكن القول ان عبارة العذر المقبول الوارد في عقد الوكالة هو ذاته العذر المشروع محل الدراسة، اذ يمكن للموكل ان يتمسك بأحكام النظام القانوني للعذر المشروع لدفع مسؤوليته عن التعويض اذا كان له عذراً خاصاً، كأن يمر الموكل في ضائقة مادية يعجز معها عن دفع اجرة الوكيل، او ان تكون لديه اوراق ووثائق او مستمسكات تتعلق بالعمل محل الوكالة ذات اهمية لديه ولا يرغب لاحد بمن فيهم الوكيل ان يطلع عليها او غيره من الاعذار المشروعة الخاصة التي تتعلق بالظروف الشخصية للموكل، وعليه نتمنى على المشرع العراقي ان يعدل الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٧ من القانون المدني، وذلك باستبدال عبارة (في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول) بعبارة (في وقت غير مناسب أو بغير عذر مشروع)، ويتحقق بذلك توحيد المصطلحات القانونية من خلال استبدال عبارة العذر المقبول بعبارة العذر المشروع الذي يشمل الظروف الشخصية لصاحب العذر، ليتوحد مع المصطلحات القانونية الاخرى ذات العلاقة، كما ويتحقق بذلك استيعاب الظروف الشخصية لاصحاب العذر كافة التي تنطوي تحت النظام القانوني للعذر المشروع محل الدراسة، بغية اسعاف الشخص صاحب العذر في عقد الوكالة، ليكون النص كالاتي (واذا كانت الوكالة باجرة، فان من صدر منه العزل يكون ملزماً بتعويض الطرف الثاني عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل في وقت غير مناسب او بغير عذر مشروع).

المطلب الثاني

تطبيق النظام القانوني للعدر المشروع في عقد الوديعة

عرف المشرع العراقي عقد الوديعة في المادة ٩٥١ من القانون المدني العراقي بانه (عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى اخر ولا يتم الا بالقبض)^(٢٨)، وتعد عقد الوديعة من العقود العينية التي لا تتم الا بتسليم الشيء، كما وان الاصل في الوديعة انها من العقود التبرعية التي تكون بدون اجر^(٢٩)، الا اذا تم الاتفاق بين الطرفين على ان يدفع المودع اجراً الى المودع عنده لقاء حفظ الوديعة، فتكون من عقود المعاوضة^(٣٠)، ويترتب على ذلك ان الوديعة تكون ملزمة لجانبين اذا كانت بأجر، فالمودع عنده يلتزم بتسلم الشيء المودع وحفظه وبرده^(٣١)، ويلتزم المودع بدفع الاجر الى المودع عنده، الا انه اذا كانت عقد الوديعة بدون اجر، فانها تكون ملزمة لجانب واحد وهو التزام المودع عنده بحفظ الوديعة ورده، ويجب على المودع عنده ان يحفظ الوديعة بنفسه او بمن يأتئنه عادة على حفظ امواله، ولا يجوز للمودع عنده ان يحل غيره في حفظ الوديعة الا اذا كان له في ذلك عذر مشروع،

وتنتهي عقد الوديعة بانتهاء الاجل المتفق عليه، ويجب على الوديع متى انتهت الوديعة ان يردها الى المودع او من يخلفه متى طلب منه ذلك^(٣٢)، على انه يمكن للمودع اذا كانت الوديعة بدون اجر ان يطلب رد الوديعة في اي وقت ولو قبل انقضاء الاجل^(٣٣)، اما اذا كانت الوديعة بأجر فانه يمكن للمودع ان يطلب رد الوديعة في كل وقت بشرط ان يدفع الاجر المتفق عليه، الا انه لا يجوز للوديع ان يرد الوديعة قبل الاجل المتفق عليه ما لم يكن له عذر مشروع، وعلى ذلك نصت المادة ٩٦٩ من القانون المدني العراقي على (١- للمودع في كل وقت ان يطلب رد الوديعة مع زوائدها، كما ان للوديع ان يطلب ردها متى شاء ٢- واذا كانت الايداع بأجرة فليس للوديع ان يردها قبل الاجل المعين الا اذا كان له عذر مشروع، ولكن للمودع ان

(٢٨) ويقابلها المادة ٧١٨ من القانون المدني المصري.

(٢٩) تنص المادة ٩٦٨ من القانون المدني العراقي على (ليس للوديع ان يأخذ اجرة على حفظ الوديعة، ما لم يشترط ذلك في العقد)، ويقابلها المادة ٧٢٤ من القانون المدني المصري.

(٣٠) د. محمد علي سكيكر و د. معتز كامل مرسى، شرح القانون المدني، العقود المسماة، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٦٦١.

(٣١) اوجب المشرع العراقي على المودع عنده ان يبذل لحفظ الوديعة عناية الشخص بامواله الشخصية، اذ تنص المادة (١/٩٥٢) من القانون المدني العراقي على (يجب على الوديع ان يعتني بحفظ الوديعة كأعتنائه بحفظ ماله وان يضعها في حرز مثلها)، ويقابلها المادة ٧٢٠ من القانون المدني المصري.

(٣٢) المادة ٩٦١ من القانون المدني العراقي، ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني المصري.
(٣٣) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، العقود الواردة على العمل، الوديعة، مصدر سابق، ص ٦٧٨.

يطلب ردها متى شاء على ان يدفع الاجرة المتفق عليها. ٣- ويلزم ان يكون طلب الرد في اي وقت مناسب وان تمنح المهلة الكافية للوديع)، ويتضح من النص ان القانون المدني العراقي قد اخذ بالعدر المشروع في الوديعة، وقد اشترط القانون المدني العراقي على المودع عنده اذا اراد ان يرد الوديعة قبل الاجل المتفق عليه ان يكون بعذر مشروع، واكتفى المشرع العراقي بعبارة العذر المشروع من دون ان يبين ماهيتها.

ولقد ذكر الفقه الاسلامي^(٣٤) اعداراً يمكن معها للمودع عنده ان يرد الوديعة قبل الاجل المتفق عليه اذا كانت الوديعة باجر، ومنها موت صاحب الوديعة، لان ملكية المال المودع انتقلت بموته الى ورثته او دائنيه، وكذلك حالة زوال اهلية صاحب الوديعة او المودع عنده لجنون ونحوه كأغماء من غير افاقة، واما المودع عنده فلأنه لم يعد اهلاً للحفاظ، واما الوديع فلأنه لم يعد ولي نفسه، بل يلي غيره ماله وشؤونه، وحالة اقرار المودع بالوديعة لغير صاحبها، لان ذلك ينافي حفظها للمالك، فيمكن للمودع عنده ان يفسخ العقد وان يرد الوديعة لعدم فائدة البقاء،

واما بخصوص القانون المدني المصري فقد نصت المادة ٧٢٢ منها على (يجب على المودع عنده ان يسلم الشيء الى المودع بمجرد طلبه الا اذا ظهر من العقد ان الاجل عين لمصلحة المودع عنده، وللمودع عنده ان يلزم المودع بتسليم الشيء في اي وقت، الا اذا ظهر من العقد ان الاجل عين لمصلحة المودع)، فقد يتفق المتعاقدان على اجل للوديعة صراحة او ضمناً، فتنتهي الوديعة بانقضاء الاجل، الا انه يجوز لاحد المتعاقدين الرجوع عن الوديعة قبل انقضاء الاجل، فيجوز للمودع ان ينزل عن حقه وان يطلب رد الوديعة قبل حلول الاجل اذا كان الاجل في الوديعة معيناً لمصلحته، كما ويجوز للمودع عنده ان يرجع في الوديعة بارادته المنفردة في حالتين^(٣٥)، احدهما حالة ما اذا كان مأذوناً في استعمال الوديعة او كان الاجل بوجه عام معيناً لمصلحة الوديع^(٣٦)، والحالة الاخرى اذا كانت الوديعة في مصلحة المودع، ولكن طرأت على الوديع اعدار مشروعة يتعذر عليه ان يستمر حافظاً للوديعة^(٣٧)، اذ يمكن للمودع عنده ان يقوم برد الوديعة قبل الاجل المتفق عليه لعذر مشروع، وان كانت الوديعة دون اجر، فيكون الوديع في هذه

(٣٤) د. نزيه حماد، عقد الوديعة في الشريعة الاسلامية، مصدر سابق، ص ١٦٣
(٣٥) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، العقود الواردة على العمل، الوديعة، مصدر سابق، ص ٧٥١.
(٣٦) نصت المادة ١٠٠٨ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري بان (يجوز للمودع في كل وقت يطلب رد الوديعة الا ان يكون اجل الوديعة محدداً في مصلحة الوديع او يكون هذا مأذوناً في استعمال الوديعة).
(٣٧) نصت المادة ١٠٠٩ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري على (اذا كانت الوديعة دون اجر، وتعذر على الوديع ان يستمر حافظاً للوديعة لاسباب طارئة مشروعة، جاز له ان يرد الوديعة قبل الاجل المتفق عليه).

الحالة متبرعاً ولا يصح ان يضار بتبرعه، ومن ثم يجوز له ان يرجع في الوديعة بارادته المنفردة بمجرد ان يطرأ للمودع عنده عذر مشروع خاص به.

ونستنتج مما سبق ان للنظام القانوني للعدر المشروع تطبيق في عقد الوديعة، اذ يمكن لصاحب العذر الذي هو المودع عنده اذا ما حدث له عذر مشروع خاص غير متوقع متعلق بظروفه الشخصية، كأن يتعرض الى مرض او حبس او ان يضطر الى ان يسافر الى مكان اخر لظرف شخصي، وما الى ذلك من الاعذار الخاصة بالمودع عنده، ان يتمسك باحكام العذر المشروع ليحيل حفظ الوديعة الى غيره، او ان يطالب بفسخ العقد ورد الوديعة قبل انتهاء الاجل المتفق عليه، ذلك ان الاثر المترتب على تحقق النظام القانوني للعدر المشروع هو اعفاء صاحب العذر في الوديعة من المسؤولية التي تترتب عليه عن اخلاله بالالتزام اتجاه المودع، لان المودع عنده يعد مخالفاً بالتزامه اذا ما قام برد الوديعة قبل اوانها ولم يكن له عذراً مشروعاً، في حين انه بتحقق شروط النظام القانوني للعدر المشروع، فان لصاحب العذر التمسك بأحكامها لاعفائه من تلك المسؤولية.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من البحث الموسوم بـ (النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية)، بقي لنا في نهاية المطاف ان نخصص كلمات اخيرة لخاتمة دراستنا، وذلك لنبين اهم النتائج التي توصلنا اليها، وكذلك بيان اهم التوصيات التي نوصي المشرع العراقي بها، ونود ان نبين اهمها على النحو الاتي:

اولاً: النتائج

1- نظم القانون المدني العراقي العذر المشروع في العديد من المواضع القانونية باعتبارها عذراً مؤثراً بالالتزامات القانونية، والذي يؤدي الى نشوء الالتزام او تعديله او تبديله او انهاءه، الا انه خلا من اي تعريف للعدر المشروع سواء في القانون المدني العراقي ام في اي قانون خاص اخر، وحسناً فعل في ذلك لان المشرع ليست من مهامه وضع التعريفات القانونية بقدر وضع التنظيم القانوني لها، وان عدم ايراد القانون المدني التعريفات القانونية ومنها تعريف العذر المشروع وتركها الى الفقه والقضاء امر يحمد عليه، كونها الميدان الرحب لها، لذلك حاولنا وضع تعريف للعدر المشروع بالقول بانه (كل حدث عارض خاص بالشخص يكون لصاحب العذر بمقتضاها ان يحتج به لتأكيد المطالبة بحقه او لتعديل تنفيذ التزامه او انهاءه، وذلك لدفع الاضرار التي تلحق به عند تحققها، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك)

٢- خلصنا الى ان القانون المدني العراقي اخذ بالعدر المشروع بعناوين وعبارات متعددة، اذ استخدم مصطلح العذر المقبول في عقد الوكالة، في حين استخدم مصطلح العذر المشروع في عقد الوديعة، وعلى الرغم من ان القانون المدني لم يضع قاعدة عامة تحكمها، لان المشرع نظم حالات العذر المشروع بنصوص قانونية عديدة ومتناثرة في القانون المدني، وان ذلك لا يعد مانعاً من رد جميع حالات العذر المشروع الى قواعد عامة واصول كلية، لان جميع حالات العذر المشروع وان كانت مختلفة في التسميات الا انها تشترك في مضمونها بكونها تمثل اذاراً مشروعة تتعلق بالظروف الشخصية الخاصة بالشخص ليحتج بها لتأكيد المطالبة بحقه او لتعديل الالتزام المفروض عليه او انهائه.

٣- تبين من خلال دراستنا بانه يشترط لتطبيق النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية على الوقائع القانونية توافر جملة من الشروط، ولا يمكن ان يقوم من دونها، كان يكون العذر مشروعاً و وان يكون خاصاً بصاحب العذر لا عاماً للناس كافة، وان يكون العذر عارضاً، ويتعذر بتخلف احدى هذه الشروط ان يتمسك صاحب العذر بالنظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية والاحتجاج به اتجاه الطرف الاخر.

٤- توصلنا من خلال دراستنا ان هنالك جملة من الخصائص يتصف به النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية، ومنه انه يتمثل بكونه من الانظمة القانونية العامة المجردة، كما وانه يعمل على تحقيق التوازن في المعاملات المالية.

٥- توصلنا الى ان هنالك العديد من التطبيقات التشريعية للعدر المشروع التي خصتها القوانين المدنية في مجال الحقوق الشخصية، اذ ان لها تطبيق في عقد الوكالة، كما وان لها تطبيق في عقد وديعة.

ثانياً: التوصيات

١- نأمل من المشرع العراقي التدخل لمعالجة المسائل المتعلقة بالأذار المشروعة المتمثلة بالأسباب الشخصية لأصحاب العذر، وذلك من خلال وضع قاعدة عامة تحكم النظام القانوني للعدر المشروع في الحقوق الشخصية، ليتم من خلاله رد جميع حالات العذر المشروع الى قواعد عامة واصول كلية، ويتحقق بذلك معالجة تعدد وتنوع العبارات الواردة بشأن العذر في النصوص الواردة في القانون المدني العراقي، اضافة الى ان وجود قاعدة عامة بشأن العذر المشروع يؤدي الى حماية الطرف الضعيف، الذي طرأ عليه ظرف خاص ارهقه، فيتحقق بذلك توازن في المعاملات المالية، وتيسير لامور الاشخاص ذوو الاذار الخاصة.

٢- نتمنى على المشرع العراقي ان يعدل الفقرة الثالثة من المادة ٩٤٧ من القانون المدني، وذلك بحذف حرف (و) واستبدالها بحرف (او)، وكذلك حذف عبارة (العدر المقبول) واستبدالها بعبارة (العدر المشروع)، بمعنى حذف عبارة (في وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول) واستبدالها بعبارة (في وقت غير مناسب أو بغير عذر مشروع)، ويتحقق بذلك توحيد المصطلحات القانونية من خلال استبدال عبارة العذر المقبول بعبارة العذر المشروع التي تشمل الظروف الشخصية لصاحب العذر، لتتوحد مع المصطلحات القانونية الاخرى ذات العلاقة، وتصبح نطاقاً لتطبيق القاعدة العامة للنظام القانوني للعدر المشروع، من اجل استيعاب الظروف الشخصية بغية اسعافه من الهلاك والضرر في عقد الوكالة، لذا نوصي المشرع العراقي ان يعدل نص المادة ٩٤٧ من القانون المدني العراقي لتكون بالصيغة الاتية (واذا كانت الوكالة باجرة، فان من صدر منه العزل يكون ملزماً بتعويض الطرف الثاني عن الضرر الذي لحقه من جراء العزل في وقت غير مناسب او بغير عذر مشروع).

٣- نوصي القائمين بتطبيق النصوص القانونية وتكييف الوقائع القانونية التي تتضمن حالاتها ظروفاً شخصية خاصة باصحاب العذر، مراعاة احكامه عند اعمال النظام القانوني للعدر المشروع، وذلك من خلال شمول جميع الاشخاص دون تمييز شخص على اخر باحكام هذا النظام، وان يسري احكامه على جميع الوقائع التي تدرج تحته والذي يكون من الممكن اعماله عند توافر شروطه، اذ لا يجوز ان يتم تطبيق احكام العذر المشروع على شخص دون شخص اخر من الذين ينطبق عليهم هذا النظام، كما لا يصح ان تسري على قضية دون اخرى الا بموجب احكام القانون.

المصادر

اولاً: كتب اللغة

- ١- ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، الجزء التاسع، دار صادر، لبنان، بيروت، ١٩٩٤.
- ٢- ابو القاسم الحسين بن محمد الاصفهاني، المفردات في غريب القرآن، الطبعة الاولى، دار القلم، سوريا، دمشق، ١٩٩٢.
- ٣- ايوب بن موسى الحسيني القوي الكفوي، الكليات، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، ١٩٩٨.
- ٤- د. احمد ختار عبدالحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الاولى، الجزء الثاني، عالم الكتاب، ٢٠٠٨.

ثانياً: الكتب القانونية

- ١- د. حسن علي ذنون، شرح القانون المدني العراقي، العقود المسماة، دار وائل للطباعة والنشر، الاردن، عمان، ٢٠٠٩.
- ٢- د. طلبة وهبة خطاب، احكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، ١٩٨٣.
- ٣- د. عبدالرزاق احمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ١٩٩٨.
- ٤- د. عدنان ابراهيم السرحان، العقود المسماة في المقاوله والوكالة والتأمين، الطبعة الاولى، مكتبة دار الثقافة، الاردن، عمان، ١٩٩٦.
- ٥- د. عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية، الجزء الاول، المدخل للعلوم القانونية، الطبعة الخامسة، دار الفكر، سوريا، دمشق، ١٩٦٣.
- ٦- د. عكاشة محمد عبدالعال، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٤.
- ٧- د. محمد شريف عبدالرحمن احمد، الوكالة في التصرفات القانونية، الطبعة الاولى، دار الفكر والقانون للنشر، مصر، المنصورة، ٢٠١٥.
- ٨- د. محمد علي سكيكر و د. معتر كامل مرسى، شرح القانون المدني، العقود المسماة، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
- ٩- د. مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٣.
- ١٠- د. منى ابو بكر الصديق محمد حسان، الاتجاهات القانونية الحديثة لنظرية الظروف الطارئة، الطبعة الاولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، الاسكندرية، ٢٠٢٢.
- ١١- د. نزيه حماد، عقد الوديعة في الشريعة الاسلامية، الطبعة الاولى، دار القلم، سوريا، دمشق، ١٩٩٣.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح

- ١- محمد فواز نور محمد، نظرية العذر واثرها على الالتزام، اطروحة دكتوراه مقدمة الى الجامعة الاسلامية - كلية الشريعة والقانون، باكستان، ٢٠٠٥.

