مجلة العقد الاجتماعي

گۆڤاری گرێبەستی کۆمەڵایەتی

Social Contract Journal

0

مجلة علمية محكمة نصف سنوية، يصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في اقليم كوردستان العراق، تعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية، باللغات العربية والكوردية والانكليزية.

گۆڤارێکی زانستی نیو سالی یە، لەلایەن ناوەندی توێژینەوەی یاسایی لە وەزارەتی دادی حکومەتی هەرێمی کوردستان ـ عێراق دەردەچێت ، کە تایبەتە بە بڵاوکردنەوەی توێژینەوە و لێکۆڵینەوەی یاسایی، بە هەردس زمانەکانی عەرەبی، کوردی، ئینگلیزی.

A semi-annual scientific journal issued by the Legal Research Center at the Ministry of Justice in the Kurdistan Region of Iraq, which is concerned with publishing legal research and studies in Arabic, Kurdish and English languages.

ISBN: 000 000

العدد (0) أبريل 2021

clr.gov.krd

مجلة العقد الاجتماعي

يعقوب

" گۆڤاری گرێبەستی کۆمەڵایەتی"

"*Social Contract Journal*"

مجلة حقوقية علمية محكَّمة نصف سنوية، تعني بنشر البحوث والدراسات القانونية باللغات العربية والكوردية والإنكليزية، تصدر عن مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كوردستان – العراق

" گۆڤارێکی زانستی نیو ساڵی یە، لەلایەن ناوەندی توێژینەوەی یاسایی لە وەزارەتی دادی حکومەتی هەرێمی کوردستان –عێراق دەردەچێت، کە تایبەتە بە بڵاوکردنەوەی توێژینەوە و لێکۆلینەوەی یاسایی، بە هەر سێ زمانەکانی عەرەبی، کوردی، ئینگلیزی "

" A semi - annual peer-reviewed journal concerned with publishing legal research and studies in Arabic, Kurdish and English languages, issued by the Legal Research Center at the Ministry of Justice in the Kurdistan Regional Government of Iraq"

رقم الإيداع: 517/ 2021، لدى المديرية العامة للمكتبات في أربيل

تُرسل جميع المراسلات على العنوان الآتي:

إقليم كوردستان – العراق - اربيل– شارع 60م / تقاطع فرانسوا ميتران -وزارة العدل -مركز البحوث القانونية "مجلة العقد الاجتماعي"

عنوان البريد الألكتروني.

E-mail: prof.alahmed@clr.gov.krd
prof.alahmed@gmail.com

ترسل جميع المراسلات إلى السيد رئيس التحرير

تطلب منشوراتنا من منشورات زين الحقوقية في بيروت – لبنان

الادارة العامة:

بيروت – لبنان – الشياح – طريق صيدا القديمة – سنتر دالاس

www.zeinjuridique.com **00961 1 391 391**
Email: wassim@zeinjuridique.com **00961 3 433 733**

المشرف العام
فرست أحمد عبد اللّٰه
وزير العدل

الهيئة الاستشارية للمجلة

1. الأستاذ الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أستاذ القانون المدني، كلية القانون الكويتية العالمية، الكويت.
2. الأستاذ الدكتور أكرم يا ملكي، أستاذ القانون التجاري في جامعة بغداد سابقاً – العراق.
3. الأستاذ الدكتور الشهابي الشرقاوي، أستاذ القانون المدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الملك سعود، السعودية.
4. الأستاذ الدكتور تميم طاهر الجادر، أستاذ القانون الجنائي، الجامعة المستنصرية – العراق.
5. الأستاذ الدكتور جعفر الفضلي، أستاذ القانون المدني، جامعة الموصل – العراق.
6. الدكتور حارث الدباغ، أستاذ القانون المقارن والقانون الدولي الخاص المشارك، جامعة مونتريال – كندا.
7. الأستاذ الدكتور حسام الدين الأهواني، أستاذ القانون المدني، جامعة عين شمس– مصر.
8. المستشار الدكتور صالح إبراهيم الغثيث، رئيس هيئة المستشارين في مجلس النواب ورئيس تحرير مجلة دراسات قانونية – البحرين.
9. المستشار الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي، المستشار بالديوان الأميري، وأستاذ القانون العام، وعميد كلية الحقوق بجامعة الكويت، الكويت.
10. الأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، أستاذ القانون الدولي العام، وكيل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في حكومة إقليم كوردستان– العراق.

11. الأستاذ الدكتور علي هادي الهلالي، أستاذ القانون العام، وعميد كلية القانون، جامعة بغداد– العراق.
12. الأستاذ الدكتور فائق الشماع، أستاذ القانون التجاري المتمرس، جامعة بغداد – العراق.
13. الأستاذ الدكتور كارلوس فرناندث ليسا، أستاذ القانون الدولي العام والعلاقات الدولية، جامعة كارلوس الثالث في مدريد – اسبانيا.
14. الأستاذ الدكتور مُحَمَّد شلال العاني، أستاذ القانون الجنائي، جامعة الشارقة – الإمارات.
15. الأستاذ الدكتور منير منيروزمان، أستاذ القانون الدولي والأعمال، جامعة بورتسموت– المملكة المتحدة.
16. الأستاذ الدكتور هيثم حامد المصاروة، أستاذ القانون المدني، جامعة الملك عبد العزيز – السعودية.
17. الأستاذ الدكتور وليد الشناوي، أستاذ القانون العام، جامعة المنصورة – مصر.
18. الأستاذ الدكتور يان دي غروف، أستاذ القانون الدولي العام، كلية القانون، جامعة أنتفيرب، بلجيكا.

رئيس التحرير

الأستاذ الدكتور

محمد سليمان الأحمد

هيئة التحرير

أ. الدكتور عدنان إبراهيم سرحان	أ. الدكتور أميد صباح عثمان
الدكتور هادي مسلم يونس	الدكتور دانا عبد الكريم سعيد
الدكتور عبد الكريم صالح عبد الكريم	الدكتور خالد إبراهيم السليم

سكرتير التحرير

الدكتور حسيب صالح إسماعيل

المنسق العام لهيئة التحرير	المشرف الفني
كرمانج يونس عثمان	توانا سامي عبد الرحمن

قواعد النشر
في مجلة العقد الاجتماعي

تنشر المجلة البحوث القانونية والدراسات الحقوقية باللغات العربية والكوردية والإنجليزية، وهي تعني بنشر كل ما يتصل بميادين اهتمام المجلة، من بحوث ودراسات، فضلاً عن التعليق على الأحكام القضائية، وملخصات الرسائل العلمية من ماجستير ودكتوراه، والتقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات، وعرض الكتب الجديدة ومراجعتها، ونشر نشاطات مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كوردستان العراق، من ندوات ومؤتمرات علمية وطاولات مستديرة، وترجمة البحوث القانونية من اللغات الأخرى. وذلك على وفق القواعد الآتية:

أ- البحوث والدراسات العلمية:

-قواعد عامة:

1. التعهد من الباحث بأن البحث أو الدراسة لم يسبق نشرها- ورقياً أو إلكترونياً- وألا تكون مقدمة للنشر إلى أية جهة أخرى.
2. أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والإضافة الجديدة إلى المعرفة القانونية.
3. الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة، ومراعاة التوثيق العلمي الدقيق لمواد البحث.
4. ألا يكون البحث أو الدراسة جزءاً من أطروحة دكتوراه أو رسالة ماجستير تقدم بها الباحث، أو جزءاً من كتاب له سبق نشره.
5. ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن 15 ألف كلمة بما في ذلك المراجع والهوامش والجداول والأشكال والملاحق.
6. لا يجوز نشر البحث في أية مجلة أخرى بعد إقرار نشره في مجلة العقد الاجتماعي.
7. ترسل البحوث مطبوعة، بصيغة الوورد إلى ايميل رئيس التحرير المجلة، وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في النسخة المرسلة.
8. أن يرفق الباحث سيرته الذاتية.
9. أن يرفق الباحث ملخصاً عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغات العربية والكوردية والإنجليزية.
10. المواد التي تتضمنها البحوث المنشورة تعبر عن آراء أصحابها، ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.
11. ترسل البحوث إلى عنوان رئيس تحرير مجلة العقد الاجتماعي أو إيميل المجلة.

ب–قواعد خاصة:

1. تخصص قائمة بالمراجع في آخر البحث، تتضمن جميع المراجع التي أشير إليها في المتن، وتوضع في صفحات مستقلة، على أن ترتب المصادر - والمراجع بدءاً بالمراجع العربية ثم المراجع الأجنبية.
2. يشار إلى الهوامش بأرقام متسلسلة على امتداد صفحات البحث، وتشرح مرقمة بحسب تسلسلها.
3. يمنح كل باحث نسخة من العدد المنشور فيه بحثه مع خمسة مستلات من بحثه المنشور.
4. تحتفظ المجلة بجميع حقوق النشر– ورقياً وإلكترونياً– للبحث المجاز.
5. يخضع ترتيب البحوث المنشورة في المجلة لاعتبارات علمية وفنية.
6. يراعي– ما أمكن– في أولوية النشر:

أ–البحوث الواردة من أعضاء الهيئة الاستشارية وهيئة التحرير والباحثين في المجلة.

ب–البحوث والدراسات التي تعني بالقوانين الكوردستانية والعراقية أو المقارنة بالقوانين العراقية أو الكوردستانية.

ج– تاريخ تسلم رئيس التحرير للبحث، وأسبقية تقديم البحوث التي يتم تعديلها.

د– تنويع البحوث من حيث التخصص من حيث المنشأ كلما أمكن ذلك.

ج– التعليق على الأحكام القضائية:

تنشر المجلة التعليق على أحكام القضاء، إيمانا منها بأهمية آراء الفقه القانوني في تحليل الحكم وتأصيله ونقده، من واقع الربط بين نظرية القانون وعلمه، وبين التطبيق العملي، وذلك على وفق القواعد الآتية:

- أن يكون معد التعليق متخصصاً في القانون.
- أن يتناول التعليق حكما نهائيا استنفدت طرق الطعن عليه.
- ألا يناقش التعليق إلا المبادئ التي أقام عليها الحكم دعائمه.
- عدم التعرض للهيئة والقضاة الذين أصدروه.

د– عرض ملخصات الرسائل الجامعية:

تنشر المجلة ملخصات الرسائل الجامعية (الماجستير–الدكتوراه) التي تم إجازتها، ويراعى فيها أن تكون حديثة، وأن تعد بمعرفة صاحب الرسالة، وأن تمثل إضافة علمية جديدة في أحد مجالات القانون المعروفة، على ألا يزيد العرض على (10) صفحات، مع مراعاة أن يضم ما يأتي:

- مقدمة لبيان أهمية موضوع الرسالة.
- ملخصاً لموضوع الرسالة وكيفية تحديده، ويكون ضمن الرسالة.
- ملخصاً لمنهج الرسالة وفروضها وأدواتها.

– خاتمة لأهم ما توصل إليه معد الرسالة من نتائج وتوصيات.

هـ – تقارير اللقاءات العلمية:

تنشر المجلة التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات التي تتصل موضوعاتها بواحد أو أكثر من مجالات اهتمام المجلة، والتي انعقدت حديثا في داخل إقليم كوردستان أو العراق وخارجهما، ويراعي فيها:

– أن يغطي التقرير فعآليات الندوة أو المؤتمر مركزاً على الأبحاث العلمية وأوراق العمل المقدمة ونتائجها، وأهم التوصيات التي توصل إليها.

– ألا يزيد التقرير عن (5) صفحات.

و– عرض الكتب ومراجعتها:

تنشر المجلة المراجعات التقويمية للكتب حديثة النشر، أو قديمة النشر فيما لو اقتنعت هيئة التحرير بثراء مضمونها، تخص أي حقل من حقول القانون والتي تتوافر فيها الشروط الآتية:

– أن يكون الكتاب متميزاً ومشتملاً على إضافة علمية جديدة.

– أن يكون معد المراجعة متخصصاً في المجال العلمي نفسه للكتاب.

– ألا يكون قد سبق تقديم العرض للنشر في مطبوعة أخرى.

– أن يعرض المراجع ملخصاً وافياً لمحتويات الكتاب مع بيان أهم أوجه التميز والقصور، على ألا يزيد العرض على(5) صفحات.

– تمنح المجلة مقابلاً مالياً لعرض الكتب، الذي يتم بتكليف من المجلة فقط.

ز– ترجمة البحوث الأجنبية إلى إحدى لغات المجلة:

تنشر المجلة ترجمات البحوث القانونية الأجنبية إلى إحدى لغات المجلة، العربية أو الكوردية أو الإنكليزية، جزءا من نشاطات وحدة دراسات القانون المقارن التابعة لمركز البحوث القانونية، على وفق الضوابط المعتمدة في الترجمة من جهة، وضوابط الوحدة المذكورة من جهة أخرى.

محتويات العدد

✍**كلمة وزير العدل** 19
✍**كلمة الهيئة الاستشارية (في العقد الاجتماعي)** 21
✍**كلمة رئيس التحرير** 25

البحوث باللغة العربية

سلطة القاضي في منح المدين أجلاً للوفاء تفادياً للفسخ 29
الأستاذ الدكتور حسام الدين كامل الأهواني .....
مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي (دراسة في قانون الالتزامات والعقود الفرنسي الجديد) 51
الأستاذ الدكتور عدنان إبراهيم سرحان .....
طبيعة العقد مع الجهة الخاصة بوصفها وكيلاً لجهة عامة 95
الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد والدكتور أحسن رابحي .....
حقوق الأطفال مجهولي الوالدين في التعليم والعمل «دراسة تحليلية في القانون البحريني» . 135
الأستاذ الدكتور هيثم حامد المصاروة والدكتور عمار سعيد الرفاعي .....
الأحكام الدستورية المستنبطة من قاعدة الإسلام مصدر أساس للتشريع (قراءة موازنة في الدستور العراقي والمقارن) 163
الأستاذ الدكتور وليد مرزة المخزومي .....
البحث القانوني وتأثير العولمة عليه دراسة في منهجية كتابة البحث القانوني 181
الأستاذة الدكتورة قبس حسن عواد البدراني .....
أحكام التقديم والتقادم في الصك 199
الدكتور هادي مسلم يونس .....
الاتجاه الحديث للقانون الإماراتي في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية 225
الدكتور أحمد محمود الفضلي .....
النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة وتطوّرها في فرنسا (دراسة تحليلية) 255
الدكتور علي يونس إسماعيل .....

دور مراكز البحوث البرلمانية في تفعيل أداء البرلمان دراسة تحليلية لمركز بحوث برلمان إقليم كوردستان – العراق.....283
الدكتور شالاو صباح عبدالرحمن .....
الأمن السيبراني -القيود والتحديات في ضوء قواعد القانون الدولي 309
الدكتور عبد الوهاب كريم حميد .....

البحوث باللغة الكوردية

خوێندنەوەیەکی بەراوردکارییە بۆ تاوانی لەباربردن لەنێوان شەرع و یاسای سزادانی عێراقی و فەڕەنسی 339
بوتان بكر عثمان .....

المقـالات

الإشكاليات القانونية المترتبة على أزمة الناقلة الجانحة «EVER GIVEN» في المجرى الملاحي لقناة السويس 381
الدكتور أحمد مصطفى الدبوسى السيد .....

التعليق على الأحكام باللغة العربية

المصادقة الحكمية لرئيس الجمهورية على مشروعات القوانين في دستور 2005.....399
الأستاذ الدكتور عدنان عاجل عبيد.....
حكم وقوع الطلاق الإلكتروني في القضاء العراقي 407
الدكتور قيس عبدالوهاب عيسى .....

التعليق على الأحكام باللغة الكوردية

ڕۆڵی نەرێنی دادگای باڵای فیدراڵی لە پاراستنی دەستوور.....415
پارێزەر محمد ناصح ئەمین .....

البحوث باللغة الإنكليزية

The Legal Philosophy of Lon L. Fuller.....**439**
Dr.Najmadeen A.Muhamad .....
Sustainable development of renewable energy: legal and policy challenges in Kurdistan region.....**463**
Dr. Khalid I. Al-Saleem .....

كلمة وزير العدل

مع تبوئي منصب وزير العدل في حكومة إقليم كوردستان – العراق، أخذت الخواطر والأفكار تراودني وتتزاحم أمامي لِما يمكن أن أتخذه من خطوات يمكن أن تُشكّـِل إضافة للوزارة ومفاصلها أو تفعيلاً لنشاطها وتوسيعاً لخدماتها، بما يتطابق مع الاسم والمسمى، وبالأخص في مجالات القانون، وقد رقدت قواعده المعيار الأفخم في رقي الدول وتحضُّر المجتمعات الإنسانية، كما أصبح القانون الجزء الأهم من مفهوم الثقافة والآلية الفاعلة لحِكمة الحكم ورشادته. ففي وقت بدأت حكومة الإقليم بولوج طريق الإصلاح والتطوير وعصرنة مؤسساتها والتخلّي عن لباس التقليد من بيروقراطيتها وتحديث أساليب عملها وشكل تقديم خدماتها، مقتفية أثر التجارب الناجعة في الأنظمة المتقدمة والمجتمعات الإنسانية التي تعيش خضم ثورة التكنولوجيا وقوانين العولمة، وما أحدثته من تغيرات جذرية في شتى مناحي الحياة والعلاقات، ولعلَّ إقليم كوردستان أحوج ما يكون اليوم لنوافذ يطل بها على العالم المتحضِّر ويكون مصدر أخذ وعطاء في المجالات المختلفة، ولمّـا كان معيار الاختصاص الركيزة الأساسية للمساهمة في عملية التطوير، فإن الدراسات والبحوث القانونية تكون أقرب المجالات إلى وزارة العدل، إذ تحرص على تمكين أساتذة القانون والقضاة والمحامين والمشتغلين في كافة الدوائر القانونية والمعنيين بحقوق الإنسان وطلبة الدراسات القانونية بمراحلها المختلفة، من الاطلاع على البحوث القانونية المختلفة وآراء الأساتذة والفقهاء والاغتراف ممّـا تجود به عقولهم من آراء ونظريات وبحوث وما يصدر عن المحاكم في الإقليم والعراق وفي مختلف الدول، من أحكام ومبادئ قضائية وترسيخ مضامينها تحقيقاً لهدف القانون الأسمى وهو العدالة، وتحقيقاً لكل هذا وذاك كان من أبرز ما استقر عليه رأينا هو تأسيس مركز للبحوث القانونية يتبنى، من ضمن نشاطاته المتنوعة، إصدار مجلة قانونية علمية مُحكَّـمة تتولى نشر البحوث القانونية الرصينة، على ان لا تنحصر في حدود العراق والإقليم، بل يكون لها فضاءً مفتوحاً يتجاوز حدودهما إلى الدول العربية، بل والعالم أجمع، وقد حرصنا أن تكون باللغات الكوردية والعربية والإنكليزية، لتتحقق بهذه اللغات الثلاثة غايتنا في نشر الثقافة القانونية الحصيفة على مختلف الأصعدة في الداخل والخارج.

إن فكرة تأسيس مجلة مؤطرة بطابع علمي رصين، وبمضمون رزنٍ متنوعٍ وأصيل، لا شك انها فكرة قد لا تبدو سهلة التطبيق لما تتطلب من إمكانيات ومؤهلات علمية وفنية متمرِّسة، فضلاً عن المتطلبات المادية، إلّا أن ما سهّل علينا إبرازها إلى حيز التنفيذ وساحة الوجود هو ما لقيناه من دعم من لدن السيد مسرور البارزاني رئيس مجلس وزراء إقليم كوردستان، وتأييده الحثيث للسير بالمشروع إلى نهايته لتحقيقه على ارض الواقع، كما أننا وجدنا في الاخ البروفيسور الدكتور محمد سليمان الأحمد خير مشجع ومعين لإخراج المشروع إلى حيز الوجود، فتولى مشكوراً مسؤولية مركز البحوث القانونية ورئاسة تحرير المجلة بتلهف منقطع النظير، ولم يبخل من أجل ذلك بعلمه القانوني النيّـِر وغزارة معلوماته وغناء تجربته، فلقد سخَّرها كلها من أجل إنجاح المشروع، فبادر إلى تفعيل علاقاته وصداقاته وصلاته المهنية في هذا السبيل، فكانت مخرجات نشاطاته تشكيل مجلس لإدارة مركز

البحوث القانونية من خيرة أساتذة القانون المشهود لهم سمعةً وعلماً ونشاطاً، كما كثَّـف اتصالاته على صعيد الداخل والخارج فاستحصل موافقة من كبار أساتذة القانون وفقهائه من دولٍ متعددة، ليُشكِّـلوا الهيئة الاستشارية للمجلة، كما أنه توفَّق في اختيار فريق العمل معه، لتكون هيئة تحرير المجلة مؤلفةً من خيرة الأساتذة الأكفّــاء في مختلف التخصصات الحقوقية من كليات القانون ضمن جامعات الإقليم وخارجها.

لن أنسى تلك اللحظة التي عرض عليَّ فيها السيد رئيس التحرير اقتراحه في اختيار عبارة (العقد الاجتماعي) عنواناً لمجلتنا الواعدة، إذ وافقت بغير تردد على هذا العنوان، وقد قبلته بكل شغف ليكون أسطورة تحاكي عمق المعاني التي تتضمنها هذه العبارة، ليس فقط لأنها سيْـماء النظريات الشهيرة لرواد الفكر الذين ترسخت آراءهم في عقول الكثيرين من الحقوقيين، بما قدموه من تفسيرات لأساس نشوء الدولة، كالفيلسوف جان جاك روسو وغيره، بل لأنها ستختصر الكثير من الرسائل التي نطلقها بإطلاق هذه المجلة.

أملنا كبير وبحكم ما لقيناه من تجاوب وتعاضد من لدن مجموعة مرموقة ذات باع طويل وعلم غزيرٍ في مجال القانون على صعيد الإقليم والعراق خاصة والدول العربية والأجنبية عامة، بما اغنوا المجلة وهي لم تزل على أبواب الصدور لعددها (صفر) من بحوث ودراسات رصينة ستغني المكتبة القانونية وترفع من شأن الدارسين وطلبة القانون وتجعل من مركز البحوث القانونية منهلاً للاستزادة بالأفكار القانونية ومصدراً لتطوير التشريعات، ونأمل، بل ونحرص، أن تكون مجلة (العقد الاجتماعي) منصة لما تجود به عقول الأساتذة والفقهاء ومناراً تضئ الدرب أمام الحقوقيين والعاملين في المجالات الحقوقية والمهن القانونية كافة.

ولا يسعني وانا اختتم كلمتي هذه متصدرة العدد (صفر) من مجلة العقد الاجتماعي، إلّا أن أتقدم بجزيل شكري وامتناني للسيد رئيس مجلس وزراء الإقليم السيد مسرور البارزني والسادة كل من وزير المالية والاقتصاد السيد ئاوات جه‌ناب نورى ووزير التعليم العالي والبحث العلمي الدكتور آرام محمد قادر ورئيس ديوان مجلس الوزراء الأستاذ الدكتور أمُيد صباح عثمان، لدعمهم ومساندتهم فكرة مشروع مركز البحوث القانونية وإصدار المجلة ، وأيضاً لكل من ساهم فيه بكلمة أو دراسة أو استشارة أو جهد مهما كان بسيطاً.

و الله الموفق.

فرست احمد عبدالله
وزير العدل

كلمة الهيئة الاستشارية
في العقد الاجتماعي

ان فكرة العقد الاجتماعي كأطروحة تأصيلية لنشأة الدولة هي فكرة قديمة يرجع جذورها إلى طروحات بعض الفلاسفة القدماء، غير انها كنظرية قانونية سياسية وبثوبها الحالي، ترجع إلى القرنين السابع عشر والثامن عشر، لا سيما مذاهب الفلاسفة العظام أمثال: توماس هوبز (1588-1679)، وجون لوك (1632- 1704)، وجان جاك روسو (1712-1778).

وأساس فكره العقد الاجتماعي يكمن في أطروحة أولية مفادها ان الأفراد كانوا يعيشون في حالة الطبيعة يتمتعون بكامل الحقوق والحريات التي وهبها لهم القانون الطبيعي. ونتيجة لتطور الحياة الاجتماعية رأوا ان من مصلحتهم إقامة مجتمع سياسي يضمن لهم العدل والمساواة والكرامة الإنسانية، والرفاه الاجتماعي، وذلك من خلال عقد اجتماعي تم إبرامه من قبل أفراد المجتمع الطبيعي.

فبحسب مذهب توماس هوبز، تمَّ إبرام العقد بين الأفراد انفسهم، الذين كانوا يعيشون في حالة الفوضى وعدم الأمن في حالتهم الطبيعية، تنازلوا بموجبه وبإرادتهم الحرة كلياً ونهائياً عن حقوقهم وحرياتهم للشخص الحاكم لضمان أمن المجتمع، وبما ان الحاكم لم يكن طرفاً في العقد، فإنه غير ملزم بنصوص العقد وقد يستبد بالسلطة، وما على الأفراد إلا طاعته والخضوع لأوامره لتوفيره الأمن والنظام في المجتمع.

أما الفيلسوف والمفكر السياسي الإنجليزي جون لوك، بعكس هوبز الذي كان يناصر الحكم المطلق، فإنه كان من أشد المدافعين عن الحرية والنظام الديمقراطي التمثيلي، وقد ابدع في طروحاته حول الحكومة المدنية واصل نشأة الدول والحكومات، فجاءت هذه الطروحات بما يخدم مصالح الشعب وحقوق الأفراد وحرياتهم، لذلك صاغ العقد بالشكل الذي يحقق مبتغاه، فالعقد الاجتماعي في نظره تمَّ إبرامه بين الأفراد- الذين كانوا يعيشون حالة الطبيعة في ظل سيادة القانون الطبيعي الذي يضمن حق الحياة والحرية والملكية- وبين السلطة الحاكمة، أي جعل الحاكم طرفاً في العقد، وبموجبه تنازل الأفراد عن جزء من حقوقهم للسلطة الحاكمة بالقدر الذي يمكنها من إدارة الدولة والفصل قي النزاعات التي قد تنشأ بين الأفراد، وهي ملزمة ببنود العقد ولا تستطيع الخروج عنها ، وعليها احترام الحقوق (المتبقية) وحريات الطرف الثاني في العقد وهم أفراد الشعب الذي يكون له وحده حق اختيار الحكام وله الحق في تغييرهم عند مخالفتهم للعقد.

كانت لأفكار جون لوك الأثر البالغ على المشرعين الدستوريين منذ القرن الثامن عشر، ومنها على وجه الخصوص المشرع الدستوري الأمريكي عند صياغته لإعلان الاستقلال الأمريكي عام 1776 ودستور الولايات المتحدة لعام 1789، بل حتى ان جان جاك روسو قد استلهم بعض آرائه في كتابه العقد الاجتماعي الذي نشره في عام 1762.

وهو من مناصري الديمقراطية المباشرة، حيث يرى ان حالة الحياة الطبيعية كانت مثالية، يتمتع الأفراد بكامل حقوقهم وحرياتهم، ولكن بسبب ظهور الملكية الخاصة والتطور الصناعي، ظهرت ميول الشر عند بعض الأفراد، وكانت تهدد حياتهم الخاصة، مما دفع بالأفراد إلى التفكير في إقامة مجتمع سياسي من خلال عقد تم إبرامه بين طرفين: الأول يتمثل بـ(هيئة عامة) تتكون من مجموع إرادة الأفراد وتسمى (الإرادة العامة)، والطرف الثاني يتمثل بكل فرد من أفراد المجتمع، حيث تنازل كل فرد بموجب العقد عن جميع حقوقه وحرياته للهيئة العامة لإنشاء (الإرادة العامة) التي تصبح صاحبة السيادة والسلطان المطلق، وما الدولة الاّ تعبير عن تلك الإرادة السيدة التي يخضع لها الأفراد والسلطة الحاكمة، التي ما هي الاّ وكيل عنها.

لا شك ان فكرة العقد الاجتماعي وخاصة لدى كل من جون لوك، وجان جاك روسو لعبت دوراً عظيماً في تطور فكرة القانون الطبيعي وربطه بنشأة الدول والتحول نحو النظام الديمقراطي والاعتراف بحقوق وحريات الإنسان ومحاربة السلطة المطلقة للحكام المستبدين، وتثبيت أركان الدولة القانونية والحكم الرشيد.

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت إلى فكرة (العقد الاجتماعي) كأصل الدولة، كونها فكرة خيالية وعدم التثبت من صحتها من الناحية القانونية، غير انها تبقى فكرة نشطة ومؤثرة في الفكر السياسي والأبحاث الأكاديمية في مجال القانون الدستوري والعلوم السياسية. ولا يزال أغلبية الفقه الدستوري يستخدم مصطلح العقد الاجتماعي بل وحتى بعض رجال السياسة والاعلام للدلالة على دستور الدولة.

كما أن الفكرة نجمت عنها نقاشات وجدليات عديدة منها ، كيف يمكن إطلاق مصطلح العقد الاجتماعي الذي جاء لبيان اصل الدولة- وخاصة عند ظهور المجتمعات السياسية لأول مرة - على الوثيقة الدستورية، وإذا كان هذا القول يصح في حالة الدستور الأولى فماذا عن الدساتير اللاحقة التي تأتي نتيجة التغيير في النظام السياسي وفي الفكرة القانونية السائدة في دولة بعينها؟ وبمعنى آخر هل يصلح أن تكون الوثيقة الدستورية عقدا (اجتماعياً) لنشأة الحكومات أيضاً ؟ وهل ان وصف الدستور كونه عقداً اجتماعياً يعتمد على نوع الدولة ودرجة التنظيم فيها؟ ذلك لأن الدولة بمفهومها القديم وكظاهرة مشتركة بين كل الجماعات البشرية، من أكثرها بدائية إلى أكثرها مدنية. تظهر إلى الوجود، عندما تتحقق ظاهرة معينة وهي ظاهرة (التمييز بين الحكام والمحكومين)، ويقول دوجي بهذا الصدد:

"ان الدولة نتاج هذا التمييز. فثمة دولة في مجتمع ما من لحظة نشوء هذا التمييز"، فمثل هذا النوع من التمايز لا يحتاج إلى الدستور بمفهومه المعاصر، اما الدولة في العصر الحديث لا ينصرف معناها إلى جميع المجتمعات مهما كان نوعها أو درجة تنظيمها، بل ينصرف إلى درجة معينة من التنظيم تتفق مع المفهوم الصحيح والحديث للدولة. فالدولة الحديثة بدأت في الظهور حينما برزت فكرة فصل السلطة عن شخص من يمارسها، لذلك نجد العديد من فقهاء القانون الدستوري ينكرون صفة الدولة عن الجماعة قبل هذا الفصل ولا يعترفون لها بهذه الصفة إلاّ بعد إتمام هذا الفصل وذلك بانتقال السلطة من شخص الحاكم إلى الدولة ككيان مستقل.

فمعهدة السلطة، عند بيردو، هي الفعل المؤسِس للدولة، وهي العملية التي من خلالها يتم انتقال السلطة من شخص الحاكم إلى المعهد (الدولة) الذي يصبح مالكها الوحيد، وبها فقط، في رأيه، يتم خلق الدولة وتأتي إلى الوجود. ويذهب الفقيهان الكبيران (كاره دي مالبر وجورج بيردو)، إلى ان عملية انتقال السلطة هذه لا تتم إلاّ عن طريق الدستور الأولي.

وانطلاقاً من هذا المفهوم الحديث للدولة وحده تظهر إمكانية الربط بين الدستور والعقد الاجتماعي؟ فهل يمكن إطلاق وصف العقد الاجتماعي على جميع الوثائق الدستورية ومهما كانت طريقة وضعها؟

وما هي الطريقة المثلى التي يتم من خلالها وضع الدستور لاصباغ صفة العقد عليه؟ أي لزوم ارتباط الإيجاب بالقبول لينعقد العقد؟ وهل يشترط أن يكون الإيجاب دائما صادرا من الحكام (مثلا طرح مسودة الدستور على الشعب) والقبول من قبل المحكومين (في حالة نجاح الاستفتاء) لينعقد العقد؟ وما هي الشروط والمبادئ التي يجب توافرها في الدستور لتحقيق صفة العقد ولتجسيد أفكار فلاسفة العقد الاجتماعي ولا سيما لدى لوك وروسو في كيفية اختيار الحكام ومساءلتهم وتغييرهم؟ وهل تصلح فكرة العقد في الدساتير المرنة أو حتى الدساتير الجامدة التي يمكن تعديلها دون الرجوع إلى رأي الشعب (الطرف الثاني في العقد)؟

كل هذه الأسئلة والاشكالات المرتبطة بالعقد الاجتماعي وعلاقته بالدستور يمكن أن تكون مجالاً خصباً لإجراء بحوث أكاديمية رصينة في مجلتنا العقد الاجتماعي.

سيما ونحن بصدد كتابة دستور للإقليم في هذه الدورة الانتخابية، ولاشك ان مثل هذه البحوث سوف تساهم في كيفية اصباغ الصيغة التعاقدية على وثيقة الدستور وإيجاد الآليات لتجسيد جوهر العقد والنتائج المترتبة عليه، وخاصة لدى جون لوك وأفكاره في إقامة حكومة مدنية ذات نظام ديمقراطي تمثيلي، في صلب وثيقة دستور الإقليم.

إن فكرة العقد الاجتماعي، فضلاً عما سبق من توضيح لمحتواها، تجسد أيضاً البعد المنهجي في اقتباس الأفكار وتطويرها، ففكرة العقد تدور حولها دراسات القانون الخاص، وقد استفاد منها فقهاء

القانون العام في تفسير أساس نشوء الدولة ، وهي بالتالي تضمُّ بين دفتيها جميع التخصصات القانونية التي تهتم بدراسة العلوم والقواعد القانونية، كما أن تسمية المجلة قد أعطاها بصمة تميزها عن سائر المجلات ذات الاهتمام المثيل.

إن انطلاق مجلة العقد الاجتماعي بوصفها المجلة الأولى من نوعها في الإقليم تضم هيئة استشارية دولية، وتديرها هيئة تحرير مشهود لأعضائها بالكفاءة العلمية، ومن مختلف جامعات الإقليم، ومحكَّمة بنسق علمي رصينٍ ودقيق، هو علامة مباركة على الولوج في مرحلة جديدة ومتطورة قوامها ترسيخ أسس البحث العلمي ومتانة الدعائم التي يستند إليها، وهو بالتالي سيساهم في الدفع قدما نحو نشر الثقافة القانونية التي أخذت وزارة العدل على عاتقها هذا الأمر البالغ في الأهمية. وإذ تنطلق المجلة من هيئة بحثية متخصصة في القانون، تتمثل في مركز البحوث القانونية، تكون المجلة قد أضافت لرصيد المكتبة القانونية في العراق عموماً والإقليم خصوصاً، أعمدة فكرية ستبرز حتماً الدور الذي يلعبه الإقليم بوصفه جزءً من الثقافة العالمية، في محور مهم لها هو محور الحقوق والعلوم القانونية.

الأستاذ الدكتور

عبد الفتاح عبد الرزاق محمود

وكيل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

حكومة إقليم كوردستان العراق

كلمة رئيس التحرير

حرصت هيئةُ تحرير (مجلة العقد الاجتماعي) على إخراج عددها الأوّل بشكلٍ يَليقُ بمستوى الجهد الكبير الذي بذلته، والذي عكس في أحد جوانبه مقدار الاهتمام الكبير لحكومة إقليم كُردستان العراق في أن يكون لهذه المجلة أهميتها العلمية الرصينة، بما يحقق للإقليم مكانته الجديدة في الإسهام بنشر الثقافة القانونية على مستويات عالية وبمعايير دولية سديدة؛ فقد تَبنّت المجلةُ سياسةً دقيقة في تحكيم البحوث المُرسلَة إليها، ورسّخت ضوابطَ متينةً في تنوعها، وثرائها، كما اعتمدت هيئة التحرير آليات عملٍ مضنية، قائمة على المتابعة الحثيثة للسادة المُحَكِّمِينَ، إذ وضعت توقيتات حدّية في المراسلات والإجابات على رسائل الباحثين؛ لتوفّـر الوقت وتستثمره بأفضل وجهٍ في سبيل الدفع بنشاطها نحو إنتاج متميّزٍ دقيق وفعّال ودونما إهدارٍ للوقت ولتجاوز أيّ عراقيل ، وقد تظافرت الجهود العلمية والإدارية الطيبة للجميع؛ لكي يكون هذا العدد مُلَبّياً لتطلُّعاتنا على النحو الذي نراه متميزاً ورائداً على الساحة الإقليمية. إذ تضمّن هذا العددُ بحوثاً في مختلف التخصصات القانونية من أساتذة وفقهاء يُشْهَدُ لهم بالكفاءة والسمعة العلمية الأصيلة، ومن جامعات عائدة لدول مختلفة، مما أثرى كل ذلك محتوى المجلة في تعدد الثقافات والمعارف الحقوقية، كما احتوت موضوعات هذا العدد على أحدث المشكلات التي واجهت القضاء في الآونة الأخيرة، ومنها على سبيل المثال، حادثة الناقلة الجانحة في قناة السويس بمصر، فضلاً عما تَضمّنتْهُ المجلة من تعليقات على أحكام القضاء لمحاكم في قضايا متعددة، كما أنّ تَنوُّعَ هذا العدد لم يقتصر على الباحثين بمختلف مشاربهم، وعلى موضوعاتهم الحيوية فحسب، بل تنوعت كذلك بنشر أعمال هذا العدد باللغات الثلاث للمجلة (اللغة العربية والكردية والإنكليزية)، وهذا ما يترتب عليه اتِّساع مساحة القُرّاء والمتابعين لها لكل من يريد أن يجد ضالته ومآربه فيها.

إن المحتوى الذي خرج به هذا العدد، والذي سيظهر للقارئ الكريم، كان بفضل الدعم الذي تلقته أسرة هيئة تحرير هذه المجلة من معالي السيد فرست أحمد عبد الله وزير العدل ، الذي لم يُمسك عن أي دعم طلبته المجلة، إذ كان داعماً لها بلا حدود وبكل شغف ومحبة وتقدير للجهود الكبيرة للقائمين عليها والعاملين فيها، فقد عنيت باهتمامٍ خاصٍ من معاليه بوصفها من أهم نشاطات مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كوردستان العراق، فيحقّ علينا أن نُقدم له خالص الشكر والعرفان والتقدير.

كما أننا نشيد بالدور الذي قامت به مشكورةً وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في الإقليم، متمثلةً بمعالي السيد الوزير الدكتور ئارام محمد قادر، والسيد وكيل الوزارة الأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، والذي كان سنداً علمياً وفَّر لها الدعامة الكافية؛ لتكون ضمن أرقى المجلات التي سيجد فيها الأكاديميون في الإقليم والعراق خصوصاً، وفي الدول العربية وغيرها عموماً، منصةً مناسبة لنشر أبحاثهم ودراساتهم العلمية القانونية القيِّمة والأصيلة؛ ولتكون عوناً لهم في ترقياتهم الجامعية وتعضيد أبحاثهم العلمية.

كما أن هيئة التحرير لا تنسى فضل أعضائها جميعاً، وخصوصاً عضوها البارز الأستاذ الدكتور ئوميد صباح عثمان، رئيس ديوان مجلس الوزراء في الإقليم؛ لما قدمه من دعمٍ منقطع النظير للمجلة وتشجيعٍ دؤوب لإخراجها بأبهى حُلّة وأحسن صورة، فجزاه الله عنا كلّ الخير.

وأخيراً لا ننسى الجهود الفنية الكبيرة التي قدمها بكل تفانٍ السيد توانا سامي عبد الرحمن، والتي سمت بالمجلة إلى أعلى درجات التميز، كما كان لمساهمة السيد وسيم الزين ومبادرته الكريمة في طباعة المجلة في لبنان بأرقى أنواع الورق وبأفضل المعدات، التأثير البارز في شكل المجلة الجميل، التي اقتبست جماليتها وجمالية غلافها وشعارها وشعار المركز المُصدِّر لها من عبق التصميم المبدع لدار الفن في العاصمة الأردنية عمّان، بريادة المبدع الحارث عبد الفتاح.

وكان لتصميم المبدعة ياسمين المولى وتنسيقها المثمر لصفحات المجلة، وحرصها على التدقيق والمتابعة، بالغ الأثر، فلها من أسرة تحرير المجلة خالص الشكر والتقدير.

إننا نأمل -في باكورة إصدارات المجلة - أن تكون مجلتنا أمارة جميلة تتبلور فيها الأعمالُ العلمية في تخصصات القانون كافة؛ لنخدم بها ميادين كثيرة، ومنها: ميادين العدل والقضاء، والتعليم العالي، فضلاً عن نشر الثقافة القانونية وترسيخ المبادئ التي تنهض بها التربية القانونية، سائلين المولى -عزّ وجلّ -أنْ يُحَقِّقَ لنا كل ما نصبو إليه ونأمله من أهداف سامية نتطلع من خلالها لدورٍ فعّال في إغناء المكتبة القانونية، وإثراء الفكر الحقوقي بأفكار تدعم مسيرة القانون في مختلف وظائفه التشريعية والتنفيذية والتطبيقية، إنّه المُعينُ ووليُّ التوفيق.

الأستاذ الدكتور

محمد سليمان الأحمد

رئيس التحرير

البحوث باللغة العربية

سلطة القاضي
في منح المدين أجلاً للوفاء تفاديا للفسخ

دەسەڵاتی دادوەر بە پێدانی ماوەیەك بە قەرزار بۆ دانەوەی قەرزەكەی و ڕێگریكردن لە هەڵوەشاندنەوەی گرێبەست

Authority of the judge in award the debtor period for payment to avoid annulment

الأستاذ الدكتور حسام الدين كامل الأهواني

Professor Dr Hossam El-Din Al-Ahwani

سلطة القاضي في منح المدين أجلاً للوفاء تفاديـًا للفسخ

الأستاذ الدكتور حسام الدين كامل الأهواني
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق – جامعة عين شمس– عميد الكلية السابق – مصر

الكلمات المفتاحية:
الأجل ، الفسخ ، الحكم النهائي ، المدين ، نظرة الميسرة
دةستةلاَتى دادوةر لة ثيَداني ماوةى دانةوة بة قةرزدار بؤ خؤبةدوورطرتن لة هةلَوةشاندنةوة دةستةواژةى سةرةكيةكان:
ماوه، هەلّوەشاندنەوه، بڕیاری کۆتایی، قەرزدار، دانی ماوه به قەرزدار
Key Words: Term, annulment, final judgment, debtor, facilitated view

تمهيـد

1– كتب أحد كبار أساتذة القانون في فرنسا أن "العقد اختراع رائع يضاهي اختراع العجلة (كاربونية : القانون المدني ج 4 الالتزامات ص 59 فقرة 21 الطبعة 20 ، مارس 1992). فلما كان القانون يعجز عن أن يتوقع مختلف الوقائع والحاجات بحيث يتولى تنظيمها، فالوقائع لا تتناهى وتختلف الحاجات بحسب الأشخاص وظروفهم، فإن ظهور العقد كان كفيلاً بالتوفيق بين مصالح الأفراد، وبما يحقق المصالح المشتركة لهم. ومن الناحية النفسية فإن المدين الذي يحترم العقد يشعر أنه قد التزم بما ألزم نفسه به، ومن ثم لا يشعر بأي ضغط خارجي عليه.

ولكن ذلك لم يمنع من اعتبار العقد، بطريقة أو بأخرى، أداة من أدوات عدم العدالة. فالعقد المثالي هو الذي يكون نتيجة اتفاق أطراف على قدم المساواة من حيث القدرة والحاجة بحيث يسفر العقد عن تحقيق المصلحة المشتركة للطرفين. أما إذا اختلت المساواة ووجد طرف ضعيف وطرف قوي فإن العقد يصبح أداة إذعان الضعيف للقوي، ويحقق العقد في المقام الأول مصلحة القوي وعلى حساب الضعيف، ومن ثم يكون تعبيراً عن عدم العدالة.

ولهذا ظهرت العديد من النظريات والأفكار التي تسعى إلى تحقيق التوازن العقدي، واتخذ صوراً مختلفة وتطور بصور عدم المساواة التي أسفرت عنها الحياة والحاجات.

2– وهكذا فقد نظر للعقد إبان فترة من الزمن على أنه ساحة للصراع بين القوي والضعيف. فالمصالح متعارضة بين طرفي العقد. ولهذا يرى بعض الفقه أن العقد شكل من أشكال تعاون الأضداد غرار الأخوة الأعداء. فكل متعاقد يسعى للوصول إلى مصلحته الفردية وإن تعارضا يختفي تحت ستار التعاون. ويذهب بعض آخر من الفقه إلى أن العقد مشاركة بين طرفين وهذا يحقق في نفس الوقت المصلحة الفردية لكل منهما شأن العقد في ذلك شأن أي شركة ويتسع بذلك ليتخذ صورة التعاون والإخلاص في تنفيذ الالتزام.

وهكذا فالعقد في نظر بعض الفقه تعاون يخفي في حقيقته تعارضا، وفي نظر بعضه الآخر إخلاص وتعاون في ظل مصلحة مشتركة.

3- ولعل الصحيح أن تضاد المصالح يكون في الفترة ما قبل التعاقدية، فالتفاوض يستهدف التقريب بين وجهات النظر. أما متى تم العقد فإن التفاهم يحل محل التضاد. وحسن تنفيذ العقد يحقق مصلحة أطرافه. والتعاون هو حجر الزاوية في حسن التنفيذ المنشود. فالعقد هو نهاية التعارض وبداية التعاون (في عرض ذلك مؤلفنا النظرية العامة للالتزام ج 1 المجلد الأول المصادر الإرادية للالتزام فقرة 422 وما بعدها ص 415 وما بعدها الطبعة الثالثة سنة 2000).

ولهذا فإن العقد يحقق المصلحة المشتركة لأطرافه، وتحقق تلك المصلحة يرتبط ببقاء العقد وتنفيذه. ومن ثم فإن بقاء العقد خير من زواله. فزوال العقد يعني العودة إلى حالة التعارض والتضاد التي كان العقد قد وضع حداً لها.

4- والعقد يلزم عاقديه بتنفيذه فإن تم ذلك تحقق الخير لطرفيه. أما إذا تقاعس أحدهما عن التنفيذ فهل يضحي بالعقد أي بفسخه أي حل الرابطة العقدية أم يستمر، أي ما هو مصير العقد في حالة عدم التنفيذ؟ إما أن ينظر للعقد على أنه مجموعة من الالتزامات والتي يستقل كل منها عن الآخر، ومن ثم يجب على كل متعاقد أن ينفذ التزامه حتى لو كان المتعاقد الآخر لم ينفذ التزامه. وإما أن ينظر للالتزامات المتبادلة الناشئة عن العقد الملزم للجانبين على أنها التزامات مترابطة بحيث إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فإن الطرف الآخر لا يلزم بتنفيذ ما تعهد به. فلا يلزم الشخص باحترام تعهده في مواجهة من لم يحترم تعهده (فلور (جاك)، محاضرات في القانون المدني ص 999 للعام الجامعي 1965/1964 نشر محاضرات في القانون، باريس 1965).

5- ومن هنا بدأت تظهر فكرة الفسخ الضمني والتي تتمثل في حل الرابطة العقدية في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزام من الالتزامات الناشئة عن العقد. وأن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما ولو خلا العقد من اشتراطه، فهو يثبت لكل متعاقد باعتباره من الأمور المكملة لإرادة المتعاقدين وهو ما يطلق عليه الشرط الفاسخ الضمني أو الفسخ القضائي وأعمالاً للفكرة العقدية للفسخ ظهر الفسخ القضائي أو الضمني باعتباره من الشروط التي يتضمنها كل عقد ملزم للجانبين، والذي يفتح الباب أمام القاضي. لفسخ العقد في غياب الشرط الفاسخ الصريح (ريبير: القاعدة الخلفية في الالتزام المدينة فقرة 76 ص 132 الطبعة الرابعة 1949، نقض مدني مصري 1985/4/10 مجموعة المكتب الفني السنة 36 جـ 2 ص 963 قاعدة 199).

6- ويحقق الفسخ عدة وظائف:

أ - وظيفة اقتصادية وذلك بحل العقد الذي أصبح غير مجد اقتصادياً للدائن.

ب - يمثل ضماناً للدائن بحمايته من الأضرار التي تترتب على عدم تنفيذ العقد، وما قد يترتب على التنفيذ بمقابل من صعوبات.

ج - للفسخ وظيفة جزائية هامة تتمثل في حرمان المدين من الفائدة التي كانت ستعود عليه من العقد الذي لم يحترمه.

د - الفسخ يعتبر نوعاً من التأمين العيني للدائن فإذا فسخ عقد البيع مثلاً، فإن الدائن البائع يسترد المبيع كأثر للفسخ. وهذا يميزه عن باقي الدائنين.

ولهذا فإن دعوى الفسخ تعتبر من ملحقات الالتزام فهي تمثل ضمانة للوفاء بالدين (في مدى شمول البيع للحقوق والدعاوى المرتبطة بالمبيع، مؤلفنا عقد البيع في القانون المدني الكويتي فقرة 431 ص 369 مطبوعات جامعة الكويت، 1989). وهكذا فإن الفسخ يجب أن ينظر إليه على أنه أمر لا مفر منه إزاء إخلال المدين بالتزامه. ولهذا إذا كان الإخلال يمكن إصلاحه وتفادي الفسخ، فإن القاضي مدعو لاستنفاذ السبل المؤدية لتفادي الفسخ أي استبقاء العقد.

7- ومن المبادئ التي سادت القانون المدني المصري أن أعمال العقد خير من زواله. ويتجلى ذلك في فكرة البطلان الجزئي التي تستهدف إبطال الشق الباطل من العقد مع الإبقاء على العقد في شقه الصحيح، وكذلك عرف القانون فكرة تحول العقد، فالعقد يبقى وإن تحول.

وفي مجال الإخلال بالالتزام فإن المشرع قيد الشرط الفاسخ الصريح بضوابط للإعفاء من الأعذار وضوابط لصياغة الشرط. (نقض مدني الطعن رقم 11599 لسنة 80 ق جلسة 2018/4/10 الموقع الإلكتروني للمحكمة). وبصدد الشرط الفاسخ الضمني جاءت المادة 2/157 مدني بفكرة مفادها السعي لاستبقاء العقد بتفادي الفسخ وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطة منح أجل للمدين للوفاء، بل ورفض الفسخ إذا كان ما لم يوف من الالتزام قليل الأهمية بالنسبة لما تم تنفيذه.

8- ولا يحق للقاضي أن يمنح أجلاً للمدين إذا تضمن العقد شرطاً فاسخاً صريحاً. وقد قضت محكمة النقض بأن إذا وجد الشرط الفاسخ الصريح فلا موجب لإعطاء مهلة للوفاء أو منح أجل للطرفين لتبين مدى استعداد كل منهما للوفاء بالتزامه (نقض مدني جلسة 1968/12/10 الطعن رقم 505 لسنة 34ق مجموعة المكتب الفني السنة 19 قاعدة 229، ص 1504). فالشرط الفاسخ الصريح يحول دون إمكانية توقي الفسخ بعرض الدين كاملاً قبل صدور الحكم النهائي (نقض مدني الطعن رقم 4929 لسنة 78 ق جلسة 2016/4/18 الموقع الإلكتروني للمحكمة). ولهذا فإن إعطاء المدين أجلاً للوفاء أعمالاً للمادة 2/157 من القانون المدني لا محل له إلا إذا لم يوجد أي شرط فاسخ صريح أو بعبارة أخرى يطبق إذا كنا بصدد الشرط الفاسخ الضمني.

وتنص المادة 2/157 من القانون المدني المصري الحالي والصادر في سنة 1948 والمطبق اعتباراً من 15 أكتوبر 1949 وهو تاريخ إلغاء المحاكم المختلطة في مصر، على أنه "ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له رفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته[1].

فللقاضي أن يعطي للمدين أجلاً لتنفيذ التزامه أي لا يتعجل بالحكم بالفسخ بل يتيح للمدين فرصة تنفيذ ما أخل به من التزام وذلك بالرغم من طلب الدائن الفسخ جزاء هذا الإخلال.

ولما كان تنفيذ العقد مازال ممكناً باعتبار أن ذلك من شروط الحكم بالفسخ (مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني تعليقاً على المادة 221 منشور في مجموعة الأعمال التحضيرية جـ 2 ص 328) فإن للقاضي ألا يستجيب لطلب الدائن بالفسخ. ويقوم القاضي بإلزام المدين بالتنفيذ العيني للالتزام وذلك في غضون أجل يحدده. فالقاضي لا

(1) أما الفقرة الأولى من المادة 157 فتنص على أنه "فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض".

يرفض الفسخ وإنما يعطي المدين أجلاً لتنفيذ التزامه وهو ما يعني إلزام المدين بالتنفيذ العيني وذلك على خلاف طلب الدائن بالفسخ.

فالقاضي لا تتمثل سلطته في رفض الفسخ وإنما في ولوج طريق التنفيذ العيني. فإن تم التنفيذ انقضى الإخلال بالالتزام أساس طلب الفسخ. فإن كانت الفقرة الأولى من المادة 157 من القانون المدني تعطي الدائن الخيار بين الفسخ أو التنفيذ العيني، فإن الفقرة الثانية تنقل سلطة الخيار إلى القاضي بالشروط الواردة بها.

ووفقاً لما ورد في مذكرة المشروع التمهيدي فالقاضي له ألا يستجيب لطلب الفسخ دون أن يرفضه وإنما يبدأ بإلزام المدين بالتنفيذ العيني. فالقاضي لا يجبر على إجابة الدائن لطلب الفسخ بالرغم من إخلال المدين بالتزامه، بل له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب المدين ذلك، بل ويجوز للقاضي أن يقضي بذلك من تلقاء نفسه[1].

9- وتقتصر هذه الدراسة على بحث سلطة القاضي في منح المدين أجلاً لتنفيذ الالتزام. فقد كان هذا الموضوع محل اهتمام عارض عند دراسة سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ، ولم يكن محل دراسة متكاملة. وسنتناول دراسة نطاق تطبيق هذه السلطة وأحكامها من خلال دراسة أحكام القضاء المصري قديمة وحديثة وكتابات الفقه كذلك.

وباستقراء أحكام القضاء نجد أن الموضوع قد أثير على مستويين المستوى الأول الفترة ما قبل صدور حكم نهائي من القضاء في شأن طلب الفسخ والمستوى الثاني الحكم النهائي الذي يصدر من القضاء بمنح المدين أجلاً للوفاء. وهما ما سندرسهما على التوالي[2].

(1) وتنص المادة 1228 من القانون المدني الفرنسي والصادرة في سنة 2016 على أن القاضي يملك الحكم بالفسخ، أو بالتنفيذ العيني مع إمكانية إعطاء المدين مهلة، أو أن يقضي فقط بالتعويض.

(2) المادة 1/177 من القانون المدني العراقي تكاد تطابق المادة 2/157 من القانون المدني المصري.

المبحث الأول
سلطة القاضي في منح المدين أجلاً
وحق المدين في التنفيذ قبل صدور الحكم النهائي

10- للقاضي قبل أن يصدر حكمه في طلب الفسخ أن يمنح المدين أجلاً للتنفيذ، توصلاً إلى التنفيذ العيني وبالتالي زوال سبب الفسخ.

ولقد أثير أمام محكمة النقض ما إذا كان للقاضي أن يمنح المدين أجلاً للتنفيذ ويؤجل الدعوى إلى جلسة لاحقة، أم أن منح الأجل يجب أن يكون بحكم.

فقد تمسك الدائن (الطاعن) بأن المهلة التي يترتب على فواتها الحكم بالفسخ هي المهلة التي يصدر بها حكم لا مجرد قرار عادي بالتأجيل. ويؤيد هذا أن المادة 333 من القانون المدني القديم تمنع إعطاء أكثر من ميعاد واحد. ولقد علل الشرَّاح ذلك بأن المهلة التي تُعطى لأول مرة لا يمكن تعديلها إلا بطريق الطعن في الحكم مما يفيد أن منحها في ذاتها يجب أن يصدر به حكم.

ولقد ارتأت المحكمة أن هذا النعي غير مقبول لأن منح المهلة إنما صدر لمصلحتهما بقرار من المحكمة استعمالاً لحقها المخول لها بمقتضى حكم المادة 333 مدني قديم من جواز منح المهلة أو رفض طلبها مما يدخل في السلطة التقديرية للقاضي وهو من الرخص التي أطلق فيها لقاضي الموضوع الخيار بأن يأخذ بإحدى وجهي الحكم في القانون حسبما يراه من ظروف كل دعوى بغير معقب (نقض مدني 1957/5/23 مجموعة المكتب الفني، السنة الثامنة ص 510 قاعدة 54). و على هذا فإن المهلة قد تكون سبباً للتأجيل ومدة المهلة للجلسة التالية والمحكمة تقضي بذلك بناء على طلب المدين أو بقرار من المحكمة من تلقاء نفسها.

11- واستقر القضاء قديمه وحديثه على أن المدين يستطيع تنفيذ التزامه وتفادي الفسخ حتى صدور حكم نهائي. فقد قضت محكمة النقض أنه في الشرط الفاسخ الضمني يحق للمدين أن يتوقى الفسخ بأداء كامل الثمن قبل صدور حكم نهائي بالفسخ. فلا يقضي بالفسخ إلا إذا استمر عدم الوفاء بالالتزام حتى صدور الحكم النهائي (الطعن رقم 6198 لسنة 86ق جلسة 2017/12/27 الموقع الإلكتروني للمحكمة) فللمدين أن أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد أو بعد رفع الدعوى بطلب الفسخ وإلى ما قبل صدور الحكم النهائي فيها (نقض مدني الطعن رقم 13428 لسنة 85ق جلسة 2017/1/16 الموقع الإلكتروني للمحكمة).

وإذا منح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل غير موجب للحكم بالفسخ حتماً. **فالعقد مازال قائماً والوفاء ممكناً حتى الحكم النهائي** (نقض مدني الطعن رقم 13232 لسنة 75ق جلسة 2014/1/21 الموقع الإلكتروني للمحكمة).

وانقضاء الأجل الذي حددته المحكمة دون الوفاء بالالتزام لا يوجب الحكم بالفسخ حتماً ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ومنح الأجل في ذاته لا يتضمن أعمال الشرط الفاسخ في حالة انقضاء الأجل الممنوح دون الوفاء بل يبقى العقد رغم ذلك قائماً ويظل الوفاء بالالتزام ممكناً بعد انقضاء الأجل وحتى صدور الحكم النهائي ولا يتعين

على قاضي الموضوع أن يحكم بالفسخ في هذه الحالة (نقض مدني 1984/5/22 مجموعة المكتب الفني ص 1390 قاعدة 268) نقض مدني 1967/4/23 الطعن رقم 332 لسنة 33ق مجموعة المكتب الفني السنة 18 ص 858 قاعدة 131) والتأخير في الوفاء وأياً كان مقدار الثمن الذي تم التأخر فيه لا يبرر الفسخ طالما أن الوفاء تم قبل صدور الحكم النهائي.

12- والحكم يجب أن يكون نهائياً طبقاً لقواعد قانون المرافعات .

كما أن محكمة النقض قد قضت بأن نقض الحكم وإحالته إلى محكمة الموضوع يفتح باب الوفاء المانع من الفسخ حتى تاريخ الحكم النهائي من محكمة الاستئناف (محكمة الإحالة) وجاء في الحكم أن نقض الحكم الذي قضى بثبوت تقصير المدين يتيح الفرصة أمام المدين للوفاء تجنباً للفسخ (نقض مدني 1950/3/23 مجموعة المكتب الفني السنة الأولى ص 373 قاعدة 94 في القضية رقم 155 لسنة 18ق).

والوفاء المانع من الفسخ يعني أن المدين قد قام بالتنفيذ العيني، وهو يمثل الأصل. ولا يمكن منع المدين من التنفيذ العيني طالما لم يصدر بعد الحكم النهائي. فالتنفيذ العيني التزام على المدين وليس اختياراً له، ومتى تم التنفيذ العيني امتنع الفسخ.

وبناء عليه إذا تضمن العقد أجلاً للوفاء، أو حدد القاضي أجلاً للوفاء ولم ينفذ المدين خلال الأجل، بل لو طلب المدين أجلاً للوفاء واستجاب له القضاء، فإن عدم الوفاء في هذا الأجل لا يمنع المدين من تفادي الفسخ بالوفاء قبل صدور الحكم النهائي. ولهذا ما هي قيمة أو جدوى المادة 2/157 فيما يتعلق بالأجل الذي يتحدد قبل صدور الحكم النهائي؟

13- وعلى هذا فإذا ما فُهمت المادة 2/157 على أنها تخول القاضي سلطة منح أجل لما بعد المدة العقدية وحتى صدور الحكم النهائي، فإنها لا تقدم جديداً وتكون عديمة الجدوى. فالعقد مازال قائماً وباب الوفاء المانع من الفسخ مازال مفتوحاً. فلا معنى لأن يعطي القاضي أجلاً لما هو مؤجل فعلاً في مفهوم الشرط الفاسخ الضمني. فلا جدوى من منح المدين أجلاً ينتهي قبل صدور الحكم النهائي أو ينتهي بصدور الحكم النهائي إذ أن الأجل المانع من الفسخ مازال قائماً، وأي أجل من القاضي لا يكون سوى تحصيل حاصل لما هو قائم فعلاً وقانوناً ، فالقواعد العامة في الفسخ القضائي تحقق كل ما يصبو إليه القاضي. ومن ثم فإن إعطاء المهلة تتمثل أهميته في أثر تهديدي، وتنبيه المدين إلى ضرورة التنفيذ العيني خلال المدة.

فالمهلة مقررة بحكم القواعد العامة ودون حاجة لنص المادة 2/157، ويستفيد منها المدين دون حكم قضائي، وبالتالي فإن تلك المهلة السابقة على الحكم النهائي ليست هي المقصودة في المادة 2/157 وإلا كانت لغواً أو تحصيل حاصل لا تضيف جديداً.

فحق المدين في التنفيذ العيني حتى صدور الحكم النهائي يجب أو يستغرق أو يتجاوز سلطة القاضي في منح أجل للتنفيذ.

ومن هنا يثور البحث عن النطاق الزمني الحقيقي لأعمال سلطة المحكمة في منح المدين أجلاً.

المبحث الثاني
سلطة القاضي في منح المدين أجلاً
في الحكم النهائي

14- النطاق الحقيقي المقصود بشأن سلطة القاضي في منح المدين أجلاً للتنفيذ يكون بتحديد الأجل في الحكم النهائي. فحق المدين في التنفيذ متاح حتى صدور الحكم النهائي دون حاجة لمهلة يمنحها القاضي. وبصدور الحكم النهائي لا يكون التنفيذ المانع من الفسخ متاحاً ما لم يتضمن الحكم منح المدين أجلاً للتنفيذ في تاريخ لاحق على صدور الحكم النهائي.

فالقاضي يحق له متى اقتضت الظروف منح المدين أجلاً بما يجاوز لحظة صدور الحكم النهائي. وبعبارة أخرى فإن الحكم النهائي هو الذي يتضمن منح المدين أجلاً للوفاء. وهذه المدة قد تبدأ قبل صدور الحكم وتمتد إلى تاريخ لاحق لصدور الحكم، كما قد تبدأ من تاريخ صدور الحكم وحتى وقت لاحق يحدده الحكم. كما قد تبدأ بعد فترة من صدور الحكم وذلك لاستكمال بعض الإجراءات اللازمة للبدء في الأعمال سواء كانت إجراءات إدارية أو فنية خصوصاً إذا كان الدائن قد تمسك بالدفع بعدم التنفيذ أو كان ملتزما بتجديد تراخيص أو تحرير توكيلات للمدين.

والقاضي يجوز له منح الأجل إذا اقتضت الظروف ذلك. وعبارة الظروف من السعة بحيث قد تتعلق تلك الظروف بالمدين أو بطبيعة الالتزام وظروف تنفيذه أو مصلحة الطرفين ويمكن إيجاز ذلك بأن الظروف قد تسمح للقاضي بأن يسعى من خلال الأجل الذي يمنحه للمدين لإنقاذ العقد من الزوال المتمثل في الفسخ، كما لو وجدت فرصة معقولة وجادة بأن يقوم المدين بتنفيذ التزامه ولو متأخراً بعض الوقت، أو كانت العوائق تبدو مؤقتة لسبب أو لآخر، أو زيادة حجم الأعمال عن المتوقع وبما يجاوز المدة بحيث يتوافر التأخر في التنفيذ، ولكن تسمح طبيعة العقد وظروف تنفيذه بتدارك الفسخ والتوصل إلى التنفيذ العيني ولو متأخراً. (قرب: ستارك ورولان وبوبيه – الالتزامات جـ 2 العقد فقرة 1673 ص 691 باريس 1995 الطبعة الخامسة).

وعلى هذا فإن الأجل المقصود في المادة 2/157 هو الأجل الذي يتحدد في الحكم النهائي ويجب على المدين تنفيذ التزامه في غضون هذا الأجل، وندرس فيما يلى أحكام منح هذا الأجل.

15- إذا حدد القاضي مهلة للتنفيذ تتجاوز وقت صدور الحكم النهائي، فالمدين قد يقوم بالوفاء بالالتزام خلال هذه المدة وقد يستمر في عدم التنفيذ.

فإن لم يتم التنفيذ فقد استقر الفقه والقضاء على أن الجزاء يكون الفسخ. فتأجيل الفسخ حتى يقوم المدين بتنفيذ التزامه يستوجب ضمناً توقيع الفسخ دون حاجة لحكم آخر بل يفسخ الفسخ من تلقاء نفسه حتى ولو لم يرد ذلك في منطوق الحكم. وهو ما قضت به محكمة النقض في أحكامها في سنتى 1950، 1957.

وعلى هذا فإن جزاء عدم التنفيذ في غضون المدة التي حددتها المحكمة يستوجب فسخ العقد دون حاجة لحكم جديد، فالحكم الذي منح الأجل يتضمن جزاء عدم التنفيذ وهو الفسخ.

ويقع الفسخ تلقائياً دون حاجة إلى حكم، فقد صدر الحكم مسبقاً بمنح الأجل وحيث يعتبر مانعاً مؤقتاً من الفسخ فإن تم التنفيذ امتنع الفسخ، وإن لم ينفذ استحق الفسخ. فإعطاء الأجل للمدين يتضمن في نفس الوقت جزاء

عدم احترام الأجل وهو الفسخ الذي كان مؤجلاً لارتباطه بالتنفيذ من عدمه. فانقضاء الأجل دون تنفيذ يحسم توافر الإخلال المؤدي للفسخ فلا يجب إغفال أن منح الأجل يكون للمدين الذي أخل بالتزامه، والأجل لتفادي الفسخ. فإن لم يجد الأجل فالفسخ يكون واجباً واقعاً وقانوناً.

والأجل الذي حددته المحكمة وما يترتب على عدم احترامه من أثر الفسخ يكتسب حجيته من الحكم النهائي الصادر، ويكتسب قوة الأمر المقضي.

ويترتب على قوة الأمر المقضي التي يكتسبها الحكم منع الخصوم من العودة إلى مناقشة المسألة التي فصل فيها بأي دعوى تالية ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى.

16- والفسخ الذي يقع لعدم تنفيذ الالتزام في غضون الأجل المحدد يكون فسخاً قضائياً حتى لو كان الأجل ممتداً لما بعد صدور الحكم النهائي. فالفسخ يقع أعمالاً للحكم الذي تضمن صراحة أو ضمناً جزاء الفسخ لعدم تنفيذ الالتزام خلال الأجل المحدد قضاء . وإذا قضى المنطوق بأن العقد يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه أو ذاته إذا لم ينفذ الالتزام خلال الأجل، يصادف صحيح القانون باعتباره أسود ثقل.

وعبارة مفسوخاً من تلقاء نفسه قد تثير الخلط مع الشرط الفاسخ الصريح، ولكن من الواضح أن المقصود منها في خصوص الأجل أنه إن لم يتم التنفيذ في غضون الأجل المحدد فإن جزاء ذلك هو الفسخ دون حاجة لعرض ذلك على القضاء مرة أخرى، فقد سبق عرضه على القضاء وقال فيه كلمته وهو الفسخ إن لم يتم التنفيذ حتى نهاية المهلة، ويكون الفسخ حينئذ فسخاً قضائياً .

17- ويبرز الفقه أن للقاضي أن يمنح المدين أجلاً للتنفيذ، إذا رأى في الظروف ما يبرر ذلك، كما لو كان للمدين عذر في تأخره في التنفيذ، أو أن الدائن لم يصبه إلا ضرر طفيف، وفي هذه الحالة يجب أن يتم التنفيذ خلال نظرة الميسرة، ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا انقضت المدة بغير تنفيذ (إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، ص 330 فقرة 166 طبعة 1968).

وللقاضي أن يمنح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام الذي تقاعس عن أدائه، إذا رأى أن الظروف تقتضيه، كما إذا رأى ثمة أملاً في أن يفلح المدين في أداء دينه في وقت ليس بجد بعيد، فينظره إلى ميسرة، لعل الله يؤتيه من عسر يسراً. وفي هذه الحالة لا ينفسخ العقد إلا إذا انقضى الأجل الجديد من غير أن يفي المدين بالتزامه. وللقاضي أن يمنح المدين نظرة الميسرة ولو لم يطلبها هذا منه. إذ أن له أن يرفض الفسخ كلية، ومن يملك الأكثر يملك الأقل والقاضي في منح نظرة الميسرة أو في رفضها عنه، يترخص بسلطة تقديرية فالأمر من إطلاقاته بغير معقب عليه من محكمة النقض طالما يقوم تقديره على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله. ولا يجوز للقاضي في حالة الفسخ، أن يترخص في منح الأجل للمدين إلا مرة واحدة. فإذا نظره إلى ميسرة خلال أجل حدده، ثم انقضى الأجل من غير أن يفي المدين بالتزامه، ما ساغ للقاضي أن ينظره إلى أجل آخر بل إن العقد يعتبر مفسوخاً بمجرد انتهاء الأجل دون وفاء بالالتزام حتى لو لم تصرح المحكمة في حكمها بذلك. (عبد الفتاح عبد الباقي: موسوعة القانون المدني المصري. نظرية العقد والإرادة المنفردة، ص 626 فقرة 319 طبعة 1984).

والحكم الذي يمنح المدين أجلاً للوفاء توقياً للفسخ يتضمن ضمناً القضاء بفسخ العقد من تلقاء ذاته إذا لم يف المدين بالتزامه في المهلة التي حددها له الحكم (سليمان مرقس: الواقي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول،

ص 653 هامش 36 الطبعة الرابعة 1987).

وجاء في السنهوري ومما يحمل القاضي "على إعطاء المدين أجلاً للتنفيذ أن يكون للمدين عذر في هذا التأخير أو أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين، ولا يمنع القاضي أن يعطي المدين مهلة أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى. وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضونها، وليس له أن يتعداها، بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى. ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك (السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني جـ 1 مجلد 1 فقرة 475، ص 97 0 الطبعة الثالثة بواسطة عبد الباسط جميعي ومصطفى الفقي 1981، دار النهضة العربية).

وبالرغم من وضوح موقف الفقه والقضاء **فقد يبدو لأول وهلة أن محكمة النقض في أحكامها الحديثة قد خالفت** الأحكام القديمة نسبياً. ونعرض فيما يلي لموقف القضاء قديما ثم الأحكام الحديثة لمحكمة النقض للتعرف عما إذا كان يوجد عدول قضائي من عدمه.

قضت محكمة النقض في حكمها الصادر بجلسة 1950/3/23 بأن إعطاء المشتري المتأخر في دفع الثمن ميعاداً للوفاء بدلاً من الحكم بالفسخ وفقاً للمادة 333 من القانون المدني القديم من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار في أن يأخذ منها بأحد وجهي الحكم في القانون الفسخ أو منح المدين أجلا حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه، ولذلك لا يقبل النعي على الحكم بقصور أسبابه عن بيان الاعتبار التي اعتمد عليها في منح المدين مهلة للوفاء المتأخر. وأضافت أنه إذا كان نقض الحكم يقتضي زواله واعتباره كأن لم يكن فإنه يكون للمدين بعد نقض الحكم الذي قضى بثبوت تقصيره – الوفاء إلى حين صدور الحكم الاستئنافي وتجنب الفسخ بالتالي . لما كان القانون لا يوجب على القاضي في خصوص الشرط الفاسخ الضمني أن يقضي به وإنما خوله سلطة تقديرية يحكم به أو يعطي المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام في غضونها وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه فإن الحكم لا يكون مخطئاً إذا قضى بإلزام المدين بدفع الباقي من الثمن في غضون أجل معين وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (القضية رقم 155 لسنة 18ق قاعدة 94 مجموعة المكتب الفني السنة الأولى ص 373) ولقد أجاز الحكم إلزام المدين بالوفاء خلال 30 يوماً من إعلانه بالحكم وإلا اعتبر التعاقد مفسوخاً من تلقاء نفسه.

18– وقضت في حكمها الصادر بتاريخ 1957/5/23 بأنه إذا كان الحكم قد رأى أن فوات المهلة التي منحتها المحكمة للمشتري دون وفائه بباقي فوائد الثمن المستحقة هو مما يترتب عليه فسخ البيع فلا مخالفة ذلك للمادتين 332، 333 مدني قديم. وقضت بأن منح المهلة أو رفض طلبها مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع دون معقب عليه، والمهلة قد تكون بقرار أو بحكم ويترتب على فوات المهلة فسخ عقد البيع (والقرار المقصود هو قرار بتأجيل الدعوى مع منح مهلة للوفاء وليس بحكم بل مجرد قرار بتأجيل نظر الدعوى لجلسة لاحقة).

ولقد أثار الطاعن في أسباب طعنه أن الحكم المطعون ضده ألزم نفسه القضاء بالفسخ وجوباً لمجرد فوات المدة دون الوفاء الكامل في حين أن المادة 333 مدني قديم[1] لم تنص على جزاء الحكم بالفسخ وجوباً في هذه الحالة، ولم

(1) تنص المادة 332 من القانون المدني المصري القديم على أنه "إذا لم يدفع المشترى الثمن عند استحقاقه، أو لم يقم بالالتزامات الأخرى التي نشأت من عقد البيع، فالبائع بالخيار بين أن يلزم المشترى بالتنفيذ أو يطلب فسخ البيع. وهى تقابل المادة 609 من مشروع تنقيح القانون المدني. وتنص المادة 333 من القانون المدني ←

يرد بها نص مماثل لما جاء في المادة 1655 مدني فرنسي من أنه في حالة فوات المهلة دون دفع يقضي بالفسخ، فضلاً عن أنه مع وجود هذا النص في فرنسا قام خلاف في الفقه الفرنسي فرأى البعض أن لا يقبل عرض من المشتري بعد انقضاء المهلة. ورأى فريق آخر أن حق المشتري في توقي الفسخ يظل قائماً حتى صدور الحكم النهائي. ورأى فريق ثالث أن مناط الفسخ متروك لتقدير القاضي لظروف التأخير، ولقد حذف في القانون المدني الجديد ما يقابل المادة 333 مدني قديم ولم يعد بحكم المسألة سوى المادة 157 مدني. وأضاف الطاعن أنه مما يخالف القانون الحكم بأن مجرد فوات المهلة دون وفاء كامل موجب للفسخ لزوماً ومانع من كل مناقشة أو عرض جديد.