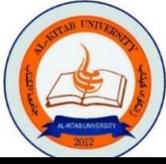
رابعاً: البحوث

- ١- د. نهاية مطر، الوكالة غير القابلة للعزل بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية، المجلد ٤، العدد ٣، ٢٠٠٧.

٢- د. ياسر باسم ذنون، القوة القاهرة واثرها في احكام قانون المرافعات المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، كلية الحقوق، المجلد ١٠، العدد ٣٦، ٢٠٠٨.

خامساً: القوانين

- ١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
- ٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.



The Legislative Policy of Defining Inheritance

A Comparative Study

Dr. Mohammad Yahya Qassim Alhasso
Assist. Prof

College of Law- University of Mosul- Mosul-Iraq

ARTICLE INFORMATION

Received: 9 Oct., 2023
Accepted: 5 Nov., 2023
Available online: 31 Dec., 2023

PP. 459-488

© THIS IS AN OPEN ACCESS
ARTICLE UNDER THE CC BY
LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author

**Dr. Mohammad Yahya Qassim
Alhasso**

College of law- university of
Mosul- Mosul-Iraq

Email:mohammadyahya@uomosul.
edu.iq

Abstract

Inheritance is an innate system that responds to the requirements of human instinct, which makes a person naturally inclined to have his material and moral effects transmitted after him to his successors, whether a son, grandson, or any relative. The source of this may be his feeling that these people are an extension of his life after him. This innate tendency has been approved by various laws in history and to this day. It is a just, precise and accurate system established by the Wise Legislator in the succession of people from one another in money and a legitimate way of obtaining it. The system of inheritance has been distinguished. In Islam, it is the most just and wisest system because it agrees with human nature, by achieving individual ownership and the freedom to benefit from it, and there is no legislation prior to or subsequent to Islam that has reached a level of justice with man as is the case in the Islamic system. The ruling on inheritance is certain if the reasons for it are available, its conditions and pillars are fulfilled, and its impediments are absent. Inheritance is the jurisprudential rules and mathematical controls by which the share of each heir is known, and therefore it is a compulsory succession for the heir in the property of his inheritor or in a right subject to succession. The importance of this knowledge is highlighted among the sciences because it is half of knowledge and the first knowledge that is quickly forgotten, so I wanted to contribute, even if only a small part, to preserving a portion of this knowledge, even if only for a while, and because of the many urgings of the Prophet {peace and blessings be upon him} to learn and teach it.

keywords:(mirath), (wartha), (murth), (Obligations),(astihqaqa), (money)



السياسة التشريعية للتعريف بالميراث دراسة مقارنة



الدكتور محمد يحيى قاسم

أستاذ مساعد

كلية الحقوق - جامعة الموصل - الموصل - العراق

المستخلص

يعد الإرث نظاماً فطرياً يستجيب لمقتضيات الغريزة الإنسانية التي تجعل الانسان يميل فطرياً الى أن تنتقل آثاره المادية والمعنوية من بعده الى من يخلفه من ولد أو حفيد أو أي قريب. وقد يكون مبعثها شعوره بأن هؤلاء إمتداد لحياته من بعده وقد أُقِر هذا الميل الفطري من الشرائع المختلفة في التاريخ والى يومنا هذا، وهو نظام عادل ومحكم ودقيق وضعه الشارع الحكيم في خلافة البشر بعضهم لبعض في المال وطريق مشروع من طرق الحصول عليه، وقد امتاز نظام التوريث في الإسلام، بأنه أعدل النظم وأحكمها لموافقته للفطرة البشرية، بتحقيقه الملكية الفردية، وحرية الانتفاع بها، وليس هناك تشريع سابق للإسلام أو لاحق له، وصل في عدله مع الإنسان كما هو الحال في النظام الإسلامي. ويكون الحكم بالميراث مؤكداً إذا توافرت أسبابه وتحققت شروطه وأركانه وانتفت موانعه. فالميراث هو القواعد الفقهية والضوابط الحسابية التي يعرف بها نصيب كل وارث، ولذا فهو خلافة إجبارية للوارث في مال مورثه أو في حق قابل للخلافة. وتبرز أهمية هذا العلم من بين العلوم لكونه نصف العلم وأول علم يسارع إليه النسيان فأردت أن أساهم ولو بجزء يسير في حفظ جزئية من هذا العلم ولو إلى حين، ولكثرة حث النبي {عليه الصلاة والسلام} على تعلمه وتعليمه.

الكلمات المفتاحية: (ميراث)، (وارث)، (مورث)، (فرائض)، (استحقاق)، (مال).

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٣/١٠/٩

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٤/١١/٥

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution) (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح
الاقتباس: الدكتور محمد يحيى قاسم

(٢٠٢٣)

"السياسة التشريعية للتعريف بالميراث"

(دراسة مقارنة)

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وإمام المتقين وقادة الناس أجمعين وعلى آله وصحبه والتابعين. وسيتم توضيح مقدمة البحث في الفرائض الآتية:

أولاً: التعريف بموضوع البحث: يعد الميراث في الإسلام حقا شرعيا يثبت لورثة المتوفى الذي عينهم الشارع الحكيم في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وإجماع الأمة، وهو طريقة مشروعة للتملك في جميع الشرائع الإلهية والقوانين الوضعية والمذاهب الاقتصادية كلها، لا سيما أن أهمية الميراث تبرز من أهميته في إنتقال الملكية إذ إنه يرسم الطريق لنقلها من السلف إلى الخلف، وبخاصة إن الإنسان حريص بطبعه على الاستزادة من التملك فهو بحاجة إلى المال مادام على قيد الحياة وتنتهي هذه الحاجة بوفاته كما أن ملكيته تنتهي بهذه الوفاة وقد اهتمت مختلف الشرائع والمجتمعات في تنظيم عملية انتقال هذه الأموال. لذا بات من الضروري بيان ذلك من خلال تعريفه ومشروعيته وعناصره.

ثانياً: مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في الأسباب الآتية:

١. لم يعرف المشرع الميراث ضمن نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي وهذا موقف منتقد؛ لأن إيراد تعريف في بعض الحالات يجنب القضاء تضارب الأحكام ويوحدها.
٢. بالرغم من أن المشرع العراقي نص على القرابة كسبب من أسباب الميراث. إلا أنه لم يحدد أي قرابة تستحق الإرث.
٣. بالرغم من أن المشرع العراقي نص على تحقق حياة الوارث كشرط للميراث إلا أنه لم يبين نوع الحياة، حقيقة أو تقديرًا.
٤. رغم تنظيم المشرع العراقي لشروط الميراث إلا أنه غفل عن شرط آخر لإستحقاق الإرث، وهو عدم وجود مانع من موانع الميراث؛ لأن الموانع إذا ما توفرت ينعدم التوارث، كما أن الشرط والمانع كلاهما لا يدخلان في ماهية الشيء (الميراث). فضلاً عن ذلك إن كل ما يكون وجوده مانعاً من تحقق الحكم، يكون إنتفاؤه شرطاً له.

ثالثاً: نطاق موضوع البحث: سنقتصر في دراسة موضوع بحثنا على الفقرات الآتية: تعريف الميراث، ودليل مشروعيته، وأسبابه، وشروطه، وأركانه.

رابعاً: منهجية البحث: إتبعنا عند دراسة هذا الموضوع أسلوب المنهج المقارن بين قانون الأحوال الشخصية العراقي والفقهاء الإسلاميين، فضلاً عن مقارنة قانون الأحوال العراقي مع بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية والغربية (المصري، والمغربي، والإماراتي، والفرنسي) من ناحية أخرى، ثم اعتمدنا المنهج التحليلي من خلال تحليل الآراء الفقهية والنصوص التشريعية القانونية ثم مناقشتها، وترجيح الآراء السديدة منها عند الاقتضاء.

رابعاً: خطة البحث: سيتم دراسة موضوع البحث من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: تعريف الميراث ومشروعيته وأسبابه.

المبحث الثاني: عناصر الميراث.

المبحث الأول

تعريف الميراث ومشروعيته وأسبابه

يعد علم الفرائض والمواريث من العلوم المهمة التي إعتنى بها السلف ، ويكفي هذا العلم شرفاً أن الله عز وجل بيّن تفاصيله في كتابه ولم يبين تفاصيل فرض غيره كالصلاة والزكاة وغيرها بل قال (وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ)^(١) فنذكرها مجملة ولم يبين كم عدد ركعات الصلاة ولا مقدار نصاب الزكاة، بينما فصل في الفرائض وذكر أحكامها مما يدل على أهميتها ثم قال بعد آيتي الفرائض، (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ) ^(٢). ولأهمية ذلك سوف نقسم هذا المبحث على المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الميراث ومشروعيته.

المطلب الثاني: أسباب الميراث.

المطلب الأول

تعريف الميراث ومشروعيته

يعد علم الميراث علماً دقيقاً وجليلاً، إذا ضاع من المرء ضاع منه العلم، وللوقوف على تعريف الميراث وبيان دليل مشروعيته، سيتم تقسيم هذا المطلب على الأفرع الآتية:

الفرع الأول

تعريف الميراث لغة

الميراث لغة: مصدر من الفعل (وَرِثَ)، وأصل الهمزة فيه واو وَرِثَ يَرِثُ إرثاً وميراثاً، فيقال: ورث أباه، وورث الشيء من أبيه، وورث فلان إذا مات مورثك، فصار ميراثه لك^(٣)، والميراث يطلق في اللغة باطلاقين: الأول المصدر، أي بمعنى الوارث، والثاني إسم مفعول أي بمعنى الموروث. فإن تم إستعمال لفظ ميراث وأريد به المصدر، فإن له معنيين:-

الأول: الأصل والبقاء. ومنه اسم الله "الوارث"، وهو الباقي الدائم الذي يرث الخلائق، ويبقى بعد فنائهم، والله يرث الأرض ومن عليها^(٤)، قال تعالى: (وَزَكَرِيَّا إِذْ نَادَى رَبَّهُ رَبِّ لَا تَذَرْنِي فَرْدًا وَأَنْتَ خَيْرُ الْوَارِثِينَ)^(٥).

(١) سورة البقرة، الآية، (٤٣).

(٢) سورة النساء، الآية، (١٣).

(٣) محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ج٢، ط١، مادة (ورث)، دار صادر، بيروت، من دون سنة نشر، ص ١١١.

(٤) محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ج٢، المصدر نفسه، ص ١٩٩.

(٥) سورة الانبياء، الآية، (٨٩).

الثاني: بمعنى الإرث وهو الانتقال في الشيء من شخص إلى آخر، أو من قوم إلى آخرين، سواء أكان الانتقال، حسيًا: كأن ينتقل المال إلى وارث موجود في الحقيقة. أو حكميًا: كأن ينتقل المال إلى الجنين في بطن أمه قبل ولادته. أو معنويًا: كما في انتقال بعض الصفات كالعلم أو الخلق وغير ذلك. وإن استعمل لفظ الميراث وأريد به إسم المفعول، فيكون عندها مرادفًا للإرث، أي الشيء الموروث، وهذا المعنى هو المتبادر في عرف الناس، عند إطلاق لفظ الميراث فنقول: هذا المال ميراث أو إرث فلان^(٦). عليه ومما تقدم يمكن القول أن معنى الميراث في اللغة (انتقال الميراث من شخص الى شخص، أو من قوم الى قوم، وهو أعم من أن يكون بالمال أو بالعلم أو بالمجد والشرف).

الفرع الثاني تعريف الميراث إصطلاحاً

للميراث في الاصطلاح عدة معاني وان كانت بمجملها تتعلق بتنظيم حال تركة المتوفي بعد وفاته، وقد عرفه الفقهاء بالعديد من التعريفات. فعرفه الحنفية بأنه: (انْتَقَالَ مَالِ الْغَيْرِ إِلَى الْغَيْرِ عَلَى سَبِيلِ الْخِلَافَةِ)^(٧). وعرفه المالكية بأنه: (علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث)^(٨). وعرفه الحنابلة بأنه: (هو حق قابل للتجزئ ثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما)^(٩)، ووافقهم فيه المالكية لكنهم أضافوا لنهاية التعريف (أونحوها)^(١٠). وعرفه الإمامية بأنه: (استحقاق إنسان بموت آخر بنسب، أو سبب شيئاً بالأصالة)^(١١). وعرفه الفقه المعاصر بأنه علم وفن شريف جمع بين المنقول والمعقول من فقه وحساب وأنساب يرمي إلى توصيل الحقوق لأهلها)^(١٢). من خلال ما تقدم يمكن القول أن ما جاء به (الحنابلة والمالكية) من تعريف قد يكون جامعاً مانعاً؛ لأن قولهم حق) فهو يتناول المال وغيره، أما التعريفات الأخرى للفقهاء فهي مجملة وغير مانعة، فالحنفية أدخلوا حقوقاً في التركة ليست ميراثاً، كالديون والوصايا.

(٦) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الفتح الكبير، تحقيق يوسف النبهاني، ج٢، ط١، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص٢٥١.

(٧) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية البلدي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، مطبعة الحلبي، ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م، ص٨٥.

(٨) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عيش، ج٤، دار الفكر، بيروت، دون سنة نشر، ص٤٥٦.

(٩) ابراهيم بن عبد الله بن ابراهيم الفرضي، العذب الفائض شرح عمدة الفارض، ج١، دون دار ومكان وسنة نشر، ص١٦.
(١٠) محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٦، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ، ص٤٠٦.

(١١) العاملي الشهيد الثاني، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، تحقيق السيد محمد كلانتر، ج٨، ط١، دون دار ومكان وسنة نشر، ص١١.

(١٢) ابن خلدون، مقدمه ابن خلدون، ط٤، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م، ص٤٥١.

الفرع الثالث

تعريف الميراث قانوناً

بالرغم من ورود مصطلح الإرث (الميراث) في الباب التاسع من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لعام ١٩٥٩م^(١٣)، والقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١م^(١٤)، إلا أن المشرع العراقي لم يُعرّفه، وفي مثل هذه الحالة يجب الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية بوصفها أحد المصادر الأساسية، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي على أن: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون". ونصت الفقرة الاولى من المادة الاولى من القانون المدني العراقي على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد حكمت بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيّد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة". وبالرغم من عدم تعريف المشرع العراقي للأرث (الميراث) في قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني إلا أنه عرف التركة في الفقرة (أ) من المادة الاولى من قانون ضريبة التركات رقم (٧) لعام ١٩٦٦ بأنها (كل ما يتركه المتوفي من أموال منقولة وعقارات وحقوق والتزامات بما في ذلك عقود التأمين لمصلحة الغير). والملاحظ على هذا التعريف أن المشرع العراقي وسع في مفهوم التركة فجعلها تشمل الحقوق والالتزامات وبعض العقود الخاصة التي لها صلة بالمال. من هنا يمكن القول: إن المشرع العراقي منح القاضي حرية الاجتهاد للأخذ بأي تعريف يراه مناسباً من تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية للدعوى المنظورة أمامه. ونرى ومن وجهة نظرنا المتواضعة أن المشرع العراقي لم يكن مصيباً بعدم إيراد تعريف للإرث (الميراث)؛ وهذا موقف منتقد؛ لأن إيراد تعريف في بعض الحالات يجنب القضاء تضارب الأحكام ويوحدها.

أما بالنسبة للقوانين المقارنة فلم يعرف قانون الميراث المصري رقم (٧٧) لعام ١٩٤٣، الإرث وترك ذلك للفقه، شأنه شأن المشرع العراقي، وفي مثل هذه الحالة يتم الرجوع إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي^(١٥). وهو بهذا الموقف يطابق موقف المشرع العراقي. أما المشرع المغربي فقد عرف

(١٣) فعلى سبيل المثال تنص المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن: "أ. أركان الإرث ثلاثة: ١. المورث: وهو المتوفي. ٢. الوارث: وهو الحي الذي يستحق الارث. ٣. الميراث: وهو مال المتوفي الذي يأخذه الوارث".

(١٤) فعلى سبيل المثال تنص المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي على أنه: "قضايا الميراث يسري قانون المورث وقت موته مع مراعاة ما يلي: أ. اختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة والعقارات، غير ان العراقي لا يرثه من الاجانب الا من كان قانون دولته يورث العراقي منه. ب. الاجنبي الذي لا وارث له تؤول امواله التي في العراق للدولة العراقية ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك".

(١٥) ينظر نص المادة (٣) من قانون تنظيم إجراءات التقاضي المصري رقم (١) لعام ٢٠٠٠ والتي تنص على أن: "تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".

الإرث بأنه ((إنتقال حق بموت مالكة بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعا بلا تبرع ولا معاوضة))^(١٦). وهو بهذا التعريف يقصد إجمالاً إستحقاق شخص أو أشخاص للتركة بموت مالكة سالمة من حقوق الغير، إذا توفرت الأسباب والشروط وانتفت الموانع. وكذلك فعل المشرع الإماراتي فقد عرف الإرث في المادة (٣١٣) من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم (٢٨) لعام ٢٠٠٥ بأنه ((انتقال حتمي لأموال وحقوق مالية، بوفاة مالكة، لمن إستحقها)). والملاحظ على تعريف المشرع الإماراتي أنه بين أركان وشروط إنتقال الميراث وهذا موقف يحسب للمشرع الإماراتي. وهنا يرى الباحث أنه على الرغم من أن التعريف من إختصاص الفقه وليس المشرع. إلا أن وضع المشرع الإماراتي تعريفاً للإرث يحسب له هذه الجراءة؛ كونه قانون حديث النشأ إذا ما قورن مع القانون العراقي والقوانين المقارنة الأخرى. وإعانة القضاء في تطبيق القانون، وتوحيد أحكامه بدلاً من تضاربها. وبناءً على ما تقدم نقترح على المشرع العراقي الأخذ بالتعريف الآتي للميراث بأنه: "ما يتركه المورث من مال أو حق يثبت لمستحقه بعد وفاته، ويعرف منه نصيب كل وارث".

الفرع الرابع مشروعية الميراث

ثبتت مشروعية الميراث بأدلة مجملة في الكتاب والسنة والإجماع وهذا ما سنبينه في المقاصد الآتية:

المقصد الأول الكتاب الكريم

وردت في القرآن الكريم آيات تتعلق (بالميراث) وتؤكد مشروعيته. إذ جاء في قوله تعالى: (لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا)^(١٧). ووجه الدلالة كما ذكره الإمام القرطبي: إن الله تعالى بين في هذه الآية وما بعدها من آيات - ما أجمله في قوله تعالى: (لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ) (وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ)^(١٨). فدل هذا على جواز تأخير البيان عن وقت السؤال وبالجملة فهذه الآية تؤسس مشروعية الميراث وتوجب تقسيم إرث المتوفى^(١٩).

المقصد الثاني السنة النبوية

وردت في السنة النبوية المطهرة أحاديث كثيرة تدل على الميراث منها:

(١٦) ينظر المادة (٣٢٣) من قانون المدونة المغربي رقم (١٩٠ ، ٥٧ ، ١) لعام ١٩٥٧.

(١٧) سورة النساء، الآية، (٧).

(١٨) سورة النساء، جزء من الآية، (٧).

(١٩) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق هشام سمير البخاري، ج٥، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م، ص٥٥.

١. عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ (رضي الله عنهما)، عَنِ النَّبِيِّ مُحَمَّدٍ (صلى الله عليه وسلم) قَالَ: «أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ»^(٢٠). والملاحظ أنه لو ضمنا هذا الحديث مع الآيات السابقة يتضح لنا أنها قد استوعبت جميع أحكام المواريث. حيث أن هذا الحديث يدل على أن الباقي من التركة بعد إستيفاء أهل الفروض الأنصبة المقدره لفروضهم يكون لأقرب العصابات من الرجال، ولا يشاركه من هو أبعد منه.
٢. عن المقدم بن معد عن النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) قال: «من تَرَكَ كَلًّا فَآلِيَّ وَرُبَّمَا قَالَ إِلَى اللَّهِ وَإِلَى رَسُولِهِ وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ وَأَنَا وَارِثٌ مِنْ لَا وَارِثٌ لَهُ أَعْقِلُ لَهُ وَأَرِثُهُ وَالْخَالُ وَارِثٌ مِنْ لَا وَارِثٌ لَهُ يَعْقِلُ عَنْهُ وَيَرِثُهُ»^(٢١).

المقصد الثالث

الإجماع

اجمع الصحابة والتابعون ومن بعدهم علماء الأمة منذ عصر النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) إلى يومنا هذا على مشروعية الفرائض وتقسيم التركة على ورثة المتوفى كما حددها القرآن الكريم وبينتها السنة النبوية المطهرة، والإجماع في عهد عمر (رضي الله عنه)، الذي حدد نصيب الجدة، ولم ينكر أحد ذلك من الصحابة (رضي الله عنهم)^(٢٢).

المطلب الثاني

أسباب الميراث

بعد أن تناولنا فيما سبق تعريف الميراث ومشروعيته، يقتضي الأمر في هذا المطلب أن نتناول أسباب الميراث؛ حتى يتم الإحاطة بالموضوع. وهذا ما سنبينه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

أسباب الميراث

السبب في اللغة: هو كل شيء يتوصل به إلى غيره أو إلى مقصود ما^(٢٣)، أما معنى السبب في عرف أهل الشرع فهو: الوصف الظاهر المنضبط الذي جعله الشارع دليلاً معرّفًا للحكم الشرعي، كالنكاح

(٢٠) أخرجه الإمام البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، ج ٨، ط ١، كتاب الفرائض، باب ميراث الولد من أبيه وأمه، رقم الحديث (٦٧٣٢)، دار طوق النجاة، دون مكان نشر، ١٤٢٢هـ، ص ١٥٠.

(٢١) سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، ج ٤، ط ١، باب ميراث ذوي الارحام، حديث رقم (٢٨٩٩)، دار الرسالة العالمية، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م، ص ٥٢٦.

(٢٢) ابن رشد القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الاندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢، ط ١، مطبعة أحمد كامل بدار الخلافة العلمية، ١٣٣٣هـ، ص ٢٨٤.

(٢٣) محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٥٨.

والقربة سبباً للإرث بين الزوجين^(٢٤). إذ جاء في المادة: (٩٧) من مجلة الأحكام العدلية: "لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي"^(٢٥). وأسباب الميراث نوعان: سبب عام وسبب خاص^(٢٦)، أما أسباب الميراث المتفق عليها في الفقه الإسلامي ثلاثة هي: القربة، والزوجية، والولاء^(٢٧). عليه أن أسباب الميراث التي لا يكون إستحقاق الإرث إلا بها، ثلاثة: القربة (النسب)، والنكاح الصحيح، والولاء سنبحتها في الآتي:

المقصد الأول القربة

تعد القربة من أسباب الميراث، ويقصد بها الصلة النسبية بين المورث والوارث بالولادة، وتشمل كل من بينه وبين قريبه صلة، سواء أكانت من جهة الأب أم من جهة الأم^(٢٨). والمراد بالقربة هنا القربة الحقيقية تمييزاً عن القربة الحكيمة. وتعد هذه الصلة اقوى أسباب الميراث؛ لأنها من الأصل موجودة لا تزول في حين أن الزوجية والولاء سبب طارئ يزول^(٢٩). فورث الإسلام الأصول مع الفروع للتساوي في درجة القربة، وأشرك الأولاد جميعهم في التركة لا فرق بين كبيرهم وصغيرهم؛ حتى لا تتجمع الثروة في أيدي أحدهم ويحرم الآخرون^(٣٠). وبذلك أخذت القوانين المقارنة ومنها القانون العراقي. موقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة من القربة كسبب من أسباب الميراث:

بالرغم من أن المشرع العراقي نص على القربة كسبب من أسباب الميراث^(٣١). إلا أنه لم يحدد أي قربة تستحق الإرث حيث إن لفظ القربة جاء مطلق والمطلق يجري على إطلاقه مع مراعاة الحجب والموانع في الميراث، إلا أنه يمكن القول إن القربة التي قصدها المشرع هنا القربة الحقيقية بالفرض

(٢٤) بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق د. محمد محمد ثامر، ج ١، ط ١، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م، ص ٢٤٦.

(٢٥) علي حيدر، شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر، ص ٨٦.

(٢٦) السبب العام: هو الولاية العامة للإسلام. والسبب الخاص، هو ما اختص به علم الفرائض، ويقسم إلى نكاح وولاء ونسب، للمزيد من التفاصيل ينظر عبدالله بن محمود البلدحي، الاختيار لتعليل المختار، ج ٣، مصدر سابق، ص ٥٤٨.

(٢٧) محمد بن احمد السرخسي، المبسوط، ج ٢٩، ط ٣، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م، ص ١٣٨.

(٢٨) د. احمد علي الخطيب، شرح قانون الاحوال الشخصية، القسم الاول في (احكام الميراث)، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٢، ص ١٧.

(٢٩) للمزيد ينظر د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ج ٢، الوصايا والمواريث، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٩١، ص ٧٣.

(٣٠) محمد عبد الرحيم الكشكي، الميراث المقارن، ط ٣، دار النذير للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٦٩ م، ص ٢٢.

(٣١) ينظر نص الفقرة (ب) من المادة (٨٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي نصت على: " ب .أسباب الإرث اثتان هما القربة".

والتعصيب وليس الحكمية؛ لأنه بالرجوع الى القانون المدني العراقي نلاحظ أن نص المادة (٣٨) منه حدد مفهوم القرابة أو ذوي القربى بأنهم من يجمعهم أصل مشترك^(٣٢). وجاء موقف المشرع الاماراتي مطابق للمشرع العراقي^(٣٣). وكذلك فعل المشرع المصري فقد نص على القرابة كسبب للميراث شأنه شأن المشرع العراقي؛ إلا أنه حدد المراد بالقرابة^(٣٤). اما المشرع المغربي فبالرغم من أنه نص على القرابة كسبب ثاني للميراث مع الزوجية؛ إلا أنه قال بأن كلا السببين، تعد أسباب شرعية لا تكتسب بالإنترام ولا بوصية فليس لكل من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث، ولا التنازل عنه للغير^(٣٥). أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فقد نصت المادة(٧٣٤) منه على: ((في حالة عدم وجود زوج أهل الإرث، يستحق الأقارب أن يرثوا المتوفى وفقاً لما يلي: ١. الأولاد وفروعهم، ٢. الأب والأم، والأخوة والأخوات وفروع هؤلاء، ٣. الأصول غير الأب والأم، ٤. الحواشي غير الأخوة والأخوات وفروع هؤلاء، تشكل كل من هذه الطبقات الأربع طبقة وريثة تحجب الطبقات التي تليها))^(٣٦). والقاعدة في ميراث هؤلاء في القانون الفرنسي هي أن وريثة المرتبة الأقرب تحجب وريثة المرتبة الأبعد، أما إذا إتحد الورثة في المرتبة فالأقرب درجة يحجب الأبعد درجة، ويحجب الإبن إبن الإبن، والعم يحجب إبن العم، مع الأخذ بالإعتبار أحكام التمثيل المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي، وبإستثناء الفروع فلا يحجبون الزوج، كما إن الزوج لا يحجب أبوي المتوفى رغم أنهم اقرب درجة، ويلحظ على هذه المادة إنها تجعل الزوج في المرتبة الاولى للميراث وأنه يحجب جميع الورثة عدا أبوي المتوفى إذا توفرت فيه شروط الميراث^(٣٧)، وعند عدمه أو كان غير أهل للميراث يرث بقية الورثة نصيبهم من التركة، وهذا موقف منتقد من المشرع الفرنسي، لأنه لم يجعل للأب والأم نفس قوة الزوج بالميراث على الرغم من أنهم سبب وجود المورث المتوفى وبميراثهم من الأبن المتوفى سوف يرد لهم جزء يسير مما أنفقوه في تربية إبنهم فضلاً عن أنهم قد يكونوا فقراء يحتاجون المال للعيش وفي سن لا يستطيعون فيه العمل لكسب قوتهم. لذا وبرأي المتواضع أجد أن القوانين المقارنة العربية أفضل تنظيمياً لهذه المسألة من القانون الفرنسي.

^(٣٢) ينظر نص المادة(٣٨) من القانون المدني العراقي النافذ رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

^(٣٣) ينظر نص المادة (٣١٥) من قانون الاحوال الاماراتي النافذ.

^(٣٤) ينظر نص المادة (٧) من قانون الميراث المصري النافذ والتي تنص على: "اسباب الارث الزوجية والقرابة والعصوبة السببية وويكون الارث بالقرابة بطريق الفرض او بالتعصيب او بهما معاً او بالرحم مع مراعاة قواعد الحجب والرد، فان كان لوارث جهتا ارث ورث بهما معاً مع مراعاة احكام المادتين(١٤ و ٢٧).

^(٣٥) ينظر نص المادة (٣٢٩) من قانون مدونة الاسرة المغربي .

^(٣٦) جورج فيدركر واليس تيسران مارتان وكسافيه هنري وفرانسوا جاكوب غي فيناندة وفرانسوا باراتون وباسكال غيومار، ترجمة القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ المعدل وفق المرسوم التشريعي (١٣١) عام ٢٠١٦. الى العربية، طبعة دالوز، ٢٠٠٩، الثامنة بعد المئة بالعربية، جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، ٢٠١٢. ص ٧٦٧.

^(٣٧) سراج الدين محمد بن عبد الرشيد السجاوندي، السراجية في الميراث، ط١، مكتبة المدينة، كراتشي، باكستان، ٢٠١٧، ص ١٦.

المقصد الثاني النكاح (الزواج الصحيح)

يعد النكاح الصحيح^(٣٨)، سبباً للميراث بين الزوجين؛ لان الزوجية تعد اقوى ترابط حيوي وامتن صلة اجتماعية بين الزوجين ما دامت قائمة وباقية. ويشترط للإرث بين الزوجين الآتي:

١- أن يكون عقد الزواج صحيحاً عند وفاة أحد الزوجين، ولا يشترط حصول الدخول أو الخلوة. لقوله تعالى (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ)^(٣٩). وقد أخذ بهذا الاطلاق المشرع العراقي^(٤٠).

٢- قيام الزوجية حقيقةً أو حكماً: تكون الزوجية قائمة حقيقةً عند وفاة أحد الزوجين، ولم تحدث فرقة بينهما يترتب عليها قطع الزوجية لأي سبب من الأسباب. وتكون قائمة حكماً عند وفاة أحد الزوجين، في عدة الطلاق الرجعي في الصحة والمرض وبيوته الآخر؛ لأن الطلاق الرجعي لا يقطع حكم الزوجية ما دامت لم تنته عدة المطلقة. أما إذا كان الطلاق بائناً وتوفى أحدهما في العدة، لا خلاف بين الفقهاء في عدم إستحقاق أحدهما الإرث من الآخر. وإذا حصل الطلاق البائن في حالة المرض وكان من باشر الفرقة فاراً من الميراث ترثه زوجته^(٤١).

موقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة من النكاح كسبب من أسباب الميراث:

تناول المشرع العراقي أسباب إستحقاق الإرث، وإقتصرها على سببين، وجعل النكاح الصحيح أحد هذه الأسباب، وذلك بحسب ما جاء في الفقرة (ب) من نص المادة (٨٦) والتي تنص على " ب - أسباب الإرث اثنان هما والنكاح الصحيح". والمراد بالنكاح لدى المشرع العراقي هو الزواج الناتج عن عقد صحيح نظم وفق الاحكام الشرعية والقانونية سواء أحصل الدخول أم لم يحصل^(٤٢).

اما عن موقف المشرع المصري فقد إعتبر الزوجية الصحيحة احد اسباب الميراث بحسب ما جاء في نص المادة السابعة من قانون الميراث المصري والتي تنص على: " أسباب الإرث الزوجية...". اما

^(٣٨) عرفت الفقرة الاولى من المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) عام ١٩٥٩ الزواج بانه ((عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غاية انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)).

^(٣٩) سورة النساء، الآية(١٢).

^(٤٠) ينظر الفقرة الاولى من المادة (٩١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي تنص على ((يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع، ويستحق النصف عند عدمه، اما الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث والربع عند عدمه)).
^(٤١) للمزيد من التفاصيل ينظر، محمد يحيى قاسم، مرض الموت واثره في زواج المريض وانحلاله (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الموصل ، ٢٠١٨، ص ٨٩ وما بعدها.

^(٤٢) اما بالنسبة لعقد النكاح الفاسد، الذي فقد شرطاً من شروط الصحة كالشهود مثلاً ، أو عقد النكاح الباطل الذي تخلف أحد اركانه كأن وقع على محل غير مشروع كنكاح المحارم فلا يوجب الميراث. للمزيد من التفاصيل حول ذلك ينظر، د.احمد علي الخطيب وآخرون، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لعام ١٩٥٩، مصدر سابق، ص ٣١ وما بعدها.

المشروع المغربي فقد قصر أسباب الإرث على سببين فقط أحدهما الزوجية الصحيحة، بحسب ما جاء في مدونة الاسرة المغربي في المادة (٣٢٩) منه والتي تنص على: "أسباب الإرث الزوجية... وكذلك إقتصر المشروع الإماراتي الإرث على سببين منها الزوجية الصحيحة وذلك بحسب نص المادة (٣١٥) من قانون الأحوال الإماراتي والتي تنص على: "أسباب الإرث الزوجية...". أما القانون الفرنسي: فقد عد الزوجية من أسباب الميراث بحسب ما جاء في المادة (٧٣٢) والتي تنص على: "الزوج الموهل للإرث هو الزوج الباقي على قيد الحياة غير المطلق". وهذا يعني أن الزوجية تعد من أسباب الميراث في القانون الفرنسي شأنه شأن قانون الأحوال العراقي والتشريعات المقارنة.

المقصد الثالث

الولاء^(٤٣)

يطلق عليه القرابة الحكيمة؛ لأنه صلة تربط الشخص بغيره، ويرث به المعتق وعصبته ويترتب عليها بعض الأحكام التي تطبق على الأقارب الحقيقيين. ويعتبر ولاء العتاقة سبباً من أسباب الإرث عند جمهور الفقهاء. أما ولاء الموالاة فلا يعتبرونه من أسباب الإرث بسبب نسخه بما جاء بقوله تبارك وتعالى:

(وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)^(٤٤). أما الحنفية فيجعلونه سبباً من أسباب الإرث إذا تحققت شروطه بأن يكون كل من الطرفين بالغاً عاقلاً حراً وذلك لقوله تعالى: (وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوْلَىٰ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيْبَهُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا)^(٤٥).

موقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة من الولاة كسبب للميراث:

سكت المشروع العراقي في قانون الأحوال الشخصية، ولم ينص على الولاة كسبب للميراث؛ لإلغاء نظام الرق، وهذا موقف يحسب له، وكذلك فعل المشروع المغربي والإماراتي^(٤٦). أما المشروع المصري فقد أخذ بنظام الولاة على إعتباره سبباً من أسباب الميراث^(٤٧)، والولاة الذي قصده ولاء العتق والذي يسمى بالعصبة السببية والملاحظ على موقف المشروع المصري إنه أخذ برأي الأحناف بإعتبار العصبة السببية سبب من أسباب الإرث، وكذلك لم ينص المشروع الفرنسي على الولاة كسبب من أسباب الميراث^(٤٨).

(٤٣) الولاة نوعان: ولاء العتق، وولاء الموالاة، ولاء العتق: هو عسوبة سببها نعمة المعتق على رقيقه، أما ولاء الموالاة: فهو عقد بين عربي وعجمي على أن يرث العربي العجمي إذا مات ويعقل عنه إذا جني أي يدفع الدية عنه، ويرث كل منهما الآخر إذا مات من غير وارث مطلقاً، للمزيد من التفاصيل ينظر كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٤، ط٢، كتاب العتاق، دار الفكر، بيروت، من دون سنة نشر، ص ٤٣٢.

(٤٤) سورة الانفال، الآية، (٧٥).