ولقد رفضت محكمة النقض هذا النعي استناداً إلى أن المادة 333 مدني قديم إذ نصت على جواز إعطاء مهلة لأداء الثمن فإن هذا النص قد ورد على سبيل الاستثناء على المادة 332 التي تعطي البائع الحق في طلب الفسخ لعدم الوفاء بالثمن ونصت المادة 333 على عدم جواز إعطاء أكثر من مهلة. فإذا كان الحكم المطعون ضده قد رأى أن فوات المهلة دون الوفاء هو مما يرتب الفسخ فلا مخالفة للقانون (نقض مدني الطعن رقم 147 لسنة 23ق جلسة 1957/3/23 مجموعة المكتب الفني السنة 8، ص 510 قاعدة 54).

فما يدخل في إطار السلطة التقديرية للقاضي أن يقترن إعطاء أجل للمدين بجزاء عدم التنفيذ خلال هذه المدة. فهذا يتفق مع كون المهلة مهلة أخيرة ونهائية.

موقف القضاء الحديث لمحكمة النقض من سلطة القاضي في الحكم باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم ينفذ المدين التزامه في غضون الأجل المحدد.

19- ذهبت محكمة النقض في أحكامها الحديثة إلى " ولئن كان الوفاء في غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ، فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ الوارد في المادة 157 مدني.

وأضافت أن سلطة القاضي في الحكم باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه كانت تستند في ظل القانون المدني القديم للمادة 333 والتي تردد حكمها في المادة 610 من المشروع التمهيدي للقانون المدني وكانت توجب الفسخ دون إنذار المشتري إلى أجل آخر إذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الأجل. وإذ لم يرد ما يقابل هذا النص في القانون المدني ولم يعد يحكم هذا الموضوع سوى المادة 2/157 مدني بالإضافة للقواعد العامة. وأضافت أن منح أجل للتنفيذ لا ينطوي في ذاته على حكم الشرط الفاسخ الصريح والذي بموجبه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه. فالعقد يظل قائماً بعد انتهاء الأجل حتى صدور الحكم النهائي.

(نقض مدني الطعن رقم 349لسنة 37 ق جلسة 1972/10/26 مجموعة المكتب الفني السنة 23 ص 1220 قاعدة 192، نقض مدني الطعن رقم 1954 لسنة 50 ق جلسة 1984/5/22 مجموعة المكتب الفني السنة 35 ص 1390 قاعدة 268).

←

القديم على أنه "1- في بيع العقار ، يتعين الحكم بالفسخ فورا إذا طلب البائع ذلك وكان مهددا أن يضيع عليه المبيع والثمن. 2 – فإذا لم يكن مهددا بذلك، جاز للقاضي أن ينظر المشترى إلى أجل ، تقدر مدته تبعا للظروف، على أن يدفع المشترى الفوائد القانونية. 3 – فإذا انقض الأجل دون أن يدفع المشترى الثمن وجب الحكم بفسخ البيع ، دون أن ينظر المشترى إلى أجل آخر(مادة 610 من المشروع).

20- من الواضح أن هذا القضاء يواجه حالة منح المدين أجلاً مع تأجيل الدعوى لجلسة لإصدار الحكم النهائي، أي أن الأجل ينتهي قبل صدور الحكم النهائي، فوفقاً للمادة 3/610 من مشروع القانون المدني إذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن وجب الحكم بفسخ البيع دون أن ينظر المشتري إلى أجل آخر. ونرى أن قضاء النقض يصادف صحيح القانون نظراً لأن انقضاء الأجل قبل صدور الحكم النهائي يعني أن باب المرافعة مازال مفتوحاً ولم يصدر الحكم بعد ، وعدم الوفاء بعد انقضاء الأجل لا يحول دون الوفاء اللاحق وحتى صدور الحكم النهائي. ولهذا لابد وأن يتمتع القاضي بسلطته التقديرية من حيث أثر عدم الوفاء حتى صدور الحكم، فالقاضي قد أجل قراره إلى بعد ما يسفر عنه الأجل من نتائج. فالأجل قد يكون بناء على طلب المدين، أو يقرره القاضي من تلقاء نفسه. فإذا انتهى الأجل دون تنفيذ كان للقاضي سلطة تقدير الفسخ من عدمه في ضوء ذلك.

21- أما الصورة الأخرى للأجل وأثره فهي التي تتمثل في أن الحكم النهائي يمنح المدين أجلاً للوفاء، وفوات الأجل دون تنفيذ من شأنه أن يجعل العقد مفسوخا، فهل فقد القاضي تلك السلطة في ظل قضاء النقض الحديث أم ما يزال يتمتع بها وفقاً لما جاء في حكم محكمة النقض بتاريخ 1950/3/23.

نرى أن القاضي مازال يتمتع بتلك السلطة التي كان يتمتع بها في ظل القانون المدني القديم فالمادة 2/157 من القانون المدني الحالي تخول القاضي سلطة تقديرية في منح أجل معين للتنفيذ أو في عدم منحه أجلاً ، ولا تمنعه إذا منح أجلاً أن يقضي بالفسخ في حالة عدم التنفيذ خلال الأجل. فالقاضي قد تحقق من إخلال المدين بالتزامه، وتحقق من عدم توافر أي سبب يجعل الامتناع عن التنفيذ مشروعاً فلا يوجد سبب للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، ولكن الظروف تقتضي منح المدين أجل للتنفيذ خلاله بحيث إن لم يقم بالتنفيذ حق عليه الفسخ. وهذا الوضع يختلف عن الشرط الفاسخ الصريح حيث يسبق الفسخ اللجوء إلى القضاء والحكم بالفسخ يكون تقريريا. أما في إطار المادة 2/157 فإن القاضي يقضي بالفسخ بعد وقوع الإخلال وهو عدم التنفيذ خلال الموعد الذي ضربته المحكمة للتنفيذ.

فالحكم القضائي يكون منشئا للفسخ وليس مقرراً له كما هو الحال في الشرط الفاسخ الصريح. والفسخ لا يقع إلا من تاريخ انقضاء الأجل دون تنفيذ. فالمادة 2/157 تلزم القاضي بعدم الفسخ قبل انقضاء الأجل، ولا يوجد ما يمنع من أن يقترن الأجل بجزاء عدم تنفيذه حتى يؤتي الأجل ثماره بالتوصل إلى التنفيذ العيني. فالقاضي عندما يحدد أجلاً يأخذ في اعتباره كافة الظروف بحيث يكون عدم التنفيذ خلال الأجل مستحقاً الفسخ، ولهذا يجب على القاضي التحقق من قيام الدائن بالتزاماته وليس هنا ك ما يمكن أن يبرر تراخي المدين في تنفيذ التزاماته وخصوصاً عدم توافر ما يبرر الدفع بعدم التنفيذ حتى صدور الحكم.

والخلاصة أنه إن كان القانون لا يلزم القاضي بالفسخ إذا انقضت المدة دون تنفيذ، إلا أنه لا يمنع القاضي من أن يحكم بالفسخ من خلال سلطته التقديرية. ومما يدخل في إطار تلك السلطة التقديرية الحكم بالفسخ إذا انقضى الأجل دون تنفيذ جزاء الاستمرار في الإخلال بالالتزام حتى نفاذ مهلة التنفيذ.

فالقاضي لا يجب أن يكتفي بإعطاء المدين أجلاً للتنفيذ وإنما يجب أن يصدر حكماً قطعياً منهياً للخصومة وذلك بإصدار حكم بالفسخ في حالة عدم التنفيذ. فالأجل يمكن أن يطلق عليه أجلاً تنفيذياً أي أجلاً للتنفيذ، وذلك بخلاف التأجيل للتنفيذ قبل الحكم النهائي فهو أجل تهديدي.

والحكم بالفسخ في حالة عدم التنفيذ يتفادى عودة الدائن إلى القضاء لطلب الفسخ في حالة ما إذا لم يقم بتنفيذ

الالتزام في غضون الأجل المحدد. وبهذا فهو يحقق الاقتصاد في الوقت والنفقات والإجراءات. (بلانيول وريبير: شرح القانون المدني جـ 2 فقرة 1316 ص 468 طبعة 1926 باريس) وبهذا ينتقل القاضي في الحكم من مرحلة التهديد إلى مرحلة الردع.

22- وإذا صدر الحكم النهائي وحاز قوة الأمر المقضي، فإن أي منازعة تنشأ بعد صدور الحكم لا تكون إلا بدعوى مبتدأة مع مراعاة قوة الأمر المقضي للحكم.

والمنازعة قد تتمثل في حدوث ظرف طارئ بعد صدور الحكم من شأنه أن يؤثر في سريان المهلة المحددة بحيث يوقف سريانها. وقضى في فرنسا أن المدة المحددة تقبل الوقف في حالة توافر القوة القاهرة المؤقتة، وذلك أعمالاً للقواعد العامة. (نقض مدني فرنسي 1984/12/19 المجلة التفصيلية للقانون المدني سنة 1968 ص 107 تعليق مستر).

وقد تتمثل كذلك في رفض الدائن القيام بالتزاماته المقابلة وحرصه على الحيلولة بين المدين والتنفيذ في الموعد مخالفاً بذلك مبدأ تنفيذ التزاماته واستعمال حقوقه بحسن نية والتي تقتضي التعاون بين الطرفين. فعلى الدائن أن يهون على المدين تنفيذ التزامه (حلمي بهجت بدوي: أصول الالتزامات – الكتاب الأول –نظرية العقد ص 395 فقرتي 279، 280 طبعة 1943 القاهرة).

التمييز بين منح المدين نظرة ميسره وبين منحه أجلا لتفادى الفسخ :

23- يجب التمييز بين منح المدين أجلاً للتنفيذ أعمالاً للمادة 2/157 من القانون المدني، ومنح المدين نظرة ميسرة طبقاً للمادة 346 مدني. فتنص المادة 346 على أنه "يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم". فالمادة 2/157 تعطي للقاضي سلطة منح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف.

وعبارة اقتضت الظروف من السعة بحيث للقاضي أن يأخذ في الحسبان أي ظرف مثل المصلحة المشتركة للمتعاقدين أو ظروف تنفيذ الالتزام وغير ذلك.

أما في المادة 346 فإن "إعطاء المدين أجلاً يكون بالنظر إلى حالته، أي ظروفه المالية ومدى إعساره واحتمالات يساره فهي ترجع لظروف وحالة المدين المالية. ومن ثم لا تتسع للظروف الواردة في المادة 2/157 مدني. فهي لا تواجه سوى الحالة المالية للمدين دون غيرها من الظروف (جستان وبيوه شرح القانون المدني – الالتزامات – آثار الالتزام ص 430 فقرة 418 طبعة 1992) فالأجل في المادة 2/157 يكون بالنظر إلى ظروف التنفيذ في مجموعها. أما نظره الميسرة طبقاً للمادة 346 فتكون بالنظر إلى حالة المدين (كاربونيه: القانون المدني – جـ 4 الالتزامات ص 321 فقرة 187 طبعة 1992).

24- ويثور التساؤل عما إذا كان يحق للقاضي أن يعطي أجلاً أو عدة آجال لتفادي الفسخ طبقاً للمادة 2/157 ، أم يقتصر حقه على إعطاء المدين أجلاً واحدا فقط.

استقر القضاء في ظل القانون المدني المصري القديم على أن القاضي لا يجوز له أن يمنح المدين سوى أجلاً واحداً. فقد كانت المادة 333 في عقد البيع تنص على أنه إذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن وجب الحكم بفسخ العقد دون أن ينظر المدين إلى أجل آخر. وهي كانت تقابل المادة 610 من المشروع التمهيدي للقانون المدني. فكان يكتفى في حالة البيع بأجل واحد على خلاف المادة 2/393 من المشروع التي كانت تخول القاضي

إعطاء أجل أو عدة آجال.

وإذ خلا القانون المدني الجديد من نص مماثل في شأن عقد البيع فقد ثار الخلاف حول ما إذا كان يحق للقاضي إعطاء أكثر من أجل.

25- استقراء القضاء يفيد ضرورة التفرقة بين الأجل الذي يمنحه القاضي أثناء نظر الدعوى وقبل صدور الحكم النهائي وحيث ينقضي الأجل قبل صدور الحكم النهائي. ففي هذه الحالة يكون حق المدين في التنفيذ وتوقي الفسخ قائما حتى صدور الحكم النهائي. ولهذا يحق للمدين التنفيذ ويتوقى الفسخ بعد انتهاء المهلة التي حددها القاضي وحتى صدور الحكم النهائي. فإذا كان باب التنفيذ مفتوحاً حتى صدور الحكم النهائي، فالقاضي سواء أعطى مهلة، أو أعطى عدة مهل، فحق المدين في الوفاء المانع من الفسخ مازال قائماً. وسنده ليس مهلة القاضي وإنما أنه طالما كان العقد قائماً فإن حق التنفيذ العيني يكون قائماً ومن باب أولى إذا أعطى القاضي مهلة أو عدة مهل سابقة على الحكم النهائي.

أما إذا كانت المهلة تنتهي بعد صدور الحكم النهائي فقد خرج النزاع من حوزة المحكمة بصدور الحكم النهائي وقضى الأمر، ولا محل أصلاً لإثارة مسألة إعطاء أكثر من أجل، كما ينطوي ذلك على مساس بقوة الأمر المقضي.

26- على مستوى نص المادة 2/157 فإن هذه المادة لا تجيز للقاضي إلا إعطاء أجل واحد. فقد جاءت الصياغة بالمفرد. ويبدو الفارق واضحاً في هذا الصدد بين المادة 346 التي تعطي للقاضي الحق في منح أجل أو آجال، والمادة 2/157 التي لا تعطي سوى أجلاً دون ورود ما يفيد التعدد.

27- يذهب الفقه إلى أن منع تكرار نظرة الميسرة مقصور على الحالة التي يرى فيها القاضي إعطاءها للمدين. بغية إتاحة الفرصة له في تجنب الفسخ. ولكن لا يوجد ما يمنع من إعطاء هذه النظرة للمدين في دعوى الفسخ المرفوعة ضده حتى لو كان قد أعطى المدين مهلة قضائية للوفاء بالتزامه الذي يؤسس على الفسخ تأسيساً على التقاعس عن أدائه. فنظره الميسرة التي تعطى للمدين تمكيناً له من أداء التزامه أعمالاً للمادة 2/346 لا تحول دون منحه نظرة ميسرة جديدة بغية تجنيبه دعوى الفسخ ا لتي ترفع عليه فيما بعد تأسيساً على الإخلال بالتزامه نفسه أعمالاً للمادة 2/157. (عبد الفتاح عبد الباقي: المرجع السابق ص 628 هامش (1) فيجوز إعطاء مهلة ثانية إذا كانت المهلة الأولى أعطيت في دعوى بالتنفيذ لا في دعوى بالفسخ (السنهوري:المرجع السابق ص 973 هامش 1).

ونرى مع ذلك أنه لا يجوز إعطاء المدين سوى أجلاً واحداً ولا محل لإثارة أحكام نظرة الميسرة لأن كافة الاعتبارات التي اقتضت منح الأجل قد تناولها الحكم النهائي ولا يجوز المساس بحجيه الأمر المقضي.

فإثارة مسألة إعطاء أكثر من أجل لا تثار إلا بالنسبة للأجل الذي يمنحه القاضي قبل الحكم النهائي أما الأجل الذى يمنحه الحكم النهائي فأي منازعة فيه تكون بناء على دعوى مبتدأة مع مراعاة اعتبارات قوة الأمر المقضي التي تعلو على اعتبارات النظام العام.

سلطة القاضي في منح المدين أجلاً في حالتي الإخلال الجزئي والإخلال الكلي:

قضت محكمة النقض في حكم هام بأن إمعان النظر في المادة 2/157 من القانون المدني يدل على وجوب التفرقة بين إخلال المدين الجزئي في تنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد وبين الإخلال الكلي في تنفيذ هذه الالتزامات، إذ خول المشرع لقاضي الموضوع في حالة الإخلال الجزئي سلطة تقديرية رحبة في إجابة أو رفض طلب الفسخ المبني على

الشرط الفاسخ الضمني فيجوز له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب النظرة، مع إلزامه بالتعويض عند الاقتضاء، وله أن يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف المدين عن تنفيذه، كما أجاز له إن كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لما أوفاه المدين من التزاماته في جملتها أن يرفض طلب الفسخ كلية. أما في حالة إخلال المدين في تنفيذ التزاماته الناشئة عن **العقد إخلالاً كلياً** أو تخلفه عن الوفاء بالتزام جوهري في مقصود العاقدين وقت التعاقد فإن خيار قاضي الموضوع يكون مقصوراً على منح المدين مهلة للتنفيذ متى طلب النظرة وكانت حالته تستدعي ذلك أو إجابة طلب الفسخ مما مؤداه أنه إذا ثبت تخلف المدين عن الوفاء بجميع التزاماته المتولدة عن العقد أو التزام جوهري منها وظل على تخلفه ولم يطلب منحه أجلاً للتنفيذ فإنه يتعين على القاضي إجابة الدائن إلى طلبه بفسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى (نقض مدني الطعن رقم 2596 لسنة 82ق جلسة 2018/12/3 الموقع الإلكتروني للمحكمة) وفي هذا الحكم نقضت المحكمة الحكم الذي رفض دعوى الفسخ رغم تسليم الحكم بإخلال المدين إخلالاً كلياً بتنفيذ التزامه بتحويل جزء من الشقة إلى محل تجاري بعد استخراج التصاريح اللازمة خلال 45 يوماً واكتفى الحكم لتبرير رفض الفسخ بأن المدة المتفق عليها غير كافية لتنفيذ المدين لالتزامه وهو ما يعتبر من الحكم نقضاً لعقد صحيح لا يملكه القاضي فضلاً عن أن المدين ظل على تخلفه عن الوفاء بالتزاماته لمدة تزيد على سنتين على انقضاء الأجل المتفق عليه لتنفيذها، ولم يطلب أجلاً محدداً للتنفيذ.

28- ومفاد هذا القضاء ضرورة التفرقة بين الإخلال الكلي والإخلال الجزئي بالالتزامات الناشئة عن العقد. فسلطة القاضي التقديرية تختلف بحسب مدى الإخلال.

والإخلال الكلي قد يتخذ إحدى صورتين، الأولى عدم التنفيذ لكافة الالتزامات الناشئة عن العقد أي عدم تنفيذه كلياً. والصورة الثانية عدم تنفيذ التزام جوهري وفقاً لمقصود المتعاقدين وقت التعاقد. فكل عقد ينطوي على التزامات جوهرية بحيث يكون الإخلال بها مؤدياً إلى إفراغ العقد من مضمونه حتى لو نفذت الالتزامات الثانوية. ويستعان في تحديد الالتزامات الجوهرية بما يتم دراسته عند شرح المادة 95 من القانون المدني (مؤلفنا: النظرية العامة للالتزام جـ مصادر الالتزام مجلد1 المصادر الإرادية ص فقرة الطبعة الثالثة 2000).

29- وسلطة المحكمة في حالة الإخلال الكلي ليست منعدمة ولكنها تنكمش أو تضيق، فإن كان هناك إمكانية لتنفيذ الالتزام ويحقق ذلك مصلحة للطرفين فإن للمحكمة أن تمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه. **وهذا هو الخيار الأول** ولكن يلاحظ أن المحكمة تشترط لمنح الأجل أن يطلب المدين ذلك والصحيح أن هذا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها أو بطبيعة الحال بناء على طلب المدين. فالمادة 2/157 لا تستلزم لمنح المدين أجلاً أن يطلب ذلك بل تملك المحكمة ذلك. وما جاء في حكم المحكمة قد يكون تزيداً لا يضع مبدأ قانونياً، ولقد استوجبته ظروف الدعوى. فمن لا ينفذ التزامه كلياً ولا يطلب أجلاً أو يبين الظروف التي تبرر حصوله على الأجل قد لا يستحق أن ترهق المحكمة نفسها بمنحه أجلاً. فالظروف قد تفيد عدم جدوى الأجل بدليل أنه لم يطلب ذلك. كما أن الظروف قد

تفصح عن أن الأجل قد يؤدي إلى التنفيذ الكامل للعقد وفي هذه الحالة يملك القاضي منح الأجل.

أما الخيار الثاني وهو الفسخ. فإن لم يتوافر الخيار الأول فقدت المحكمة سلطة رفض الفسخ وكان عليها الحكم بالفسخ.

وليس للقاضي أن يرفض الفسخ استناداً إلى ما يعتبر تعديلاً صريحاً للعقد ودون بيان مدى ارتباط ما يمنحه من مدة تنفيذ العقد وظروف تنفيذه. فالظروف التي تتيح للقاضي منح المدين أجلاً هي تلك التي ترتبط بظروف تنفيذ العقد وليس بشروطه بعيداً عن الظروف اللاحقة للتعاقد. فالفسخ لا يتعلق إلا بتنفيذ العقد دون شروط انعقاده، فكل ما كان قائماً من ظروف وقت التعاقد تمت تسويتها بموجب العقد. أما تقدير القضاء فهو يتعلق بالظروف المستجدة أثناء التنفيذ والتي قد تبرر منح أجل للتنفيذ ومنح الأجل القضائي يتم أعمالاً لنص القانون.

ولهذا فهو لا ينطوي على تعديل للعقد بتعديل مدة تنفيذه ولكن يتم ذلك وفقاً للسلطة التي خولتها المادة 2/157 للقاضي.

ولهذا فإن تعديل القاضي للمدة العقدية دون بيان لأثر ظروف التنفيذ على ذلك يتجاوز السلطة الممنوحة له بموجب المادة 2/157 مدني ويكون تعديلاً لا يملكه ومخالف للقانون المتمثل في أن العقد شريعة المتعاقدين.

وللقاضي عند الحكم بالفسخ أن يقضي بالتعويض إن كان له مقتضى.

أما إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام جزئياً سواء تعلق ذلك بالالتزام الجوهري أو بمجموع الالتزامات العقدية. فإن سلطة القاضي تكون أكثر اتساعاً. فيجوز له الحكم بالفسخ، أو بمنح المدين أجلاً للتنفيذ، أو التعويض عما تخلف المدين عن تنفيذه، أو يرفض الفسخ كلية إذا كان ما لم يتم تنفيذه قليل الأهمية.

فسلطة القاضي، في حالة الإخلال الكلي تقتصر على الحكم بالفسخ، ما لم تقدر المحكمة أن هناك ما يبرر منح المدين أجلاً لتنفيذ الالتزام الذي مازال تنفيذه مجدياً وأن المدين قادر على التنفيذ المتأخر مع الالتزام بالتعويض. فالأصل هو الفسخ.

ولهذا تتميز سلطة القاضي في منح المدين أجلاً بأنها تسري سواء كان الإخلال كلياً أو جزئياً. والأجل هو للتوصل إلى تنفيذ الالتزام، أي التنفيذ العيني.

خاتمـة

30- بالرغم من وضوح وبساطة نص المادة 2/157 إذ نصت على أنه "ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف" وهى تمنح القاضي سلطة تقديرية رحبة في الفسخ القضائي. فإن كانت الفقرة الأولى قد خولت الدائن حق طلب تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض إلا أن الفقرة الثانية لم تقيد القاضي بما يطلبه الدائن بمعنى إذا طلب الفسخ فقد ترفضه المحكمة، ولها أن تقضي بالتنفيذ العيني عن طريق إعطاء المدين فرصة ومهلة للتنفيذ وتفادى الفسخ.

ولقد عانت المادة 2/157 في التطبيق من حق المدين في التنفيذ حتى صدور الحكم النهائي، وعانت من جهة أخرى من آثار المادتان 332، 333 من القانون المدني القديم.

31- فمن حيث حق المدين في التنفيذ العيني حتى صدور الحكم النهائي، فإن هذا الحق قد سلب الأجل أو المهلة التي يعطيها القاضي كل أهمية قانونية واقتصر دورها على دور تهديدي. فلو أعطى القاضي مهلة وانتهت قبل صدور الحكم النهائي فإن باب التنفيذ ما يزال مفتوحاً ومن ثم لا أهمية لانتهاء الأجل القضائي. فإن تم التنفيذ امتنع الفسخ رغم انقضاء المهلة. وإن لم يتم التنفيذ كان للقاضي السلطة في الحكم بالفسخ أو رفضه.

أما إذا أصدر القاضي الحكم النهائي بإعطاء المدين أجلاً للتنفيذ فهنا فقط تبدو أهمية الأجل وسلطة القاضي في منح الأجل، فإن تم التنفيذ العيني فهو احترم حكم القضاء ونفذ التزامه.

أما إن لم يقم بالتنفيذ حتى نفاد المدة، فنظراً لأننا أمام قضاء يقطع النزاع ويفصل فيه فإن جزاء عدم التنفيذ يكون الفسخ حتى لو لم يرد في المنطوق باعتبار أن ذلك مستفاد بطريق اللزوم من صدور حكم نهائي قاطع للنزاع وليس حكماً تمهيدياً.

ومن هنا ظهر تأثير مواد القانون المدني القديم سلباً وإيجاباً. سلباً بمعنى أن ما ورد فيها من أحكام لم ترد في القانون الجديد فتحت الباب أمام التمسك باستبعادها. وإيجاباً بأن ما ورد فيها تفرضه القواعد العامة وأحكام المادة 2/157 . وظهر ذلك جلياً في سلطة القاضي في الحكم باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، إذا انقضى الأجل المحدد دون تنفيذ. كما أن البحث أثير حول ما إذا كان للقاضي أن يعطي أجلاً واحداً أم آجال، بالرغم من أن صدور الحكم النهائي والمنهي للخصومة يخرج النزاع من حوزة المحكمة ولا تملك إعطاء أجل آخر. فالأجل الآخر أو الثاني لا يتصور إلا قبل صدور الحكم النهائي وهو بدوره لا أهمية له طالما كان يحق للمدين التنفيذ العيني المانع من الفسخ قبل صدور الحكم النهائي.

وخلاصة هذه الدراسة أن المادة 2/157 تتمثل أهميتها في أنها تخول القاضي سلطة منح المدين أجلاً للتنفيذ وتفادي الفسخ وذلك بموجب الحكم النهائي القطعي، بحيث ينتهى الآجل في وقت لاحق لصدور الحكم ويقترن الحكم بجزاء الاستمرار في الإخلال بالالتزام حتى نفاد الأجل وهو فسخ العقد قضائياً اعتباراً من تاريخ انقضاء الأجل دون تنفيذ الالتزام، ودون العودة المحكمة وهذا هو حقيقة المقصود بعبارة ويقع الفسخ من تلقاء نفسه أو من تلقاء ذاته التي يرددها القضاء والفقه.

ملخص البحث

إذا أخل المدين بالتزماته الناشئة عن العقد، فيحق للدائن أن يختار الجزاء. فله أن يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض. كما يجوز له أن يطالب بالتنفيذ بمقابل اي التنفيذ بطريق التعويض.

فإذا طالب الدائن فسخ العقد في غياب الشرط الصريح الفاسخ، فإن القاضى لا يكون ملزما بالحكم بالفسخ. فيجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الي الالتزام في جملته.

كما أن للقاضي أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه متى اقتضت الظروف ذلك. فالقاضي لا يجب عليه ان يتعجل الفسخ بالرغم من توافر شروطه.

و هذا البحث يواجه بالتفصيل أحكام سلطة القاضي في منح المدين أجلا للتنفيذ تفاديا للفسخ. و يوضح ما يترتب من اثار على عدم التنفيذ خلال الأجل الذي حددته المحكمة.

و يتناول البحث ممارسة القاضي لتلك السلطة في مرحلة ما قبل صدور الحكم النهائي وجدوي ذلك. ثم ندرس حقيقة تلك السلطة وجدواها الفعلية متي حدد الأجل في الحكم النهائي و اثار ذلك.

پووختەی تویژینەوە

ئەطەر ڤەرزدار ئەو ثابەندییانەي كة لة طریَبەستەوة هاتوونەتة دي جیَبەجیَ نەكرد، مافي خاوەن ڤەرزة كة سزای ڤەرزدار دیاری بكات، بەوەي داوای جیَبەجآ كردنی طریَبەستەكة بكات یان هەلَوەشاندنەوەی لەطەلَ ڤەربووكردنەوة لة هەردوو حالَەتدا ئەطەر واي خواست، هەروەها شیاوة بؤی داوای جیَبەجآ كردن بة بەرامبەر (واتا جیَبەجآ كردن لة ریَطای ڤەرەبوو) بكات.

ئەطەر خاوەن ڤەرز داوای هەلَوەشاندنەوەی طریَبەست بكات بآ بوونی مەرجی هەلَوەشاندنەوەی ئاشكرا، ئەوا دادوەر ثابەند نا بیَت بة دەركردنی بڕیاری هەلَوەشاندنەوەی طریَبەستەكة، دادوەر دەتوانآ رەتی هەلَوەشاندنەوەی طریَبەست بكات ئەطەر ئەو ثابەندییەي كة ڤەرزار جیَبەجیَی نەكردوة طرنطي ئەوتؤي نەبیَت بەراورد بة كؤی ثابەندییەكان.

هەروەها دادوەر دەتوانآ ماوەیەك بة ڤەرزدار بدات بؤ جیَبەجآ كردنی ثابەندییەكاني ئەطەر بارودؤخ وای خواست. و دادوەر نا بیَت ثەلة بكات لة دەركردنی بڕیاري هەلَوەشاندنەوەی طریَبەست سەرەڕای ئەوەی كة مەرجەكانی هەلَوەشاندنەوەی هەبیَت.

ئەم تویَذینەوەیة بة دریَذی باسی دەستەلآتی دادوەر دەكات بة ثیَدانی ماوەیەك بة ڤەرزدار بؤ جیَبەجآ كردنی ثابەندییەكاني بؤ ثاراستني طریَبەستەكة لة هەلَنەوەشاندنەوة و رووبەرووبونەوەی كاریطەریَتي جیَبەجآ نەكردنی ثابەندییەكان لەو ماوەیەی كة دادطا دیاری كردووة.

هەروەها تویَذینەوەكة باس لة بەكارهیَنانی دادوەر بؤ ئەو دەستەلآتەی دەكات لة قؤناغی ثیَش دەركردنی بڕیاری كؤتایی لەطەلأ سوودەكەی، دواتر لیَكؤلَینەوة لة راستی دەستەلآتی دادوەر و سوودي كرداري دیاریكردنی ماوة لة بڕیاری كؤتایی و لیَكەوتەكاني، دەكات.

Abstract

If the debtor breaches his contractual obligation, the creditor has the right to choose the remedy. The creditor may demand the performance of the contract or demand the termination of the contract, and claim compensation/damages in both cases, if justified. The creditor may also demand performance for consideration i.e for performance by way of payment of compensation/ damages.

If the creditor demands the termination of the contract in the absence of an explicit/express termination provision, then the judge is not obligated to order the termination. The judge may refuse the termination if the debtor default is not substantial or is of little significance compared to the entire obligation.

The judge also has the right to grant the debtor a grace period to perform his obligation when the circumstanc es so require. Even if the termination conditions are met, the judge should not order the termination in hasty manner.

This research examines in detail the rules governing the judge's authority to grant the debtor a grace period for performing their contractual obligations to avoid termination. The research further clarifies the consequences of the failure to perform within the grace period set by the court. It presents also the effectiveness of such authority and how it is carried out in the stage prior to the issuance of the final judgement. Finally, it is a deep dive in the extent of such authority when it sets a grace period in the final judgement.

* * * * *

مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي
(دراسة في قانون الالتزامات والعقود الفرنسي الجديد)

ناوەڕۆکی گرێبەست لە یاسای شارستانی فەڕەنسی

(لێکۆلینەوەیەك لە یاسای ئەرکەکان و گرێبەستی فەڕەنسی نوێ)

The content of the contract in French civil law (Study in the new French law of obligations and contracts)

الأستاذ الدكتور عدنان إبراهيم سرحان

Professor Dr. Adnan I. Sarhan

مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي
(دراسة في قانون الالتزامات والعقود الفرنسي الجديد)

الأستاذ الدكتور عدنان إبراهيم سرحان
أستاذ القانون المدني
ومساعد مدير الجامعة لشؤون الفروع
جامعة الشارقة– دولة الإمارات العربية المتحدة

الكلمات المفتاحية:
مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي، غرض العقد، محل العقد، الأداء العقدي، المقابل في العقد، البنود الجوهرية، التوازن العقدي، الشروط التعسفية.

زاراوة سةرةكيةكان:
مةرسومى هةمواركردنةوةى ياساى شارستانى فةرةنسى، مةبةستى طريَبةست، ناوةرِؤكى طريَبةست، بةرامبةر لة طريَبةست، بةندة سةرةكيةكان، هاوسةنطى طريَبةست، مةرجة زيادةرِؤكان.

Key terms: **French Civil Code Amendment Decree, purpose of the contract, subject of the contract, Consideration in the contract, fundamental term, contractual balance, arbitrary conditions**

المقدمة:

أولا– التعريف بموضوع البحث: من الملفت للنظر أن يجتاز التقنين المدني الفرنسي قرنين من الزمان دون أن يخضع لتعديل ملموس، فكل ما طرأ على قانون نابليون منذ صدوره عام 1804، لا يتعدى إضافة مواد محدودة، أو إدماج تشريعات جديدة بكاملها في إطار هذا التقنين، الذي حاز لدى الفرنسيين قدسية جعلت الجميع متخوفاً من أن تلصق به سبة إ سقاط رمز النظام اللاتيني، الأكثر تأثيراً خارج فرنسا. ولكن النظر إلى التقنين المدني الفرنسي وهو يفقد جاذبيته لصالح أنظمة قانونية أخرى[1]، وتتعقد إمكانية التعرف على أحكامه لتحوله إلى قانون شبه قضائي بسبب كثرة ما أجرى عليه القضاء الفرنسي من تطوير[2]، دفع المشرع الفرنسي، بقصد تعضيد جاذبية القانون،

(1) فالتصنيف الشهير للبنك الدولي والمسمى (doing business)، درج دوماً على إعطاء مرتبة متخلفة لفرنسا في مقابل التقييم الجيد الذي يعطيه هذا التصنيف عادة للنظام القانوني المسمى بالشريعة العامة(Common Law)، اشار إلى ذلك،
G. Chantepie & M. Latinam, La réforme du droit des obligation, Dalloz, 2016, p.18-20

(2) Rapport au Président de la République, Relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du regime général et de la preuve des obligations (extrait), réforme du droit des obligations, Un supplément Au Code Civil 2016, Dalloz. V. aussi. Jo. 11 février 2016, Texte n°25.

وضمان الأمان القانوني بتسهيل التعرف على أحكامه، وحماية الطرف الضعيف في العلاقات المالية[1]، إلى إصدار المرسوم رقم 2016-131 بتاريخ 10 فبراير 2016[2]، المعدل لقانون العقود، والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، إنفاذاً للمادة 8 من القانون رقم 2015-177 بتاريخ 16 فباير 2015 المتعلق بتحديث وتبسيط القانون والإجراءات في مجال العدل والشؤون الداخلية، والتي بموجبها منح البرلمان الفرنسي حكومة بلاده صلاحية أن تعدل بمرسوم " هيكل ومحتوى الكتاب الثالث من القانون المدني"، وتمت المصادقة على هذا المرسوم بقانون 20 أبريل 2018[3] . وقد درج الكتاب على تسمية هذا التعديل بقانون الالتزامات والعقود الفرنسي الجديد، وذلك لسعته وأهميته، حيث أعاد تقنين الأبواب 3-4 ملحق، من الكتاب الثالث من القانون المدني، والذي يستوفي 350 مادة.

تضمن المرسوم إصلاحات، بعضها شكلي أو محدود الأثر، وبعضها جذري. وكان من بين الإصلاحات الجذرية للتعديل، التي بشر بها التقرير الحكومي المرفوع لرئيس الجمهورية والمصاحب لمرسوم التعديل، إلغاء ركن السبب في العقد، مع الاحتفاظ بوظائفه التي طورها القضاء، مدمجة مع وظائف المحل في ركن واحد وجديد هو ركن المضمون، فصار للعقد في القانون المدني الفرنسي ثلاثة أركان وهي: الرضا والأهلية والمضمون[4]، فقد نصت المادة 1128 منه على أنه: "تعد ضرورية لصحة العقد: 1. رضا الأطراف،2 . أهليتهم للتعاقد، 3. مضمون مشروع ومؤكد"[5]. فرغم اعترافه بالقيمة الأساسية لركن الرضا، إلا أن القانون المدني الفرنسي لا يرى، مثل الكثير من القوانين، أن هذا الركن وحده كافياً لوجود عقد صحيح، بل لابد أن ينصب هذا الرضا على محتوى أو مضمون تحكمه نصوص القانون.

وقبل تعديله بمرسوم 10 فبراير 2016 ،كان القانون المدني الفرنسي يتضمن نصوصاً خاصة بمفهومين منفصلين: المحل''objet'' والسبب ''cause'' . فبموجب المادة 1108 القديمة من هذا القانون يعد وجود " محل معين يشكل مادة الالتزام"، و " سبب مشروع للالتزام"، شرطاً جوهرياً لصحة الاتفاق. غير أن مفهومي المحل والسبب لم يتم النص عليهما كما هما عليه لدى الفقه والقضاء في مرسوم التعديل، صحيح أن المحل، الذي كان مفهومه منضبطاً قد حافظ عليه التعديل جزئياً، إلا إن السبب، الذي لا تعرفه بعض القوانين، وكان منذ وقت طويل مصدراً لخلاف كبير في الأقل على المستوى الفقهي، قد تخلى عنه مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي في نصوصه الجديدة[6]، وذلك في

(1) أنظر أيضاً باللغة العربية في شأن الاعتبارات التي دعت المشرع الفرنسي إلى هذا التعديل، أشرف جابر، الأصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قانونية وصياغة تشريعية- لمحات في بعض المستجدات، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع2، ج2، نوفمبر 2017، ص285.

(2) V. JO. nº 0035 du 11 février 2016, texte nº 26.

(3) V. JO. nº 0093 du 21 avril 2018, texte nº 1.

(4) في شأن الموضوع في الفقه العربي، أنظر، يونس صلاح الدين علي، مضمون العقد كركن جديد من أركان العقد في القانون المدني الفرنسي دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الإنجليزي والعراقي، مجلة الرافدين للحقوق، التي تصدرها كلية القانون بجامعة الموصل، م19، ع 68، س 21، ص1-59، محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، 1، العقد، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018، ص345-351.

(5) Sur ce sujet v., S. Pellet, Le contenu licit et certin du contrat, Dr. et part. n° 258, mai 216,p.61.

(6) F. Chénedé, La cause est morte… vive la cause? Contrats, conc. Consom. 2016, dossier 4 (n° 5. P.21); G. Wicker, La suppression de la cause et les solutions alternatives (Rapport français), La réforme du droit des obligation en France, 5 journées Franco- Allemandes, dir. R. Schulze et alii, société de legislation comparée, 2015, p. 107.

إطار الهدف لجعل القانون أكثر جاذبية للمتعاملين، وقابل للوصول إليه بسهولة.

هذا التوجه عبر عنه صراحة التقرير الذي رفع بموجبه مرسوم التعديل إلى رئيس الجمهورية الفرنسية[1]، عندما أشار إلى أن "السبب، الذي تم تجاهله من معظم القوانين الأجنبية، ومختلف أدوات التقنين الأوروبية، لا يزال تعريفه ضعيفاً ويغطي في الواقع العديد من المعاني. وبأن الفقه، استناداً لقضاء وافر ومتقلب، قد ركز على تنظيره... لذلك، وفي مواجهة صعوبة إعطاء تعريف دقيق لمفهوم السبب، يحتوي جميع جوانبه، وإزاء الانتقادات التي كان موضوعاً لها سواء من جانب الفقه أو من جانب الممارسين، والتي تعده عاملاً من عوامل عدم الأمان القانوني وعائقاً أمام جاذبية قانوننا، فقد اختير التخلي عن هذا المفهوم، واستبداله بقواعد ذات نطاق معرف على نحو أفضل، تسمح للقاضي بالوصول إلى نفس الآثار، مع تجنب النزاع الزاخر الذي يسببه هذا المفهوم. فمضمون الإصلاح في هذا الشأن يتمثل في التخلي رسمياً عن مفهوم السبب، الذي أثار العديد من المناقشات، سيسمح لفرنسا بالاقتراب من تشريعات العديد من القوانين الأجنبية، مع الاحتفاظ في القانون على مختلف الوظائف، التي عهد له القضاء بها، بما في ذلك إعادة التوازن للعقد".

يلاحظ هنا، أن مفهوم "مضمون العقد" وقبل تبنيه من قبل مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي لعام 2016، قد استخدم في العديد من الأدوات الأوروبية للمواءمة بين قوانين دول الاتحاد، كما كان شائع الاستخدام في الفقه الفرنسي[2]، ليضم جميع المتطلبات القانونية المتعلقة بالمحل والسبب[3]. فمفهوم المحل كان قبل التعديل يسمح بالرقابة على وجود الأداء، وتعيينه، وإمكانه، ومشروعية وتوازن الأداءات، في حين أن مفهوم السبب كان يؤدي وظيفة الرقابة على وجود المقابل في العقد، ومطابقة العقد للنظام العام والآداب الحسنة، ومنع التعدي على الالتزامات الأساسية للعقد. كل هذه الوظائف التي كانت من مهام مفهومين مختلفين، هما المحل والسبب، ، تمارس اليوم بموجب مفهوم قانوني واحد، هو مضمون العقد.

ثانياً– أهمية البحث: تأتي أهمية البحث من كونه يتطرق بدراسة تحليلية لواحد مما عد من أهم الإصلاحات التي أجراها المشرع الفرنسي على قانونه المدني، التي هزت، وإن في ظاهرها، ثوابت راسخة في النظام القانوني الفرنسي، بإلغائها السبب كركن للعقد واستبداله بركن جديد هو مضمون العقد. ويظهر البحث المدى الحقيقي لهذا التغيير، الذي يتجاوز مجرد جمع متطلبات ركني المحل والسبب، ليضم تحت جناحية محتوى العقد في عمومه، محلاً وغرضاً وشروطاً، إضافة إلى ما تضمنته نصوص ركن مضمون العقد من ضبط للمصطلحات، فحل مسمى نوعي وهو الأداء العقدي الأكثر شمولاً، محل الشيء محل الالتزام الذي يقتصر على الالتزام بإعطاء، وتكريس مختلف التوجهات القضائية المتعلقة بمختلف جوانب مضمون العقد، السابقة على التعديل.

ثالثاً– مشكلة البحث: إذا كانت المادة 1128 قد أدمجت السبب مع المحل في مفهوم واحد هو "مضمون العقد" فإن المواد 1162 وما بعدها الجديدة من القانون المدني الفرنسي، لا تستخدم المفهوم على هذا النحو، ففي

(1) Rapport au Président de la République, op.cit, objectifs de la réforme, p.VI.
(2) N.Ferrier, La détermination par le juge du contenu du contrat, La réforme du droit des contrats: acte de colloque, 1ère Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015 p. 109.
(3) V. A. Bénabent, Droit des obligations, 14 éd, LGDJ. 2014, n° 140 et s; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 11e éd, Dalloz, 2013, n° 264 et s; Rapp. M. fabre- Mangnan, Droit des obligations, T.1, Contrat et engagement unilateral,3e éd., PUF, 2012, p. 374.

هذه النصوص يظهر المحل مرة أخرى بجانب مفاهيم أخرى كمفهوم الأداء << prestation >>، وخصوصاً مفهوم الغرض أو الهدف <<but>> الذي يحيل بشكل واضح إلى مفهوم السبب[1]. فالمادة 1162 تشير إلى وجوب أن يكون للعقد غرض مشروع، وتوجب المادة 1163 وجود مقابل لالتزام كل من المتعاقدين، في حين تمنع المادة 1170 الشروط التي تحرم الالتزام الرئيس في العقد من جوهره. وهذا يعني أن القانون المدني الفرنسي بتبنيه مفهوم مضمون العقد، بدلاً عن مفهومي المحل والسبب، رغم ما حققه ذلك من فوائد موضوعية وشكلية، إلا أنه لم يجر تعديلاً حقيقياً وعميقاً على القانون الموضوعي الفرنسي، فالوظائف التي كان يمارسها مفهوما المحل والسبب منفردين، قد تم جمعها تحت المفهوم الموحد لمضمون العقد. هذا البحث يهتم بإظهار هذه الإشكالية، حيثما وجدت، ويبرز الجدل الفقهي الذي دار بشأنها.

رابعاً– منهجية البحث: جمع البحث في تناول موضوعه بين المنهجين الوصفي والتحليلي، للأحكام القانونية القائمة قبل التعديل وبعده بخصوص مضمون العقد، وتوضيح الاستحداثات الأصيلة أو المفيدة التي جاء به تعديل قانون العقود الفرنسي الجديد، والانتقادات الموجهة لها.

خامساً– خطة البحث: كما قلنا في التقديم، فإن مفهوم مضمون العقد، كما أريد له في مرسوم التعديل، ويظهر واضحاً من خلال المواد الناظمة له، يسمح بالرقابة خصوصاً على ذات المتطلبات التي كانت مفروضة قبل تعديل قانون الالتزامات والعقود، وهي المتطلبات المتعلقة بمشروعية العقد، ومحل الالتزام، وتوازن الأداءات في العقد، فالمادة 1162 الجديدة وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، تشترط في مضمون العقد استيفاء ثلاث متطلبات: أن يكون مشروعاً ومعيناً وأن يضمن قدراً من التوازن.

هذه المتطلبات هي التي سيتناولها هذا البحث بالتفصيل في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مشروعية مضمون العقد.

المبحث الثاني: تعيين مضمون العقد.

المبحث الثالث: التوازن العقدي.

(1) N.Kouchnir-Cargill, Les points clésde la réforme du droit des contrats, avril 2016, http://www.grall-legal.fr/fr/flash-concurrence-n5-points-cles-reforme-droit-des-contrats/ [consulté le 16/12/2020].

المبحث الأول

مشروعية مضمون العقد

بحسب نص المادة 1162 الجديدة من القانون المدني الفرنسي: " لا يمكن للعقد أن يخالف النظام العام لا في بنوده ولا في غرضه، سواء أكان هذا الأخير معلوماً أم لا لدى جميع الأطراف ".

هذا النص، الذي يعد امتداداً منطقياً للقيود المفروضة على حرية التعاقد، التي لا تسمح بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام[1]، يقتضي إذن أن تكون بنود العقد (شروطه) وكذلك الغرض من العقد ومبتغاه، متوافقة مع النظام العام [2]، وينتج عن ذلك متطلب مزدوج:

المطلب الأول

مشروعية بنود العقد

إرادة الأطراف في العقد ليست دون حدود، فهي لا يمكنها إبرام عقد بمضمون غير مشروع. هذا المتطلب ليس جديداً في القانون المدني الفرنسي ولم يستحدثه التعديل، بل هو موجود منذ 1804، فالمادة 6 من قانون نابليون تمنع: "الإخلال، باتفاقات خاصة، بالقوانين المتعلقة بالنظام العام والأخلاق الحميدة"[3].

ويلاحظ هنا أن تعديل القانون المدني الفرنسي قد غير في ارتباط المخالفة للنظام العام، فقبل تعديل القانون تم ربط عدم جواز مخالفة النظام العام بالمحل في العقد، أما بموجب المادة 1162 أعلاه فهو مرتبط ببنود العقد وشروطه عموماً. بهذا المعنى، يعد ملائماً مواجهة كل من الالتزامات، والآداءات، والمحل، والشروط في العقد بالنظام العام لمعرفة مدى توافقها أو تعارضها معه. كما يلاحظ أن هذه المادة اقتصرت على منع مخالفة بنود العقد وغرضه للنظام العام دون الآداب العامة، في الوقت الذي لا زالت فيه المادة السادسة النافذة من القانون تحيل إلى هذه الأخيرة[4].

الفرع الأول

موافقة بنود العقد للنظام العام.

النظام العام معيار آمر لا يمكن للأشخاص الإخلال به لا في سلوكهم ولا في اتفاقاتهم. فبعض القواعد تعد أساسية للمصلحة العامة بحيث لا يجوز لأي اتفاق مخالفتها. وعليه إذا كان مضمون العقد مخالفاً للنظام العام، فمصير العقد البطلان المطلق. الفكرة العامة هنا، كما يقول أحد الفقهاء الفرنسيين[5]، تتلخص في" سمو المجموع على الفرد. فالنظام العام يعبر عن طريقة حياة الأمة التي تهددها بعض المبادرات الفردية بصيغة عقود". وأن النظام العام هو تذكير

(1) G. Chantepie & M. Latinam, 0p.cit, p.327.

(2) في شأن هذا الشرط في الفقه العربي أنظر، يونس صلاح الدين علي، ص10-13.

(3) المادة 6 من القانون المدني الفرنسي، تمنع على الأطراف أن تكون اتفاقاتهم مخالفة للنظام العام والآداب الحميدة. ومسمى الآداب الحميدة لم يعد له وجود في قانون العقود الفرنسي الجديد، اعتماداً على إن مفهوم النظام العام من السعة بمكان بحيث يشمل الآداب الحميدة أيضاً، وهو المفهوم الذي أسقط القضاء تدريجياً فاعليته.

(4) Stefanie Porchy-Simon, Droit civil 2e année, Les obligation, Dalloz, 11 édition, 2019. p. 125.

(5) J. Carbonnier, Droit civil, les biens, les obligations, PUF, 2004, n° 984, p.2037.

بالتزام النظام توجهه الدولة " إلى المتعاقدين إذا أرادوا المساس بقواعد ينظر إليها على إنها أساسية".

أما عن مصدر النظام العام، فقواعده في الغالب يفرضها القانون، لكنه قد سمح منذ وقت ليس بالقصير للقاضي بسلطة تعريف النظام العام، وهو الذي اصطلح على تكييفه بالنظام العام الافتراضي[1]. وأما عن مضمونه، فالنظام العام متطور ومختلف من عصر إلى آخر، وذلك لارتباطه بقيم المجتمع التي تتبدل بين حين وآخر. ويتقابل نوعان من النظام العام: النظام ا لعام "التقليدي"، ويطلق عليه أيضاً " النظام العام " السياسي" الذي يقصد إلى حماية القيم الأساسية للمجتمع المتعلقة بالدولة والعائلة[2]. والنظام العام " الاقتصادي"، الذي يهتم بحماية قيم أخرى، مرتبطة بشكل جوهري بالاقتصاد[3]. وفي إطار هذا الأخير يتم التمييز بين النظام العام " التوجيهي" الذي تفرض بموجبه الدولة على المجتمع قواعد أساسية للتنظيم الاقتصادي مثل: مراقبة الأسعار والتبادلات والمنافسة، وهو الذي تقلص دوره كثيراً في وقتنا الحاضر، والنظام العام "الحمائي" الذي يسمح عبر نصوص آمرة بضمان المحافظة على فئات محددة من الأشخاص والمصالح التي تتطلب رعاية خاصة من الدولة. ومن أهم الأمثلة على هذا النوع الأخير من النظام، قواعد حماية المستهلك، والمؤمن لهم، وأصحاب الرواتب والأجور.

الفرع الثاني
موافقة بنود العقد للأخلاق الحميدة

رغم أن مفهوم الأخلاق الحميدة لم يحتويه نص المادة 1162 أعلاه، إلا أن المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي، التي ظلت نافذة المفعول فلم يشملها مرسوم التعديل، تحيل إليه، على نحو يبقي على ضرورة مراعاة العقد للأخلاق الحسنة والا كان باطلاً. هذا المفهوم يتعلق بالأخلاق الجمعية، أخلاق العدد الأكبر من الأشخاص، المتعلقة بشكلٍ أساسي بالعلاقات الجنسية. ومع طغيان التحرر الذي يسود المجتمع الفرنسي، فإن هذا المفهوم قد شهد تراجعاً واضحاً لينحصر في مجال ضيق جداً، كما في زنا المحارم وتعدد الزوجات، والتي يمكن أيضاً أن تشملها فكرة النظام العام[4].

المطلب الثاني
مشروعية غرض العقد

بموجب المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي، فإن ضرورة موافقة العقد للنظام العام لا تقتصر على بنود العقد وشروطه، بل أيضاً هدفه والغرض منه. هذا الحكم يكرس التوجه القضائي المستقر المؤسس قبل التعديل على مفهوم السبب الذاتي أو الشخصي (La cause subjective)[5] . هذا المفهوم الذي يطلق عليه أيضاً مسمى

(1) Cass.civ. 4 dec. 1929, GAJC, Vol. 1, n° 14.

(2) مثال ذلك ما قررته محكمة النقض الفرنسية من بطلان العقود التي تلزم المرشح للانتخابات بإعادة المبلغ الذي كلفته حملته الاتخابية للحزب السياسي الذي ينتمي إليه . 3 nov. 2004, n° 02-10. 880, Bull. civ., I, n° 237 V. Cass. civ.1re,

(3) Sur le sujet v., A. Bamdé, La licété du contenu ou la conformité de ses stiulations et de son but à l'ordre public, in droit des contrats, Droit des obligations, posted fév. 28, 2017, http://aurelienbamde.com/2017/02/28/la-licete-du-contenu-du-contrat-ou-la-conformite-de-ses-stipulations-et-de-son-but-a-lordre-publicl , [consulté le 16/12/2020]

(4) Cass. Ass.plén. 29 oct. 2004, n° 03-11238.

(5) Cass. civ.1re, 7 oct. 1998, n°96-14.359: << Un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale ←

"سبب العقد أو الباعث الدافع"، قد أشارت له بشكل أساسي المادة 1133 القديمة من القانون المدني الفرنسي، ويستخدمه القضاء في إطار مراقبته لمدى مشروعية السبب[1]. ويمكن تعريفه بأنه الباعث الفعال الذي دفع المدين إلى الالتزام، والذي يقوم على البحث أبعد من المقابل في العقد أو محتواه، للنظر في غرض كل من المتعاقدين، وفيه الإجابة على السؤال الآتي:" لماذا ابرم المتعاقد العقد؟.

أهمية هذا المفهوم وفائدته كانت تتمثل بما يضمنه من الرقابة على الغايات التي حركت الأطراف عند التعاقد، في الفروض التي لا يسمح فيه الركون إلى الأداءات المتبادلة التي تشكل محل العقد وحده لضمان تلك الرقابة، وذلك في كل حالة تكون فيها عدم المشروعية من جانب أحد الطرفين غير منصبة على مضمون التزاماته، بل على الغاية المنشودة منه. فإيجار عقار، إذا نظرنا له فقط من ناحية العملية الاقتصادية المتحققة، يكون صحيحاً ليس فيه ما يوصم مضمون العقد بعدم المشروعية، فعقد إيجار العقار محله في الواقع وضع مكان تحت تصرف المستأجر، وهو ما لا يتضمن مخالفة للنظام العام، ولكن إذا كان الإيجار موجه لممارسة تجارة المخدرات، فعندئذ يكون مخالفاً للنظام العام، والغاية المنشودة منه هي التي تستحق الجزاء. فالسبب الذاتي إذن كان يشكل الأداة الثمينة للرقابة على مشروعية العقد.

ورغم التخلي عن مفهوم السبب في مرسوم التعديل، إلا إنه بعث من جديد بموجب التعديل بمسمى "الغرض but"، وذلك في المادة 1162، التي كرست القواعد التي تبناها القضاء قبل التعديل[2]، وحافظت بذلك، عبر مفهوم الغرض، على وظيفة البطلان للسبب غير المشروع، مشترطة للعقد غرضاً موافقاً للنظام العام، وواضعة ضوابط بشأن الطريقة التي يمكن بموجبها تحديد هذا المفهوم.

الفرع الأول

موافقة غرض العقد للنظام العام

اشتراط عدم مخالفة غرض العقد للنظام العام في المادة 1162 الجديدة، يسمح بالأخذ بالحلول التي تبنتها المحاكم الفرنسية قبل التعديل بخصوص مفهوم السبب الذاتي. فقد أبطل القضاء الفرنسي عقود البيع التي ترد على أعمال ومواد السحر والشعوذة، وعقود الوساطة في الزواج، في الوقت الذي لم يكن فيه بعد قد حل الزواج السابق. على أن واحداً من أهم التطبيقات لهذا المفهوم ما تعلق بالتبرعات في العلاقة بين الأخدان، التي قرر القضاء الفرنسي موافقتها أو عدم موافقتها للأخلاق الحميدة استناداً إلى السبب الشخصي الذي قصده المتبرع. فإذا كان الغرض من التبرع إقامة أو استدامة العلاقة مع الخليل، قضي بعدم أخلاقية سبب التبرع، أما إذا كان القصد من الهبة التقدير أو الرغبة في ضمان مستقبل الخليل، كان السبب موافقاً للأخلاق الحميدة. مثل هذا التوجه الذي تدعمه الحرية الجنسية في المجتمع الفرنسي، يثير صعوبة في التطبيق لأنه يقتضي البحث في الدوافع الكامنة في نفس المتبرع، وهذه الدوافع،

←
même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaisance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat>>.

(1) G. Chantepie & M. Latina, op.cit, p.330.

(2) C. François, << Présentation des articles 1162 à 1171 de la nouvelle sous-section 3"Le contenu du contrat">>,La réforme du droit des contrats présentée par l' IEJ de Paris 1, 3 ,http://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect2-contenu-contrat/[consulté 21/01/2021].

بحسب محددات الأخلاق في هذه المجتمع، ليست خالصة البراءة ، كما إنها ليست خالصة في لا أخلاقيتها، لذا فإن التقدير بشأنها دائماً ما يكون تحكمياً[1]. ولذلك أجرت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، في حكم لها صدر في 3 فبراير 1999 ، تغييراً في توجه القضاء بهذا الشأن أيدتها في ذلك الهيئة العامة للمحكمة في 29 أكتوبر 2004. في هذا الحكم قررت المحكمة بأنه" لا يخالف الأخلاق الحميدة سبب التبرع الذي يرمي فيه المتبرع إلى المحافظة على علاقة الزنا التي يقيمها مع المستفيدة"[2] . وبالمثل وحديثاً لم تحكم محكمة النقض بمخالفته عقد الوساطة في الزواج الذي أبرمه رجل متزوج، للأخلاق الحميدة[3]. وعليه فإن اختفاء مصطلح الأخلاق الحميدة من مرسوم التعديل أدى إلى إكمال توجيه هذا المفهوم ليلتحق بمفهوم النظام العام، وهو التوجه الذي باشره القضاء قبل التعديل.

ورغم أن المادة 1162 لم تبين الجزاء المترتب على مخالفة غرض العقد للنظام العام، فإن جماع المادتين 1128، 1178، الجديدتين من القانون المدني الفرنسي يؤدي إلى القول أنه البطلان. فالمادة الأولى تنص على أن العقد كي يكون صحيحاً لابد له من مضمون مشروع ومؤكد، في حين تنص الثانية على أن العقد الذي لا يستوفي الشروط اللازمة لصحته عقد باطل. أما عن مدى البطلان فتحدده المادة 1184 من القانون[4]، فإذا كان غرض العقد مخالفاً للنظام العام، فإن البطلان ينسحب على العقد برمته، أما إذا اقتصرت المخالفة على بند أو أكثر من بنود العقد، فسيكون البطلان جزئياً لينسحب على ذلك البند أو البنود المخالفة[5].

الفرع الثاني

كيفية التعرف على غرض العقد

ذيل المادة 1162 أعلاه، وبعد تأكيدها على ضرورة موافقة غرض العقد للنظام العام، يشير إلى انطباق هذا المتطلب، سواء أكان الغرض معلوماً أو غير معلوم لجميع الأطراف. هذا التحديد صدى للجدل الفقهي السابق على تعديل القانون المدني الفرنسي، والذي ثار بخصوص طريقة استيعاب مفهوم السبب الذاتي، الذي حل محله مفهوم الغرض بموجب التعديل.

فإلى وقت قريب، اشترط لأخذ السبب الذاتي بنظر الاعتبار في عقود المعاوضة أن يكون مشتركاً بين المتعاقدين، أي أن يكون الباعث غير المشروع لأحد المتعاقدين معلوماً للمتعاقد الآخر[6] ، فإن كان الشريك في العقد بريئاً تماماً، فلا يمكن أن يفرض عليه بطلان العقد. وعليه إذا تم استئجار عقار لغرض استخدامه في تجارة المخدرات، فلم يكن للمؤجر التمسك ببطلان العقد لعدم مشروعية سببه، الا إذا تشاطر مع المستأجر هذا السبب غير المشروع الذي سعى إليه، أو في الأقل أُعلم به. هذا الحل قصد به الاجتهاد القضائي حماية المتعاقد حسن النية، بحيث لا يمكن أن يفرض

(1) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p.127.
(2) Cass. civ.1re, 3 févr.1999, D. 1999, rap.X. Savatier, note J-P. Langlade-O'sughure; ASS. Plén. 29 oct.2004, D. 2004. P. 3175.
(3) Cass. civ.1re, 4 nov. 2011, D.2012, p. 59.
(4) هذه المادة تنص على أنه: " عندما يتعلق سبب البطلان ببند أو عدة بنود في العقد، فلا يؤدي ذلك إلى بطلان العقد كله، إلا إذا شكل هذا البند أو تلك البنود عنصراً حاسماً في التزام الأطراف أو أحدهم. ويبقى العقد قائماً عندما يعد القانون البند لاغياً وكأن لم يكن، أو تستلزم غايات القاعدة، التي تم تجاهلها، الإبقاء عليه"
(5) Anne-Sophie Choné-Grimaldim, in, La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Travail collectif, Sous la direction de Thibault Douville, 2e édition, Lextenso, 2020, p.133.
(6) Cass. civ.1re, 4 déc. 1956, JCP 1957, II. 10008, note J. Mazeaud.

عليه بطلان الاتفاق من الطرف الآخر المخادع.

على أن هذا التوجه عارضه الفقه بشدة لأنه يعيق بطلان العقد رغم أن الاعتداء على النظام العام يتحقق بمجرد سعي أحد الطرفين وحده لغاية غير مشروعة، وبالتالي لا يأخذ بنظر الاعتبار حماية المصلحة العامة، كما إنه يشجع على التلاعب، إذ يكفي أن يخفي المتعاقد باعثه الحقيقي على التعاقد لتجنب البطلان، فوق ذلك فهذا الحل قد ينقلب على المتعاقد البريء نفسه، الذي لا يمكنه التمسك ببطلان العقد(1). كل ذلك أدى إلى أن تنتهي محكمة النقض الفرنسية إلى تغيير توجهها السابق بحكم لها صدر في 7 أكتوبر 1998، ذهبت فيه إلى" أنه يمكن إبطال العقد للسبب غير المشروع أو اللاأخلاقي، حتى وإن لم يعلم أحد المتعاقدين بالصفة غير المشروعة أو اللاأخلاقية للباعث الدافع والحاسم للعقد"(2). وهذا الحل هو ما كرسته المادة 1162 الجديدة من القانون المدني الفرنسي، وفيها حل مصطلح الغرض محل السبب الذي كان يستخدمه الفقه من قبل.

على أي حال، وفي ضوء السوابق القضائية لما قبل التعديل، يمكن القول بأن ما يجب أن يؤخذ بنظر الاعتبار قانوناً هو الغرض الرئيس الذي رام إليه المتعاقد فقط، أو ما كان يطلق عليه بالغرض الحاسم الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد. وهنا يجب على القضاة البحث بين دوافع المتعاقد عن الغرض الرئيس الذي قصد إليه. وفي كثير من الأحيان، كان القضاة، قبل التعديل، يقومون بمناورة تقلب منطق الأمور بأن يجعلوا من الغرض غير المشروع أو غير الأخلاقي الذي اشتمل عليه العقد باعثاً حاسماً، بدلاً عن البحث عن الباعث الدافع للتعاقد للتأكد بعد ذلك من مشروعيته وأخلاقيته من عدمها(3).

(1) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 127.
(2) Cass. civ.1re, 7 oct.1998, n° 96-14359, D.1998, p. 563, concl. J.Sainte-Rose, JCP 1999, II, 10202, note M.-H. Malville; Cass. civ.1re, 1re mars 2005 , n° 02-16.280.
(3) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p.128.

المبحث الثاني

تعيين مضمون العقد

إضافة إلى اشتراط مشروعية مضمون العقد، فقد أوجبت فيه المواد 1163- 1167 أيضاً أن يكون معيناً بشكل دقيق. ويلاحظ أنه بالإضافة إلى ما تقتضيه القواعد العامة في هذا المجال، فإن المواد أعلاه قد اهتمت ببيان أسلوب أو طريقة تحديد الأداء العقدي المطلوب، وإن كانت لم تعدل بشكل أساسي وجوهري القانون الفرنسي التقليدي للعقود. في هذا المبحث سينصب اهتمامنا على دراسة شروط محل الالتزام بموجب القواعد العامة للعقد في القانون المدني الفرنسي، في مطلب أول، لنتبعه بمطلب ثان نخصصه لتعيين الأداء العقدي، لما ورد فيه من أحكام خاصة في مرسوم تعديل القانون.

المطلب الأول

شروط محل الالتزام بموجب القواعد العامة

تنص المادة 1163 الجديدة من القانون المدني الفرنسي على أنه:" للالتزام محل عبارة عن أداء حاضر أو مستقبل. وهو يجب أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين...". وفي إطار الرغبة للمزيد من الوضوح فقد استخدمت هذه المادة مصطلح "محل الالتزام" بدلاً عن" محل العقد، وهي قد جاءت لتؤكد ما نصت عليه المادة 1101 في تعريفها العقد[1]، ببيانها ما الذي يجب أن يكون عليه الالتزام الذي يولده العقد. كما حددت المضمون المؤكد للعقد، الذي عدته المادة 1128 شرطاً لصحته، من خلال صفة التأكيد التي يجب أن يكون عليها الالتزام.

الفرع الأول

الالتزام والأداء العقدي

عبر المادة 1163 الجديدة من القانون المدني الفرنسي فقط يمكن اكتشاف أنه في مضمون العقد يمكن أن توجد التزامات، يجب لها هي الأخرى وجود محل تم التعبير عنه بمسمى "الأداء" الذي يلزم فيه مراعاة الشروط التي تنص عليها هذه المادة من حيث وجوب أن يكون الأداء موجوداً، حاضراً أو مستقبلاً، معيناً أو قابلاً للتعيين[2]. فمضمون العقد إذا يفهم جزئياً عبر مفهوم الأداء محل الالتزام، وهو بموجب النصوص الجديدة يجب أن يكون ممكناً ومعيناً.

- **الملاحظة الأولى**: أن نص المادة 1163 يعيد التأكيد على مستلزمات مفهوم "المحل" التي كانت تنص عليها المادة 1129 القديمة من القانون المدني الفرنسي[3].

- **الملاحظة الثانية**: هذا النص يستبعد من نطاق تطبيقه ما يطلق عليه المضمون غير الالتزامي (non obligationnel) للعقد[4] ، فالعقد كما تنصب آثاره على الالتزام، بخلقه أو تعديله أو نقله أو إنهائه، فهو أيضاً

(1) تنص المادة (1101) الجديدة من القانون المدني الفرنسي على إن: (العقد هو توافق إرادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء، تعديل، نقل، أو إنهاء التزامات).

(2) Barthélemy Mercadal, Réforme du droit des contrats, Editions Francis Lefebvre, 2016, n°401.

(3) تنص المادة 1129 القديمة من القانون المجني الفرنسي على أنه: " يجب أن يكون للالتزام كمحل شيئاً في الأقل معيناً في جنسه. كمية الشيء يمكن أن تكون غير مؤكدة، طالما كان بالإمكان تعيينها".

(4) P.Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999, 771.

يرتب آثاراً خارج نطاق الالتزام. هذا المضمون غير الالتزامي تحكمه فقط المادة 1162 التي توجب فيه عدم مخالفة النظام العام.

● **الملاحظة الثالثة**: هذا النص يحدد مفهوم الالتزام بإعادة إحياء إحدى واجهات المفهوم القديم للمحل. فالمادة 1126 القديمة من القانون المدني الفرنسي تبين أن محل كل عقد شيء يلتزم أحد الطرفين بإعطائه، أو قيام بعمل أو امتناع عن عمل. والشيء محل الالتزام ما هو إلا الأداء الذي يعد به المدين، أو ما الزم نفسه به، بعبارة أخرى فإن مصطلح الأداء الوارد في نص المادة 1163 الجديدة، يقصد به بشكل دقيق محل الالتزام، على إن استخدام مصطلح نوعي كمصطلح الأداء يفضل بشكل واضح على مصطلح الشيء، الذي يقتصر على الالتزام بإعطاء، فمصطلح الأداء يركز على الحقيقة الاقتصادية للالتزام، وهو ما يحيل على العملية العقدية برمتها[1]. الملاحظة الرابعة، أن هذه المادة لم تقل شيئاً عن الالتزامات التي يجب أن تتضمن الشروط التي تنص عليها لضمان صحة العقد[2]، فهذه الشروط يجب أن توجد، بحسب حرفية نص المادة 1128، في أي التزام يولده العقد، لأن "مضمون العقد" هو ما يجب أن يكون مؤكداً. ولكن في الحقيقة أن الالتزام الذي تنص عليه المادة 1163 لا يمكن أن يكون غير الالتزام الذي محله الأداء الرئيس المصنف للعقد، ولا يشمل ذلك الالتزامات ذات الأداءات الثانوية أو تلك التي تحدد أسلوب تنفيذ الالتزام الأساس للعقد. هذا هو الحكم الذي يسير عليه القضاة والمحكمون في فرنسا[3]، ولا يوجد في نص هذه المادة ما يعيق الاستمرار في تطبيقه[4].

الفرع الثاني
شروط الأداء العقدي

أولا– الأداء الحاضر أو المستقبل: بحسب الفقرة الأولى من المادة 1163 " **للالتزام محل عبارة عن أداء حاضر أو مستقبل**". الأداء الحاضر تعبير عن المحل الموجود، أما الأداء المستقبل فتعبير عن المحل ممكن الوجود، ذلك أنه وإن كان يشترط في الأداء (المحل) الوجود، فليس من الضروري أن يكون موجوداً وقت إبرام العقد، بل يكفي وجوده على أبعد تقدير وقت تنفيذه، كما في بيع العقارات على الخارطة، أو بيع الثمار قبل نضجها.

وتثور في القانون الفرنسي مشكلة في شأن وجود المحل المستقبلي، وفيها يمكن تصور حالتين ترتبطان بإرادة الأطراف: الأولى تتمثل في قبول أطراف العقد الاحتمال أو الغرر في وجود المحل في المستقبل، فلا تأثير عندئذ لعدم وجود المحل ولا جزاء يترتب على غيابه. فمن يشتري ما يمكن أن يصيده صياد في رمية من شبكته يتضمن قبولاً للمخاطر، فمن الممكن جداً أن تعود الشبكة خالية الوفاض. أما إذا كان الأطراف قد عولوا على وجود الشيء في المستقبل وأنه أمر مفروغ منه، فعندئذ يمكن فرض جزاءات تختلف بحسب سبب عدم التنفيذ، مثل البطلان، أو المسؤولية، أو نظرية المخاطر... الخ[5].

(1) Chantepie & Latina, op.cit, p.334, A.-S. Lucas-Puget, Essai sur la notion d'objet du contrat, LGDJ, 2005, n° 19.

(2) على عكس الثلاثي الذي تضمنته المادة 1101 القديمة من قانون نابليون: الالتزام بإعطاء، أو القيام بعمل، أو الإمتناع عن عمل.

(3) V. Cass. civ.1re, 8-6-1977, n° 76-11.332; Bull. Civ. 1 n° 269; Cass. civ.1re, 30-10-1979, GP 1980, pan. 45; sentence de la Chambre arbitrale maritime, 1-4-1976; DMF, 1976, 637.

(4) Barthélemy Mercadal, op.cit, n° 401-1.

(5) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 128-129.

وتجدر الإشارة إلى أن جواز التعامل بالشيء المستقبل وجد له في القانون الفرنسي استثناءات، الأهم منها عدم جواز التعامل بتركة إنسان على قيد الحياة، الذي كانت تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 1130 القديمة من القانون المدني، تأسيساً على إن ذلك التعامل يستدعي المضاربة على حياة الشخص وتمني موته. وقد تعرض هذا الحظر إلى خرق بموجب قانون 23 يونيو 2006[1]، الذي أجاز التنازل المبكر عن احتياطي الميراث. ومع ذلك فإن التعامل بالتركة المستقبلية ظل محظوراً بموجب المادة 722 من القانون المدني الفرنسي[2]، لكن هذا الحظر لم يعد، بعد التعديل، محكوماً بالقواعد العامة للعقود.

ثانياً– الأداء الممكن: يرتبط بشرط وجود الأداء شرط إمكانه. فالعقد يعد باطلاً إذا استحال مادياً وجود محله، فالقاعدة "لا تكليف بمستحيل". هذا الشرط الذي فرضه القضاء بتقريره بطلان العقد إذا كان محله مستحيلاً وقت إبرامه، كرسته صراحة الفقرة الثانية من المادة 1163 الجديدة من القانون المدني الفرنسي. يضرب الفقه لذلك مثلاً مدرسياً في وكالة السفر التي تعد زبائنها بسفرة إلى كوكب الزهرة، فهذا الالتزام باطل لا بل لم يوجد أصلاً[3]. على إن الأمثلة الواقعية في ازدياد فيما يتعلق بالعقود الناقلة للملكية، كما في الاتفاق الذي محله تسليم بضاعة منع تصديرها، أو تمليك أسهم حجزت لمشترين محددين. بطلان العقد هنا قاصر على الاستحالة المطلقة، أما إذا كان نسبية بأن كان عدم التنفيذ راجع إلى عجز المدين الذي تعهد بما لا يستطيعه، في الوقت الذي يمكن لغيره تنفيذ العقد، فلا يقضى بالبطلان، بل يتحمل المدين المخطئ نتائج عدم التنفيذ بموجب قواعد المسؤولية.

ويرتبط باشتراط إمكا ن الأداء، وهو ما أغفله رسمياً تعديل القانون المدني الفرنسي، وجوب أن يرد العقد على شيء يمكن أن يكون محلاً للتعامل في السوق، وهو ما كانت تنص عليه صراحة المادة 1128 القديمة من القانون. هذا الشرط وجد تطبيقات متعددة، وكان متطوراً مع تقدم الزمن، فهناك أشياء كانت خارجة عن التعامل فدخلته، وأخرى كانت في إطاره فخرجت منه، كما في التعامل بالبضائع والمنتجات المقلدة[4].

أ– منع العقود الواردة على الجسد البشري.

حتى قبل صدور ما أطلق عليه قوانين الأخلاقيات الحيوية" bioetiques"، كان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاقات الواردة على الجسد البشري، طبقاً للمادة 1182 القديمة من قانونه المدني. وفي هذا الصدد تنص اليوم الفقرة الثالثة من المادة 1-16 من القانون المدني الفرنسي على إن الجسد البشري أو عناصره ليست محلاً للحقوق المالية، يستثنى من ذلك، اتفاقات التبرع بعناصر الجسد البشري، كالدم والأعضاء، التي أجازتها المادة 3-16 من القانون المدني بشرط عدم أخذ مقابل لها.

أيضاً استندت الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية إلى المادة 1182، للإعلان عن بطلان الاتفاقات الخاصة

(1) LOI n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, https://www.legifrance. gouv.fr, /jorf/ id/ JORFTEXT000000637158/.

(2) هذه المادة تنص على أن: " الإتفاقات التي يكون موضوعها إنشاء حقوق أو التنازل عن حقوق على كل أو جزء من تركة لم تفتح بعد أو على مال يعتمد عليها، لا تنتج أثراً إلا في الحالة التي تكون فيها مسموح بها في القانون".

(3) Anne-Sophie Choné-Grimaldim, op.cit, p.134.

(4) Cass.com 24 sept. 2003, Bull.civ. 4, n° 147; JCP 2004. 1. 123.

بالأم الحامل (الأم البديلة) (mère porteuse)[1] ، حيث رفض أن تسجل في فرنسا شهادة ميلاد طفل ولد في الولايات المتحدة بناء على اتفاق الأم البديلة. هذا التوجه أدانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فرنسا بسببه[2]، استناداً إلى أن رفض الاعتراف بالنسب لأطفال ولدوا في الخارج بمساعدة الأم البديلة، وما يترتب عليه من استحالة أن يثبت الطفل نسبه في فرنسا، رغم أن ذلك يطابق الحقيقة البيولوجية "تعد مخالفة لحق كل فرد في احترام هويته، كجزء من الحق في احترام الحياة الخاصة"[3]، كما أضافت إلى ذلك بقولها:"كل شخص بإمكانه إثبات تفاصيل هويته ككائن بشري، التي يشكل النسب أحد جوانبها الأساسية". هذه الإدانة دفعت محكمة النقض الفرنسية أن تسمح لأول مرة بأن الحمل لصالح الغير لا يشكل في ذاته عائقاً أمام تسجيل شهادة الميلاد الأجنبية في سجل الحالة المدنية الفرنسي. هذا الحكم استتبع قبول القضاء الفرنسي تسجيل النسب من جهة الأب البيولوجي في الحالة المدنية لطفل ولد في الخارج بناء على اتفاق الحمل لصالح الغير، ورفض تسجيل شهادة ميلاد طفل في السجل الفرنسي للحالة المدنية نسبت فيها صفة الأم إلى زوجة الأب التي لم تلده[4].

ب- السماح التدريجي بحوالة قاعدة العملاء- الزبائن- المدنيين.

قاعدة العملاء المدنيين تشمل مجموع الأفراد الذين تربطهم علاقة مع أحد أعضاء المهن الحرة بغرض طلب خدماته. وكان التوجه التقليدي للقضاء الفرنسي القائم على المادة 1128 القديمة يذهب إلى أن قاعدة العملاء المدنيين من الأشياء التي تخرج عن تعاملات السوق، وبالتالي لا يمكن التنازل عنها أو حوالتها إلى زميل مهنة آخر[5]، الأمر الذي تعرض لانتقاد الفقه الذي يرى بأنه غير متوازن، لأنه لا يشمل قاعدة العملاء التجاريين، التي تعد من عناصر المحل التجاري، وبالتالي يمكن التنازل عنها للغير. إلا إن محكمة النقض الفرنسية رجعت عن موقفها لتقرر صحة عقد التنازل عن قاعدة العملاء المدنيين، لكنها وضعت لذ لك شرطاً أساسياً مفاده ضمان حرية المريض في اختيار الطبيب عند التنازل. فلهذا الأخير مطلق الحرية في استشارة أو عدم استشارة الطبيب التالي المحال إليه[6].

حاصل كل ما تقدم، أن حقل تطبيق المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي قد انحسر تدريجياً، فلم يتم الأخذ بهذا النص في مرسوم التعديل لعام 2016 ، ليقتصر على منع مخالفة مضمون العقد للنظام العام الذي عد كافياً[7].

(1) Ass.plén. 31 mai 1991. 417, Rapp. Y Chartier, note D. Thouvenin, Cass. civ.1re, 6 avr.2011, D. 2011, 1064.
(2) CEDH, 26 juin 2104: Labassée et Mennesson, cité par, A. Bamdé, op.cit.
(3) كما أدانت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فرنسا مجدداً لرفض تسجيل علاقة النسب البيولوجي لطفل ولد في الخارج بموجب اتفاق الحمل لصالح الغير، في سجل الحالة المدنية الفرنسي. الموضوع يخص قضيتين استحال على ذوي الشأن الحصول فيهما على الاعتراف، في القانون الفرنسي، على علاقة النسب البيولوجية القائمة بينها في الهند. السلطات الفرنسية التي تشك بوجود اتفاق غير مشروع على الحمل لصالح الغير، رفضت تسجيل شهادة الميلاد الهندية. V. CEDH, 21 juill. 2016, cité par, A. Bamdé, ibid.
(4) CA de Rennes, 28 sept. 2015, CA de Rennes, 7 mars 2016, cité par, A. Bamdé, ibid.
(5) Cass. civ.1re, 7 fév. 1990, cité par, A. Bamdé, op.cit.
(6) Cass. civ.1re, 7 nov.2000, D.2000, 2400; v. aussi, Cass. civ.1re, 16 janv. 2007, 14 nov. 2012, cité par, A. Bamdé, ibid.
(7) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 130.

المطلب الثاني

تعيين الأداء العقدي

حتى يكون العقد صحيحاً لابد أن يعرف المتعاقد بماذا يلتزم، لذا كان تعيين المحل على الدوام شرطاً جوهرياً، أو "ضرورة لهيكلة العقد"، وهو ما تقرره المواد 1163 وما بعدها الجديدة من القانون المدني الفرنسي، والتي تستخدم مصطلح" الأداء" (Prestation) للدلالة على محل الالتزام(1).

الفرع الأول

تعيين الأداء العقدي بشكل عام

قبل تعديل القانون المدني الفرنسي، كانت المحاكم الفرنسية قد وضعت بقضاء تدريجي ومتطور إطاراً واضحاً لمضمون المحل استناداً للمادة 1129 القديمة من القانون، التي تنص على إنه: يجب أن يكون للالتزام كمحل شيئاً في الأقل معيناً في جنسه. كمية الشيء يمكن أن تكون غير محددة، طالما كان بالإمكان تعيينها". وجاءت المواد 1163 الجديدة وما بعدها لتكرس ذلك وتضيف إليه في بعض الجوانب، مع استخدام مصطلح الأداء بدلاً عن المحل.

ويتضح من هذه القواعد أن الأداء، بشكل عام، يجب أن يكون معيناً وقت التعاقد، كبيع سيارة أو إيجار عقار. ولكن لا مانع من أن لا يكون الأداء معيناً عند التعاقد إذا كان قابلاً للتعيين، وهو ما يكون على وجه الخصوص في حالة الأداء المستقبلي. وبعد أن نصت في فقرتها الثانية على إن الأداء يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، أعطت الفقرة الثالثة من المادة 1163 تعريفاً للأداء القابل للتعيين، بكونه الأداء الذي" يمكن استخلاصه من العقد أو بالرجوع إلى العادات أو العلاقات السابقة للأطراف، دون أن يكون ضرورياً وجود اتفاق جديد للأطراف بشأنه". وهذا الأخير هو المعيار الحقيقي الذي يحدد صفة قابلية الأداء العقدي للتعيين(2).

فالقابلية للتعيين يمكن أن تأتي من العقد ذاته، كبيع كامل البضاعة الموجودة في مخزن أثاث، وإن لم يتم تعيين مفرداتها على وجه الخصوص. كما يمكن استخلاصها من العادات أو العلاقات السابقة للأطراف، وهنا تستدعي المادة 1163، دون أن تصرح، مضمون المادة 1194 الجديدة من القانون المدني الفرنسي، التي تضم إلى مضامين العقود، ليس فقط ما ورد فيها بل "جميع مستلزماتها التي يقررها العرف، أو العدالة، أو القانون" .

السؤال الذي يطرح هنا، هل أن قائمة ما يمكن من خلاله استخلاص قابلية الأداء للتعيين مغلقة أم يمكن أن يضاف إليها؟ نحن نؤيد الجانب الفقهي الذي يرى أن القائمة لا يمكن إلا أن تكون مغلقة، فلا يوجد غير العقد أو العادات والعلاقات السابقة لأطرافه، التي يمكن من خلالها استخلاص الأداء العقدي(3). أما ما استقر عليه القضاء الفرنسي ولمدة طويلة من اعتبار العقد صحيحاً إذا كان تعيين محله قد ترك باتفاق الأطراف لعناية الشخص الثالث، وهو التوجه الذي لا نرى مبرراً لتغييره، فيمكن بسهولة الحاقه بالفرضية التي بموجبها يمكن استخلاص الأداء من العقد.

كل ما تقدم يعني أن المادة 1163 الجديدة من القانون المدني الفرنسي قد جعلت من العقد مجموعاً متكاملاً منذ إبرامه، بحيث أن استخلاص الأداء لا يأتي إلا من ذات العقد ومن العادات وعلاقات المتعاقدين السابقة على

(1) في شأن هذا الشرط في الفقه العربي أنظر، يونس صلاح الدين علي، ص13-15.
(2) Anne-Sophie Choné-Grimaldim, op.cit, p.134.
(3) G. Chantepie & M. Latina, op.cit, p.338.

العقد، وهو ما يتعارض مع إمكانية تعيين الأداء انفرادياً أثناء مرحلة تنفيذه. بوجه عام فإن الأداء العقدي يجب أن يكون قابلاً للتعيين دون أن يتدخل الأطراف مرة أخرى باتفاق جديد لتحديده. هذه الحدود هي التي دفعت المشرع الفرنسي في التعديل، ومن قبله القضاء، إلى تبني نظام خاص لتعيين الثمن في بعض العقود، على ما سيلي بيانه.

أما عن جودة الأداء[1]، فقد كانت المادة 1246 القديمة من القانون المدني الفرنسي تلزم المدين، عند عدم وجود اتفاق على درجة الجودة، بتقديم شيء من الصنف المتوسط[2]. لكن بعد تعديل القانون جاءت المادة 1166 بقاعدة جديدة، عندما لا تكون جودة الأداء معينة أو قابلة للتعيين بموجب العقد[3]، حيث جاء فيها: " إذا كانت جودة الأداء غير معينة أو قابلة للتعيين بموجب العقد، فعلى المدين تقديم أداء ذي جودة تطابق التوقعات المشروعة للأطراف، بمراعاة طبيعة الأداء والعرف ومبلغ المقابل"[4]. هذا المعيار للتعيين، المستوحى من القانون الأوروبي، يبدو معياراً مختلطاً لأنه يمزج توقعات الأطراف، وهو معيار ذو طبيعة ذاتية بشكل واضح، مع جوانب أكثر موضوعية (طبيعة العقد، الاستخدام، الثمن)[5].

وبناء على هذا المعيار، إذا كانت الطلبية منصبة على أداء ظلت جودته غير قابلة للتعيين، توجب على المدين أن يسلم ما يراه الأكثر مطابقة لتوقعات الدائن المشروعة، فإذا كان المشتري قد دفع ثمناً أعلى من المتوسط، يكون من المنطقي أن يتم تسليمه مبيعاً بجودة أعلى من المتوسط، أما إذا كان طلبه منصباً على سلعة بثمن منخفض، فلن يضمن له تسليم سلعة من الصنف الأول.

على أية حال، إلى جانب القواعد الخاصة بتعيين الأداء التي تنطبق على الالتزام أياً كان محله، أضاف التعديل بعض القواعد التي يجب تطبيقها في حالات خاصة.

أولا– محل الالتزام أداء خدمة.

في العقود التي محلها نشاط إنساني، يكون الأداء محل الالتزام على شكل خدمة يقدمها أحد الطرفين للآخر. قبل تعديل القانون المدين الفرنسي، كان القضاء يقرر بوضوح أن التعهد بعمل يعد باطلاً عند عدم تعيين محله[6]، أما بعد التعديل، فقد أصبح من الممكن تطبيق المعيار الذي أشارت إليه المادة 1166 أعلاه لتحديد جودة الخدمة، عندما لم تحدد بأي طريقة أخرى.

(1) Sur ce sujet v., H. Aubry, Article 1166: la qualité de la prestation, RDC 2015, P.755; E. Savaux, Le contenu du contrat- Articles 1127, 1161 à 1170, JCP 2015, supplément au n° 21, p. 20.

(2) تنص المادة 1246 القديمة من القانون المدني الفرنسي على أنه: " إذا كان الدين عبارة عن شيء، لم يعين إلا بنوعه، فلا يلزم المدين للبراءة منه، بأن يعطيه من الصنف الأفضل، لكن لا يمكنه أن يعطي من الصنف الأكثر رداءة".

(3) يرى جانب من الفقه الفرنسي (G. Chantepie & M. Latina, op.cit, p.346)، بحق أن المادة 1166 المتعلقة بجودة الأداء مكانها الصحيح مباشرة بعد المادة 1163 التي نظمت شروط الأداء العقدي، والأمر هنا يتعلق بأداء غير نقدي يتمثل في تسليم شيء أو تقديم خدمة، فلم يكن مبرراً تأخيرها إلى ما بعد النصوص الخاصة بالثمن.

(4) Sur ce sujet v., M-S. Bondon, A. Dagory et A. Pauls, La notion d'attente légitime des parties, La réforme du droit des contrats : acte de colloque, 1ère Journée Cambacérès , 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015 p. 265.

(5) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p.131.

(6) Cass.Com. 28 févr. 1983, Bull. Civ., 4, n° 86; RTD civ., 1983. 746, obs. F. Chabas; rapp., Cass. civ.1re, 18 oct. 1994, Defrénois, 1995, art. 735, obs. Ph. Delebecque.

ثانياً- محل الالتزام شيء قيمي (معين بالذات).

المتطلب الوحيد هنا، أن يتم تفريد الشيء، بتحديد كل ما يميزه عن غيره (ففي مثال السيارة، يجب تحديد الموديل، وسنة الصنع ، وهكذا).

ثالثاً- محل الالتزام شيء مثلي (معين بالنوع).

طبقاً لمتطلبات تعيين الأداء محل الالتزام، يجب أن يكون الشيء المثلي معيناً في نوعه، وكميته، وجودته.

ففي مثال بيع القمح، يجب تعيين أن محل الالتزام هو القمح الفرنسي، وتحديد كميته، ودرجة جودته كونه من الصنف الجيد أو المتوسط أو الرديء.

هذه المتطلب تم التخفيف من حدته، من خلال الآتي:

أ- بالنسبة للكمية: يكفي أن تكون قابلة للتعيين، بالرجوع إلى إرادة الأطراف، أو العادات. ولكن يجب تحديد معيار التعيين على نحو دقيق، وواضح، وصريح، بحيث لا توجد بعد ذلك حاجة لاتفاق جديد بين الأطراف عند التنفيذ، ولا أن يترك التعيين لمحض إرادة أحد الطرفين[1]. هذا التوجه القضائي السابق على التعديل، كرسته اليوم الفقرة الثالثة من المادة 1163 الجديدة من القانون المدني الفرنسي.

ب- بالنسبة للجودة: كانت المادة 1246 القديمة من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله بمرسوم 10 فبراير 2016، تنص على إنه عند غياب شرط في العقد يحدد درجة جودة الشيء المثلي، يجب إعطاء شيء من جودة متوسطة، يحددها القاضي عندئذ على نحو موضوعي. أما المادة 1166 الجديدة من القانون فقد عدلت في هذا الحل بأخذها بمعيار أكثر شخصية يستند إلى التوقعات المشروعة للأطراف[2].

الفرع الثاني

الحالة الخاصة بتعيين الثمن

يعد تحديد ثمن الأداء أو مقابله المالي ضرورياً لكل من صحة العقد وتنفيذه. ولا يوجد قبل تعديل القانون المدني الفرنسي أي نص عام يتطلب أن يكون الثمن محدداً عند إبرام العقد، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بمجموعة أحكام صدرت عن هيئتها العامة الصادر في الأول من ديسمبر 1995، مبينة أن الثمن لا يشترط فيه أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين في القواعد العامة للعقود[3]. على أن وجوب تعيين الثمن قد فرضته النصوص الخاصة لبعض العقود، كما في عقد البيع (المادة 1591 من القانون المدني). في هذه الحالات الخاصة كان القضاء يطبق قواعد قريبة من تلك الخاصة بالشيء المثلي: فالثمن لا يمكن تعيينه من القاضي، بل يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين طبقاً لمعايير موضوعية[4].

(1) Cass. civ.1re, 23 mai. 1995, D. 1996. Somm. 113; 19 nov.1996, D. 1997. 609, note A. Zelcevic-Duhmel. Cass. Com. 12déc. 1989, n° 88-17.021; jurisData n° 1989-703905; Bull. Civ. IV, n° 318, p. 214.

(2) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p.132.

(3) Cass.ass. plén., 1re déc. 1995; bull. ass. Plén., n° 9. V. aussi, Cass.com. 11 juin. 1996: RJDA 12/96 n° 1459; Cass.com.,10 oct. 1996, 2 espèces: RJDA 3/97 n° 306; Cass. Civ. 1re, 12 ma0 2004, n° 03-13.847, RDC 2004. P. 925, obs. D. Mazeaud.

(4) Pour la vente. V. Req. 7 janv. 1925, GRJC, vol. 2, n° 262. Cass.com. 21 janv. 1997: RJDA 5/97 n° 635.

المادة 1163 الجديدة من القانون المدني الفرنسي لم تشر إلى مسألة تعيين الثمن أو قابليته للتعيين، لكنها وقد فرضت وجوب تعيين الأداء عند إبرام العقد كمبدأ عام، فذلك يسري بالتأكيد على الثمن، بحيث لا يوجد بعد ذلك أي استثناء في مجال تعيين هذا النوع من الأداء. وعليه فبموجب القواعد العامة لقانون العقود، يجب أن يكون الثمن معيناً أو قابلاً للتعيين عند إبرام العقد، بالنسبة لجميع العقود المبرمة اعتباراً من الأول من أكتوبر 2016 تاريخ نفاذ تعديل القانون المدني الفرنسي(1)، وهو ما يعني الرجوع عن التوجه السابق ذكره لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بحكم هيئتها العامة عام 1995(2).

على أن مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي، تعامل في المادتين 1164، 1165، بشكل خاص مع الأداء العقدي المتمثل بالثمن في بعض العقود، عندما سمح بموجب هاتين المادتين، بتعيينه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين. وبهذا النظام الخاص، يكون الثمن الأداء الوحيد الذي يمكن أن لا يكون معيناً ولا قابلاً للتعيين عند التعاقد، بل يمكن تعيينه انفرادياً بعد انعقاد العقد(3)، وذلك في كل من العقود الإطارية، وفي عقود أداء الخدمات.

أولا– القواعد الخاصة بالثمن في عقود الإطار:

قبل تعديل القانون المدني الفرنسي، تطورت الحلول القضائية فيما يتعلق بعقود التوزيع، وهي صورة للعقود المركبة وجدت لها تطبيقات متعددة، أكثرها شيوعاً لعقد الإطار المبرم بين التاجر والمنتج. فالتاجر يلتزم بموجب هذا العقد بأن يتمون لدى منتج معين خلال مدة محددة، وبحسب التعرفة المحددة من قبل هذا الأخير. في المقابل يضمن المنتج للتاجر عدة امتيازات مثل: مساعدة في التأسيس بصيغة قرض أو ضمان مصرفي، دعم تجاري، الخ. الأمثلة النموذجية للعقد الإطاري نجدها في عقد الفرانشايز(franchise). ولمدة طويلة كان القضاء يعترف بصحة هذه الاتفاقات، لكنه بداية من سبعينيات القرن الماضي أدرك أن هذه العلاقات يمكنها أن تكون سبباً للتعسف على حساب التاجر الذي يكون في موقف ضعف، مما حدا به إلى إبطال هذه العقود استناداً للمادة 1129 القديمة من القانون المدني الفرنسي(4). وبحسب الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، فإن الرجوع إلى التعرفة الخاصة بالمجهز لتحديد ثمن بيع البضائع، من شأنه أن يجعل الثمن غير معين، ويبرر إبطال العقد الإطاري المبرم. هذا التوجه القضائي الذي اقتصر بداية على عقود التوزيع، عمم تدريجياً على كل الاتفاقات التي يحدد فيها الثمن بالرجوع إلى التعرفة الخاصة بالمجهز(5).

على إن هذا التوجه القضائي تعرض للانتقاد الشديد من حيث أنه يقوم على فهم خاطئ للمادة 1129 القديمة من القانون المدني الفرنسي، وللآثار العملية السيئة التي يرتبها(6). وبعد محاولات قصد منها تضييق نطاق تطبيق هذا التوجه، تبنت محكمة النقض الفرنسية اتجاهاً مختلفاً تماماً بموجب أربعة أحكام أصدرتها هيئتها العامة في الأول من ديسمبر 1995، وقرت فيها أن:" المادة 1129 لا تطبق في شأن تعيين الثمن"، كما بينت أن الإحالة " ... إلى التعرفة المعتمدة يوم تقديم طلبات التوريد التي يتعين إجراؤها لا يؤثر على صحة العقد، وأن التعسف في تحديد الثمن لا

(1) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p.132; G. Chantepie & M. Latina, op.cit, p.338.
(2) Anne-Sophie Choné-Grimaldim, op.cit, p.134. Barthélemy Mercadal, op.cit, n° 406.
(3) C. Aubert de Vincelles, La fixation unilatérale du prix: art. 1163, RDC 2015, p. 752.
(4) Cass.com. 11 oct. 1978, JCP 1979, II, 19034.
(5) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 133.
(6) تنص المادة 1129 القديمة من القانون المدني الفرنسي على أنه: " يجب أن يكون للالتزام كمحل شيئاً في الأقل قابلاً للتعيين في جنسه. كمية الشيء يمكن أن تكون غير مؤكدة، طالما يكون بالإمكان تعيينها".

يعطي مجالاً لغير الفسخ أو التعويض"[1].

● **موقف مرسوم التعديل لعام 2016**:

كرس مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي الصادر في 10 فبراير 2016 غالب الحلول القضائية التي استقرت منذ العام 1991، مع بعض التعديلات التي اعتبرها مناسبة[2]. فقد جاء في المادة 1164 الجديدة من هذا القانون:"في عقود الإطار، يجوز الاتفاق، على أن يحدد الثمن انفرادياً من قبل أحد الطرفين، الذي يقع عليه تبرير مقداره عند النزاع. وفي حالة التعسف في تحديد الثمن يجوز اللجوء إلى القاضي لطلب التعويض، أو فسخ العقد إن كان له مقتضى"[3]. ولا شك في أن السبب الذي دفع المشرع، وقبله محكمة النقض الفرنسية، إلى هذا الحل هو أنه في العقود الممتدة في الزمن، يكون من الاستحالة بمكان أحياناً تحديد المقابل الذي سيتم اعتماده طوال مدة تنفيذ العقد. ففي عقد التجهيز لمدة خمس سنوات مثلاً، يصعب توقع ثمن البضاعة التي يجب توريدها خلال هذه المدة. المادة 1164 أعلاه تتضمن شرطين:

الأول، إن ثمن الأداءات المستقبلية للعقد يمكن أن يحدد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين في عقد الإطار، ولكن بشرط أن يحصل اتفاق بين أطراف العقد على ذلك مقدماً.

والثاني، على الطرف الذي أعطي صلاحية تحديد الثمن بشكل أحادي، عند نشوب نزاع بشأن ذلك، واجب تقديم تبرير للتعرفة المعتمدة (عرض الكيفية التي تم بموجبها حساب الثمن، مقارنة بتوقعات الأطراف)[4]، وهذا هو الجديد المفيد في هذا النص، الذي يبدو أنه يكلف هذا الطرف إثبات أن الثمن الذي حدده لم يكن تعسفياً[5]، مقارنة بتوجه محكمة النقض، فلم يوجد قبل التعديل أي التزام على الأطراف بتقديم ذلك التبرير. على إن واجب التبرير هذا لا يصل إلى حد الزام المتعاقد ببيان هامش الفائدة المتحققة من الثمن الذي حدده بإرادته المنفردة[6]. وأي تعسف في تعيين الثمن يفرض بشأنه الجزاء الذي قرره القضاء السابق على التعديل، والمتمثل في اللجوء إلى القاضي لطلب التعويض، الذي يؤدي بالنتيجة إلى دفع المدين قدراً أقل من الثمن، أو فسخ العقد عند الاقتضاء.

واحتراماً للحرية التعاقدية، لم يمنح القانون للقاضي في هذا الشأن سلطة مراجعة وتعديل الثمن، كما كان يجيزه التوجه القضائي السابق على التعديل. أما عن الاختيار بين طلب التعويض أو الفسخ، فيترك لتقدير

(1) Ass.plén. 1re déc. 1995, n°s 91-15.578, 91-15.999,91-19.653 et 93-13.688, D. 1996, p.13, note L. Aynès.
(2) Sur le sujet en detail v., F. Labarthe, La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service- Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil, JCP G 2016, p. 642.
(3) عرفت المادة 1111 الجديدة من القانون المدني الفرنسي عقد الإطار بأنه:"العقد الذي بموجبه يتفق الأطراف على الخصائص العامة لعلاقاتهم التعاقدية المستقبلية. وتتحدد طرق تنفيذه ضمن عقود تطبيقية".
(4) Rapport au Président de la République, op.cit.
(5) C. François, op.cit, p.11.
(6) Barthélemy Mercadal, op.cit, n° 407; v. dans ce sens, Cass. Com, 17 mars 2015, n° 13-25.142, JCP E 2015.1220, note J. François.

المدين المضرور، الذي له أيضاً طلب الفسخ مع التعويض[1]، وذلك عن الثمن المبالغ فيه الذي سبق له دفعه فعلاً[2]. ويرى جنب من الفقه[3] ، أن للقاضي الحق في رفض طلب الفسخ والاكتفاء بالتعويض، استناداً إلى أن النص علق الفسخ على وجود مقتضى له، وقد لا يكون التعسف من الجسامة بحيث يبرر فسخ العقد في معنى المادة 1224 من القانون المدني الفرنسي[4].

ثانياً– القواعد الخاصة بالثمن في عقود أداء الخدمات: استثناء تقليدي قرره القضاء الفرنسي على قاعدة وجوب أن يكون الثمن في العقد محدداً لحظة التعاقد، وذلك في العقود التي يكون محلها تقديم خدمات[5]. فأمام استحالة التحديد المسبق لمدى ووسائل التنفيذ، لم تعد السوابق القضائية تحديد المقابل عند إبرام العقد شرطاً لصحته، ويمكن للأطراف الاتفاق عليه بعد التنفيذ، وفي حالة عدم الاتفاق يصار إلى تحديده بوساطة القضاء[6].

هذه الحالة تمت مواجهتها، بعد التعديل، بموجب المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها: "في عقود أداء الخدمة، وبغياب اتفاق الأطراف قبل تنفيذها، يجوز تحديد الثمن من قبل الدائن، ويقع عليه تبرير مقداره عند النزاع. وفي حالة التعسف في تحديد الثمن يجوز اللجوء إلى القاضي لطلب التعويض، أو فسخ العقد إن كان له مقتضى"[7]. وبالرغم من أن عقد الخدمات لم يتم تعريفه لا في مرسوم تعديل قانون العقود، ولا حتى في جزء القانون المدني الفرنسي المتعلق بالعقود الخاصة، فلا شك أن ذهن واضعي مرسوم التعديل قد انصرف إلى عقد الوكالة وعقد إجارة الأعمال والخدمات (المقاولة).

نص المادة 1165 ، لا يشترط وجوب تعيين الثمن عند التعاقد، بل يخول الدائن وحده سلطة تحديده لاحقاً، عند عدم وجود اتفاق بشأنه بين الأطراف قبل التنفيذ. وعلى خلاف حالة عقد الإطار، فإن خيار الدائن في تعيين الـ ثمن في عقود أداء الخدمات لا يحتاج إلى اتفاق سابق بشأنه مع المدين، بل يثبت له تلقائياً طالما لم يتفق الأطراف على الثمن قبل تنفيذ الخدمة. هذا الحل ليس مفاجئاً، إذ أن القضاء السابق على التعديل قرره في شأن عقد الوكالة

---

(1) وقد كان التقرير المرفوع لرئيس الجمهورية بمرسوم التعديل واضحاً في تأكيده على أنه يمكن للمتعاقد المتضرر من الثمن
التعسفي طلب التعويض و/ أو الفسخ، أنظر، Rapport au Président de la République, op.cit, article 1164

(2) CA Versailles 27 janv.2000: RJDA 9-10/00 n° 859: resiliation et indeminisation; CA Paris 24 oct. 2000, D. 2001. som. 3236, obs. Mazeaud.

(3) G. Chantepie & M. Latina, op.cit, p.343.

(4) تنص المادة 1224 على أن: " ينتج الفسخ أما من تطبيق شرط فاسخ، أو في حالة عدم تنفيذ على قدر كاف من الجسامة، بإعذار الدائن للمدين، أو بحكم قضائي".

(5) Cass. civ.1re, 9 fév.1977, n° 75-11.922: Bull. Civ. I, n° 74; Cass. civ.3e, 17 mars 2004, n° 02-17.681: Bull. Civ.III, n° 57; CA Orléans 10 juill.2007, n° 06/02208: RJDA 6/08 n° 642; CA Grenoble 10 mars.2016, n° 12/03638.

(6) Cass. civ.1re, 20 nov.2000, n° 98-17.560; Cass. civ.1re, 28 nov.2000, Bull. Civ. I. n°305; JCP 2001, I. 301, n°11; Cass. civ.1re, 24 nov.1993, n° 91-18.650; Cass. civ.3e, 24 janv.1987, Bull. Civ. III. n°49;
V. aussi Cass. civ.1re, 4 oct. 1989, Bull. Civ. I, n° 301 هذا الحكم يتعلق بتحديد القاضي مقابل الخدمة التي قدمها محقق خاص تعاقد مع زوج لمراقبة زوجته التي يشك في إقامتها علاقات خارج إطار الزواج.

(7) V. à ce sujet, G. Lardeux, Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil, D. 2016, 1659.

وعقود إجارة العمل[1]، والسبب في ذلك واضح، إذ يصعب في بعض الأحيان التحديد المسبق لمقابل عمل لم يتم تنفيذه بعد. ما هو جديد هنا، أنه في حال النزاع، يقع على المتعاقد الذي حدد الثمن عبء تقديم مبرر لهذا التحديد. ويتضح من هذا الحكم أن القاضي فقد سلطته في تحديد الثمن، لينحصر دوره في منح التعويض عند التعسف في تعيين الثمن، إضافة إلى سلطته في فسخ العقد.

وفيما يخص التعويض الذي يملك القاضي سلطة تقديره، فإن مقصوده تمكين المدين من تحمل قدر أقل من الثمن المبالغ فيه الذي حدده الدائن، ولكن بتقنية مختلفة عما كان للقضاء قبل التعديل من سلطة إعادة تقدير الثمن نفسه. فالقاضي هنا لا يبحث عن الثمن العادل ليلزم المدين به، بل عليه تقدير التعويض عن ضرر المدين الناجم عن تعسف الدائن في تعيين الثمن بإرادته المنفردة.

ويلاحظ أخيراً أن نص المادة 1165 لم يتعامل مع الحالة التي يتم فيها اتفاق الأطراف على المقابل قبل تنفيذ الخدمة، ثم يتضح لاحقاً أنه كان مبالغاً فيه ولا يتناسب مع الخدمة المقدمة[2]، في الوقت الذي كان فيه القضاء قبل مرسوم التعديل قد منح نفسه سلطة إنقاص الأتعاب المبالغ فيها[3].

- **العقد بلا ثمن**.

لاحظ بعض شارحي مرسوم تعديل قانون العقود الفرنسي[4]، أن النظام الخاص بتعيين الثمن في حالتي عقود الإطار وعقود الخدمات، لم يواجه الحالة التي يمتنع فيها المتعاقد صاحب الخيار عن تعيين الثمن. والواقع أن ذلك صعب تصوره في عقود أداء الخدمات، لأن الخيار فيها يثبت للدائن وحده، فلا يعقل أن لا يقوم الدائن بتعيين الثمن والمدين يطالبه بذلك. لكن يتصور ذلك في عقود الإطار، التي يمكن أن يتفق الطرفان فيها على ترك خيار تعيين الثمن للمدين وحده، لكنه يمتنع عن ذلك. لا شك هنا أن الدائن لا يستطيع أن يطلب من القضاء تعيين الثمن، فسلطة القاضي، كما قلنا، قاصرة على الحكم بالتعويض أو بفسخ العقد في حال الثمن المتعسف فيه. لذا يقترح البعض[5] هنا أن يبادر طرفا عقد الإطار إلى الاتفاق عند التعاقد على أن يحال للقاضي أو لشخص ثالث سد هذا النقص وتعيين الثمن، ونحن نقترح أن تضم هذه الحالة إلى حالة التعسف في التحديد، ويعطى فيها الحق للطرف الآخر في طلب التعويض أو فسخ العقد، ذلك أن توجه المشرع الفرنسي قطع الصلة تماماً مع الوضع السابق قبل التعديل، وإبعاد مسألة تعيين الثمن أياً كان عن القضاء.

(1) Cass. civ.1re, 15 juin 1973: Bull. Civ., I, n° 202, Cass. civ.1re, 28 nov. 2000, n° 98-17.560, Bull. Civ. I, n° 305.
(2) Anne-Sophie Choné-Grimaldim, op.cit, p.137.
(3) Cass. civ.1re, 3 juin 1986: Bull. Civ., I, n° 150.
(4) G. Chantepie & M. Latina, op.cit, p.345.
(5) G. Chantepie & M. Latinam, La réforme du droit des obligation, op.cit, p.345.

المبحث الثالث

التوازن العقدي

وجود نص قانوني ذي مدى عام يلزم بوجود توازن اقتصادي أو قانوني كلي للعقد، يتعارض مع حرية الأطراف، ويشكل في الوقت ذاته مصدراً لانعدام كبير للأمان القانوني. لذا لم يتضمن القانون المدني الفرنسي، لا قبل التعديل ولا بعده، مثل هذا النص، لكن ذلك لم يمنع وجود بعض الاستثناءات التي قررت جزاء لحالات عدم التوازن العقدي الأكثر جسامة، أو عند غياب المقابل في العقد. هذه الجزاءات والأسباب التي تقررت من أجلها، هي موضوع مطلبي هذا المبحث.

المطلب الأول

جزاء غياب التوازن العقدي

رغم عدم اشتراطه التوازن الكامل في العلاقة العقدية وفي الأداءات التي يلتزم بها طرفا العقد، إلا أن القانون المدني الفرنسي لم يكن ليسمح، ضمن توجهه العام في حماية المتعاقدين، بوجود اتفاقات يعتريها اختلال جسيم في التوازن، على حساب أحد طرفي العقد. وقد وفر المشرع الفرنسي في هذا الصدد نموذجين أساسيين للحماية، وهما: الجزاء المترتب على الغبن، وعلى وجود الشروط التعسفية في العقد.

الفرع الأول

جزاء عدم التوازن في الأداءات العقدية

الغبن

الغبن، هو اختلال التوازن في الأداءات العقدية لحظة إبرام العقد، وهو يعد مصدراً لغياب التكافؤ بين محال الالتزامات المتقابلة، الذي من شأنه أن يلحق الضرر بأحد المتعاقدين. ويلاحظ أن القانون المدني الفرنسي لا يفرض، كقاعدة عامة، ضرورة وجود الثمن وعموم المقابل المكافئ ، لذلك لا يفرض الجزاء على الغبن في العقد إلا استثناء[(1)]، حيث تنص المادة 1168 منه على إنه:"في العقود الملزمة للجانبين، لا يعد غياب تكافؤ الأداءات سبباً لبطلان العقد، ما لم ينص القانون على غير ذلك". وهذا أسلوب غير مباشر للقول بأن تكافؤ الأداءات ليس شرطاً لصحة العقد، وهي قاعدة تقليدية في القانون الفرنسي، فأطراف العقد هم أفضل من يقدرون مصالحهم، وعليهم يقع واجب البحث عن التوازن العقدي. وفي تأسيسه لهذه القاعدة، استند الفقه إلى مبدأ استقلال الإرادة، الذي يبرر اليد العليا لإرادة المتعاقدين. ومع إن تعديل القانون المدني الفرنسي قد اتخذ له هدفاً رئيسياً وهو ضمان إعادة التوازن العقدي لمصلحة الطرف الضعيف، إلا إنه لم يصل في النتيجة إلى التراجع عن ذلك المبدأ الأساسي الذي يحكم قانون العقود، الأمر الذي أبقى على قاعدة عامة مفادها غياب الجزاء على الغبن في القانون المدني الفرنسي[(2)].

(1) Sur ce sujet en detail v., G. Chantepie, La lesion, Blog Réforme du droit des obligations, dir.G. Chantepie et M. Latina, billet du 13 mars 2015, http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/13/la-lesion/[consulté le 24.01.2021].

(2) Anne-Sophie Choné-Grimaldim, op.cit, p.140, G. Chantepie & M. Latina, La réforme du droit des obligation, Dalloz, op.cit, p.350.

ومع ذلك تبقى الحقيقة أن القانون المدني الفرنسي، من خلال العديد من الأحكام، قد أدى إلى تآكل مبدأ اللامبالاة بالغبن، عندما عبر في أكثر من مناسبة عن القلق إزاء مسألة التوازن العقدي، على سبيل المثال من خلال فرض الجزاء على الشروط التي تنطوي على اختلال كبير في التوازن (المادة 1171)، أو تلك التي تحرم الالتزام من جوهره (المادة 1170)، أو السماح بمراجعة العقد للظروف الطارئة (المادة 1195).

1-نطاق الغبن:

بحسب تعريفه لا يتصور الغبن إلا في عقود المعاوضة محددة القيمة. لذلك فهو مستبعد في عقود التبرع وعقود الغرر أو العقود الاحتمالية، وهو ما تعبر عنه قاعدة مفادها "الاحتمال يطرد الغبن"[(1)]. وبحسب الفقيه كاربونييه (Carbonnier)، يوجد لذلك تبريران، الأول رياضي، يتمثل في صعوبة حساب الغبن، والثاني نفسي، وهو الخطر المتحمل إرادياً من قبل الأطراف[(2)]. فأطراف العقد، بقبولهم الاحتمال فيما يخص محل التزاماتهم، يكونون قد تنازلوا ضمنياً عن كل ما يتعلق بتوازن وتكافؤ الآداءات العقدية.

أ- حالات الغبن المنصوص عليها في التقنين المدني.

بحسب المادة 1118 القديمة من القانون المدني الفرنسي فإن "الغبن لا يعيب الاتفاقات إلا في بعض الحالات وبالنسبة لبعض الأشخاص". وهو الحل الذي أعادت التأكيد عليه المادة 1168 أعلاه بصياغتها المختصرة.

-أما بالنسبة لبعض حالات الغبن، فقد نص القانون المدني الفرنسي على تطبيقين[(3)]:الأول، في المادة 1674 المتعلقة ببيع العقار، والتي تمنع الغبن الذي يتعرض له البائع إذا زاد عن 7/12 من القيمة، والثاني، في المادة 889 المتعلقة بالقسمة، والتي منذ نفاذ قانون 23 يونيو 2006، لا تعطي الحق في إلغاء القسمة إذا وجد غبن بأكثر من 1/4 لأحد المتقاسمين، وإنما فقط الحق في المطالبة بتكملة الجزء الذي يخصه[(4)].

-وأما بالنسبة لبعض الأشخاص، فالحالة تنطبق على ما يقرره القانون في المادة 1149 لمصلحة القاصر، والمادة 1151، لمصلحة الكبير فاقد الأهلية لجنون أو نحوه[(5)].

ب- حالات أخرى للغبن.

نصت بعض القوانين الخاصة على مدى الغبن غير المسموح به. ففي بيوع الأسمدة، يمنع الغبن الذي يتعرض له المشتري إذا زاد عن 1/4، وفي مجال الملكية الأدبية والفنية، يمنع الغبن الذي يتعرض له المؤلف إذا زاد عن 7/12.

2-خصائص الغبن.

أياً كان نطاق الغبن، فهو يتصف بخصيصتين مشتركتين:

أ-الخصيصة التقييدية.

خطوة الإنزلاق نحو الرقابة على عدالة الثمن بشكل عام، لم تغب عن ذهن القضاء الفرنسي السابق على تعديل قانونه المدني. لذا لم يكن بإمكان من يدعي وقوعه ضحية اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة الغبن أن يلتمس

(1) Sur lequel, V. H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, 4ᵉéd., Litec, 1999, n° 15.
(2) J. Carbonnier, obs. Sous Req. 6 mars 1946, RTD civ., 1946, p. 324.
(3) Corinne Renault-Brahinsky, L'essentiel de la réforme du droit des obligations, 2ᵉ édition Lextenso, 2018, p.70.
(4) En ce sujet, v. Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 135.
(5) V. Barthélemy Mercadal, op.cit, n° 416.

من القاضي تفسيراً موسعاً للنص الذي يمنع الغبن في نطاق تعامل ما. وكان القضاء الفرنسي يأخذ بالتفسير الضيق للنصوص القانونية رافضاً فرض الجزاء على الغبن خارج الفروض التي ينص عليها القانون. لذا جاءت المادة 1168 من القانون المدني الفرنسي لتذكر بهذا المبدأ بنصها على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، لا يعد غياب التوازن بين الأداءات سبباً لبطلان العقد...".

مع ذلك فإن هذه الصرامة وجدت لها بعض الاستثناءات فيما يخص أتعاب الوكلاء وذوي المهن الحرة. فمنذ العام 1867، أقرت محكمة النقض الفرنسية لقضاة الموضوع سلطة تخفيض الأتعاب المبالغ فيها، وهو ما تم مده حديثاً لينطبق على الحالة التي يوجد فيها اتفاق بين الأطراف على مبلغ الأتعاب(1). وفي الواقع لا يوجد أي نص قانوني يدعم هذا التوجه القضائي، كما لا ترجع المحاكم في تأسيسه على قواعد الغبن، غير أنها تصل في النهاية إلى نتيجة مقاربة، مفادها فرض الجزاء على اختلال التوازن المالي للعقد، بمعزل عن وجود أساس قانوني لذلك(2).

ب- الخصيصة الموضوعية للغبن.

رغم أن القانون المدني الفرنسي، قبل تعديله بمرسوم 2016، يضع الغبن في الفصل الخاص بحماية الرضا، فإن القضاء يؤكد كونه عيباً موضوعياً خالصاً(3). لذا فإن مجرد إثبات اختلال التوازن بين الأداءات العقدية بالقدر الذي تقرره النصوص ذات العلاقة يعد كافياً لفرض الجزاء عليه، أما إثبات وجود عيب من عيوب الرضا فهو غير مفيد ولا منتج في هذا المجال(4). هذا التوجه الذي تبناه مرسوم التعديل بوضعه المادة 1168 من القانون المدني الفرنسي ضمن الجزء المخصص لمضمون العقد، من شأنه تضييق مجال تطبيق هذه المادة، لأنه يقصره على النتيجة، أي اختلال التوازن بين الأداءات، دون أن يمتد لأسباب هذا الاختلال(5).

3-جزاء الغبن.

رغم التباين الموجود بحسب الحالات المختلفة للغبن، فإن الجزاء المشترك بينها هو بطلان التصرف الموصوم بالغبن، وهو التعبير الذي تستخدمه المادة 1168 الجديدة من القانون المدني الفرنسي. وعلى ضحية الغبن يقع عبء إثبات غياب التوازن بين الأداءات العقدية، وهو ما يمكن أن يتم من حيث الأصل بكافة طرق الإثبات، غير أنه في عقد البيع تفرض المادة 1678 من القانون المدني وجوب الإثبات من قبل ثلاثة من الخبراء(6). أما عن الوقت الذي يقدر فيه القاضي الغبن، فهو لحظة إبرام العقد. ويمكن للخصم تجنب البطلان إذا قبل أن يدفع تكملة للثمن ليساوي "الثمن العادل" للمبيع. هذه الإمكانية في شأن عقد البيع تنص عليها صراحة المادة 1681 من القانون المدني(7).

(1) Cass. Civ. 29 janv.1867, GAJC, vol. 2, n° 281, Cass. civ.1re, 3 mars 1998, JCP 1998, II. 10115, note J. Sainte-Rose.
(2) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 136.
(3) Solution constante depuis Req. 28 déc. 1932, DP, 1933, p. 87.
(4) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 136.
(5) G. Chantepie & M. Latina, La réforme du droit des obligation,Dalloz,op.cit, p.353.
(6) تنص المادة 1678 من القانون المدني الفرنسي على أن: "هذا الإثبات لا يمكن أن يتم إلا بتقرير من ثلاثة خبراء يلتزمون بتقديم محضر رسمي مشترك، ولا يتخذون غير رأي واحد بأغلبية الأصوات".
(7) تنص المادة 1681 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "في الحالة التي تقبل فيه دعوى الاسترداد، فللمشتري الخيار، أما بإعادة الشيء مع سحب الثمن الذي دفعه، أو بالإبقاء على الرصيد مع دفع تكملة الثمن العادل، مع طرح عشر الثمن الكلي. وللغير الحائز ذات الحق، عدا ما له من ضمان قبل من باعه".

الفرع الثاني

جزاء عدم توازن شروط العقد: الشروط التعسفية

تقليدياً لم يكن ينظر إلى توازن محل الالتزامات إلا من خلال العقد ككل، وليس بالنظر إلى الشروط التي يتضمنها. ولكن في سبعينيات القرن الماضي، ظهرت في النظام القانوني الفرنسي فكرة مفادها أن غياب المساواة يمكن أن ينشأ أيضاً من وجود بنود عقدية تمنح لأحد الطرفين امتيازات مفرطة على حساب الطرف الآخر، من شأنها أن تخلق عدم توازن يساوي ذلك الذي يصيب العقد بالكلية. وقد تم تنظيم ذلك بداية بموجب نظام الشروط التعسفية في القانون الصادر في 10 يناير 1978 ، الذي وفر حماية خاصة من هذه الشروط في تقنين الاستهلاك، تتعاصر حالياً في إطار مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي لعام 2016، مع حظر أكثر عمومية للشروط التي تخل بالتوازن العقدي بشكل كبير، الذي تم تكريسه في القانون المدني[1].

أولا– جزاء الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك.

تحدد المادة L.132-1 السابقة من تقنين الاستهلاك، والتي أصبحت منذ الأول من يوليو 2018، المادة L.212-1 من ذات التقنين، الحماية من الشروط التعسفية من وجهة نظر مزدوجة.

فبالنسبة للشخص محل الحماية، الذي يستفيد من الحماية المباشرة من الشروط التعسفية المنصوص عليها في قانون الاستهلاك، فهو المستهلك أو غير المهني المتعاقد مع مهني فقط.

أما بالنسبة للشروط، فقانون الاستهلاك يعرف الشرط التعسفي بكونه الشرط الذي بموجب "محله أو أثره من شأنه أن يخلق، على حساب غير المهني أو المستهلك، عدم توازن كبير بين حقوق والتزامات أطراف العقد". وقد تم إكمال أحكام الشروط التعسفية بالقانون الصادر في 4 أغسطس 2008، الذي يعبر عنها بالشروط التي تشكل << تجاوزاً جسيماً على توازن العقد>>[2]. وبالتالي فإن الشرط التعسفي يتميز بمعيار موضوعي صرف وهو الاختلال الكبير في التوازن الذي يحدث في الاتفاق. وعلى القاضي لتقدير وجود الشرط التعسفي النظر إلى الاقتصاد العام للعقد بالنظر إلى وقت إبرامه.

هذه المعايير إذا اجتمعت في شرط ما عد تعسفياً، بصرف النظر عن نوع العقد، فالحماية من الشروط التعسفية لا تقتصر على عقد الإذعان، رغم أن هذا العقد هو مجال تطبيقها الأرحب.

أما بشأن طريقة الحماية التي وفرها المشرع في تقنين الاستهلاك لضحية الشرط التعسفي، فهي اعتباره الشرط لا غياً وكأن لم يكن، أي أن الشرط وحده يبطل دون أن يؤثر ذلك على صحة العقد[3]. وللوصول إلى هذه النتيجة، يمكن اللجوء إلى طريقين.

(1) M. Chadny, La généralisation des clauses abusives, réforme du droit des contrats et pratique des affaires, dir. Ph. Stoffel-Munck, Dalloz, 2015, p. 47.
(2) C. Consom. art. L. 212-1.
(3) C. Consom. art. L. 214-1.

أ- تحديد الشروط التعسفية بموجب مرسوم.

وهذا هو الإجراء المبدئي الذي نص عليه تقنين الاستهلاك الفرنسي، الذي كان محل تعديل مهم بموجب قانون 4 أغسطس 2008. فبموجب هذا التقنين يتم بمرسوم يصدر عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، تحديد فئتي الشروط التي يمكن أن تكون تعسفية بالمعنى الوارد في القانون. الفئة الأولى تحدد تلك الموصوفة بالشروط "السوداء"، والتي تتضمن تجاوزاً خطيراً على توازن العقد، ويفترض على نحو قاطع أنها تعسفية. هذا الشروط يجب استئصالها من العقد دون أن يكون للمهني بشأنها الحق في الاحتجاج بأي وسيلة من وسائل الدفاع. أما الفئة الثانية فتتضمن الشروط "الرمادية"، والتي يفترض فرضاً بسيطاً أنها تعسفية. في هذه الحالة يمكن للمهني أن يتجنب إبطال الشرط، بغض النظر عن ظاهره، من خلال إثبات طبيعته غير التعسفية(1). وقد تم نشر قائمة بالشروط السوداء والرمادية بموجب مرسوم في 18 مارس 2008، تضمنتها المواد R.212-1 وما بعدها من تقنين الاستهلاك.

ب- تحديد الشروط التعسفية من قبل القضاء.

لم يتضمن قانون 10 يناير 1978 السابق الإشارة إليه، قط ما يفيد سلطة القضاء في الإعلان عن وجود شرط تعسفي في العقد، بمعزل عن وجود مرسوم يقرر لشرط ما هذه الصفة، غير أن محكمة النقض الفرنسية، في حكم لها صدر في 14 مايو1991، منحت نفسها هذه السلطة خارج النصوص القانونية(2). عليه، يستطيع القاضي الآن أن يبطل أي شرط تعسفي بالاستناد إلى المعايير التي نص عليها القانون، وإن لم يصدر مرسوم باعتباره تعسفيا. في مثل هذه الحالة يمكن للقاضي أن يعد الشرط تعسفيا إذا كان من شأنه أن يخلق عدم توازن كبير في العقد، ولكن ليس لحكم القاضي هنا غير حجية نسبية، فلا يجب على قاض آخر أو محكمة أخرى احترامه إذا ما تم تقديم طلب أمامها بخصوص شرط مماثل(3).

ويثور التساؤل هنا عما إذا كان ينبغي على القاضي أو يمكنه تحديد الصفة التعسفية للشروط التي تعرض عليه من تلقاء نفسه. المادة L.141-4 القديمة من تقنين الاستهلاك الفرنسي، كانت تعطي للقاضي إمكانية بسيطة لتقرير ذلك، إلا أن محكمة العدل الأوروبية قد فرضت على القاضي الوطني التزاماً حقيقياً بتقرير الصفة التعسفية للشرط من تلقاء نفسه(4). لذا فإن النص الجديد للمادة L.141-4 من تقنين الاستهلاك الصادر بقانون 17 مارس 2014، جاءت لتقرر بأن:"يستبعد القاضي من تلقاء نفسه، بعد أخذ ملاحظات الأطراف، تطبيق شرط تنبثق صفته التعسفية من عناصر المناقشة". وبمناسبة مرسوم 14 مارس 2016، الذي أعاد تقنين قانون الاستهلاك ضمن القانون المدني الفرنسي، لم يتم تضمين هذه المادة في الجزء التشريعي من القانون، فقد رؤي أن مسألة صلاحيات القاضي يجب أن لا تندرج تحت القسم الخاص بالقانون بل باللوائح. ولهذا نصت المادة R.632-1 في الجزء اللائحي من تقنين الاستهلاك على إن القاضي:"يستبعد من تلقاء نفسه (...)، تطبيق شرط تنبثق صفته التعسفية من عناصر المناقشة".

ثانياً- جزاء الشروط التي تخلق اختلالاً جوهرياً بحسب نصوص القانون المدني.

أحد الابتكارات المهمة لمرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي الصادر في 10 فبراير 2016، تكريسه حظر

(1) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 137.
(2) Cass. civ.1re, 14 mai 1991, GAJC, vol. 2, n° 159.
(3) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 138.
(4) CJCE 4 juin 2009, JCP 2009, n° 42, p. 336.

الشروط التي تخلق اختلالاً جوهرياً بين حقوق والتزامات أطراف العقد[1]، يقرب من المنع المقرر للشروط التعسفية. فبحسب الفقرة الأولى من المادة 1171 من القانون المدني، المعدَّلة بقانون 20 أبريل 2018:" في عقود الإذعان، كل شرط غير قابل للتفاوض، يتم تحديده سلفاً وانفرادياً من أحد الطرفين، ويخلق اختلالاً جوهرياً في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد، يعد كأن لم يكن"[2]. هذا النص جاء ليكمل حظر الشروط التعسفية المقرر في تقنين الاستهلاك، الذي يقتصر نطاق تطبيقه على العلاقات بين المحترف والمستهلك[3]. وكل ذلك يضاف إلى ما تقرره المادة L.442-6، من تقنين التجارة الفرنسي، التي تطبق على العلاقات بين التجار، والتي تسمح للشريك التجاري ضحية أي ممارسة تخلق عدم توازن جوهري في حقوق والتزامات الأطراف في طلب تقرير مسئولية المتعاقد الآخر[4].

هذا ويلاحظ أن الحماية التي تقررها المادة 1171 مختلفة عما تقرره النصوص الأخرى، ويظهر ذلك من خلال الآتي:

أ- **بالنسبة للأشخاص المستفيدين من الحماية**، فالمادة 1171 لا تقيد بأي حال من الأحوال هذه الحماية من الشروط التعسفية بتوافر صفة خاصة للمتعاقدين. ولأن هذه المادة تستخدم مصطلح "الأطراف"، بصيغة العموم، فهذا يعني إمكان مد الحماية من الشروط التعسفية لتشمل العقود المبرمة بين اثنين من المهنيين، أو اثنين من المستهلكين، لتتجاوز بذلك الصعوبات الناشئة عن التعريف الضيق للمستهلك أو غير المهني المعتمد في القضاء تطبيقاً للمادة L.212-1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي[5].

ب- **بالنسبة للعقود المشمولة بالحماية**، فالمادة 1171، تقصر نطاق تطبيق الحماية على عقود الإذعان وحدها، التي أعطاها التقنين المدني الفرنسي المعدل بمرسوم 2016 تعريفاً في الفقرة الثانية من المادة 1110. هذا القيد أضيف إلى النسخة النهائية لمرسوم التعديل، في حين أن المشروع الأولي للتعديل الذي تم تقديمه عام 2015، كان ينص على حظر الشروط التعسفية في جميع العقود، بشرط واحد وهو أن تسبب اختلالاً جوهرياً في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف. لكن هذا التوجه تعرض لنقد لاذع من الفقه ومختلف مهنيي القانون الذين يرون أن الشرط

(1) Sur ce sujet en detail v.,M. Behar-Touchais, Le déséquilibre significatif dans le code civil, JCP G 2016, p.391, M. Alby, J. Bouffard et S. Chaudouet, Le déséquilibre significatif, entre antinomie et autonomie des droits spéciaux et du droit commun, La réforme du droit des contrats :acte de colloque, 1ère Journée Cambacérès ,3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier,2015 p. 255.

(2) يلاحظ أن مفهوم "اختلال التوازن الجوهري بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد"، ورد في المادة L.212-1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي التي جاء فيها: "في العقود التي تبرم بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تعد تعسفية الشروط التي من شأنها، في محلها أو أثرها أن تخلق، على حساب المستهلك، اختلالاً جوهرياً بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد".

(3) يلاحظ أن مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي لعام 2016 لا يتضمن تعبير "الشرط التعسفي"، ولكن هذا هو المقصود حقيقة بنص المادة 1171، كما يشهد بذلك التقرير الذي الحكومي المصاحب لنشر المرسوم.

(4) هذا وقد قضى مجلس الدستوري الفرنسي بدستورية هذا النص، أنظر حكمه: Cons.const., QPC, 13 janv. 2011, RTD civ.,2011.121

(5) تعرف المادة التمهيدية من تقنين الاستهلاك الفرنسي المستهلك بأنه: " كل شخص طبيعي يتصرف لغايات لا تدخل في نطاق نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، الحر أو الزراعي".

الذي يخل بالتوازن لا يمكن ولا يجب فرض الجزاء عليه إلا إذا لم يتم التفاوض بشأنه بحرية، وهذا ما اعتمده في النهاية مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي لعام 2016، عندما قصر نطاق تطبيق الحماية على عقود الإذعان(1).

ج- بالنسبة لشروط تطبيق الحماية، فإن الشروط الواجب توفرها في البند التعسفي قد تمت الإضافة إليها أثناء التصويت على قانون 20 أبريل 2018 المتعلق بالتصديق على مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي الصادر في 10 فبراير 2016 . أما الشرط الأساس المتمثل في وجوب أن يخلق البند التعسفي اختلالا جوهرياً في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف، فلم يتم المساس به، كما إن معيار التعسف الذي التزمته المادة1171، وذاته المعتمد في المادة L.212-1 من تقنين الاستهلاك(2). ومع ذلك فإن نص المادة 1171 قد أضاف تحديداً مهماً مفاده أن:" تقدير الاختلال الجوهري لا يتعلق لا بالمحل الرئيس للعقد ولا بعدم تناسب الثمن مع الآداء". هذه القاعدة هي الأخرى استمدت من قانون الاستهلاك (art.L.212-1 ،(3 .al . أما عن سبب استبعاد الشروط المتعلقة بالمحل الرئيس للعقد فيمكن تفسيره بأن جميع الأطراف، بما فيهم الطرف الضعيف، حتى في عقد الإذعان، يعيرون قدراً من الاهتمام، لحظة التعاقد، بالمحل الرئيس للعقد. كما أن هذا الاستبعاد يوافق تعريف عقد الإذعان الوارد في الفقرة الثانية من المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي:"عقد الإذعان هو العقد الذي يشتمل على مجموعة من الشروط غير قابلة للمفاوضة، ومحددة سلفاً من قبل أحد أطرافه". فالمحل الرئيس للعقد يمكن أن يتم التفاوض عليه، دون أن يجعل ذلك من العقد عقداً تفاوضياً(3). وأما وجوب أن لا يتعلق الاختلال بعدم تناسب الثمن مع الآداء، فهذا يتفق مع المبدأ العام والذي بموجبه أن الغبن لا يعد من حيث المبدأ سبباً لبطلان العقود(4).

كما أضاف قانون 20 أبريل 2018 ، شرطاً جديداً عندما قصر الحماية المقررة في المادة L.1171 فقد على البنود "غير القابلة للتفاوض، والتي يتم تحديدها سلفاً وانفرادياً من أحد الطرفين". هذه الإضافة جاءت لتحقيق التناسق بين نطاق تطبيق الحماية والتعريف الجديد لعقد الإذعان الوارد في المادة 1110 من التقنين المدني الفرنسي بصيغتها المعدلة بقانون 2018 أعلاه. وهو في الوقت ذاته قد صعب من تطبيق الجزاء على البند التعسفي، إذ على المدعي فوق إثبات الشروط الواجب اجتماعها لفرض الجزاء، أن يقيم الدليل على أن المفاوضات العقدية لم تشمل هذا البند(5).

(1) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 139.

(2) جاء في التقرير المرفوع لرئيس الجمهورية الفرنسية بشأن مرسوم التعديل أن " معايير تقدير اختلال التوازن كانت معروفة سابقاً لأنها مستوحاة من تلك التي يحددها تقنين الاستهلاك والناتجة من تطبيق التوجيه الأوروبي رقم 13/93 الصادر في 5 أبريل 1993 في شأن الشروط التعسفية".

(3) C. François, op.cit, p.8.

(4) Cyril Grimahdi, Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats,Lextenso,http://www.actu-juridique.fr./civil/obligations-contrats/les-limites-a-la-libre-determination-du-contenu-du-contrat-dans-le-nouveau-droit-des-contratsl[consultéle 21.01.2021].

(5) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 139.

المطلب الثاني

جزاء غياب المقابل في العقد

رغم أن القانون المدني الفرنسي لم يفرض قط مبدأ التوازن بين الآداءات العقدية المتقابلة، وهو ما تم تأكيده في المادة 1168 الجديدة من القانون، إلا أن إرادة فرض الجزاء على غياب المقابل للالتزام كانت على الدوام حاضرة. وقد تطور الطريق للوصول إلى هذه النتيجة مع مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي لعام 2016، الذي هجر الطريق التقليدي للرقابة القائم على فكرة السبب، لكنه تمسك في الوقت ذاته، في المادتين 1169، 1171 من القانون المدني، بناء على أسس تقنية مختلفة، بالحلول التي السابقة على تعديله.

الفرع الأول

جزاء غياب المقابل في العقد بناء على مفهوم السبب

قبل تعديله بمرسوم 2016، فُرض السبب في القانون المدني الفرنسي كمفهوم مزدوج. فعندما يتم التساؤل عن سبب التزام المتعاقدين، يمكن تقديم إجابتين. فيمكن أولا التركيز على العلة المجردة للالتزام، بمعنى السبب الموضوعي، أو الذهاب أبعد من ذلك في البحث النفسي، عن البواعث الواقعية التي دفعت الأطراف للتعاقد، أي السبب الشخصي للعقد. وسواء أسميناه بالسبب المجرد أو سبب الالتزام، فإن السبب الموضوعي قد استخدم عملياً في حالة انعدام السبب بقصد فرض الجزاء على غياب المقابل.

أولا– مفهوم السبب الموضوعي.

السبب الموضوعي، هو" الغرض الفوري والمباشر الذي دفع المدين إلى الالتزام". وهو سبب مجرد، لأن البحث هنا لا يركز على الاعتبارات الذاتية التي دفعت الأطراف، بل على السبب العام لالتزامهم. فهو يتحدد بالإجابة على السؤال:"لماذا ينفذ المدين التزامه؟". وبسبب طبيعته المجردة، فهو دائماً يكون ذاته في الصنف الواحد من العقود.

ففي العقود الملزمة للجانبين الرضائية، وكما قال دوما (Doma)، فإن سبب التزام أحد الطرفين هو محل التزام الطرف الآخر، وهو تعبير عن الترابط بين الالتزامات. فلنتذكر أنه في عقد البيع يلتزم المشتري بدفع الثمن، في حين يلتزم البائع بتسليم المبيع، وأي من الالتزامين تبادلياً ، يشكل سبباً للالتزام الآخر. فسبب التزام البائع إذن هو دفع المشتري للثمن، وسبب التزام المشترين هو تسليم البائع للمبيع.

وفي العقود الملزمة للجانبين الاحتمالية، يكون تحديد السبب أكثر دقة، لأن محل الأداءات فيها غير مؤكد، لذا يعتبر القضاء أن السبب في هذه العقود هو الاحتمال ذاته.

وفي العقود العينية، فإن السبب في هذه العقود هو تسليم الشيء. ففي الوديعة مثلاً، سبب الالتزام بالمحافظة على المال المودع ورده للمودع عند طلبه، هو سبق تسليمه للمودع لديه. ومع ذلك فإن هذا التحديد للسبب يثير الاهتمام، لأن تسليم الشيء يعد في الوقت ذاته الشكل المطلوب تحت طائلة البطلان. ولهذا فإن الفقيه دوما، وبمناسبة هذا النوع من العقود، برر رأيه عدم الفائدة من مفهوم السبب. ومع ذلك فإن الركون إلى السبب يسمح بوضع حلول موضع التنفيذ، لم يكن بالإمكان تبريرها بالرجوع المجرد إلى متطلب الشكل.

أما عقود التبرع، وتطبيقها الرئيس عقد الهبة، فإن السبب فيها هي نية التبرع. وهنا يبدو أن السبب يتداخل مع البواعث، وبقدر ما، مع الرضاء.

ثانياً– الفائدة من مفهوم السبب الموضوعي: جزاء غياب السبب.

بحسب ما كانت تنص عليه المادة 1131 القديمة من التقنين المدني الفرنسي، فإن الالتزام دون سبب أو لسبب موهوم، لا يرتب أي أثر . وبتطبيق الحلول السابقة على تعديل التقنين، فإذا كان أحد الالتزامات خالياً من سببه، أمكن تقرير بطلان العقد. وعليه فإن جزاء غياب سبب الالتزام يسمح للقاضي بالرقابة على انعدام المقابل في الاتفاق، وهذا بالطبع خاص بعقود المعاوضة.

وبتطبيق المادة 1131 أعلاه أمكن تقرير بطلان البيع لغياب الثمن كاملاً، أو بطلان الإيجار دون بدل.

على أنه إذا كان اللجوء إلى مفهوم السبب مبرراً في هذه الفروض النادرة لانعدام المقابل، فإن الركون إلى السبب كان موضوع تطبيقات مكثفة طمست معالم هذا المفهوم وفسرت تخلي واضعي مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي لعام 2016 عنه واستبداله بمفهوم مضمون العقد.

أ– استخدام السبب لتقرير بطلان الشروط العقدية المفرطة.

لجأ القضاء الفرنسي السابق على تعديل قانونه المدني إلى مفهوم انعدام السبب لتقرير بطلان الشروط العقدية المفرطة. المثال الأشهر لذلك هي الخطوة التي اتخذتها الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في القضية المسماة ''Chronpost'' بتاريخ 22 أكتوبر 1996[1]، التي قضت فيها المحكمة ببطلان شرط الإعفاء من المسئولية المنصب على الالتزام الرئيس في العقد، استناداً للمادة 1131 القديمة من القانون[2]. ويلاحظ هنا أن اللجوء إلى تقنية انعدام السبب، التي تؤدي فقط إلى إلغاء الشرط محل النزاع، تسمح بشكل غير مباشر بنوع من إمكانية تعديل العقد من قبل القاضي، لا بل مراقبته لمدى التناسب بين الالتزامات. هذا الحل تعرض للنقد أيضاً، لأنه كما يبدو يؤدي إلى تطبيق واسع لفكرة انعدام السبب الذي جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على فرض الجزاء، ليس على عدم وجوده في العقد أ صلاً، بل زواله اللاحق على إبرامه. كما إن هذا الحل يبدو مفرطاً، لأن هذه المحكمة تقضي بالبطلان لمجرد كون الشرط متعلقاً بالالتزام الأساس للعقد، بصرف النظر عما يمكن أن يكون له من تأثيره ملموس على التزامات الأطراف[3]. لذلك، وبتأثير من الانتقادات الفقهية التي وجهت له، فإن الغرفة التجارية لمحكمة النقض قد تراجعت عن توجهها السابق بموجب حكم صدر في 29 يونيو 2010 في القضية المسماة (Faurécia)، عندما أكدت على إنه:"يعد كأن لم يكن فقط ذلك الشرط الذي يقلص مقدار التعويض على نحو يتعارض مع مدى الالتزام الرئيس الذي يتحمل به المدين"[4]. في هذا الحكم بررت المحكمة حكمها قانوناً عندما أكدت أيضاً على أن:"الشرط المحدد للتعويض لا يفرغ الالتزام الرئيس من كل جوهره"، وهو التبرير الذي نجده الآن في نص المادة 1170 الجديدة من القانون المدني الفرنسي. وعليه لم يعد الآن كافياً أن ينصب الشرط محل النزاع على الالتزام الرئيس في العقد حتى

(1) Cass. Com. 22 oct.1996, GAJC, vol. 2, n° 157; D. 1997, p.121; v. J-P. Chazal, Théorie de la cause et justice contractuelle. A propos de l'arrêt Chronopost, JCP 1998, 1. P. 152; J. Ghestin, L'absance de cause de l'engagement: absence de contrepartie convenue, JCP 2006, 1. P.177.

(2) لمزيد من التفصيل، راجع، محمد حسن قاسم، ص 326 -329.

(3) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 141-142.

(4) Cass.com. 29 juin 2010, JCP. 2010, 787: D. 2010, 1832.

يعد لاغياً، بل على القاضي أن يتحقق، آخذا بنظر الاعتبار مجمل اقتصاد العقد، ما إذا كان الشرط يناقض وجود الالتزام في ذاته.

ب– تجاوز متطلب الغياب التام للسبب.

تقرير بطلان العقد لا يتم من حيث المبدأ إلا إذا انعدم سبب الالتزام كلية، أما قبول بطلان التصرف في حالة انعدامه الجزئي فقط، فمن شأنه أن يرقى في الواقع إلى الالتفاف على القواعد القانونية للغبن، وأن يسمح برقابة مفرطة من القضاء على التوازن الاقتصادي للعقد. فقبل تعديل القانون المدني الفرنسي بمرسوم عام 2016، كانت محكمة النقض الفرنسية ترفض بشكل تقليدي تقرير بطلان الاتفاق عندما يكون الثمن فيه منخفضاً، دون أن يصل حد التفاهة[1]. ومع ذلك كانت محاولات القضاء كثيرة ومستمرة لأن يجعل من السبب أداة للرقابة على توازن الاتفاقات. ففي حكم لها صدر في 11 مارس 2003، قضت هذه المحكمة بأن الغياب الجزئي للسبب يجب أن يترتب عليه انتقاص للتصرف" بقدر الجزء المتبقي"، وهذه المرة الأولى التي تأخذ فيها المحكمة في الاعتبار عيباً جزئياً في السبب وترتب عليه انتقاص التصرف، وهو ما يعطي للقاضي سيطرة حقيقية على مدى توازن وتناسبية الاتفاق. مع ذلك فقد تم تقييد نطاق هذا الحل إلى حد كبير بموجب حكم للمحكمة صدر في 31 مايو 2007، جاء فيه :"في العقد التبادلي (الملزم لجانب واحد)، الموهومية الجزئية للسبب لا يمكن أن تتسبب في إنقاص الالتزام"[2].

في نفس التوجه، قضت محكمة النقض الفرنسية أحياناً بأن زوال السبب اللاحق لإبرام الاتفاق يمكن أن يؤدي إلى انعدامه، خصوصاً في حال اختلال التوازن الاقتصادي للاتفاق، الذي يظهر أثناء التنفيذ، ويكون مشابهاً لحالة الظرف الطارئ. ففي حكم لها صدر في 29 يونيو 2010، نقضت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية حكماً لمحكمة الاستئناف، الذي الزم إحدى الشركات بتنفيذ التزام عقدي لم يعد له مقابل بفعل التغير في تكلفة المواد الأولية. وهنا نجد تسبيباً قريباً من ذاك الذي سيق في حكم ''Chronpost''، رغم الاختلاف في النتيجة التي تم الوصول إليها. فزوال السبب اللاحق لإبرام العقد يخضع للجزاء المستند إلى الوقائع، وهنا، لعدم وجود تعادل بين الأداءات، الناجم عن التغير في الظروف الاقتصادية. ولكن يلاحظ الفقه أن هذه الأحكام، رغم ما فيها من جدة، لم يتم نشرها في النشرة القضائية لمحكمة النقض، وكانت الإشارة إليها قليلة في تقريرها السنوي، الأمر الذي يعبر عن رغبة المحكمة في عدم إعطائها صفة الحكم الذي يقرر مبدأ من مبادئ المحكمة. كما يرى هذا الفقه أنها تعبر عن تطويع مفرط لمفهوم السبب المستخدم كوسيلة للرقابة على وجود المقابل، وهي الحجة التي كونت قناعة بضرورة إلغاء هذه المفهوم من قبل مرسوم تعديل القانون المدني الفرنسي الصادر في 10 فبراير 2016[3].

الفرع الثاني

جزاء غياب المقابل في العقد بمعزل عن مفهوم السبب

إن إلغاء اعتبار السبب شرطاً من شروط صحة العقد في القانون المدني الفرنسي جاء واضحاً بنصوص المادتين، 1128 و1162 الجديدتين من هذا القانون، والتي حذفت كل إشارة إلى هذا المفهوم، لصالح مفهوم آخر هو

(1) Cass. civ.1re, 4 juill.1995, D.1995, 206, note A-M. Luciani; 11 déc.2008, JCP 2009, II. 20025.
(2) Cass. civ.1re, 31 mai 2007, D.2007, 2574.
(3) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 143.

"مضمون العقد". وهجر مفهوم السبب، كما قلنا أكثر من مرة، كان مرغوباً فيه من واضعي مرسوم تعديل القانون المدني الصادر في 10 فبراير 2016، بموجب الرغبة في تبسيط قانون العقود الفرنسي وتسهيل إمكانية الرجوع إليه والتعرف على أحكامه. ورغم أن القضاء السابق على التعديل قد نجح في تحقيق نوع من التوافق لصالح تعريف مزدوج للسبب وتمكن من تأطير تطبيقاته الأساسية، إلا أن هذا المفهوم، الذي في جزء كبير منه غير معروف في الكثير من القوانين، ظل معقداً. لذا وقع الاختيار على إلغاء هذا المفهوم والاكتفاء بتقنين تطبيقاته الأساسية، غير أن هذا الاختيار كان موضع نقد من جانب من الفقه، يستند إلى فكرة الإلغاء ذاتها، فمشرع مرسوم التعديل قرر هجر هذا المفهوم بقصد تفعيل جاذبية القانون المدني، دون الالتفات إلى أن مفهوم السبب معتمد في العديد من الأنظمة القانونية، وعلى نحو واسع(1). وقد تركزت الانتقادات قبل كل شيء على عدم ملاءمة الإبقاء في القانون المدني الفرنسي على جميع الحلول المؤسسة على فكرة السبب مع فصلها عن أساسها النظري أو المفاهيمي. لذا فإن هذا التوجه يبدو مجرد خطوة شكلية، فمصطلح السبب هو الذي اختفى، في حين أن التطبيقات الفعلية لمفهوم السبب، بكل المشاكل التي تثيرها، قد تم الإبقاء عليها. من جهة أخرى فإن هذا التوجه مقلق بالنسبة للمستقبل لأن هذا المحتوى من التطبيقات من دون قاعدة مفاهيمية يتعرض سريعاً لخطر المحدودية(2).

وكما قلنا، رغم أن كلمة السبب قد اختفت من القانون المدني الفرنسي، فقد بقي لهذا المفهوم تطبيقان أساسيان، وهما:

أولا– جزاء انعدام المقابل.

المادة 1169 الجديدة من القانون المدني الفرنسي، قد كرست التوجه القضائي السابق على التعديل(3)، بنصها على أن:"يكون عقد المعاوضة باطلاً، إذا كان المقابل المتفق عليه وقت إبرامه، لصالح الملتزم، وهمياً أو تافهاً"(4).