(٤٥) سورة النساء، الآية، (٣٣).

(٤٦) ينظر المادة (٣٢٩) من قانون المدونة المغربي، والمادة (٣١٥) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي.

(٤٧) ينظر المواد (٧ و ٣٩ و ٤٠) من قانون المواريث المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣.

(٤٨) ينظر المادة (٧٣١، و ٧٣٢) من القانون المدني الفرنسي.

عليه ومن خلال ما تقدم نلاحظ تطابق الموقف القانوني لكل من المشرع العراقي والاماراتي والمغربي والفرنسي في أسباب الميراث (الأرث). من حيث حصر اسباب الارث في سببين أساسيين هما (القربة والنكاح الصحيح)، بخلاف المشرع المصري الذي أضاف سبباً ثالثاً للميراث وهو الولاء (ولاء العتاقة).

المبحث الثاني عناصر الميراث

يعد الميراث من أهم الأنظمة الفطرية التي تستجيب للمقتضيات المفروضة من الغريزة الإنسانية وهذا يجعل الإنسان يميل فطرياً الى نقل الآثار المادية للميراث الى من يخلفه من ورثته، ولكي نكون امام ميراث لا بد من توافر أركان يقوم عليها وشروط معلق على استحقاقها، وهذا ما سنبحثه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول أركان الميراث

الركن لغةً: هو أحد الجوانب التي يستند اليها الشيء ويقوم بها، وجانب الشيء الأقوى الذي قد يتوقف وجوده عليه^(٤٩). وقد عرفه الحنفية بقولهم: ما توقف الشيء على وجوده وكان جزءاً من حقيقته وعرفه غيرهم بأنه: ما لا بد منه لتصور الشيء سواء أكان جزءاً منه أو مختصاً به^(٥٠). عليه أركان الميراث ثلاثة هي: المورث، والوارث، والموروث أو (التركة). ولأهمية أركان الميراث سوف نتناولها في الفروع الآتية:

الفرع الأول المورث

هو الشخص الذي إنتقل من دار الفناء إلى دار البقاء، ويمكن للغير أن يرثه، إذ يبدأ موضوع التركة بحصول وفاة إنسان كان على قيد الحياة. وبدون حصول واقعة الوفاة فلا يجوز بأي حال من الأحوال التصرف في تركته من تلقاء نفسه أو من طرف غيره، والمورث هو الميت حقيقة أو حكماً أو تقديراً. فالميت حقيقة هو الذي إنعدمت حياته بعد وجودها، إذ أن لكل إنسان بدايةً ونهايةً للحياة، وهي ما يطلق عليها قانوناً بالشخصية الطبيعية وفقاً لأحكام المادة (٣٤) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لعام ١٩٥١ م المعدل، أما الميت حكماً فهو من حكم القاضي بموته مع احتمال حياته،

(٤٩) إبراهيم مصطفى واحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، ج٢، دار الدعوة، دون مكان وسنة نشر، ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٥٠) عبدالله بن محمود البلدحي، الاختيار لتعليل المختار، ج١، مصدر سابق، ص ٢٣٢؛ وشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج١، دار الفكر للطباعة، بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م. ص ٤٤٩-٤٥٠.

مثل المفقود^(٥١). ويعد تاريخ صدور الحكم هو تاريخ وفاة المفقود استناداً للمادة (٩٥) من القانون نفسه، ويؤيد ذلك القرار الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية، والذي جاء فيه: إن الحكم المراد تمييزه على وفق أحكام المادة (٣٠٩) مرافعات مدنية صحيح وموافق للقانون لأن محكمة الموضوع أجرت، تحقيقاتها بالموضوع وتحقق لها عدم معرفة مصير المفقود.. على الرغم من الإعلان عن فقدانه بموجب حجة الحجر والقيومة بالعدد ١/حجة/ ٢٠٠٨ وتاريخ ٢٢/٨/٢٠٠٨ والاستماع لبيئة شخصية أحدها لشقيق المفقود المحجوب عن الإرث بفرض الوفاة بالفرع الوارث والأصل، فهو تطبيق سليم لأحكام المادتين (٨٧،٩٣)/ ثانياً من قانون رعاية القاصرين^(٥٢). أما الميت تقديراً فهو الذي تقتض حياته ثم يموت، كالجنين الذي ينفصل بجناية عن أمه^(٥٣).

أما عن موقف المشرع العراقي والتشريعات المقارنة من ركن المورث، فمن خلال استقراء نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، يمكن القول إن المشرع بين هذا الركن بنص صريح في الفقرة الأولى من المادة (١/٨٦) إذ عرف المورث بالمتوفى، وذلك في نطاق بيانه لأركان الميراث، وهو تعبير غير دقيق لأن الله تعالى يتوفى الأنفس عند موتها وعند نومها، ولا يتحقق الميراث في حال عدم وجود هذا الركن، وبالرغم من ذلك لم يبين المشرع ما المقصود بالمتوفى وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية يتبين لنا أن المقصود به هو الشخص الذي فقد الحياة حقيقتاً كما إذا شوهد أو حكماً كالمفقود،^(٥٤).

أما عن موقف قانون الميراث المصري: فسكت المشرع المصري عن بيان المورث بنص صريح لكن بالرجوع إلى المادة الأولى من قانون الميراث المصري والتي تنص على: (يستحق الإرث بموت المورث أو بإعتباره ميتاً بحكم القاضي). يتبين لنا رغم عدم النص الصريح على ركن المورث إلا أن المشرع بين ركن المورث من خلال إشتراطه موت المورث لكي يتحقق الإرث بالنسبة للوارث. أما قانون المدونة المغربي: فقد بين أركان الميراث من خلال نص المادة (٣٢٤)، إلا أنه لم يتناولها بصريح العبارة بل تناولتها بدلالة الإشارة أو المنطوق غير الصريح، واعتبرت المورث الركن الاساسي في الميراث

(٥١) عرفته المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٨٧) لعام ١٩٨٠، المعدل (المفقود هو الغائب الذي انقطعت اخباره ولا تعرف حياته او مماته). والمحكمة تحكم بموت المفقود عند التحقق من إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (٩٣) من قانون رعاية القاصرين العراقي وهي: ١. إذا قام دليل قاطع على وفاته. ٢. إذا مرت أربع سنوات على إعلان فقده. ٣. إذا فقد في ظروف يغلب معها إفتراض هلاكه، ومرت سنتان على اعلان فقده.

(٥٢) ينظر القرار المرقم ٤٥١٧/ هيئة شخصية/ ٢٠١٢ في ٨/ ٧/ ٢٠١٢. غير منشور

(٥٣) د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج٢، ط٢، الوصايا والموارث والوقف، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠، ص ٨٩.

(٥٤) نصت المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه: (١. تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢. إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون).

واشترطت موت المورث لاستحقاق الوارث الارث في تركته، فلا ميراث مع تحقق حياته^(٥٥). أما قانون الأحوال الشخصية الاماراتي: جاء فيه لما كان الإرث هو إنتقال للأموال والحقوق، من ميت إلى حي بسبب الموت، كان المورث من أركان الإرث كما جاء في الفقرة الاولى من المادة (٣١٤) منه والتي تنص على: المورث، هو المتوفى الذي انتقل ماله إلى غيره بسبب الوفاة، أي هو الميت حقيقة، كمن شوهدت وفاته، أو حكماً كالمفقود الذي حكم بموته.

أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ م ، المعدل بالقانون رقم (١٣١) لعام ٢٠١٦م : فقد بين ركن المورث من خلال نص المادة (٧٢٠) من القانون المدني الفرنسي إذ نصت هذه المادة على أنه: (تفتتح التركات بموت الشخص في محل إقامته الأخير)^(٥٦).

من خلال ما تقدم يمكن القول إن موقف القانون العراقي والقوانين المقارنة المصري والمغربي والإماراتي والفرنسي أجمع على أنه إذا لم يتوف المورث فلا يتحقق الركن الأساسي للميراث، لأن الورثة لا يستحقون الميراث إلا بموت مورثهم.

الفرع الثاني

الوارث

هو كل شخص حي يرتبط بالمتوفى سبباً أو نسباً، وإن لم يأخذ نصيباً من الميراث لمانع من موانع الإرث. أو هو الشخص الذي يستحق أن يكون خليفة عن الميت، بسبب من أسباب الإرث. والذي يجب أن تتنفي عنه موانع الإرث^(٥٧)، وهذا يعني أنه الحي الذي يستحق الميراث من الميت لقرابة أو زوجية.

موقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة من الوارث كركن من أركان الميراث .

فقد نصت الفقرة (٢/أ) من المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه: (الوارث هو الحي الذي يستحق الميراث)، وهذا يعني إن المشرع العراقي إشتراط حياة الوارث أثناء موت المورث.

وسكت قانون الميراث المصري: عن بيان أركان الميراث، إلا أن المادة الثانية منه نصت على أنه: (يجب لأستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم بإعتباره ميتاً). وحسب ما جاء في هذه المادة، يشترط لتحقق ركن الوارث أن يكون حياً حين موت مورثه. أما قانون المدونة المغربي: فقد تناولت المادة (٣٢١) منه ركن الوارث، بدلالة الإشارة أو المنطوق غير الصريح^(٥٨). والذي

^(٥٥) ينظر المادة (٣٢١) من قانون المدونة المغربي والتي تنص على: "يستحق الارث بموت المورث حقيقةً أو حكماً...".
^(٥٦) نصت المادة (٣٩) من قانون الأحوال المدنية العراقي رقم ٦٢ لعام ١٩٧٢ على أنه: ١_ ان محل إقامة العراقي في العراق هو المكان الذي يوجد فيه قيده في السجل المدني ويعبر عنه بالسكن لأغراض هذا القانون. ٢_ أن محل الإقامة للمرأة المتزوجة هو محل إقامة زوجها إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة. ٣_ أن محل إقامة القاصر بعد وفاة والده هو مسكن أبيه أو أمه أو من ينوب عنه. ونصت المادة (١٠٢) من القانون المدني الفرنسي على أنه: (أن محل إقامة كل فرنسي بالنسبة لممارسته حقوقه المدنية , هو في محل مقره الرئيسي).

^(٥٧) د.أحمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مصدر سابق، ص ٨٩.

^(٥٨) ينظر المادة (٣٢١) من قانون المدونة المغربي النافذ.

إشترط حياته عند موت المورث لإستحقاق الإرث. وأشار قانون الأحوال الإماراتي الى إعتبار حياة الوارث من أركان الإرث كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٣١٤) والتي نصت على: ٢. الوارث: هو الشخص الذي استحق ميراث ذلك المتوفى أو جزءاً منه، أو كان أهلاً لذلك. أما عن موقف المشرع الفرنسي من ذلك: فقد نصت المادة (٧٢٥) منه على أنه: (لقيام الحق الأرتي بالنسب لشخص معين، يجب أن يكون موجود حين إفتتاح التركة، أو قد سبق أن حُمل به ويلد حياً). وحسب مانصت عليه المادة السابقة فيشترط وجود الوارث حين موت المورث في المكان الذي تفتتح به التركة، وإن التركة يتم إفتتاحها عند موت الشخص في محل إقامة الشخص الأخير. يتبين لنا من خلال موقف المشرع العراقي والتشريعات المقارنة تطابق المواقف القانونية للتشريعات في إن ركن الوارث لايتحقق إلا بوجوده حياً وقت موت المورث.

الفرع الثالث

الموروث (التركة)

الموروث هو التركة. وَالتَّرْكَةُ لُغَةً: اسْمٌ مَأخُودٌ مِنْ تَرَكَ الشَّيْءَ يَتْرُكُهُ تَرْكًا. يُقَالُ: تَرَكَتُ الشَّيْءَ تَرْكًا: خَلَفْتُهُ، وَتَرَكَتُ الْمَيْتَ، مَا يَتْرُكُهُ مِنَ الْمِيرَاثِ^(٩). وفي اصطلاح الأحنافِ أَنَّ التَّرْكَةَ: هِيَ مَا يَتْرُكُهُ الْمَيْتُ مِنَ الْأَمْوَالِ صَافِيًا عَنِ تَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ بِعَيْنِهِ، وَالْمَنَافِعِ لَا تَدْخُلُ فِي التَّرْكَةِ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ فَهَمَّ يَحْصُرُونَ التَّرْكَةَ فِي الْمَالِ أَوْ الْحَقِّ الَّذِي لَهُ صِلَةٌ بِالْمَالِ فَقَطْ. أما عِنْدَ الْجُمْهُورِ، فَالتَّرْكَةُ هِيَ مَا يَتْرُكُهُ الْمَتَوَفَى مِنْ أَمْوَالٍ وَحَقُوقٍ مَطْلَقًا حَتَّى وَلَوْ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ الْغَيْرِ وَتَشْمَلُ الْحُقُوقَ مُطْلَقًا، وَمِنْهَا الْمَنَافِعُ^(١٠). وعلى هذا فالتركة عندهم تشمل الأموال والحقوق التي لها صلة بالأموال ولا تتعلق بشخص المورث. نستخلص مما تقدم أن هناك رأيين للفقهاء حول التركة.

الرأي الأول: للحنفية أن التركة تشمل ما يتركه المتوفى من أموال فقط واستدلوا عن ذلك بقول النبي محمد(صلى الله عليه وسلم): «مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ»^(١١).

الرأي الثاني: لجمهور الفقهاء أن التركة تشمل ما يتركه المتوفى من أموال وحقوق لقول النبي محمد(صلى الله عليه وسلم): عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عِنْدَ الشَّيْخَيْنِ (رضي الله عنهم) أَنَّهُ قَالَ فِي خُطْبَتِهِ: «مَنْ خَلَفَ مَالًا أَوْ حَقًّا فَلِوَرَثَتِهِ»^(١٢). والرأي الثاني للجمهور هو الجدير بالتأييد؛ كونه يوسع من مفهوم التركة وينسجم مع واقع الحال.

(٩) محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، ج ١٠، مادة ترك، مصدر سابق، ص ٤٠٥.

(١٠) محمد امين ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج ٦، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ص ٧٥٩.

(١١) أخرجه الإمام البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري، صحيح البخاري، ج ٨، كتاب الفرائض، باب ميراث الاسير، رقم الحديث (٦٧٦٣)، مصدر سابق، ص ١٥٦.

(١٢) لم اعثر على تخريج للحديث لذلك تم تناوله نقلاً عن، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ج ٣، ط ١، باب كتاب الضمن، مؤسسة قرطبة، مصر، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م، ص ١٠٨.

أما عن موقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة من ركن الموروث(التركة)

تفاوتت هذه المسألة بحسب التفصيل الآتي: بالنسبة لموقف المشرع العراقي، لم تبين الفقرة (٣) من البند (أ) من المادة السادسة والثمانين من قانون الأحوال الشخصية العراقي المراد بالميراث تفصيلاً حيث جاء فيها: ((الميراث: هو مال المتوفي الذي يأخذه الوارث))). لكن توسع المشرع العراقي في مفهوم التركة فزاد على وعائها وجعلها تشمل الإلتزامات وبعض العقود الخاصة فضلاً عن الحقوق التي لها صلة بالمال^(٦٣). أما المادة (٨٧) من القانون نفسه فقد بينت الحقوق المتعلقة بالتركة^(٦٤). أما بالنسبة للقانون المدني العراقي فقد نصت الفقرة (١) من المادة (١١٠٦) منه على التركة بالقول: (يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة)، وقد أجازت المادة (١١٦٩) من القانون نفسه بفقرتها الأولى إعطاء المتصرف بالأراضي الأميرية حق الانتفاع بها وبزوائدها^(٦٥).

والسؤال الذي يطرح هنا ما الحكم إذا كان الحق موضوع التركة الذي تركه المورث ذو طبيعة مالية وشخصية، كالراتب التقاعدي مثلاً، فماذا ينتقل إلى الورثة؟ للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول أنه إذا كان الحق موضوع التركة ذا طبيعتين، مالية وشخصية فعندئذ ينظر إلى الجانب الغالب في الحق، فإذا كان الجانب المالي هو الغالب على الشخصي، فالحق ينتقل بالتوريث، أما إذا كان الجانب الشخصي هو الغالب (كحق الانتفاع) وكانت شخصية المتوفى محل اعتبار عند التعاقد، فالحق بهذه الصورة لا يمكن أن ينتقل إلى الورثة، وكذلك الراتب التقاعدي لا ينتقل إلى الورثة بوفاة المتقاعد^(٦٦). وتجدر الإشارة إلى أن الفقرة سادساً من المادة (٢٦) من الفصل التاسع من قانون التقاعد الموحد رقم (٩) لعام ٢٠١٤، نصت على: ((إذا توفي المتقاعد وله حقوق تقاعدية مستحقة لم تصرف له قبل وفاته ولا يوجد مستحق للراتب التقاعدي عنه فتصرف كتركة حسب القسام الشرعي))، وقد تناولت هذه الفقرة الحقوق التقاعدية المستحقة قبل الوفاة وهي بذلك تعد استثناءً من قواعد الإرث؛ لأن هذا المستحق يدخل في الذمة المالية للمتوفى، ويستحقه جميع الورثة ومن باب أولى الدائنين، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون، ووجه الاستثناء عبارة: "ولا يوجد مستحق للراتب التقاعدي"، إذ أن المفهوم المخالف، إنه إذا وجد مستحق للراتب التقاعدي ممن ورد ذكرهم في الفقرة (أ) من المادة (٢٦) من نفس القانون وبالشروط المذكورة في الفقرة (ب) من ذات المادة، فلا تصرف الحقوق التقاعدية المستحقة قبل الوفاة كتركة حسب القسام الشرعي. إنما تصرف لهم كمستحقين

^(٦٣) ينظر نص الفقرة (أ) من المادة الأولى من قانون ضريبة التركات رقم (٧) لسنة ١٩٦٦ والتي تنص على أن التركة: "هي كل ما يتركه المتوفي من أموال منقولة وعقارات وحقوق والتزامات بما في ذلك عقود التامين لمصلحة الغير".

^(٦٤) إذ نصت على أنه: (الحقوق المتعلقة بالتركة بعد موت المورث اربعة مقدم بعضها على بعض وهي: ١. تجهيز المتوفي على وجهه الشرعي. ٢. قضاء ديونه وتخرج من جميع أمواله. ٣. تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث ماله. ٤. و أعطاء الباقي إلى المستحقين.