هذا الحكم، رغم أنه لا يستند إلى مفهوم السبب بمعناه الموضوعي، فهو يكرس حلاً مستقراً في القانون الفرنسي مفاده : بطلان العقد عندما يكون التزام أحد الطرفين فيه دون أي مقابل(5). وعلى غرار ما قرره القضاء السابق، فإن هذا الغياب للمقابل يجب أن يكون كاملاً. فالمادة 1168 من القانون المدني الفرنسي تحدد على نحو واضح ومبدئي بأنه: "في العقود الملزمة للجانبين، عدم تعادل الأداءات، لا يشكل سبباً لبطلان العقد، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". وعليه فإن المادة 1169 لا يمكن أن تكون وسيلة للرقابة على التوازن الاقتصادي للاتفاق، بل مجرد جزاء لخلوه من أي مقابل(6).

---

(1) في أوروبا هذا هو توجه قوانين كل من اسبانيا، وايطاليا، وبلجيكا، ولوكسمبورج، ورومانيا. وكذلك جميع القوانين المدنية للدول العربية.

(2) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 144.

(3) V. Cass. Com, 6 janv.1987: Droit des sociétés 1987/2 p.7; Cass. com.14 oct. 1997, n° 95-14.285; CA Paris, 15 fév. 1957: JCP G 1958, II. 10418.

(4) Sur ce sujet v. aussi, L. Anyès, La cause, inutile et dangereuse, Dr. et part. Oct. 2014, P. 40; R. Boffa, la validité du contrat, Gaz. Pal. 29 avr. 2015,p. 18; D. Mazeaud, pour que survive la cause, en dépit de la réforme, Dr. et part. Oct. 2014, P. 38.

(5) يذهب أحد الفقهاء الفرنسيين ، بعد مقارنة عدد 45 حكم قضائي، إلى أن مصطلح " المقابل، وجد في غالب الأحكام القضائية التي أكدت وجود أو غياب السبب، ويصل إلى أن محصلة تلك الأحكام أن مصطلح " المقابل" مرادف لمصطلح " السبب" أنظر، Barthélemy Mercadal, op.cit, n° 417.

(6) Stefanie Porchy-Simon, op.cit, p. 144, Anne-Sophie Choné-Grimaldim, op.cit, p.140.

على أية حال، لتقرير بطلان العقد الذي تقرره المادة 1169، لابد من اجتماع ثلاثة شروط:

– فيجب أولا إقامة الدليل على أن المقابل في العقد "وهمياً أو تافهاً". ففي ظل النصوص قبل التعديل، كان القضاء يتحدث عن مقابل "غير موجود أو تافه". الفكرة هنا هي عدم التفرقة بين "اللاشيء" و"ما يقرب من اللاشيء"[1]. فمجرد عدم كفاية المقابل لا تسمح بالوصول إ لى البطلان، وهذا ما يتفق تماماً مع حكم المادة 1168.

أما عن المقابل الوهمي، فقد عرفه البعض بالمقابل، غير الحقيقي وغير الجدي"[2]، وعرفه البعض الآخر بقوله: " أن المقابل المتفق عليه يعد وهمياً إذا كان، تنفيذه مستحيلاً، منذ لحظة إبرام العقد، أو إذا كان يؤدي إلى استخدام مزدوج مع التزام ناتج عن عقد آخر"[3]. هذا المفهوم اعتمده قضاء محكمة النقض الفرنسية الصادر عام 1996 في قضية (Point Club Video)[4]. في هذه القضية وضع أحد الطرفين تحت تصرف الطرف الآخر أشرطة فيديو بمقابل، على أن يلتزم الطرف الثاني بعرض إيجار هذه الأشرطة على الخواص، لكن تجارة إيجار الأشرطة هذه أقيمت في منطقة غير مأهولة بالعدد الكافي من السكان بحيث يجعلها ناجحة اقتصادياً. قضت محكمة الاستئناف ببطلان العقد استناداً لفكرة السبب الموضوعي لأن "تنفيذ العقد، وفقاً لاقتصاده المطلوب من المتعاقدين، كان مستحيلاً"، وهو الحكم الذي صادقت عليه محكمة النقض لأنه" قد ثبت غياب كل مقابل حقيقي للالتزام بدفع مقابل إيجار الأشرطة". الموضوع بحسب محكمة النقض يخص"غياب المقابل الحقيقي للالتزام"، في حين أنه يتعلق وفق نص المادة 1169 بكون "المقابل وهمياً".

ويلاحظ أن حكماً لاحقاً لمحكمة النقض الفرنسية صدر عام 2009[5]، قد وضع نهاية لقضاء (Point Club Video). في هذه القضية أبطلت محكمة الاستئناف عقداً لأن " تنفيذ العقد، وفقاً لاقتصاده المطلوب من المتعاقدين، كان مستحيلاً"، نقضت المحكمة العليا هذا الحكم مستندة إلى المادة 1131 القديمة من القانون المدني الفرنسي، بحجة أنه بقضائها ببطلان العقد "في حين أن سبب التزام أحد طرفي العقد الملزم للجانبين يتمثل في الالتزام المتعاقد عليه من الطرف الآخر، تكون محكمة الاستئناف قد خالفت النص المشار إليه أعلاه". المادة 1169 الجديدة بنصها على منع العقود التي يكون فيها المقابل "وهمياً" أي" غير حقيقي"، تكون قد سمحت لمحكمة النقض الفرنسية، إن توافرت لديها الإرادة، بإعادة الاعتبار لقضائها(Point Club Video)[6].

– من ناحية أخرى، يجب لبطلان العقد أن يكون غياب المقابل معاصراً لوقت إبرامه[7]. فالمادة 1169 من القانون المدني الفرنسي لا تنظم الفرض الذي يزول فيه المقابل أثناء تنفيذ العقد، ففي هذه الحالة يجب الرجوع إلى المادة 1186 من القانون التي تعد العقد معدوماً إذا فقد أحد عناصره الجوهرية[8].

–من جانب ثالث، وعلى خلاف المعمول به قبل التعديل، حيث يؤدي تأسيس هذا الحل على فكرة السبب

(1) Anne-Sophie Choné-Grimaldim, op.cit, p.140.
(2) Le petit Robert, v° << Illisoire>>, sens 2 : << qui peut faire illusion, mais ne repose sur rien de réel, de sérieux >>.
(3) J. Ghestin , G. Loiseau, et Y-M., Serinet, La formation du contrat, T.2, 4éd., 2013, LGDJ, n° 720.
(4) Cass. civ.1re, 3 juill. 1996: Bull. Civ. I, n° 26.
(5) Cass. Com., 9 juin 2009, n° 08-11.420.
(6) C. François, op.cit, p.6.
(7) Cass. Com., 21 oct. 1947, n° 73-11099.
(8) Cass. Com., 23 oct. 2007, n° 06-13.979: RJDA 2/08 n° 115. V. aussi, Anne-Sophie Choné-Grimaldim, op.cit, p.141; Barthélemy Mercadal, op.cit, n° 421

إلى حصره، واقعاً، بالعقود الملزمة للجانبين محددة القيمة، فإن المادة 1169 الجديدة تمد نطاق تطبيقه ليشمل كل عقود المعاوضة، ولا يشمل العقد التي أبرم تبرعاً، وهو استبعاد منطقي، ذلك أن عقود التبرع بطبيعتها تستند على نية التبرع وتخلو من وجود المقابل(1). على أن التقرير الذي رفع به لرئيس الجمهورية الفرنسية مرسوم تعديل القانون المدني(2)، أشار إلى أن نطاق تطبيق المادة 1169 يمكن أن يشمل العقود الاحتمالية، وهذا يعني أن إرادة المشرع قد اتجهت إلى المحافظة على قضاء محكمة النقض الفرنسية المؤسس على فكرة السبب الموضوعي، والذي قررت فيه المحكمة بطلان العقود الاحتمالية حيث، نتيجة عدم وجود احتمال حقيقي، يكون المقابل الذي قصده أحد أطراف العقد وهمياً(3).

– ثانياً– بطلان الشرط الذي يفرغ الالتزام الرئيس للمدين من جوهره.

المادة 1170 الجديدة من القانون المدني الفرنسي، متأثرة بما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في القضيتين (Chronpost)،(Faurécia) المشار إليهما سلفاً، قد خصت بحكم خاص، من بين مجمل الشروط التي تشكل مضمون العقد، ذلك الشرط الذي يمس جوهر الالتزام الرئيس في العقد(4). فهي قد نصت على أن:" أي شرط يفرغ الالتزام الرئيسي للمدين من جوهره يعد لاغياً كأن لم يكن". هذا النص، الذي وضع حدوداً للحرية التعاقدية، يشكل الآن الأداة التي يركن إليها لاستبعاد الشروط التي تقوض الالتزام الرئيسي للاتفاق، والتي كانت، قبل تعديل القانون المدني الفرنسي، تؤسس بشكل مصطنع على مفهوم السبب.

ويلاحظ أن شروط تطبيق هذا النص جد صارمة، فالشرط يجب أن يتعلق بالالتزام الرئيس للمدين(5)، وهو العنصر الذي يبرر وجود عقد معين، فبدونه لن يوجد عقد أصلاً أو سيوجد نوع آخر من العقود. لكن لا يكفي تعلق الشرط بالالتزام الرئيس للمدين، بل يجب أن يحرم أو يفرغ هذا الالتزام من "جوهره"، وهو التعبير الذي ليس له تعريف في مرسوم التعديل، لكنه يعبر في الواقع عن المعطى الاقتصادي الذي وضع موضع التنفيذ قانوناً بوساطة العقد(6)، وهو ما يمثل في حقيقته وبشكل دقيق عن محتوى العقد عبر الأداء الواجب تقديمه. وعليه فالمنع لا يتعلق بأي شرط يؤثر على الالتزام الرئيس في العقد، بل ينحصر فقط بالشرط الذي يقلص إلى العدم وجود ذلك الالتزام، فيجعله وهمياً أو تافهاً في مقداره، إذا استخدمنا الصيغة التي جاءت في المادة 1169 الجديدة من القانون المدني الفرنسي.

---

(1) لذلك يعد القضاء نية التبرع سبباً للعقد، أنظر على سبيل المثال، Cass. civ.1re, 24 oct. 2006: RJDA 4/07 n° 333، حيث عد الحكم غياب نية التبرع مجسداً للإثراء بلا سبب.

(2) Rapport au Président de la République, op.cit.

(3) ومن ذلك الحكم ببطلان عقد المرتب مدى الحياة بسبب الصفة الوهمية لالتزام المدين، نتيجة الوفاة الوشيكة للدائن، أنظر

(Cass. civ.1re, 16 avr. 1996,: Bull. Civ. I, n° 148.)

أو عندما لا يسمح مبلغ الرتب بتكييف العقد على إنه إحتمالي،

(Req. 29 déc. 1930, DH 1931, p. 53, Gaz. Pal., 1931, 1,361.)

(4) R. Boffa, La validité du contrat, Gaz. Pal., 29 avr. 2015. P. 18; G. Chantepie, Obligation essentielle et clauses abusives, in M. Latina et G. Chantepie, Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Analyses et propositions, Dalloz, 2015, p. 47.

(5) Sur ce sujet en detail v., G. Chantepie, Obligations essentielles et clauses abusives, , Blog Réforme du droit des obligations, dir.G. Chantepie et M. Latina,billet du 13 mars 2015, http://reforme obligations.dalloz.fr/2015 /03/13/obligation-essentielle-et-clauses-abusives/[consulté le 24.01.2021].

(6) Corinne Renault-Brahinsky, op.cit, p.71.

باختصار فإن المادة 1170 تضمن استمرار الرقابة القضائية على الفائدة من العقد ومنفعته الاقتصادية، دون الرجوع إلى تقنية السبب[1].

أما عن الجزاء المترتب على وجود مثل هذا الشرط، فهو بحسب صريح المادة أعلاه الإلغاء. أي حذف الشرط واعتباره كأن لم يوجد أصلاً، مع الإبقاء على العقد. ويلاحظ هنا أن الإلغاء عادة ما يكون بمناسبة الشروط الثانوية التي تتضمنها العقود، أما الشرط الذي يمس جوهر الالتزام الرئيس للعقد، فعادة ما يترتب عليه بطلان العقد. لكن يبدو أن تعديل القانون المدني الفرنسي أراد من جزاء الإلغاء أن يعيد إصلاح المقابل الضروري في العقد، بتعديل العقد ليعود متوافقاً مع نموذجه العقدي المعتمد، فتعود له فائدته المنتظرة من أطرافه.

كما يلاحظ أيضاً أن نص المادة 1170 غير قاصر فقط على الشروط المقيدة للمسؤولية، كما هو عليه قضاء (Faurécia،Chronpost) ، بل إنه يمتد لينطبق على كل شرط من شأنه أن يحرم الالتزام الرئيس من جوهره. فهذا النص فيه من العموم ما من شأنه أن يعطل شروطاً أخرى[2]، كشروط الفسخ المبتسر للعقد، وشروط الانسحاب المنصوص عليها مجاناً، وشروط الالتزام الحصري، وشروط عدم المنافسة، وشروط الحصرية، وشروط إعادة التفاوض، وشروط الوساطة، وشروط الولاية القضائية، وشروط التحكيم، وشروط التقادم. فجميع الشروط التي تقيد إمكانية الدائن للمطالبة بحقه، أو بشكل عام، الاستفادة من امتياز تعاقدي يمكن عدها من الشروط التي يشملها حكم المادة 1170 [3].

(1) G. Chantepie & M. Latina, op.cit, p.361, J. Maury, Une embrassante notion: L'économie du contrat, D. 2000, chron. P.372.
(2) C. François, op.cit, p.7.
(3) Anne-Sophie Chone-Grimaldim, op.cit, p.143.

الخاتمة

في خاتمة بحثنا هذا، يسرنا أن نسطر ما رشح عنه من نتائج، وما يمكن أن نقدمه من توصيات.

أولا– نتائج البحث:

1– أجرى المشرع الفرنسي بموجب مرسوم 10 فبراير 2016 التعديل الأكثر أهمية لقانونه المدني، لشموله قانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات. وقد جاء التعديل بتغييرات بعضها بسيط محدود الأثر، وبعضها جوهري يمكن وصفه بالإصلاح التشريعي، لكنه لم يتجاوز كونه تطويراً وليس ثورة évolution et non pas (révolution) في النظام القانوني الفرنسي. فهذه التعديلات أما إنها كرست الحلول القضائية التي استقر عليها القضاء الفرنسي، أو استعارت من الأنظمة القانونية الأجنبية حلولاً كانت ضرورية لتعزيز جاذبية القانون المدني الفرنسي، وتحقيق الأمان القانوني بتسهيل التعرف على أحكام القانون والوصول إليها، وهو المطلب الرئيس للفاعلين الاقتصاديين.

2– كان واحداً من التعديلات التي عدها غالبية الفقه جوهرية، ولا نراها كذلك، رغم ما صاحبها من فائدة، اعتبار مضمون العقد واحداً من أركانه، إلى جانب الرضا والأهلية، وإلغاء الإشارة إلى المحل والسبب ضمن هذه الأركان. وكان مقصود هذا التعديل ركن السبب أكثر من ركن المحل، إذ أكد التقرير الحكومي الذي رفع به مرسوم التعديل إلى رئيس الجمهورية الفرنسية، كون السبب مفهوماً أثار الكثير من النزعات، وانقسمت المواقف بشأنه بين شقيه الموضوعي "سبب الالتزام" والشخصي "سبب العقد"، وخضع لتنظيرات فقهية زاخرة، وحلول قضائية متقلبة وافرة، فكان لابد من إلغائه من أركان العقد، كما هو عليه الحال في الكثير من القوانين الأجنبية.

3– على أن هذا الموقف الاستئصالي من ركن السبب لم يكن في حقيقته غير تغييب شكلي للمسمى، أما الوظائف التي طورها القضاء لمفهوم السبب فقد حافظ عليها المشرع عن رغبة وإرادة. فالسبب في القانون الفرنسي قبل التعديل، صار بعده غاية العقد، التي تقابل المفهوم الشخصي للسبب، ومقابل الالتزام، الذي يقابل مفهومه الموضوعي. وأضحت أحكام المقابل تحكم الشروط العقدية لتضمن التوازن العقدي، كما كان يضمنه السبب سابقاً، أما مشروعية السبب، بعدم مخالفته للنظام العام والآداب، فقد شملها شرط مشروعية ركن مضمون العقد.

4– مضمون العقد كركن جديد للعقد في قانون العقود الفرنسي الجديد، شمل أيضاً وظائف المحل، عندما أوجب لمحل الالتزام أداء موجوداً، سواء أكان حاضراً أو مستقبلاً، وممكناً، ومعيناً أو قابلاً للتعيين. وأحسن المشرع عندما عبر عن المحل بالأداء، وهو مصطلح نوعي شامل، بدلاً عن مسمى الشيء المستخدم في النصوص قبل تعديلها، والقاصر على الالتزام بإعطاء.

5– وكما شمل مضمون العقد مستلزمات المحل والسبب، لأنه لم يكن من السهولة بمكان تجاوزها، شمل أيضاً البنود أو الشروط العقدية. وهذا يؤكد الصفة الجامعة والموحدة لمصطلح مضمون العقد، فهو قد جمع كل محتوى العقد، محلا وسببا وشروطا، تحت مفهوم واحد، لتشترك في تنظيمها قواعد واضحة كرست الحلول القضائية المعتمدة، بما يمكن أن نطلق عليها النظام القانوني لمضمون العقد، وهذه بنظرنا الفائدة الأكبر المتحصلة من استحداث ركن مضمون العقد في القانون المدني الفرنسي.

6– اشتملت أحكام مضمون العقد على مستجدات مفيدة كان من أهمها:

- تكريس بطلان العقد المخالف للنظام العام، دون اشتراط وجود العلم المشترك بالمخالفة، أي بصرف النظر عما

إذا كان ذلك معلوماً أم لا لدى جميع الأطراف.

● استحداث معيار جديد لتحديد جودة الأداء في حال كونها غير معينة أو قابل للتعيين في العقد، يلزم المدين بموجبه بتقديم أداء ذي جودة تطابق التوقعات المشروعة للأطراف، بمراعاة طبيعة الأداء والعرف ومبلغ المقابل، بدلاً عن المعيار المعتمد قبل التعديل والذي يكتفى فيه بالزام المدين بتسليم شيء من الصنف المتوسط.

● فرض وجوب تعيين الأداء عند إبرام العقد، بما في ذلك الثمن، الذي لم توجد قبل التعديل مادة تفرض تعيينه عند التعاقد، بما يعني بطلان جميع العقود المبرمة بعد نفاذ مرسوم التعديل إن لم يكن الثمن فيها معيناً عند التعاقد. استثني من ذلك فقط عقود الإطار، حيث يجوز لأطرافها الاتفاق على منح الخيار لأي منهما لتحديد الثمن بعد إبرام العقد، وعقود أداءات الخدمة التي أعطي فيها الخيار للدائن وحده في تحديد المقابل بعد التعاقد، إن لم يتم تعيينه في العقد. وكل ذلك مشروط بأن يقدم من كان له خيار التعيين تبريراً للثمن الذي حدده (عرض الكيفية التي تم بموجبها حساب الثمن، مقارنة بتوقعات الأطراف).

● تكريس حظر أكثر عمومية للشروط التي تخل بالتوازن العقدي بشكل كبير، وذلك في عقود الإذعان، بتقرير أن كل شرط غير قابل للتفاوض، يتم تحديده سلفاً وانفراديا من أحد الطرفين، ويخلق اختلالاً جوهريا في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد، يعد كأن لم يكن. وهو ما يعضد الحظر الذي يقرره تقنين الاستهلاك في العلاقة بين المحترفين والمستهلكين، أو قانون التجارة في العلاقة بين التجار.

● تكريس التوجه القضائي السابق على التعديل القاضي ببطلان عقد المعاوضة ، إذا كان المقابل المتفق عليه وقت إبرامه، لصالح الملتزم، وهمياً أو تافهاً.

● فرض حكم خاص، من بين مجمل الشروط التي تشكل مضمون العقد، على ذلك الشرط الذي يمس جوهر الالتزام الرئيس في العقد، وذلك باعتبار هذا الشرط لاغياً وكأن لم يكن.

ثانيا– التوصيات:

لنا في شأن النصوص المنظمة لمضمون العقد في القانون الفرنسي توصيتان:

1- تنص المادة 1163 الجديدة من القانون المدني الفرنسي على أنه: " للالتزام محل عبارة عن أداء حاضر أو مستقبل. وهو يجب أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين...". ونحن نوصي بتعديلها لتكون الآتي: " للالتزام محل عبارة عن أداء ، **يشترط فيه أن يكون موجودا، سواء أكان حاضراً أو مستقبلاً**، وممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين" . الغرض من ذلك إبراز شرط وجود الأداء على نحو أوضح.

2- تنص المادة 1164 الجديدة من هذا القانون:" في عقود الإطار، يجوز الاتفاق، على أن يحدد الثمن انفراديا من قبل أحد الطرفين، الذي يقع عليه تبرير مقداره عند النزاع. وفي حالة التعسف في تحديد الثمن يجوز اللجوء إلى القاضي لطلب التعويض، أو فسخ العقد إن كان له مقتضى". هذه المادة لم تواجه الحالة التي لا يقوم المتعاقد صاحب الخيار بتعيين الثمن، الأمر الذي يجعل العقد دون ثمن. لذا نحن نوصي بتعديل هذه المادة لتكون الآتي: "في عقود الإطار، يجوز الاتفاق، على أن يحدد الثمن انفراديا من قبل أحد الطرفين، الذي يقع عليه تبرير مقداره عند النزاع. وفي حالة، **عدم تحديد الثمن أو التعسف في تحديده** يجوز اللجوء إلى القاضي لطلب التعويض، أو فسخ العقد إن كان له مقتضى".

ثبت المراجع

أولا– المراجع باللغة العربية:

1–أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنيعة قانونية وصياغة تشريعية– لمحات في بعض المستجدات، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع2، ج2، نوفمبر 2017، ص285.

2–مُحَّد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر، 1، العقد، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018.

3–يونس صلاح الدين علي، مضمون العقد كركن جديد من أركان العقد في القانون المدني الفرنسي دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الإنجليزي والعراقي، مجلة الرافدين للحقوق، التي تصدرها كلية القانون بجامعة الموصل، م19، ع 68، س 21، ص1–59.

ثانياً– باللغة الفرنسية:

1– A.Bamdé, La licété du contenu ou la conformité de ses stiulations et de son but à l'ordre public, in droit des contrats,Droit des obligations, posted fév.28,2017. http://aurelienbamde.com/2017/02/28/la-licete-du-contenu-du-contrat-ou-la-conformite –de-ses-stipulations-et-de-son-but-a-lordre-publicl, [consultéle16/12/2020]

2– A. Bénabent, Droit des obligations, 14e éd, LGDJ. 2014.

3– Anne-Sophie Choné-Grimaldim, in, La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Travail collectif, Sous la direction de Thibault Douville, 2e édition, Lextenso, 2020.

4– A.-S. Lucas-Puget, Essai sur la notion d'objet du contrat, LGDJ, 2005.

5– Barthélemy Mercadal, Réforme du droit des contrats, Editions Francis Lefebvre, 2016.

6– C. Aubert de Vincelles, La fixation unilatérale du prix: art.1163, RDC 2015.

7– C. François, << Présentation des articles 1162 à 1171 de la nouvelle sous-section 3 " Le contenu du contrat">>, La réforme du droit des contrats présentée par l' IEJ de Paris 1, 3,http://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap2/sect2/ssect2-contenu-contrat/ [consulté 21/01/2021].

8– Chadny, La généralisation des clause abusives, réforme du droit des contrats et pratique des affaires, dir. Ph. Stoffel-Munck, Dalloz, 2015.

9– Corinne Renault-Brahinsky, L'essentiel de la réforme du droit des obligations, 2e édition Lextenso, 2018.

10– Cyril Grimahdi, Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats, Lextenso, http://www.actu-juridique.fr./civil/obligations-contrats/les-limites-a-la-libre-determination-du-contenu-du-contrat-dans-le-nouveau-droit-des-contratsl [consulté le 21.01.2021].

11-D. Mazeaud, pour que survive la cause, en dépit de la réforme, Dr. et part. Oct. 2014.

12-F. Chénedé, La cause est morte… vive la cause? Contrats, conc. Consom. 2016, dossier 4 (n° 5. P.21); G. Wicker, La suppression de la cause et les solutions alternatives (Rapport français), La réforme du droit des obligation en France, 5e journées Franco- Allemandes, dir. R. Schulze et alii, société de legislation comparée, 2015.

13-E. Savaux, Le contenu du contrat- Articles 1127, 1161 à 1170, JCP 2015, supplément au n° 21.

14-Ferrier, La détermination par le juge du contenu du contrat, La réforme du droit des contrats: acte de colloque, 1ère Journée Cambacérès, 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015.

15-F. Labarthe, La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service- Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil, JCP G 2016.

16-F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 11e éd, Dalloz, 2013.

17-G. Chantepie & M. Latinam, La réforme du droit des obligation, Dalloz, 2016.

18-G. Chantepie, Obligation essentielle et clauses abusives, in M. Latina et G. Chantepie, Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Analyses et propositions, Dalloz, 2015.

19-G. Chantepie, La lesion, Blog Réforme du droit des obligations, dir.G. Chantepie et M. Latina, billet du 13 mars 2015, http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/03/13/la-lesion/ [consulté le 24.01.2021].

20-G. Chantepie, Obligations essentielles et clauses abusives, Blog Réforme du droit des obligations, dir.G. Chantepie et M. Latina, billet du 13 mars 2015, http://reforme obligations.dalloz.fr/2015/03/13/obligation-essentielle-et-clauses-abusives/ [consulté le 24.01.2021].

21-G. Lardeux, Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil, D. 2016.

22-H. Aubry, Article 1166: la qualité de la prestation, RDC 2015.

23- J. Carbonnier, Droit civil, les biens, les obligations, PUF, 2004.

24-J. Ghestin, L'absance de cause de l'engagement: absence de contrepartie convenue, JCP 2006, 1.

25-J. Ghestin , G. Loiseau, et Y-M., Serinet, La formation du contrat, LGDJ,T.2, 4e éd., 2013.

26-J. Maury, Une embrassante notion: L'économie du contrat, D. 2000, chron. P.372.

27-J-P. Chazal, Théorie de la cause et justice contractuelle. A propos de l'arrêt Chronopost, JCP 1998, 1.

28-L. Anyès, La cause, inutile et dangereuse, Dr. et part. Oct. 2014.

29-Le petit Robert, v° << Illisoire>>, sens 2 : << qui peut faire illusion, mais ne repose sur rien de réel, de sérieux >>.

30-M. Alby, J. Bouffard et S. Chaudouet, Le déséquilibre significatif, entre antinomie et autonomie des droits spéciaux et du droit commun, La réforme du droit des contrats :acte de colloque, 1ère Journée Cambacérès , 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015.

31-M. Behar-Touchais, Le déséquilibre significatif dans le code civil, JCP G 2016.

32- M. fabre- Mangnan, Droit des obligations, T.1, Contrat et engagement unilateral,3e éd., PUF, 2012.

33-M-S. Bondon, A. Dagory et A. Pauls, La notion d'attente légitime des parties, La réforme du droit des contrats : acte de colloque, 1ère Journée Cambacérès , 3 juillet 2015, Montpellier, Université de Montpellier, 2015.

34-N.Kouchnir-Cargill, Les points clésde la réforme du droit des contrats, avril 2016, http://www.grall-legal.fr/fr/flash-concurrence-n5-points-cles-reforme-droit-des-contrats/ [consulté le 16/12/2020].

35-P.Ancel, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999.

36-Rapport au Président de la République, Relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du regime général et de la preuve des obligations (extrait), réforme du droit des obligations, Un supplément Au Code Civil 2016, Dalloz. V. aussi. Jo. 11 février 2016, Texte n°25.

37-R. Boffa, la validité du contrat, Gaz. Pal. 29 avr. 2015.

38-Stefanie Porchy-Simon, Droit civil 2e année, Les obligation, Dalloz, 11 édition, 2019.

39-S. Pellet, Le contenu licit et certin du contrat, Dr. et part. n° 258, mai 216.

الملخص

بعد تردد طويل، أصدر المشرع الفرنسي مرسوماً في العاشر من فبراير 2016 ، أجرى بموجبه تعديلاً واسعاً على قانونه المدني، وبسبب شمول التعديل لجزء القانون المتعلق بالعقود والالتزامات والإثبات، أصطلح الفقه على تسميته "قانون الالتزامات والعقود الفرنسي الجديد". وكان واحداً من الإستحداثات التي أجراها مرسوم التعديل تجنب الإشارة الى ركن السبب في العقد، واستحداث ركن جديد له أطلق عليه "مضمون العقد"، لتصبح أركان العقد في هذا القانون: الرضا، والأهلية، والمضمون. هذا الإستحداث، رغم ما فيه من فائدة جمع محتوى العقد بأكمله، محلاً وسبباً وشروطاً، تحت عنوان واحد، وتنظيمها بأحكام موحدة، تضمن مشروعية العقد وتوازنه، كرس من خلالها المشرع الحلول القضائية المستقرة التي شكلت، إن صح التعبير، القانون المدني غير المكتوب، فهو لم يذهب بعيداً أكثر من جمع مستلزمات المحل والسبب السائدة تحت مفهوم موحد، مع تغيير بعض مسمياتها. فقد حل مسمى الأداء العقدي محل الشيء محل الالتزام، وقام كل من مقابل الالتزام وغاية العقد وهدفه، مقام السبب. هذا البحث يتصدى لهذا الموضوع بمنهج تحليلي يعمد الى محاكمة النصوص والأحكام للكشف عن إيجابياتها وسلبياتها، مع تقديم بعض التوصيات بشأنه.

پوختەی تویژینەوە

دوای دوودَلیەکی زۆر، یاسا دانەری فەرەنسی لە دەی مانطی دووی سالَی 2016 مەرسومێکی دەرکرد، کە تیایدا هەموارێکی فراوانی ئەنجامدا لە یاسای شارستانیدا، لەبەرئەوەی هەموارەکە بەشێك لە یاساکەی طرتبوەوە کە تایبەتمەند بوو بە طرێبەست و ثابەندبیەکان و سەلماندن، بۆیە یاسا ناسان ناویان لێنا ((یاسای ثابەندي و طرێبەستەکاني فەرەنسی نوآ))، یەکێك لەو تازەطرییانەي ئەو مەرسومة هێنایە ئاراوە ئاماذەي بە ثایەي هۆکار لە طرێبەستدا وەلانا، و ثایەکی نوێی داهێنا بۆ طرێبەست کە نێوزەدي کرد بە ((ناوەرۆکی طرێبەست))، کە ثایەکانی طرێبەست لەو یاسایەدا بوو لە: رەزامەندی، شایستەیي و ناوەرۆك. ئەو تازەطرییە لەطەلأ ئەو سوودەی کە هەیەتی بە کۆکردنەوەی کۆی طرێبەست بە تەواوی، ناوەرۆك و هۆکار و مەرجەکان، لە ذێر یەك ناونیشاندا، و رێکخستنیان بە ضەند حوکمێکي یەکطرتوو، رِەوایەتي طرێبەست و هاوسەنطیەکەی لەخۆ دەطرآ، کە تیایدا یاسا دانەر ضارەسەری دادوەری ضەسڵاوی ثەیرِەو کرد و طەر دروست بآ ناوی بنێین- (یاساي شارستانی نەنووسراو)ی داهێنا، کە زیاتر بریتی بوو لە کۆکردنەوەی ثێداویستیەکانی ناوەرۆکی طرێبەست و هۆکاري باو لە ذێر یەك ضەمکدا، لەطەلأ طۆرِانکاری لە هەندێك لە ناوهێنانیان. ناوی بەجێطەیاندني طرێبەست جێطای ناوەرِۆکي ثابەندی طرتەوە، هەریەك لە بەرامبەری ثابەندي و مەبەست لە طرێبەست و ئامانجەکەی جێطای هۆکاري طرتەوە. ئەو تویَذینەوەیة باسی ئەم بابەتة دەکات بە ثرِۆطرامێکی شیکاری کە تیایدا دادطەری دەقەکاني یاسا و بڕیارەکانی دادطا دەکات بۆ دۆزینەوەی لایەنة ئەرێنَي و نەرێنییەکانیان، لەطەلأ ثێشکەش کردنی ضەند ثێشنیازێك دەربارەیان.

Abstract

After a long hesitation, the French legislator issued a decree on the tenth of February 2016, whereby it made a broad amendment to its civil law. The jurisprudence was termed as its inclusion in the "new French law of obligations and contracts". One of the innovations made by the amendment decree was to avoid referring to the element of the cause in the contract, and to create a new element for it called "the content of the contract," so that the pillars of the contract in this law would become: consent, eligibility, confirmed and legitimate content. This creation, despite its benefit in collecting the contents of the entire contract, object, reason and conditions, under one title, and organizing them in unified terms, that guarantee the legality of the contract and its balance, and in it the legislator consecrated stable judicial solutions, which formed, if you will, the unwritten civil law, it did not go far beyond collecting the requirements of the object and the prevailing cause under a unified concept, with changing some of its names, as the name of contractual prestation replaced the object of the obligation, and each of the consideration, purpose of the contract took the place of the cause. This research addresses this issue with an analytical approach that attempts to judge texts and judgments to reveal their pros and cons, while providing some recommendations on it.

****

طبيعة العقد مع الجهة الخاصة بوصفها وكيلاً لجهة عامة

سروشتی بەستنی گرێبەست لەگەڵ کەرتی تایبەت بەو وەسفەی کە بریکاری کەرتی گشتیە

The nature of the contract with the private party as an agent of a public agency

الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد
أستاذ القانون المدني/ جامعة السليمانية/العراق
والأستاذ الزائر في جامعة الشارقة/ الإمارات

الدكتور أحســـن رابــحي
أستاذ القانون العام المشارك
جامعة الشارقة الإمارات

Prof. Dr. Mohammed Sulaiman Al-Ahmed
Professor of Civil Law
University of Sulaymaniyah /Iraq

Dr. Ahcene Rabhi
Associate Professor of Public Law
University of Sharjah, UAE
And a visiting professor
at the University of Sharjah / Emirates

طبيعة العقد مع الجهة الخاصة بوصفها وكيلاً لجهة عامة

الأستاذ الدكتور مُحَمَّد سليمان الأحمد
أستاذ القانون المدني/ جامعة السليمانية/كوردستان – العراق
والأستاذ الزائر في جامعة الشارقة/ الإمارات

الدكتور أحسـن رابـحي
أستاذ القانون العام المشارك
جامعة الشارقة الإمارات

الكلمات المفتاحية:
الطبيعة القانونية، عقد الخدمة العامة، عقد تسهيل الخدمات، العقد الاداري، العقد المدني، العقد التجاري.

زاراوة سةرةكيةكان:
سروشتى ياسايى، طريَبةستى خزمةتطوزارى طشتى، طريَبةستى ئاسانكارى خزمةتطوزارى، طريَبةستى كارطيَرِى، طريَبةستى شارستانى، طريَبةستى بازرطانى.

Key word: legal nature, public service contract, administrative contract, civil contract, commercial contract.

مقدمــة

كثرت في الآونة الأخيرة جهات القطاع الخاص الممثلة لجهات حكومية، سواء كانت وطنية أم أجنبية، تقوم بتسيير أعمال كانت من قبل من صميم أعمال الجهات العامة، كإصدار التأشيرات وجوازات السفر وإصدار التراخيص وشهادتي التصديق والتوثيق، وتسهيل استحصالها، إذ هي تقوم بهذه الأعمال بتفويض من السلطة الإدارية وتحت رقابتها، وتتلقى من المستفيد أجراً، ولا شك أن وجود هذ ه الجهات قد سهَّل الأمر على متلقي الخدمة من المواطنين والأجانب، إذ وفَّرت عليهم الإجراءات البيروقراطية التي تتسم بها أعمال الحكومة، في مقابلٍ بدل يتضمن رسوماً مدفوعة للجهة العامة، تستلمها الجهة الخاصة نيابة عنها، مع إضافة نسبة معينة تذهب أجراً للجهة الخاصة مقابل تقديمها هذه الخدمات، وإن كانت هذه الخدمات في ذاتها ليست محلاً للعقد، بل أن خدمة تسييرها والحصول عليها هي المحل الأساسي للعقد، أو بمعنى آخر أن الدور الأساسي لهذه الجهات الخدماتية الخاصة لا يكمن في تقديم الخدمة بصفة مبتدأة ومستقلة ولكن دورها هو مجرد وسيط بين الإدارة والمواطن.

تكمن إشكالية هذا العقد المبرم مع المستفيد من الجمهور، في تحديد طبيعته القانونية، فهل هو عقد إداري، على اعتبار أن الجهة المسؤولة عن تنفيذ هذه العمليات الإدارية هي الجهة الحكومية ابتداء، أما الجهة الخاصة فهي مجرد وسيط، وكأن الخدمة العمومية شكلا تمت بين الأفراد والجهة الخاصة، لكن مضمونها وجوهرها يربط بين الطرفين وهما الإدارة والمستفيد، أم أن العقد هو عقد تجاري، على اعتبار أن الجهات الخاصة التي تتعاقد مع الإدارة لتقديم مثل هذه الخدمات للجمهور، هي في العادة شركات تجارية هدفها الربح، أم أن هذا العقد هو عقد مدني صرف، على اعتبار

النظر إلى الطرف المستفيد وطبيعة الخدمات التي يتلقاها، فضلاً عن أعمال مبدأ أن الأصل في العقود مدنية ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، أو على الأقل ترجيح كفة الأصل متى ظهر شك في الدليل على ما يخالفه. لذا وجب تحديد طبيعته القانونية.

إلا أنه ينبغي التنويه إلى أن الجهة الخاصة التي تقدم الخدمات العامة وتتوسط بين الجهة العامة والجمهور، إنما تبرم العقد مع المستفيدين لتسهل عليهم أمر استحصال الخدمات ذات الطابع الإداري، فهي ليست مسؤولة –مثلاً– عن إصدار الجوازات أو التأشيرات، بل ينحصر التزامها في تيسير وتسهيل أمر إصدارها، لذا فإن المستفيد لا يستطيع الرجوع عليها إلا إذا قصرت في مهامها التي كانت هي دافع المستفيد للتعاقد معها، وهذا ما يحصل في أغلب الأحيان، أما عدم صدور الجواز أو التأشيرة، فهو أمر خارج عن التزاماتها، ما لم تكن مفوضة بإصدار بعض الأعمال والقرارات من الجهة العامة، كحالة التصديق على التواقيع الإلكترونية ، وهذا ما قد يثير لبساً في دقة تحديد طبيعة العقد.

سيكون منهجنا في هذا البحث قائماً على التحليل، وهو غالبا ما يقوم عليه النشاط الفقهي، على أن نشير إلى أحكام القانونين العراقي والفرنسي، وندعم آرائنا بالأحكام والمواقف القضائية، لا سيما في فرنسا. وستكون خطة البحث موزعة حسب ما يأتي:–

تمـهيد العقد بين الطبيعة والتكييف

المبحث الأول تحديد الطبيعة القائم على فكرة التوزيع

المطلب الأول دعامة التوزيع أساسا لتحديد الطبيعة

المطلب الثاني آثـار فكرة التوزيع

المبحث الثاني تحديد الطبيعة القائم على فكرة التركيز

المطلب الأول دعامة التركيز أساسا لتحديد الطبيعة

المطلب الثاني آثـار فكرة التركيز

وسننهي البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات.

تمهيـــد

العقد بين الطبيعة والتكييف

إن العقد الذي يبرمه أي فرد مع أية جهة خاصة ليتلقى خدمة من صميم أعمال الجهات العامة، لا تثير مسألة تكييفه أية مشكلة، فكل عقد يتضمن تقديم خدمة مقابل أجر هو مقاولة، لكن الإشكالية تكمن في تحديد طبيعته القانونية، فهل هو عقد مدني أم أنه عقد تجاري أم أنه عقد إداري؟ لكن قبل هذا، ونظرا لكون الكثير من الفقه والشراح والدارسين[1] يخلطون بين التكييف القانوني وتحديد الطبيعة القانونية، علينا أن نوضح الفرق بينهما لأهميته، ومدى التأثير والتأثر بينهما.

فالتكييف القانوني هو إعطاء الوصف القانوني الصحيح للواقعة أو التصرف، فمثلا لو افترضنا أن عقدا أبرم بين طرفين (أ) و (ب) مفاده أن يدفع (ب) بدلا شهريا لـ (أ) ، مقابلا للشقة التي يسكن فيها والتي استلمها من (أ) ، على أن يتملك (ب) الشقة بعد تسديد كل أقساطها البالغة خمسين قسطا، فهنا يثار التساؤل هل هذا العقد بيع أم إيجار؟، هنا نكون أمام عملية تكييف، لكن لو تساءلنا عما إذا كان هذا العقد مدنيا أم تجاريا؟، فهنا نكون أمام تحديد طبيعة العقد[2].

وإذا قسنا ما سبق على العقد المبرم مع جهة خاصة بوصفها وكيلا لجهة عامة، فإن هذا العقد لا يمكن عدّه أي عقد من العقود التي تبرمها الجهات الخاصة مع الجهات العامة، وهي كثيرة، ذلك أن العقد الذي تبرمه الجهة الخاصة مع المستفيد من الخدمة هو عقد مقاولة[3]، ولا تستتبع صفته صفة العقد الذي أبرمته الجهة الخاصة مع الجهة العامة بوصف الأولى وكيلة للثانية، فهذا التصرف لا شك أنه يختلف عن كثير من العقود الإدارية التقليدية، لا سيما عقد الاستغلال غير المباشر للمرفق العام[4] La Régie وعقد إيجار المرفق العام[1] Le contrat de Location

---

(1) لاحظ، على سبيل المثال: علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الأيجار التمويلي، دار الثقافة، عمّـان، 2002، ص119.

(2) لاحظ لمزيدٍ من التفصيل: د. محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون، جامعة الموصل، العدد 20، 2004، ص 114.

(3) وذلك لتوافر جميع صفات عقد المقاولة فيه، فضلاً عن عناصره. (لاحظ: فرنسوار لابارت وسيريل نوبلوت، المطول في العقود، (عقد المقاولة)، بإشراف: جاك غستان، ترجمة: د. عبد الأمير إبراهيم شمس الدين، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2018، ص30).

(4) عقد الاستغلال غير المباشر أو مشاطرة الاستغلال هو عقد بمقتضاه يعهد شخص عام مرفق عام إلى شخص خاص نظير مقابل يتقاضاه الأخير من الجهة المتعاقدة وفقا لحسن سير الاستغلال، على أن تتحمل الإدارة المخاطرة المالية للمشروع. تلجأ الإدارة عادة إلى تطبيق هذا النموذج التعاقدي من أجل تخليص المشروع من الروتين وعوائق نظم التوظيف، حيث تقع على عاتق إدارة المشروع المستأجرة عبء توفير العاملين بالمرفق وتنظيم وضعهم القانوني وفقا لقواعد القانون الخاص. لاحظ: د.سامي جمال الدين ، أصول القانون الاداري ، الجزء الثاني ، منشات المعارف الإسكندرية ، 1996 ، ص609. لاحظ أيضا : د.سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الاداري ، الكتاب الثاني ، نظرية المرافق العامة ، دار الفكر العربي، القاهرة، 2014، ص118. لاحظ ←

du service public، وعقد التسيير أو الإدارة[2] Le contrat de Gérance، وكذلك عقد الاقتصاد المختلط[3] Le contrat d'économie mixte، ولعل أقرب نموذج تعاقدي له هو عقد التزام المرافق العامة

←

كذلك: د.محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 45).

Dans le même sens voir aussi: Demichel (A), *Le droit administratif français. Essai de réflexion théorique*, Paris, LGDJ, 1978, P 97. Voir également : Farjat (G), *Pour un droit économique*, Paris, PUF, 2004, P 112.

(1) يمكن تعريف عقد إيجار مرفق عام بأنه: |"إتفاق بموجبه يعهد شخص عام إلى شخص آخر باستغلال مرفق عام مع تقديم المنشآت إليه، على أن يدفع المستأجر مقابلا للشخص العام المتعاقد"، ومن تطبيقات عقود التأجير نذكر تأجير دولة التشيك لمرفق السكك الحديدية الإقليمية إلى القطاع الخاص عام 1997 ، وجاء في العقد بأن ملكية الأصول تظل ثابتة للحكومة، في حين تنقل ملكية الوحدات المتحركة إلى القطاع الخاص، كما طبقت كل من ساحل العاج وجامبيا وغينيا والفلبين نظام التأجير في مجال مرافق مياه الشرب والصرف الصحي والكهرباء والغاز وغيرها من الأمثلة. راجع : د.محمد محمد عبد اللطيف ، تفويض المرفق العام ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص81. لاحظ أيضا : د. محمد المتولي ، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 69 وما بعدها).

Pour aller loin voir également : Denoix de Saint:Marc (R), *Le service public*, Paris, PUF. 1996, P 147 et s. Voir aussi : Chevallier (J), L'évolution du droit administratif, *Revue du droit public*, N spécial V^e^ République, Paris, 1998, p. 1794 et s.

(2) عقد الإدارة هو عقد إدارى بمقتضاه تتعهد مؤسسة خاصة بإدارة وتسيير شركة عمومية لمدة محددة في العقد في مقابل حصولها على مبلغ مالي معين، ومن خصوصة هذا العقد أن تتولى الإدارة العامة المتعاقدة رسم وتحديد الأهداف التي تقع مسؤولية تحقيقها على المؤسسة الخاصة المتعاقدة معها، كما أن ملكية الشركة محل العقد تظل ملكية عمومية رغم أنها تدار وفقا لأسس وقواعد القطاع الخاص، لاسيما قانون الشركات، ومن تطبيقات هذا النموذج التعاقدي نذكر الأردن مثلا في مجال المياه والمجاري. لاحظ: د.محمد محمد عبد اللطيف ، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق، ص46. لاحظ أيضا : د. يوسف خليفة ، أفاق التخصصية في دولة الإمارات العربية المتحدة ، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية ، تصدرها كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية في جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني ، العدد 1997/4، ص51).

Voir aussi : Du Marais (B), *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2004, P 71. Eisenmann (C), *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982, P 264.

(3) يقصد بالاستغلال المختلط اشتراك الدولة مع القطاع الخاص في تكوين رأس المال اللازم لإنشاء مشروع معين مع الإشتراك أيضا في إدارته، يترتب عن هذا الارتباط تأسيس شركة مساهمة حيث يرجع إلى الدولة صلاحية تعيين من يمثلها في مجلس الإدارة، ويقع عليها التزام تحمل مخاطر المشروع جنبا إلى جنب كل المسأهمين في المؤسسة. (لاحظ: د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص415). يعتبر الاستغلال المختلط نموذجا حديثا لتعديل طرق الالتزام الإداري، وهو يمثل تقنية تعاقدية مفيدة جدا، من جهة لأنها تسمح بتكريس الإشتراك والتعاون بين الدولة والأفراد في إنجاز المشروعات العامة، ومن جهة أخرى يسمح بالحيلولة دون إسراف الجهات الإدارية في التدخل في إدارة المشروعات المختلطة. لاحظ:د. فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، الإسكندرية ،1991، ص38). لاحظ أيضا : د. إيهاب الدسوقي ، التخصصية والأصلاح الاقتصادي مع دراسة التجربة المصرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ، ص 41 وما بعدها).

Le contrat de concession، الذي عرفه المشرع العراقي بأنه[1]: (1 – التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى قانون. 2 – والروابط التعاقدية بين القائم بالمرفق وعملائه لا تختلف سواء كان القائم به جهة حكومية أو ملتزماً)[2].

وبشكل عام يعتبر عقد التزام المرافق العامة حديث نسبياً[3]، ولعل إسقاط خصائصه الموضوعية على موضوع بحثنا المتعلق بتحديد طبيعة عملية إسناد أعمال قانونية معينة كالتصديق وإصدار الجوازات والتأشيرات الخاصة بدخول الدول لشركات خاصة تحت إشراف ورقابة السلطة الإدارية المختصة، يدعونا للقول مبدئيا بأن الفرق بين النموذجين التعاقديين محل المقارنة لا يعدو مجرد اختلافات بسيطة كتلك المتعلقة بعقدي المقاولة والوكالة[4].

طالما أن العرض المفاهيمي المختصر لمحتوى وخصائص عقد الخدمات محل الدراسة (بصفته أحد صور عقود

---

(1) المادة (891) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدَّل.

(2) كما عرفته المادة 868 من القانون المدني المصرى الصادر بالقانون رقم 131 لسنة 1948 بأنه: "عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرافق فترة معينة من الزمن". بالنسبة للقانون المدني الفرنسي (المادة 1105 من القانون المدني المعدلة والمتممة بواسطة المادة 2 من الأمر رقم 2016 – 131 المؤرخ في 2016/2/10 المتضمن تعديل نظام العقود، نظام الدليل والالتزامات) اكتفى بالإشارة إلى خضوع العقود الخاصة (مثل العقود الإدارية والعقود التجارية والإتفاقيات التجارية ذات الطابع الدولي وغيرها) إلى أنظمة قانونية خاصة بها يسنها المشرع. وتطبيقا لذلك صدر الأمر رقم 2018 – 1074 الصادر في 2018/11/26 والذي يشكل القسم التشريعي الخاص بعقود الامتياز في قانون العقود العامة الفرنسي الجديد. (يعدل ويتمم الأمر رقم 2016 – 65 المؤرخ في 2016/1/29 والمتعلق بعقود الامتياز)، لاسيما المواد 1 و2 و3 منه.

(3) ظهر عقد التزام المرافق العامة لأول مرة في فرنسا بمقتضى المرسوم المؤرخ في 1926/11/5 المتعلق بالمركزية وعدم التركيز الإدارى.

Le décret du 5 novembre 1926 relative à la décentralisation et la déconcentration administrative.

لقد كان الغرض من استحداث عقد التزام المرافق العامة التراجع التدريجي عن فكرة التسيير الممركز للمرافق العامة والاتجاه تدريجيا نحو الاستعانة بالمؤسسات والشركات الخاصة من أجل تحقيق المرونة والفعالية في تسيير المرافق العامة الاقتصادية المحلية، هذه الطريقة في تسيير المرافق العامة سرعان ما طرأت عليها تحولات جوهرية لاحقة فرضتها الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي عرفتها فرنسا في منتصف القرن 19، أهمها توسيع نطاق الملتزم بالاتجاه إلى تنفيذ ذات العقود مع المؤسسات العامة، ومن تطبيقات ذلك نذكر تحويل إدارة مرفق الكهرباء والغاز إلى مؤسستين عموميتين تم تأميمهما هما المؤسسة العامة للكهرباء (E.D.F) والمؤسسة العامة للغاز (G.D.F) اللتين أصبحتا ملتزمتين تجاه الهيئات المحلية)، أو التعاقد مع شركات ذات اقتصاد مختلط (التي كانت لها الأفضلية حيث استفادت من منح وتسهيلات كبيرة من جانب الدولة)، ومن تطبيقات ذلك الشركة الوطنية للنقل بالسكك الحديدية S.N.C.F التي أنشأت سنة 1937 والتي حلت محل خمس شركات خاصة للسكك الحديدية، وكذلك الحال بالنسبة لشركة الطيران الفرنسي Air France التي أنشأت سنة 1948.

Sur ce point d`analyse voir : De Laubadere (A) et Delvolvé (P), *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1983, P 154 et s.

(4) لاحظ في الفرق بين العقدين: د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة في المقاولة والوكالة والكفالة، دار الثقافة، عمّان، 2001، ص 14.

تفويض تسيير مرفق عام Le contrat de délégation de service public) كفيل بتحديد طبيعة، مع التنويه في الاختلاف بين تحديد الطبيعة والتكييف[1]، فإن العقد وفقاً لهذه المقاربة، سيكون متسماً بالصبغة الإدارية، وذلك طبقا للمعيار العضوي المستند على الطابع العام لأحد أطراف العلاقة التعاقدية (وزارة الداخلية أو وزارة الخارجية مثلا)، لكن في المقابل فإنه لم يظهر في الموقف التشريعي أو القضائي ما يبين بشكل صريح طبيعة العلاقة القانونية التي تربط الجهة الخاصة الوكيلة والمرتفقين، الأمر الذي يدعونا للتساؤل حول الطبيعة القانونية للعقود المبرمة بينهما في ظل آداء الخدمات المذكورة أعلاه، وهل أن المعايير التقليدية لتحديد طبيعة العقود الإدارية وتمييزها عن العقود العادية كافية وجديرة بحل هذا التداخل، وبالنتيجة ما هي الآثار القانونية المترتبة عن هذا التحديد القانوني لطبيعة العقد؟ لا سيما من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المرتبطة بهذه العلاقة التعاقدية؟

هذا ما سنتناوله في هذا البحث، عبر معياري التوزيع والتركيز.

(1) ظاهر كلمة التكييف أنها على وزن تفعيل من فعل كيف، فيدل هذا التأصيل اللغوي على أن معناها ينصرف إلى تحديد الكيف، أي بيان الصفة، وتكييف العقد هو إعطاؤه الوصف القانوني الذي يتحدد بالآثار الأساسية التي اتجه طرفاه إلى تحقيقها، فهذا الوصف يترتب على تحديد مقاصد طرفي العقد، وتحديد هذه المقاصد يجب أن يكون بيانا للغايات العملية التي اتجه طرفا العقد إلى تحقيقها بصرف النظر عن أية تسمية يطلقها المتعاقدان على هذه المقاصد أو على العقد في جملته. وعلى هذا الأساس فإن التكييف بوصفه عملية تحديد الوصف القانوني للعقد، هو عمل قانوني صرف، لا سلطة فيه لإرادة المتعاقدين، اللذين لهما فقط حق تحديد الآثار العملية التي يرغبان في تحقيقها بمقتضى العقد، فان تحددت هذه الآثار، يكون وصف هذا العقد عملا قانونيا محضا، لأنه يعني إدخال صورة الآثار كما حددها المتعاقدان في إطار قانوني معين، لكن في المقابل إذا ورد التكييف بناء على إرادة قاضي الموضوع ففي هذه الحالة تتحدد آثار العقد بناء على هذا التكييف بغض النظر عن التكييف الذي قصدته إرادة طرفي العقد، بل أكثر من ذلك فإن جواز بعض آثار العقد أو عدم جوازها يرتبط بالتكييف الذي يعطى للعقد، ومن ثم فإن التكييف ضروري أيضا ومرجعي لتقدير صحة أو بطلان العقد، وبعبارة مختصرة فان التكييف يعتبر وسيلة لتحديد مضمون العقد، لأنه يضعه في الإطار القانوني الذي يسمح ببيان آثاره في جملتها، سواء التي واجهها طرفاه أو التي لم يتضمنها إتفاقهما.

المبحث الأول
تحديد الطبيعة القائم على فكرة التوزيع

تتجلى فكرة التوزيع في إعطاء كل عنصر في العقد قيمته الفعلية، إذ لا مانع من أن يكون العقد إدارياً من طرف ومدنياً من طرف آخر، فهذه الفكرة لا تُركّز على عنصر بعينه، لتحكم على العقد تبعاً لطبيعة هذا العنصر، بل توزع النظر على كل العناصر المكونة للعقد. ولهذهَ الفكرة دعامتها وآثارها، نتناولهما في مطلبين.

المطلب الأول
دعامة التوزيع أساساً لتحديد الطبيعة

كي نحدد طبيعة عقد ما، لا بدّ من النظر بعين المساواة إلى جميع العناصر المكونة للعقد، طبيعة العاقدين، طبيعة موضوع العقد، طبيعة الأداءات والنشاطات التي يتصل بها العقد، أو التي تتصل بالعقد. ولأجل بيان ذلك نتناول ماهية فكرة التوزيع، ثم نعالج دورها في تحديد طبيعة العقد، وذلك في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول
ماهية فكرة التوزيع

فكرة التوزيع، هي فكرة قائمة على توزيع النظر على جميع العناصر المكونة للعقد لتحديد طبيعته[1]، دونما تفضيل لعنصر على آخر، إذ غالباً ما تكون عناصر العقد أركاناً فيه، فلا عقد إذا انعدم ركن من أركانه، فهذه الأركان تقف على قدمٍ المساواة، دون أن يكون لبعضها تأثير أقوى من بعضها الآخر، ويرجع هنا إلى قاضي الموضوع بحث التكييف الحقيقي للعقد بغض النظر عن التسمية التي أطلقها أطرافه على موضوع الاتفاق أو العملية التعاقدية[2].

---

(1) إن الغرض من تحديد الطبيعة القانونية للعقد هو التأكد من مطابقة واقعة معينة مع نص قانوني محدد، وهذه العملية المعقدة تقتضي – من القاضي خصوصا – بحث التصنيف الحقيقي للعقد، أي هل يتعلق الأمر بعقد مسمى ومن ثم الرجوع إلى الأحكام التي أقرها المشرع بشأن شروطه الخاصة مثل عقد الامتياز أو عقد التوظيف، أو يتعلق بعقد غير مسمى وفي هذه الحالة يتعين الرجوع إلى الأحكام العامة المقررة في مجال شروط صحة العقود بشكل عام، وفي كلتا الحالتين فإن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد يقتضي تحري المقاصد العملية لأطراف العقد، ومطابقة هذه المقاصد مع النظام القانوني للعقود المعروفة، وعلى ضوء ذلك يتم تحديد الوصف القانوني النهائي للاتفاق، بغض النظر عن التسميات التي يطلقها أطراف العقد عليه، سواء كانت مطابقة أو معارضة لحقيقة هذا العقد. (لاحظ: المادة 1102 من التقنين المدني الفرنسي المعدلة والمتممة بواسطة المادة 2 من الأمر رقم 2016 – 131 المؤرخ في 2016/2/10 المتضمن تعديل قانون العقود، النظام العام والإثبات في الالتزامات).

Sur ce point d`analyse voir : Alliès (P) et autres, *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif*, Paris, Publisud, 1985, P103 : 112. Voir également : Braibant (G) et Stirn (B), *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences Po – Dalloz, 1997, P 128 et s.

(2) إذا كانت القاعدة العامة في مجال العقود تقتضي أن يستمد العقد قوته الإلزامية من إرادة أطرافه تطبيقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، إلا أن هذه الحرية التعاقدية ليست على إطلاقها، حيث كثيرا ما يخرج المتعاقدين – سواء بقصد أو بجهل – عن الإطار القانوني للعقد، ولذلك كان على قاضي الموضوع التدخل لتطبيق حكم القانون، من خلال إرجاع العقد إلى إطاره القانوني الصحيح، وفي هذه الحالة فإنه لا يلتزم برغبة المتعاقدين إذا ←

تجد فكرة التوزيع أساسها في ان العقود يحكمها – من حيث المبدأ – القانون المدني، الذي يشتمل على نظرية عامه صالحة للتطبيق على جميع العقود المسماة منها وغير المسماة[1]، بغض النظر عن موضوعها وتكييفها وطبيعتها الخاصة[2].

والأصل في العقود أنها مدنية[3]، إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك[4]، أي إذا قام الدليل على تجاريتها أو

←

كانت فعلا تتعارض مع التكييف والآثار التي نظمها المشرع صراحة، بل عليه التدخل من تلقاء نفسه وبدون حاجة إلى طلب أو موافقة المتعاقدين لإجراء التصحيح اللازم للعلاقة التعاقدية إن كان هناك سبيل لذلك، ما لم يكن العقد باطلاً، فهنا لا مجال لتصحيحه كما هو الشأن في حال اختلال أحد أركانه الأساسية، وبشكل عام يتولى القاضي تحديد صفة العقد استنادا إلى حقيقة ما قصده أطرافه، ويتم استخلاص ذلك من واقع شروط العقد وما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للطرفين، ويعتمد في ذلك على عبارات العقد وحقيقة الواقع والنية المشتركة المستلهمة من الالتزامات الرئيسية التي توحي بمقاصد الطرفين من حيث طبيعة الالتزامات التي يتحملها كل منهما. لاحظ:

Loiseau (G) et Serinet (Y:M), *La Formation du contrat*, t. I, *Le Contrat – Le Consentement*, LGDJ, « Traité de droit civil », 4e édition, Paris, 2013, P 58 et s.

(1) إن العقد منظم في القانون المدني بصيغتين:

الصيغة الاولى: منظم على شكل نظرية عامة للعقد ضمن مصادر الالتزام، والصيغة الثانية: ان المشرع قد رأى في عقود معينة أهمية خاصة فنص عليها وسماها بالنص وأصبح يطلق عليها تسمية العقود المسماة. ولا يوجد عقد يبرم في أي مكان وفي أي زمان ما لم تطبق عليه الأحكام العامة للعقد في القانون المدني، واحياناً الاحكام الخاصة لبعض العقود المدنية حتى وان ابرمت هذه العقود ضمن أعمال الإدارة او التجارة او كانت مشوبة بعنصر اجنبي. (لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، دار الفكر، السليمانية، 2008، ص 273.)

(2) ما يكرس صحة هذا الاستخلاص في مجال القانون الإداري : محل دراستنا – أن كل العقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت إدارية أم مدنية وإن كانت تخضع لنظامين مختلفين، فإن الأحكام الضابطة للعقد بالمعنى الفني تكون واحدة بالنسبة لها جميعا ومصدرها القانون المدني باعتباره "شريعة القوانين"، ولعل من أهم هذه الأحكام نذكر تلك المتعلقة بأركان العقد (الرضا، السبب، المحل، الشكل)، كما يسلك القضاء الإداري مسلك القضاء المدني في مجال إبطال العقود الإدارية التي يشوبها عيب من العيوب، وخصوصا العيوب التي تمس ركن الرضا – بوصفه الركن الجوهري في أي عملية تعاقدية – لا سيما بسبب الغلط والتغرير والإكراه والغبن.

Voir dans sens : Loiseau (G) et Serinet (Y:M), OP.CIT, P 67 et s.

(3) Ce qui a été consacré d'une manière constante par la jurisprudence administrative Française depuis longtemps. Voir par exemple : CE Sect., 13 octobre 1972, SA de Banque Le Crédit du Nord : AJDA, N 2, Paris, Mars 1973, p. 213. CE, 10 juillet 2013, requête numéro 361122, Banque calédonienne d'investissement : Rec. tables, p. 698. TC, 21 mars 2005, N 3436, Société Slibail énergie c/ Ville Conflans:Sainte:Honorine : Rec. p. 653 ; AJDA, N 3, Paris, juillet 2005, p. 1186, note Dreyfus ; BJCL 2005, p. 302.

(4) لاحظ في المعنى نفسه: د. جلال وفاء محمدين ، المبادئ العامة في العقود التجارية وعمليات البنوك ، الدار الجامعية، بيروت، 1988 ، ص 7 . من التطبيقات القضائية الفرنسية لهذا المعنى نذكر:

CE, 21 mars 1983 UAP (N 02256 : Rec. p. 537 ; AJDA, N 4, Paris, octobre 1983, p. 356, concl. Labetoulle ; D. 1984, jurispr. p. 33, note Auby et Hubrecht ; Rev. adm. 1983, p. 368, note Pacteau. TC, 4 juillet 2016, requête numéro 4057, Commune de Gélaucourt c/ Office public d'habitat de la ville de Toul : Contrats:Marchés publ. 2016, 230, note Pietri. Tribunal des conflits, 7 avril 2014, Société d´édition de ventes publicitaires (SEVP) c/ Office du tourisme de Rambouillet, requete numéro 3949 ; Dr. adm. 2014, 49, note Sée. Il résulte de cet arrêt que sauf disposition législative contraire, le contrat est un contrat de droit privé « à l'exception de ceux comportant des clauses exorbitantes du droit commun ou relevant d'un régime exorbitant du droit commun ainsi que de ceux

←

إداريتها .إذ أن القوانين التي نظمت العقد وأنواعه هي: القوانين المدنية والتجارية والإدارية ، لذا فالعقد الذي ينظمه القانون المدني يعد عقدا مدنيا ، والعقد الذي ينظمه القانون التجاري ، يعد عقدا تجاريا ، والعقد الذي ينظمه القانون الإداري ، يعد عقدا إداريا.

وتأسيسا على ذلك فإن تحديد القانون بمعناه الخاص، هو الذي يحدد طبيعة هذا العقد ، أهو عقد مدني أم تجاري[1] ؟ لكن يجب، عند تعذر التوزيع العادل للعناصر أن نعود إلى حكم الأصل العام في تحديد طبيعة العقود، وهي أنها كلها مدنية[2] ، أما ما يرجَّح من كونه عقد إداري أو تجاري، فهو راجع إلى ما يرتبه العقد من آثار تنشأ المنازعات منها في العادة، ولهذا يرى البعض[3] أن العقود جميعها مدنية، أما كونها غير ذلك، فهو واقع مجازاً تبعاً لبعض الأحكام، في حين أن العقد في إبرامه ورضا أطرافه ومحله وسببه وكل ما يتصل بصحته من عدمها، أو نفاذه من عدمه، أو لزومه من عدمه، أو وجوده وانعدامه، وما يتصل به من آثار أصلية، كلها تخضع للقانون المدني. أما كون بعض العقود تجارية على سبيل المثال، فالفقه التجاري يعد العقود التجارية نوعاً من العقود التي ظهرت نتيجة التطور الذى مر به العالم في توسع التجارة وإيجاد سبل جديدة، أو بالأصح متجددة، من أجل تحقيق أغراضها المتمثلة بالسرعة والائتمان[4]، فهي بذلك تختص ببعض الأحكام، وليس معنى ذلك أن طبيعتها تغيرت.

إلا أن التسليم بهذا الاتجاه سيجعل من جميع العقود مدنية، إذا أخذنا بمنطق فكرة التوزيع، فكل عقد سيحتوي على عناصر هي في أغلبها مدنية، بمعنى أنها منظمة في القانون المدني، لكن ليس بالضرورة إخضاعها للنظام القضائي المدني، وبالتالي سيخلق هذا إرباكاً بين تحديد طبيعة العقد والآثار التي من المفترض أن تترتب عليه، إذ من المفروض أن يترتب على تحديد طبيعة عقد ما بأنه مدني، اختصاص المحكمة المدنية النظر في المنازعة الناشئة عنه، لكن هذا لا يحصل في جميع الأحيان.

الفرع الثاني

دور فكرة التوزيع في تحديد طبيعة العقد

من جهة أخرى واستناداً إلى فكرة التوزيع، فإن افتراض كون العقد الذي يبرمه العميل مع ملتزم المرافق العامة عقداً إداريا، فهو أمر نص عليه القانون صراحة[5]، لكن الأمر يختلف بالنسبة للعقد الذي يبرمه متلقي الخدمة مع

← relatifs à celles de ses activités qui ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique ».

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين، مكتبة دار الثقافة، عمّـان، 2001، ص138.

(2) د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، مرجع سابق، ص273 .

(3) د.علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، ج2 ، الدار المصرية ، بيروت ، 1971، ص5. كذلك لاحظ : د.محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، مطابع جامعة الملك سعود ، الرياض ، 1984، ص 3.

(4) في تفصيل هذا المعنى، لاحظ : د. اكرم ياملكى، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، ج ا، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد،1976، ص 6.

(5) لاحظ: المادة (891) مدني عراقي، تقابلها في التشريع الفرنسي المادة (3) من الأمر رقم 2016 – 65 المتعلق بعقود الامتياز (السابق ذكره).

الجهة الخاصة الممثلة للجهة العامة، فافتراض أنه عقد إداري هو افتراض يفتقر إلى الواقعية، ذلك لأن الفقه والقضاء الإداريين في كل من مصر[1] وفرنسا[2]، استقرا على الضوابط التي بها تتحدد الطبيعة الإدارية للعقد بصفة عامة ، وهذه الضوابط هي:

1- أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية[3].

2- أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام من حيث سيره أو تنظيمه[4] .

---

(1) وجاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر حكم لها بقولها "إن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية، وذلك ان قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة"، (حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر جلسة 1964/3/7، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في 10 سنوات، ص1042). الحكم ذكره د. أحسن رابحي ود. مصطفى النجيفي، القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، القرارات الإدارية والعقود الإدارية، جامعة الشارقة، 2020، ص 171.

(2) CE, 15 mars 1999, N 199889, Union des Mutuelles de la Drôme (RFDA 2002, p. 350, note Luchère. CE Sect., 13 décembre 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et Merlin : Rec. p. 623. TC, 21 juillet 1972, N 78563, SA Entreprise ossude : Rec. p.562.

(3) من ظاهر التسمية توجب العقود الإدارية أن تكون الإدارة أحد أطراف العلاقة القانونية، فلكي يعتبر العقد إداريا يجب أن تكون الإدارة طرفا فيه، وتكون الإدارة طرفا في العقد الإداري من خلال أحد الأشخاص المعنوية العامة الإقليمية مثل المحافظة أو المدينة، أو من خلال أحد الأشخاص المعنوية المرفقية، كالهيئات العامة مثل الجامعات والنقابات المهنية بأنواعها، وعليه فان العقد المبرم بين الأفراد العاديين لا يمكن أن يكون عقدا إداريا حتى وان كان أحد المتعاقدين هيئة أومؤسسة خاصة ذات نفع عام (د. ثروت بدوي ، المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني، العددان الثالث والرابع سنة1957، ص120)، فعقود الأفراد لا تعتبر عقوداً إدارية، وإنما عقوداً مدنية عادية، لأن الإدارة ليست طرفا فيها، وكذلك العقود التي تبرمها المؤسسات الخاصة ذات النفع العام كالجمعيات الخيرية، فمن المتفق عليه فقها وقضاء أن عقودها مع أشخاص القانون الخاص تعتبر عقودا مدنية تخضع للقانون المدني (د. أنس قاسم جعفر ، أسس وأصول القانون الإداري، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص275).

(4) تعد صلة العقد الإداري بالمرفق العام من اهم ما يلزم لإلحاق الصفة الإدارية بالعقد، ومن ثم خضوعه للنظام القانوني المتميز للعقود الإدارية، ذلك ان مقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما يحتويه النظام القانوني للعقود الإدارية من خروج على القواعد المألوفة في عقود القانون الخاص، وجدير بالذكر هنا أن درجة اتصال العقد الإداري بنشاط المرفق العام ليست وأحدة في كل العقود، وإنما تختلف من عقد لآخر، وحسب ما إذا كان المتعاقد مع الإدارة يساهم في إدارة المرفق بصورة مباشرة أو غير مباشرة (لاحظ: د. مصطفى عبد المقصود سليم، معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص56) . وجاء أيضا في قرار للمحكمة الإدارية العليا في مصر في 24 فبرأير 1968 (مناط العقد الإداري.... أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة). القرار ذكره د. أحسن رابحي ود. مصطفى النجيفي، مرجع سابق، ص 174) .

Voir également : CE, 21 mars 2007, N 281796, Commune de Boulogne:Billancourt : Rec. p. 130 ; BJCP 2007, 230, concl. Boulouis, note Ch. M. ; AJDA, N 3, Paris, juillet 2007, p. 915, note Dreyfus.: V. également CAA Nancy, 22 mars 2012, N 11NC00238, Si Abdallah : LPA 22 avril 2013, p. 10, note Tifine.

وارتباط العقد بالمرفق العام يعني ارتباطه بالمفهوم الموضوعي للمرفق العام حيث إن للمرفق مفهوماً عضوياً ←

3- اتباع وسائل القانون العام، وذلك بما يتضمنه العقد من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص[1].

← يتمثل بالأجهزة الإدارية، ومفهوماً موضوعياً يتعلق بنشاط المرفق من حيث التنظيم والإدارة والاستغلال أو المعاونة، فالمفهوم العضوي للمرفق يعني أن الفرد عندما يرتبط بعقد مع مرفق عام يفيد في هذا الصدد أن الإدارة هي طرف في العقد، وبناءً على ذلك فان فكرة المرفق العام يجب أن تفهم في هذا المجال بالجانب الموضوعي. (لاحظ: د.محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، طبعة 1982، ص16، وكذلك د. ثروت بدوي، القانون الاداري ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص167) . ومثال ذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في 16 ديسمبر 1956 إذ جاء فيه "... ومن ثم فان المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور ... مشتركا في ذلك وعلى درجة متسأوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة" (القضية رقم 222 لسنة 10 قضائية، المجموعة،السنة الحادية عشر، ص 88). الحكم ذكره د. أحسن رابحي ود. مصطفى النجيفي، مرجع سابق، ص 175).

Voir également : Tribunal des conflits, 9 mars 2015, Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France, N 3984: AJCT 2015, p. 403, obs. Dreyfus ; chron. Lessi et Dutheillet de Lamothe et p. 601, tribune Clamour ; Dr. adm. 2015, 34, note Brenet ; Contrats;marchés publ. 2015, 110, note Devillers ; JCP, N 1, Paris, janvier 2015, 2157, note Sestier et 2157, chron. Hul ; RFDA 2015, p. 265, concl. Escaut et p. 273, note Canedo:Paris ; RTD com. 2015, p. 247, chron. Orsoni.

(1) يعتبر معيار البنود الاستثنائية وغير المألوفة أهم وسيلة يعتمدها القضاء الإداري للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام، ويراد بها "تلك الشروط التي تمنح أحد المتعاقدين حقوقا أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري، ولذلك تكون باطلة إذا ما وجدت في عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام". (لاحظ: د.منير محمود الوتري ،العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية في إطار التحولات الاشتراكية ، الجزء الأول ، بغداد، 1979، ص200). ومن أمثلتها حق الإدارة في تعديل بعض شروط العقد كلما اقتضت المصلحة العامة ذلك، حقها في توقيع جزاءات على المتعاقد قد تصل إلى فسخ العقد وإنهائه بإرادتها المنفردة ودون حاجة للجوء إلى القضاء. (في تفصيلها لاحظ: د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004، 644. وأيضاً: د. حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2010،ص569). وهذا ما كرسته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكم لها قائلة (إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك ان للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائما " حق تغيير شروط العقد.... دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين...") الطعن رقم 882 لسنة 10 القضائية، جلسة 1968/3/2، أشار اليه د. أحمد محمود جمعة ، تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات القانون العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2005، ص22.

Ce critère est apparu à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges (Rec. p. 909, concl. Blum ; RDP 1914, p. 145, note Jèze). Voir aussi : Conseil d'Etat du 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant (N 82338 : Rec. p. 48 ; CJEG 1973, p. 239, concl. Rougevin:Baville, note Carron ; AJDA, N 2, Paris, Mars 1973, p.358, chron. Léger et Boyon ; note Pellet ; Rev. adm. 1973, p. 633, note Amselek). Citè par : Truchet (D), Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Paris, LGDJ, 1977, P 67 – 68.