^(٦٥) نصت المادة (١١٦٩) على أنه: (للمتصرف في الأراضي الأميرية أن ينتفع بها هي وزوائدها ، وأن يزرعها ويقوم فيها الأبنية الخاصة بالزراعة وأن يغرس فيها).

^(٦٦) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، دون دار ومكان نشر، ٢٠٠٥، ص ١٧.

للراتب التقاعدي باعتبارهم من الورثة الذين اجاز لهم قانون التقاعد الحصول على الراتب التقاعدي لمورثهم.

موقف المشرع المصري: بالرغم من سكوته عن الموروث في قانون الميراث المصري، إلا أنه عرف التركة في اللجنة التحضيرية لمشروع قانون الوصية، بأنها: (كل ما يخلف فيه الوارث المورث، مالمّا كان أو منفعة أو حقاً من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال التي تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث)، وتناولها في الفقرة رابعاً من المادة الرابعة من قانون المواريث المصري ضمن الحقوق المتعلقة بالتركة: ٤. الميراث مال المتوفى المنتقل إلى الوارث. أما قانون المدونة المغربي: فلم ينص صراحة على التركة، في المادة (٣١٥) إلا أنه بدلالة الإشارة او المنطوق غير الصريح أشار إلى الحق الموروث والذي لا يتصور الإرث إلا به. وأشار قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الى التركة بإعتبارها الركن الثالث للميراث فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة(٣١٤) على: "الميراث. وهو مال المتوفى المنتقل إلى الوارث".

أما بالنسبة لموقف القانون المدني الفرنسي من التركة: فنبينه من خلال نص المادة (٧٢٤) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها: (إن الورثة المحددين قانوناً تنتقل إليهم حكماً كل أموال وحقوق ودعاوى مورثهم)، يتضح لنا أن تعريف المشرع الفرنسي للتركة مشابه لتعريف جمهور الفقهاء للتركة، وهو إن الأموال والحقوق جميعها تنتقل إلى الورثة وليس الأموال فقط. يتضح لنا مما تقدم أن التشريع العراقي والتشريعات المقارنة أخذت برأي الجمهور في تعريفهم للتركة، وهذا يعني أن المنافع في القانون تُورث.

المطلب الثاني

شروط الميراث

الشرط لغةً: مَعْنَاهُ الْعَلَامَةُ وَجَمَعُهُ أَشْرَاطٌ وَمِنْهُ أَشْرَاطُ السَّاعَةِ أَيَّ عِلَامَاتِهَا^(٦٧). أما اصطلاحاً: هو ما يُلْزَمُ مِنْ عَدَمِهِ الْعَدَمُ، وَلَا يُلْزَمُ مِنْ وُجُودِهِ وُجُودٌ وَلَا عَدَمٌ لِذَاتِهِ^(٦٨). فتتحقق حياة الوارث شرط لاستحقاق الميراث، ولكن لا يلزم من حياته وقت وفاة المورث إستحقاقه الميراث بالفعل، لاحتمال وجود مانع يمنعه من الإرث، ولتحقق الميراث، لا بد من توفر ثلاثة شروط. وهذا ما سنبيّنه من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

وفاة المورث

تعد وفاة المورث من أهم شروط الميراث إذ يشترط ذلك في المورث باعتباره السلف الذي يخلفه غيره؛ لأن الإنسان ما دام على قيد الحياة فهو قادر على التصرف فيما يملك، وملكه للمال ثابت لا يزول عنه، لكن إذا مات أصبح عاجزاً عاجزاً كلياً عن التصرف في ملكه، وينتقل به ما كان يملكه حال حياته إلى

(٦٧) إبراهيم مصطفى واحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار، المعجم الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٤٧٩.

(٦٨) د. احمد علي الخطيب، شرح قانون الاحوال الشخصية، القسم الاول في احكام الميراث، مصدر سابق، ص ١٨.

ورثته الذين يخلفونه بحكم الشرع^(٦٩). والموت إما أن يكون **حقيقياً** بفقدان الحياة المؤكد وثبوت ذلك بالمشاهدة والمعينة أو البينة المعتبرة^(٧٠)، أو **حكماً** بحكم القاضي مع بقاء احتمال حياته عقلاً، كالحكم بموت المفقود لرجحان موته على حياته أو الحكم بموته مع يقين حياته، كالمرتد الذي إلتحق بدار الحرب؛ لأنه مهذور الدم^(٧١). أو تقديرياً فلا يمكن تصوره إلا في حالة الجنين أو الحمل في أحشاء أمه إذا أسقط أو أجهض نتيجة إعتداء وقع عليها. حيث يعتبر الجنين قد مات موتاً تقديرياً وذلك لعدم تحقق حياته بعد^(٧٢).

أما عن **موقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة من موت المورث**، فالملاحظ أن أغلب القوانين قد نصت على الموت الحقيقي أو الحكمي شرطاً للميراث، ومنها قانون الأحوال الشخصية العراقي في الفقرة (ج) من المادة (٨٦) والتي تم الإشارة إليها في أعلاه. وقانون المواريث المصري رقم (٧٧) لعام ١٩٤٣، في المادة (١) منه والتي تنص على: " يستحق الإرث بموت المورث أو بإعتباره ميتاً بحكم القاضي. ومدونة الأحوال الشخصية المغربي، في المادة (٣٢٤) منها والتي تنص على " يستحق الإرث بموت المورث حقيقةً أو حكماً...."، وقانون الاحوال الشخصية الإماراتي، في المادة (٣١٦) منه والتي تنص على يشترط لإستحقاق الإرث : موت المورث حقيقة أو حكماً.

أما بالنسبة لموقف القانون المدني الفرنسي، فقد نصت المادة (٧٢٠) منه على أنه: (تفتتح التركات بموت الشخص في محل إقامته الأخير). من نص هذه المادة يتبين لنا أن التركة الخاصة بالمورث لا تفتتح إلا بموته وهذا يعني إذا كان المورث على قيد الحياة فلا توزع تركته على ورثته المحددين وفق القانون.

يتضح لنا من كل ماتقدم أن موت المورث الحقيقي شرط من شروط الميراث إذ يجب موت المورث لكي توزع تركته على ورثته الشرعيين والقانونيين، أما الموت التقديري فإن تلك التشريعات لم تنص عليه وذلك استبعاداً منها لاعتبار الجنين مورثاً لغيره ما لم يولد حياً، وهو رأي جمهور الفقهاء في المسألة. لذلك فقد عنيت القوانين بواقعة الموت ونظمت كل الأحكام التي تترتب على حدوثها^(٧٣).

(٦٩) احمد علي الخطيب، حكمان خاصان بالجنين والميت بحث في اهليتهما وذمتهما، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الاول ، العدد الثالث، كلية القانون ، جامعة بغداد، ١٩٧٧، ص ١٣٠ .

(٧٠) د. بدران ابو العينين بدران، الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار المعارف، مصر الاسكندرية، ١٩٧١، ص ٧٧.

(٧١) عمر عبد الله، احكام المواريث في الشريعة الاسلامية ، ط ٤ ، دار المعارف، مصر ، ١٩٦٦م، ص ٦٥.

(٧٢) د. بدران ابو العينين بدران، الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، مصدر سابق، ص ٧٨.

(٧٣) للمزيد من التفصيل. ينظر، حسام عبد الواحد كاظم، الموت وأثاره القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد، العراق، ١٩٩٩م، ص ٤٤.

الفرع الثاني

تحقق حياة الوارث

يعد شرط تحقق حياة الوارث بعد موت المورث ولو بلحظة من شروط الميراث^(٧٤)؛ لإمكانه تحقق معنى الخلافة التي هي أساس الملكية في الوراثة، ولأن الميراث خلافة حي وارث لميت موروث في ماله. وتكون حياته متحققة بوجوده على قيد الحياة فعلاً وثبوتها بالمعاينة أو البينة في حين يمكن أن تكون حياة الوارث إعتبارية؛ عندما يكون ملحقاً بالأحياء تقديراً، كما في حالة الحمل المستكن في بطن أمه، إذ إعتبره الفقهاء المسلمون حياً إذا ولدته أمه حياً وثبت أنها كانت حاملاً به وقت وفاة مورثه^(٧٥).

أما عن موقف المشرع العراقي والمقارنة من شرط تحقق حياة الوارث، فقد نص مشروع الأحوال العراقي، على شرط تحقق حياة الوارث وقت موت المورث في المادة (٨٦) فقرة (ج)، ثانياً. تحقق حياة الوارث بعد موت المورث. ولم يرد بالنص ما يشير إلى موضوع الحياة التقديرية. كان الأولى على المشرع العراقي أن ينص على حياة الوارث الحقيقية والتقديرية، كشرط لاستحقاق الوارث، وهذا سيساعد في عدم تضارب قرارات المحاكم.

أما التشريعات المقارنة فنصت على ذات الشرط وهو تحقق حياة الوارث بعد موت المورث، منها قانون الموارث المصري ومدونة الأحوال الشخصية المغربية وقانون الأحوال الإماراتي^(٧٦). في حين إنقسمت القوانين المقارنة حول الحياة التقديرية للوارث، إلى إتجاهين، الأول لم ينص على الحياة التقديرية كالقانون العراقي ولكن هناك تشريعات نصت على شروط ميراث الحمل بدلاً منها، إعترافاً منه بهذه الحياة وفي الوقت نفسه إبتعاداً منه عن الخلاف الفقهي المتعلق بميراث الحمل الذي ينزل ميتاً، سواء بجناية على أمه أم بغيرها. ويمثل هذا الإتجاه مدونة الأحوال الشخصية المغربي^(٧٧). أما الإتجاه الثاني فإنه كان أكثر دقةً وتنظيماً وذلك عندما نص على الحياة التقديرية فضلاً عن نصه على شروط ميراث الحمل لينهي بذلك الخلاف الفقهي المذكور آنفاً، وليجعل معالجته التشريعية سليمة ومتكاملة، ويمثل هذا الإتجاه قانون الموارث المصري رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣، وقانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠٥^(٧٨).

عليه ولما تقدم نقتراح على المشرع العراقي تعديل الفقرة (ج) من المادة (٨٦) ثانياً من قانون الأحوال الشخصية لتكون على النحو الآتي: "٢. تحقق حياة الوارث بعد موت المورث حقيقةً أو تقديرًا".

^(٧٤) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، على متن المنهاج للامام النووي، ج٣، الناشر المكتبة الاسلامية، مصر، دون سنة طبع، ص٢٨.

^(٧٥) احمد علي الخطيب، شرح قانون الاحوال الشخصية، القسم الاول في احكام الميراث، مصدر السابق، ص١٩.

^(٧٦) ينظر المادة (٢) من قانون الميراث المصري، والمادة (٢٢٦) من قانون المدونة المغربية والمادة (٣١٦) من قانون الاحوال الاماراتي.

^(٧٧) ينظر المادة (٣٣١) من قانون المدونة المغربي

^(٧٨) ينظر المادة (٣١٦)، من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي.

الفرع الثالث

العلم بجهة الإرث

هي التحقق من قيام الصلة بين الوارث والمورث من قرابة أو زوجية، وهو شرط ضروري للتوريث؛ ذلك لاختلاف اسباب الميراث، فعلى من يدعي الارث إثبات هذه الصلة^(٧٩). لكن ليس للقاضي أن يحكم بذلك؛ إلا بعد إثبات هذه الصلة، فإن إنتفى السببان المذكوران (القرابة والزواج الصحيح)، فسيحل محلهم سبب ثالث وهو رابطة الولاية العامة بين الدولة والمتوفى^(٨٠).

أما عن موقف التشريعات من شرط العلم بجهة الإرث: فقد عدتها المشرع العراقي شرطاً من الشروط العامة للميراث، وهذا ما أكده نص الفقرة (ج) ثالثاً من المادة (٨٦) والتي تنص على: "٣. العلم بجهة الارث". وبهذا الإتجاه أخذت مدونة الأحوال الشخصية المغربية وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي^(٨١). أما العلم بدرجة القرابة التي يجتمع فيها المورث مع الوارث وتحديد ما إذا كان الوارث من أصحاب الفروض أم من العصبات أم من ذوي الارحام وما إذا كان محجوباً أم لا، فإنه شرط خاص بالقضاء؛ لإستحقاق الوارث لميراثه إستناداً على حكمه وليس شرطاً في الميراث نفسه. وهذه هي التفرقة التي وضعها قانون الأحوال الشخصية العراقي. على حين جاء على العكس من إتجاه المشرع العراقي والمغربي والأماراتي، إتجاه التشريعات المقارنة الأخرى إذ لم تقم بهذه التفرقة وإعتبرت العلم بجهة الإرث شرطاً خاصاً بالقضاء، لذلك لم تنص عليه عند إيراد شروط الميراث، وهذا التشريع هو قانون المواريث المصري .

عليه ولما تقدم حول شرط العلم بجهة الإرث يرى الباحث أن التفرقة التي أقامها قانون الأحوال الشخصية العراقي تعد تفرقة دقيقة ومتميزة، وإتجاهه الذي ذهب إليه ومن معه من التشريعات المقارنة إتجاه حسن يثنى عليه لأنه قرر شروط إستحقاق الميراث كما هو مقرر في الفقه الإسلامي وعبر عن الرأي الراجح في الفقه الإسلامي.

الفرع الرابع

شرط عدم وجود مانع من موانع الميراث

يعد انتفاء المانع من أهم شروط إنتقال الملكية إلى الوارث^(٨٢). لكن إختلف الأصوليون حول إعتبار المانع شرطاً من شروط الميراث الى رأيين:
الرأي الأول: عد أصحاب هذا الرأي إنتفاء الموانع شرطاً للميراث؛ لأن الموانع إذا ما توفرت ينعدم التوارث. واستندوا في ذلك إلى أن الشرط والمانع كلاهما لا يدخلان في ماهية الشيء (الميراث). وكذلك إن كل ما يكون وجوده مانعاً من تحقق الحكم، يكون إنتفاؤه شرطاً له^(٨٣).

(٧٩) د. احمد عبيد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج٢، مصدر سابق، ص٩٢.

(٨٠) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية، مصدر سابق، ص١٩.

(٨١) ينظر المادة(٢٢٦) من قانون المدونة المغربية، والمادة (٣١٦) من قانون الاحوال الاماراتي.

(٨٢) محمد ابو زهرة ، احكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٥٠، ص٨٠.

الراي الثاني: يرى من قال بهذا الرأي، أن انتفاء المانع لا يعد شرطاً للميراث؛ لأن المانع عكس الشرط، لأنه يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم، والشرط يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، وأن الشرط وصف وجودي لا بُدُّ مِنْ تَحَقُّقِهِ، وعدم المانع وصف عدمي، يُكفَى فِيهِ بِالْأَصْلِ. فتحقق موت المورث مثلاً لا يلزم من وجوده تحقق ميراث القريب لأنه قد يكون محجوباً بمن هو أقرب منه درجة، على حين يلزم من عدم تحقق موته عدم استحقاق القريب للميراث أصلاً^(٨٤).

لما تقدم أرى أن ما جاء به أصحاب الرأي الأول أقرب للصواب وجدير بالتأييد بسبب الآتي.

١. كل حكم من الأحكام الشرعية لا بد لتحققه من وجود شروطه وانتفاء موانعه، ومن ذلك الميراث لا يتحقق إلا بتوفر شروطه وانتفاء موانعه؛ لأنه خلافة عن الميت.
 ٢. قد يتحقق السبب الشرعي للميراث، من قرابة ونكاح صحيح، وتتوفر شروط الميراث؛ إلا أنه لا يكون هناك توارث، لوجود المانع؛ لأن السبب لا يعمل عمله، ولا يترتب عليه مسببه؛ إلا إذا تحقق شرطه وانتفى ما يمنعه، بعدم وجود مانع للارث^(٨٥).
 ٣. ما جاء في القاعدة الفقهية (إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع)^(٨٦). وهذا يعني إذا تعارض أمران أحدهما يقتضي إعتبار عمل ويترتب عليه الأثر، والثاني يقتضي عدم اعتبار ذلك العمل ولا يترتب عليه الأثر، يرجح الثاني كونه مانع ويوقف العمل بالمقتضي، ولتطبيق ذلك على الميراث فقد تتوفر شروط الميراث ويظهر معها المانع، فلا يحصل توارث. كما إذا قتل الوارث مورثه يكون القتل مانعاً للميراث^(٨٧).
 ٤. إن المانع الذي نقصده هو مانع الحكم وليس مانع السبب؛ لأن مانع الحكم: هو المانع الذي لا يترتب على ظهوره حكم، وإن تحقق السبب الشرعي وتوافرت شروط الحكم، ومثال إذا قتل الوارث مورثه يكون القتل مانعاً للميراث. فهو يتعلق بالحكم ولو أن السبب موجود^(٨٨).
- نستنتج مما تقدم أن للميراث أربعة شروط، لا يثبت بدونها، شرطان في الميراث وهما: (وفاة المورث، وحياة الوارث) وشرطان في التوريث وهما: (العلم بجهة الارث، وعدم وجود مانع للميراث).**

(٨٣) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، ط ١١، من دون دار او مكان نشر، ٢٠١٢م، ص ٢٣؛ محمد ابو زهرة، احكام التركات والمواريث، المصدر نفسه، ص ٨٠.

(٨٤) فريد عبد الرحمن بو هنة، السبب والشرط والمانع من الاحكام الشرعية الوضعية، بحث مقدم الى جامعة العلوم الاسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا قسم الشريعة والقانون، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م، ص ١٢ وما بعدها.

(٨٥) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج ٢، مصدر سابق، ص ٩٣.

(٨٦) ينظر المادة (٤٦) من شرح مجلة الاحكام، علي حيدر، شرح قواعد المجلة، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٨٧) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ط ١، نشر احسان للنشر والنوزيع، دون مكان نشر، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م، ص ٣٠٠ وما بعدها.

(٨٨) للمزيد من التفاصيل ينظر د. مصطفى إبراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، المصدر نفسه، ص ٣٠٠ وما بعدها.