في هذا الصدد نشير بأنه لا يشترط تحقق عدد معين من الشروط غير المألوفة لتحديد طبيعة العقد بأنه إداريا، ←

ونستخلص مما سبق أن ضوابط تكييف العقد الإداري يجب النظر إليها بصورة متساوية، وفقاً لفكرة التوزيع، أي أن بمجموعها يصبح العقد إدارياً، فإن تخلف أحدها، يعد العقد، ووفقاً للفكرة ذاتها، عقداً مدنياً، فكثير من العقود يغلب الشك في تحديد تبعيتها، فإن حددها القانون، كانت كلمته هي الفصل، لكن إن لم يحددها، فإن على القضاء أن يوزع نظره على كل عناصر العقد ليستخرج منها رأيه حول تحديد طبيعة العقد وفقاً لفكرة التوزيع، وهذا ما حصل بخصوص عقود انتقال اللاعبين المحترفين[1]، والتي يشرف عليها الاتحاد المعني باللعبة، كاتحاد كرة القدم، إذ أن اللوائح المنظمة للاحتراف الرياضي بما فيها قواعد انتقال اللاعبين، قد حددت في فرنسا على أنها اتفاقات تخضع للقانون الخاص وليس للقانون العام[2].

أما فيما يتعلق بتحديد طبيعة العقد الذي يبرمه متلقي الخدمة مع الجهة الخاصة الممثلة للجهة العامة، فإن قياس

←

بل يكفي أن يتضمن العقد شرطا وأحدا غير مألوف لكي يضفي على العقد صفته الإدارية، كما لا يشترط أن ينص العقد نفسه على الشروط غير المألوفة، بل يكفي أن تكون هذه الشروط منصوصا عليها في قانون أو في لائحة، شرط أن يحيل العقد إلى هذه النصوص. (حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في 1968/2/24، مجموعة مجلس الدولة ، السنة 13،ص557، ذكره د: حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص569). وحتى إن لم يتضمن العقد أية شروط استثنائية فقد جرى القضاء الإداري الفرنسي على اعتبار العقد إداريا إذا كان من شأنه إشراك المتعاقد نفسه في تسيير المرفق العام، والحقيقة أن مجرد إشراك المتعاقد نفسه يعد في ذاته شرطا استثنائيا غير مألوف في عقود القانون الخاص؛ وقد استقر الفقه على هذا الأمر، فقد جاء في حكم لمحكمة المنازعات الفرنسية الصادر في 7 نوفمبر سنة 1922 في قضية (Manon) (.... فإذا اقتصر مؤجر السفينة على وضع سفينته تحت تصرف الدولة دون أي مشاركة من جانبه ، فالعقد يعتبر عقد إيجار من عقود القانون الخاص، أما إذا تولى بنفسه وبحارته نقل الجنود ، فان العقد يعتبر إداريا....).

Conseil d`Etat, Arrêt Manon, Le 3 novembre 1922, publiée au recueil Lebon. Papaefthymiou (S), La distinction droit privé : droit public dans la théorie du droit, thèse, Université de Paris X – Nanterre, 1994, P 58. Voir aussi : Chapus (R), Le service public et la puissance publique, *Revue du droit public*, 1968, p. 235 et s.

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، عقود انتقال اللاعبين، مرجع سابق، ص136 .

(2) فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن ميثاق احتراف كرة القدم في فرنسا هو "اتفاق من اتفاقات القانون الخاص" .لاحظ:

C.E. 15 Mai 1991 D. Jurisprudence , 1991, P.5 , lot. Ladraume.

(وترجع أهمية هذا الحكم إلى أن تحديد الطبيعة القانونية لميثاق احتراف كرة القدم ، كان محلا للخلافات بين الفقه والقضاء الفرنسيين ، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الاتحاد الفرنسي لكرة القدم ، هو شخص من أشخاص القانون الخاص، أسند اليه بمقتضى نص المادة (16) من القانون ذي الرقم (84:615) ، بشأن تنظيم وتنمية الانشطة البدنية والرياضية ، مهمة إدارة مرفق عام (مرفق رياضة كرة القدم) ، كان قد أدى الدور المهم في اعداد هذا الميثاق ، فالاتحاد الرياضي لكرة القدم ، هو الجهة المسؤولة عن تنظيم وإدارة المسابقات والاشراف عليها ، كما أنه الجهة التي يعهد اليها بمهمة اعداد ألأنظمة القانونية الخاصة بعملية الاحتراف ، ولكى يقوم الاتحاد بهذه المهمة ، فقد اسند اليه القانون المذكور ، جانباً من السلطات العامة، كى يتمكن بمقتضاها من إصدار اللوائح اللازمة لتنظيم احتراف كرة القدم ، ومن ثم وضع النظام الاداري والتأديبى الذي يفرض على جميع الاندية الممارسة للاحتراف). (لاحظ: د. عبد الحميد الحفني ، عقد احتراف لاعب كرة القدم، بحث ملحق بمجلة الحقوق الكويتية، العدد4، السنة 4، 1994، ص 20 الهامش).

هذا العقد على العقد الذي سيبرمه هذا الشخص مباشرة مع الأصيل، فيما لو لم يكن هناك تمثيل للجهة الخاصة، هو قياس مع الفارق، إذ وإن كانت الجهة المبرمة للعقد مع متلقي الخدمة هي جهة عامة، إلا أن هذا العقد بعيد عن أي نشاط يتصل بمرفق عام، كما أن أطراف العقد لا تلجأ إلى اتباع وسائل القانون العام في إبرام مثل هذا العقد، فإبرام عقد مع جهة عامة للحصول على تأشيرة أو مشورة أو تصديق شهادة، فيما لو افترضنا أنه عقد أصلاً، لا يبرم عن طريق المزايدة العلنية العامة أو المناقصة العلنية العامة[1].

المطلب الثاني

آثـار فكرة التوزيع

تنظر فكرة التوز يع إلى جميع عناصر العقد بعين المساواة، وبهذا ينجم عنها تحديد لطبيعة العقد تمهيداً لتطبيق القانون المختص عليه، لكن لهذ الطريقة مزاياها وعيوبها، نعالج ذلك في فرعين:

الفرع الأول

مزايا فكرة التوزيع

تكمن مزايا فكرة التوزيع في الآتي:

1- إنها تقيم الوزن نفسه لجميع عناصر العقد، وهذا ما يتفق مع كون هذه العناصر أركان، ينبني العقد بها جميعاً.

2- إنها فكرة محايدة، فهي لا تركز على عنصر وتهمل الآخر، وهذا أمر يتَّسق مع النظرة إلى المعايير التي قيلت في تفضيل طبيعة على طبيعة أخرى، فكلها شابها القصور والنقد، وانتهى الأمر إلى عدم اعتماد أحدها على حساب المعايير الأخرى، بل اعتمادها جميعاً.

3-إنها فكرة تنحاز إلى الأصل العام في العقود، وهي أنها جميعها مدنية لعدم تكامل التوزيع لجميع العناصر المكونة للعقد.

ولعل الفكرة الأخيرة تحظى بأهمية أكبر في هذا الصدد حيث أنها تتماشى مع نتائج التغيرات والتحولات المستمرة التي تعرفها فروع القانون المختلفة، في أسسها وقواعدها ووسائلها والمنازعات المرتبطة بها[2]، ويعتبر القانون الإداري أكثرها عرضة لهذه التحولات بسبب مرونته الكبيرة وحركيته الواسعة من جهة، وضخامة عناصر تداخله مع القانون المدني من جهة أخرى، الأمر الذي آثار أزمة موضوعية واسعة أساسها تداعيات النزعة المدنية للنشاط الإداري، في ظل إشكالية تحديد المعايير التي على أساسها يمكن القول بأن النشاط الإداري خاضع للقانون العام أو للقانون الخاص[3]،

---

(1) لاحظ تفصيل ذلك في العقود الادارية بشكل عام: د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبدالله الدليمى ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ، دار الكتب ، الموصل ، 1992، ص 42. راجع كذلك : د.حلمي مجيد ، كيفية تمييز العقد الاداري عن غيره ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها جامعة بغداد. المجلد الخامس ، العددان (1،2) ، 1986، ص 229 وما بعدها.

(2) Pour aller loin voir : Carbonnier (J), Flexible droit, Paris, LGDJ, 1979, P 278 et s.

(3) Sur ce point d`analyse voir : Alliès (P) et autres, OP.CIT, P152 et s. Voir aussi : Braibant (G) et Stirn (B), OP.CIT, P 163 et s. Voir aussi : Caillosse (J), L'intérêt général, la croissance et le droit administratif des biens, thèse, Université de Rennes, 1978, P 37 et s. Voir aussi : Caillosse (J) et Hardy (J), Droit et modernisation administrative, Paris, La Documentation française, 2000, P 84 et s. notamment : Cassese (S), La construction du droit administratif. France, Grande:Bretagne, Paris, Montchrestien, 2002, P 117 et s. Voir également : Chapus (R), Droit administratif général, Paris, ←

خاصة وأن كل القيود التي تخضع لها عملية إبرام العقد الإداري – مثلا – وكذا الوسائل التي تستعملها المصلحة المتعاقدة في تنفيذه، هي أدوات قانونية تندرج ضمن صميم القانون العام.

وبالتالي فإن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على المنازعات المتعلقة به تتميز بالطابع الإداري، غير أن ذلك لا يمنع من تطبيق بعض قواعد القانون الخاص على بعض المسائل الفرعية في مجال منازعات العقود الإدارية، كالمنازعات المتعلقة بأهلية التعاقد أو المنازعات الواقعة بين المتعاقد مع الإدارة والمتعامل الثانوي في العقد، وهذا يتطلب وجود قاض مختص وملم بكل خبايا العقود الإدارية، لكي يقوم بالتطبيق الصحيح للقانون، ولا يخلط بين المسائل التي تتطلب تطبيق القانون العام والمسائل التي تتطلب تطبيق القانون الخاص[1].

الفرع الثاني

عيوب فكرة التوزيع في تحديد طبيعة العقد

لكن، مع ذلك، فإن لفكرة التوزيع عيوب كثيرة، أهمها:

1- أنها، وإن نظرت بعين المساواة إلى كل عناصر العقد من حيث الوجود، لكنها غضت النظر في أن تخلف أحدها يودي بالنتيجة كلها، على الرغم من تحقق العناصر الأخرى. إلا أن فكرة التوزيع تنظر بعين المساواة أيضاً إلى تأثير انتفاء كل عنصر على انتفاء الطبيعة دون تمييز بينها.

2- إنها، وإن كانت فكرة محايدة، لكنها ليست واقعية، فلا بد من ترجيح بعض العناصر على بعض، إذ أنه وحتى على مستوى أركان العقد، هناك من ينظر إلى ركن الرضا أنه الأهم في العقد[2].

←

Montchrestien, 2001, P 76 et s.

(1) Benoît (P), L'utilisation du Droit civil dans l'élaboration du droit administratif, thèse de doctorat en Droit, Université de Panthéon:Assas, Paris, 2001, P 165.

(2) د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 19.(والجدير بالذكر أن الرضا وما يقابله من رضا، يشكلان بتوافقهما التراضي، الذي ينبني عليه العقد مع مراعاة الشروط مع ما يقرره القانون من أوضاع معينة يجب إتباعها). لاحظ: د.محمود حلمي، العقد الإداري، ط2 ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977 ص6. (والرضا بالنسبة للإدارة كطرف في العقد يجب أن يكون صادراً من الجهة المختصة بالتعاقد وفقا للنظم المقررة من حيث الاختصاص والشكل). د.عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص15. (كما أن إبرام العقود باسم الإدارة لا يملكه الإ أشخاص حددهم المشرع ووفقا للقواعد العامة لا يجوز لهؤلاء الأشخاص أن يحلوا غيرهم في ممارسة هذا الاختصاص، كما لا يجوز تفويض غيرهم في ممارسته الإ في الحدود وبالقيود التي يضعها المشرع. ومن جانب آخر لا يكفي وجود الرضا من جانب ممثل الإدارة فحسب بل يقتضي أن يكون هذا الرضا سليما خاليا من عيوب الرضا كالغلط والتغرير والإكراه والغبن، ويسلك القضاء الإداري مسلك القضاء المدني في إبطال العقود الإدارية التي يشوبها عيب من العيوب، ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في26 أبريل سنة 1950 الذي أبطل عقدا إداريا بسبب الوقوع في الغلط (حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية، في حين أن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلا للشركة). ولما كانت الإدارة طرفا في العقد الإداري لم يعد البحث عن إرادة ممثل الإدارة أمرا مهما وذلك لان إجراءات إبرام العقد الإداري كفيلة للتأكد من وجود الإرادة ومن التعبير عنها أو من سلامتها من العيوب). د.سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص324.

3- إن من شأن فكرة التوزيع أن تجعل للعقد طبيعتين في آن واحد، فقد يكون العقد مدنياً من طرف، وتجارياً أو إدارياً من طرف آخر[1]، ذلك لأنها تنظر إلى كل العناصر بعين المساواة، فبدلا من أن ترجح أحدها، لتقرر نوع طبيعة العقد، هي توزن كل العناصر في ميزان واحد، فيصبح العقد ذو طبيعتين[2]، وهذا ما قد يربك المختصين في تحديد القانون المختص بالنزاع، وتحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى، لهذا هجر الفقه هذه الفكرة، وإن لم يسميها، وتحول إلى فكرة التركيز.

(1) وقد أطلق بعض الفقه على هذا النوع من العقود بالعقود المختلطة، كما هو الحال بالنسبة لعقد التأمين على الحياة، فهو عقد مختلط، لأنه مدني من طرف المؤمن له، وتجاري من طرف المؤمن. (لاحظ: د. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص60) .

(2) Loiseau (G) et Serinet (Y:M), La Formation du contrat, t. II, L'Objet et la Cause – Les Nullités, LGDJ, « Traité de droit civil », 4e édition, 2013, P 47 : 48.

المبحث الثاني

تحديد الطبيعة القائم على فكرة التركيز

تعود فكرة التركيز إلى فقه القانون الدولي الخاص عند حديثه عن القانون الواجب التطبيق على العقد، ولا سيما عقد العمل، حيث تجد أساسها في هذا القانون، في أن إرادة الأطراف لا تقوم في الحقيقة باختيار قانون معين، بل أن وظيفة الإرادة هي تركيز العقد في موقع (عنصر) محدد، أي تحديد مقر العقد وفقا للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطاً وثيقاً، والمحيطة بظروف التعاقد وموضوعه، وذلك حماية للمصالح الاقتصادية والاجتماعية في هذا الموقع، ومن ثم يجب أن تعبر الإرادة عن مركز الثقل في العلاقة، فإذا انصرفت إلى تحديد قانون بعيد عن مركز الثقل فيها أو لا يمتُّ لها بصلة ما، فإنه لا يعتد بها، لأنها لا تكون قد حققت الهدف المقصود منها، وهو تركيز العلاقة في الموقع الذي ترتبط به فعلاً، وعندئذ يتولى القاضي تصحيح اختيار الخصوم[1].

كما أن لفكرة التركيز دعامة في التأسيس لتحديد طبيعة العقد بشكل عام، وطبيعة العقد الذي يبرمه متلقي الخدمة مع الجهة الخاصة الممثَّلة للجهة العامة بشكلٍ خاص، الأمر الذي تترتب عليه نتائج عدة، نعالج هذين الأمرين في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

دعامة التركيز أساساً لتحديد الطبيعة

تقوم فكرة التركيز على تمحيص العنصر الفعال المؤثر على تحديد طبيعة العقد، لذا فإن تحديد ماهيتها له دور في تحديد طبيعة العقد، وهذا ما نتناوله في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

ماهية فكرة التركيز

منطلق فكرة التركيز أنه ليس جميع العناصر المكونة للعقد على قدم المساواة، فهناك عنصر مهم، وهناك عنصراً أهم، فيجب التركيز عليه، ففي عقد العمل لا يمكن عدّ هذا العقد لا عقداً تجارياً ولا عقداً إدارياً، بل هو عقد مدني صرف، ونتيجة ذلك متأتية من عنصر التبعية الذي بسببه عمدت التشريعات إلى العناية بوضع العامل، فأبطلت كل اتفاق من شأنه أن ينزل بحقوق العامل أو مصالحه دون الحد الأدنى المقرر له، لذا يبقى العقد عقد عمل، وتبقى طبيعته مدنية، وإن كان رب العمل تاجراً أو شخص من أشخاص القانون العام، فلن يتحول العقد إلى طبيعة تجارية أو إدارية، كما أن عقد الحساب الجاري يبقى عقداً تجارياً، صحيح أن القانون اعتبره كذلك، لكن فكرة التركيز لها دور في دفع المشرع إلى عدّه تجارياً، فهو يمس عملية من عمليات البنوك التي تعد لطرفيها عملاً تجارياً.

كذلك الحال بالنسبة لعقد التزام المرافق العامة حيث شكلت طبيعته الموضوعية المعقدة هاجسا كبيرا بالنسبة للمجمع الفقهي من أجل تحديد طبيعته القانونية النهائية، وهكذا اتجه جانب من الفقه إلى إدراجه ضمن الأعمال

(1) لاحظ : د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، (دون ذكر سنة نشر)، ص 82.

القانونية الإدارية الانفرادية، طالما أن تحضيره وتنظيمه وتوجيهه وإقرار مصيره بالاستمرار أو الإلغاء كلها ترجع إلى الإرادة المنفردة للإدارة، في حين اتجه فريق آخر من الفقه إلى إدراجه ضمن عقود القانون الخاص، لارتباطه بالمرافق الصناعية والتجارية التي تستهدف تحقيق الربح بدلا من ارتباطه بالمرافق العامة الإدارية التي تستهدف تحقيق المصلحة العامة[1]، وخلص الاتجاه الفقهي إلى تبني مبدأ الطبيعة الخاصة والمختلطة لهذا العقد. هذه الطبيعة الخاصة والمختلطة تنطوي عن عدم تجانس المحتوى الموضوعي، حيث تتداخل فيه شروط أو بنود مختلفة موزعة بين الطابع التعاقدي والطابع التنظيمي، إذ يسعى عقد الامتياز إلى إحداث التوازن بينها، ومرجع ذلك إلى افتراق طرفي العقد عند طبيعة الأهداف التي يرجوها كلا منهما، فالإدارة المانحة هدفها المصلحة العامة وصاحب الامتياز هدفه الربحية، ولكن هذه النظرية استطاعت أن تجمع هذا التناقض في عقد واحد[2].

أما بالنسبة للشروط التعاقدية فهي تخضع للتفاوض والموافقة المشتركة بين الإدارة والطرف المتعاقد معها، ومثالها الشروط المتعلقة بمدة الالتزام والمزايا المالية التي تمنحها الإدارة للملتزم، في المقابل تتصل الشروط اللائحية بتنظيم المرفق وتشغيله، ولذلك تنفرد الإدارة بإعدادها دون مشاركة المتعاقد معها، كما يمكنها في أي وقت تعديلها بإرادتها المنفردة دون حاجة لطلب موافقة الطرف المتعاقد معها ودون حاجة للجوء إلى القضاء، ومن ثم فهي لا تختلف عن اللوائح الإدارية المنظمة للمرافق التي تدار بطريق الاستغلال المباشر، لذلك يستطيع المنتفعون بالمرفق الاستناد إليها في الطعن في قرارات الإدارة المخالفة لها، ومن أمثلتها شروط استغلال المرفق، ورسوم الانتفاع بخدمات المرفق ومركز العاملين في المرفق وغيرها[3].

الفرع الثاني
دور فكرة التركيز في تحديد طبيعة العقد

إن فكرة التركيز، بعكس فكرة التوزيع، تركز نظرها على العنصر الأهم في العقد، ومن خلاله تتبين طبيعة العقد، حيث يفحص القاضي عناصر العقد المتنوعة، فيركز على أهمها، ليتخذه أساساً لفحص طبيعة العقد.

وهنا قد تبدو وظيفة القاضي صعبة إلى حد ما، فقد يبرز عنصرين متضادين في آن واحد، يبدوان على درجة واحدة من الأهمية، كاتصال العقد بنشاط مرفق عام، واتصاله في الوقت نفسه بالمضاربة، كما في عقود (البوت)[4]، أو

(1) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص76.

(2) Sur ce point d`analyse voir: Guglielmi (G) et Koubi (G), Droit du service public, Paris, Montchrestien, 2000, P 51 et s.

(3) Voir par exemple: Tribunal des conflits, arrêt Société entreprise Peyrot du 8 juillet 1963 (Rec. p. 787 ; AJDA, N 1, Paris, Janvier 1963, p. 463, chron. Gentot et Fourré ; D. 1963, jurispr. p. 543, concl. Lasry, note Josse ; 1963, II, 13375, note Auby ; p. 766, concl. Lasry ; RDP 1964, p. 767, note Fabre et Morin). Cité par : Amselek (P), Le service public et la puissance publique. Réflexion autour d'une étude récente, Actualité juridique. Droit administratif, Paris, 1968, p. 492 et s.

(4) يقصد بعقود أو مشروعات عقد البوت B.O.T تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أم أجنبية، سواء كانت من القطاع العام أو القطاع الخاص، وذلك لإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة على حساب الشركة وبنفقاتها، وتتولى هذه الشركة تشغيل المشروع وإدارته مدة معينة تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة، وأخيرا تنقل الشركة ملكية المشروع في حالة جيدة إلى الدولة أو الجهة المتعاقد معها.(لاحظ:د.أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص356). في حين عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الإنسترال) عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (بأنها شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية امتياز، ←

كعقود (الفيديك)[1]، أو عقود الليزينغ[2]، أو عقد الفاكتورنغ[3]، أو كالعقد الاستثماري الذي يبرمه المستثمر مع الجهات الحكومية، أو كالعقد الذي يبرمه العامل مع شركة تجارية مقابل أجر في صورة حصة في شركة، وأيضاً عقود الخدمة التي تقدمها جهات التوثيق أو التصديق[4] على المواقع الإلكترونية، وكذلك عقود الخدمة التي تقدمها الجهات الخاصة نيابة عن الجهة العامة في مقابل أجر، كالحصول على تأشيرات الدخول إلى الدول، أو معاملات الإقامة والجوازات، وما شاكل ذلك.

ويتحدد دور فكرة التركيز في الترجيح بين العنصرين المهمين في العقد، عبر قراءة النية المشتركة للمتعاقدين والإرادة التشريعية والأبعاد الظرفية المختلفة للعقد، ففي العقود الإدارية تتمسك الإدارة بإعطاء الاختصاص للقانون الوطني وللمحاكم الوطنية، في حين تميل العقود التجارية إلى مشارطة التحكيم، كما أن الجهات الخاصة وإن كانت وكيلة لجهة عامة، إلا أنها تمارس عملها القائم على المنافسة والمضاربة، رغم اتصال نوع الخدمة التي تقدمها عبر تعاقدها مع الغير،

←

وعندئذ تقوم شركة المشروع ببناء وتشغيل وإدارة المشروع لعدد من السنوات، وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحا من تشغيل المشروع واستغلاله تجاريا، وفي نهأية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة. (لاحظ: د.مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقد الالتزام – عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت B.O.T، بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية الانترنيت، على الموقع الإلكتروني www.iasj.net).

(1) تختلف المشاريع الهندسية وطرق إدارتها وآلية كتابة عقودها تبعاً لحجم المشروع ووظيفته وجهاته المالكة والمنفذة والمشرفة على عملية سير المشروع. وغالباً ما تنشأ بعض الخلافات بين تلك الجهات في جميع مراحل حياة المشروع فتفضي في نهاية الأمر إلى هدر الوقت وإلى توقف العمل وتعطيله. وحلا لهذه المشكلة وجدت عقود ال"FIDIC" ، وفي هذا المقال سنوضح دور هذه العقود في حل تلك النزاعات وميزاتها. الفيديك: هو اختصار باللغة الفرنسية ل (Fédération Internationale Des Ingénieurs:Conseils) أي الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، تأسس اتحاد فيديك عام 1913 من قِبل فرنسا وبلجيكا وسويسرا ويقع المقرّ الرئيسي في سويسرا ويضمّ حالياً أكثر من 60 دولة، يعمل اتحاد فيديك على إيجاد عقود نموذجية قياسية لقطاعيّ البناء والهندسة وتطويرها بما يتلائم مع متطلبات جميع الجهات، كعقود أعمال (الهندسة المدنية، والهندسة الكهربائية والميكانيكية، وعقود التصميم والبناء، وعقود تسليم المفتاح). تهدف عقود فيديك إلى تحقيق العدالة بين أطراف المشروع، وتعتبر مرجعاً في كتابة العقد وتسوية النزاعات بين الأطراف وفق مراحل وآليات محددة.

Malaurie (Ph), Aynès (L.) et Gautier (P.:Y.), Droit des contrats spéciaux, Defrénois, 10e édition, Paris, 2018, p. 123 : 127. Voir aussi : Seube (J:B) et Raynard (J.), Droit des contrats spéciaux, LexisNexis, 9e édition, Paris, 2017, p. 94 et s.

(2) ظهر عقد الليزنغ أولا في الولايات المتحدة الأمريكية ثم ظهر في فرنسا، حيث صدر في 2 تموز 1966 تشريع ينظمه، والغاية من هذا العقد هو تمكين المشاريع الصناعية من استئجار التجهيزات الصناعية والآلآت من شركات متخصصة تشتريها لحسابها من الصانع لتقوم بتأجيرها لأصحاب المشاريع، مع حق تملك هؤلاء لها عند نهاية عقد الايجار، على أن تُخصم بدلات الايجار من الثمن المتفق عليه في العقد، في حال مارس المستأجر حقه في الشراء. (لاحظ: د. هدى عبد الله، مرجع سابق، ص 61) .

(3) وهو عقد شراء الديون التجارية. (لاحظ لمزيد من التفصيل: د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكتورنغ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005، ص22).

(4) وهي الجهة المسؤولة عن إصدار شهادة تتضمن تحديد هوية الموقع، وتثبت صلته بالتوقيع الإلكتروني. (لاحظ: د. أيمن سعد، التوقيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 83).

بنشاط الإدارة.

إن مشكلة تحديد طبيعة العقود بالاستناد إلى فكرة التركيز، هي مشكلة معقدة جداً ويصعب وضع حلولاً عامة، إذ لكل عقد شروطه وعناصره، ما لم يصب العقد في شكل من أشكال العقود النمطية التي تتوحد فيها الشروط والعناصر، كما أن العقد بخلاف العمل، نظام مرتبط بطرفين، وقد يرتبط بأشخاص عديدة، ففي العمل التجاري تسهل عملية تحديد طبيعته لاتصاله بطرف واحد، كتظهير الورقة التجارية والشراء بقصد البيع ثانية بربح، وكذلك العمل الإداري الذي يصدر من جهة الإدارة، كالقرار الإداري، يسهل أمر تحديد طبيعته الإدارية، وكذلك العمل المدني الصادر من طرف واحد، كالزراعة والمحاماة والحرف والمهن الأخرى كالطب والتعليم ونشاط العامل، كلها أعمال مدنية.

أما العقد فهو التقاء عملين، قد لا يكونا بالضرورة عملان مدنيان، فيكون العقد مدنياً بلا شك، كالعقد الطبي، أو العقد الرياضي، أو عقد بيع المحصول الزراعي بين الفلاح والمستهلك مباشرةK أو عملان تجاريان، فيكون العقد تجارياً بلا شك، كعقد الشركة التجارية، وعقد الاعتماد المستندي، وعقد الرهن التجاري، أو عملان إداريان، فيكون العقد إدارياً بلا شك، كعقد الامتياز وعقد الأشغال العامة أو عقد التوريد[1].

بل قد يكون العقد ملتقاً لعملين مختلفين من حيث الطبيعة، كما لو كان العقد بين تاجر يمارس عملاً تجارياً، وشخص غير تاجر يمارس عملاً مدنياً، كعقد بيع تاجر التجزئة للمستهلك، وعقد المقاول التاجر مع العامل، أو يكون أحد الطرفين ممارساً لعمل إداري والآخر لعمل مدني، كالعقد بين جهة الإدارة وأحد الجمهور في بيع أملاكها العامة عبر المزايدة العلنية، أو العقد بين الإدارة والعامل أو المزارع، أو المحامي لتقديم استشاراته القانونية لها، أو يكون العقد بين جهة الإدارة وتاجر، كعقود البوت.

المطلب الثاني

آثـار فكرة التركيز

لا شك أن الأخذ بفكرة التركيز فيه من الوجاهة بقدر افتقار فكرة التوزيع إليه، فالفكرة الأخيرة قائمة على التشتيت، في حين تعمد فكرة التركيز على تنشيط عقلية القاضي وتحريك ذهنه في البحث عن العنصر المؤثر في العقد لتحديد طبيعته، ومن خلال ذلك سيبرز العنصر الغالب للعقد، الذي من خلاله سيستقرئ المشرع تكرار الحالات التي يتحدد فيها عنصراً بعينه فيكون لوحده التأثير في كيان العقد فضلا عن تحديد طبيعته، كما أن لتحديد الطبيعة استناداً إلى فكرة التركيز الأثر البالغ في تحديد الاختصاصين القضائي والقانوني للعقد. وهذا ما سنفصل فيه الحديث في الفرعين الآتيين:

(1) Bazex (M), Le droit public de la concurrence, Revue française de droit administratif, Paris, 1998, P. 781 et s. Voir également: Bigot (G), Les mythes fondateurs du droit administratif, *Revue française de droit administratif*, Paris, 2000, p. 527 et s.

الفرع الأول

تجلّي العنصر الغالب

عادة ما يتجلى العنصر الغالب في العقد بحسب طبيعة المطالبة القضائية، إذ ينبغي تركيز النظر على طبيعة الموضوع الذي ينصب عليه النزاع، فإذا كان موضوعا متعلقاً بتحديد الأهلية العامة للمتعاقد، أو أمور متصلة بالترابط بين الإرادتين أو المحل أو السبب أو عيوب الرضا بشكل عام، فالمسألة مدنية، وتختص بنظرها المحكمة المدنية، لكن مع ا حتمال بقاء العقد منعتاً بطبيعة أخرى، فتحديد طبيعة المحكمة يعتمد على تحديد طبيعة المطالبة، وليس على طبيعة العقد، أما طبيعة العقد، فمع أن الأصل في العقود أنها مدنية، ومع القول الذي يجعل من العقود جميعها مدنية، إلا أن طبيعة المطالبة، وقبلها طبيعة الأداءات اللازمة الناجمة من العقد، أو التي انصب عليها، تجعلها، من حيث التركيز على هذا العنصر، ذات طبيعة تجارية أو إدارية[1]، معنى ذلك أن لكل عقد عنصر غالب يفرز معه حقيقته وبالتالي طبيعته، وهو يختلف باختلاف العقد، وحسب الآتي:

أولا: العنصر الغالب في العقود المدنية:

كأصل عام لا تحتاج العقود المدنية إلى التركيز على عنصرها الغالب لمدنيتها، فهي الأصل، لكنها مع ذلك تمتاز بمزايا تفرز معها طبيعتها المدنية، منها:

1- إنها عقود محكومة بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فلا تفضيل لطرف على طرف، إلا إذا كان ضعيفاً، وفي حدود تفسير غموض العقد.

2-إنها عقود ليس في طياتها أي عمل تجاري، كما لو انصبت على عمل حرفي أو مهني، كمهنتي الطب والمحاماة، كما أن أداءاتها بعيدة عن فكرة المضاربة.

3- إنها عقود بين أشخاص لا صلة لهم لا بالتجار ولا بأطراف الإدارة العامة، فيما لو تعاقدوا بصفاتهم، أو أن أطرافها يتعاقدون ليس بصفتهم من هذه الفئة أو تلك، أو أنهم من هذه الفئة أو تلك لكن الأداء المنصب عليه العقد أداء مدني صرف، وهو الأداء الذي لا يتضمن تنفيذا لعمل تجاري أو عمل إداري.

4-إنها عقود منظمة ومسماة في القانون المدني، ما لم يتم تخصيص طبيعتها وتغييرها في أي قانون خاص آخر، كما أنها قد تكون عقوداً غير مسماة، لكن طابعها مدني.

5-ويتحدد الطابع المدني للعقود بأعمال الأثر السلبي لاستبعاد الطبيعة الإدارية أو التجارية لكل عقد، بإرجاعه إلى أصله المدني، كقرينة على عدم قيام الدليل المعاكس لأصلها[2].

ثانياً: العنصر الغالب في العقود التجارية:

تعد العقود التجارية نوعاً من العقود، التي ظهرت نتيجة التطور الذى مر به العالم في توسع التجارة وإيجاد سبل

(1) Jamin (Ch.) et Melleray (F.), Droit civil et droit administratif. Dialogues sur un modèle doctrinal, Dalloz, « Méthodes du droit », Paris, 2018, p. 76 et s.

(2) Tallon (D.), « Réflexions comparatistes sur la distinction du droit civil et du droit commercial », dans *Études offertes à Alain Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix:Marseille, 1974, p. 649 *sq.*

جديدة، أو بالأصح متجددة، من أجل تحقيق أغراضها المتمثلة بالسرعة والائتمان[1]. وإذا كانت القواعد العامة للعقد في القانون المدني، تسري على العقود التجارية، شأنها في ذلك شأن غيرها من العقود ، فإن للعقود التجارية صفات خاصة لها، بحيث يمكن تمييزها من تلك التي تتصف بها العقود المدنية، وتحديد هذه الصفات، ينصب بالدرجة الأولى، على معرفة تعبير (العقد التجاري) أولا، وهو تعبير، على الرغم من كثرة استعماله في الفقه والقضاء، ينطوي، حسب ما يذهب إليه الفقهاء[2]،على بعض الغموض الذي قد يثير اللبس في الأذهان، (إذ يوحي بوجود فئة مستقلة من العقود ذات صفة تجارية بحتة اقتضاها التعامل التجاري، تقوم إلى جانب العقود المدنية، في حين ان العقود التجارية لا تختلف، في حقيقتها، لا من حيث الأركان ولا من حيث شروط الصحة ولا من حيث أسباب الانقضاء، عن العقود المدنية، لذلك يؤكد كبار الفقهاء في فرنسا انه لا توجد (عقود تجارية) بالمعنى الدقيق ، وإنما توجد عقود مسماة توصف بالمدنية أو التجارية تبعاً لصفة أطراف العقد(الغرض من التعاقد)[3].

وقد أيد بعض الفقهاء[4]هذا الاتجاه،معللا إياه بأن: (الذي يبرر التفرقة بين العقود المدنية والعقود التجارية ، هو ذلك (الجو الخاص) الذي تتميز به العلاقات التجارية على وجه العموم، فلا يكاد العقد المدني العادي، يدخل هذا (الجو الخاص) حتى يصطبغ بلون الحياة التجارية دون أن يتغير جوهره أو تتبدل طبيعته الداخلية ، لذلك يصعب وضع تعريف للعقود التجارية يسلم من أسباب النقد ، فإن وضع ، فإنه سيفتقر إلى التحديد الذي يجب أن يتميز به أي تعريف ، ومع ذلك ، فقد ذهب بعض الفقهاء، إلى أن هذا الافتقار إلى التحديد فيما يتعلق بالعقود التجارية ليس بذي خطر خاص ،إذ ليس من شأنه أن يفصل بين نظامين قانونيين مستقلين ، يكفينا أن نفهم كيف يكتسب العقد صبغته التجارية ؟ ثم ماذا يترتب على اكتسابه هذه الصفة ؟ فعندما نكتشف أن هذه الآثار متصلة بهذه الأسباب، فاننا نستطيع أن نرسم حدود الجو الخاص الذي يميز العقد التجاري)[5]. وهذا ما دفع بعض الفقه إلى تقرير أنه لا وجود لعقود تجارية أو إدارية، بل العقود كلها مدنية[6]. إلا أنه بالإمكان أن نقول أن العقد اكتسى الصبغة التجارية عندما يتركز النظر على عنصر أضفى للعقد هذه الصبغة.

ولكي نعرف صبغة العقد في كونه تجاريا من عدمه ، فإن هناك معايير اعتنقها الفقه لتحديد تجارية العقد[7]، وقد انتصر كل فريق من الفقه لأحد هذه المعايير، وهذه المعايير متعددة منها ما يربط تجارية العقد بكون أحد الأطراف شخصاً تاجراً، ومنها ما يربط تجارية العقد بمحله، ومنها ما يربط تجارية العقد بالقصد العقدي، ومنها ما يربطها بالتحديد التشريعي[8].

---

(1) في تفصيل هذا المعنى ، لاحظ: د. اكرم ياملكى ، مرجع سابق، ص 6.
(2) لاحظ: د.علي البارودي ، مرجع سابق، ص5. كذلك: د.محمد حسن الجبر، مرجع سابق، ص 3.
(3) نقلا عن : د. محمد حسن الجبر ، المرجع السابق ، ص 3.
(4) لاحظ : د. على البارودي ، مرجع سابق ، ص 5 .
(5) د. على البارودي . المرجع السابق ، ص 6.
(6) د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، مرجع سابق، ص273.
(7) Bénabent (A.), *Droit des contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, 12e édition, Paris, 2017, p. 39 : 47. Voir notamment:Collard:Dutilleul (F.) et Delbecque (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, « Précis », 9e édition, Paris, 2011, p. 68 et s.
(8) لاحظ تفاصيل هذه المعايير: د. محمد سليمان الأحمد، عقود انتقال اللاعبين، مرجع سابق، ص139 .

لكن هناك معيار اعتمده أغلب الفقه، وهو المعيار الواقعي، وهذا المعيار يربط صبغة العقد بواقع الحياة التجارية، فوفق هذا المعيار ، يكمن التمييز بين العقود التجارية وغيرها ، بمدى تجاوب هذه العقود مع أهداف التجارة وغاياتها والحاجات العملية للتعامل التجاري ، وهذه الأهداف تختلف عما يسعى إليه الأشخاص في البيئة غير التجارية ، أما الحاجات العملية للتعامل التجاري فتقوم – بعامة – على السرعة في إيقاع التصرف القانوني ، والائتمان الذي يعد العمود الفقري للتجارة ، وقد حدد صاحب هذا المعيار العقود التجارية في طائفتين[1]:

الأولى : تتمثل بتلك العقود التي أشار إليها المشرع التجاري وسماها في قانون التجارة أو في غيره من التشريعات الخاصة اللاحقة أو المكملة له .

الثانية : تلك العقود التي استقر عليها التعامل التجاري(العرف)من أجل خدمة البيئة التجارية .

ان التفسير الذي أتى به صاحب المعيار السابق، يؤكد سلامته للواقع، وهذا ما دفعنا إلى تسميته بالمعيار الواقعي، إذ أن هناك عقودا كثيرة لم ينص القانون على تجاريتها، ومع ذلك لا يمكن اعتبارها إلا عقودا تجارية، وأكثر هذه العقود إن لم تكن جميعها، ترجع الصفة التجارية فيها إلى وجود عنصر المضاربة، الذي اعتمده بعض الفقهاء أساسا لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني[2]. وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة إلى نظرية المضاربة في كونها تعجز عن تفسير تجارية بعض العقود، وانها توسع من دائرة الأعمال التجارية، وتجعل من بعض الأعمال المدنية بطبيعتها تجارية بحكمها، فإن هذه النظرية لها جانب إيجابي يتمثل في استبعاد كافة الأعمال التي لا تهدف إلى تحقيق الربح من النطاق التجاري[3].

ثالثاً: العنصر الغالب في العقود الإدارية:

تتعدد معايير تحديد طبيعة العقود الإدارية إذ يُركّز كل معيار على العنصر الغالب لإدارية العقد، وهنا نميز بين المعيار العضوي والمعيار المادي، كما أن هناك معيار ثالثَ:

1- بالنسبة للمعيار للأول فإن العقد يكون إداريا ويرجع الاختصاص فيه بالنتيجة إلى القضاء الإداري، متى كان أحد أطرافه شخصا معنويا عاما (الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية)، إما بصفته مدعيا أو مدعى عليه، بغض النظر عن طبيعة المعاملة التعاقدية القائمة[4]، بالمقابل فإنه لا يمكننا أعمال القياس بقصد توسيع نطاق العقود الإدارية، وخصوصا بالنسبة للعقود التي تبرمها المؤسسات العامة الصناعية والتجارية، والتي تعتبر عقودا مدنية خالصة وبالنتيجة ينعقد الاختصاص بنظر منازعاتها إلى المحاكم العادية. بالمقابل فإن ارتباط نظريتي

(1) د. باسم محمد صالح ، مرجع سابق ، ص 44 .

(2) لاحظ: د. أكرم ياملكى ود. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الاول ، مطبعة جامعة بغداد ،1982، ص 36. ود. مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،1990 ، ص 41.

(3) لاحظ: د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري، القسم الأول، دار الحكمة، بغداد، 1992، ط2، ص 34.

(4) وقد كرس المشرع الجزائري – مثلا: هذا المعيار بواسطة المادة السادسة /فقرة أولى من المرسوم الرئاسي رقم 15 : 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتعلق بالمناقصات العامة، والتي جاء فيها: "لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على المناقصات محل النفقات: الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري...".

المرفق العام والسلطة العامة، قد أفضى إلى إنشاء معيار جديد اكتسب شهرة كبيرة هو المعيار المادي أو الموضوعي.

2- بالنسبة للمعيار الثاني، أي المعيار الموضوعي المتصل بفكرة ارتباط العقد، فمفاد هذه الفكرة اتصال موضوع العقد بتحقيق نشاط المرفق العام، الذي يهدف أساسا تلبية حاجات الأفراد، فاتصال العقد بالمرفق العام ومساهمته مساهمة مباشرة فيه، سواء في إنشائه كما هو الحال في عقود الأشغال العامة، أو في ضمان سيره بانتظام كعقود التوريد والتموين وإنجاز الدراسات وتقديم الخدمات، يكفي للقول بطبيعته الإدارية، ومن ثم إخضاعه لرقابة القاضي الإداري.

كذلك يعد احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة، من أهم العناصر الموضوعية لتكريس المعيار المادي في تحديد طبيعة العقد الإداري، فالإدارة إذا تصرفت كسلطة عامة مستعملة أحد امتيازات السلطة العامة، كإصدار القرارات الملزمة للأفراد، والتنفيذ الجبري للقرارات الإدارية، ونزع الملكية للمنفعة العامة، وإجبار المواطنين على أداء بعض الخدمات كالخدمة العسكرية أو المدنية، فإن عملها في هذه الأحوال يخضع لأحكام القانون الإداري، وبالتالي يؤول الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العمل إلى الهيئات القضائية الإدارية، وفي المقابل فإن الإدارة إذا تجردت من هذه الامتيازات، وتصرفت كما يتصرف الفرد حين قيامه بإدارة أملاكه الخاصة، فإن عملها يخضع للقانون الخاص، ويعود الفصل في المنازعات المتعلقة بهذا العمل إلى القضاء العادي.

3- أما المعيار الثالث فهو معيار الوكالة Critère du Mandat ومفاده أن العقد الذي يبرم بين أشخاص خاصة لا يعد عقدا إداريا، إلا أنه يمكن اعتبار مثل هذه العقود إدارية إذا كان أحد الطرفين يعمل لحساب الإدارة ولمصلحتها، ويظهر ذلك في الحالتين التاليتين: (الحالة الأولى) أن يكون أحد الأفراد أو إحدى الشركات الخاصة نائبا أو وكيلا عن الشخص المعنوي العام، وهذا الفرض ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة في مجال الوكالة، وبناء على ذلك فالشخص الخاص طبيعيا أو اعتباريا يتعاقد في هذا الفرض نيابة عن الجهة الإدارية، ومن ثم ينصرف أثر العقد إليها بوصفها الطرف الأصيل، وما دام أثر العقد ينصرف إليها، وما الشخص الذي ابرم العقد الإ وكيلا عن جهة الإدارة، فإن العقد يكون إداريا إذا ما توافرت له سائر الشروط الأخرى، وإذا كان العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص بوصفه وكيلا عن الإدارة أن يبرمه الشخص العام بنفسه، فإنه ومن باب أولى أن ينطبق وصف العقد الإداري على ما يبرمه الشخص من عقود بناء على تكليف من الإدارة بإبرامها وإشراف منها على تنفيذها، حيث جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر أنه (...متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ولمصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري، إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي تميز العقد الإداري...)[1].

(**الحالة الثانية**) أن يتم إبرام العقد بواسطة شخص خاص، ولكن آثار العمل تنصرف إلى الشخص المعنوي العام، وتتحقق هذه الحالة عندما يكون تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب ومصلحة الإدارة، فهو يكتسب الصفة الإدارية، إذا ما توفرت فيه العناصر التي تميز العقود الإدارية[2].

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر المؤرخ في 7 مارس 1964، حكم منشور بمجموعة الاحكام، السنة 9، ص307، أشار إلى هذا د: محمد قدري حسن، العقود الإدارية، ط1، مكتبة الافاق المشرقة، الأردن، 2016،ص26.

(2) المرجع السابق نفسه ، ص26.

الفرع الثاني
آثار تحديد طبيعة العقد القائم على التركيز

ما الذي يترتب على تحديد طبيعة العقد؟ سؤال في غاية الأهمية، ذلك أنه لو انعدم الأثر الذي تتميز به العقود الإدارية –مثلاً– عن العقود المدنية أو التجارية ، فلما تمييزها أصلاً!

إذ تتصل العديد من الآثار القانونية في تحديد طبيعة العقد فيما لو كان عقداً مدنياً أو تجارياً أو إدارياً، منها ما يأتي:

أولا: تطبيق الأحكام الخاصة:

لا شك أن جميع العقود باختلاف طبائعها، تطبق عليها الأحكام العامة للعقد الواردة في القانون المدني، لكن إلى جانب هذه الأحكام توجد أحكام خاصة تختص بها العقود التجارية، وأخرى تختص بها العقود الإدارية:

–أ/– فمن الأحكام التي تختص بها العقود التجارية:

1– يمنح القضاء للمدين في العقد المدني مهلة قضائية تسمى (نظرة الميسرة) لكي يوفي بالتزاماته[1]، إلا أنه لا وجود لهذه المهلة في مجال المعاملات التجارية[2]، بصورة عامة ومن ضمنها العقود .

2– إن إثبات العقود التجارية أيسر من إثبات العقود المدنية[3].

3–مدة تقادم الديون الناشئة عن العقود التجارية أقصر من مدة تقادم الديون الناشئة عن العقود المدنية[4].

4– لا ضرورة في اتباع وسائل محددة لإعذار المدين في العقد التجاري قبل مطالبته قضائيا بما وجب في ذمته ، بعكس الحال في المعاملات المدنية[5].

5–يطبق على المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه في مجال العقود التجارية ، قواعد الإفلاس التي تختلف عن تلك القواعد المطبقة على المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه في العقود المدنية ، والتي تتمثل بنظام الاعسار ، ومن صور ذلك الاختلاف بين النظامين ، أن الأحكام الصادرة في دعاوى الإفلاس تكون واجبة التنفيذ المعجل دون تقديم كفالة ممن صدر الحكم لصالحه [6].

---

(1) لاحظ المادة (394) مدني عراقي. والمادة (1327) من القانون المدني الفرنسي المعدل والمتمم.
Voir – L'article 1327 du code civil français modifier et compléter par : L'article 12 de la loi n° 2018 :287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016:131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

(2) فيما يخص الاوراق التجارية ، لاحظ : المادة (183) تجاري عراقي، والمادة (123) تجاري فرنسي.

(3) إذ يمكن اثبات العقود التجارية بجميع طرق الاثبات ، كما هو عليه الحال في قانون التجارة الأردني في المادة (51) منه ، وكذلك المادة (03 ا) من قانون التجارة العراقي السابق (الملغي) .

(4) فالمدة في العقود المدنيه (15) سنة بموجب المادة (429) مدني عراقي ، أما في العقود التجارية فمدة التقادم كانت (0 1) سنوات في ظل قانون التجارة العراقي السابق (الملغي) ، المادة (02 ا) منه،أما الأن فهى موحدة .

(5) لاحظ : د .جلال وفاء محمدين ، مرجع سابق ، ص 12 ، ود . محمد حسن الجبر ، مرجع سابق ، ص 0 ا .

(6) لاحظ : المادة (584) من قانون التجارة العراقي السابق (باب الافلاس النافذ المفعول)

–ب/– أما الأحكام التي تختص بها العقود الإدارية، فهي:

إنه وبالاعتماد على المعيار العضوي في تحديد العنصر الغالب في العقود الإدارية، ومن خلال القراءة المتأنية لموقف بعض التشريعات في اختيارها لهذا المعيار كأساس لتحديد طبيعة العقد الإداري، أو الصبغة الإدارية للعقد، فإنه يترتب على ذلك تحديد قواعد الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري، إنما يفسر بالرغبة في تسهيل قواعد ما أطلق عليه الفقه بـ (التكييف) –الذي قصد به الطبيعة– والاختصاص[1] سواء بالنسبة إلى الإداريين أو القضاة أو حتى المتقاضين، مع أن التحليل الموضوعي لهذا الاتجاه قد أثبت بأن السهولة التي قصدها المشرع من تبنيه هذا المعيار لم تتحقق إلا بصفة جزئية بسبب عدم كفاية المعيار العضوي في مجال "تكييف" بعض المعاملات التعاقدية الإدارية.

وبصفة عامة تشمل البنود الاستثنائية وغير المألوفة الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وأهمها امتياز التنفيذ المباشر، وتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وغيرها، وكذلك الشروط المرتبطة بمبادئ القانون العام، ومثالها حق الإدارة في تعديل شروط العقد بإراداتها المنفردة، وفسخ العقد دون إخلال من المتعاقد، والشروط التي تتضمن امتيازات المتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير، بحيث تخوله الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة التي هي من اختصاص الإدارة، بالقدر الذي يستلزمه تنفيذ العقد[2].

ثانيا: تحديد الآثار الموضوعية الخاصة:

والآثار الخاصة بكل من العقود التجارية والإدارية يمكن توضيحها في الآتي:

- أ/– الآثار الخاصة بالعقود التجارية:

من الملاحظ أن التفرقة بين العقود المدنية والعقود التجارية تقل أهميتها في القانون العراقي ، إذ أن هذا القانون قد حد من التباين بين الآثار التي تترتب على كل من هذين النوعين من العقود ، إلا أن لتلك التفرقة أهمية بالغة في معظم قوانين الدول التي أفردت للعقود التجارية قواعد خاصة تعد غير مألوفة بالنسبة للعقود المدنية، فمثلا: قضى قانون التجارة الأردني أن العقود التجارية تثبت بجميع طرق الإثبات، كما أنه نص على ان التضامن بين المدينين في الالتزامات الناتجة عن العقود التجارية مفترضة بصراحة نص القانون، ونص أيضاً على افتراض عنصر المعاوضة في هذه العقود وإن لم يحدده الطرفان في العقد[3]، وغير ذلك من الأحكام الخاصة بالعقود التجارية[4].

---

(1)طبقا للمادة 800/ فقرة أولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرى.

(2) Sur ce point d`analyse voir: Benoit (F.P). De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs : JCP (la semaine juridique), N 1, Paris, janvier 1963, P 1775. Voir également : De Laubadère (A.). Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs : RDP (Revue de droit public). N 4. Paris. octobre 1954. p. 36. Voir notamment : Eckert (G.). Les pouvoirs de l'administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs : Contrats:Marchés publ. 2010. P 19 et s. Voir aussi : Elisabeth (A.). Raynaud (J.).Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante : Mélanges – Guibal. Presses de la Faculté de Droit de Montpellier. 2006. t. 1. p. 783. Voir aussi :Fardet (C.), La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général : AJDA (Actualité juridique droit administratif), N 1, Paris, janvier 2000, p.115.

(3) طبقا للمادة (51) من قانون التجارة الأردني.

(4) لاحظ للتفصيل :د.فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري الأردني، دار الثقافة، عمّـان، 1993، ص 206 وما بعدها

ويمكن تحديد الآثار المترتبة على تجارية العقود في النقاط الآتية[1]:

1- انتفاء نية التبرع، لأن العقود التجارية، تعد جميعها من عقود المعاوضة. التي يأخذ فيها الشخص مقابلا لما يعطى ويعطى مقابلا لما يأخذ .

2- التضامن بين المدينين (التضامن السلبي)، فإذا نتج عن العقد التجاري مدينون عديدون، فهم متضامنون في سداد الدين بصراحة نص القانون .

3- نسبة الفائدة في الديون الناشئة عن العقود التجارية، تختلف عن نسبة الفائدة الناشئة عن العقود المدنية، ففي التشريع العراقي، إن النسبة الأولى هي (5%)، في حين أن النسبة في العقود المدنية، هي (4%).

4- تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، أي أن الفوائد المركبة يمكن ترتيبها في الديون الناشئة عن العقود التجارية دون المدنية[2].

-ب/- الآثار الخاصة بالعقود الإدارية:

تخضع العقود الإدارية في إبرامها وتنفيذها إلى قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو إلى قواعد قانونية معدة مسبقا، كما تتميز خلال تنفيذها باستعمال سلطات وامتيازات عامة، لذلك فالقواعد القانونية التي تطبق عليها تفرضها قواعد الصالح العام، فالإدارة تلتزم في هذا السبيل بإتباع إجراءات ومسؤوليات رسمها المشرع في القوانين واللوائح التنظيمية، ضمانا لاختيار أفضل المتعاملين للتعاقد معهم تحقيقا للصالح العام، كما يمكننا أن نلمس هذه الطبيعة الخاصة خلال مرحلة تنفيذ العقد، حيث يمنح القانون الإدارة المتعاقدة مجموعة من الامتيازات والسلطات الاستثنائية المرتبطة بأولوية الصالح العام الذي تقوم بحمايته، لحرصها الدائم على السير الحسن للمرافق العامة، فلها حق تعديل شروط العقد إذا تطلبت المصلحة العامة ذلك، ويمكنها فسخه بإرادتها المنفردة حتى بدون خطأ من جانب الطرف المتعاقد معها[3].

ثالثاً: تحديد المحكمة المختصة في النزاع الناجم من العقد:

الأصل أن جميع المنازعات تختص بها المحكمة المدنية، وهي محكمة البداءة، وهذا الأصل يوازي الأصل المتبع في تحديد طبيعة العقود، وهي أنها جميعها مدنية، ما لم يقم الدليل على تجاريتها أو إداريتها، فإذا كان العقد تجاريا، وارتبط الأداء الذي انصب عليه النزاع بطبيعة هذا العقد، فإن المحكمة المختصة في نظر الدعوى هي المحكمة التجارية، إذ تخضع المنازعات الناجمة عن تطبيق أو تنفيذ العقود التجارية لاختصاص المحاكم التجارية[4].

---

(1) للتفاصيل في خصوص هذا الموضوع ، لاحظ :د.حافظ محمد إبراهيم ، القانون التجاري العراقي ، ط1، الشركة الاسلامية للطباعة والنشر المحدودة ، بغداد ، (بدون سنة طبع) ، ص 199 وما بعدها . ود. جلال وفاء محمدين ، مرجع سابق ، ص 9 وما بعدها . وبحث د. نوري طالباني ، النظام القانوني للأعمال التجارية ، مجلة القضاء ، ع2،1/س27 ، 1972 ، ص 93 وما بعدها .

(2) لاحظ للتفصيل: د. محمد سليمان الأحمد، عقود انتقال اللاعبين، مرجع سابق، ص144.

(3) في تفصيل ذلك لاحظ: د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة "اليونسترال"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 212. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 296 وما بعدها.

(4) على الرغم من أن جميع هذه المنازعات سواء الناجمة عن العقود المدنية أم التجارية ، كانت تخضع للقضاء ←

أما إذا كان العقد إدارياً، وارتبط الأداء الذي انصب عليه النزاع بطبيعة العقد، فإن المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات الناجمة عن هذا العقد هي المحكمة الإدارية، هذا الاتجاه كرسه القضاء الإداري الفرنسي الذي سعى منذ البداية إلى تطوير المعايير القانونية الضابطة لميدان المنازعات الإدارية، من أجل حسم مشكلة التداخل بين القانون العام والقانون الخاص في مجال تنظيم العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة.

ولعل أهمها قرار مجلس الدولة الذي حدد فيه طبيعة العقود التي تبرمها صناديق الضمان الاجتماعي الجهوية (التي تمثل أشخاص معنوية خاصة مكلفة بمهام مرفق عام) بأنها عقود خاضعة للقانون الخاص[1]، وهو الموقف الذي كرسته كذلك محكمة التنازع في عدة قرارات لها، معتبرة بأن تطبيق المعيار العضوي من أجل تحديد الطبيعة الإدارية للعقد يعتبر مرجعا قانونيا حاسما لا يمكن الاستغناء عنه، فالعقد الإداري سيظل مفهوما لصيقا بالمرفق العام رغم التطورات التي عرفتها أعمال الإدارة، والتي سمحت بممارسة مهام مرفق عام من طرف هيئات خاضعة للقانون الخاص[2].

←

المدني في العراق، إنطلاقا من مبادئ قانون اصلاح النظام القانوني الذي صدر في العراق ، والذي يهدف إلى توحيد الكثير من الاحكام بين المسائل المدنية والتجارية. (لاحظ: د. باسم محمد صالح ، كتابه ، المرجع السابق ، ص 44).

(1) CE, 15 mars 1999, req n°199889, Union des Mutuelles de la Drôme (RFDA 2002, p 350, note Luchère).

(2) TC, 21 juillet 1972, req n° 78563, SA Entreprise ossue : Rec. p.562.

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة توصلنا إلى أن تعميم تطبيق نظام التفويض في مجال تنفيذ بعض الأعمال الإدارية، لاسيما في مجال إصدار التأشيرات وجوازات السفر وإصدار التراخيص وشهادتي التصديق والتوثيق وغيرها من الوثائق، قد منح مرونة ملموسة وحقيقية للعمل الإداري، حيث ساهمت الهيئات الخاصة المخولة ممارسة بعض الصلاحيات الخدماتية المحتكرة سابقا من طرف الشخص المعنوي العام، في التخفيف من الصعوبات والعراقيل الإدارية التقليدية، لاسيما منها ذات المنظور البيروقراطي، لكن رغم الجاذبية الكبيرة التي تتمتع بها المثالية الثنائية "عام – خاص" والأهداف الموكلة إليها ضمن المرحلة الراهنة، خصوصا في خضم الاتجاهات العامة الرامية إلى تعزيز مواقع الاستعانة بأشخاص القانون الخاص لتنفيذ مهام المصلحة العامة، إلا أن دراستنا للأبعاد الموضوعية لهذه الحلول الجديدة قد كشفت عن كثير من النتائج العلمية يمكننا تلخيصها على النحو الآتي:

1- إن تعدد وتنوع زوايا البحث في موضوع دراستنا فرض علينا الاعتماد على معيار أساسي في المعالجة القانونية وهو الطبيعة القانونية، وعلى هذا الأساس فإننا ملزمين بتحديد الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها الجهة الخاصة مع المستفيد في ظل نشاطاتها الخدماتية، على النحو الآتي: أولا إذا ركزنا على فكرة التفويض التي تحتل مساحة كبيرة في العلاقة التعاقدية، نستخلص بأن العقد بين الجهة الخاصة والمستفيد هو عقد إداري، من جهة لأنه متصل بنشاط حكومي (إداري)، ومن جهة أخرى لأن الهيئة الخاصة لا تتصرف باسمها ولحسابها، ولكن باسم ولحساب الجهة العامة، لأنها تمثل الأصيل المفوض، أو بمعنى آخر دورها لا يتعدى حدود الوساطة بين المستفيد والجهة العامة.

ثانيا من زاوية أخرى يمكننا أن نحدد طبيعة العقد الذي يربط المستفيد والجهة الخاصة بأنه عقد تجاري، إذا أخذنا بأعمال افتراضنا بأن الهيئة الخاصة تتمتع بصفة التاجر لأن أعمالها تقوم على أساس المضاربة من أجل تحقيق الربح، رغم أن هذا الافتراض نادر جدا من الناحية العملية.

ثالثا يمكن أن يكون العقد مدنياً، إذا أخذنا في الحسبان بأن الطرف الثالث وهو المستفيد هو شخص مدني (مستهلك في العادة)، وأن الإدارة بتفويضها الجهة الخاصة مسؤولية تقديم الخدمات، بدون أن تظهر نيتها في استخدام وسائل السلطة العامة، تكون قد اتجهت إرادتها لاستعمال وسائل القانون العادي (المدني) بدلا من استعمال وسائل العقد الإداري.

2- في ظل التركيبة المختلطة والمعقدة لعقود الخدمات المتعلقة بمنح التأشيرات وجوازات السفر وإصدار التراخيص وشهادتي التصديق والتوثيق وغيرها من الوثائق، تبين أن تحليل الجوانب الموضوعية الدقيقة لهذه المعاملات القانونية هو مهم جدا، لأنه يسمح بتفادي بعض الأخطاء الشائعة على الصعيد الفقهي، كتلك المتعلقة بتوحيد الطبيعة القانونية للعقد والمطالبة القانونية (الإجرائية أو القضائية)، لكن الدراسة المقدمة أثبتت انتفاء هذا التجانس في كثير من الحالات، حيث يمكن أن يكون العقد تجارياً، لكن المطالبة مدنية، ولذلك فإن تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا بنظر المنازعات المتعلقة بموضوع الحال إنما يرتبط بطبيعة المطالبة وليس تبعاً لطبيعة العقد، وإن كان التحديد الأول هو أحد نتائج التحديد الأخير.

في مقابل هذه النتائج فقد سمحت لنا هذه الدراسة بالخروج بجملة من التوصيات نحاول إيجازها على النحو الآتي:

1- إن ازدياد حجم ونوعية الحاجات العامة قابله عجز الدولة على الاستجابة لها بمفردها، وهو الأمر الذي قادها بشكل لا يمكن تفاديه إلى الاستعانة بالمبادرة الخاصة، رغم أن هذا الاتجاه يتناقض مع الأفكار القاعدية التي بني عليها النشاط الإداري بشكل عام (المعيار العضويLe Critère organique)، ولعل موضوع بحثنا المتعلق بتفويض الهيئات الخاصة صلاحية إصدار التأشيرات وجوازات السفر وإصدار التراخيص وشهادتي التصديق والتوثيق وغيرها من الوثائق، تحت إشراف ورقابة الشخص المعنوي العام، يعتبر صورة من صور التعاون بين القطاعين العام والخاص، إلا أن التردد ما زال قائما بشأن إيجاد الإطار القانوني النهائي للعقود التي تبرمها هذه الهيئات الخاصة مع المرتفقين أو الأفراد، ولهذا نوصي من جهتنا بضرورة تطبيق المعيار الموضوعي أو المادي الذي يهتم بجوهر المعاملة وبغض النظر عن أطرافها إذا كانوا أطرافا عامة أو خاصة، ومن ثم فإن المعاملات الخدماتية التي تجريها هذه الهيئات الخاصة تندرج ضمن نشاطات المرفق العام التي تستده المصلحة العامة، وهذا يكفي لاعتبار هذه العقود عقودا إدارية، ومن ثم تخضع لأحكام القانون الإداري ومنازعاتها ينظرها القاضي الإداري.

2- في الوقت الحاضر يشهد العالم تراجعا كبيرا لفلسفة احتكار المرافق العامة، وهكذا زاد الاهتمام بأنماط وصور مختلفة من العقود التي تحكم وتنظم العلاقات القانونية بين الهيئات الخاصة والشخص المعنوي العام من جهة والهيئات الخاصة والمستفيدين من جهة ثانية، وأخيرا المستفيدين والشخص المعنوي العام، وفي ظل تعقيدات هذه التركيبة الثلاثية نوصي بضرورة إيجاد حل قانوني وقضائي موحد بالنسبة لهذا النوع من المعاملات، بحيث يتم إعداد عقود نموذجية معدة سلفا يتم تعميم تطبيقها على كل الحالات التي يتم فيها تسهيل مهمة مرفق عام (وهذا ما يطلق عليه في فرنسا بعقود الإطارLes contrats cadres، هذا الوضع من شأنه تسهيل عمل الهيئات العامة لأن عقود الإطار تتضمن تنظيم كل جوانب هذه العلاقة مسبقا، لاسيما طبيعة هذه المعاملة على الصعيد الثلاثي "عام – خاص – أفراد".

المراجع

- أولا: باللغة العربية:

- أ/- الكتب:

1- د. أحسن رابحي ود. مصطفى النجيفي، القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، القرارات الإدارية والعقود الإدارية، جامعة الشارقة، 2020.

2- د.أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

3- د. أحمد محمود جمعة ، تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات القانون العام ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005.

4- د. اكرم ياملكى، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، ج ا، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد،1976.

5- د. أكرم ياملكى و د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الأول ، مطبعة جامعة بغداد ،1982.

6- د. أنس قاسم جعفر ، أسس وأصول القانون الإداري،ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.

7- د. أيمن سعد، التوقيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

8- د. إيهاب الدسوقي ، التخصصية والإصلاح الاقتصادي مع دراسة التجربة المصرية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995.

9- د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري، القسم الأول، دار الحكمة، بغداد، 1992، ط2.

10- د. ثروت بدوي، القانون الإداري ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

11- د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة "اليونسترال"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

12- د. جلال وفاء محمدين ، المبادئ العامة في العقود التجارية وعمليات البنوك ، الدار الجامعية ، بيروت، 1988.

13- د.حافظ محمد إبراهيم ، القانون التجاري العراقي ، ط1، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر المحدودة ، بغداد ، (بدون سنة طبع) .

14- د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

15- د. حسين عثمان محمد عثمان ، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2010.

16- د.سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، الجزء الثاني ، منشاة المعارف الإسكندرية ، 1996.

17- د. سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004.

18- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

19- د.سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، نظرية المرافق العامة ، دار الفكر العربي، القاهرة، 2014.

20- د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة في المقاولة والوكالة والكفالة، دار الثقافة، عمان، 2001.

21- د.عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ،1981.

22- علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، دار الثقافة، عمان، 2002.

23- د.علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، ج2 ، الدار المصرية ، بيروت ، 1971.

24- د. فاروق أحمد خماس ومحمد عبدالله الدليمى ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية ، دار الكتب ، الموصل ، 1992.

25- فرنسوار لابارت وسيريل نوبلوت، المطول في العقود، (عقد المقاولة)، بإشراف: جاك غستان، ترجمة: د. عبد الأمير إبراهيم شمس الدين، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2018.

26- د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.

27–د. فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، الإسكندرية ،1991.

28– د.فوزي مُحَمَّد سامي ، شرح القانون التجاري الأردني، دار الثقافة، عمَّـان، 1993.

29–د.مُحَمَّد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، مطابع جامعة الملك سعود ، الرياض ، 1984.

30– د. مُحَمَّد سليمان الأحمد، الوضع القانوني لعقود انتقال اللاعبين المحترفين، مكتبة دار الثقافة، عمـان، 2001.

31–د. مُحَمَّد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، دار الفكر والوعي، السليمانية، 2008.

32–د– مُحَمَّد قدري حسن، العقود الإدارية، ط1، مكتبة الافاق المشرقة، الأردن، 2016.

33–د. مُحَمَّد المتولي ، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

34–د.مُحَمَّد مُحَمَّد عبد اللطيف ، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

35–د.مُحَمَّد مُحَمَّد عبد اللطيف ، تفويض المرفق العام ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

36–د.محمود حلمي، العقد الإداري، ط2 ، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977 .

37–د.محمود مُحَمَّد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، طبعة 1982.

38–د. مصطفى عبد المقصود سليم، معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

39–د. مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،1990.

40–د. منير عبد المجيد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية، منشأة المعارف، الإسكندرية، (دون ذكر سنة نشر).

41– د.منير محمود الوتري ،العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية في إطار التحولات الاشتراكية ، الجزء الأول ، بغداد 1979.

42–د. نادر عبد العزيز شافي، عقد الفاكتورنغ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005.

43–د. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

- ب /– البحوث:

1–د. ثروت بدوي ، المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني، العددان الثالث والرابع سنة1957.

2–د. حلمي مجيد ، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، تصدرها جامعة بغداد. المجلد الخامس ، العددان (1،2) ، 1986.

3–د. عبدالحميد الحفني ، عقد احتراف لاعب كرة القدم، بحث ملحق بمجلة الحقوق الكويتية، العدد4، السنة 4، 1994.

4– د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

5–د.مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقد الالتزام – عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت B.O.T، بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية الانترنيت، على الموقع الإلكتروني www.iasj.net).

6–د. مُحَمَّد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية القانون، جامعة الموصل، العدد 20، 2004.

7–د. نوري طالباني ، النظام القانوني للأعمال التجارية ، مجلة القضاء ، ع1،2/س27 ، 1972.

8–د. يوسف خليفة ، أفاق التخصصية في دولة الإمارات العربية المتحدة ، مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية ، تصدرها كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية في جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني ، العدد 1997/4.

- ج/– القوانين:

1– القانون المدني العراقي رقم **40** لسنة **1951**.

2– القانون المدني المصري رقم **131** لسنة **1948**.

3–القانون المدني الفرنسي المعدل بواسطة الأمر رقم **2016 – 131** المؤرخ في **2016/2/10** المتضمن قانون العقود والنظام العام والإثبات في الالتزامات.

4–القانون المدني الفرنسي المتمم بواسطة الأمر رقم **2016 – 65** المؤرخ في **2016/1/29** والمتعلق بعقود الامتياز.

Bibliographie en Français

A- Ouvrages

1- Alliès (P) et autres, *L'administration dans son droit. Genèse et mutation du droit administratif*, Paris, Publisud, 1985.

2- Bénabent (A), *Droit des contrats civils et commerciaux*, Montchrestien, 12e édition, 2017.

3- Braibant (G) et Stirn (B), *Le droit administratif français*, Paris, Presses de Sciences Po – Dalloz, 1997.

4- Chapus (R), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 2001.

5- Caillosse (J) et Hardy (J), Droit *et modernisation administrative*, Paris, La Documentation française, 2000.

6- Carbonnier (J), *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1979.

7- Cassese (S), *La construction du droit administratif. France, Grande-Bretagne*, Paris, Montchrestien, 2002.

8- Collard-Dutilleul (F) et Delbecque (Ph), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 9e édition, 2011.

9- De Laubadere (A) et Delvolvé (P), *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1983.

10- Demichel (A), *Le droit administratif français. Essai de réflexion théorique*, Paris, LGDJ, 1978.

11- Denoix de Saint-Marc (R), *Le service public*, Paris, PUF. 1996.

12- Du Marais (B), *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2004.

13- Elisabeth (A), Raynaud (J.), Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante : Mélanges – Guibal, Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006.

14- Eisenmann (C), *Cours de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1982.

15- Farjat (G), *Pour un droit économique*, Paris, PUF, 2004.

16- Guglielmi (G) et Koubi (G), *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2000.

17- Jamin (Ch) et Melleray (F), *Droit civil et droit administratif. Dialogues sur un modèle doctrinal*, Dalloz, « Méthodes du droit », 2018.

18- Loiseau (G) et Serinet (Y-M), *La Formation du contrat*, t. I, *Le Contrat – Le Consentement*, LGDJ, « Traité de droit civil », 4e édition, Paris, 2013.

19- Loiseau (G.) et Serinet (Y.-M.), *La Formation du contrat*, t. II, *L'Objet et la Cause – Les Nullités*, LGDJ, « Traité de droit civil », 4e édition, 2013.

20- Malaurie (Ph), Aynès (L) et Gautier (P.-Y), *Droit des contrats spéciaux*, Defrénois, 10e édition, 2018.

21- Seube (J-B) et Raynard (J), *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 9e édition, 2017.

22- Tallon (D), « Réflexions comparatistes sur la distinction du droit civil et du droit commercial », dans *Études offertes à Alain Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974.

23- Truchet (D), *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ, 1977.

B- Thèses et mémoires

24- Benoît (P), L'utilisation du Droit civil dans l'élaboration du droit administratif, thèse de doctorat en Droit, Université de Panthéon-Assas, Paris, 2001.

25- Caillosse (J), *L'intérêt général, la croissance et le droit administratif des biens*, thèse de Doctorat en droit, Université de Rennes, France, 1978.

26- Papaefthymiou (S), La distinction droit privé - droit public dans la théorie du droit, thèse de Doctorat en droit, Université de Paris X – Nanterre, France, 1994.

C- Articles

27- Amselek (P), Le service public et la puissance publique. Réflexion autour d'une étude récente, *Actualité juridique. Droit administratif*, 1968.

28- Bazex (M), Le droit public de la concurrence, *Revue française de droit administratif*, 1998.

29- Benoit (F-P), De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs : JCP 1963.

30- Bigot (G), Les mythes fondateurs du droit administratif, *Revue française de droit administratif*, 2000.

31- Chapus (R), Le service public et la puissance publique, *Revue du droit public*, 1968.

32- Chevallier (J), L'évolution du droit administratif, *Revue du droit public*, numéro spécial Ve République, 1998.

33- De Laubadere (A), Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs : RDP 1954.

34- Fardet (C), La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général : AJDA 2000.

D- Jurisprudences

1- CE, 17 juin 2015, Société des Autoroutes Paris-Rhone-Rhin, N 383203: JCP 2015, 2359, note Martin.

2- CE, 10 juillet 2013, N 361122, Banque calédonienne d'investissement : Rec. tables, p. 698.

3- CE, 21 mars 2007, **N 281796**, Commune de Boulogne-Billancourt : Rec. p. 130 ; BJCP 2007, 230, concl. Boulouis, note Ch. M. ; AJDA 2007, p. 915, note Dreyfus ; RJEP 2007, p. 270, note N. E).

4- CE, 15 mars 1999, **req** n°**199889**, Union des Mutuelles de la Drôme (RFDA 2002, p 350, note Luchère).

5- CE, 21 mars 1983 UAP (**N 02256** : Rec. p. 537 ; AJDA 1983, p. 356, concl. Labetoulle ; D. 1984, jurispr. p. 33, note Auby et Hubrecht ; Rev. adm. 1983, p. 368,

note Pacteau.

6- CE, du 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant (N 82338 : Rec. p. 48 ; CJEG 1973, p. 239, concl. Rougevin-Baville, note Carron.

7- CE Sect., 13 octobre 1972, SA de Banque Le Crédit du Nord : AJDA 1973, p. 213.

8- CE Sect., 13 décembre 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord et Merlin : Rec. p. 623.

9- CE, du 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges (Rec. p. 909, concl. Blum ; RDP 1914, p. 145, note Jèze).

10- TC, 4 juillet 2016, N 4057, Commune de Gélaucourt c/ Office public d'habitat de la ville de Toul : Contrats-Marchés publ. 2016, 230, note Pietri.

11- TC, 9 mars 2015, Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France, N 3984: AJCT 2015, p. 403, obs. Dreyfus ; AJDA 2015, p. 1204, chron. Lessi et Dutheillet de Lamothe et p. 601, tribune Clamour ; Dr. adm. 2015, 34, note Brenet ; Contrats-marchés publ. 2015, 110, note Devillers ; JCP A 2015, 2157, note Sestier et 2157, chron. Hul ; RFDA 2015, p. 265, concl. Escaut et p. 273, note Canedo-Paris ; RTD com. 2015, p. 247, chron. Orsoni.

12- TC, 7 avril 2014, Société d´édition de ventes publicitaires (SEVP) c/ Office du tourisme de Rambouillet, N 3949 ; Dr. adm. 2014, 49, note Sée.

13- TC, 21 juillet 1972, N 78563, SA Entreprise ossude : Rec. p.562.