أما عن الموقف التشريعي من شرط عدم وجود مانع للميراث:

بالرغم من أن وجود المانع يمنع الميراث؛ إلا أن المشرع العراقي والتشريعات المقارنة لم تنص على إعتباره شرطاً من شروط الميراث وسكتت عن ذلك^(٨٩). وأرى ومن وجهة نظري المتواضعة أن هذا قصور تشريعي، على المشرع العراقي معالجته في قانون الأحوال الشخصية؛ من خلال إضافة شرط عدم وجود مانع للإرث إلى شروط الميراث، عليه ولما تقدم أدعوه لتعديل الفقرة (ج) المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، والمادة المقترحة ((ج. شروط الميراث أربعة هي: ١. موت المورث حقيقة او حكماً. ٢. تحقق حياة الوارث بعد موت الموث. ٣. العلم بجهة الإرث. ٤. عدم وجود مانع للميراث))

الخاتمة

بعد أن إنتهينا من كتابة بحثنا ، فقد توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات وكالاتي:

أولاً- النتائج

١. لم يعرف المشرع العراقي الميراث في قانون الأحوال الشخصية وهذا موقف منتقد؛ لأن إيراد تعريف في بعض الحالات يجنب القضاء تضارب الأحكام ويوحدها.
٢. رغم نص المشرع العراقي على القرابة كسبب للميراث. إلا أنه لم يحدد أي قرابة تستحق الإرث.
٣. بالرغم من أن المشرع العراقي نص على تحقق حياة الوارث كشرط للميراث إلا أنه لم يبين نوع الحياة، حقيقة أو تقديراً.
٤. رغم تنظيم المشرع العراقي لشروط الميراث إلا أنه غفل عن شرط آخر لإستحقاق الإرث، وهو عدم وجود مانع من موانع الميراث؛ لأن الموانع إذا ما توفرت ينعدم التوارث، كما أن الشرط والمانع كلاهما لا يدخلان في ماهية الشيء (الميراث). فضلاً عن ذلك أن كل ما يكون وجوده مانعاً من تحقق الحكم، يكون إنتفاؤه شرطاً له.

ثانياً – التوصيات

١. نظراً لعدم تعريف المشرع العراقي للميراث في قانون الأحوال الشخصية، نقترح على المشرع العراقي الأخذ بالتعريف الآتي للميراث: " ما يتركه المورث من مال أو حق يثبت لمستحقه بعد وفاته، ويعرف منه نصيب كل وارث". وذلك للحيلولة دون تعارض أحكام وقرارات المحاكم.
٢. بالرغم من أن المشرع العراقي نص على تحقق حياة الوارث كشرط للميراث إلا أنه لم يبين نوع الحياة، حقيقة او تقديراً. ولتسهيل عمل القضاء نقترح على المشرع العراقي تعديل ما جاء في الفقرة (ج) المادة(٨٦) ثانياً من قانون الأحوال الشخصية لتكون على النحو الآتي: " ((٢. تحقق حياة الوارث بعد موت المورث حقيقةً أو تقديراً)).
٣. رغم تنظيم المشرع العراقي لشروط الميراث إلا أنه غفل عن شرط آخر لإستحقاق الإرث، وهو عدم وجود مانع من موانع الميراث؛ عليه ولما تقدم أدعو المشرع العراقي الى تعديل نص الفقرة

^(٨٩) ينظر قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لعام ١٩٥٩، والقوانين المقارنة المواريث المصري والمدونة المغربي والاحوال الاماراتي.

(ج) من المادة (٨٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، باضافة شرط رابع له لتكون المادة المقترحة على النحو الآتي: ((ج. شروط الميراث أربعة هي: ١. موت المورث حقيقةً او حكماً. ٢. تحقق حياة الوارث بعد موت المورث حقيقةً او تقديراً. ٣. العلم بجهة الإرث. ٤. عدم وجود مانع للميراث)).

المصادر والمراجع

أولاً: المعاجم اللغوية

١. ابراهيم مصطفى واحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار، المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، ج٢، دار الدعوة، دون مكان وسنة نشر.
٢. محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، ج١، ط٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ.

ثانياً: الأحاديث الشريفة والمصنفات

١. أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ج٣، ط١، باب كتاب الضمن، مؤسسة قرطبة، مصر، ١٤١٦هـ، ١٩٩٥م.
٢. سليمان بن الأشعث ابو داؤد السجستاني الازدي، سنن ابي داؤد، تحقيق شعيب الأرنؤوط - محمّد كامل قره بللي، ج٤، ط١، باب ميراث نوي الارحام، دار الرسالة العالمية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
٣. محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، ج٨، ط١، كتاب الفرائض، باب ميراث الولد من أبيه وأمه، دار طوق النجاة، دون مكان نشر، ١٤٢٢هـ.
٤. جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الفتح الكبير، تحقيق يوسف النبهاني، ج٢، ط١، دار الفكر، بيروت- لبنان، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

ثالثاً: التفاسير وأصول الفقه والقواعد الفقهية

١. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق هشام سمير البخاري، ج٥، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
٢. بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق د. محمد محمد ثامر، ج١، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان- بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

رابعاً: كتب الفقه الاسلامي

١: الفقه الحنفي

١. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج٥، دار الكتب العلمية، بيروت، مطبعة الحلبي، ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.
٢. علي حيدر، شرح مجلة الأحكام، تعريف فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر.

٣. محمد امين ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٦، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٤. محمد بن احمد السرخسي، المبسوط، ج٢٩، ط٣، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٥. محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج٤، ط٢، كتاب العتاق، دار الفكر، بيروت، من دون سنة نشر.

ب: الفقه المالكي

١. ابن رشد القاضي أبي الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشد القرطبي الاندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ط١، مطبعة أحمد كامل بدار الخلافة العلمية، ١٣٣٣هـ.

٢. محمد بن عبد الرحمن المغربي أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٦، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ.

٣. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عيش، ج٤، دار الفكر، بيروت، من دون سنة نشر.

ج: الفقه الشافعي

١. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للطباعة، بيروت، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.

٢. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، على متن المنهاج للامام النووي، ج٣، الناشر المكتبة الاسلامية، مصر، دون سنة طبع.

د: الفقه الحنبلي

١. ابراهيم بن عبد الله بن ابراهيم الفرضي، العذب الفائض شرح عمدة الفارض، ج١، دون دار ومكان وسنة نشر.

و: الفقه الامامي

١. محمد بن جمال الدين مكي العاملي الشهيد الثاني، الروضة البهية (شرح للمعة الدمشقية)، تحقيق السيد محمد كلانتر، ط١، دون دار ومكان وسنة نشر.

خامساً: الفقه الإسلامي والقانوني المعاصرين

١. د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ج٢، الوصايا والمواريث، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٩١.

٢. د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج٢، ط٢، الوصايا والمواريث والوقف، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠.

٣. د. احمد علي الخطيب، شرح قانون الاحوال الشخصية، القسم الاول في (احكام الميراث)، دار ابن الاثير للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٢.

٤. ابن خلدون، مقدمه ابن خلدون، ط٤، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م.

٥. د. بدران ابو العينين بدران، الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار المعارف، مصر الاسكندرية، ١٩٧١.

٦. جورج فيدركر واليس تيسران مارتان وكسافيه هنري وفرانسوا جاكوب غي فيناندة وفرانسوا باراتون وباسكال غيومار، ترجمة القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤ المعدل وفق المرسوم التشريعي

- (١٣١) سنة ٢٠١٦. إلى العربية، طبعة دالوز، ٢٠٠٩، الثامنة بعد المئة بالعربية، جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، ٢٠١٢.
٧. سراج الدين محمد بن عبد الرشيد السجاوندي، السراجية في الميراث، ط١، مكتبة المدينة، كراتشي، باكستان، ٢٠١٧.
٨. عمر عبد الله، احكام المواريث في الشريعة الاسلامية، ط٤، دار المعارف، مصر، ١٩٦٦م.
٩. محمد ابو زهرة، احكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٠.
١٠. محمد عبد الرحيم الكشكي، الميراث المقارن، ط٣، دار النذير للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٦٩م.
١١. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، دون دار ومكان نشر، ٢٠٠٥.
١٢. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، ط١١، من دون دار او مكان نشر، ٢٠١٢م.
١٣. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ط١، نشر احسان للنشر والنوزيع، دون مكان نشر، ١٤٣٥هـ-٢٠١٤م.

سادساً: رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه

١. حسام عبد الواحد كاظم، الموت وأثاره القانونية، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد، العراق، ١٩٩٩م.
٢. محمد يحيى قاسم الحسو، مرض الموت وأثره في زواج المريض وإنحلاله دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م.

سابعاً: المجموعة القضائية والدوريات

١. احمد علي الخطيب، حكمان خاصان بالجنين والميت بحث في اهليتهما وذمتهما، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الاول، العدد الثالث، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٧.
٢. فريد عبد الرحمن بو هنة، السبب والشرط والمانع من الاحكام الشرعية الوضعية، بحث مقدم الى جامعة العلوم الاسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا قسم الشريعة والقانون، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م.

ب: القرارات غير المنشورة:

١. القرار المرقم ٤٥١٧ / هيئة شخصية / ٢٠١٢ في ٨ / ٧ / ٢٠١٢.

ثامناً: التشريعات

ا: التشريعات العراقية

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٢. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لعام ١٩٥٩ المعدل.
٣. قانون الأحوال المدنية العراقي رقم (٦٢) لعام ١٩٧٢.
٤. قانون التقاعد الموحد العراقي رقم (٩) لعام ٢٠١٤ المعدل.

ب: التشريعات العربية والغربية

١. قانون الميراث المصري رقم (٧٧) لعام ١٩٤٣.
٢. قانون المدونة المغربي رقم (١٩٠، ٥٧، ١) لعام ١٩٥٧.
٣. قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم (٢٨) لعام ٢٠٠٥ المعدل بالقانون رقم (٥) لعام ٢٠٢٠.
٤. القانون المدني الفرنسي النافذ لعام ١٨٠٤، المعدل بالقانون رقم (١٣١) لعام ٢٠١٦.

References

First: Linguistic Dictionaries

1. Mustafa, I., Al-Ziyat, A., Abd Al-Qadir, H., & Al-Najjar, M. (Eds.). (Year not specified). Al-Mu'jam Al-Wasit [The Intermediate Dictionary]. Compiled by the Arabic Language Academy. Vol. 2. Dar Al-Da'wah. [No place of publication mentioned].
2. Ibn Manzur, J. A. (1414). Lisan Al-Arab [The Tongue of the Arabs]. (Vol. 1, 3rd ed.). Dar Sader. (Original work published in 1414)

Second: Hadiths and Compilations

1. Ibn Hajar Al-Asqalani, A. A. (1995). Al-Talkhis Al-Habir fi Takhrij Ahadith Al-Rafi'i Al-Kabir [The Comprehensive Compilation of the Narrations of Al-Rafi'i Al-Kabir]. (Vol. 3, 1st ed.). Bab Kitab Al-Daman. Mawsuat Qurtuba Foundation. [No place of publication mentioned.]
2. Abu Dawood Al-Sijistani, S. A. (2009). Sunan Abi Dawood [The Sunnah of Abu Dawood]. (Vol. 4, 1st ed.). Bab Mirath Dhawi Al-Arham. Dar Al-Risalah Al-'Alamiyyah. (Original work published in 1430 H).
3. Al-Bukhari, M. I. (1422 H). Sahih Al-Bukhari [The Authentic Collection of Al-Bukhari]. (Vol. 8, 1st ed.). Kitab Al-Fara'id. Bab Mirath Al-Walad Min Abihi Wa Ummihi. Dar Tuq Al-Najah. [No place of publication mentioned]
4. Al-Suyuti, J. A. R. (2003). Al-Fath Al-Kabir [The Grand Victory]. (Vol. 2, 1st ed.). Dar Al-Fikr. (Original work published in 1423 H)

Third: Exegesis, Principles of Jurisprudence, and Juridical Principles

1. Al-Qurtubi, S. A. (2003). Al-Jami' li Ahkam Al-Qur'an [The Comprehensive Compilation of the Rules of the Qur'an]. (Vol. 5). Dar Al-Alam Al-Kutub.
2. Al-Zarkashi, M. B. (2000). Al-Bahr Al-Muhit fi Usul Al-Fiqh [The Expansive Ocean in the Principles of Jurisprudence]. (Vol. 1, 1st ed.). Dar Al-Kutub Al-'Ilmiyyah. (Original work published in 1421 H).

Fourth: Islamic Jurisprudence Books

a. Hanafi Jurisprudence

1. Al-Mawsili Al-Buldhi, A. B. M. (1937). Al-Ikhtiyar li Ta'lil Al-Mukhtar [The Choice for Clarifying the Selected]. (Vol. 5). Dar Al-Kutub Al-'Ilmiyyah.
2. Haydar, A. (Translator). (Year not specified). Explanation of Majalla Al-Ahkam [The Majalla Rules]. Dar Al-Kutub Al-'Ilmiyyah.
3. Ibn Abidin, M. A. (2000). Hashiyah Radd Al-Mukhtar 'ala Al-Durr Al-Mukhtar Sharh Tanwir Al-Absar [The Commentary on Responding to the

Chosen One on the Illumination of the Eyes]. (Vol. 6). Dar Al-Fikr for Printing and Publishing.

4. Al-Sarakhsi, M. B. A. (1993). Al-Mabsut [The Expanded]. (Vol. 29, 3rd ed.). Dar Al-Ma'rifah.

5. Al-Sayyasi, M. B. A. (Translator). (Year not specified). Explanation of Fath Al-Qadir [The Great Victory]. Dar Al-Fikr.

b. Maliki Jurisprudence

1. Ibn Rushd Al-Qurtubi, M. B. A. (1333 H). Bidayat Al-Mujtahid wa Nihayat Al-Muqtasid [The Distinguished Beginning and the End of the Moderate]. Dar Al-Khilafah Al-'Ilmiyyah.

2. Al-Maghribi, M. B. A. (1398 H). Mawahib Al-Jalil fi Sharh Mukhtasar Khalil [The Distinguished Gifts in the Explanation of Khalil's Abridgment]. Dar Al-Fikr.

3. Al-Dasuqi, M. A. (Editor). (Year not specified). Hashiyah Al-Dasuqi 'ala Al-Sharh Al-Kabir [The Commentary of Dasuqi on the Great Explanation]. Dar Al-Fikr.

c. Shafi'i Jurisprudence

1. Al-Ramli, S. D. M. A. H. I. (1984). Nihayat Al-Muhtaj ila Sharh Al-Minhaj [The End of the Needy in Explaining the Minhaj]. Dar Al-Fikr for Printing.

2. Al-Khatib Al-Shirbini, M. (Translator). (Year not specified). Maghni Al-Muhtaj ila Ma'arifat Ma'ani Al-Fadh Al-Minhaj [The Sufficiency of the Needy in Understanding the Meanings of Minhaj's Expressions]. The Islamic Library.

d. Hanbali Jurisprudence

1. Al-Firdi, I. B. A. (Translator). (Year not specified). Al-'Azab Al-Fa'id Sharh 'Umud Al-Farid [The Fresh Torment: Explanation of the Pillars of the Unique]. [No publisher, place, or year of publication mentioned].

e. Imamite Jurisprudence

1. Al-'Amili, M. B. J. D. M. A. A. (Translator). (Year not specified). Al-Rawdat Al-Bahiyyah (Explanation of Al-Lum'ah Al-Dimashqiyyah) [The Beautiful Garden: Explanation of Al-Lum'ah Al-Dimashqiyyah]. [No publisher, place, or year of publication mentioned].

Fifth: Contemporary Islamic and Legal Jurisprudence

1. Al-Kubaisi, A. (1991). Al-Wajeez fi Sharh Qanun Al-Ahwal Al-Shakhsiyya wa Ta'dilatih (Vol. 2: Wills and Inheritance). Ministry of Higher Education and Scientific Research, Baghdad.

2. Al-Kubaisi, A. (2010). *Al-Ahwal Al-Shakhsiyya fi Al-Fiqh wa Al-Qada wa Al-Qanun* (Vol. 2: Wills, Inheritance, and Endowments). Legal Library, Baghdad.
3. Al-Khatib, A. A. (1982). *Sharh Qanun Al-Ahwal Al-Shakhsiyya: Al-Qism Al-Awwal fi Ahkam Al-Mirath* [Explanation of Personal Status Law: Part One on Inheritance Rules]. Ibn Al-Atheer Printing and Publishing, Mosul.
4. Ibn Khaldun. (1978). *Muqaddimah Ibn Khaldun* (Vol. 4, 4th ed.). Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah.
5. Badran, A. A. (1971). *Al-Mirath Al-Muqaran bayn Al-Mathahib Al-Sunniyya wa Al-Madhab Al-Ja'fari wa Al-Qanun* [Comparative Inheritance between Sunni Schools and the Ja'fari School and Law]. Dar Al-Ma'arif, Alexandria, Egypt.
6. Fiddler, G., Tisserand, A., Martin, X., Guérout, F. J., Baraton, F., & Guimar, P. (2009). *Translation of the French Civil Code of 1804, Modified According to Legislative Decree (131) of 2016 into Arabic* (8th ed.). Dalloz.
7. Sajawandi, S. M. B. A. R. (2017). *Al-Surajiyya fi Al-Mirath* [The Surajiyya on Inheritance]. Maktaba Al-Madina, Karachi, Pakistan.
8. Abdullah, O. (1966). *Ahkam Al-Mawarith fi Al-Shari'ah Al-Islamiyya* [Laws of Inheritance in Islamic Law] (4th ed.). Dar Al-Ma'arif, Egypt.
9. Abu Zahra, M. (1950). *Ahkam Al-Turakat wa Al-Mawarith* [Laws of Wills and Inheritance]. Dar Al-Fikr Al-Arabi, Cairo.
10. Al-Kashki, M. A. R. (1969). *Al-Mirath Al-Muqaran* [Comparative Inheritance] (3rd ed.). Dar Al-Nathir Printing and Publishing, Baghdad.
11. Al-Zalmi, M. I. (2005). *Ahkam Al-Mirath wa Al-Wasiyya fi Al-Fiqh Al-Islami Al-Muqaran wa Al-Qanun* [Laws of Inheritance and Wills in Comparative Islamic Jurisprudence and Law]. [No publisher, place, or year of publication mentioned].
12. Al-Zalmi, M. I. (2012). *Ahkam Al-Mirath wa Al-Wasiyya wa Haq Al-Intiqal fi Al-Fiqh Al-Islami Al-Muqaran wa Al-Qanun* (11th ed.). [No publisher or place of publication mentioned].
13. Al-Zalmi, M. I. (2014). *Usul Al-Fiqh fi Nasejihi Al-Jadid* (1st ed.). Ihsan Publishing and Distribution. [No place of publication mentioned]

Seventh: Master's Theses and Doctoral Dissertations

1. Kazem, H. A. (1999). *Death and Its Legal Effects* (Doctoral dissertation). University of Baghdad, College of Law, Baghdad, Iraq.