14- TC, 21 mars 2005, N 3436, Société Slibail énergie c/ Ville Conflans-Sainte-Honorine : Rec. p. 653 ; AJDA 2005, p. 1186, note Dreyfus ; concl. Roul ; Contrats-marchés publ. 2005, étude 14, Tenailleau et Tixier ; Dr. adm. 2005, 115, note Ménéménis.

15- TC, arrêt Société entreprise Peyrot du 8 juillet 1963 (Rec. p. 787 ; AJDA 1963, p. 463, chron. Gentot et Fourré ; D. 1963, jurispr. p. 543, concl. Lasry, note Josse ; JCP G 1963, II, 13375, note Auby ; RDP 1963, p. 766, concl. Lasry ; RDP 1964, p. 767, note Fabre et Morin).

ملخص البحث

تقوم الادارة بتفويض بعض الجهات الخاصة لتقديم الخدمات العامة للجمهور تحت إشرافها ورقابتها، بمقابل أجر تتلقاه من الجمهور، وتظهر أهمية هذا التفويض للجمهور في تخلصهم من اجراءات الحكومة التي تتصف بالبيروقراطية، فيكون الحصول على الخدمة العامة أيسر مما لو تم استحصالها من الادارة مباشرة.

ويثور التساؤل عن الطبيعة القانونية للعقد الذي يبرمه المستفيد مع الجهة الخاصة بوصفها مفوضة من الشخص المعنوي العام، فهل هو عقد تجاري؟ على اعتبار أن الجهة الخاصة التي تقدم الخدمة هي في العادة شركة تجارية، أم أن العقد مدني؟ على اعتبار النظر إلى المستفيد وإعمالاً للأصل العام في العقود، وهي أنها مدنية، أم أنه عقد إداري، من جهة لأن الجهة الخاصة تكون خاضعة بشكل دائم لإشراف ورقابة الجهة العامة، ومن جهة أخرى لأن مسألة البت والفصل في طلبات المرتفقين لا يرجع إليها بصفة مبتدأة ومستقلة بل يرجع إلى الجهة الإدارية المختصة.

إن مهمة البحث تكمن في إبراز الطبيعة القانونية للعقد وليس التصدي لتكييفه القانوني، لذا وجب التمييز بينهما في التمهيد للبحث، كما أن تحديد الطبيعة القانونية للعقد يقوم على معيارين هما: معيار التوزيع، ومعيار التركيز، وقد فضلنا الاعتماد على معيار التركيز، ورجحنا مدنية العقد محل البحث، مع ضرورة التفريق بين طبيعة العقد وطبيعة المطالبة، إذ قد تكون الأخيرة ادارية في أغلب الأحيان.

پوختەی توێژینەوە

لایەنی کارطێری دەستەلآت دەدات بة هەندێ لایەنی کەرتی تایبەت کة خزمەتطوزاری طشتی ئێشکەتش بة هاولآتیان بکات لة ذێر سەرثەرشتي و ضاودێري خۆیدا، بەرامبەر بة کرێیەك کة لة هاولآتیاني وەردەطرێت، طرنطی ئەو دەستەلآت ئێدانة بۆ هاولآتیان لة دەرباز کردنیان لة رێکارة کارطێرییەکانی حکومەت کة وەسف دەکرێت بة بیرۆکراتیەت دەردەکەوێت ، سەرەرای ئەوەی دەستکەوتنی خزمەتطوزاری طشتی بەو شێوەیة ئاسانترة لەوەی کەوا راستەوخۆ لة لایەنی کارطێرییەوة ئێشەکەتش بکرێت.

لێرەدا ثرسیارێك دەوروذێت سەبارەت بة سروشتی یاسایی ئەو طرێبەستەی کة سوودمەند دەبێەستێت لەطەلأ لایەنی کەرتی تایبەت بەو سیفەتەی کة رِێطەثێدراوي کەسي واتەیي طشتییة، ئایا طرێبەستێکی بازرطانییة؟ لەو روانطەي کەوا لایەنی تایبەت کة خزمەتطوزاریەکة ئێشکەتش دەکات، واباوة، کۆمثانیای بازرطانییة. یاخود طرێبەستەکة شارستانییة؟ لة روانطەی تێرِوانین لة سوودمەند و بەکارکردن بة بنەمای طشتی طرێبەست کة شارستانییة. و یاخود طرێبەستەکة کارطێرییة؟ لة روانطەی ئەوەی کة لایەنی کەرتی تایبەت بة بەردەوامي ملکەضي سەرثەرشتي وضاودێري لایەنی طشتییة، و لەلایەکي دیکەوة لەبەرئەوەی بابەتي کۆتایي و یەککلایي کردنەوەي داواکاري سوودمەندان ناطرێتەوة بۆي بەو سیفەتەي لایەني سەرەتا وسەربەخۆیة، بەڵکو دەطرێتەوة بۆ لایەني کارطێري تایبەتمەند.

کاری تۆێذینەوەکة بریتیة لة دەرخستنی سروشتی یاسایی طرێبەستەکة نەوەك دیاریکردني وەسفة یاساییەکەي، لەبەرئەوة ئێویستة لة دەستنێکی تۆێذینەوەکة جیاوازی لة نێوان ئەو دوو ضەمکة بکرێت، و هەروەها دیاریکردنی سروشتی یاسایی طرێبەستەکة لەسەر دوو ئێوەر وەستاوة، کة ئەوانیش: ئێوەری دابەشکردن و ئێوەری ضرِکردنەوەیة، بة باشمان زانی ثشت بة ئێوەری ضرِکردنەوة ببەستین، و طەیشتینة ئەوەی کة طرێبەستی ناوەرِۆکی تۆێذینەوەکەمان کارطێرِیة، لەطەڵ ئێویستي جیاکاري نێوان سروشتي طرێبەست وسروشتي داواکاري، کة ئەمەي دواییان زۆرجار کارطێرِیة.

Abstract

The administration delegates some private agencies to provide public services to the public on its behalf, in return for a fee that they receive from the public, and the importance of this delegation to the public appears in their disposal of government procedures that are characterized by bureaucracy, so obtaining public service is easier than if it were obtained directly from the administration.

The question arises about the legal nature of the contract that the beneficiary concludes with the private entity as an agent of a public entity, so is it a commercial contract? Considering that the private entity providing the service is usually a commercial company; Or is the contract civil? Considering that looking at the beneficiary and pursuing the general principle in contracts, which is that they are civil; Or is it an administrative contract, given that the private party is nothing but an agent of the public entity, and the effects of the agency contract between them go to the principal and not to the agent.

The task of the research lies in highlighting the legal nature of the contract and not addressing its legal adaptation, so it is necessary to distinguish between them in the introduction to the research and determining the legal nature of the contract is based on two criteria: the criterion of distribution, the criterion of focus, and we preferred to rely on the criterion of focus, and we preferred the administration of the contract in place search.

حقوق الأطفال مجهولي الوالدين في التعليم والعمل
«دراسة تحليلية في القانون البحريني»

مافی منداڵی دایك و باوك نادیار له خوێندن و کارکردن
"تۆێژینەوەیەکی شیکارییە لە یاسای بەحرەینی"

The Rights Of Children Of Unknown Parents To Education And Work
"An Analytical Study In Bahrain Law"

الأستاذ الدكتور هيثم حامد المصاروة
أستاذ القانون المدني بكلية الأعمال برابغ
جامعة الملك عبد العزيز/ السعودية

الدكتور عمار سعيد الرفاعي
أستاذ القانون المشارك بكلية الأعمال برابغ
جامعة الملك عبد العزيز/ السعودية

Prof. D. Haitham Almasarweh
Professor of Law
KingAbdulazizUniversity-COB

Dr. Ammar Alrefaei
Associate Professor of Law
King Abdulaziz University-COB

حقوق الأطفال مجهولي الوالدين في التعليم والعمل

الأستاذ الدكتور هيثم حامد المصاروة
أستاذ القانون المدني بكلية الأعمال برابغ
جامعة الملك عبد العزيز/ السعودية

الدكتور عمار سعيد الرفاعي
أستاذ القانون المشارك بكلية الأعمال برابغ
جامعة الملك عبد العزيز/ السعودية

الكلمات المفتاحية:
مجهول الوالدين، اللقيط، مجهول النسب، المشرد، الحضانة الأسرية.

زاراوە سەرەکیەکان:
دایك و باوکیان نادیار، هەڵگیراوە، ڕەچەك نادیار ، بێ جێگا، داینگەی خێزانی

Key words: unknown parents, unknown descent, homeless, family custody.

مقدمة:

تشغل ظاهرة الأطفال مجهولي الوالدين أهمية بالغة على صعيد الدول العربية كافة، إذ لا تكاد دولة تخلو من هذه الظاهرة وتشريعات تسن لمواجهاتها، بل أنها قد تكون في ازدياد في بعضها بسبب ما تواجه من مشكلات ومعضلات اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية، الأمر الذي يقتضي ضرورة التبديل والارتقاء في سبل وأدوات المواجهة والمعالجة لهذه الظاهرة بغية التخفيف والحد من أسبابها وحجمها من جهة، وبغية التعامل مع الآثار الناجمة عنها من جهة أخرى.

ولعل من اهم الآثار الناجمة عن وجود هذه الظاهرة ضرورة تدخل الدولة ومؤسساتها لحماية أولئك الأطفال وتوفير الحماية والرعاية لهم من لحظة العثور عليهم وحتى يصبحوا قادرين على الاعتماد على انفسهم ومواجهة متطلبات الحياة وأعبائها، وهو ما يتطلب الحرص والسهر على إعدادهم وتأهيلهم في فترة مبكرة من أعمارهم لتمكينهم من حقوقهم وممارستها، مثلهم كمثل باقي أفراد المجتمع، بل ومتابعتهم في كافة المجالات المهمة والحساسة التي يكون لها تأثير على مسار حياتهم وفرص نجاحهم وتحقيقهم لذواتهم في المستقبل والاندماج في المجتمع والانخراط فيه.

ويعد من بين اهم الحقوق التي يتوجب الاعتناء بها في هذا الصدد الحق في التعليم والعمل، ذلك أن النجاح في توفيرها على نحو ملائم ومنضبط يعني السير نحو معالجة موجهة وناجعة لكثير من المشكلات والعقبات التي تواجههم، في حين أن إغفال مثل هذه الحقوق وعدم تمكينهم منها يعني معاقبتهم على غير ذنب اقترفوه والسماح لهم بالتردي في غيابة الجهل والأمية أو الضياع في مسالك البطالة والفقر أو الانجراف في مظان الانحدار الأخلاقي.

ولا شك في أن نكران أو إغفال أي من حقوق الأطفال مجهولي الوالدين أو تردي أوضاعهم سيفضي إلى نتائج

وعواقب لا تصب في صالحهم وصالح المجتمع الذي وجدو به قبلهم، إذ يغدو مجهول الوالدين والحالة هذه ضحية مكررة للمجتمع نفسه، ليس مرة واحدة، بل مرات عديدة، وبتعدد حالات هدر وإنكار حقوقه، فهو ضحية للمجتمع مرة لأنه وجد مجهول الوالدين، ومرة ثانية لأنه لم ينعم بفرصة للتعليم، وثالثة لأنه لم يحصل على فرصة للعمل... وهكذا بالنسبة لكل حق يحرم منه أو لا يناله، ليس هذا فحسب، بل قد يفضي ذلك كله وإزاء ذلك الإغفال أو التردي إلى تفاقم وازدياد معضلات ومشكلات أخرى يعاني منها المجتمع كالنزوع نحو مسالك الإجرام أو الإرهاب أو المخدرات أو غيرها...

❖ مشكلة الدراسة

يتوجب توفير حقوق الأطفال مجهولي الوالدين والرعاية والحماية اللازمة لهم على نحو ملائم، إذ لا يعد ذلك منة من المجتمع، وإنما حق يجب الإقرار به وعدم إغفاله، إذ يجب تهيئته وتوفيره وفي المجالات الأكثر أهمية وحساسية، وبما يحقق مصلحة هذه الشريحة والمجتمع باسره، إذ يثار التساؤل هنا حول مدى توافر الأسباب اللازمة لإعداد وتهيئة الأطفال مجهولي الوالدين للاندماج في المجتمع، ولاسيما من جهة توفير الحقوق الأكثر حيوية وضرورة، ونقصد تحديدا الحق في التعليم والحق في العمل، خصوصا وأن التمتع بهذه الحقوق يكون في فترة مبكرة من عمر مجهول الوالدين، ذلك أن القانون يقضي بالتمتع بها وإمكانية ممارستها قبل بلوغ سن الثامنة عشرة، وهو ما يزيد من خطورتها وخطورة الآثار الناجمة عن الإخفاق في توفيرها أو التعامل معها، فهل توفر التشريعات الحالية في مملكة البحرين الأحكام الملائمة لتمتع مجهولي الوالدين بالحق في التعليم والعمل؟ وما مدى إمكانية تطوير الآليات المتعلقة بهذه الحقوق؟

❖ تساؤلات الدراسة

يتفرع عن مشكلة الدراسة تساؤلات عديدة نتولى طرحها ومعالجتها من خلال هذه الدراسة، وهي على النحو الآتي:

1. ما مدى معالجة النصوص الحالية لحقوق مجهولي الوالدين في التعليم والعمل؟
2. هل يوجد ضرورة لإجراء تدخل تشريعي بشأن حقوق مجهولي الوالدين في التعليم والعمل؟
3. ما مدى إمكانية تطوير الآليات المتعلقة بتوفير الحق في التعليم والعمل لمجهولي الوالدين؟

❖ أسباب اختيار الموضوع

1. الأهمية البالغة لظاهرة الأطفال مجهولي الوالدين في المجتمعات المختلفة وما يواجههم من صعوبات وعقبات تحول دون اندماجهم في المجتمع.
2. التعرف على مدى كفاية التشريعات الخاصة بإعداد وتهيئة الأطفال مجهولي الوالدين في مجالات التعليم والعمل.
3. قلة وندرة عدد الأبحاث المتخصصة في رصد وتقصي حقوق الأطفال مجهولي الوالدين في التعليم والعمل في مملكة البحرين.

❖ منهج الدراسة

سيعتمد الباحث في هذه الدارسة على المنهج الوصفي التحليلي، والذي يقتضي تجميع المعلومات ذات الصلة بموضوع الدراسة، واستخلاصها من عدد من المصادر والكتب والدراسات المتخصصة والتشريعات الصادرة في المجالات المتعلقة بحقوق الأطفال مجهولي الوالدين.

❖ مصطلحات الدراسة

الطفل لغة: "الصغير من كل شيء، أو المولود"[(1)].

أما الطفل قانونا[(2)] فقد تطرقت له المادة الرابعة من قانون الطفل البحريني رقم (37) لسنة 2012 هو[(3)]: "كل من لم يتجاوز ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة وذلك مع مراعاة القوانين النافذة الخاصة المنظّمة لمن هم دون هذا السن"[(4)].

أما الطفل مجهول الوالدين فيلاحظ بأن المشرع البحريني لم يورد تعريفا خاصا به[(5)]، ومع ذلك نستطيع تعريف مجهول الوالدين بانه: كل شخص وجد بمعزل عن والديه أو أحدهما قبل بلوغه سن الرشد، دون وجود ما يثبت هويته وبغض النظر عن السبب الذي افضى إلى ذلك.

وبذلك يشمل التعريف السابق أي من الأطفال الذين تخلى عنه والديه أو أحدهما أو عثر عليه بمعزل عنهما قبل بلوغه سن الرشد، وسواء كان ذلك الطفل ناجما عن علاقة شرعية أو غير شرعية. كما أن هذا التعريف يشمل كل الأطفال الذين تخلت عنهم أسرهم أيا كان السبب وراء ذلك، إذ يتصور أن يكون السبب راجعا لظروف أو عوامل متعددة ومتباينة، ولعل من أبرزها ما يأتي:

---

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة، بيروت ، دون سنة طبع، ص1025.

(2) تعرف المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 الطفل بأنه "كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه".

(3) يلاحظ بأن تعريف الطفل ورد في قانون الطفل البحريني، وعلى خلاف تشريعات أخرى لها صلة به، إذ لم يرد تعريف له في قانون رعاية الطفل اليتيم أو مجهول الأب أو الأبوين رقم (22) لسنة 2000، الأمر الذي ينطبق على قانون أحكام الأسرة رقم 19 لسنة 2009 وكذلك الأمر بالنسبة لقانون الأسرة البحريني رقم (19) لسنة 2017.

(4) انظر المادة (4) من قانون الطفل البحريني. انظر كذلك التشريعات العربية المناظرة، حيث عرفت المادة الأولى من قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2004 الطفل بأنه: "كل إنسان لم يتم الثامنة عشرة من عمره"، كما عرف قانون حقوق الطفل الإماراتي رقم (3) لسنة 2016 الطفل بأنه: "كل إنسان ولد حيا ولم يتم الثامنة عشرة ميلادية من عمره".

(5) أنظر على سبيل المثال: قانون الطفل البحريني رقم 37 لسنة 2012، قانون التعليم البحريني رقم 27 لسنة 2005. قانون الجنسية البحرينية لسنة 1963. غير أن القانون الأخير أورد في المادة (5) منه مصطلح "اللقيط"، وهو المصطلح ذاته المستخدم من قبل الفقه الإسلامي، وقد أورد البعض تعريفا للقيط فعرفه بأنه: "اسم للطفل المفقود وهو الملقى، أو الطفل المأخوذ والمرفوع عادةً". الأمام علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ج6، ص197.

كما إلى أن لمصطلح مجهول الوالدين مصطلحا مرادفا لدى جانب من المشرعين والفقهاء والباحثين وهو مصطلح مجهول النسب[1]، أو الطفل غير الشرعي[2].

❖ **خطة الدراسة**

نعرض من خلال هذه الدراسة إلى موضوع تطوير الآليات القانونية المتعلقة بحقوق الأطفال مجهولي الوالدين في التعليم والعمل، وذلك من خلال التقسيم الآتي:

المبحث الأول: حق الطفل مجهول الوالدين في التعليم.

المبحث الثاني: حق الطفل مجهول الوالدين في العمل.

(1) يعرف مجهول النسب بأنه: طفل تم إنجابه نتيجة علاقة غير شرعية بين رجل وامرأة خارج اطار العلاقة الزوجية ولم يقر له والده بالنسب. ويستخدم قانون رعاية الأطفال مجهولي النسب الإماراتي رقم 1 لسنة 2012، إذ عرفه بأنه: "الطفل الذي يعثر عليه في الدولة لوالدين مجهولين". للمزيد من التفصيل انظر: صفية الوناس حسين، مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، كلية التربية-جامعة الملك سعود، المنعقد بالرياض في 7 و8 -2 -2016، ص419. ويكون الأطفال مجهولي النسب في الغالب معروفي الأم مجهولي الأب ويكون هذا الطفل نتاج علاقة خارج اطار الزواج مما يجعل إمكانية وجود النسب غير واردة ويدخل تحت هذا الاطار الأطفال الناتجين عن الاعتداءات الجنسية داخل الأسرة أو خارجها. للمزيد من التفصيل أنظر: دخينات خديجة، وضعية الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري، رسالة ماجستير-جامعة للحاج لخضر، باتنة- الجزائر، 2012، ص 14.

وعلى أية حال فان هذا الطفل يكون له اسم ولقب، ويتم تسجيله واستصدار شهادة ميلاد له، وهو يكتسب الجنسية وتثبت ولادته في المملكة، بحسب ما جاء في المادة (5) من قانون الجنسية البحريني لعام 1963. أما سبب اكتساب الجنسية فهي الولادة في الإقليم. للمزيد: د.احمد بالطو، مبادئ دراسة الأنظمة، الطبعة الأولى، الشقري للنشر، جدة، 2019، ص404. د.رعد مقداد آل دولة، اعتبارات الطفولة في ثبوت واكتساب الجنسية العراقية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 2، العدد 3، الجزء 2، تكريت/العراق، 2018، ص14.

(2) يسمى الطفل الناشئ عن علاقة بين رجل وامرأة على نحو يخالف تعاليم الشريعة الإسلامية بالولد غير الشرعي. للمزيد من التفصيل انظر: بلبشير يعقوب، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، رسالة ماجستير –جامعة وهران، الجزائر، 2012، ص 1 وما بعدها.

المبحث الأول

حق الطفل مجهول الوالدين في التعليم

يعد التعليم من أولى وأهم الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية[1] والاتفاقيات الدولية[2] والدساتير ونظمتها التشريعات الوطنية في الدول المختلفة، إذ يشغل التعليم دوراً بارزاً وبالغ الأهمية في حياة الطفل وتكوينه وإعداده للمستقبل، وهو حق من الحقوق الأساسية للإنسان، وبصرف النظر عن اللون أو الجنس أو الدين أو أي اعتبار آخر.

لذلك، فإن مصلحة الطفل تقضي بتنظيم حقه المتعلق بالتعليم، ولا سيما من حيث تكليف الجهات أو الأشخاص الذين يقومون على رعايته بضرورة الالتفات له والالتزام بما تقضي به التشريعات بهذا الخصوص، لاسيما وأن الطفل كائن صغير ضعيف لا يعرف مصلحته أو لا يقدرها بطريقة تكافئ أهميتها، وهو على أية حال لا يملك من الأمر شيئا، فشؤونه كلها تدار من قبل غيره، فكان لا بد من وجود تنظيم قانوني خاص يعنى بالطفل وإعطائه قسط كاف من التعليم.

وبناء على ما سبق، سنعرض لحق الطفل مجهول الوالدين في التعليم في ظل التشريعات الحالية ومن ثم الأليات المقترحة لتطويره، وذلك من خلال التقسيم الآتي:

المطلب الأول: الوضع القانوني لحق مجهول الوالدين في التعليم.

المطلب الثاني: تطوير الآليات المتعلقة بحق مجهول الوالدين في التعليم.

المطلب الأول

الوضع القانوني لحق مجهول الوالدين في التعليم

اهتمت العديد من الاتفاقيات الدولية بحق الطفل في التعليم، فنصت عليه صراحة وأشارت إلى ضرورة تمتع كافة الأطفال به[3].

---

(1) للمزيد من التفصيل انظر: صفية الوناس حسين، المرجع السابق ص442.

(2) هناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي انضمت لها مملكة البحرين والمتعلقة بحماية الطفل، حيث صادقت مملكة البحرين على عدد من الاتفاقيات الدولية التي تقر حماية مباشرة أو غير مباشرة للطفل، والتزمت مملكة البحرين بموائمة تشريعاتها الداخلية في ظل ذلك، ومازالت مستمرة في ذلك وهي على النحو التالي: استكمالاً لمنجزات مملكة البحرين في إنفاذ الحقوق المقررة في اتفاقية حقوق الطفل التي انضمت لها بموجب المرسوم بقانون رقم 16 لسنة 1991، كما عملت المملكة على ترسيخ إطارها وبنيانها القانوني من خلال إصدار التشريعات التي تصب في مجال حقوق الطفل، وبما يتماشى مع أحكام الاتفاقية، وميثاق العمل الوطني ومبادئ دستور مملكة البحرين. كما انضمت مملكة البحرين إلى الاتفاقية العربية رقم 18 لعام1996 بشأن عمل الأحداث مرسوم رقم 6 لسنة 1998، وانضمت إلى اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل التي اعتمدتها الجمعية العامة في نوفمبر عام 1989 وفقا للمرسوم بقانون رقم 16 لسنة 1991، وانضمت إلى البروتوكولين الاختياريين بشأن اشتراك الأطفال في الصراعات المسلحة وبيع الأطفال وبغاء الأطفال والمواد الإباحية عن الأطفال الملحقين باتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل. قانون رقم 19 لسنة 2004، كما انضمت ملكة البحرين إلى اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 182 لسنة1999 بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها مرسوم بقانون رقم 12 لسنة2001. انظر: صديقة منصور احمد، تقرير تجربة مملكة البحرين في دعم وتعزيز قضايا الطفولة، إدارة البحوث والمعلومات بمجلس النواب، المنامة، 2016، ص13.

(3) يهتم القانون الدولي بحق الطفل في التعليم ويحدد الضمانات لأجل أعمال هذا الحق ويؤكد على أهداف لمنع إهمال تعليم الطفل. فقد جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 للتأكيد على الحق في التعليم من خلال ←

كما كان للمشرع البحريني دور بارز واهتمام كبير بكفالة حق التعليم بالنسبة للطفل، حيث جاءت النصوص التي تؤكد على هذا الحق في الدستور أولا، وفي التشريعات العادية ثانيا، وعلى رأسها قانون التعليم رقم 27 لسنة 2005.

فقد تطرقت المادة السابعة من الدستور البحريني على الحق في التعليم، حيث نصت على الآتي: "أ.ترعى الدولة العلوم والآداب والفنون، وتشجع البحث العلمي، كما تكفل الخدمات التعليمية والثقافية للمواطنين، ويكون التعليم إلزاميا ومجانيا في المراحل الأولى التي يعينها القانون وعلى النحو الذي يبين فيه. ويضع القانون الخطة اللازمة للقضاء على الأمية. ب.ينظم القانون أوجه العناية با لتربية الدينية والوطنية في مختلف مراحل التعليم وأنواعه، كما يعنى فيها جميعا بتقوية شخصية المواطن واعتزازه بعروبته. ج. يجوز للأفراد والهيئات إنشاء المدارس والجامعات الخاصة بإشراف من الدولة، ووفقا للقانون. د.تكفل الدولة لدور العلم حرمتها".

إذن، فالتعليم حق مكفول في الدستور للجميع، ويكون الزاميا ومجانيا في المراحل الأولى، فيما يحيل الدستور للقوانين العادية تحديد هذا المفهوم بالمراحل الأولى وتحديد أوجه العناية اللازمة في مختلف مراحل التعليم وأنواعه سعيا منه من أجل إتاحة الفرص أمام المواطنين لتلقي العلم وتشجيع البحث العلمي.

ويلاحظ من خلال النص الدستوري السابق انه لم يميز بين إنسان وأخر في التمتع بالحق في التعليم، إذ نصت المادة على شرط واحد للحصول على حق التعليم وهو المتمثل بالمواطنة، وهو ما أكدت عليه المادة (2) من قانون التعليم البحريني فنصت على الآتي:"التعليم حق تكفله المملكة لجميع المواطنين وتنبثق فلسفة التعليم من ثوابت وقيم الدين الإسلامي الحنيف والتفاعل الإنساني والحضاري والانتماء العربي لمملكة البحرين والإطار الثقافي والاجتماعي لشعب البحرين كامتداد لتراثه العريق وأحكام الدستور، وذلك سعيا لتحقيق سعادة المواطن وتقوية شخصيته واعتزازه بدينه وقيمه ووطنه وعروبته دعما لتنمية المجتمع، وتحقيق رخائه وتقدمه"، كما أكدت المادة (6) من القانون ذاته على حق الأطفال في التعليم، فنصت على الآتي: "التعليم الأساسي حق للأطفال الذين يبلغون السادسة من عمرهم في بداية العام الدراسي، وتلتزم المملكة بتوفيره لهم ، ويلزم الآباء أو أولياء الأمور بتنفيذه، وذلك على مدى تسع سنوات دراسية على الأقل، ويصدر الوزير القرارات اللازمة لتنظيم وتنفيذ الإلزام بالنسبة للآباء وأولياء الأمور. ويجوز في حالة وجود أماكن بمدارس التعليم الأساسي قبول من تقل أعمارهم عن سن الإلزام وفقا للقواعد وبالضوابط التي يصدر بها قرار من الوزير". الأمر الذي عادت المادة (34) من قانون الطفل لتؤكد عليه، حيث نصت على الآتي: "يهدف تعليم الطفل إلى تنمية شخصيته ومواهبه وقدراته العقلية والبدنية إلى أقصى إمكانياتها".

ولضمان وضع النصوص السابقة موضع التطبيق العملي فقد اعتنق المشرع البحريني مبدأ مجانية التعليم في التعليم الأساسي والثانوي، إذ نصت المادة (7) من قانون التعليم على الآتي: " يكون التعليم الأساسي والثانوي مجانيا بمدارس المملكة".

ولعل التساؤل المطروح هنا يدور حول مدى تمييز التشريعات بين حق الطفل الشرعي والطفل الطبيعي في التمتع بحق التعليم؟ وهل شملت النصوص ذات الصلة كل الأطفال، خصوصا وان الظاهر من النصوص أنها شملت الحق

←

المادة (26) منه. الأمر الذي أكدت على مثله المادة (28) من اتفاقية حقوق الطفل 1989. للمزيد: د.حسني محمد رضوان، حقوق الطفل مجهول النسب في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية، مجلة القانونية، هيئة التشريع والإفتاء القانوني، العدد الخامس، المنامة، 2016، ص178.

بالتعليم بصفة مطلقة لكل إنسان إذا ما توافرت فيه معايير معينة.

الإجابة بلا شك بالنفي، فالنصوص السابقة كلها تشمل جميع الأطفال في المملكة، وهي من باب أولى يجب أن تشمل مجهولي الوالدين قبل غيرهم من الأشخاص، وذلك لافتقادهم للأسر التي تقوم على شؤونهم وترعى أمورهم، وهو ما يصب في صالحهم وصالح المجتمع بلا شك، فتعليمهم يعد من أولى احتياجاتهم ومتطلباتهم، ودعمهم ومساندتهم أولى من هجرهم وتجاهلهم، فالمجتمع الذي وجدو به يتوجب عليه تحمل مسؤولياته في مواجهتهم، وليس هناك اهم من التكفل بمسؤولية حمايتهم ورعايتهم، إذ تبدو المسؤولية عن تعليمهم من أجل واهم المسؤوليات في مواجهتهم.

أما فيما يخص التشريعات والقرارات المتعلقة بالأطفال[1] مجهولي الوالدين فيمكن ملاحظة الاهتمام بهم وبتعليمهم أينما كانوا، أي لدى الأسر الحاضنة أو المودعين في مؤسسات الرعاية الاجتماعية.

فقد تعرض المشرع للأطفال مجهولي الوالدين المودعين لدى اسر حاضنة وحقهم في التعليم، حيث بدا واضحا الحرص على الحق في التعليم لمجهول الوالدين وبما يشمل مختلف المراحل الدراسية، فقد نصت المادة (7) من اللائحة التنفيذية لقانون الحضانة الأسرية رقم (2/26) لسنة 2007 على ما يأتي[2]: "يجب على الأسرة الحاضنة الالتزام بما يلي:.. إلحاق الطفل بمراحل التعليم المختلفة ومتابعة تحصيله الدراسي وتوجيهه والتعاون مع المدرسة في جميع الأمور التي تخصه".

فالمادة المذكورة الزمت الأسرة الحاضنة للطفل مجهول الوالدين أو من هو في حكمه بضرورة متابعة الطفل في

(1) قضي قانون الطفل بتشكيل اللجنة الوطنية للطفولة وبيان اختصاصاتها، وأوجب تشكيل لجنة تضم في عضويتها كثير من الوزرات والجهات ذات الصلة: حيث نصت المادة (11) قانون الطفل على ما يأتي: "تشكل لجنة وطنية للطفولة، بقرار من مجلس الوزراء برئاسة وزير حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية وتضم في عضويتها ممثلين من وزارة حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية، ووزارة الداخلية، ووزارة التربية والتعليم، والمجلس الأعلى للمرأة، والنيابة العامة، وهيئة شؤون الإعلام، ووزارة العمل، ووزارة الصحة، ووزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، ووزارة الخارجية، وجامعة البحرين، والمؤسسة العامة للشباب والرياضة، وعضوين من مؤسسات المجتمع المدني المختصة بالطفولة". كما أنها حددت من الناحية الموضوعية ما يتوجب العمل عليه لتوفير الحق في التعليم للطفل مجهول الوالدين، حيث نصت المادة (12) من ذات القانون على ما يأتي: "تختص اللجنة الوطنية للطفولة بما يلي:1.اقتراح استراتيجية وطنية للطفولة تساعد الجهات المعنية بالطفولة على تطوير وتعزيز مشروعاتها وبرامجها التي تخدم وتضمن حقوق الطفل. 2.رصد ودراسة المشاكل والاحتياجات الأساسية للطفولة واقتراح الحلول المناسبة لها بما في ذلك اقتراح التشريعات والتوصيات إلى الجهات الرسمية المختصة في مملكة البحرين. 3.التنسيق والتعاون بين مختلف الأجهزة الحكومية والمؤسسات الأهلية فيما يتعلق بالطفولة. 4.التعاون مع المنظمات والهيئات الإقليمية والعربية والدولية المختصة العاملة في مجال الطفولة والاستفادة من خبراتها وبرامجها لتحقيق أهدافها. 5.العمل على إنشاء قاعدة معلومات تفصيلية لكل ما يتعلق بالطفولة في مملكة البحرين والسعي إلى متابعة تحديثها بالتنسيق مع كافة الأجهزة المعنية الحكومية والأهلية. 6.إعداد التقارير الوطنية الخاصة بالاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها المملكة، وخاصة الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل".

وكما هو واضح من النص السابق، فإنه يدخل ضمن اختصاصات هذه اللجنة ما يتصل برصد ودراسة المشاكل والاحتياجات الأساسية للطفولة واقتراح الحلول المناسبة لها، ولا شك في أن المشاكل والاحتياجات التي تتصل بالأطفال مجهولي الوالدين ومن في حكمهم تعد من قبيل تلك المشكلة وجزءا منها.

(2) انظر المادة (14) من قانون الحضانة الأسرية البحريني.

مراحله التعليمية المختلفة والإشراف عليها، ليس هذا فقط، بل والحرص على توجيه ذلك الطفل، والتعاون مع المدرسة، وهو ما قد يقتضي زيارة المدرسة عند الحاجة وحضور الفعاليات المتعلقة بتلك المدرسة إذا ما أتصل الأمر بذلك الطفل وتحقيق مصلحته، كحضور اجتماع أولياء الأمور أو الحضور للمدرسة لإخبار رب الأسرة بأمور أو مستجدات تتعلق بذلك الطفل، الأمر الذي لم تحدد له النصوص القانونية الحالية آلية واضحة لمتابعته والإشراف عليه أو تقويمه وتطويرها، الأمر الذي قد يعني التغافل عن الإهمال بهذا الجانب المهم والمؤثر على مستقبل الطفل مجهول الوالدين، فلعله يواجه مشكلة في التكيف مع زملائه في المدرسة أو يعاني من ضعف الاهتمام بسبب تدني مستوى تلك المدرسة أو غير ذلك من المعضلات والعقبات.

أما بالنسبة للأطفال مجهولي الوالدين المودعين في مؤسسات الرعاية الاجتماعية وحقهم في التعليم، فيلاحظ إحالة المادة (26) من قانون الطفل إلى قرار يصدر من وزير حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية بتحديد اللائحة النموذجية لتلك المؤسسات والبيانات التي تتضمنها، كما جاء في المادة (26) من ذات القانون ما نصه: "يجوز استمرار الطفل في المؤسسة إذا كان ملتحقاً بالتعليم العالي إلى أن يتم تخرجه متى كانت الظروف التي أدت إلى التحاقه بالمؤسسة قائمة واجتاز مراحل التعليم بنجاح".

يتضح من هذه المادة أنها منحت الأطفال مجهولي الوالدين الحق في الاستمرار في مؤسسة الرعاية الاجتماعية التي يعيش فيها الطفل إذا كان ملتحقاً بالتعليم العالي إلى أن يتم تخرجه واجتياز مراحل التعليم بنجاح، ولكن الملاحظ أنها اقتصرت الحق في الاستمرار في دار الرعاية على الطفل الذي اجتاز مراحل التعليم بنجاح، ولم تشر إلى مصير الطفل الذي اخفق في مراحل التعليم، أين سيكون مصيره؟ وما هو دورها فيما يخص الأطفال الذين لم يجتازوا مراحل التعليم بنجاح؟... الأمر الذي يحسن تلافيه[1].

(1) ثمة إجراءات تخص التعليم بالنسبة لمن تجاوز سن الثامنة عشرة من مجهولي الوالدين، أو من يسمى بالابن الخريج من دار الرعاية الأسرية والذي أشار إليه قرار رقم (46) لسنة 2011 بشأن تنظيم التخرج والرعاية اللاحقة من دار رعاية الطفولة الصادر عن وزيرة حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية، إذ يقصد بالابن الخريج: "الفتى المقيم في الدار الذي تجاوز سنة الثامنة عشره وانتقل بعد ذلك إلى السكن المستقل". وقد أشارت المادة (14) منه إلى التكفل بالرسوم الدراسية لذلك الشخص. حيث نصت على ما يأتي: "يصرف مجلس الإدارة للابن الخريج الذي يواصل دراسته المستمرة والجامعية بنجاح رسوم الدراسة ومساعدة شهريه يحددها مجلس الإدارة".

وهنا يلاحظ أيضا أن المادة أشارت إلى صرف مساعدة شهرية للابن الخريج من الدار الذي يواصل دراسته المستمرة والجامعية بنجاح وأغفلت وضع الابن الخريج الذي يفشل في دراسته، فلم تشر إلى مصيره ولم تشر إلى دورها في هذا الجانب، وكأنها لا تهتم إلا بالابن الناجح دون غيره، وهو ما يجدر تداركه، ولا مانع من النص صراحة على منحه أكثر من فرصة. كما تعرض القرار المذكور إلى حق بقاء مجهول الوالدين في دار الرعاية الأسرية إذا كان على مقاعد الدراسة، فجاء في المادة (17) منه ما نصه: "يجوز للابن المقيم في الدار والذي بلغ سن التخرج الاستمرار في الإقامة بالدار إذا كان مواصلاً دراسته للمرحلة الثانوية أو الجامعية بنجاح وذلك حتى سن الخامسة والعشرون، ويحرم من البقاء في الدار عند تكرار رسوبه في أي من المرحلتين بدون مبرر يقبله مجلس الإدارة أو عدم التزامه بأنظمة ولوائح الدار".

ومن ذلك يتضح أن هذه المادة صرحت بعدم منحها الابن الخريج فرصة البقاء في الدار عند تكرار رسوبه في المرحلة الثانوية أو الجامعية إلا بوجود مبرر يقبله مجلس إدارة الدار، بينما أعطت الحق للابن الخريج الذي يرغب بمواصلة تعليمه في المرحلة الثانوية أو الجامعية بنجاح أن يستمر بالإقامة بالدار حتى سن الخامسة ←

والواضح من النصوص السابقة أنها تميل وتركز اهتمامها على حق الطفل مجهول الوالدين في التعليم الأكاديمي فقط، ومن دون الإشارة صراحة إلى التعليم المهني، كما أنها لم تهتم بوضع آلية منضبطة أو محددة لتنمية وتطوير قدراته واطلاعه في هذا الجانب بما يلبي رغابته أو يكافئ اهتماماته، فالنصوص السابقة تشير إلى متابعة التحصيل الدراسي والتعاون مع المدرسة(1) أو في حالة التحاقه بالتعليم العالي(2)، الأمر الذي يحسن تلافيه، فقد يكون توجه وميول الطفل إلى التعليم المهني ويثبت نجاح وتميزا فيه.

المطلب الثاني

تطوير الآليات المتعلقة بحق مجهول الوالدين في التعليم

يلاحظ مما تم استعراضه من نصوص دستورية وقانونية وقرارات وزارية عدم وضوح وشمول النصوص الخاصة بحق مجهول الوالدين في التعليم.

فقد ظهرت بعض أوجه القصور في مواطن عدة، ومنها تحديد دور مؤسسات الرعاية الأسرية التي تقوم على رعاية الأطفال مجهولي الوالدين فيما يتعلق بحق التعليم من خلال توفير طاقم من المختصين الأكاديميين والنفسيين والمهنيين لمحاولة التعرف على ميول هؤلاء الأطفال وتوجهاتهم المستقبلية، فالأطفال الذين يعيشون في هذه الظروف قد يشعرون بالتردد أو الشك أو يعانون من شعور بالغموض واللبس بشأن بعض المسائل المتعلقة بقرارتهم واختياراتهم المتعلقة بالتعليم ومساراتها ومواصلتها، فهم في مراحل معينة قد يكونون بحاجة إلى الدعم والحماية والعناية النفسية، وقد يحتاجون إلى أناس يثقون بهم ويساعدوهم على التغلب على بعض الصعوبات ويحتاجون من يخبروه عن هذه المعاناة ويحتاجون فرص لاستعادة الحياة ومنها فرص الدراسة.

الأمر الذي ينافيه إهمال هذا الطفل وحقه في التعليم أو الحد من فرص تمتعه بهذا الحق كسائر الأطفال الآخرين في المجتمع، خصوصا وأن ذلك سينعكس سلباً عليه وعلى المجتمع الذي يعيش فيه، ذلك أنه قد يميل إلى هجر التعليم والإهمال به، ومن ثم الدخول في غيابة الجهل والأمية، إذ قد يصبح إنسانا معرض للانحراف أو التشرد أو الفشل، لذلك لا بد من تدريب أشخاص متخصصين يكون لديهم القدرة على التواصل مع هؤلاء الأطفال لمعرفة أسباب إخفاقهم أو تدني مستوياتهم في التعليم، وعلى أن يكون لدى أولئك المتخصصين القدرة على تعزيز ثقة الطفل بنفسه والقدرة على التعرف على احتياجاته والصعوبات التي تواجه الطفل في التحصيل العلمي، ومن المفيد أن يلعب المربي في دار الرعاية هذا الدور ويقيم تواصل مع الطفل، بل لا مانع أيضاً من أن يكون تقييم أسباب رسوب أو ضعف ذلك الطفل من قبل جهة أخرى من خارج دار الرعاية وعلى غير صلة بها، فلعل الأمر راجع لسياسات وإجراءات دار

←

والعشرون.

وعلى غرار الحقوق والمزايا الأخرى التي توفرها دار الرعاية لمجهول الوالدين، فإنه يشترط لاستمرار الابن الخريج بالحصول على الخدمات والمساعدات والمنح والمخصصات التي نص عليها هذا القرار مواظبة والتزام الابن الخريج في حضور برنامج التهيئة المعد من قبل الدار، إذ تنص المادة (20) من القرار المذكور على الآتي: "يجب على الابن الخريج الالتزام والمواظبة والحضور لبرنامج التهيئة المعد له من قبل الدار، كما يجب علية الالتزام بأحكام وشروط هذا القرار وان يلتزم بحسن السلوك، وإلا حرم من الخدمات والمزايا والمساعدات والمنح والمخصصات المنصوص عليها في هذا القرار أو بعضها".

(1) انظر المادة (7) من اللائحة التنفيذية لقانون الحضانة الأسرية.

(2) انظر المادة (26) من قانون الطفل البحريني.

الرعاية نفسها.

ولعل ذلك يدعونا للقول بضرورة تشكيل لجنة أو إدارة تتبع الدولة خاصة بالرعاية التعليمية تشكل من عدة جهات وتمثل فيها دار الرعاية الاجتماعية، ويكون مهامها تيسير حصول الأطفال مجهولي الوالدين على الرعاية التعليمية الملائمة وذلك وفقا للاتي:

أ.وضع خطة شاملة للنهوض بمجهولي الوالدين ومساندتهم في مجال تمتعهم بالحق في التعليم وبما يكفل رقيهم وتحسين أوضاعهم وفرصهم ومستقبلهم.

ب.العمل على توفير فرص تعليم حقيقية ومتكافئة في أصناف ومراحل التعليم المختلفة وفي جميع المؤسسات التعليمية العامة أو الخاصة.

ج.منح الأطفال المتفوقين من مجهولي الوالدين ومن هم في حكمهم حوافز ومكافآت، بل ونسب معينة من المقاعد في المدارس المميزة وذات المستوى المتميز.

د.إصدار لائحة خاصة بالأطفال مجهولي الوالدين ومن هم في حكمهم ينظم المسيرة التعليمية لهم تبدأ من مرحلة ما قبل الالتحاق بالمدرسة وحتى التخرج منها.

هـ.الاهتمام بالفترة العمرية السابقة على الالتحاق بالمدرسة أو ما يسمى بمرحلة ما قبل المدرسة وإعداد الطفل إعدادا مناسبا في تلك المرحلة.

و.تخصيص قاعات معدة ومجهزة تجهيزا ملائما لاستذكار الدروس وإنشاء مكتبات خاصة داخل دار الرعاية الأسرية، وبحيث لا تقتصر هذه القاعات على الأطفال المقيمين في الدار، وإنما يسمح للأطفال الذين يعيشون لدى أسر بديلة[1] خارج الدار الاستفادة من هذه القاعة في الفترة المسائية.

ي.الحرص على انتقاء المدرسين المؤهلين والأكفاء والذين يتوافر لديهم القدرة على التعامل مع الأطفال مجهولي الوالدين ودعمهم وترقية قدراتهم، إذ لا مانع من اشترط خضوع هؤلاء المدرسين لتدريب من نوع خاص يتعلق بكيفية التعامل مع أولئك الأطفال وتدريسهم، كما يجدر إعطاء الأولوية في الوظائف المخصصة لهذا الغرض للأشخاص من مجهولي الوالدين بالذات، فهم اقدر على تفهم مشكلات أولئك الأطفال لانهم عاشوا ظروفا مشابهة، ولعله يكون بوسعهم نقل بعض التجارب أو الخبرات العلمية المتعلقة بكيفية مواجهة العقبات وتحقيق الذات وبناء المستقبل والاندماج في المجتمع على نحو اعمق وأكثر رسوخا.

ك.إشاعة الوعي بشأن حق مجهول الوالدين في التعليم، وتوفير الحماية القانونية واتخاذ الإجراءات التي من شأنها ضمان عدم المساس بالحقوق المدنية الممنوحة للطفل بموجب المواثيق الدولية والدساتير والتشريعات ومن هذه الحقوق الحق في التعليم، وذلك من خلال طرح المبادرات والتعاون مع مؤسسات المجتمع المدني والجهات الإعلامية وعبر ووسائل التواصل الاجتماعي.

ومن ناحية أخرى، فإن قانون الحضانة الأسرية لم يشر صراحة إلى ضرورة متابعة الوضع التعليمي للطفل مجهول

(1) يقصد بالأسرة البديلة: الأسرة التي يعهد إليها بتربية وحضانة الطفل مجهول النسب أو محروم الأبوين بغية تعويضه عن أسرته الطبيعية وحرصا على تنشئته في جو اسري يكفل تلبية احتياجاته الضرورية اللازمة للتكوين الاجتماعي والنفسي. انظر: د.سلام الفتلاوي وانغام الخفاجي، النظام القانوني للأسرة البديلة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية جامعة بابل، العدد الأول، بابل – العراق، 2019، ص177.

الوالدين لدى الأسرة الحاضنة، إذ اكتفى بالنص على منح الوزارة الحق في متابعة شؤون ذلك الطفل وبصفة عامة[1]، الأمر الذي انتهجت مثله اللائحة التنفيذية لقانون الحضانة الأسرية والتي سمحت بإلغاء حضانة الطفل في حال إخلال الأسرة الحاضنة بالتزاماتها[2]، وهو ما يجدر تداركه بالنص صراحة على إلزامية وضرورة متابعة ذلك الطفل ومدى تلقيه للتعليم على نحو ملائم مع رسم آلية واضحة ومحددة تسمح بتفعيل الالتزام بتعليم ذلك الطفل وضمان مستقبله والابتعاد به عن مخاطر الإهمال ومسالك الانحراف.

بقي أن نشير إلى أنه يجدر النص على كافة تفاصيل وإجراءات حصول الطفل مجهول الوالدين على الحق في التعليم من خلال قانون خاص بمجهولي الوالدين ومن (هم) في حكمهم تقوم على تطبيقه وتفعيل العمل به مؤسسة خاصة بذلك، وعدم اقتصار الأمر في بعض المسائل على قرارات وزارية كما في تلك المتعلقة بحق التعليم للابن الخريج من دار الرعاية، فكلما ارتبط موضوع التعليم بمجموعة من القواعد القانونية الملزمة، كلما ازداد الشعور بضرورة تطبيق هذه القواعد من قبل الجهات ذات الصلة، وهو ما من شأنه تفعيل دور وجهود الدولة في توفير فرص التعليم لهذه الفئة من المجتمع.

(1) جاء في المادة (26) من قانون الحضانة الأسرية ما نصه: "لوزارة العمل والشئون الاجتماعية حق الإشراف ومتابعة المحتضنين، ويستمر هذا الحق قائماً طوال فترة الحضانة ولحين بلوغ المحتضن سن الرشد القانوني. وتنظم إجراءات الإشراف والمتابعة بقرار من وزير العمل والشئون الاجتماعية بناءً على توصية لجنة الحضانة الأسرية".

(2) تنص المادة (9) من اللائحة التنفيذية لقانون الحضانة الأسرية على الآتي: "تلغى الحضانة الأسرية في أي من الحالات الآتية:

1- وفاة الزوجين الحاضنين أو وفاة الزوجة.
2- عدم رغبة الأسرة الحاضنة في استمرار حضانة الطفل.
3- إذا أصبحت الأسرة الحاضنة غير قادرة على تحمل أعباء الحضانة والوفاء بالتزاماتها.
4- إذا تعذر تجانس الطفل مع الأسرة الحاضنة والتوافق معها.
5- تحسن ظروف أسرة الطفل وثبوت قدرتها على رعايته.
6- عدم تعاون الأسرة الحاضنة وعدم امتثالها لتعليمات وتوجيهات الإدارة المختصة ولجنة الحضانة الأسرية.
7- انحراف الأسرة الحاضنة وسلوكها سلوكاً شائناً.
8- تعرض الطفل للإهمال أو الإساءة من قبل الأسرة الحاضنة.
9- فقد الأسرة الحاضنة لشرط أو أكثر من شروط الحضانة الأسرية المنصوص عليها في القانون وفي هذا القرار".

المبحث الثاني

حق الطفل مجهول الوالدين في العمل

يعد الحق في العمل من اهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان وبغض النظر عن جنسه أو لونه أو دينه أو معتقده، بل وبغض النظر عن أصله أو نسبه، فهذا الحق ضروري لكل إنسان لاعتبارات عدة لا تتوقف عند حق كسبه لعيشه وأسرته، بل يمتد ليتصل باعتماد الشخص على نفسه وتحقيقه لذاته.

لذلك كان من الضروري أن يتمتع كل فرد في المجتمع بهذا الحق، بل أنه يبدو أكثر أهمية وحيوية لأولئك الأشخاص الذين لا ينتمون لأسر تؤويهم وتتكفل بتحقيق احتياجاتهم إن هم كبروا أو عجزوا عن كسب قوتهم بكد أيديهم، ونقصد تحديدا الأشخاص مجهولي الوالدين، فهذا الحق يكتسب لديهم أهمية بالغة تفوق أقرانهم في المجتمع لانعدام الأسر أو الوالدين لديهم.

ولعل المسألة تزداد أهمية وحساسية إذا ما نظرنا إليها من زاوية توجيه الشخص نحو مجالات عمل معينة يستطيع ممارستها والاعتماد على نفسه ودعمه لتحقيق النجاح فيها، فغالبا ما يتخذ الشخص قراره بامتهان أو مزاولة مهنة أو عمل معين في فترة مبكرة من عمره، أي في سن المراهقة وقبل بلوغه سن الرشد، فيختار مواصلة الدراسة للعمل في مهن معينة من خلال إنهاء مرحلة الدراسة الثانوية والالتحاق بإحدى الجامعات للحصول على درجة علمية في احدى المجالات التي تؤهله للعمل كالطب والهندسة والمحاماة والمحاسبة...، أو النزوع نحو احدى الحرف والتدرب عليها مباشرة من خلال الانضمام إلى المعاهد الفنية أو الحرفية أو الصناعية لتعلم أحد الحرف كالنجارة والحدادة والخياطة...، إذ يبدو أن مؤازرة ذلك المراهق ومشاركته التفكير والمناقشة في الفرص والمزايا والبدائل المتاحة من قبل الأسرة يعد أمرا مهما للوصول إلى القرار المناسب في هذا الشأن، إذ تضطلع الأسرة ولا سيما الوالدين بدور بارز في توجيه ذلك الشخص ومساعدته على اتخاذ قراره، وهو ما لا يتوافر بالنسبة لمجهول الوالدين غالبا، لذلك كان من اللازم البحث عن دور المشرع في مساعدة تلك الفئة في المجتمع وتهيئة الفرص والظروف أمامها في سبيل اتخاذ القرار الملائم لها.

وبناء على ما سبق، نعرض لحق مجهول الوالدين في العمل وفقا للنصوص الحالية وما يمكن تصوره في سبيل تطوير الأليات الخاصة بهذا الشأن، وذلك من خلال التقسيم الآتي:

المطلب الأول: الوضع القانوني لحق مجهول الوالدين في العمل.

المطلب الثاني: تطوير الآليات المتعلقة بحق مجهول الوالدين في العمل.

المطلب الأول

الوضع القانوني لحق مجهول الوالدين في العمل

يعد العمل حق وواجب لكل إنسان في نفس الوقت، وحق العمل مكفول لجميع الأشخاص في الدول المختلفة، حيث كفلته الشريعة الإسلامية[1] ومعظم الاتفاقيات الدولية والدساتير والتشريعات المحلية.

فقد تطرقت العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية للحق في العمل كما في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[2]،

(1) للمزيد من التفصيل انظر: د.حسني محمد رضوان، المرجع السابق ص184.

(2) أنظر المادة (23) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

كما إن بعضها تطرق لحق وضوابط العمل بالنسبة للأطفال كما في اتفاقية حقوق الطفل[1]، واتفاقية أسوأ أشكال عمل الأطفال لعام 1999[2].

كما تطرق الدستور البحريني للحق في العمل بصفة عامة[3]، وجاءت التشريعات العادية والفرعية لتفصل في الأحكام الخاصة به ولا سيما تلك المتعلقة بعمالة الأطفال، حيث صدر بناء على ذلك العديد من اللوائح والقرارات.

فقد تم تنظيم العمل من خلال إصدار التشريعات الخاصة بالعامل والتي تضمنت بيان حقوق والتزامات العامل وحمايته من تعسف صاحب العمل، ولعل أول واهم التشريعات المتعلقة بهذا الشأن هو قانون العمل البحريني رقم (36) لسنة 2012، والذي بين بوضوح تمتع جميع الموطنين بالحق في العمل والمساواة بين الجميع، وهو ما يقتضي عدم التمييز بين كل طالبي العمل والعمال في الأجور[4] أو إنهاء علاقات العمل[1]، وبغض النظر عن أي اعتبار آخر،

---

(1) انظر المادة (32) من اتفاقية حقوق الطفل.

(2) هناك العديد من الاتفاقات الدولية المبرمة بشأن عمالة الأطفال والتي كان لمنظمة العمل الدولية دور في إبرامها، إذ يعد من أهمها ما يأتي:
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الحد الأدنى للسن (العمل تحت سطح الأرض)، 1965.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الفحص الطبي للأحداث (العمل تحت سطح الأرض)، 1965.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الحد الأدنى للسن (صيادو الأسماك).
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن عمل الأحداث ليلاً (الصناعة) (مراجعة)، 1948.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن العمل الليلي للأحداث (المهن غير الصناعية)، 1946.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الفحص الطبي للأحداث (المهن غير الصناعية)، 1946.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الفحص الطبي للأحداث (الصناعة)، 1946.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الحد الأدنى للسن (الأعمال غير الصناعية) (مراجعة)، 1937.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الحد الأدنى للسن (الصناعة) (مراجعة)1937.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الحد الأدنى للسن (الأعمال غير الصناعية)، 1932.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الفحص الطبي للأحداث (العمل الجبري).
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الحد الأدنى للسن (الوقادون ومساعدو الوقادين)، 1921.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الحد الأدنى للسن (الزراعة)، 1921.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الحد الأدنى للسن (العمل الجبري)، 1920.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن عمل الأحداث ليلا في الصناعة، 1919.
اتفاقية منظمة العمل الدولية بشأن الحد الأدنى للسن (الصناعة)، 1919.

(3) جاء في المادة (9/أ) من الدستور البحريني ما نصه: "الملْكية ورأس المال والعمل، وفقًا لمبادئ العدالة الإسلامية، مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي وللثروة الوطنية، وهي جميعًا حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون". كما جاء في المادة (13) ما نصه:"أ.العمل واجب على كل مواطن، تقتضيه الكرامة ويستوجبه الخير العام، ولكل مواطن الحق في العمل وفي اختيار نوعه وفقًا للنظام العام والآداب. ب.تكفل الدولة توفير فرص العمل للمواطنين وعدالة شروطه. ج.لا يجوز فرض عمل إجباري على أحد... د.ينظم القانون، على أسس اقتصادية مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية، العلاقة بين العمال وأصحاب الأعمال".

(4) نصت المادة (9) من قانون العمل البحريني على ما يأتي: (لكل مواطن قادر على العمل راغب فيه أن يتقدم بطلب لقيد اسمه إلى الوزارة... وتعمل الوزارة بالتنسيق والتعاون مع الجهات المعنية على اتخاذ الإجراءات المناسبة لتوظيف مقدمي تلك الطلبات). كما تطرقت المادة (39) من قانون العمل البحريني لحماية العامل في ←

فلا يجوز ادن التمييز بين مجهول الوالدين وغيره من الأشخاص في الوظائف والأعمال التي يعلن عنها أو يتم التعيين أو التعاقد بشأنها، فلا يجوز مثلا أن يشترط لشغل عمل أو وظيفة ما أي شرط يعطي الأولوية لغير مجهول الوالدين أو يقتضي التمييز بينهم وبين غيرهم من الأشخاص، وسواء أكانوا بالغين أو دون سن البلوغ، إذ تعتبر الحاجة للعمل من أهم الحاجات الاجتماعية للفرد وبالنسبة للطفل يظهر عليه الرغبة في إشباع هذه الحاجات عن طريق ممارسة الأنشطة والهوايات العملية التي تكسبه قدرة تجعله قادراً على تحديد المهنة التي سيزاولها في مستقبله[2].

وبناء عليه، لا يحق لأي كان أن يحول أو أن يحرم مجهول الوالدين –طفلا كان أو بالغا– من الحصول على العمل إذا توافرت لدى هذا الشخص الإمكانيات والشروط والمؤهلات المطلوبة لإشغال وممارسة ذلك العمل.

ومن جانب آخر، فقد تطرقت المادة (27) من قانون العمل البحريني للحماية القانونية للحدث قبل التشغيل[3]وبعد التشغيل[4]وعلى نحو لا يخلو من تفصيل بشأن القيود والضوابط الواجب مراعاتها من أجل السماح بتشغيل ذلك الحدث[5]، كما نصت المادة الثامنة من قانون الطفل البحريني على بعض الضوابط الخاصة بتشغيل الطفل، حيث جاء فيها ما نصه: "يراعى في تشغيل الطفل عدم الإضرار بسلامته أو صحته أو جوهر حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون، كما تراعى أحكام قوانين العمل في المملكة".

←

أجره من أي تمييز قد يمارس ضده، فنصت على الآتي: (يحظر التمييز في الأجور لمجرد اختلاف الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة).

(1) أكد المشرع البحريني على مبدأ بالمساواة بين العمال بشأن إنهاء علاقة العمل في المادة (104/أ) من قانون العمل.

(2) أنظر: دخينات خديجة، وضعية الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري، رسالة ماجستير–جامعة للحاج لخضر، باتنة–الجزائر، 2012، ص 34.

(3) جاء في المادة (27/أ) من قانون العمل البحريني ما نصه:(يجب على صاحب العمل، قبل تشغيل الحدث، مراعاة ما يلي:

1.التحقق من موافقة الولي أو الوصي بشأن تشغيل الحدث.

2.إجراء فحص طبي على الحدث للتحقق من لياقته الصحية لمزاولة العمل.

3.عدم تشغيل الحدث في الأعمال الشاقة والخطرة أو التي تضر بصحة الحدث أو سلامته أو سلوكه الأخلاقي.

4.إخطار الوزارة بكافة البيانات المتعلقة بالحدث).

(4) جاء في المادة (27/ب) من قانون العمل البحريني ما نصه: (يجب على صاحب العمل، بعد تشغيل الحدث، مراعاة ما يلي:

1.أن يضع بشكل ظاهر في أماكن العمل نسخة تتضمن الأحكام الخاصة بتشغيل الأحداث المنصوص عليها في هذا الباب وبياناً معتمداً من الوزارة بتحديد ساعات العمل وفترات الراحة ومواعيد الراحة الأسبوعية.

2.أن يحرر كشفاً موضحاً به أسماء من يعمل لديه من الأحداث وأعمارهم والأعمال المسندة إليهم وتاريخ تشغيلهم.

3.إجراء فحص طبي دوري على الحدث للتحقق من استمرار لياقته الصحية وذلك في المواعيد التي يصدر بتحديدها قرار من الوزير بعد التشاور مع ممثلي أصحاب العمل والعمّال).

(5) انظر كذلك : المواد (24 إلى 26) من قانون العمل البحريني.

وبناء على ما سبق، فإ ن للطفل مجهول الوالدين الحق في العمل مثله كمثل أي طفل آخر، ووفقاً للضوابط المنصوص عليها في قانون العمل وقانون الطفل، فمصطلح الحدث أو الطفل جاء مطلقاً، وهو ما يقتضي انطباقه على جميع من يندرج تحته كما في مجهول الوالدين.

وباستثناء ما تقدم، يتعذر القول بوجود أي نص في الدستور أو القانون على صلة بحق الطفل مجهول الوالدين في العمل أو نص قد يستفيد منه في سبيل نيل هذا الحق.

وبالرغم من ذلك، فقد وردت بعض الأحكام والضوابط المتعلقة بحق مجهول الوالدين في العمل في القرار الوزاري رقم 46 لسنة 2011 بشأن تنظيم التخرج والرعاية اللاحقة من دار رعاية الطفولة والصادر عن وزيرة حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية، وذلك فيما يخص الابن الخريج من دار الرعاية والذي تجاوز سنة الثامنة عشره وانتقل بعد ذلك إلى السكن المستقل[1].

وبالرجوع إلى القرار الوزاري رقم 46 لسنة 2011 بشأن تنظيم التخرج والرعاية اللاحقة من دار رعاية الطفولة، نجد أنه اكد على أهمية إيجاد فرص عمل للابن الخريج من هذه الدار والمعايير التي يجب أن تتوافر في الابن الخريج لإيجاد فرص عمل دائمة ومستقرة[2]، حيث نصت المادة (10) من القرار المذكور على ما يلي: "تسعى اللجنة

---

(1) انظر المادة (1) من قرار وزيرة حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية بشأن تنظيم التخرج والرعاية اللاحقة من دار رعاية الطفولة.

(2) يلاحظ أن اهتمام الدار بالابن الخريج لم يقف عند تأمين فرصة عمل، وإنما تكفلت الدار بتأمين المواصلات إلى العمل حتى لو كان الابن الخريج يمتلك سيارة، إذ قضى القرار المذكور على إعطاء الابن الخريج الذي يعمل ويلتزم بعمله وراتبه أقل من ثلاثمائة وخمسون ديناراً مساعدة شهرية يحددها مجلس إدارة الدار. انظر : نص المادة 15 من قرار وزيرة حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية بشأن تنظيم التخرج. كما نصت المادة (13) من ذات القرار ما يلي: "تكفل الدار مواصلات الابن الخريج الذي لا تتوفر لديه سيارة وذلك للعمل والدراسة والعلاج، وينطبق ذلك على الابن الذي لديه سيارة في حال تعطلها ولمدة أسبوع واحد فقط، وذلك حتى بلوغه سن السابعة والعشرون"... ووفقاً لنص هذه المادة يتضح لنا أن دار الرعاية تعمل على مساعدة الابن الخريج في تأمين مواصلات العمل، حيث ميزت بين حالتين: أولاهما تتمثل فيما لو امتلك الابن الخريج سيارة، حيث يقتصر دور الدار على تأمين المواصلات لمدة أسبوع فقط في حال تعطل سيارة الابن الخريج، في حين ان ثانيهما: تتمثل في الابن الخريج الذي لا يملك سيارة، إذ تتكفل الدار بتأمين مواصلات العمل طيلة فترة عمله وحتى يبلغ سن السابعة والعشرون... ويقوم مجلس إدارة دار الرعاية بتقديم منح للابن الخريج الذي يرغب بشراء سيارة جديدة لمرة واحدة، وذلك ضمن شروط وضوابط معينة، إذ نص القرار على الآتي: "يقدم مجلس الإدارة لمرة واحدة فقط منحة مالية للابن الخريج عند شرائه سيارة جديدة على أن يقدم كافة الأوراق اللازمة لذلك". المادة (11) من القرار الوزاري بشأن تنظيم التخرج والرعاية اللاحقة.... وبناء عليه، فإنه يتوجب على الابن الخريج استيفاء شروط معينة للحصول على المنحة المالية المخصصة لشراء السيارة، إلا انه يلاحظ على النص السابق أيضا أنه لم يبين ما هي هذه الأوراق أو الشروط والضوابط المرتبطة بذلك... ومن جانب آخر، فإن تساؤلا قد يطرح بشأن الأجر الذي سوف يتقاضاه هذا الابن من عمله، فهل هناك حماية أو مساعدات تقدم للابن الخريج في هذا المجال؟.. أجابت عن ذلك المادة 15 من القرار الوزاري بشأن تنظيم التخرج والرعاية اللاحقة، حيث نصت على ما يأتي: "يصرف مجلس الإدارة للابن الخريج الذي يعمل وملتزم بعمله وراتبه أقل من ثلاثمائة وخمسون ديناراً مساعدة شهريه يحددها مجلس الإدارة". أنظر المادة 12 من القرار الوزاري بشأن تنظيم التخرج والرعاية اللاحقة ... يلاحظ من خلال النص المتقدم أنه أشار أن الدار تتحمل الفرق في قيمة ←

التنفيذية لإيجاد فرصة عمل دائمة ومستقرة للابن الخريج لمرة واحدة فقط، وتراعى في اختيارها قدرة الابن واستعداداته ومؤهلاته، ويتحمل الابن الخريج مسؤولية تركه العمل"[1].

إضافة إلى ما سبق، فبحسب المادة (10) من القرار المذكور، فإن الابن الخريج يحصل لهذا الغرض على فرصة واحدة فقط، ويتحمل مسؤولية الفشل فيها، ومن دون النظر إلى أية اعتبارات أخرى أو الوقوف على أسباب ترك الابن الخريج للعمل، فقد تكون الأسباب المفضية إلى ذلك خارجة عنه لا يد له فيها، فعلى الرغم من أن المادة المذكورة بينت أن اللجنة تراعي قدرات ومؤهلات واستعداد الابن الخريج، إلا أنها لم تشر إلى أية آليات لتحديد هذه القدرات والاستعدادات كخضوع الابن الخريج لاختبارات أو تدريبات أو فترات تجربة متقطعة أو دورية، كالعمل على إعطاء الابن الخريج فرصة للعمل في أيام العطل المدرسية قبل التخرج من الدار، على أن لا يفقد الابن الخريج حقه في الحصول على فرصة عمل ثانية إذا لم ينجح في الاستقرار في فرصة العمل تلك.

وجدير بالذكر هنا أن خروج الابن الخريج من دار الرعاية والالتحاق بالعمل لا يتم مباشرة، فقد نصت المادة (20) من من قرار وزيرة حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية على ما يأتي: "يجب على الابن الخريج الالتزام والمواظبة والحضور لبرنامج التهيئة المعد له من قبل الدار، كما يجب عليه الالتزام بأحكام وشروط هذا القرار وان يلتزم بحسن السلوك، وإلا حرم من الخدمات والمزايا والمساعدات والمنح والمخصصات المنصوص عليها في هذا القرار أو بعضها"[2].

يتضح مما سبق أن النصوص الخاصة بمسألة العمل بالنسبة للابن الخريج الذي نشأ في دار الرعاية نظمت الأمور المتعلقة بالعمل بعد تخرج الابن منها، فأوردت جملة من الشروط والأحكام المتعلقة بها، ولكن ماذا بشأن المرحلة السابقة على ذلك، فبلوغ الابن الخريج سن الثامنة عشرة وتخرجه من الدار وحده لا يعني أن هذا الابن أصبح جاهزاً

←

الأجور إذا كان راتب الابن الخريج أقل من ثلاثمائة وخمسون ديناراً كمساعدة شهرية، ولكن ما يثير الانتقاد هنا أنه حدد الحدد الأدنى للأجر مع إغفال ما قد يطرأ من تطورات وغلاء معيشة، الأمر الذي يفضله الإشارة إلى إمكانية نظر مجلس الإدارة في أمر زيادة هذا المبلغ أن اقتضت الحاجة ذلك. انظر: المادة 12 من القرار الوزاري بشأن تنظيم التخرج والرعاية اللاحقة.

(1) يفهم من نص المادة (10) من القرار الوزاري بأن هناك لجنة في الدار مختصة تسعى لإيجاد فرصة عمل مناسبة للابن الخريج ولمرة واحدة فقط مراعية في ذلك قدرة هذا الابن واستعداده ومؤهلاته لإشغال هذه الوظيفة... ومن جانب آخر، فقد أشار هذا القرار إلى مسؤولية الابن الخريج في الحفاظ على هذه الفرصة، بحيث يتحمل وحده مسؤولية عدم نجاحه في الوظيفة الذي قد يؤدي إلى تركه العمل، فلا تتحمل الدار بعدها مسؤولية تأمين فرصة عمل أخرى له... ويلاحظ على النص السابق أيضا بأن اللجنة التنفيذية وأن كان عليها أن تبذل الجهد وتسعى لإيجاد فرص العمل للابن الخريج، إلا انه لا يوجد ما يشير إلى إلزامها بتأمين فرص عمل أو تواصلها وتعاونها مع مؤسسات معينة لقبول الابن الخريج في العمل ومتابعته لتوجيهه ونصحه، مما يجعل المسألة تبدو وكأنها لا تخلو من العشوائية، فهي لم توضح طبيعة عمل اللجنة التنفيذية بالتحديد وما هي آلية السعي لتوفير فرص العمل التي تقوم بها، وهذا ما يعني أنه من الممكن أن يتخرج الابن من الدار دون تأمين فرصة عمل له، وهو ما يطرح التساؤل عن مصير هذا الابن، خاصة وأنه ما زال في سن حساسة ولا تخلو من مخاطر التأثر بالأخرين ممن يمتهنون أو ينزعون إلى الانحراف السلوكي أو الفكري، فعوده لين، ذلك أنه في الثامنة عشرة من عمره، وحاجاته ومتطلباته متعددة وقد يتعذر عليه تدبر جانب منها دون دعم ومؤازرة من الدولة.

(2) انظر المادة (13) والمادة (15) من القرار الوزاري بشأن تنظيم التخرج والرعاية اللاحقة من دار رعاية الطفولة.

للعمل ويستطيع تحمل مسؤولية نفسه، لذلك أتى نص المادة (3) من قرار وزيرة حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية ليشير إلى ما يجب أن تتضمنه المرحلة السابقة على الالتحاق بالعمل، حيث نصت على الآتي: "تتولى الدار إعداد وتنفيذ برامج التهيئة للأبناء ممن هم على أبواب التخرج وبرامج الرعاية اللاحقة لهم بالتنسيق مع اللجنة التنفيذية، والتي تساعدهم على التكيف مع بيئة العمل والمجتمع ومواجهة المشاكل اليومية وإيجاد الحلول المناسبة لها".

ومن جانب آخر، فإن التساؤل الذي قد يطرح هنا يدور حول برامج التهيئة لأولئك الخريجين، فهل تشمل دورات أو برامج تأهيلية تراعي ميول ذلك الطفل قبل تخرجه وفي جميع المجالات، أي سواء أكانت ميوله أكاديمية أم مهنية؟

نعتقد بأن الأمر يحتاج إلى شيء من التفصيل في هذا الجانب، فمما لا شك فيه أن هذا الطفل بحاجة إلى إعداد دورات وبرامجه مهنية تأهيلية تعمل على تهيئته وتجهيزه وتدريبه لتجعل منه شخصاً متقبلاً لوضعه ولديه القدرة على مواجهة المجتمع والاندماج فيه والالتحاق بسوق العمل قبل التخرج من الدار، وهو ما يقتضي إعداده للالتحاق بالعمل والنجاح فيها ودعمه ومؤازرته بصفة مستمرة، مثله كمثل أي فرد في المجتمع يقف إلى جانبه أبويه وأسرته لتقويمه وتحفيزه على النجاح والاستمرار في العمل، لذلك كان حريا بالقرار الوزاري المذكور ألا يلقي على عاتق الابن الخريج مسؤولية تركه للعمل والتخلي عنه وعدم السعي لإيجاد فرصة عمل جديدة له إذا فشل في الاستمرار في العمل، لان مؤدى ومغبة ذلك كله ستكون عليه وعلى المجتمع الذي يعيش فيه.

ليس هذا فحسب، بل أن تساؤلا آخر قد يطرح هنا ويتعلق بمدى الاهتمام وتنظيم حق الطفل مجهول الوالدين في العمل إذا ما كان في رعاية أسرة بديلة، فما هي الحماية والضوابط والخدمات والمزايا والمساعدات والمنح والمخصصات له؟...

نعتقد بأن ذلك مما لم يتطرق له القانون ولا القرار الوزاري على النحو الذي ورد بشأن الابن المودع في دار الرعاية، الأمر الذي يحسن تداركه.

ومن جانب آخر، فإن ثمة مهمة أخرى تتصل برعاية ودعم الطفل مجهول الوالدين المقبل على العمل وتتمثل في إقناع المنشآت وأصحاب العمل وذوي الصلة في المجتمع على تقبل هذا الابن والسماح له بالعمل كغيره من الأشخاص، وعدم التعسف في التعامل معه أو استغلال وضعه الاجتماعي وحاجته إلى العمل، الأمر الذي يجعل مهمته بالالتحاق بالعمل والاستمرار به والنجاح فيه ايسر واسهل، وبحيث يصبح بوسعه الخضوع لفترة التجربة في قانون العمل واجتيازها بثبات.

وعلى غرار ما سبق، فإنه يستحسن أن تقوم دار الرعاية بإعلام الأطفال وتهيئتهم لإمكانية التنسيق مع الجهات المختصة للسماح للابن الخريج في الاستمرار في العمل في أوقات لا تتعارض مع دوامه المدرسي أو حتى الجامعي في حالة رغب الابن الخريج بالعمل والدراسة معا أثناء وجوده بدار الرعاية أو بعد تخرجه من دار الرعاية لإتمام دراسته الجامعية أو الدراسات العليا.

لذلك كله، فإن الحاجة تعن إلى آلية محددة ومفصلة وشاملة تعمل على إعداد وتأهيل هذا الشخص قبل بلوغه سن الرشد أي وهو طفل، وهو ما قد يتطلب توافر عدد من الأشخاص المختصين أكاديميا ومهنيا وذي كفاءة وخبرة وقدرة على التعامل مع هذه الفئة من المجتمع، وبحيث يكون بوسعها تفهم وضعهم النفسي والاجتماعي ومساعدتهم في اكتشاف ميولهم وتوجيههم الوجهة الصحيحة.