2.Al-Hassoo, M. Y. Q. (2018). The Impact of Terminal Illness on Marriage and Divorce: A Comparative Study (Master's thesis). University of Mosul, College of Law, 1439 H.

Eighth: Judicial Collections and Journals

1.Al-Khatib, A. A. (1977). Two Special Rulings on the Fetus and the Dead. Journal of Legal and Political Sciences, 1(3), College of Law, University of Baghdad.

2.Bou Hana, F. A. R. (2014). The Cause, Condition, and Hindrance of Statutory Legal Judgments (Master's thesis). International Islamic University, College of Graduate Studies, Department of Sharia and Law, 1435 H.

B- Unpublished Decrees

- Decree Number 4517/Personal Status Authority/2012 dated July 8, 2012.

Tenth: Legislation

a. Iraqi Legislation

- 1.Iraqi Civil Law No. (40) of 1951, as amended.
- 2.Iraqi Personal Status Law No. (188) of 1959, as amended.
- 3.Iraqi Civil Affairs Law No. (62) of 1972.
- 4.Iraqi Unified Retirement Law No. (9) of 2014, as amended.

b. Arab and Western Legislation

- 1.Egyptian Inheritance Law No. (77) of 1943.
- 2.Moroccan Code Law No. (190, 57, 1) of 1957.
- 3.UAE Personal Status Law No. (28) of 2005, as amended by Law No. (5) of 2020.
- 4.French Civil Code in force since 1804, amended by Law No. (131) of 2016.



The Impact of Intellectual Capital Management and Organizational Trust on Entrepreneurship Strategy in at the Korek Telecom Company (KTC)

Khadeeja A. Taha^a
Assist. Lecturer

Murshed Sami Mohammad^b
Assist. Prof

Taha A. Taha^c
Assist. Lecturer

^{a-c} College of Finance and Administrative Science- Al-Kitab University- Kirkuk - Iraq

^b University of Malaysia

ARTICLE INFORMATION

Received: 16 Aug., 2022
Accepted: 18 Oct., 2022
Available online: 31 Dec., 2023

PP.489-510

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

AssistantLecturer:Khadeeja-A-Taha

Department of Banking and Finance, College of Finance and Administrative Science, Al-Kitab University, Altun Kupri, Kirkuk, Iraq

Email: khadath234@gmail.com

Abstract

This study aimed to evaluate the level of the correlation between organizational trust (OT) and intellectual capital management (ICM) and how it affects achieving the goals of an entrepreneurial strategy (ES). In order to fulfill the requirements of ES (which are creative abilities, entrepreneurial culture, and risk-taking), the relationships between the dimensions of the ICM variables (structural capital, customer capital, and human capital), and OT (integrity, benevolence, and ability) were considered in the design of the study model. A survey questionnaire was used to gather data for this study from a number of managers that were randomly selected at the Korek Telecom Company (KTC). The quantitative data analysis was conducted using the SPSS.

However, the findings of this study show that KTC has the necessary human resources with a variety of skills, competence, and knowledge, and its employees use a variety of techniques to enhance and develop their creative capacities to meet the requirements of its entrepreneurial strategy.

Keywords: *Intellectual Capital; Organizational Trust; Entrepreneurship Strategy*



أثر إدارة رأس المال الفكري والثقة التنظيمية على استراتيجية ريادة الأعمال في شركة كورك للاتصالات



خديجه عبد السلام طه^١ مرشد سامي محمد^٢ طه عبد السلام طه^٣

مدرس مساعد استاذ مساعد مدرس مساعد

١-كلية العلوم الادارية والمالية- جامعه الكتاب- كركوك -العراق
٢-الجامعة الماليزية

المستخلص

تسعى هذه الدراسة إلى تقييم مستوى الارتباط بين الثقة التنظيمية وإدارة رأس المال الفكري وكيف تؤثر على تحقيق الأهداف الاستراتيجية لريادة الأعمال. من أجل تلبية احتياجات القدرات الإبداعية، وثقافة ريادة الأعمال، والمخاطرة، والعلاقات بين أبعاد المتغيرات (رأس المال الهيكلي، ورأس مال العميل، ورأس المال البشري)، و (النزاهة، والإحسان، والقدرة). تم استخدام استبيان استقصائي لجمع البيانات لهذه الدراسة من عدد من المديرين الذين تم اختيارهم بشكل عشوائي في شركة (KTC) Korek Telecom Company. تم إجراء تحليل البيانات الكمية باستخدام تطبيق SPSS وأظهرت نتائج هذه الدراسة أن مدينة المعرفة التقنية (KTC) لديها الموارد البشرية اللازمة مع مجموعة متنوعة من المهارات والكفاءات والمعرفة، ويستخدم موظفوها مجموعة متنوعة من التقنيات لتعزيز وتطوير قدراتهم الإبداعية. لتلبية متطلبات استراتيجيتها الريادية.

الكلمات المفتاحية: رأس المال الفكري- الثقة التنظيمية استراتيجية-ريادة الأعمال

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٢/٨/١٦

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٢/١٠/١٨

تاريخ النشر: ٢٠٢٣/١٢/٣١

المجلد: (٦)

العدد: (١٠) لسنة ٢٠٢٣م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص (Creative Commons Attribution) (CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس العمل الأصلي بشكل صحيح

الاقتباس: خديجه عبد السلام طه

مرشد سامي محمد

طه عبد السلام طه

(٢٠٢٣)

"أثر إدارة رأس المال الفكري والثقة التنظيمية على استراتيجية ريادة الأعمال في شركة كورك للاتصالات" مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

Introduction

To have employees with abilities that are superior to those of the competitors, organizations need to make the essential investments in intellectual assets. This will support the organizations to struggle in the competitive business environment of today. As per Ali et al. (2018), employees in today's firms must transition from the traditional employment to knowledge work, where their duties are more extensive and varied. one of the significant sources of competitive edge for modern organizations is intellectual capital management (ICM).

Mohammedamin et al. (2018) noted that the presence of employees with a variety of attributes, such as continuous fulfillment, high confidence, performance skills, and work commitment, is necessary for the firms to continue determining their policies and achieving their strategic objectives. In any firm, organizational trust is an important variable in the coordination of people's efforts toward accomplishing the set organizational objectives; hence, Karim et al. (2016) considered it a vital tool in maintaining the importance of human capital in any business. The existence of ICM and OT can be viewed as having a high degree of relative stability in the firm, which plays a key impact on the employee's actions and behavior and helps the firm achieve its strategic goals. In an organization, competent managers are those that establish the organization's strategic goals using a variety of trusted sources and methodologies in addition to a dependence on ICM. Based on the foregoing, this study aims to examine, from the viewpoints of a sample of Korek Telecom Company's managers, heads of departments, and supervisors, the relationship between OT and ICM and its impact on fulfilling the requirements of ES.

Study Problem

To develop performance and achieve efficiency in a setting marked by technological acceleration, and the demands of entrepreneurial strategy, business organizations must overcome numerous obstacles that result from the

relationships between organizational trust and investments in ICM. This process creates a barrier to the strategic role that policies play in the engagement of the workforce and their contribution to meet the objectives of the entrepreneurship strategy. Adopting complex policies is necessary to achieve the aforementioned capabilities in a firm. This objective can be achieved by establishment of an effective human element considering the nature of the function of service and development in delivering services to people in line with these organizations' missions and goals. These call for concentrating on investments in ICM to strengthen the organization's capacity to accomplish its goals; this is possible by working to obtain the necessary standards, especially given that telecommunications businesses work hard to deliver excellent performance and keep striving in a competitive environment (Freeman and Edward 2010). Given these, the following research questions have been drafted to be addressed in this study:

- i. What level of ICM dimensions exists at Korek Telecom Company (KTC) from the perspective of the sampled respondents in this study?
- ii. What level of OT dimensions exist at KTC from the perspective of the sampled respondents in this study?
- iii. What level of ES dimensions is achievable at KTC from the perspective of the sampled respondents in this study?
- iv. What are the relationships between intellectual capital management and organization trust?
- v. What are the relationships between intellectual capital management and entrepreneurship strategy?

Literature Review

Among the administrative concerns raised by contemporary administrative literature and pinpointed by scholars at the start of the 1990s is the topic of ICM.

Numerous issues in the literature have challenged the conventional understanding of capital and profitability. The traditional notion of capital has changed over time as the true capital of firms today is their human resources, which determine whether they are successful in achieving their goals or not. The concept of intellectual capital (IC) has expanded beyond the scope of IC possessed by a few persons that is still incomplete. As a result, it is challenging to discern an integrated concept on it. Meanwhile, an examination of the existing literature on this issue reveals that several contributions from researchers have been made. According to Brooking (1996), "intellectual capital" is a specialized word for the collection of intangible assets that allow the company to carry out its operations. As per Bassi (1997), it is the organization's knowledge value, which is made up of customer capital, human capital, and structural capital. It is intellectual content made up of knowledge, experiences, information, and skills with economic worth that may be applied to real-world situations to generate income. This idea holds that IC is comprised of knowledge, experience, information, and skills. Awad & Ghaziri (2004) defined IC as a group of people who use their intelligence to solve a specific problem or produce value because they have the experience, creativity, values, and culture to do so.

To increase the effectiveness of commercial organizations, the interactions between the knowledge and experiences of all human resources are necessary to create IC. Among the important metrics and criteria frequently used to quantify intangible assets is intellectual capital (Hellstrom & Husted, 2004). Given these, the researcher defines intellectual capital as a mental capacity necessary for the creation of novel, pertinent, and workable ideas that can integrate and harmonize many components to achieve the intended goals.

Scholars in the field of organizational behavior have turned their attention to the issue of organizational trust owing to the significance of the topic and its close connection to a wide range of organizational factors that have an impact on an

organization's success, development, and capacity to accomplish goals in an efficient manner. Trust is a phenomenon that occurs at the personal level; the transition of trust from the individual to the organizational level lacks precision and clarity as it often refers to individuals rather than organizations (Nielsen, 2004). According to Lewicki et al. (2006), trust is described as positive when it has met the expectations of other people's behavior, while mistrust is the anticipation of conviction about another person's negative behavior. According to Bidault et al. (1998), organizational trust is the belief that others will not act opportunistically and as a result will not do something bad to others. It refers to the extent to which supervisors delegate certain duties and responsibilities to subordinates with the understanding that they will be completed (Straiter, 2005). It is a strategic concern that could give a sustainable firm a competitive advantage. Hence, Bagraim & Hime (2007) considered it essential for the development and sustainability of human relationships. According to Yeh (2009), it is a person's faith in the objectivity of the policies and decisions of the firm reflecting the commitment and satisfaction of the individual to the firm.

The goal of the entrepreneurial strategy is to approach business ventures strategically. In addition to identifying opportunities, the business also concentrates on creating opportunities in the external world through creativity (Sadq, 2019). To achieve their goals, organizations must collaborate in order to create opportunities and successful innovations (Ferreira, 2002). It is only through innovation and development that an organization can stand out among equals (Philippi, 2003). Businessmen can identify differences in people's capabilities and potential through the integration of strategic management and leadership expertise. They can identify ways of putting these opportunities into practice in order to produce something novel and beneficial (Ireland et al., 2003). It is the ability to create new business opportunities within the organization's current operations (Rensburg, 2013). Entrepreneurship strategy was defined by

Lassen (2007) as the capability and willingness to take action and realize potential. According to the experts, an organization's capacity to take risks in order to realize its goals through the exploitation of organized resources is reflected in its entrepreneurial approach. Organizations can make a difference in their business environment by exploiting the opportunities in their business environment; organizations must strategically allocate available resources to gain a competitive edge (Tantau, 2008). Kyrgidou & Hughes (2010) ascertained that the entrepreneurial strategy of a firm is the actions that result in management efforts towards assessing the potentials that will match the available resources with the optimal rate of benefits and return before putting them to use through strategic tasks. According to Sirmon et al. (2003), it is a process that incorporates research behavior for both immediate and advantageous prospects.

Study Significance

This study makes the following contribution to knowledge:

1. The variables in this study are critical to the concept of management as it focused on the examination of the relationship between ICM and OT in order to meet the needs of the ES. The study focuses on 3 key parameters that have a substantial impact on business performance at the organizational level.
2. The study presents a conceptual and intellectual discussion on the issue of administration in a bid to support researchers and organizations that may be interested in the concepts of ICM, organizational trust, and theoretical supervision.
3. The study makes a scientific contribution to KTC and other public companies on how to foster employee trust. A further advantage of the structure of ICM is that it helps people improve their abilities, which can help them meet the demands of an entrepreneurship strategy.

Study Objectives

- i. To illustrate and make clear the basic ideas of ICM, building organizational trust, and meeting entrepreneurship strategy requirements.
- ii. To assess the level of ICM in accordance with the guidelines of the study sample with the possibility of accrediting KTC employees who can be trusted in their interactions. Additionally, it seeks to investigate how building trust inside firms could increase workers' commitment to their jobs.
- iii. To assess the level of OT based on the viewpoints of the study sample and to look into the potential benefits of the connection between the ICM and organizational trust in attaining the objectives of an entrepreneurial strategy.
- iv. Examine the relationships and effects among the research variables to help develop a list of specific suggestions that will strengthen the link between effective ICM and organizational trust. This could help and assist in achieving the requirements of ES.

Study Model and hypotheses

The main dimensions of this study (which are ICM, OT, and ES) were the basis for the design of the theoretical framework in this study. The proposed framework of the interactions of these main dimensions is shown in Figure (1).

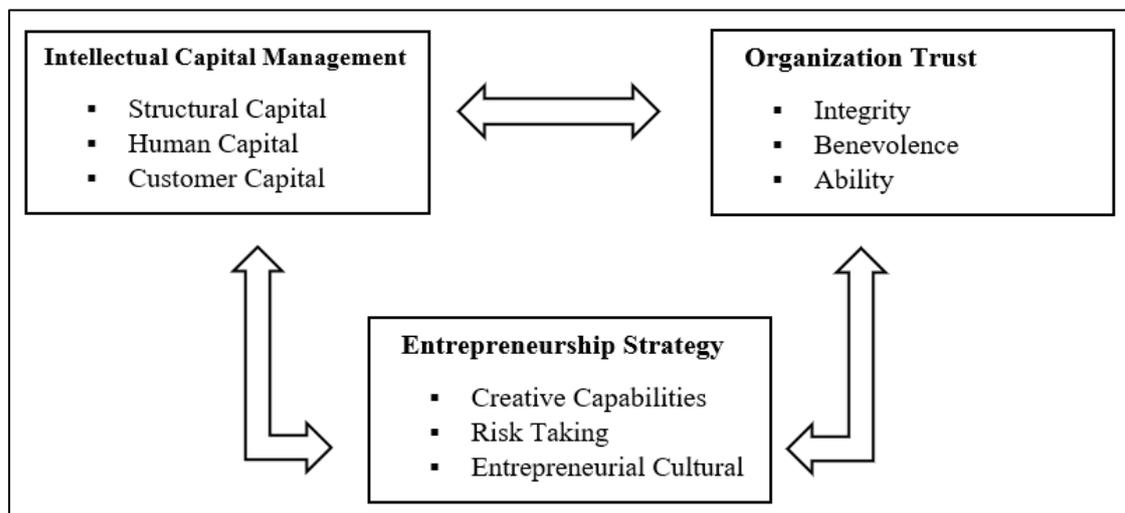


Figure 1: The framework of the proposed interactions

Study Hypotheses

H1: Intellectual capital management (ICM) has a positive and significant correlation with organizational trust (OT).

H2: ICM has a positive and significant correlation with entrepreneurship strategy (ES).

H3: Organizational trust (OT) has a positive and significant correlation with OT and ES.

H4: ICM has a significant impact on ES.

H5: OT has a significant impact on ES.

Methodology:

This study is built on a descriptive-analytical methodology; the study's main and supporting variables were described using the descriptive methodology. The data from the questionnaire were analyzed using an analytical technique in order to establish the level of study variables in accordance with the expectations of the study sample. Additionally, the relationship and effect between the factors in the study were looked at. The data and information for this study were gathered using two different types of approaches. First, secondary data was gathered; the researchers used various sources (including books, articles, studies, and university theses), which dealt with the topic of the study, to cover this component of the study. For the practical aspect of the study, primary data was collected based on the developed survey questionnaire for the study. A Likert scale with points 1 = strongly disagree to 5 = strongly agree was used in the questionnaire to ensure that relevant data are gathered to address the research objectives and test the developed hypotheses. Table 1 provides more information about the aspects of the questionnaire.

Table (1) questionnaire instrument

Study variables	Questions	Source
Intellectual capital		
Human capital	X1 – X5	(Bontis, 2002), (Sadq et al, 2020).
Structural capital	X6 – X10	
Customer capital	X11 – X15	
Organizational trust Integrity	Y1 – Y5	(Mayer, & Allen, 2004), (Mayer et al., 1995)
Benevolence	Y6 – Y10	
Ability	Y11 – Y15	
Entrepreneurship strategy	Z1 – Z5	(Kyrgidou & Hughes, 2010),

Creative capabilities		
Risk taking Entrepreneurial Culture	Z6 – Z10 Z11 – Z15	(Dess, et al, 2007), (Chang, et .al. 2013).

The researchers used a range of statistical methods using the SPSS program in order to analysis data such as the mean and standard deviation to identify the reactions of the study sample to the study variables included in the questionnaire. Pearson correlation coefficient was used to identify the correlation between the study variables. Finally, the stepwise coefficient regression was used to determine the effect between the study variables.

The telecommunications sector was chosen to apply the practical section of this study. The study population represents all managers of Korek Telecom Company that are currently operating in Iraq. The study sample composed of 64 managers and supervisors who filled out the questionnaire and the returned questionnaires were used for the statistical analysis.

4. Results and Outcomes

4.1 Reliability of the questionnaire:

Cronbach Alpha analysis was used for the purpose of verifying the reliability coefficient of the questionnaire. The value of the Cronbach Alpha is acceptable when these values are greater than 0.60 (Sekaran, 2005). The total value of the questionnaire' questions is (.895), intellectual capital (.832), organizational trust (.849), entrepreneurship strategy (.827). These results show that the reliability of the questionnaire has a high degree of reliability.

Table (2) results of Cronbach Alpha value

Variables	No. of questions	Cronbach Alpha value
Whole questionnaire	45	.895
Organizational trust	15	.832
Intellectual capital	15	.849
Entrepreneurship strategy	15	.827

4.2 Descriptive analysis of the variables

A descriptive analysis was then conducted to describe the general customer perception of the Intellectual capital, Organizational trust, and Entrepreneurship Strategy in Korek Telecom Company in Iraq context. As can be seen in Table 3, 4, 5, the mean and standard deviation of the constructs were reported. For ease of interpretation of the five point Likert scale anchored by 1 (strongly disagree) to 5 (strongly agree).

4.2.1 Intellectual capital:

Table (3) shows the general average means of intellectual capital that reached (4.12). As shown, there is a high level in the general averages of all intellectual capital dimensions. Its each five questions of human capital, structural capital, and customer capital questions reflect a high general mean of (4.29), (3.98), and (4.11) respectively. These results indicate that the intellectual capital dimensions receive a high level of attention at the Korek telecom Company.

Table (3) means and standard deviations of intellectual capital questions

	Intellectual capital questions	Mean	St. Deviation
X1	The company has human resources with diverse skills, expertise and knowledge.	4.54	.502
X2	The company's management develops its human capital through various methods such as training and development.	4.22	.670
X3	The company pays attention to human resources who have the ability to innovate.	4.28	.545
X4	The company has human resources with intellectual and mental abilities that make them distinguished in their performance.	4.10	.781
X5	The company's management is working hard to retain human resources with diverse skills and knowledge.	4.33	.660
General average of Human capital		4.29	.631
X6	The company is keen to have a good reputation through its outstanding scientific product by distinguished human resources.	3.91	.996
X7	The company has the latest information technologies such as computers, accessories and communication technologies.	3.78	1.027
X8	The company has a scientific staff specialized in the field of information systems and technologies.	4.30	.759
X9	The company adopts an organizational structure in line with modern scientific and administrative developments.	4.04	.976

X10	The management of the company provides a guide to describe the functions of administrative staff in order to achieve the best achievement and performance for them.	3.91	.830
General average of Structural capital		3.98	.917
X11	The company seeks to achieve a good level for the satisfaction of its employees through their interest in their skills, experience and use of information and communication technology.	4.25	.766
X12	The company tries to keep the parties involved with it by providing the best scientific product.	4.19	.723
X13	The company's mission is to provide the best service achievements through its interaction with the community.	4.30	.675
X14	The company offers the best possible cooperation with other parties to achieve outstanding service performance.	4.06	.903
X15	The company seeks to achieve the loyalty of its employees by paying attention to them as intellectual capital.	3.79	1.108
General average of Customer capital		4.11	.835
General average of Intellectual capital		4.12	.794

4.2.2 Organizational trust:

Table (4) shows the general average means of organizational trust that reach a value of (4.11). As shown, there is a high level in the general averages of organizational trust dimensions. It is each five questions of integrity, benevolence, and ability questions from respondent's view which reflect a general high mean of (4.16), (4.14), and (4.03) respectively. These results indicate that the organizational trust dimensions receive a high level of attention at the Korek telecom Company.

Table (4) means and standard deviations of Organizational trust questions

	Organizational trust Questions	Mean	St. Deviation
Y1	My colleagues at work are frank and advise me.	4.09	.793
Y2	My colleagues at work achieve success without harming others.	4.07	.745
Y3	I believe that the integrity of my colleagues at work is high.	4.18	.695
Y4	My colleagues at work say the truth even if it is undesirable.	4.31	.722
Y5	My colleagues are committed to their obligations to others	4.15	.892
General average of integrity		4.16	.769
Y6	The needs and desires of others are very important to my colleagues at work.	4.25	.725
Y7	My colleagues do not do anything that hurts the company.	4.16	.771
Y8	My work colleagues make personal sacrifices for everyone.	4.03	.870
Y9	My colleagues are interested in always being the best.	4.07	.937
Y10	I am free to disagree with my colleagues at work.	4.21	.769

General average of benevolence		4.14	.814
Y11	My colleagues have a lot of knowledge about what work is needed.	4.15	.957
Y12	I can depend on my colleagues if I have a hard time working.	4.33	.805
Y13	I am convinced that my colleagues can contribute to the success of the company.	3.67	1.093
Y14	My colleagues have the ability to solve important problems in the company.	3.94	.998
Y15	My colleagues have the knowledge to be successful in the work that they are trying to accomplish.	4.07	.765
General average of ability		4.03	.923
General average of Organizational trust		4.11	.835

4.2.3 Entrepreneurship Strategy

Table (5) shows the general average means of entrepreneurship strategy that reached (3.98). As shown, there is a high level in the general averages of entrepreneurship strategy creative capabilities, risk taking, and entrepreneurial culture questions from respondents' view. Each of the five questions reflect a general high mean of (4.04), (3.96), and (3.95) respectively. These results indicate that the entrepreneurship strategy dimensions receive a high level of attention at the Korek telecom Company.

Table (5) means and standard deviations of entrepreneurship strategy questions

	Entrepreneurship strategy questions	Mean	St. Deviation
Z1	The company provides the organizational and appropriate environment to support the creative work.	3.61	1.255
Z2	Employees use different methods to develop and improve their creative abilities.	4.36	.773
Z3	The company provides material resources to allow creative activities.	4.34	.565

Z4	The company provides significant allocations to support the development of creative skills.	4.03	.870
Z5	The company rewards creative behavior and motivates it materially and morally.	3.90	.890
General average of creative capabilities		4.04	.870
Z6	The company follows an aggressive policy to achieve excellence in competitive companies.	4.33	.660
Z7	The company prefers to take advantage of the new opportunities even if there is no certainty of success or failure.	3.94	.903
Z8	The company is taking the risk to increase its market share.	3.66	.993
Z9	The company adopts the risk element in order to obtain competitive advantage to achieve leadership.	3.85	.925

Z10	The company is always looking for high profitability business despite its high risk.	4.03	.816
General average of risk taking		3.96	.859
Z11	The company deals with environmental changes and accepts the ideas that serve to deal with them seriously.	3.46	1.271
Z12	The culture of continuous learning and intensive training has a priority in the idea of running a company as a performance enhancer and maximizes it.	4.21	.769
Z13	The company focuses on improving its services.	4.04	.806
Z14	The management of the company encourages its employees to work continuously to accomplish the work efficiently and effectively.	4.13	.968
Z15	The company is working to adopt the principle of working teams in the achievement of basic and strategic work to achieve sustainable competitive advantage.	3.93	.858
General average of entrepreneurial culture		3.95	.934
General average of entrepreneurship strategy		3.98	.887

4.3 Testing Study Hypotheses

Pearson correlation analysis has been used in order to examine the first, second, and third hypothesis at the (0.01) level of significant. The value of Pearson correlation between intellectual capital and organizational trust is (.745**). The value of correlation between intellectual capital and entrepreneurship strategy is (.732**). The value of correlation between organizational trust and entrepreneurship strategy is (.811**). Consequently, accepting the first, second, and third hypotheses.

The regression analysis as it shown in table (6) illustrates that intellectual capital and organizational trust separately have a significant impact on entrepreneurship strategy. The constant value reveals that if intellectual capital and organizational trust is at zero level, the entrepreneurship strategy has to be in 38.2% and 31.1%. These predictions were significant at p-value of (0.05). Furthermore, 78.7% and 68.9% of entrepreneurship strategy can be explained by intellectual capital and organizational trust as represented by R square value. In addition, F calculated is equal to (145.199) and (138.748) respectively which are statistically significant. These results confirm the fourth and fifth hypothesis

which state that intellectual capital has a significant impact on entrepreneurship strategy and that organizational trust has a significant impact on entrepreneurship strategy. Table (6) shows that the calculated R square is .804, meaning that 80.4% of the variance in entrepreneurship strategy can be predicted by the relationship between intellectual capital and organizational trust. Moreover, table (6) illustrates that F calculated is 186.743 with the significant value of .000 and is statistically significant. These results confirm the six hypothesis that state that there is a significant impact of the relationship between intellectual capital and organizational trust on entrepreneurship strategy

Table (6) Regression Analysis between study variables

Entrepreneurship strategy			
	F value	R2	Sig. F value
Intellectual capital	145.199	.787	.000
Organizational trust	138.748	.689	.000
The relationship between intellectual capital and organizational trust	186.743	.804	.000

Results and Conclusion

The findings indicate that achieving the objectives of the entrepreneurship strategy at KTC depends significantly on OT and ICM. This refers to the accessibility of human relations as well as the availability of skills, experience, knowledge, and creativity. To implement an entrepreneurial strategy, information technologies that are only available in ICM are used to serve clients. The limits of spatial and temporal concerns have been aided to transcend by the quick development in the field of telecommunications. Changes in organizational structures and tactics have had a significant impact on how organizations operate.

Organizations have been forced to treat ICM seriously as a result of the escalating rivalry in both domestic and international markets. Organizations have been forced to investigate measures to enhance competitive performance. Organizations that want to leverage their intellectual capital should work to create

a conducive working environment, adopt a modern approach to leadership that values dialogue and uses it as a tool for empowerment, and provide a set of qualities that encourage the generation of innovative ideas.

Due to the growing level of competition in both the domestic and international markets, entrepreneurship strategy is one of the most current subjects to receive a lot of attention. The competitive abilities and efficiency of businesses are enabled by a number of key characteristics of entrepreneurial strategy, including creative abilities, risk-taking, and entrepreneurial cultures with clear common values and an innovative mindset. These cultures also possess strategic resources and knowledge capabilities.

Recommendations

A corporation may be able to recruit employees with competence, ability, and talent by maintaining high levels of ICM and its components, as they are more important today than physical capital. By hiring them, there is a chance that investment in the development of an entrepreneurial strategy will increase.

Organizations must develop a suitable database for their innovative employees, identify suitable assessment techniques, and assess their ICM. In addition, it is essential to develop the available resources and take care of the ICM industry. Sending capable and effective staff to scientific conferences and training sessions in the field of communications will help achieve this feat.

Businesses must preserve their high entrepreneurial skills and capitalize on them as a strategic advantage. It is also advised to leverage the high level of importance attached to the feedback from the managers' perspective and to activate the role of effective recruitment in the advancement of creative abilities, risk-taking, and entrepreneurial culture.

Given that the study's findings show how important it is for an organization's employees to have a high degree of organizational trust, businesses should understand the value of fostering, supporting, and building employee organizational trust. Therefore, rules and programs should be developed if companies wish to ensure that their investments are sound and that they gain from the backing of an entrepreneurial strategy.

It is essential to raise awareness of the significance of attaining the strategic and long-term objectives of the companies. This has advantageous effects on managers as well as the organization as a whole. As one of the most significant issues relating to human resources, businesses must try to maximize and foster organizational commitment values to their employees.

References

1. Abdullah, M.N., Omar, S.O. & Sadq, Z.M. (2020). The impact of the relationship between information technology and organizational justice in promoting strategic Enterprneual, Zanco Journal of Humanity Sciences, 24(4): 113-138.
2. Ahangar, R.G. (2011). The relationship between intellectual capital and financial performance: An empirical investigation in an Iranian company. African Journal of Business Management, 5(1): 88-95.
3. Ahmad, B.S., Sadq, Z.M., Othman, B., and Saeed, V.S. (2019). The Impact of the Quality of Work Life on Organizational Intelligence. International Journal of Psychosocial Rehabilitation, 23(2): 931-946, DOI: 10.37200/IJPR/V23I2/PR190341.
4. Ali, M.A., Omer, S.O. & Sadq, Z.M. (2018). The Role of Information System Efficiency Human Resources in the Strategic Practices of Human Resources Management. Iraqi Administrative Sciences Journal. 2(2): 219-233.

5. Ali, M.H., Sadq, Z.M. and Ibrahim, S.A. (2019). The Role of Administrative Transparency in Achieving Organizational Health- an Empirical Study of a Sample of Lecturers' Views at Koya University. International Conference on Accounting, Business, Economics and Politics ICABEP2019. Tishk International University, Erbil, Iraq. pp: 16-25. DOI: 10.23918/ICABEP2019p5.
6. Aljaf, N. and Sadq, Z.M. (2015). The Impact of Employee Motivation on Organizational Performance. An Empirical Study at Hayat University- Erbil/Iraq. Journal for Studies in Management and Planning. 1(10): 83-93.
7. Awad, E. M., & Ghaziri, H. M. (2004) Knowledge Management, Prentice-Hall, Upper Saddle River, New Jersey.
8. Bagraim, J. J., & Hime, P. (2007). The dimensionality of workplace interpersonal trust and its relationship to workplace affective commitment. SA Journal of Industrial Psychology, 33 (3), 43-48. doi:10.4102/sajip.v33i3.394
9. Bassi, L.S. (1997). "Harnessing the power of Intellectual Capital", Training & Development, 51, (12), 25-30.
10. Bidault, F., Despres, C. and Butler C., (1998). Leveraged Innovation: Unlocking the Innovation Potential of Strategic Supply. MacMillan Press, London.
11. Bijlsma-Frankema, K. M., & Koopman, P. (2003). Trust Within Organizations: Introduction to a Special Issue. Personnel Review, 32(5), 543-555. <https://doi.org/10.1108/00483480310488324>
12. Blakeney, R. N. (1986). A Transactional View of the Role of Trust in Organizational Communication. Transactional Analysis Journal, 16(2), 95–98. <https://doi.org/10.1177/036215378601600203>
13. Bontis, N. (2002), World Congress on Intellectual Capital Readings, Butterworth Heinemann KMCI Press, Boston.

-
14. Brinker, B. 1998. Intellectual Capital: Tomorrow's assets, today's challenge, Available at <http://www.cpavision.org/vision/wpaper0b.cfm>.
 15. Brooking, A. (1996). Intellectual capital - core asset for the third millennium enterprise. London: International Thomson Business Press, 8, 12-13, 76.
 16. Chang, Hung-Jung & Wang, Hsien-Bin (2013). A Case Study on the Model of Strategic Entrepreneurship, *The International Journal of Organizational Innovation*. 5(4) 30-44.
 17. Daft, R.L. (2008). *Management*. 8th edition, Mason, OH, USA, Thomson, South-Western.
 18. Daft, R.L., (2001). "Organization Theory and Design", 7th edition., South – Western College publishing, Mason, Ohio.
 19. Dess, G.G., Lumpkin, G.T., & Eisner, A.B., (2007). *Strategic Management, Text and Cases*, 3th edition, McGraw-Hill Irwin, New York.
 20. Dirks, K. T., and Ferrin, D. L. (2002). Trust in leadership: meta-analytic findings and implications for research and practice. *Journal of Applied Psychology*. 87 (10), 611–628.
 21. Edvinsson, L. and Malone, M.S. (1997) *Intellectual Capital: Realizing Your Company's True Value by Finding Its Hidden Brainpower*. Harper Business, New York.
 22. Ferreira J., (2002) *Corporate Entrepreneurship: a Strategic and Structural Perspective*. International Council for Small Business, ISCB 4 7th World Conference San Juan, Puerto Rico, June 16-19, 2002.
 23. Ferreira, A.I, & Martinez, L.F. (2011). Intellectual capital: perceptions of productivity and Investment. *RAC, Curitiba*, 15(2), 249-260.
 24. Freeman, R. Edward, et al. "Stakeholder theory: The state of the art." (2010).
 25. Gabarro, J. J. (1978). The development of trust, influence, and expectations. In A. G. Athos & J. J. Gabarro (Eds.), *Interpersonal*

- behaviors: Communication and understanding in relationships (pp. 290-303). Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
26. Gillespie, N. & Mann, L. (2000). The building blocks of trust: The role of transformational leadership and shared values in predicting team members' trust in their leaders. Paper presented at the 2000 Academy of Management Conference, Toronto.
27. Heimovics, R. D. (1984). Trust and Influence in an Ambiguous Group Setting. *Small Group Behavior*, 15(4), 545–552. <https://doi.org/10.1177/104649648401500407>
28. Hellstrom, T., & Husted, K. (2004). Mapping knowledge and intellectual capital in academic environments, *Journal of Intellectual Capital*, Vol. 5 No. 1, pp. 165-180.
29. Hitt, Michael A. & Ireland, R. Duane & Camp, S. Michael & Sexton, Donald L. (2001). Guest Editors' Introduction to the Special Issue Strategic Entrepreneurship: Entrepreneurial Strategies for Wealth Creation, *Strategic Management Journal*. 22(6-7), 479–491.
30. Ireland, R. D., Hitt, M. A., & Sirmon, D. G. (2003). A Model of Strategic Entrepreneurship: The Construct and its Dimensions. *Journal of Management*, 29(6), 963– 989. https://doi.org/10.1016/S0149-2063_03_00086-2.
31. Ireland, R. Duane and Hitt, Michael A. and Sirmon, David G., (2003) A Model of Strategic Entrepreneurship: The Construct and its Dimensions, *Journal of Management*, 29(6).
32. Karim, S.M., Sadq, Z.M. & Al-Ahmedi, M.W. (2016). Equity Capital Sovereignty and Country's Economical Change. *International Journal of Research in Social Sciences and Humanities*. 6(2): 1-9.

-
- 33.Kasperson, R. E., Golding, D., and Tuler, S. (1992). Siting hazardous facilities and communicating risks under conditions of high social distrust, *Journal of Social Issues* 48(4):161-187.
- 34.Kotler, P. (2009). "Marketing Management", Prentice-Hall, Inc, New Jersey. Kyrgidou, L. and Hughes, M. (2010). Strategic Entrepreneurship: Origins, Core Elements and Research Directions. *European Business Review*, 22(1): 43-63.
- 35.Kyrgidou, L.P. & Hughes M. (2010). Strategic Entrepreneurship: Origins, Core Elements and Research Directions. *European Business Review*. 22: 43-63.
- 36.Laka-Mathebula M.R. (2004) Modelling the relationship between organizational commitment, leadership style, human resources management practices and organizational trust. Pretoria: University of Pretoria.