إذن، فالطفل مجهول الوالدين يعيش حياة مختلفة عن باقي الأطفال العاديين بالرغم من تأمين حياة أسرية له عن طريق مؤسسات الدولة والجهات ذات الصلة بهذا الجانب أو لدى أسرة بديلة، وبالرغم من الجهود المبذولة من قبل هذه المؤسسات لتنظيم جميع جوانب الحياة الأساسية لهذا الطفل من تعليم أو عمل، إلا أن هذه المعالجة ما زال ينتابها شيء من القصور في تنظيم بعض المسائل، مما يستدعي إعادة النظر في بعض النصوص وتعديلها واستحداث نصوص وأحكام أخرى.

ولعل اهم ما يمكن الإشارة إليه هنا هو أن المشرع البحريني أناط المسائل المتعلقة بتهيئة الأطفال مجهولي الوالدين المودعين في دور الرعاية وإلحاقهم بالعمل إلى قرار يصدر من وزير حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية، وهو ما يجعله عرضة للتبديل والتغيير وفقا لرؤية وتوجهات ذلك الوزير، لذلك كان من الجدير بالمشرع البحريني تنظيم هذه المسائل من خلال قانون وبما يلائم أهمية وحساسية هذه المسائل المتعلقة به وبما يتضمن الجوانب والحقوق الأساسية التي تكفلها الدولة لهذه الشريحة من المجتمع، مع إتاحة المجال لإصدار قرارات تتولى معالجة المسائل الأكثر تفصيلا.

المطلب الثاني

تطوير الآليات المتعلقة بحق مجهول الوالدين في العمل

تبين لنا من خلال استعراض الوضع القانوني لمجهول الوالدين فيما يخص حقه في العمل وجود قصور في النصوص التي تعنى بإعداد وتهيئة الطفل مجهول الوالدين للالتحاق بالعمل، إذ أنيط الأمر في أغلبه بقرار وزيرة حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية رقم (46) لسنة 2011 بشأن تنظيم التخرج والرعاية اللاحقة من دار رعاية الطفولة، فيما لم يرد شيء بشأن الأطفال المودعين لدى اسر حاضنة.

وبناء على ما سبق، فإنه يمكن تصور العديد من الأليات لتطوير وتفعيل سبل الحاق مجهول الوالدين بالعمل وتمكينه من التمتع بحقه في العمل على نحو أفضل، وبما يسهم في تعبيد الطريق أمامه للاندماج في المجتمع وبنائه، إذ يمكن إجمال اهم الأليات المقترحة على النحو الآتي:

أولا: تشكيل لجنة أو إدارة حكومية خاصة بالتدريب والإرشاد المهني وتمكين الأطفال مجهولي الوالدين من العمل، وعلى أن تأخذ على عاتقها ما يأتي:

أ.وضع الخطط ورسم السياسات والبرامج والتصورات المتعلقة بتأهيل مجهولي الوالدين وإلحاقهم بالعمل.

ب.التنسيق والتعاون مع جهات العمل المختلفة في القطاع العام والخاص، وبما يكفل توفير فرص عمل مناسبة للأشخاص كمجهولي الوالدين في سن العمل، قبل البلوغ وبعده، وضمن اطار ما يتيحه قانون العمل وبالاستفادة منها، كما في الأحكام المتعلقة بالتلمذة المهنية[1].

(1) تطرقت المادة (16) من قانون العمل البحريني للتلمذة المهنية، حيث نصت على الآتي: "يجب أن يكون عقد التلمذة المهنية مكتوباً باللغة العربية، وتحدد فيه مدة تعلم الحرفة أو المهنة أو الصناعة ومراحلها المتتابعة والمكافأة أو الأجر في كل مرحلة بصورة تصاعدية، بشرط ألا تقل المكافأة أو الأجر في المرحلة الأخيرة عما يكون مقرراً لعمل مماثل في الحرفة أو المهنة أو الصناعة التي يتدرب فيها". كما جاء في المادة (15) من قانون العمل البحريني ما يلي: "يعتبر تلميذا مهنيا كل من يتعاقد مع صاحب عمل بقصد تعلم حرفة أو مهنة أو صناعة خلال مدة محددة يلتزم خلالها بالعمل تحت إدارته وإشرافه مقابل أجر أو مكافأة. ويصدر الوزير بعد أخذ رأي غرفة تجارة وصناعة البحرين والاتحاد العام لنقابات عمال البحرين، قراراً بتحديد الإجراءات والقواعد التي تنظم التلمذة المهنية".

ج.إنشاء مركز تأهيلي أو أكثر خاص بالأطفال مجهولي الوالدين يحاكي الواقع العملي وسوق العمل، وذلك للعمل على تدريبهم وتأهيلهم، وعلى أن يكون من مهامها اكتشاف ميول هؤلاء الأطفال وتوجيههم إلى الطريق الصحيح وتوعيتهم بأهمية العمل من خلال التعريف بفوائد ومميزات الأعمال المختلفة ومخاطرها وحقوق العامل فيها.

د.عقد دورات تدريبية تطبيقية للأطفال مجهولي الوالدين في الأعمال المختلفة، وعلى أن تأخذ بعين الاعتبار جنس وميول الطفل مجهول الوالدين وما يتناسب معه واتخاذ كل ما من شأنه تأهيل هذه الفئة من أجل إدماج الأطفال في المجتمع العملي.

هـ.إعداد مختصين ومؤهلين أكاديميين ونفسيين للعمل على تقديم المشورة وتوجيه ودعم الأطفال مجهولي الوالدين في كل ما له صلة بتأهيلهم وإلحاقهم بالأعمال والمهن المختلفة.

و.القيام بزيارات ميدانية لأرباب المهن والحرف المختلفة لاطلاع مجهولي الوالدين على ماهية تلك المهن والحرف أو على الجوانب المختلفة لتلك المهن والحرف.

ي.استضافة بعض أصحاب المهن والحرف لدار الرعاية والسماح للأطفال مجهولي الوالدين الاحتكاك بهم ومناقشتهم للتعرف على مزايا ومخاطر تلك المهن والحرف كالمحامين والأطباء.

ك.تكوين نادي لمهارات الأعمال خاص بالأطفال مجهولي الوالدين للعمل على تنمية مهارات وإمكانيات الطفل المتعلقة بالعمل في المرحلة السابقة على سن الالتحاق بالعمل، ولا سيما في فترة الإجازة المدرسية الصيفية، وبحيث يشمل جميع الأطفال مجهولي الوالدين المودعين لدى دور الرعاية والأسر الحاضنة.

ل.العمل على متابعة مجهولي الوالدين عند التحاقهم بالأعمال المختلفة ومساعدتهم على تجاوز الصعوبات والعوائق التي تحول دون استمرارهم ونجاحهم فيها، وبما لا يخلو من توفير الدعم المادي والنفسي لهم.

م.توفير الدعم المالي الملائم والقروض الميسرة للقادرين والراغبين من مجهولي الوالدين بفتح مشاريع خاصة بهم، بعد التحقق من جدوى وفرص النجاح في ذلك.

ن.إيجاد قاعدة بيانات حول مجهولي الوالدين والأعمال التي يزاولونها وكافة البيانات المهمة المتعلقة بهم من تاريخ التحاقهم بالعمل، ليتسنى من بعد ذلك دراسة وتحليل تلك البيانات وبما يسهم في إيجاد طرق وبرامج موجهة وأكثر فعالية في سبيل دعم وتوجيه هذه الفئة، إضافة إلى البقاء على تواصل معهم للسعي والمساعدة في تشغيل المتعطل منهم عن العمل لدى من لديه القدرة على ذلك منهم، كما لو وجد من بينهم من لديه مشروع قادر على تشغيل الآخرين.

ثانيا: إيجاد أحكام خاصة بتوفير وحماية حقوق مجهولي الوالدين في العمل وجهة حكومية تقوم وتسهر على تمكينهم من الالتحاق بالعمل، ولعل من اهم الأحكام المقترحة في هذا الصدد تتمثل في تخصيص نسبة معينة من فرص العمل لمجهولي الوالدين لدى جهات القطاع الخاص والعام بشقيه في الوظائف المدنية والعسكرية، مع مراعاة السرية بشأن المعلومات المتعلقة بظروف أولئك الأشخاص وكونهم من مجهولي الوالدين، وذلك عند ترشيحهم وشغلهم لتلك الوظائف والأعمال.

الخاتمة

بعد أن أنهينا دراسة موضوع حقوق الأطفال مجهولي الوالدين في التعليم والعمل، يجدر بنا عرض اهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

❖ النتائج

أولا: اقتصرت المعالجات التشريعية المتعلقة بالأطفال مجهولي الوالدين في مملكة البحرين على جانب من المسائل المتعلقة بحقوقهم وإغفال جانب آخر منها، فيما اقتصر الأمر في مسائل أخرى على قرارات وزارية تبقى عرضة للتغير والتبدل بحسب سياسات وتوجهات قد لا يجانب الصواب نعتها بالفردية أحيانا، لأنها ببساطة صادرة من وزير، وهو ما لا يكافئ أهمية وحساسية التعامل مع هذه الحقوق وضرورة الإقرار بها بنصوص قانونية صريحة وواضحة.

ثانيا: لم تضع النصوص القانونية الحالية في مملكة البحرين آلية محددة وواضحة لمتابعة الجوانب المتصلة بتعليم الطفل المجهول الوالدين والإشراف عليه أو تقويمه، ولا سيما إن كان ذلك الطفل في رعاية أسرة حاضنة.

ثالثا: لم تتطرق النصوص القانونية لحق الطفل مجهول الوالدين في التعليم المهني، كما أنها لم تهتم بوضع منهج أو آلية محددة لتنمية قدراته واطلاعه في هذا المجال، إذ اقتصر التركيز على التعليم الأكاديمي فقط.

رابعا: لم يشر القانون إلى كيفية مساعدة الطفل مجهول الوالدين في الحصول على حقه في العمل، إذ ترك الأمر للمعالجة الجزئية وفق قرار وزاري يخص الأطفال المودعين لدى دور الرعاية الأسرية دون الأطفال لدى الأسر الحاضنة.

خامسا: لم تحفل النصوص القانونية المتعلقة بمسألة إعداد الطفل مجهول الوالدين وتهيئته للالتحاق بالعمل في المرحلة السابقة عليه، كما أنها لم ترسم آليات محددة لقياس قدرات ومؤهلات مجهول الوالدين لاختيار ما يناسبه من أعمال لاحقا.

❖ التوصيات

توصلت الدراسة إلى توصية رئيسية مفادها ضرورة إجراء تدخل تشريعي وإصدار قانون خاص بحقوق الأطفال مجهولي الوالدين وتشكيل مؤسسة مستقلة تتبع الدولة وتختص برعايتهم ومساندتهم، إذ يمكن تسميتها: "**مؤسسة رعاية الأطفال مجهولي الوالدين**"، وعلى أن يتضمن هذا القانون معالجة كافة التفاصيل والإجراءات اللازمة لحصول الطفل مجهول الوالدين على الحقوق الواجب الإقرار له بها كالحق في التعليم أو العمل أو غيرها من الحقوق والمرتبطة بدمج هذه الشريحة في المجتمع، وعلى أن يؤخذ بعين الاعتبار عند إصدار هذا القانون وإنشاء تلك الهيئة الخاصة بهم ما يأتي:

1. وضع خطة شاملة لرعاية مجهولي الوالدين والنهوض بهم ومساندتهم في مجال تمتعهم بالحقوق المختلفة التي تقرها التشريعات أو اللازمة لتحسين وترقية أوضاعهم، وبما يكفل لكل منهم تحقيق الذات وبناء المستقبل والاندماج في المجتمع.
2. التنسيق والتعاون مع الجهات المختلفة في القطاع العام والقطاع الخاص، وبما يكفل توفير الحقوق الخاصة بالأطفال مجهولي الوالدين، ولا سيما في مجالات التعليم والعمل وأي حقوق أخرى تقرها التشريعات.
3. تشكيل لجان أو إدارات متخصصة في المجالات المتعلقة بحقوق الأطفال مجهولي الوالدين يكون من مهامها الاعتناء بتوفيرها ومتابعتهم والمساعدة في حل مشكلاتهم وما يواجهون من عقبات.
4. استقطاب وإعداد كفاءات من الأشخاص المختصين والمؤهلين للعمل على تقديم المشورة والتوجيه والدعم للأطفال مجهولي الوالدين في كل ما له صلة بالحقوق المتعلقة بهم كالحق في التعليم والعمل.
5. تمكين الأطفال مجهولي الوالدين من حقهم في التعليم من خلال توفير فرص تعليم حقيقية ومتكافئة في شتى

مراحل ومجالات التعليم ومؤسساته، وخصوصا في مجالات التعليم المهني، إضافة إلى توفير الإمكانات المادية والمنح والحوافز، وانتقاء المدرسين المؤهلين والأكفاء، ولا سيما من الأشخاص مجهولي الوالدين.

6. تمكين الأطفال مجهولي الوالدين من حقهم في العمل، والحرص على إعدادهم وتأهيلهم التأهيل المناسب قبل الالتحاق بالعمل من خلال توفير المقومات المادية والبشرية لهذا الغرض، كإنشاء المراكز التأهيلية ونادي لمهارات الأعمال وعقد الدورات التدريبية والعمل على حل المشكلات والصعوبات التي تواجههم بعد الالتحاق بالعمل، وتوفير الدعم المالي والقروض لهم بغية إنشاء مشاريع خاصة بهم، إضافة إلى تخصيص نسبة معينة من فرص العمل لمجهولي الوالدين لدى جهات القطاع العام والخاص، مع مراعاة السرية بشأن المعلومات المتعلقة بظروفهم عند ترشيحهم لذلك.

7. إيجاد قاعدة بيانات خاصة بالأطفال مجهولي الوالدين وفرص التعليم والعمل المتعلقة بهم، وكافة البيانات المهمة ذات الصلة، ليتسنى من بعد ذلك دراسة وتحليل تلك البيانات، وبما يسهم في تطوير الآليات المتعلقة بها وإيجاد طرق وبرامج موجهة وأكثر فعالية في سبيل دعم ودمج هذه الفئة من المجتمع.

8. إشاعة الوعي في المجتمع بأهمية الإقرار للأطفال مجهولي الوالدين بحقوقهم وتوفير الحماية القانونية اللازمة لهم في مواجهة أي مساس أو انتهاك مادي أو معنوي قد يتعرض له في أي من الحقوق الممنوحة له، وذلك من خلال طرح المبادرات والتعاون مع مؤسسات المجتمع المدني والجهات الإعلامية وعبر ووسائل التواصل الاجتماعي.

قائمة المراجع

1. د.احمد بالطو، مبادئ دراسة الأنظمة، الطبعة الأولى، الشقري للنشر، جدة، 2019.
2. بلبشير يعقوب، حق الطفل غير الشرعي في معرفة والديه عن طريق البصمة الوراثية، رسالة ماجستير – جامعة وهران، الجزائر، 2012.
3. د.حسني مُحَمَّد رضوان، حقوق الطفل مجهول النسب في المواثيق الدولية والشريعة الإسلامية، مجلة القانونية، هيئة التشريع والإفتاء القانوني، العدد الخامس، المنامة، 2016.
4. **دخينات خديجة، وضعية الأطفال غير الشرعيين في المجتمع الجزائري، رسالة ماجستير–جامعة للحاج لخضر، باتنة–الجزائر، 2012**
5. د. رعد مقداد آل دولة، اعتبارات الطفولة في ثبوت واكتساب الجنسية العراقية، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 2، العدد 3، الجزء 2، تكريت–العراق، 2018.
6. د.سلام الفتلاوي وانغام الخفاجي، النظام القانوني للأسرة البديلة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية جامعة بابل، العدد الأول، بابل – العراق، 2019.
7. صديقة منصور احمد، تقرير تجربة مملكة البحرين في دعم وتعزيز قضايا الطفولة، إدارة البحوث والمعلومات بمجلس النواب، المنامة، 2016.
8. صفية الوناس حسين، مجهول النسب بين رحمة التشريع الإسلامي والتشريع الوضعي، المؤتمر الدولي عن الرحمة في الإسلام، كلية التربية–جامعة الملك سعود، المنعقد بالرياض في 7 و 8 -2 -2016.
9. الأمام علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
10. مجد الدين مُحَمَّد بن يعقوب، القاموس المحيط، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة، بيروت، دون سنة طبع.

❖ **الاتفاقيات الدولية**

11. الإعلان العلمي لحقوق الإنسان لعام 1948.
12. اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

❖ **التشريعات واللوائح والقرارات الوزارية البحرينية**

13. دستور مملكة البحرين لسنة 2002.
14. قانون الجنسية البحرينية لسنة 1963.
15. قانون الأحداث رقم (17) لسنة 1976
16. قانون الحضانة الأسرية رقم (22) لسنة 2000.
17. قانون التعليم البحريني رقم (27) لسنة 2005.
18. قانون العمل البحريني رقم (36) لسنة 2012.
19. قانون الطفل البحريني رقم (37) لسنة 2012.
20. قانون الأسرة البحريني رقم (19) لسنة 2017.

21. اللائحة التنفيذية لقانون الحضانة الأسرية البحريني رقم (26) لسنة 2007.
22. قرار رقم (46) لسنة 2011 بشأن تنظيم التخرج والرعاية اللاحقة من دار رعاية الطفولة الصادر عن وزيرة حقوق الإنسان والتنمية الاجتماعية بمملكة البحرين.

❖ **التشريعات العربية**

23. قانون الطفل الفلسطيني رقم (7) لسنة 2004.
24. قانون رعاية الأطفال مجهولي النسب الإماراتي رقم (1) لسنة 2012.

الملخص

يعد الحق في التعليم والعمل من أهم الحقوق التي درجت التشريعات على الإقرار بها للأطفال مجهولي الوالدين وقبل بلوغهم سن الرشد، ذلك أن هذه التشريعات نفسها تفرض التعليم وتسمح بالعمل و قبل بلوغ هذا السن، الأمر الذي قد ينطوي على خطورة بالغة بالنسبة لأولئك الأشخاص، لأنه قد يتوقف مصير الواحد منهم وفرصه في النجاح أو الفشل في مستقبله وحياته كلها على مثل هذه القرارات التي تتخذ في هذا السن المبكر من عمره، الأمر الذي يعني ضرورة الاعتناء به وتوفير الدعم والمساندة له من اجل اتخاذ القرار المناسب الذي يصب في صالحه ويضمن مستقبله.

وقد تعرضت الدراسة إلى هذه الحقوق ومدى توافرها في ظل التشريعات والقوانين الحالية في مملكة البحرين، وقد تبين الإقرار بجانب منها في بعض القوانين، فتارة في قانون الطفل، وتارة في قانون الحضانة الأسرية، وتارة في لوائح أخرى، في حين أن جانبا آخر من تلك الحقوق عهد بتنظيمها إلى قرارات وزارية تصدر لهذا الشأن، كما تبين من خلال استعراض ودراسة هذه الأحكام المنتشرة والمبعثرة هنا وهناك وجود بعض أوجه القصور والنقص في معالجة جوانب منها، ولا سيما الآليات اللازمة لوضع تلك الحقوق موضع التطبيق العملي.

لذلك جاءت هذه الدراسة لتقترح جملة من التوصيات، كان أهمها إصدار قانون خاص بالأطفال مجهولي الوالدين وإنشاء مؤسسة خاصة برعاية الأطفال مجهولي الوالدين، وعلى أن يؤخذ في الاعتبار عند إصدار ذلك القانون كل ما يلزم من آليات ومقومات مالية وبشرية من أجل تمكينهم من حقوقهم في التعليم والعمل وعلى نحو ملائم ومنضبط وموجه.

پوختەی تویژینەوە

مافی خوێندن و کارکردن لە طرنطترین مافەکانە کە یاساکان دانیان ثێدا ناوە بۆ ئەو مندالآنەی کە دایك و باوکیان دیار نین و تەمەنی یاسایین تەواو نەکردوە، لەبەرئەوەی خودی ئەو یاسایانە خوێندنیان بە ئەرك داناوە و رێطایان داوە بە کارکردنی مندالَ ثێش تەواو کردنی تەمەنی یاسایی، ئەوەش مەترسیەکی زۆری هەیە بۆ سەر ئەو مندالآنە، لەبەرئەوەی ضارەنووسی هەر یەك لەو مندالآنە و ضانسیان لە سەرکەوتن و نسکۆ لە داهاتویان و ذیانیان هەمووی وەستاوە لە سەر ئەو بریارانەی کە لە سەرتەای تەمەنیان دەیدەن، ضاودێری کردنیان و فەراهەم کردنی یارمەتی و ثشتیوانی بۆیان بە ثێویست دادەنرێت تاوەکو بریاری طونجاو بدەن کە لە بەرذەوەندیاندا بێت و طەرەنتی دوارۆذیان بکەن.

ئەو توێژینەوەیە باسی ئەو مافانەی کردوە و تا ضەند بوونیان هەیە لە یاساکانی ئێستا کە بەرکارن لە میرنشینی بەحرەین، ضەند یاسایەك دانیان ناوە بە هەندێك لەو مافانە، وەك یاسای مندالَ، یاسای داینطەی خێزانی، وە لە طەآلەنامەی تر، لە کاتێدا بەشێك لەو مافانە رێکخراون بە بریارە وەزارییەکان کە لەو بارەیەوە دەردەضن، هەروەها لە کاتی خستنە بەر باس و دیراسەتکردنی ئەو بریارانەی لێرە و لەوێ ثەرش و بلآون دەردەکەوێ کە هەندێك کەم و کورِی هەیە لە ضارەسەرکردنی بەشێك لەو مافانە، بە تایبەتی شێوازی ثێویست بۆ جێبەجێ کردنی ئەو مافانە لە بوارِی کرداریدا.

ئەو توێژینەوەیە هاتووە بۆ ثێشنیار کردنی کۆمەلێك راسثاردە، کە طرنطترینیان بریتیە لە دەرکردنی یاسایەکی تایبەت بە مندالَی باوك و دایك نا دیار و دامەزراندنی دام و دەزطایەکی تایبەتمەند بە ضاودێری کردنیان، و لەکاتی دەرکردنی ئەو یاسایە هەموو شێواز و ثێداویستیە دارایی و مرۆییەکان رەضاو بکرێت بۆ ئەوەی سوودمەند بن لە مافەکانیان لە خوێندن و کارکردن بە شێوەیەکی طونجاو و رێکخراو و ئاراستەکراو.

Abstract

The right of education and employment is one of the most important rights that legislation has traditionally recognized for children who are unknown parents and before reaching adulthood. However, the same legislation imposes education and allows employment before reaching that age, which might be very dangerous for those people. This will be a serious dangerous situation for them, which might affect the chances of succeeding or failing in their future, as well as the whole their life might depend on such decisions taken at this early age. This means that there is a need to take care of them and support them to make the right decision, which might be in their favor to ensure their future.

This addresses and discusses rights and its availability under the current legislation and laws in the Kingdom of Bahrain. Where, the recognition that supports this situation has been found in some laws, which has found in the Children's Law, Family Custody Law and sometimes in other regulations. Whereas some of these rights have been organized by ministerial decisions for these cases. Although these scattered rules have been reviewed and studied, there are some shortcomings in the treatment of aspects of them; in specific the mechanisms that necessary to put those rights into practice.

Therefore, this study conducted to propose a number of recommendations. Where, the most important was the enactment of a law for children with unknown parents as well as to establish the National Commission for the Care of Children Unknown parents. Moreover, it should be taking into account the necessary mechanisms, financial and human resources in order to enable them to exercise their right to education and work in an appropriate, disciplined and directed manner.

الأحكام الدستورية المستنبطة من قاعدة الإسلام مصدر أساس للتشريع (قراءة موازنة في الدستور العراقي والمقارن)

حوكمه دەستوریەکانی وەرگیراو لە ڕێسای ئیسلام سەرچاوەی بنەڕەتی یاسادانانە

(خوێندنەوەیەکی بەراوردکار لە دەستوری عێراقی و بەراورد)

Constitutional provisions derived from the rule of Islam are a basis for legislation.
(A balance reading in the Iraqi constitution and comparison)

الأستاذ الدكتور وليد مرزة المخزومي

كلية القانون /جامعة بغداد/ العراق

Prof. Dr. Welid Mizrea Almakhzumi

Collage of Law / Baghdad University – Iraq

الأحكام الدستورية المستنبطة من قاعدة الإسلام مصدر أساس للتشريع (قراءة موازنة في الدستور العراقي والمقارن)

الأستاذ الدكتور وليد مرزة المخزومي
كلية القانون /جامعة بغداد العراق

الكلمات المفتاحية:
الإسلام، مصدر التشريع، الدستور، الدستور المقارن
زاراوا سەرەكیەكان:
ئیسلام، سەرچاوەی یاسادانان ، دەستور ، دەستوری بەراورد
Key Words: Islam, the source of legislation, the constitution, the comparative constitution

المقدمة

لعلنا لا نجانب الصواب بالقول أن ما من زمن شهد وسيشهد ثورة قانونية مثل الزمن الذي نعيشه اليوم بسبب صدور دستور سنة 2005 النافذ وما انطوت عليه نصوصه من أحكام ملزمة يفترض فيها ان قيض لها الأعمال والتطبيق أن تغير بنية النظام القانوني العراقي وتجنح بفلسفته نحو الطابع الديني المتجسد في الإسلام أساسا ، ولعل اهم حكم جاء به هذا الدستور فضلا عن عده الإسلام دين الدولة الرسمي، هو جعله الإسلام بقواعده وأحكامه المصدر الأساس للتشريع فيها وتحريمه تشريع أي قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام .

الامر الذي يثير الكثير من الأسئلة القانونية التي تحتاج إلى إجابة ، ولعل من أهمها ما هي آثار هذا النص على النظام القانوني العراقي عموما وعلى التشريع فيه خصوصا وهنا تكمن وتتلخص المشكلة التي وضع هذا البحث لأجل كشفها وتسليط الضوء عليها إن لم نقل الإسهام في حلها ما أمكننا مثل هذا الإسهام ، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

التأصيل التأريخي والمقارن للنص الدستوري

المسألة الأولى : التأصيل التاريخي للنص

ورد هذا النص القاضي بمصدرية الإسلام للتشريع أول مرة في التاريخ الدستوري العراقي، في نصوص قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية الذي صدر عن سلطة الائتلاف المؤقتة لعام 2003 بعد الاحتلال الأمريكي للعراق إذ قضى المشرع فيه بالقول صراحة بأن (الإسلام دين الدولة الرسمي ويعد مصدرا للتشريع...)[1].

اذ لوحظ باستقراء وقائع التاريخ الدستوري للعراق الحديث انه لم يسبق ان ورد لهذا النص ذكر في سائر دساتير العراق الملكي أو الجمهوري البائدة بدءاً من القانون الأساسي لعام 1925 وانتهاء بعهد دستور عام 1970، وهو ما يمكن القول أنه يشكل تجديدا حقيقيا في الخطاب الدستوري العراقي سواء على مستوى النص أو على مستوى الواقع لعدم سبق الإشارة إلى مثل هذه العبارة فيما سلف من دساتير، ولما سينجم عن تطبيقها من آثار قانونية على البنية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للدولة .

المسألة الثانية :التأصيل المقارن للنص الدستوري

مسلك المشرع الدستوري العراقي في هذا الشأن ليس بدعا بين الدساتير فقد سلكه قبله وربما سيسلكه بعده الكثير منها سيما دساتير الدول العربية والإسلامية فحسب من دون ان نلحظ له وجودا في غير هذه الدساتير من دساتير الدول المعاصرة التي قيض لنا أمر استقرائها، وعلى وفق ما يدل عليه الكشف الآتي:

أولا: وجود النص المطابق في الأغلب الأعم من دساتير الدول العربية

إذ ثبت لنا بالاستقراء وجود مثل هذا النص في هذه الدساتير بشكل يطابق نظيره النص الدستوري العراقي تارة حرفا بحرف وتارة بلفظ آخر مختلف لكن بالمعنى ذاته ومنها من سبق الدستور العراقي في ضع هذا النص بعقود طويلة من الزمن ويعد الدستور السوري أول دستور عربي وإسلامي قضى باعتبار الإسلام مصدرا للتشريع إذ قضى المشرع السوري في المادة الثالثة من دستور عام 1950 بهذا الأمر بقوله (الفقه الإسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع)، وهو النص ذاته الذي نسخه المشرع السوري ذاته حرفا ومعنى في المادة الثالثة من دستور الجمهورية العربية السورية لعام 1973 .

هذا وتردد صدى النص في التطبيق حتى اضحى مسلمة دستورية في سائر دساتير الدول العربية ما خلا الجمهورية اللبنانية التي خرجت بدستورها لعام 1926 عن هذا الإجماع وكما في الشواهد الآتية البيان: جمهورية السودان[2]، والجمهورية اليمنية[3]، ودولة الإمارات العربية المتحدة[4]

(1) انظر في هذا القانون وتحليله ا.د.حميد حنون الساعدي ، قراءة في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، مجلة العلوم القانونية ، المجلد العشرون ،ع1، 2005 ، ص 1-47.

(2) نص المادة 5 في فقرتها الاولى من الفصل الاول من دستور جمهورية السودان لعام 2005 النافذ (تكون الشريعة الإسلامية والإجماع مصدراً للتشريعات التي تُسن على المستوي القومي وتُطبق على ولايات شمال السودان).

(3) نص المادة 3 من دستورها لعام 1991 المعدل (الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات) والمادة 23 (حق الإرث مكفول وفقاً للشريعة الإسلامية ويصدر به قانون).

(4) نص المادة 7 من دستورها لعام 1971 المعدل (الاسلام هو الدين الرسمي للاتحاد، والشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه، ولغة الاتحاد الرسمية هي اللغة العربية).

والجمهورية العربية السورية[1]، ودولة قطر[2]، وسلطنة عمان[3]، ودولة الكويت[4]ومملكة البحرين[5]، جمهورية مصر العربية[6]، جمهورية موريتانيا الإسلامية[7]، والجمهورية الجزائرية[8]، والمملكة المغربية[9]، وليبيا[10]، والجمهورية التونسية[11]، ودولة فلسطين[12]، والمملكة العربية السعودية[13]، وجمهورية

(1) نص الفقرة 2 من المادة3 من دستورها لعام 2012 (الفقه الاسلامي مصدر رئيسي للتشريع)
(2) نص المادة1 من دستورها لعام 2003 (قطر دولة عربية ذات سيادة مستقلة. دينها الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي لتشريعاتها، ونظامها ديمقراطي، ولغتها الرسمية هي اللغة العربية.وشعب قطر جزء من الأمة العربية.).
(3) نص المادة الثانية من دستورها لعام 1996 (دين الدولة الاسلام والشريعة الاسلامية هي اساس التشريع.).
(4) نص المادة الثانية من دستورها لعام 1962 (والشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع).
(5) نص المادة الثانية من دستورها لعام 202 المعدل (دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع، ولغتها الرسمية هي اللغة العربية).
(6) نص المادة 2 من دستورها لعام 2014 المعدل (الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع). والمادة 3 (مبادئ شرائع المصريين من المسيحيين واليهود المصدر الرئيسي للتشريعات المنظّمة لأحوالهم الشخصية، وشئونهم الدينية، واختيار قياداتهم الروحية).
(7) نص المادة الاولى من دستورها لعام 1991 المعدل (موريتانيا جمهورية إسلامية لا تتجزأ، ديمقراطية واجتماعية. تضمن الجمهورية لكافة المواطنين المساواة أمام القانون دون تمييز في الأصل والعرق والجنس والمكانة الاجتماعية. يعاقب القانون كل دعاية إقليمية ذات طابع عنصري أو عرقي).وكذلك نص المادة الخامسة (الاسلام دين الشعب والدولة).
(8) نص المادة الثانية من دستورها لعام 1989 المعدل (الاسلام دين الدولة). هذا فضلا عن وصف ديباجة الدستور للدولة بانها (أرض الإسلام، وجزء لا يتجزأ من المغرب العربي الكبير ...).
(9) نص الفصل الاول من دستورها لعام 2011 بقوله (تستند الأمة في حياتها العامة على ثوابت جامعة، تتمثل في الدين الإسلامي السمح، والوحدة الوطنة متعددة الروافد، والملكة الدستورية، والاختيار الديمقراطي) وايضا الفصل الثالث بقوله (الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية..).
(10)نص المادة الاولى من دستورها لعام 2011 التي قضت (ليبيا دولة ديمقراطية مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات، عاصمتها طرابلس، ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع، وتكفل الدولة لغير المسلمين حرية القيام بشعائرهم الدينية، واللغة الرسمية هي اللغة العربية مع ضمان الحقوق اللغوية والثقافية للأمازيغ والتبو والطوارق وكل مكونات المجتمع الليبي).
(11)نص الفصل الاول من دستورها لعام 2014 (تونس دولة حرّة، مستقلّة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها). وكذلك ما جاء به الفصل السادس بقوله (الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية، ضامنة لحياد المساجد ودور العبادة عن التوظيف الحزبي.تلتزم الدولة بنشر قيم الاعتدال والتسامح وبحماية المقدّسات ومنع النيل منها، كما تلتزم بمنع دعوات التكفير والتحريض على الكراهية والعنف وبالتصدي لها).
(12)نص المادة السادسة من دستورها لعام 2004 (الإسلام هو الدين الرسمي للدولة وللرسالات السماوية احترامها). ونص المادة السابعة (مبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيس للتشريع وتنظم السلطة التشريعية الأحوال الشخصية لاتباع الرسالات السماوية وفقا لملتهم بما يتفق وأحكام الدستور والمحافظة على وحدة واستقرار وتطور الشعب الفلسطيني).
(13)نص المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم وهو نظام صدر عام 1412 هـ الموافق 1992 التي قضت (المملكة العربية السعودية، دولة عربية إسلامية، ذات سيادة تامة، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم. ولغتها هي اللغة العربية، وعاصمتها مدينة الرياض) وبالمثل نص المادة ←

الصومال[1]، وجمهورية جيبوتي[2]، وجمهورية القمر المتحدة.[3]

ثانيا: وجود النص المطابق في دساتير بعض الدول الإسلامية غير العربية

إذ ثبت لنا باستقراء ما امكننا الجهد من استقرائه من هذه الدساتير اتجاه مشرعيها ناحية إيراد نص دستوري مشابه لما جاءت به الدساتير العربية وبصيغ لغوية مختلفة تكون تارة ذات دلالة صريحة وتارة أخرى تكون ذات دلالة ضمنية، تدل على تبنيها جميعا لمبدأ مصدرية الإسلام للتشريع واستمداد الأخير قواعده وأحكامه من قواعد وأحكام الإسلام. ومن الشواهد الدستورية التي يمكن إقامتها في هذا الشأن ما يأتي من دساتير لكن على سبيل التمثيل لا الحصر: دستور جمهورية إندونيسيا[4] ودستور جمهورية الباكستان الإسلامية[5] ودستور جمهورية المالديف[6] ودستور جمهورية أفغانستان الإسلامية[7] ودستور

←

السابعة منه (يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله وهما الحاكمان لكل لهذا النظام وجميع أنظمة الدولة).

(1) نص المادة الخمسين من دستورها المعدل لعام 1960 (الشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيسي لقوانين الدولة).

(2) نص المادة الثانية من دستورها لعام 1992 (دين الدولة الاسلام والشريعة الاسلامية هي اساس التشريع).

(3) نص ديباجة دستورها لعام 2003 المعدل الذي قضى أن يستمد من الاسلام مصدر الالهام الدائم والمبادىء والاحكام التي تحكم الاتحاد

(4) اذ تصدرت مقدمة دستورها لعام 1956 عبارة (المنبع الاعلى للحكم هو كتاب الله وسنة رسوله البينة) وبالمثل قضت الفقرة ب من المادة الاولى من الدستور (كتاب الله وسنة رسوله الكريم هما المرجع الاول والاعلى لنظام الجمهورية الاندنوسية) وبالمثل ما قضت به احام البقرة أ من المادة 118 بانه (لا يجوز مخالفة الشرع في الاحكام الصادرة عن القضاء).

(5) نص المادة الحادية والثلاثين من دستورها لعام 1973 المعدل الذي قضى (1-تُتَّخذ الخطوات اللازمة لتمكين مسلمي باكستان، فرادى وجماعات، من تنظيم حياتهم وفقا للمبادئ والمفاهيم الأساسية للاسلام، وتهيئة الإمكانيات اللازمة لتمكينهم من فهم معنى الحياة، وفقا للقرآن الكريم والسنة النبوية.2. فيما يتعلق بمسلمي باكستان، تعمل الدولة على ما يلي: أ. الالتزام بتدريس القرآن الكريم والدراسات الإسلامية، وتشجيع تعلُّم اللغة العربية وتيسيره، وضمان طباعة القرآن الكريم ونشره على نحو صحيح ودقيق، ب. وتشجيع وحدة الصف واحترام المعايير الأخلاقية الاسلامية، وج. ضمان التنظيم السليم لزكاة العُشر والأوقاف والمساجد) هذا فضلا عن نص المادة الاولى التي قضت (باكستان جمهورية اتحادية تحمل اسم جمهورية باكستان الإسلامية، ويُشار إليها فيما يلي باسم باكستا.). والمادة الثانية التي قضت (الاسلام دين الدولة في باكستان).

(6) نص دستورها لعام 1998بحسب المادة التاسعة فيه على أن المواطنين يجب أن يكونوا جميعا مسلمين، ولا يمكن لأي غير مسلم أن يصبح مواطنًا مالديفيا، وتنص المادة الثانية فيه على أن الجمهورية مؤسسة على مبادئ الإسلام , وتنص المادة العاشرة على أنه لن يطبق أي قانون في المستقبل يخالف مبادئ الإسلام , وتنص المادة التاسعة عشرة على أن المواطنين أحرار في أن يشاركوا أو يمارسوا أي نشاط بشرط ألا يكون محرما في الشريعة الإسلامية. كما ان المادة 156 من الدستور تتضمن ان كلمة" القانون" تتضمن أيضا أعراف وأحكام الشريعة الراسخة في القرآن الكريم وأحاديث النبي الكريم، والقواعد المشتقة منهما.

(7) نص المادة الاولى من دستورها لعام 2003 التي وصفت الدولة بانها (أفغانستان هي جمهورية إسلامية مستقلة، دولة موحدة وغير قابلة للتجزئة), والمادة الثانية التي حددت دين الدولة بالقول (دين دولة جمهورية أفغانستان الإسلامية هو الدين المقدس للإسلام) والمادة الثالثة التي ذهبت إلى القول (وفي أفغانستان، لا يمكن أن يتعارض أي قانون مع معتقدات الدين الإسلامي المقدس وأحكامه) وكذلك نص المادة مئة وثلاثين التي جاءت بالحكم الاتي : (عندما لا يكون هناك نص في الدستور أو القوانين بخصوص قضية يُنظر فيها، فإن

←

جمهورية ايران الإسلامية[1]، ودستور جمهورية بنغلاديش[2].

المطلب الثاني

تحديد مدلول ألفاظ النص الدستوري

تضمن النص جملة ألفاظ نحاول بيانها بالاتي من الكلام لما لها من أهمية في تحديد دلالة النص والأحكام المستفادة منه:

المسألة الأولى : اللفظ الأول : المصدر

يفيد اصطلاح المصدر الدلالة على وجه الخصوص على الأصل الذي يستمد منه القانون جوهره وشكله الملزم فهو سببه المنشئ له والخالق لأحكامه ، والمسبغ عليه صفة الإلزام قبل الكافة من الحكام والمحكومين[3].

المسألة الثانية : اللفظ الثاني: أساس

الأساس عند أهل اللغة وكما تفيد معاجمهم اسم مفرد، الجمع أُسس، وهو يفيد معنى الأصل والدعامة لذلك قيل وضعوا أساس الجدار : أي أصله ، و دعامته ، وهو يفيد بالمثل معنى القاعدة فيقال أساس البناء قاعدته وأساس العمل الصدق، وجاء بأخبار لا أساسَ لها من الصحّة : أي غير موثوق بها، ويقال على أساس تجربته أخبرته: أي بناء على، والأساس بالمجمل أصلَ كل شيء ومبدؤه[4].

ويبدو ان المعنى المتبادر إلى الذهن من وضع المشرع له في النص الدستوري سالف البيان هو ان المشرع أراد جعل الإسلام قاعدة التشريع واصله ودعامته التي يرتكز عليها في استمداد أحكامه مع سواه من المصادر الأخرى.

المسألة الثالثة : اللفظ الثالث :التشريع

التشريع في اصطلاح أهل اللغة لفظ من المزيدات المشتقة من مادة (شرع)[5]، فهو عندهم مصدر مشتق من

←

المحكمة ستتتبعأحكام الفقه الحنفي ضمن الأحكام المبينة في هذا الدستور لاتخاذ قرار يضمن العدالة بالطريقة الفضلى.ونص المادة مئة وواحد وثلاثين (تطبق المحاكم فقه المذهب الشيعي في القضايا التي تتناول الأحوال الشخصية التي تخص أتباع المذهب الشيعي، وتحل المحاكم القضايا وفق قوانين هذا المذهب).وكذلك نص الفقرة من المادة مئة وتسعة واربعون التي قضت (لا يمكن تعديل أحكام التقيد بأسس الدين الإسلامي في الإسلام ونظام الجمهورية الإسلامية).

(1) نص المادة 4 من دستورها لعام 1979 (كافة القوانين المدنية والجزائية والمالية والاقتصادية والإدارية والثقافية والعسكرية والسياسية والقوانين الأخرى يجب أن تبنى على الإسلام).

(2) نص المادة الثامنة من دستورها لعام 1972 الذي قضى صراحة ((1) مبادئ الثقة المطلقة والإيمان بالله سبحانه وتعالى، القومية، الديمقراطية والاشتراكية تعني العدالة الاقتصادية والاجتماعية، جنبا إلى جنب مع المبادئ المستمدة منها كما هو مبين في هذا الجزء، تشكل المبادئ الأساسية لسياسة الدولة. أ/1 .(يجب أن تكون الثقة المطلقة والإيمان بالله سبحانه وتعالى أساس كل الأعمال. (2) المبادئ المنصوص عليها في هذا الجزء تعتبر أساسية لإدارة بنغلاديش،يجب أن تطبقها الدولة عند وضع القوانين، يجب أن تكون دليلا لتفسير,والدستور والقوانين الأخرى في بنغلاديش، وتشكل الأساس لعمل والدولة، ومواطنيها، ولكن لا يجوز إنفاذها قضائيا).

(3) انظر في بيان مصادر القانون على التفصيل ا.د. عبد الودود يحيى وا.د. نعمان جمعة ,دروس في مبادىء القانون,جامعة القاهرة,1991,ص56-86 .

(4) القاموس المحيط ،ولسان العرب ، والمعجم الوسيط ، مادة : أسس .

(5) انظر مختار الصحاح مادة شرع ص 318,والمصباح المنير جـ 1 ص 310.

الفعل شرع الذي يفيد معنى سنَّ الأحكام ووضع القواعد لحكم حياة الناس وتنظيمها، اما التشريع عند أهل القانون[1] فهو لفظ يشير استخدامه إلى معنيين هما :

المعنى الأول : المعنى الاسمي للتشريع والتشريع به يكون اسما يطلق على القانون المسنون من سلطة التشريع سواء تمثلت بالسلطة التشريعية أو بالإدارة إذا ما خولت سلطة التشريع تفويضا أو نزولا عند حكم الضرورة، والصادر عنها بشكل نصوص مدونة مرقومة متسلسلة مقرونة بجزاء يوقع على من يخرق أحكامها.

المعنى الثاني: المعنى المصدري للتشريع وينصرف معنى التشريع فيه لا إلى القانون المشرع ذاته إنما إلى عملية صناعته وقيام سلطة التشريع بخلق أو سن قواعده وتقنين أحكامه وجعلها تشريعا ملزما للمخاطبين به[2].

وهنا يعن لنا السؤال عن المعنى الذي قصده المشرع الدستوري بنصه على لفظ التشريع سالف البيان، هل هو المعنى الأول أم المعنى الثاني؟ أم انه أراد من اللفظ الإشارة إلى كلا المعنيين؟ والذي نرجحه هو ان إرادة المشرع الدستوري قد انصرفت إلى استعمال المعنيين على حد سواء بدليل ورود لفظ التشريع على وجه الإطلاق وانعدام أي قرينة تفيد تقييده ودلالته على أحد المعنيين من دون الإشارة إلى المعنى الآخر وهو ما يعني وجوب العمل باللفظ المطلق على إطلاقه بشكل لا يجوز معه للمخاطب به تقيده مصداقا للقاعدة الفقهية القائلة (المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة)[3].

المطلب الثالث

دلالة النص على الأحكام الدستورية

تفيد قراءة هذا النص الدستوري القاضي باعتبار (الإسلام مصدرا أساسا للتشريع) وتحليل منطوقه ومفهومه تقرير طائفة من الأحكام الدستورية التي نحاول بيانها على قدر الوسع في النقاط الآتية:

الحكم الأول

تقرير مرجعية الإسلام للتشريع وإلزام المشرع به

المسألة الأولى : مؤدى الحكم

تفيد قراءة النص ان المشرع الدستوري قد قضى بصريح منطوق النص اعتبار الإسلام مرجعا ومصدرا أساسا للتشريع ، مما يفيد انه أوجب على المخاطب به سيما المشرع العادي لزوما الأخذ من أحكامه وقواعده عند نهوضه بمهمة التشريع إذا ما عن له وضع تشريع جديد أو تعديل تشريع قائم، وعلى نحو أصبح معه (الاستمداد التشريعي من قواعد الإسلام وأحكامه)، التزاما أو واجبا دستوريا يقع على عاتق من يتولى سلطة التشريع أداء مهماته والنهوض بموجباته والا وسم فعله التشريعي بعدم الدستورية.

---

(1) القاعدة القانونية: مدخل إلى دراسة القانون الوضعي/تأليف محمد طه بدوي/القاهرة-مصر :دار المعارف(1954) .ص 85 المدخل إلى علم القانون/تأليف عباس الصراف-جورج حزبون/عمان-الأردن:مكتبة دار الثقافة(1991) . ص 52 – 53 المدخل إلى القانون/رمضان محمد أبو السعود-محمد حسين منصور/بيروت-لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية(2003) ص 91- 94. المدخل للعلوم القانونية: (النظرية العامة للقانون.والنظرية العامة للحق)/توفيق حسن فرج/ بيروت لبنان:/الدار الجامعية (1988) . ص 209.

(2) انظر هذا المعنى د. احمد عسى ، د.فصل العساف، المدخل إلى علم القانون، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، منشورات جامعة حلب ، 2007 ، ص 89.

(3) انظر المادة 64 من مجلة الاحكام العدلية .

وهنا نلحظ أنه يفترض عقلا على وفق ما سلف من تحليل انه لا خلاف في قطعية دلالة النص على هذا الحكم، على وفق الأدلة الآتية :

المسألة الأولى : أدلة الحكم

الدليل الأول: صيغة النص الدستوري والمتجسدة بعبارة (وهو–أي الإسلام – مصدر أساس للتشريع)، والتي جاءت على سبيل الأمر الموجه للمخاطب بالنص والمتمثلة بالجملة الخبرية المستخدمة لمعنى الجملة الطلبية التي تفيد معنى الطلب الملزم والواجب والالتزام بفعل المأمور به على وجه الحتم والإلزام.

الدليل الثاني : توكيد المشرع الدستوري مصدرية الإسلام للتشريع بدليل الحاق هذا المشرع صفة الأساس بلفظ المصدر دلالة على التوكيد في وجوب استمداد الأحكام والقواعد القانونية من شريعة الإسلام وفقهه والا لغدا هذا الوصف الدستوري تزيدا من المشرع لا موجب لمثله في هذا النص.

الدليل الثالث: ان المشرع الدستوري العراقي اتجه ناحية تبني الإسلام واتخاذه دينا رسميا الدولة بنصه في صدر الفقرة أولا من المادة الثانية من الباب الأول الموسوم بباب المبادئ الأساسية على (الإسلام دين الدولة الرسمي...)، هذا ويفيد النص من باب مفهوم الموافقة إلى ان الإسلام يشكل الفكرة الهادية للدولة والمهيمنة على نظمها القانونية والسياسية والاجتماعية إذ تشكل قطب الرحى الذي تدور معه شرعية هذه النظم وجودا وعدما ويجعل منها حتما مرجعا لتشريع القوانين، هذا زيادة عن تحريم المشرع ذاته سن أي تشريع يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام وجعل هذه الأحكام مقياسا لصحة التشريع أو بطلانه لعدم الدستورية، ولا معنى لنص الدستور الذي يقول: إنَّ دين الدولة الرسمي هو الإسلام إذا كانت قوانين الدولة لا تستمدُّ من التشريع الإسلامي ولو في بعضها.

الدليل الرابع : السيرة الدستورية للمشرع العراقيَ منذ بدء الدولة العراقية الحديثة وحتى يوم الناس هذا والقائمة على توكيد مرجعية الإسلام للتشريع واستمداد قواعده من قواعد هذا الإسلام وأحكامه في شتى مناحي التشريع وان لم يكن فيها جميعا.

المسألة الثالثة : تقدير الحكم

واعتبار الإسلام مصدرا للتشريع يعني فيما يعنيه بحكم العقل ان مصادر الإسلام ستصبح بالضرورة مصادر أساسية للتشريع تبعا لذلك الاعتبار .

ومصادر الإسلام المتصور استحقاقها وصف المصدر بالاصطلاح القانوني هي ما يتجسد بالمصادر الأصلية التي اتفق أهل الأصول والفقه الإسلامي على حجيتها ووجوب بناء الأحكام عليها، وهي أربعة مصادر: القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع[1]، والعرف[2]، وهو أمر يمكن رده إلى ان سوى هذه المصادر من المعروفة بالمصادر التبعية إنما هي مصادر مختلف في حجيتها وجواز بناء الأحكام عليها فضلا عن ان حجيتها والعمل بها ثبت في المصادر الأصلية سيما القرآن والسنة، إذ لا يجوز لأي مصدر اجتهادي أو تبعي أن يخرج عن دائرة النص الأصلي بمبادئه وقواعده الكلية وأحكامه

(1) هو المصدر الثالث من مصادر التشريع المتفق عليها, ويعني اتفاق المجتهدين، من أمة محمد على حكم واقعة من الوقائع في عصر غير عصر الرسول، انظر الامدي علي بن محمد، الاحكام في أصول الاحكام، مؤسسة الحلبي، القاهرة ص180/1.

(2) هو ما اعتاده الناس وألفوه فعلاً كان أو قولاً دون معارضة لنص.انظر في ذلك القرافي احمد بن ادريس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، دار الفكر للطباعة والنشر، القاهرة ، ص198.

التفصيلية سواء تجسدت مثلا في القياس[1] والمصالح المرسلة[2] والاستحسان[3] وسد الذرائع[4].

الحكم الثاني

حرية المشرع في الاستمداد التشريعي من دون التقيد بفقه مذهب معين

المسألة الأولى : مؤدى الحكم

ويستفاد من عموم عبارة النص ذاته ان المشرع الدستوري لم يلزم المشرع الاعتيادي عند التشريع بالاستعانة بشرع الإسلام وفقهه بالتقيد بفقه مذهب أو مذاهب معينة بل اطلق يده في استمداد نصوصه منها جميعا من دون تفضيل لمذهب على آخر ، بدليل :

المسألة الثانية :أدلة الحكم .

الدليل الأول :

تصدير المشرع الدستوري النص بلفظ الإسلام وهو لفظ عام من صيغ العموم إذ انه صفة معرفة بال الاستغراق وهو الوضع الذي يفيد اشتماله على كل ما يمكن أن يدخل تحت هذا اللفظ من مذاهب وآراء.

الدليل الثاني :

سكوت المشرع الدستوري عن وضع أي تخصيص أو تقييد على لفظ الإسلام الذي أورده في النص، فعدم تخصيصه له أو إيراد قيد عليه باي وجه من وجوه التخصيص والتقييد يفيد إرادته عموم هذا اللفظ.

المسألة الثالثة : تقدير الحكم

---

(1) هو إلحاق أمر لم يرد فيه نص أو إجماع، بأمر آخر ورد في حكمه نص، وتطبيق حكمه عليه لاشتراكهما في علة واحدة انظر إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول للشوكاني محمد بن علي ,دار المعرفة , بيروت ,ص 198, روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الأمام احمد ,لابن قدامة موفق الدين عبد الله بن احمد المقدسي ,دار الكتاب العربي ,بيروت , ص 166.

(2) هي المصلحة التي لم يرد دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها وليس لها أصل يمكن أن تقاس عليه. ولم يشرع الشارع حكماً لتحقيقها ولكن في اعتبارها وبناء الحكم عليها جلب منفعة أو دفع مفسدة مما يتفق مع أغراض الشارع.انظر الغزالي ابو حامد محمد بن محمد الطوسي ,المستصفى من علم الأصول، تحقيق محمد ابو العلاء، لمطبعة الاميرية ,1324ه,ص 250-251.

(3) اختلف الأصوليون في تعريف الاستحسان فقال بعضهم: إنه دليل ينقدح في نفس المجتهد، وتقصر عنه عبارته. وقال آخرون: هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه، أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه. وقيل: هو العمل بأقوى الدليلين، أو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي..انظر في ذلك للتفصيل الاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور/الطيب خضرى السيد -مكتبه الحرمين بالرياض ط أولى 1983م، (ص9 وما بعدها)- الاستحسان بين النظرية والتطبق للدكتور/شعبان محمد إسماعيل دار الثقافة بالدوحة ط أولى 1988م.

(4) الذرائع عند الأصوليين: هو منع كل ما يتوصل به إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة. فالذرائع عند الأصوليين هي الوسائل التي يتوصل بها إلى الشيء الممنوع المتضمن للمفسدة. فالوسيلة الموصلة إلى الحرام حرام، كما أن الوسيلة الموصلة إلى واجب واجبة. انظر الموافقات للشاطبي جـ 2 ص 358 وما بعدها. المدخل للفقه الإسلامي محمد سلام مدكور ص 266 والتي تليها، ط 1 . وانظر أعلام الموقعين لابن القيم جـ 3 ص 147.

وحسنا فعل المشرع في مثل هذا الأمر الا ان ما ياخذ عليه انه لم يحد من إطلاق سلطة المشرع في هذا الشأن وكان الأحسن له أن يقيد سلطة المشرع بأن يتخير انسب الأقوال وأكثرها تحقيقا للصالح العام ومراعاة ما جرى عليه العرف في العراق.

الحكم الثالث

تعدد المصادر الموضوعية للتشريع وتخيير المشرع بينها

يفيد النص بالمثل من باب مفهوم الموافقة ان ثمة مصادر أساسية أخرى للتشريع تقف إلى جوار الإسلام وان سكت المشرع الدستوري عن بيان ماهيتها بدليل تنكيره كلمتي (مصدر أساس) المضافتين إلى لفظ الإسلام ، وعدم تعريفه لأي لفظ منهما (بأل) التعريف التي قد تفيد الحصر والتحديد وتجعل من أحكام الإسلام المصدر الرئيس للتشريع من دون سواه من الأحكام القانونية الأخرى[1].

وهنا يمكن القول أنه يكون لمن يتولى سلطة التشريع أن ينهل منها ما يشاء من القواعد والأحكام القانونية مثلها في هذا مثل أحكام الإسلام إذ يتبين من النص ان سنة المشرع الدستوري في هذا الشأن قد قامت على أساس التكافؤ بين هذه المصادر الإسلامية ونظيرتها المسكوت عنها إذ لا تفيد عبارة النص ولا مفهومه على أولوية أو أعلوية لمصدر منها على آخر وما ذكر الإسلام وترك الإشارة إلى ما سواه الا من باب قطع الحجة على من يمكن أن يجادل في أمر جعل الإسلام مصدرا للتشريع سيما مع الحقيقة التاريخية التي تؤكد حداثة هذا الحكم في النظام الدستوري العراقي إذ لم يسبق وجوده فيه كما مر معنا من بحث التأصيل التاريخي للنص على مرجعية الإسلام للتشريع[2].

الحكم الرابع

وجود مصادر موضوعية ثانوية للتشريع سكت المشرع عن بيانها

المسألة الأولى: مؤدى الحكم

وهو حكم قانوني يستنبط من من باب المفهوم الموافق لمنطوق النص الدستوري سالف البيان ويتجسد هذا الحكم في أن القول بوجود مصادر أساسية لصناعة التشريع يستتبع بالضرورة القول بوجود مصادر أخرى احتياطية يمكن للمشرع أن ينهل منها القواعد والأحكام التي يرغب عند صناعته للتشريع وان سكت النص الدستوري عن بيان ماهية

---

(1) هذا ومن الجدير بالذكر الاشارة إلى ما ذهب اليه بعض أهل الفقه في مصر وهم في معرض تفسير نص دستور عام 1971 القاضي بمرجيعة الاسلام في التشريع إذ ذهبوا إلى عدم ترتيب اثر قانوني على ذكر لفظ المصدر الرئيسي للتشريع معرفا بال التعريف او إيراده نكرة من دونه –مصدر رئيسي للتشريع –لانهما ان اختلافا لفظا ومبنا فلن يختالفا مغزى ومعنى وان الخلاف حولهما ليس الا معركة كلامية ومجرد مناقشات ومنازعات شأنها شأن مسدس يطلق في الفضاء لا يحدث الا بعض الضوضاء ولكن آثاره هباء في هباء، سيما وان وصف الدستور لأحد المصادر الموضوعية للتشريع–دون غيره- بأنه مصدر رئيسي، انما يدل على انه يعتبر المصدر الرئيسي الوحيد، ولو قيل بخلاف ذلك لكان التخصيص عديم الجدوى ، د.سليمان محمد الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الاسلامي، ط2، 1975، ص 16.

(2) وفي مثل هذا يقول د.عبد الفتاح حسن في معرض تفسيره لعبارة الاسلام مصدر رئيسي للتشريع (إن هذه العبارة تعني أن الدستور يحمِّل المشرّع أمانة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ما وسِعَه ذلك، ويدْعو إلى هذا النهج دعوة صريحة واضحة، ومن ثم لا يمنع النص المذكور من الأخذ عاجلاً أو آجلاً بالأحكام الشرعية كاملة، وفي كل الأمور إذا أراد المشرِّع ذلك). وذلك في كتابه مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت، 1968، ص146.

مثل تلك المصادر لم يصرح بها كما صرح بالإسلام مصدرا أساسا للتشريع.

المسألة الثانية : بيان المصادر المسكوت عنها .

ويمكن لنا تحديد تلك المصادر المسكوت عنها وبيان ماهيتها من خلال تتبع ما جرت عليه سنة المشرع العراقي في صناعة التشريع والقائمة على استمداد ما يضعه من قوانين من المصادر الموضوعية الآتي بيانها من غير ترتيب أو أولوية بينها باعتبار أن المبدأ الذي يحكم المشرع في هذا المجال هو (حرية المشرع في استمداد تشريعاته):

أ: الأعراف الوطنية .

وهي القواعد والأحكام غير المسطورة التي أقرها المشرع قانونا سواء وضعت في ميدان القانون العام من قبيل الأعراف الدستورية والأعراف الإدارية أو وضعت في ميدان القانون الخاص من قبيل الأعراف المدنية والأعراف التجارية.

ب: مصادر القانون الدولي العام.

وتتجسد في القواعد والأحكام المستمدة من المعاهدات والأعراف الدولية ومبادئ القانون الدولي ومقررات المنظمات الدولية وأحكام مؤسسات القضاء الدولي التي استقر المجتمع الدولي على اعتبارها مصدرا لأحكام وقواعد القانون الحاكم لأشخاصه.

ج: تشريعات الدول الأخرى.

وتتجسد في تشريعات الدول العربية والأجنبية التي اعتاد المشرع في العراق على النهل من أحكامها بفعل ما بينه وبينها من صلة وتشابه في البنية والبيئة القانونية.

د: مبادئ العدل والإنصاف .

وتتمثل في القواعد والأحكام التي أقرها العقل البشري وجرت عادة البشر الإقرار بها مصادرا لما تسنه من تشريعات.

هـ: أحكام القضاء العراقي .

وتتمثل في القواعد والأحكام التي استقرت وأصبحت من السوابق التي تمثل أرثا قانونيا يتوجب على المشرع النهل منه عند وضعه للتشريعات .

المسألة الثالثة :الآثار المتولدة عن الحكم.

الحكم سالف الذكر يمكن القول أنه يترتب عليه عقلا في الأقل جملة آثار قانونية ترتبط ببعضها البعض ارتباطا عضويا وهي :

الأثر الأول: إعادة هندسة المصادر الموضوعية لصناعة التشريع وتقسيمها إلى مصادر أساسية من وجه ومصادر احتياطية من وجه ثان بعد أن كانت متساوية متكافئة في القوة قبل وضع هذا النص.

الأثر الثاني: أعلوية المصادر الأساسية للتشريع سيما الإسلامية منها على المصادر الاحتياطية المقررة لصناعته.

الأثر الثالث : إلزام المشرع بوجوب أن تقديم واستمداد تشريعاته من المصادر الأساسية قبل الاحتياطية باعتبار أن هذا التقديم والاستمداد يشكل واجبا دستوريا ليس له مكنة الخروج عنه لان الخروج سيفضي إلى عدم دستورية فعله.

الخاتمة

وخاتمة المطاف كشف رمزي يوضح أهم النتائج التي وصل البحث إليها وبالمثل التوصيات التي نعتقد لزوم أخذ المشرع بها وعلى النحو الآتي :

أولا: النتائج

أ: ثبوت انتحال الإسلام وجعله مصدرا أساسا من مصادر التشريع والزام المشرع باستمداد ما يضعه من تشريعات من قواعده وأحكامه .

ب: ثبوت انتحال الإسلام واعتباره مصدرا أساسا من مصادر التشريع لا يعني قصر هذا الوصف على قواعده وأحكامه فقط فهو مصدر أساس للتشريع ولكنه ليس المصدر الوحيد لصناعته .

ج:ثبوت تبني المشرع لمبدأ تعدد مصادر التشريع وتكافؤها في القوة القانونية وأن لم يصرح بها واكتافؤه بالإشارة الصريحة للإسلام فقط لا يفيد نفي وجودها وغاية ما في الأمر أنه يفيد توكيد مصدرية الإسلام للتشريع اتساقا مع الفلسفة التي جاء بها دستور 2005 النافذ.

د:ثبوت مصدرية الإسلام للتشريع تفيد أن الإسلام سيكون كما كان سابقا في تاريخ الدولة العراقية مصدرا موضوعيا للتشريع يتوجب على المشرع نقله من مرحلة السكون إلى الحركة وتحويله من فكرة دينية إلى نص قانوني ملزم .

هـ:ثبوت مصدرية الإسلام للتشريع تفيد تبعا لذلك الإقرار لمصادر الإسلام بوصف مصدرية هذه المصادر للتشريع باعتبار أنها تمثل القواعد والأحكام المشكلة لبنية الإسلام التشريعية.

ثانيا:التوصيات

أ: تفعيل النص الدستوري من خلال سن التشريعات وإصدار الأحكام القضائية واتخاذ الأنظمة التنفيذية الواجبة لوضع النص موضع التطبيق السليم وبما يتفق مع المصلحة العليا للدولة وشعبها من دون النيل من حقوق وحريات أتباع الأديان الأخرى من المواطنين العراقيين من دون تمييز.

ب: النص على إمكان الطعن بدستورية التشريعات والأنظمة التنفيذية لمخالفتها لأحكام هذا النص.

ج: إعادة النظر في التشريعات والأنظمة السابقة على وضع النص لاستحالة بقائها القانوني لعدم دستوريتها لمخالفتها حكم نص دستوري صريح.

د:حصر خطاب النص الدستوري في السلطات العامة فقط من دون الموطنين إذ ان النص لا يفعل الا من خلال أعمالها القانونية من تشريعات وأنظمة وأحكام قضائية.

ثبت المراجع

أولا: المراجع القانونية

1-د. احمد عيسى، د.فيصل العساف، المدخل إلى علم القانون، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، منشورات جامعة حلب ، 2007.

2-د. توفيق حسن فرج المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، الدار الجامعية، بيروت، 1988.

3-د.حميد حنون الساعدي ، قراءة في قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، مجلة العلوم القانونية ، المجلد العشرون ، ع1، 2005.

4-د.عبد الودود يحيى و د. نعمان جمعة ، دروس في مبادئ القانون، جامعة القاهرة،1991

5-د.عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون ، مكتبة دار الثقافة، عمان 1991.

6-د.عبد الفتاح حسن ، مبادئ النظام الدستوري في الكويت، دار النهضة العربية، بيروت ،1968 .

7- د.سليمان مُحَمَّد الطماوي :السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي ،ط2 ،1975.

8-د.شعبان مُحَمَّد إسماعيل ،الاستحسان بين النظرية والتطبيق، ط1 ، دار الثقافة بالدوحة ، 1988.

9-د.رمضان مُحَمَّد ابو السعود ، مُحَمَّد حسين منصور ،المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2003.

10- د.مُحَمَّد سلام مدكور ، المدخل للفقه الإسلامي ، ط 1، دار الكتاب الحديث، القاهرة.

11-د. مُحَمَّد طه بدوي ، مدخل إلى دراسة القانون الوضعي ، دار المعارف ،1954.

12-د.منذر الشاوي، المدخل لدراسة القانون الوضعي،ط1، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1996.

ثانيا: المراجع الشرعية

1-أبو حامد مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن أحمد الغزالي الطوسي النيسابوري، المستصفى من علم الأصول، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع 2000.

2-أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله القرافي الصنهاجي ،شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، دار الفكر للطباعة والنشر، القاهرة.

3- شمس الدين أبو عبد الله مُحَمَّد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز بن مكي زيد الدين الزُّرعي ثم الدمشقي الحنبلي المعروف بابن قيم الجوزية ،إعلام الموقعين عن رب العالمين جـ 3 ، تحقيق مُحَمَّد عبد السلام إبراهيم ،دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان .

4-شمس الدين عبد الرحمن بن مُحَمَّد بن أحمد بن مُحَمَّد بن قدامة المقدسي روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الأمام احمد، تحقيق شعبان مُحَمَّد إسماعيل ، مؤسسة الريان - المكتبة التدمرية - المكتبة المكية ،1419 – 1998.

5- سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن مُحَمَّد بن سالم بن مُحَمَّد الامدي ،الأحكام في أصول الأحكام ، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، 1424- 2003.

6- مُحَمَّد بن علي بن مُحَمَّد الشوكاني، الملقب ببدر الدين الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول، تحقيق شعبان مُحَمَّد إسماعيل ط2، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة ، 1424 - 2003.

الملخص

لم يكتف المشرع الدستوري العراقي في دستور عام 2005 النافذ بانتحال الاسلام دينا رسميا للدولة انما اتجه ناحية اعتباره مصدرا اساسا للتشريع فيها يتوجب عليها استمداد تشريعاتها من قواعده واحكامه بقوله في الفقرة اولا من المادة الثانية من الباب الاول الموسوم بباب المبادىء الاساسية (الاسلام دين الدولة الرسمي ، وهو مصدر اساس للتشريع....)، وفيما يلي تحليل موازن لهذا النص مع نظيره الموجود في دساتير الدول العربية والاسلامية من غير العربية ومحاولة استنباط الاحكام المتولدة منه.

ثوختة

دانةرى دةستورى عيَراقى لة دةستورى سالَى 2005 بة ناوهيَنانى ئيسلام نةوةستا وةكو ئاينى فةرمى دةولَةت بةلَكو بةرةو ئةو ئارِاستةية رؤيشت كة ئاينى ئيسلامى بةسةرضاوةيةكى بنةرِةتى ياسا دانانة و كردى بة ئةرك كة ياساكان دريَذكراوةى ريَسا و حوكمةكانى ئيسلام بن هةروةك لة برِطةى يةكةم لة ماددةى دووةم لة بةشى يةكةم كة ناونراوة بة بةشى بنةما بنةرِةتيةكان هاتووة (ئيسلام ئاينى فةرمى ولآتة، وة سةرضاوةى بنةرِةتى ياسادانانة....)، لةو تويَذينةوةية شيكردنةوةيةكى بةراوردكارى ئةو دةقةمان كردوة لةطةلأ هاوشيَوةكانى لة دةستورى ولاتانى عةرةبى و ئيسلامى و هةولَمانداوة حوكمةكانى دةربخةين.

Abstract

Not only the Iraqi constitutional law In the 2005 constitution, the Iraqi constitutional legislator not only adopted Islam as an official religion, but it is considered to be the main source of legislation in which it must derive its legislation from its rules and provisions by saying in the first paragraph of the second article of the first section, Which is a basic source of legislation .....), and the following is a balanced analysis of this text with his counterpart in the constitutions of Arab and Islamic countries other than Arabic and try to derive the provisions generated by it.

البحث القانوني وتأثير العولمة عليه
دراسة في منهجية كتابة البحث القانوني

تويَذينةوةى ياسايى و كاريطةرى جيهانطيرى لةسةرى
تويَذينةوةيةكة لة ثرؤطرامكردنى نوسينى تويَذينةوةى ياسايى

The Legal Research and Globalization Impact . A study in the methodology of writing legal research

الأستاذة الدكتورة قبس حسن عواد البدراني

أستاذة التشريع المالي العام / كلية الحقوق جامعة الموصل/ العراق

Prof. D Qabas Hasan Awad AL Badrani
Professor of public finance law
College of law –Mosul university – Iraq

البحث القانوني وتأثير العولمة عليه

دراسة في منهجية كتابة البحث القانوني

الأستاذة الدكتورة قبس حسن عواد البدراني
أستاذة التشريع المالي العام / كلية الحقوق جامعة الموصل – العراق

الكلمات المفتاحية:
المنهجية القانونية، الشكلية في البحث، البحث القانوني، طرق البحث العلمي
ووشە سەرەکیەکان:
میتودۆلۆژی یاسایی، ڕوالەت لە توێژینەوە، توێژینەوەی یاسایی، ڕێگاکانی توێژینەوەی زانستی.
Key words: legal methodology, research's formalism, the legal research, scientific research methods

المقدمة

تمثل المنهجية القانونية الأساس الذي ينطلق منه الباحث لعرض أفكاره وآرائه الفقهية في نطاق القانون من خلال البحوث والكتب القانونية ، مستنيرا في ذلك بما يجود به القضاء من أحكام تمثل منبعا ثريا لخلق الآراء الفقهية ، وهي منهجية لها محتويان الأول موضوعي والثاني شكلي .

هدف البحث

إظهار مدى تأثير مناهج البحث القانوني العالمية في كتابة البحوث القانونية باللغة العربية، خاصة مع اتساع الفجوة العلمية والبحثية بين الباحثين الذين ينشرون مؤلفاتهم باللغة العربية وأقرانهم من الأمم الأخرى وخاصة مع هيمنة منهجية محددة معتمدة من قبل مدرسة البحث القانوني الانكلوسكسوني (الولايات المتحدة وإنكلترا) على وجه الخصوص وتأثيرها الواضح في تبني طرقها وأساليبها وخاصة من حيث الشكل.

مشاكل البحث

1. ان الباحثين في الدراسات القانونية العربية يواجهون مشاكل في تسويق بحوثهم على المستوى العالمي بسبب الفجوة الرقمية والمنهجية ذات الطابع التقني التي اثرت على دخول مخرجات النشر البحثي العربي (مجلات علمية – نشريات مؤتمرات– كتب) في المنصات العالمية للنشر القانوني.

2. هناك حالة من الأمية البحثية في الية البحث والتقصي واستخدام مصادر المعرفة في البحث القانوني العربي تجعل كل ما كتب من أمهات للكتب وبحوث تمثل درر البحث القانوني العربي في حالة من الذهاب للاندثار الحتمي.

3. ادى توجه بعض المؤسسات الرسمية العربية للحاق بهذا الاتجاه العالمي المنتشر، إلى فرض معوقات كبيرة على نشر البحوث القانونية في المجلات الوطنية بل والدفع بالباحثين القانونيين لترجمة بحوثهم إلى لغات أخرى طمعا في الحصول على تصنيفات الجودة العالمية سواء للدوريات أو المجلات التي ينشر فيها أم للباحث ذاته-H-INDEX .

4. انبثاق وسيلة أخرى تعمق تحويل الأموال من الداخل للخارج على اعتبار ان النشر العلمي المعتمد في الترقيات العلمية يوجب أن يكون في مجلات ضمن تصنيفات بعينها لا تتواجد فيها أغلب الدوريات القانونية التي تنشر باللغة العربية.

فرضيات البحث

1.اعتماد منهج قانوني واضح يجعل الباحث باللغة العربية يجد منصته التي تقبل النشر باللغة العربية مع وجود مزيج بين متطلبات المستوعبات العالمية ووسائل النشر العربية.

2.تفعيل دور منصات النشر الإلكتروني العربية واعدادها كمستوعب عالمي يستضيف المجلات العربية ومنها القانونية لتؤدي دورا فعالا في تسويق البحوث القانونية العربية.

منهجية البحث

اعتماد الأسلوب الاستقرائي التحليلي لموضوع البحث .

تقسيم البحث

المقدمة

المطلب الأول: خصوصية كتابة البحث القانوني

المطلب الثاني : صور المنهجية القانونية

المطلب الثالث: مظاهر تأثير العولمة على البحث القانوني

الخاتمة : (النتائج والاقتراحات)

المطلب الأول

خصوصية كتابة البحث القانوني

ان الكتابة في القانون لها سماتها الخاصة تنطلق من طبيعة القانون الذي يجمع بين امرين الفكرة والرأي من جهة والتجربة والواقعة أو التصرف من جهة أخرى، أي هو علم يجمع بين النظرية والتطبيق في نطاق زمني محدد ، فليس من قانون بدون حدود واضحة فلابد من التكامل والانسجام بين القانون والمجتمع الذي شرع لأجله ويراد تطبيقه على أفراده بطريقة يجعله مواكبا لأي متغير داخلي أم خارجي ، وهذه من السمات التي تغلب على علم القانون وان كان يتماثل نسبيا مع باقي العلوم الإنسانية الأخرى ولكن بدرجات متفاوتة[1] .

وطبقا لذلك فإن للبحث القانون اثره المهم في جعل القانون مواكبا لحياة الجماعة فالمشرع يستقي مصادره وألفاظه من شروحات الأعمال القانونية السابقة وأحكام المحاكم وآراء فقهاء القانون والتي يكون الوصول إليها من خلال البحث القانوني من بين طرق عديدة ،والذي نقصد به كل ورقة بحثية أو عمل بحثي قانوني باي وصف كان–

(1) الجنابي، حازم حمد موسى، الأصول والقواعد العلمية في كتابة البحوث السياسية والقانونية، بيروت، منشورات زين الحقوقية، 2017، ص49.

أطروحة ورسالة جامعية عليا كانت، أم مقالة وبحث منشور في دورية متخصصة وتعليق أو وجهة نظر مكتوبة..

وعلى ذلك فمع أهمية هذا الجهد فلابد أن يكون للبحث من حيث المضمون والشكل سمات وخصائص تجعلنا نطلق على ما نقرأه بحثا قانونيا يتخذ المكانة المهمة والمؤثرة في حياة المجتمعات في مختلف الأصعدة –القانونية والاقتصادية والسياسية والإدارية ..– ويمكن ان نطرح جملة أفكار نعتبرها خصائص يتسم بها البحث القانوني كتابة ومحتوى وشكلا، خاصة وان هناك طرقا ومناهج وضعت الأسس لكتابة البحوث عامة ومنها البحوث القانونية بغض النظر عن الهدف من كتابة البحث سواء لغرض أولي كما في الأبحاث المقدمة من طلاب الدراسات الأولية غير النهائية، أو بحث تمهيدي للتعمق لاحقا كما في بحوث طلاب الدراسات العليا، ثم يتدرج الأمر نحو التخصص بشكل يصل حد اعتبار كتابة البحث القانوني واجبا على كل من يريد التعمق في الدراسات القانونية – رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه والكتب المتخصصة والأبحاث المنشورة في الدوريات القانونية المتخصصة–، ويمكن القول بأن من هذه الخصائص ما يأتي :

1. الشخصية القانونية، ونقصد بذلك ان من يكتب بحثا قانونيا يمتلك شخصية قانونية نتلمسها من ألفاظ ومعاني البحث تجعله يتسم بالقدرة على الاستقراء والتحليل والاستنباط وصولا للتكييف القانوني وإيجاد الحلول القانونية، وفي النتيجة فإن ألفاظ الباحث القانوني يجب أن تعبر تماما عما يطرحه من موضوعات، ولا تتكون الشخصية القانونية لدى كاتب البحث القانوني الا نتيجة لتراكم الخبرات البحثية بالدرجة الأساس من خلال القراءة والاطلاع والكتابة، فضلا عن ممارسة القانون والتي تجعل للباحث شخصية بارزة تستطيع أن توفق بين الأفكار والواقع بطريقة تمزج بين الفكر النظري وتطبيقه على ارض الواقع وملاحظة درجة نجاحها أو فشلها وبالتالي يتخذ البحث القانوني دوره المهم في تحسين القوانين ورؤية المشرع للواقع وتحدياته.

2. تعد المكتبة ابرز ما يمنح الباحث الأساس الذي ينطلق منه لكتابة بحثه وتسطير اراءه سواء كانت تقليدية ورقية أم إلكترونية مستحدثة ،فهي المكان الذي يبحث فيه الباحث عن المعرفة ويجرب من خلالها ما يعرض له من أفكار ورؤى ،فهي اشبه بالمختبر والمعمل والحقل يرى نتاج أفكاره وأفكار من سبقه مسطرة على أوراق الكتب والمنشورات فيها[1]، وكما تعلمنا من أساتذتنا عندما كانوا يخبرونا بأن "بضاعتنا الكلام" وهذه البضاعة لابد أن يكون لها موطن تستقر فيه وهو المكتبة بما فيها.

3. لا يكتفي الباحث في البحوث القانونية بما يرد من آراء نظرية في الكتب والمجلات المتخصصة والرسائل والأطاريح الجامعية ، إذ لابد له من أن يتخذ من أحكام المحاكم وقرارات القضاء مصدرا ثريا يستنبط منه أسباب التطبيق ودوافعه ومبرراته فضلا عن سلامة التكييف القانوني والحلول التي اطمأن لها راي القضاء الوطني والأجنبي.

4. الروية الواضحة والواسعة، لا يكتفي الباحثون القانونيون بما سبق من مستلزمات إنما لابد أن تتكون لديهم الرؤية الواضحة لحدود التطبيق القانوني فكما ان القانون يتسم بالوضوح فهو في المقابل محدد النطاق، إذا ان أغلب القوانين لها عدة انطقة تتحرك فيها –زمانيا ومكانيا وموضوعيا وشكليا– يشرحها ويوضحها بطريقته الخاصة الباحث القانوني، إذ يتضمن البحث القانوني حدود سريان القانون من حيث الزمان ومن حيث الأشخاص والأشياء أو الأموال

(1) عبدالعال ،محمد عكاشة ;منصور،سامي بديع المنهجية القانونية، بيروت ، الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2009، ص10

ومن حيث المكان فضلا عن الجوانب الشكلية والإجرائية اللازمة لتطبيقه.

5. القدرة على تحديد هدف البحث القانوني، فالباحث عندما يتناول عنوانا ما فإنه يحدد المشاكل التي يتعرض لها بالتحليل بعد أن يكون قد قام بجمع اكبر قدر من البيانات والوثائق يستطيع من خلالها توصيف هذه المشاكل وعرض المؤثرات عليها فضلا عن إيجاد أكثر الطرق منطقية في حلّها، وعلى ذلك فإن البحث القانوني لا يعني فحسب تفسير النصوص القانونية والذي قد تساهم مصادر أخرى في ذلك سواء من خلال الأنظمة والتعليمات أو من خلال الأحكام القضائية.

المطلب الثاني

صور المنهجية القانونية

عندما نسمي ما نكتب أو نقرأ بالبحث القانوني فإن هذا يعني ان هناك منهجية معلومة قد تم اتباعها عند كتابة البحث توصف بانها منهجية في كتابة البحوث القانونية تمثل الطريق الذي يسير عليه الباحثون وياخذون بأوصافها ومضامينها، مع ملاحظة ان المنهجية في كتابة البحث بالمطلق قد تتماثل في عدة أحيان وخاصة في نطاق العلوم الاجتماعية ومنها علم القانون كما الاقتصاد والاجتماع والسياسة والتاريخ..

وقد عرفت قواميس اللغة المنهجية بانها "تطبيق المنطق العلمي في دراسة المجتمع البشري وظواهره وتعني تطبيق المنطق العلمي في دراسة الظواهر والحوادث ، وهي ترتبط بفلسفة العلم ذاته"[(1)]، ولو حددنا الأمر بالمنهج القانوني فاننا سننطلق لابعاد تتخذ اشكالا وصورا عدة، فمصطلح المنهج أو المنهجية القانونية يمثل المعاني الآتية :

- الوسيلة الرئيسة في أحكام العقل والمنطق واستخدام التفكير القانوني.
- أساس الانطلاق نحو فهم القانون ومعرفته بصورة عامة ودقيقة.
- الطريق الذي يعرف الباحث كيف يطبق القانون وما هي أحكامه واثاره فضلا عن الإجراءات الشكلية الواجبة التي لاغنى عنها حتى يكون للقانون دوره المعلوم في المجتمعات، مع ملاحظة ان القانون لا يقوم فقط على المحتوى الموضوعي أو ما يطلق عليه بمضمون النص وقد يصل إلى فكرة قصد المشرع وإرادته، وإنما المحتوى الظاهري لألفاظ النص ومعانيه وحدود التشريع الإجرائية التي قد تفوق في الثبات والقوة المحتوى الموضوعي للقانون.

ان هذه الثنائية في التفكير القانوني تجعلنا نميز بين المنهج الموضوعي عند تناول المشكلة القانونية وبين المنهج الشكلي لكيفية هذا التناول رغم تكامل الامرين معا، فلا يمكن تصور أي بحث قانوني يتعرض لمشكلة ما ويطرح الباحث آرائه فيه دون الالتزام بشكلية معينة تظهر البحث بطريقة منطقية يقبلها العقل وتجعل المحتوى واضحا ومحددا لمن يقرأ، وعلى ذلك فاننا سنتناول كتابة البحث القانوني من خلال صورتين أساسيتين للمنهجية:

أولا: المحتوى الموضوعي للمنهجية القانونية في الكتابة

تتعدد الطرق والأساليب عند كتابة البحث العلمي بنفس تنوع وتعدد المدارس العلمية التي رسمت تصورات لكيفية تناول موضوع ما كورقة بحثية متخصصة وهذا التعدد يرجع إلى تنوع أصناف العلم وصوره ولتعذر أن تطبق

(1) زيدان، مسعد عبدالرحمن مناهج البحث العلمي في العلوم القانونية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى – مصر ، 2007، ص 72

العديد من هذه الطرق على علوم بعينها فما يصح في العلوم الطبية أو الهندسية لا يصح في التاريخ واللغات على سبيل المثال، فهناك المنهج التجريبي الذي يستخدمه علماء الطبيعة والطب وأغلب العلوم التطبيقية، الا انه قطعا لا يسهل تطبيقه على الدراسات القانونية حيث يفترض وجود ظاهرة توضع تحت التدقيق والمراقبة وافتراض نتائج معينة تم تحققها أو عدمه، إذ لا وجود للمختبر والتجربة والنتائج المخبرية في علم القانون، ورغم كونه علما اجتماعيا إنسانيا يقوم على الوقائع المادية والتصرفات القانونية وكيفية ضبطها في نسق واضح ومحدد الا انه لا يمكن أن يتشابه مع باقي العلوم الإنسانية الأخرى وليس فقط العلوم التطبيقية البحتة التي تطبق المنهج التجريبي[1] .

ويجدر هنا ان نتناول اهم الطرق والمناهج البحثية التي يمكن تناول موضوع قانوني باستخدامها[2]ويصلح ذلك بواسطتها وهي :

أ. المنهج الاستقرائي، وهو أكثر الطرق شيوعا في البحث القانوني فهو يقوم على وجود فكرة ذات طابع أو أساس نظري يتم دراسة المصادر التي تناولتها (اراء الفقهاء–أحكام المحاكم –نصوص القوانين والوثائق الرسمية الأخرى)، فهو يقوم على أساس وجود حقائق مستقرة ظهرت نتائجها ويتم البحث فيها.

ب. المنهج الاستنباطي، وفيه تظهر قدرات الكاتب البحثية وخاصة في التحليل والتكييف وعرض الآراء الشخصية وهو أحد ا لمناهج المعمقة في الكتابة القانونية خاصة في حالة الوقائع والتصرفات غير المحددة طبيعتها.

ت. المنهج المقارن، ويمثل أكثر المناهج انتشارا وتفوقا في نطاق الدراسات القانونية المتخصصة وتحقيقا للفكرة البحثية المتمثلة بوجود مشكلة ووضع فرضيات ثم تحديد النتائج ويكون ذلك من خلال إبراز جوانب التشابه والاختلاف من خلال القوانين والمذاهب الفقهية وأحكام القضاء بين عدة نظم قانونية غير متماثلة لكي يتحقق الغرض الرئيس من البحث القانوني، ونجد هذا الأسلوب يكثر في الدراسات الأكاديمية العليا ويتصف بكونه منهجا أكثر توافقا مع الفكرة القانونية التي تتطلب الثبات والتراكم الزمني مع وجود التوافق مع المتغيرات المحلية والدولية، ولذا فإن إجراء المقارنة بين النظم القانونية المعاصرة وبين التشريعات القانونية فضلا عن اتجاهات القضاء والفقه الإسلامي التقليدي والمعاصر كلها تحقق نتائج إيجابية من خلال معرفة التجارب الناجحة والفاشلة وأسباب النقص والضعف وكيفية تجاوزها.

ث. المنهج التحليلي، ويقوم على تحديد المشكلة ودراسة محتوياتها والنتائج التي تحققت عنها، ثم عمل وصف شامل للمشكلة وأسبابها وافتراض الحالة أو الموقف الذي حدث أو سيحدث مستقبلا وكيفية علاجها.

وهنا يمكن القول ان الباحث القانوني تحدده عوامل عديدة في اختيار المنهج الذي يعتمده عند كتابة البحث أو الدراسة ففي اطار الدراسات القانونية الحديثة تميل في غالبها نحو الدراسة المقارنة وخاصة بين النظم القانونية المختلفة ،ولو احتاج البحث اعتماد المنهج التاريخي أو الوصفي أو الاستقرائي فإن الباحث قد يجمع بين أكثر من منهج يمزجها بطريقة تظهر مقدرته الشخصية في استخدام هذه المناهج المتعددة ومحاولة الخروج بنتائج تحقق الهدف أو الأهداف التي خطط لها الباحث بداية.

ان الباحثين في القانون لا يكتفون بالمراجع والمصادر المكتوبة باللغة الام العربية وغيرها وإنما يعمدون إلى تعلم

(1) هدى، محمد سليمان، مناهج البحث الاقتصادي، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 54
(2) د.زيدان، مصدر سابق، ص 123

لغات أخرى وإتقانها كونها أداة أساسية في تطوير الخبرات الشخصية وخاصة في طريقة التفكير والتعبير والتي تمثل ثقافة شخصية بحتة، فمنهج المقارنة يوجب إتقان اللغات الأخرى لقراءة المصادر المطبوعة بغير لغته الأصلية حتى يعلم جيدا محتوى النظام القانوني الذي يقوم بالمقارنة معه ولا يكتفي بما قام به غيره ممن سبقوه في ازمان بعيدة نوعا ما، ومع الخاصية المتغيرة بصورة متواصلة للفكرة القانونية وكيفية تطبيقها والتي تتاثر بواقع كل مجتمع وخصوصيته، وفي هذا المجال فإن ما تحقق من تطور تقني على مستوى شبكات التواصل العالمية (الإنترنت) التي مكنت عرض الدراسات والبحوث والمؤلفات القانونية وبمختلف اللغات الحية لهو مجال رحب يستطيع الباحث المتمكن من أدواته أن يستخرج خير ما فيه كي يقدم ويعرض آراؤه وأفكاره ويساهم في تحسين تطبيق القانون في مجتمعه وبلده وعلى مستوى اوسع أن توفرت له الفرصة.

وهذه السهولة في الاطلاع على التجارب والنظم القانونية المختلفة جعلت الادعاء بوجود صعوبات في البحث القانوني امرا لم يعد مقبولا ،اذ تحولنا من الاطار الورقي التقليدي إلى محتوى تقني يجعل أحكام القضاء وآراء الفقهاء في شرق آسيا أو امريكا اللاتينية امرا متاحا وبسهولة، وليس الاكتفاء بالتأثير الثقافي المباشر لبعض الثقافات الغربية على العرب بحكم التاريخ السابق من الاستعمار والاحتلال سواء الإنكليزي أم الفرنسي، فالعولمة ليست فقط جعل العالم قرية صغيرة بهذا التصور المباشر وإنما هناك التأثير العلمي والثقافي والاجتماعي غير المنظور، فالعولمة الثقافية اثّرت على الباحثين القانونيين من خلال وسائل التواصل الاجتماعي واستخدام المنصات الإلكترونية لعرض المحاضرات فلم يعد ترفا أن تعرف ماذا يلقى من أفكار في محاضرة في جامعة هارفرد الأمريكية إذ يكفي أن تطلع عليها عبر ال يوتيوب أو أي محرك بحث عالمي آخر حتى تجد الأسلوب وعرض الفكرة والتفاعل بين الأستاذ والطالب كي تعرف ما انت عليه فعلا ان كنت متقدما أو متأخرا.

كل ذلك يجعل الباحث القانوني أمام تحدي كبير في كيفية عرض آرائه وأفكاره إذ أصبح الإنترنت وسيلة للشهرة والتقييم العلمي والشخصي–كما سنبين لاحقا.

ثانيا: الشكلية في البحث القانوني

كما ان هناك محتوى موضوعي لكيفية تناول البحث القانوني هو ركن أساس لكل بحث فإن الشكل الذي يعرض من خلاله المحتوى الموضوعي له أهمية كبيرة في تحقيق فكرة المنطقية والوضوح في عرض الرأي والمشكلة والفرضية والنتيجة وإبرازها من خلال شكلية تتفق كل العلوم ومنها القانون على وجوب الالتزام فيها عند كتابة البحث العلمي.

ولذا نجد ان طلبة كليات الحقوق والقانون يتم تعليمهم اياها في سنوات دراستهم الأولية كي تصبح من المسلّمات التي تشكّل الشخصية القانونية والتي ذكرنا أوصافها في مطلع هذا البحث، فضلا عما توافقت عليه معظم الدوريات والمجلات العلمية ومنها القانونية المتخصصة في عرضها تحت عنوان (شروط النشر –Author guide) وهي شروط ذات طابع مادي وملموس تتسم بالتحديد والدقة بكل ماله علاقة بطريقة الكتابة والعرض وكيفية الإخراج الطباعي فضلا عن وجود قيم ومبادئ يجب الالتزام فيها تتعلق بالأمانة العلمية من خلال القبول بالاقتباس للنصوص المكتوبة سابقا من الغير ولكن بشروط، فضلا عن طرق الإشارة المرجعية (الهوامش– Footnotes) وكيفية تثبيت قائمة المراجع والمصادر في نهاية البحث والدراسة أو الكتاب.

ويمكن القول بتقارب المنهجية الشكلية لدى معظم العلوم وان وجدت فروق متباينة بين القانون وباقي العلوم

الأخرى في المنهجية الشكلية، مع ضرورة أن يبقى لكل مجلة ودورية متخصصة خيارها في وضع ما تشاء من شروط شكلية وان كان هذا الخيار قد تناقص كثيرا مع وجود المؤسسات البحثية العلمية الدولية التي تتطلب وجود آليات وشروط معينة كي تنظم لها هذه الدوريات والمجلات المتخصصة كما هو الحال في مؤسسة التصنيف الدولية للمؤلفات والأبحاث (ISSN وISPN).

والمنهجية الشكلية لا يقصد منها فقط كيف يكتب الهامش وترتب قائمة المراجع والمصادر وإنما كيف يتم عرض الموضوع وترتيب صفحاته فالبدء يكون في المقدمة التي يجب أن تحتوي على فقرات وبنود لا غنى عنها سواء هدف البحث ومشكلاته وفرضيات البحث فضلا عن المنهجية الموضوعية المتبعة من الباحث، واستكمالا بتقسيم الدراسة أو البحث على أبواب وفصول وأقسام ثم انتهاء بالخاتمة التي حتما تحتوي على النتائج والمقترحات والتوصيات ان وجدت وهذا الأمر ليس ثابتا فهو يتسم بالتنوع والتعدد ولكل جامعة أو مؤسسة بحثية منهجها الذي تفرضه على من يرتادها كطلبة أو باحثي[1]، مع ملاحظة ان البحث القانوني له خصوصية في الشكلية المعتمدة سواء من حيث طريقة الإشارة المرجعية للهامش فضلا عن ترتيب قائمة المراجع والمصادر فبعض الاختصاصات القانونية – القانون المالي العام على سبيل المثال –تجعل ترتيب المصادر في آخر البحث حسب قوة ووثوقية المصدر فتبدأ بالقوانين والوثائق الرسمية ثم تنتقل للبحوث القانونية المنشورة في المجلات المحكّمة– التي يكون تقييم البحوث فيها من مقيمين اثنين في الأقل– والرسائل والأطاريح الجامعية ثم الكتب[2]، في حين ان هناك اختصاصات قانونية لا تلتزم بهذا المنهج فتبدأ بالكتب ثم الدوريات والرسائل الجامعية وتختم بالوثائق القانونية، وهذا المنهج يعتمد ثباته على التكرار والتراكم الزمني في الاستخدام فضلا عن التراث البحثي لذوي الاختصاص.

ان هذا المحتوى للشكلية في كتابة البحث القانوني قد تأثر إلى حدّ كبير في مظاهر العولمة وخاصة البحثية والثقافية منها مع ملاحظة أن تأثر المنهج الشكلي أكثر سرعة وبروزا من المنهج والمحتوى الموضوعي وذلك يرجع إلى طبيعة علم القانون الذي يقوم على محلية وخصوصية المشكلة أو الواقعة أو الحدث المادي بنسبة كبيرة والتي تثير لدى الباحثين الرغبة في بحثها وإيجاد الأسباب وتحليلها وتوصيف المشكلة وما إلى ذلك من أهداف بحثية.

المطلب الثالث

مظاهر تأثير العولمة على البحث القانوني

اثّرت العولمة بشكل واضح على المفاهيم الثقافية للعديد من الشعوب رغم ان هذا التأثير في بعض الجوانب اخذ شكل مظاهر سلوكية سطحية إلى حدّ ما، الا انه لاينكر وجود هذا التأثير، وفي المقابل نجد أن بعض المفاهيم العلمية قد تأثرت كثيرا بسهولة التواصل الذي يحصل بين الأمم والشعوب بفعل وسائل التواصل الإلكترونية والتجمعات العالمية ذات الطابع العلمي التي تأخذ شكل المؤتمرات الدولية وتشكيل الجمعيات العلمية وان كان لهذه التجمعات تأثير لكنه لا يرقى لتأثير الربط والتواصل الذي وفرته التقنيات الحديثة وتطبيقاتها على الإنترنت. فما كان معروفا سابقا بالثقافة العربية والثقافة الشرقية أو الغربية بدأت تذوب الحدود الفاصلة نسبيا بينها ويحدث التداخل بل وانتج بعض الظواهر التي روج لها منظرو فكرة العولمة ومنهم فوكوياما حول غلبة الديمقراطية الليبرالية ومظاهرها على العالم، وخصص بعضهم

(1) ضوابط استحداث المجلات العراقية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 2018
(2) قبس حسن عواد، المركز القانوني للمكلف الضريبي، دار المناهج عمّان، الأردن ، 2004، ص280-290

بأن الصدام لن يقتصر على السياسة وإنما لن تتبقى الحدود الثقافية والمفاهيم المحلية للمجتمعات[1] ورغم الجدل حول حقيقة المدى الذي وصل إليه تأثير العولمة على سلوكيات المجتمعات، فإن دراسة تأثير العولمة على الدراسات والأبحاث القانونية باعتبارها أحد مظاهر الثقافة والمعرفة أمر يوجب تحديد هذه المظاهر في جانبين:

أولا: التأثير على المحتوى الموضوعي للأبحاث والدراسات القانونية.

لقد تأثرت الكثير من المفاهيم القانونية بفعل المتغيرات التي جلبتها سهولة التواصل بين المجتمعات ومنها النظم القانونية وتشريعاتها فضلا عن التأثر بالأفكار القانونية للمجتمعات والدول المصدرة لثقافتها عبر وسائل العولمة التقنية إلى الشعوب الأخرى ومنها الشعوب العربية ومكوناتها ويمكن تأشير اهم هذه المظاهر في ما يأتي:

1.أصبحت الأفكار القانونية ذات الطابع الشامل أو العالمي هي المفاتيح التي تحرك السياسات الوطنية والدولية، فأفكار من قبيل "حقوق الإنسان" و"الخير المشترك" و"السلم الدولي" و"التراث الإنساني "كلها أفكار شمولية ليس لها حدود واضحة حيث أوجدت هذه الأفكار والمفاهيم بيئة للتفكير القانوني في اعتبار الكوكب هو المجتمع الأكبر أو المجتمع الدولي، لذا نجد حماية البيئة أصبحت دافعا مهما للدول وواضعي السياسات الاقتصادية على مستوى الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة لاعتبارها منطلقا يتم وضع التشريعات الوطنية على وفق ما يتم تحديده من معايير ومقاييس عالمية وتنفذها الدول والحكومات بشكل لا يمكن التغاضي عنه من قبلها والا تصبح هذه الدولة عليها مؤشرات سلبية قد تؤثر على مكانتها السياسية والاقتصادية بين الدول الأخرى[2]،وهذا ما نجده بارزا في تأثيرات القوالب والاشتراطات التي فرضتها بعض المؤسسات والمنظمات الدولية كما هو الحال في منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي والتي تسعى لاعتماد معايير دولية شاملة نحو اعتماد قواعد ضريبية عالمية تشترك جميع الدول المنظمة لها في تطبيقها سعيا لتقليل حجم التهرب الضريبي وما يسمى حاليا بمشكلة تأكل القاعدة الضريبية خاصة في الدول النامية، ولمواجهة تنامي الملاذات أو الجنات الضريبية التي تخرج عن سيطرة هذه المنظمات الدولية، وهذا سيعني مستقبلا توحيد معايير اعتماد الدخل الخاضع للضريبة في أغلب الدول تطبيقا لفكرة العولمة الضريبية[3].

2.ولذا نجد ان مفاهيما عالمية سائدة قد أصبح الأخذ فيها دليل على تمتع الدولة بالنمو والقوة الاقتصادية فضلا عن المقبولية العالمية لنظامها السياسي والاجتماعي ،كما هو الحال في فكرة التنمية المستدامة وحركة المنظمات الدولية والدول الدؤوبة والساعية لتحقيق أهدافها التسعة عشر والتي هي أهداف ذات طابع معولم واضح[4].

3.في المقابل هناك صراع واضح بين اتجاهين، الأول ينادي بتوحيد الأفكار القانونية والسعي نحو اتخاذ رؤية قانونية مشتركة لمواجهة التحديات العالمية "تحديات البيئة –التحديات الاقتصادية "الفقر والبطالة" التحديات السياسية

(1) Huntington, S. P.. The clash of civilizations?. In *Culture and Politics* . Palgrave Macmillan, New York. (2000), (pp. 99-118)

(2) Viano, E. C.). Globalization, transnational crime and state power: The need for a new criminology. Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, 3(1), (2010 63-85.

(3) تجنب الفوضى الضريبية في قرن العولمة الرقمي،دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي للمحاسبة على الرابط https://www.ifac.org/knowledge-gateway/discussion/21 أيلول 2015.

(4) Hanna, S. H. S. Harris, K.T. Osborne-Lee, I.W. Cesaretti,G. P. Misso, R. &Andreopoulou,Z. S.(2014). Global Ecological Human Imprint. Sustainable= =Development and Environment: Assessment and Impacts. European Journal of Sustainable Development, 3(3), 1-24.

.."، فنجد ان هذا الاتجاه يؤكد ان العولمة تسعى لاستمرار التلاقح القانوني بين الأفكار المتنوعة للمختصين في القانون من أساتذة وباحثين وقضاة كما في استخدام الباحثين للأحكام القضائية المقارنة التي تصدر على مستوى المحاكم الوطنية للدول والمحاكم الدولية في دراساتهم وتطبيقها على ما يعرض لهم من مشاكل وموضوعات، وقد أدى هذا التوجه نحو انتشار بعض المفاهيم القانونية اللصيقة بمذهب معين ليتم الأخذ فيها من قبل دول لا تطبق هذا المذهب وابرز مثال لذلك فكرة المحاكمة المشروعة أو ما يطلق عليها ب "Due Process" وهي فكرة قضائية إنكليزية انتشرت على مستوى القضاء الاوربي والتي "تطبق المبادئ والقواعد القانونية الثابتة التي تحمي موقف الشخص المتهم"[1] ، فيما يذهب الاتجاه الآخر إلى ان كثرة التواصل والانتشار قد تؤدي إلى تجذير فكرة ضرورة وجود التنوع والاختلاف وحتمية استمرار القواعد القانونية الوطنية كونها الأساس الذي يتم الانطلاق منه لأي باحث أو مختص بالقانون الذي يجب الا يفنى، وخير مثال على ذلك ما ساهم به الباحثون العرب وغير العرب من المسلمين في الكتابة حول أهمية الاقتصاد الإسلامي وأركانه وثوابته واعتباره أحد الحلول لمواجهة الأزمات الاقتصادية والمالية العالمية وبالتالي إيجاد نوع من التجانس بين اقتصاديات السوق المادية وبين مبادئ الاقتصاد الإسلامي[2].

ثانيا : التأثير على الشكلية في كتابة البحوث والدراسات القانونية

والمقصود ان هناك امورا استقرت عليها المنهجية الشكلية في كتابة البحث القانوني والتي درسها أغلبنا منذ سنين الدراسة الجامعية الأولى وتم تطبيقها في عدة مرات على شكل كتاب أو بحث أو رسالة وأطروحة عليا ، وكما اثرت العولمة في جانب على المحتوى الموضوعي للبحث القانوني فإن الشكلية قد تأثرت بشكل ابرز من سابقتها ، إذ لم يبق الكثير مما اعتبرناه ثوابت ، فالمكتبة والتي هي مختبر الباحث وعالمه وأدواتها من كتب وبطاقات قد تحولت لشكل آخر يعتمد الحاسوب والتطبيقات الذكية والعرض الإلكتروني لهذا العالم الواسع والمفتوح على الجميع وخاصة من حيث الصورة والنموذج المتبع في كتابة البحث القانوني وكما يأتي:

1.انتشار وازدياد أهمية مفهوم الجودة والدخول في التصنيفات العالمية ،لقياس رصانة وجودة البحث العلمي والمجلة والمؤسسة التعليمية ، وقد ساهمت هذه التصنيفات ومؤشرات قياس الجودة لحث الكثير من المؤسسات التعليمية والبحثية لتطوير المؤسسات البحثية والمجلات التابعة لها للدخول في هذه الساحة العالمية والتي هي تطبيق واضح لمدى تأثير العولمة على العلم والمعرفة من خلال حصول تلك الدوريات والمجلات على معامل التأثير" Impact Factor" الذي هو مؤشر لجودة المجلة وقدرتها ورصانتها العلمية من خلال التنوع الجغرافي للباحثين الذين ينشرون أعمالهم فيها فضلا عن الشكل الذي تتخذه وقدرة هؤلاء الباحثين على جذب باحثين آخرين من خلال كثرة المستخدمين لمحتويات البحوث المنشورة في هذه المجلات "Citation"، مع ملاحظة الامتداد الزمني لهذه المؤثرات إذ انها لم تتحقق دفعة واحدة فقد بدأ هذا الأمر مع مرحلة النشر الورقي من خلال استخدام اعداد البحوث والمقالات المنشورة كمؤشرات كمية لجودة البحث العلمي ولهذا ظهرت العديد من اشكال تصنيفات الجودة العالمية كان أهمها "ISSN" على مستوى المجلات و "ISPN"على مستوى الكتب ، ثم مع ظهور الإنترنت وتطبيقاته برزت ما يسمى بالمنصات أو

(1) مويروات، هوراتيا العولمة والقانون المقارن، ماتياس ريمان ورينهارد زيمرمان ترجمة محمد سراج،كتاب اكسفورد للقانون المقارن، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت (2010) ، ص867

(2) Askari, H, Krichene, N, &Mirakhor, A. (2014). On the stability of an Islamic financial system. PSL Quaterly Review, 67(269), 131-167.

المستوعبات العالمية التي تعطي العضوية للمجلات والدوريات للانضمام لها وبالتالي الحصول على المنافع المادية والرمزية الناجمة عن ذلك كما هو الحال في مستوعبات "clarivate, Scopus" فضلا عن منصات أو مستوعبات عالمية تستضيف الباحثين ويتم نشر أعمالهم من خلالها وابرز منصة لذلك (Google scholar) والتي انشئت عام 2004 كاحد تطبيقات عملاق التصفح العالمي(https://scholar.google.com).

2.فضلا عن تصنيفات جودة النشريات فإن الاتجاه ازداد نحو إيجاد تصنيفات لجودة الباحثين والمؤلفين، من خلال اعتماد معامل تأثير يقيس جودة الباحث وقيمته العلمية والأكاديمية من خلال حساب عدد الاقتباسات والاستشهادات لمقالاته وبحوثه عبر شبكة الإنترنت، وابرز معامل تأثير ذو اعتمادية عالية مؤشر (H-Index) والذي اخترعه عالم ارجنتيني لقياس جودة المؤلف أو الباحث من خلال احتساب عدد الإشارات له وبمعادلة حسابية يكون لكل باحث نسبة مئوية ضمن بيانات هذا المؤشر.

3.لغة البحث، لعل من المؤشرات الواضحة مؤخرا عزوف نسبة من الباحثين عن النشر باللغة العربية رغبة في نشر بحوثهم في الدوريات والمجلات المتخصصة المعتمدة في التصنيفات العالمية المذكورة مسبقا وباللغة التي تسمح فيها المجلة وهي اما اللغة الإنجليزية أو اللغة الفرنسية على اعتبار انها وخاصة الإنجليزية –الأمريكية – لغة العلم والعصر الحديث وخصوصا لغة الإنترنت، رغم ان الإنترنت يزخر بالمجلات المتخصصة التي تنشر بلغات متعددة غير اللغات الرائجة ويرجع ذلك إلى تأخر المجلات المتخصصة التي تنشر باللغة العربية عن متابعة المتغيرات العالمية وخاصة تصنيفات الجودة المعاصرة ، ولذا نجد ان العديد من المؤسسات التعليمية العربية القديمة في النشأة خارج التصنيفات العالمية عدا المؤسسات التعليمية لبعض الدول العربية والحديثة منها خصوصا والتي سعت لاكمال متطلبات الحصول على التصنيفات العالمية، فجامعات القاهرة وبغداد ودمشق خارج تصنيف أفضل 500 جامعة على مستوى العالم عكس بعض جامعات دول مثل السعودية والإمارات (www.webometrics.com).

ان هذه التصنيفات أصبحت المقياس الأول لجودة المؤسسة التعليمية والدورية البحثية والباحث الأكاديمي بناء على معايير تعتمد التواجد والحضور الافتراضي بمعنى الأخذ بمخرجات العمل ذات الطابع الإلكتروني وليس الورقي التقليدي، وهذا يعني اننا كباحثين عرب أمام تحدي كبير لمواجهة هذه العوامل والتوافق معها وضرورة توثيق كل مخرجات العمل الأكاديمي والبحث بصورة إلكترونية من خلال الأخذ بأدوات الدخول لهذه التصنيفات وأهمها :

أولا: الاقتباس (Quotation) والذي يعبر عن درجة الأمانة العلمية التي يتمتع فيها الباحث والتي تأخذها بالاعتبار التصنيفات العالمية وشروط النشر في المجلات الرصينة خاصة مع سهولة الحصول على المصادر العلمية، فإن الأمر يتطلب الإفصاح عن مصدر المعلومة أو صاحب الرأي الذي يتم ذكره في البحث أو الدراسة، مع ملاحظة ان كثرة الاقتباس تعد مؤشرا على خلل في شخصية الباحث وقدرته على تجميع البيانات وتحليلها والاستنباط منها[1].

ثانيا: الاستشهاد أو الإشارة المرجعية (Citation) سواء في خانة الهوامش أو في قائمة المراجع والمصادر النهائية للبحث (Footnotes) إذ أصبحت أكثر المؤشرات تعبيرا عن جودة الباحث ورصانته العلمية من خلال حساب عدد الاستشهادات الإلكترونية لأعمال الباحث وبالطرق المعتمدة والتي ادخلتها أغلب المستوعبات العالمية أو منصات

(1) د.زيدان ، مصدر سابق ، ص72

النشر العالمي كما هو الحال في طريقة (APAالجمعية النفسية الأمريكية وطريقة MLA مجمع اللغة الحديث وطريقة Harvard وطريقة Chicago..) رغم انها تطبق على المنشورات التقليدية الا انها لا تعتمد الا إذا تمت عبر تقنية معتمدة في الإنترنت، ان هاتين الوسيلتين وسواها اثرت على شهرة الباحثين والمؤسسات العلمية من عدة جوانب سواء معنوية وخاصة من حيث الترتيب على المستوى العالمي والإقليمي والوطني وما يعني ذلك من نتائج على القوة المالية والاقتصادية لهذه المؤسسة ان كانت جامعة ومجلة أم مؤسسة بحثية.

في المقابل هناك بعض التوجهات المبشرة بحثيا من خلال تواجد منصات عربية للنشر الإلكتروني (ARID) فضلا عن ازدياد اتجاه المجلات الأكاديمية العربية نحو اعتماد النشر الإلكتروني وعرض أعمال الباحثين وباللغات المتعددة ومنها العربية كما في مجلة الرافدين للحقوق على سبيل المثال التي تصدر عن جامعة الموصل[1].

* * * *

(1) رابط مجلة الرافدين للحقوق alaw.mosuljournals.com

الخاتمة

خلصنا من تناول تأثير العولمة على محتوى المنهجية في كتابة البحث القانوني إلى جملة نتائج نوجزها فيما يأتي:

1.ان الكتابة في البحث القانوني توجب توافر خصائص لدى الباحث القانوني تمكنه من النشر، ويجب أن تتوافر لديه أدوات تجعله قادرا على مواكبة التطورات والمتغيرات الداخلية والخارجية .

2. ان البحث القانوني لديه محتويان رئيسان ، الأول هو المحتوى الموضوعي بمعنى طريقة التناول للمشكلة أو الموضوع وهذه تظهر في طرق عديدة منها الاستقرائي والتحليلي والاستنباطي فضلا عن المقارن وهذه طرق رئيسة يجب أن يتمتع الباحث القانوني بالقدرة الكاملة على استخدامها والاستفادة منها، الثاني ، الشكل الذي يكتب فيه البحث القانوني سواء من حيث اللغة وترتيب الدراسة أو البحث أو كيفية توثيق المصادر وكتابة الهوامش وكتابة المقدمة وخاتمة البحث والدراسة.

3. ان العولمة طبقت بشكل واضح محتوى المقولة الشهيرة "العالم قرية صغيرة" إذ تأثرت الأبحاث العلمية ومنها القانونية بسهولة وانتشار الأفكار والتلاقح الثقافي من خلال وسائل التواصل الإلكتروني، إذ نجد العديد من الأفكار القانونية دخلت في المفاهيم والتنظيم القانوني لعديد من الدول ،فضلا عن عولمة الكثير من المفاهيم القانونية واعتبارها مفاهيم عالمية يجب تطبيقها على كل المجتمعات التي تعيش على كوكب الأرض ، كما في مفاهيم حقوق الإنسان– التنمية المستدامة – السلم الدولي.

4.انتشار مفاهيم الجودة والدخول في التصنيفات العالمية كأحد مظاهر تأثير العولمة على شكل البحث القانوني وخاصة من حيث لغة الكتابة وطريقة الاقتباس والإشارة إلى المراجع ومصادر البحث والتي تمثل مقاييس عالمية لمدى جودة ورصانة الباحث العلمي فضلا عن المجلة أو المؤسسة الأكاديمية الناشرة للأبحاث القانونية.

الاقتراحات

1.نقترح دعم وتمويل المجلات التي تنشر في اللغة العربية لاستكمال متطلبات الحصول على التصنيفات العالمية والتي جلّها مدفوعة الثمن كما في (e-ISSN وDOI) من خلال جهود الحكومات والمؤسسات التعليمية الوطنية، خاصة وان أغلب هذه المجلات هي مؤسسات غير ربحية تعتمد على التمويل الذاتي المقدم من الاشتراكات الفردية .

2.ندعو لجنة عمداء كليات القانون والحقوق في العراق لاعتماد ثقافة النشر الإلكتروني وآلية الكتابة ووسائلها بين المهتمين بالقانون ان كان على مستوى طلبة كليات الحقوق والقانون من خلال تحديث مادة المنهجية القانونية أو أصول البحث القانوني واعتماد مفردات جديدة تأخذ بالاعتبار المتغيرات العالمية في أدوات كتابة البحث القانوني ، فضلا عن توجيه الكليات لعمل الورش التأهيلية للأساتذة والعاملين في المؤسسات التعليمية لمواكبة المتغيرات العالمية مع ضرورة الحفاظ على الهوية الثقافية الخاصة .

3.نقترح ولغرض حث الباحثين على المعرفة بأدوات البحث القانوني المعاصر أن تصدر توجيهات من دائرة البحث والتطوير في وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية تلزم الباحثين باعتماد وسائل الإشارة المرجعية الإلكترونية citation ضمن البحوث المقدمة لمعاملات الترقية العلمية أو لغرض الحصول على تقييم الاداء السنوي.

قائمة المراجع والمصادر

أولا .الكتب باللغة العربية

1. الخالدي، احمد عبدالحميد، الوجيز في المناهج واعداد البحث العلمي، مصر، دار الكتب القانونية، 2009.
2. الجنابي، حازم حمد موسى ، الأصول والقواعد العلمية في كتابة البحوث السياسية والقانونية ، منشورات زين الحقوقية، بيروت 2017.
3. .زيدان، مسعد عبدالرحمن مناهج البحث العلمي في العلوم القانونية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى – مصر، (2007) .
4. عبدالعال ، مُحَمَّد عكاشة، منصور، سامي بديع(2009)المنهجية القانونية، بيروت ، الحلبي الحقوقية فوغينور، ستيفان ، مصادر القانون والمنهج القانوني في القانون المقارن ،2010
5. عواد، قبس حسن ، المركز القانوني للمكلف الضريبي، عمان، دار المناهج، 2004
6. هدى، مُحَمَّد سليمان، مناهج البحث الاقتصادي ، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1989.
7. ، ماتياس ريمان ورينهارد زيمرمان ترجمة مُحَمَّد سراج، كتاب اكسفورد للقانون المقارن، بيروت ، الشبكة العربية للأبحاث والنشر.
8. مويروات، هوراتيا العولمة والقانون المقارن، ، ماتياس ريمان ورينهارد زيمرمان ترجمة مُحَمَّد سراج، كتاب اكسفورد للقانون المقارن ، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ، بيروت 2010.
9. تجنب الفوضى الضريبية في قرن العولمة الرقمي، دراسة منشورة على موقع الاتحاد العالمي للمحاسبة على الرابط https://www.ifac.org/knowledge-gateway/discussion/21 ، أيلول 2015.

الأبحاث والدراسات باللغة الأجنبية:

10.Askari, H., Krichene, N., & Mirakhor, A. (2014). On the stability of an Islamic financial system. *PSL Quaterly Review*, *67*(269), 131-167.

11.Hanna, S. H. S., Harris, K. T., Osborne-Lee, I. W., Cesaretti, G. P., Misso, R., & Andreopoulou, Z. S. (2014). Global Ecological Human Imprint, Sustainable Development and Environment: Assessment and Impacts. European Journal of Sustainable Development, 3(3), 1-24.

12.Huntington, S. P. (2000). The clash of civilizations?. In Culture and Politics (pp. 99-118). Palgrave Macmillan, New York.

13.Posner, R. A. (1999). The theory and practice of citations analysis, with special reference to law and economics. University of Chicago Law School, John M. Olin Law & Economics Working Paper, (83).

14.Viano, E. C. (2010). Globalization, transnational crime and state power: The need for a new criminology. Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, 3(1), 63-85.

الملخص

تمثل المنهجية القانونية الاساس الذي ينطلق منه الباحث لعرض افكاره وارائه الفقهية في نطاق القانون من خلال البحوث و الكتب القانونية ، مستنيرا في ذلك بما يجود به القضاء من احكام تمثل منبعا ثريا لخلق الاراء الفقهية ، وهي منهجية لها محتويان الاول موضوعي والثاني شكلي . إظهار مدى تأثير مناهج البحث القانوني العالمية في كتابة البحوث القانونية باللغة العربية، خاصة مع اتساع الفجوة العلمية والبحثية بين الباحثين الذين ينشرون مؤلفاتهم باللغة العربية واقرانهم من الامم الاخرى وخاصة مع هيمنة منهجية محددة معتمدة .

پوخته

به پرۆگرامکردنی یاسایی بنەمایەکە کە توێژەر لێوەی بیروکە و راوبۆچوونی فقهی لە چوارچیوەی یاسادا پیشاندان دەدات لە رێگای توێژینەوە و پەرتوکە یاساییەکان، بڕیارەکانی دادگا یارمەتی دەری دەبن بۆ گەڵالەکردنی بیروڕای فقهی، ئەو بەپرۆگرامکردنە دوو ناوەرۆکی هەیە یەکەمیان بابەتی و دووەمیان ڕوالەتی. دەرخستنی رادەی کاریگەری پرۆگرامەکانی توێژینەوەی یاسایی جیهانی لە نووسینی توێژینەوەی یاسایی بە زمانی عەرەبی، بەتایبەتی لەگەڵ فراوان بوونی بۆشایی زانستی و توێژینەوەیی لەنیوان توێژەران کە بەزمانی عرەبی دانراوەکانیان بڵاو دەکەنەوە لەگەڵ هاوتاکانیان لەگەلانی تر وە بەتایبەتی لەگەڵ زاڵبوونی پرۆگرامێکي دیاریکراو و ڕشتێبەستراو.

Abstract

The legal methodology represents the basis for the researcher to present his ideas and views of jurisprudence within the scope of law through research and legal books, enlightened by the judiciary's provisions that represent an important basis for the creation of jurisprudential opinions, methodology has two contents, the first in objective way and the second form. Demonstrate the impact of international legal research approaches in writing legal research in the Arabic language, especially with the widening scientific and research gap between researchers who publish their books in Arabic and their peers from other nations.

أحكام التقديم والتقادم في الصك

حوكمەکانی پێشکەش کردن و بەسەرچوونی ماوەی چەکی بانك

The provisions of presentation and prescription in the Cheque

الدكتور هادي مسلم يونس

أستاذ القانون الخاص المساعد

المستشار الأقدم في مجلس شورى إقليم كوردستان – العراق

Dr. Hadi Muslem Younis

Assistant Professor in Private Law

Advisor in the Shura Council of the Kurdistan Region - Iraq

أحكام التقديم والتقادم في الصك

د.هادي مسلم يونس
أستاذ القانون الخاص المساعد
المستشار الأقدم في مجلس شورى إقليم كوردستان – العراق

الكلمات المفتاحية:
الصك، التقديم ، التقادم ، الحق الصرفي ، إصدار الصك
ووشە سەرەکیەکان:
چەك، پێشکەشکردن، بەسەرچوون، ماڤی سەرفداری، چەکدەرکردن
Key words: Cheque, Presenting, Prescription, cashiering right, Issuance of cheque

مقدمة

يعد الصك من أكثر الأوراق التجارية استخداما وشيوعا سواء على صعيد المعاملات التجارية أو حتى التعامل غير التجاري بين الأشخاص، خاصة في مجتمعنا حيث لا زالت أدوات التعامل المالي والمصرفي الحديثة غير شائعة، وهو في الوقت ذاته كان ولا يزال أحد الأدوات الهامة التي تتعامل بها المصارف ويتم التعامل بها عبر المصارف، ولذلك فلا غرابة ان نلمس اهتمام المشرع بتنظيم مختلف جوانبه القانونية وبشكل تفصيلي، بل وتشدد في القواعد المنظمة للصك وبخاصة تلك المنظمة للجوانب الصرفية منه، ومن ضمنها القواعد المتعلقة بكل من تقديم الصك وتقادم دعاويه الصرفية.

ويقصد بالتقديم مراجعة الحامل القانوني للمصرف المسحوب عليه وإبرازه الصك مطالبا إياه بالوفاء بقيمته المثبتة فيه من قبل الساحب، اما التقادم فهو مضي الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية الناشئة عن الالتزام الصرفي . وقد حددت قواعد الصرف مواعيد ثابتة لكل من التقديم والتقادم على صاحب الحق الصرفي التقيد بها فاذا انقضت هذه المواعيد سقطت القوة الصرفية لذلك الحق وامسي حقا يجب لاقتضائه اللجوء إلى ما تتيحه القواعد العامة التي تحكم عموم الحقوق الشخصية من وسائل لاقتضائها .

وسوف نركز في هذه الدراسة المقتضبة على الأحكام القانونية لكل من التقديم والتقادم دون الأحكام القانونية للجوانب الصرفية الأخرى للصك.

وفي هذا السياق يمكن القول انه وبالرغم من دقة ووضوح النصوص المنظمة لأحكام الصك الواردة في قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 النافذ كمثيلاتها من النصوص الواردة في التشريعات المقارنة ، الا ان أحكام الصك احتملت ولا زالت الكثير من الاجتهادات المختلفة وخاصة في أوساط القضاء . ولعلنا لا نبالغ إذا قلنا ان مسألتي تقديم الصك والتقادم فيه وما يتفرع عنهما وما تترتب عليهما من اثار صرفية وغير صرفية من أكثر المسائل التي اختلفت بشأنها الاجتهادات .

وبالنظر إلى ما ذكرته للتو تبدو لأول وهلة وكأنه لا مشكلة في هذا الموضوع وبالتالي فإن اختياره موضوحا للبحث فيه هو من قبيل الترف الفكري طالما –وكما قدمنا– ان المشرع قد نظم أحكام الصك بدقة ووضوح، غير أنه يمكن القول ان التنظيم التشريعي لمسألة ما هو ليس الا نصف الطريق إلى حل مشاكله القانونية، ليبقى النصف الآخر متمثلا في كيفية فهم وتفسير النصوص المكونة لهذا التنظيم تمهيدا لتطبيقها على الوقائع، والجهة المخولة والمكلفة بذلك هي القضاء، ولذلك يبدو ان هذا النصف أكثر أهمية وخطورة لأنه من خلاله يتم تطبيق تلك النصوص على الوقائع وما يحمله ذلك من حقوق والتزامات متبادلة بين الأطراف، ولان النصوص التشريعية لأي تنظيم لم تشرع أصلا الا لتطبق على الواقع .ومن هنا جاءت فكرة الكتابة في هذا الموضوع والهدف من هذا البحث .

والان التساؤل هو كيف تكون النصوص المنظمة لأحكام الصك دقيقة وواضحة وتثير في الوقت ذاته اشكالات في التطبيق واجتهادات قضائية مختلفة ؟ ولعلنا نحاول من خلال هذا البحث الإجابة على على هذا التساؤل وتحديد سبب هذه الاشكالية من وجهة نظرنا والحلول التي نراها مناسبة لها .

وسنحاول في هذا البحث عرض الأحكام القانونية لكل من تقديم الصك وتقادمه والآثار المترتبة عليهما في ضوء نصوص قانون التجارة العراقي النافذ، دونما مقارنة مع قوانين أخرى للتشابه الكبير بين أحكام الصك في القوانين التي تمكنت من الاطلاع عليها ومن ذلك قوانين التجارة في كل من مصر والأردن ولبنان والإمارات وحتى القانون الفرنسي، لذلك قد لا تكون المقارنة ذات جدوى عملية أو علمية، ولعل معرفة سبب التشابه هذا لا يحتاج إلى عناء كبير طالما ان أحكام الأوراق التجارية بما فيها الصك في هذه القوانين مأخوذة من اتفاقيات جنيف الخاصة بالأوراق التجارية.

وللإحاطة بهذا الموضوع نوزع البحث فيه على مبحثين نخصص أولهما للتعريف بكل من التقديم والتقادم وثانيهما للآثار المترتبة على التقديم والتقادم .

1 – المبحث الأول

التعريف بالتقديم والتقادم

تكاد أن تكون الأحكام القانونية لكل من التقديم والتقادم موحدة في الصك[1]، باستثناء عدد الأيام أو الأشهر، في التشريع العراقي والتشريعات المقارنة[2]، لان هذه الأحكام في الأساس كانت قد تضمنتها معاهدة جنيف الخاصة بالصكوك (الشيكات) واخذت هذه التشريعات أحكامها منها[3].

ويختلف مدلول وبالتالي الأحكام القانونية لكل من تقديم الصك وتقادم الدعاوى الناشئة عنه عن بعضهما، لذا يتطلب الأمر تخصيص مطلب مستقل لكل واحد منهما .

1 –1 – المطلب الأول

تقديم الصك

تنص المادة (156) من قانون التجارة العراقي النافذ على انه (أولا: الصك المسحوب في العراق والمستحق الوفاء فيه يجب تقديمه للوفاء خلال عشرة أيام . ثانيا : إذا كان الصك مسحوبا خارج العراق ومستحق الوفاء فيه، وجب تقديمه خلال ستين يوما . ثالثا: يبدأ الميعاد المذكور في كل من الفقرتين السابقتين من تاريخ إصدار الصك المبين فيه . رابعا : يعتبر تقديم الصك إلى أحد المصارف وحجز مبلغه هاتفيا أو برقيا من قبل هذا المصرف لدى المصرف المسحوب عليه، في حكم تقديمه للوفا)، ولفهم أحكام هذا النص لابد من بيان امرين وهما الصك وتقديمه، إذ يمكن تعريف الصك علي وفق ما عرفت به المادة (39) من قانون التجارة الأوراق التجارية عموما وبالاستناد إلى ما وردت من أحكام خاصة بالصك في الفصل الثالث من الباب الثالث منه بانه محرر شكلي بصيغة معينة يأمر بموجبه الساحب شخصا آخر (المسحوب عليه) وهو دائما مصرف باداء مبلغ محدد من النقود للمستفيد لدى الاطلاع ، ويكون قابلا للتداول بالطرق التجارية. ويتميز الصك عن باقي الأوراق التجارية من عدة وجوه ولكن ابرزها – قدر تعلق الأمر بموضوعنا–هو انه مستحق الاداء دائما لدى الاطلاع وكل بيان مخالف لذلك لغو، كما ان فيه بعدا جزائيا في فروض معينة . وبطبيعة الحال ان المقصود بالصك هنا هو الصك المستكمل لأركانه بما فيه ركن الشكلية وشروط هذه الأركان[4]، فاذا خلت الورقة من واحد أو أكثر من البينات الإلزامية التي فرضها القانون المادة (138) فلا تعد

---

(1) استبدلت لفظة الصك بلفظة الشيك بموجب قرار مجلس قيادة الثورة رقم 147 في 1991/5/52 وهو نافذ في إقليم كوردستان لعدم شموله بالقوانين والقرارات الواردة في القرار رقم 11 الصادر من برلمان كوردستان في 1992

(2) كقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 الذي خصص الباب الرابع للاوراق التجارية (المواد من 378 – 549) وقانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 (المواد من 123- 281)، وقانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 الذي خصص الكتاب الرابع للاوراق التجارية (المواد من 478 – 644) وحتى قانوني التجارة العراقيين السابق رقم 149 لسنة 1970 والأسبق رقم 60 لسنة 1943

(3) ترجع الاحكام القانونية للاوراق التجارية لهذه القوانين وغيرها من القوانين المناظرة إلى معاهدتي جنيف ، الاولى خاصة بالسفتجة والكمبيالة لسنة1930 وملاحقها والثانية خاصة بالصكوك لسنة 1931 وملاحقها .للمزيد ينظر أستاذين الجليلين د.فوزي محمد سامي ود.فائق الشماع ،القانون التجاري ،الاوراق التجارية ،جامعة بغداد ،بلا تاريخ نشر ، ص 19

(4) أستاذنا القدير أ.د. اكرم ياملكي، الوجيز في القانون التجاري، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، اربيل، إقليم ←

صكا لا من الناحية الصرفية ولا الجزائية – مع الأخذ بالاعتبار الحالتين الواردتين في المادة (139) من قانون التجارة، وهذا ما أكده القضاء أيضا[1].

اما المقصود بتقديم الصك فهو مراجعة الحامل القانوني للصك للمسحوب عليه وإبرازه له ومطالبته الوفاء بقيمته فورا ،نقدا أو إدراج قيمته في حساب . وقد حددت المادة (156) آنفة الذكر في بنديها (أولا وثانيا) مددا محددة يجب على الحامل تقديم الصك قبل انقضائها وهي عشرة أيام في الصك المسحوب في العراق والمراد الوفاء به فيه و(60) وستون يوما في الصك المحرر أو المسحوب خارج العراق ويراد الوفاء به فيه. وتبدأ هاتان المدتان من تاريخ إصدار الصك حسب ما جاء في البند الثالث من تلك المادة ، ويقصد بالإصدار هنا –كما يبدو لنا – ليس تحرير الصك بل تسليمه من قبل محرره أو ساحبه إلى المستفيد أو من يمثله قانونا، وهذا ما يرجحه الرأي السائد في الفقه (قديمه وحديثه) والقضاء[2]، وبالمقابل هناك رأي معتبر مخالف يرى بأن فعل الإصدار يتحقق بمجرد إنشاء الصك على وجه صحيح ، مستدلا في ذلك بألفاظ وعبارات نصوص البندين أولا وثالثا من المادة (141) من قانون التجارة العراقي وكذلك المادة (459) من قانون العقوبات العراقي[3]، ومع تقديرنا لهذا الرأي وهو لأحد أعمدة فقه القانون التجاري الا انه قد لا يكون لإنشاء الصك من قبل الساحب اثرا قانونيا ما لم يتبعه تسليم للصك أو إعطاءه للمستفيد ولذلك فلا نكون – مثلا – أمام جريمة إصدار صك بدون رصيد حتى لو تم إنشاء الصك من قبل الساحب واحتفظ به هذا الأخير ثم خرج عن حيازته دون إرادته كالسرقة أو الضياع، وكذا الحكم إذا حرره الساحب لنفسه وقدمه إلى إلى المسحوب عليه رغم عدم وجود مقابل الوفاء لدى هذا الأخير. ونعتقد ان هذه الفكرة هي وراء استخدام المشرع الجنائي لفظة (أعطى) في نص المادة (459) من قانون العقوبات الخاص بجريمة إصدار صك بدون رصيد .

←

كوردستان – العراق ،ط1، 2014 ، ص602 وكذلك د.علي جمال الدين عوض ، الاوراق التجارية، السند الاذني – الكمبيالة – الصك، دراسة للقضاء، جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ،1995، ص 176

(1) حيث قضت محكمة تمييز العراق بانه (إذا خلت الورقة من أحد البيانات المذكورة بالمادة (138) من القانون فتعتبر صكاً ناقصاً ولا يكون له اثر كورقة تجارية وعليه فأن الصك المبرز بالدعوى يعتبر سند عاديا...) محكمة تمييز العراق الهيئة العامة ،رقم 313 في 2009/4/5 وهو متاح على الموقع الإلكتروني أدناه لقاعدة التشريعات والتنظيمات العراقية :
http://iraqld.hjc.iq:8080/VerdictsTextResults.aspx

(2) ينظر على سبيل المثال كل من : د.علي جمال الدين عوض ،مرجع سابق، ص175، ود. محمد صالح بك ، الاوراق التجارية ، الكمبيالة والسند الاذني والشيك ، مطبعة جامعة فؤاد ،1950 ،ص 384 ، وأ.د. بشار حكمت ملكاوي ود.عماد عبد الحي ود. مظفر جابر الراوي ، شرح الاوراق التجارية في قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي ، ط1 ، جامعة الشارقة ، ص212.هذا وقد استقر القضاء المصري على هذا النهج في العديد من احكامه من ان (المقصود بالإصدار هو إعطاء الصك للمستفيد اما الافعال السابقة كتحريره وتوقيعه فهي أعمال تحضيرية ...) ينظر على سبيل المثال: الطعن 759،السنة 40 ق ، جلسة 1970/6/29 ,س 21 , ص935 ، وكذلك الطعن 1839 ، السنة 40ق ، جلسة 1971/3/1،س22، مجموعة المكتب الفني الجنائي ،ص183 . هذه الاحكام وغيرها مذكورة لدى د. معوض عبد التواب ، الموسوعة التجارية الشاملة ،الجزء الثالث ،ط4 ، دار شادي،القاهرة ، 2011، ص460 وما بعدها

(3) أستاذنا القدير أ.د. اكرم ياملكي ، مرجع سابق ، ص602

هذا ويعد بحكم التقديم أن يقدم الصك إلى مصرف في غير المصرف المسحوب عليه متى ما قام هذا المصرف بحجز مبلغه من خلال الاتصال بالمسحوب عليه هاتفيا أو برقيا كما جاء في البند الرابع من المادة المذكورة، وقد لا يكون تحميلا للنص أكثر مما يحتمل إذا قلنا بانه يجوز أن يتم هذا الحجز بأية وسيلة اتصال بديلة أخرى كخدمات الاتصالات الحديثة بما فيها الإنترنت وخدماته .

وعليه فمن الواضح ان القانون كما الزم ساحب الصك بوجوب تهيأة مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه بحيث يكفي للوفاء بقيمة الصك منذ لحظة إصداره[1]، فقد الزم حامل الصك – بالمقابل– بتقديمه خلال مدة التقديم المحددة قانونا .

وجدير بالإشارة انه وبموجب البند ثالثا من المادة (156) المشار إليها فإن ميعاد التقديم المذكور في البندين أولا وثانيا من المادة ذاتها يحسب من تاريخ إصدار الصك المبين فين وليس من اليوم التالي له، وهذا يعد كما يرى أحد الفقهاء – بحق – خروجا على القاعدة العامة في احتساب المواعيد القانونية التي لا تعتد باليوم الأول للإجراء عادة[2]، ويبدو لنا ان ذلك يأتي في سياق ضبط مواعيد التقديم في الصك وجعلها قصيرة قدر ما امكن انسجاما مع نظرة المشرع إلى وظيفة الصك كأداة وفاء وجعله اقرب ما يمكن إلى النقد في الوفاء بالالتزامات المالية .

(1) البند اولا من المادة 141 تجارة عراقي
(2) ينظر: أ.د.عزيز العكيلي ،الوسيط في شرح القانون التجاري ، الاوراق التجارية وعمليات البنوك ،دار الثقافة ، عمان ،ط 5، 2013 ، ص 254

2– 1 – المطلب الثاني

التقادم في الصك

لقد نظم قانون التجارة النافذ أحكام خاصة بتقادم الدعاوى الصرفية الناشئة عن الأوراق التجارية بشكل عام وقد حرص المشرع التجاري أن تكون هذه المدد قصيرة مقارنة مع مدد التقادم حسب القواعد العامة، إذ تتقادم بعض الدعاوى الصرفية بانقضاء ستة اشهر في حين ان اقصى مدة للتقادم الصرفي هي ثلاث سنوات .

وفي هذا السياق فقد نصت المادة (175) من قانون التجارة على انه (أولا: تتقادم دعوى رجوع حامل الصك على الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين بدفع قيمته بمضي ستة اشهر من انقضاء ميعاد تقديمه. ثانيا : تتقادم دعوى رجوع الملتزمين بعضهم على البعض الآخر بمضي ستة اشهر من اليوم الذي وفى فيه الملتزم قيمة الصك أو من يوم مطالبته قضائيا بالوفاء) .

لقد تضمن هذا النص مدتين للتقادم أمدهما ستة اشهر تتقادم بانقضائها دعاوى الحامل على الموقعين على الصك من ساحب ومظهرين وضامنين، ودعاوى رجوع الملتزمين كالساحب والمظهرين بعضهم على بعض.

وجدير بالإشارة انه تم إلغاء البند (ثالثا) من هذه المادة بموجب المادة (1) من قانون تعديل قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984، الصادر بالرقم10 بتاريخ 1992/01/01 .حيث كان ينص هذا البند على انه: (تتقادم دعوى الحامل على المسحوب عليه بمضي ثلاث سنوات من انقضاء مدة تقديم الصك)[1]. وقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون التعديل هذا (بالنظر لطول مدة تقادم دعوى حامل الصك على المسحوب عليه (المصرف) المنصوص عليها في الفقرة (ثالثا) من المادة (175) من قانون التجارة ذي الرقم (30) لسنة 1984، ولان كلمة (الملتزمين) الواردة في الفقرة (أولا) من المادة المذكورة تسري على المصرف أيضاً في حالة إلغاء الفقرة (ثالثا)، ولأجل تيسير أعمال المصرف واستقرار المعاملات.شرع هذا القانون).

ويبدو لنا ان هذا المبرر الذي استند عليه المشرع في إلغاء البند ثالثا المشار إليه ،غير مقنع وخاصة مسألة ان كلمة الملتزمين تشمل المسحوب عليه أيضاً هي إلى حد كبير محل نظر، لأنه ببساطة إذا كنا بصدد التقادم الصرفي فإن ذلك يعني اننا بصدد التزام صرفي وهذا الأخير ينشأ بموجب توقيع الملتزم، فالساحب يلتزم صرفيا بموجب توقيعه وذلك يصدق على المظهرين والضامنين ، اما المسحوب عليه في الصك فهو لا يوقع عليه إذ لا قبول في الصك ، بخلاف الحوالة التجارية التي يلتزم المسحوب عليه القابل بالوفاء بها بموجب توقيعه فإن لم يقبل وبالتالي لم يوقع لا يلتزم صرفيا البتة، غير أن المسحوب عليه يلتزم بوفاء قيمة الصك للحامل القانوني على أساس آخر وهو حق (او تملك) حامل الصك لمقابل الوفاء إذا كان موجودا لدى المسحوب والا فلا يلتزم بشيء، وعليه فإنه يمكن القول ان لا اعتراض على إلغاء البند ثالثا المشار على ان المبرر المنطقي لذلك هو ان المسحوب عليه ملتزم ليس صرفيا وإنما ملتزم بما للحامل من حقوق على مقابل الوفاء لديه، ولذلك فإن دعوى الحامل على المسحوب عليه يفترض بها أن تخرج من نطاق التقادم الصرفي لأنها دعوى غير صرفية، وفي السياق ذاته يرى الفقه انه لا محل للبحث عن سقوط حق الحامل المهمل تجاه هذا المسحوب عليه لذات المبرر الذي ذكرناه آنفا[2]. غير أنه ووفقا لما ورد في الأسباب الموجبة للتعديل المشار إليه فإن

(1) غير ان هذا البند لا يزال نافذا في الإقليم لعدم انفاذ قانون التعديل المشار اليه أعلاه في الإقليم .

(2) ينظر كل من د.علي جمال الدين عوض ،مرجع سابق ، ص 262 ، وكذلك د.محمود الكيلاني ، الموسوعة ←

دعوى الحامل على المسحوب عليه تسقط هي الأخرى بمضي ستة اشهر من تاريخ التقديم رغم انها ليست دعوى صرفية كما هو مستقر عليه فقها[1]، عليه وطالما أشارت الأسباب الموجبة إلى خضوع تقادم دعوى الحامل على المسحوب إلى مدة التقادم ذاتها التي تتقادم بانقضائها دعوى الحامل على الملتزمين ،وجب علينا التقيد بهذا التفسير الذي يفترض به صادرا من المشرع ذاته، رغم اننا نرى انه كان من الأفضل خضوعها لأحكام التقادم العادي لان المسحوب عليه ليس ملتزما صرفيا في الواقع فهو لم يضع توقيعه على الصك، ولان أحكام التقادم الصرفي هي استثناء على الأصل الوارد في القواعد العامة، فلا تفترض ولا يقاس عليها .

ولتوضيح كل ما تقدم يمكن القول بأن المطلوب منه الوفاء بالصك هو المصرف المسحوب عليه فإن قدم الحامل الصك إليه خلال مدة التقديم وجب عليه الوفاء بقيمته بعد التثبت من شروط صحته وصفة حامله متى ما كان مقابل الوفاء موجودا وكافيا وقابلا للتصرف فيه، فإن امتنع عن ذلك جاز للحامل اما أن يرفع دعوى عليه على أساس مقابل وفاء الصك حيث كانت تتقادم هذه الدعوى بمضي ثلاث سنوات محسوبة من تاريخ انقضاء ميعاد التقديم، قبل تعديل النص وإلغاء البند الخاص بهذا التقادم، اما الآن فإن تقادم هذه الدعوى تتقادم هي الأخرى بمضي ستة اشهر على انقضاء ميعاد التقديم، أو أن يثبت امتناع المسحوب عليه عن طريق الاحتجاج أو بيان يدونه المسحوب عليه، وفق ما جاء في المادة (169) من قانون التجارة، ومن ثم يرجع على الساحب والموقعين الآخرين أيضاً بدعوى صرفية تتقادم بانقضاء ستة اشهر من تاريخ انتهاء ميعاد التقديم، وغني عن البيان ان هذا التقادم يخضع لما يخضع لها التقادم في القواعد العامة من أحكام[2].

ويرى معظم الفقهاء أن تقادم الدعوى الصرفية قائم على فكرة ان انقضاء هذه المدة تعد قرينة على الوفاء بقيمة الصك وذلك بافتراض ان الدائن (سواء كان حاملا في الرجوع على الملتزمين أم ملتزما أوفى بقيمة الصك ويرجع بها على الملتزمين الآخرين) قد قبض قيمة الصك ولذلك لا يطالب بها طيلة هذه المدة[3].على ان هناك من يرى –بحق– ان هذا التقادم ليس أساسه قرينة الوفاء بل غايته استقرار المعاملات وخاصة الصرفية منها[4]، وتظهر قوة حجة هذا الرأي في تقديرنا في حقيقة ان الدين النقدي هو واحد من حيث الأثر القانوني سواء كان مثبتا في سند عادي أو صك أو أية وسيلة ولو كان التقادم قائما على قرينة الوفاء لوجب أن تكون مدة التقادم واحدة سواء كان الدين في سند أم صك، غير أن القانون قد جعل مدد تقادم العوى الصرفية قصيرة مقابل التشدد على المدين فيه وذلك لإيجاد نوع من

←

التجارية والمصرفية ،المجلد الثاني، التشريعات التجارية والإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 277 متنها والهوامش .

(1) ينظر على سبيل المثال: ينظر أستاذنا القدير أ.د. اكرم ياملكي ، مرجع سابق، 2014 ، ص611 ، وأ.د. هاني دويدار، القانون التجاري، العقود التجارية –العمليات المصرفية- الاوراق التجارية –الافلاس ، الطبعة الاولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،2008، ص705 ، وأ.د. عزيز العكيلي ،مرجع سابق ، ص 275،ود.علي جمال الدين عوض .المرجع السابق ،ص ص282و268 ،ود. محمود الكيلاني ،المرجع السابق ، ص 217

(2) للتفصيل أكثر ينظر :أستاذنا أ.د. طالب حسن موسى ، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ،دار الثقافة ،عمان ،ط1 ، 2011، ص156 وما بعدها

(3) ينظر على سبيل المثال كل من : د. هاني دويدار ،المرجع السابق ، ص703 وكذلك د.علي جمال الدين عوض ،مرجع سابق ، ص272 وما بعدها

(4) أستاذنا أ.د. طالب حسن موسى ، المرجع السبق ، ص160

التوازن واستقرار المعاملات الصرفية .

ويتساءل أحد الفقهاء هنا عن اثر مرور مدد التقادم المار ذكرها على حق المدعي ويستدرك هل انه يودي إلى سقوط عنصر الحماية القانونية عن ذلك الحق ؟ أم سقوط الحق بكامله؟ ثم يخلص إلى ان ما يسقط هو الدعوى الصرفية ويخضع الحق إلى التقادم العادي لان الورقة التجارية في هذه الحالة تتحول إلى ورقة عادية[1]، وبالتالي يستطيع اقتضاء حقه بطريق دعوى مدنية على أساس اصل العلاقة التي كانت سببا لإنشاء الصك أو تداوله، ولعل ما يؤيد هذا الرأي هو ما نص عليه البند ثانيا من المادة (176) من انه (لا تسري المدد المذكورة إذا صدر حكم بالدين أو اقر به المدين بورقة مستقلة إقرارا يترتب عليه تجديد الدين) وكذلك المادة (177) التي تنص على انه (يجوز للحامل رغم تقادم دعوى المطالبة بقيمة الصك أن يطالب الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء أو قدمه واسترده كله أو بعضه برد ما اثرى به دون وجه حق). وهذا ما يؤيده واقع الحال أيضا، حيث جاء في أحد أحكام القضاء العراقي بانه (يعتبر الصك بعد انتهاء مدته القانونية للصرف وهي ستة اشهر ورقة عادية)[2].(مع تحفظنا على عبارة، مدته القانونية للصرف وهي ستة اشهر، الواردة في هذا الحكم، إذ لم يرد أي نص في قانون التجارة يفيد صراحة أو حتى ضمنا إلى ان المدة القانونية لصرف الصك هي ستة اشهر بل اكتفى بالإشارة إلى ميعاد التقديم ومدة التقادم المذكورة تفاصيلهما آنفا).

ومما يلاحظ على كل من تقديم الصك والتقادم فيه قصر مددهما بالمقارنة مع المدد المناظرة لها في كل من الحوالة التجارية والسند للأمر ،اذ ان مدتي التقديم في الصك هي عشرة أيام أو ستين يوما –حسب الأحوال– من تاريخ إصداره وذلك بالمقارنة مع مدة تقديم كل من الحوالة التجارية والكمبيالة المستحقتين لدى الاطلاع حيث جعل المشرع مدة تقديمهما سنة من تاريخ إنشائهما، ما لم يتم تعديلها إطالة أو تقصيرا . كما ان مدد التقادم في الصك تعد قصيرة بالمقارنة مع مدد التقادم في الدعوى المدنية[3]، بل وحتى عن مدد التقادم في الورقتين الأخرتين كما اسلفنا.

ويبدو ان وراء قصر مدتي التقديم والتقادم في الصك فكرة افرزها واقع التعامل بالأوراق التجارية بضمنها الصكوك، يمكن تسميتها بقاعدة التوازن بين مصالح أشخاص الأوراق التجارية، فاذا كانت قواعد الصرف مدفوعة بتعزيز الثقة في الأوراق التجارية وحماية المتعامل حسن النية قد تشددت على الملتزم سواء كان مسحوبا عليه قابلا في الحوالة أم محررا في السند للأمر أم ساحبا في الصك أم كانوا ملتزمين بضمانها كالساحب في الحوالة والمظهرين والضامنين فيهما وفي السند للأمر، ويبدو هذا التشدد واضحا من خلال عدة مظاهر كانعدام المهل والتضامن وغيرهما ، فإن قواعد الصرف في المقابل تنظر إلى الملتزمين بالورقة كمتعاملين في معاملة مشروعة لا كمرتكبي افعال غير مشروعة لذلك فإن مصالحهم أيضا جديرة بالرعاية مقابل مصالح الحامل القانوني للورقة، وإذا كان التشدد تجاه الملتزمين يبرره تعزيز الثقة بالتعامل بالصكوك، فإن هذه الثقة يجب مراعاتها لصالح الطرفين، فكما يقصد المشرع تشجيع القبول بالصك من جانب المستفيدين فإنه يجب أن يشجع الساحب على إصدار الصك وذلك بالتشدد على الحامل القانوني أيضا، وتتجسد مظاهر هذه الرعاية في تشدد قواعد الصرف على الحامل القانوني بالالتزام بمواعيد قانونية محددة

(1) أستاذنا أ.د. محمد سليمان الأحمد ،فلسفة الحق ،منشورات زين الحقوقية،ط 1 ،2017 ، ص 773

(2) حكم صادر من رئاسة استئناف بغداد.بالعدد 1/صك/2011 في 2011/1/9 ، متاح على موقع قاعدة التشريعات العراقية الإلكتروني :http://iraqld.hjc.iq:8080/free_search.aspx

(3) للتفصيل الوافي لاحكام التقادم ينظر العلامة المرحوم د.عبد الرزاق احمد السنهوري ,الوسيط في شرح القنون المدني ، 3 ، الالتزام بوجه عام ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ص 994 وما بعدها .

للاستحقاقات الصرفية كالتقديم للقبول أو عمل الاحتجاج أو التقديم للوفاء أو الرجوع لكي لا يعد حاملا مهملا، تارة، وبجعل مدد الالتزامات الصرفية المترتبة على المدينين الصرفيين قصيرة نسبيا تارة أخرى، كي لا تبقى رقابهم – ان جاز التعبير–تحت مقصلة هذا الالتزام الذي يكون محله نقديا قد لا يكون دائما من السهل على المدينين تأمينه، إلى جانب العقوبة الجزائية التي قد تهددهم .

ونشير هنا إلى ان المادة (162) من قانون التجارة قد أشار إلى تقادم آخر بانقضائه ينقضي التزام الكفيل في حالة ضياع الصك، ومفاده انه في حالة ضياع الصك المحرر لامر المستفيد (أي القابل للتداول بالتظهير)، فلحامله المعارضة لدى المسحوب عليه في الوفاء به بموجب إجراءات، وهو حق منحه القانون لهذا الحامل على أن يقوم بإجراءات محددة قانونا وان يقدم ضمانا يتمثل في تقديم كفيل يتعهد عن المعارض في حالة ثبوت عدم احقيته بالصك ، وينقضي التزام هذا الكفيل بمرور ستة اشهر إذا لم تحصل خلالها مطالبة أو دعوى من الغير[1]، وهذا التقادم ورغم قصر مدته وتساويها مع مدد التقادم الصرفي آنفة الذكر الا انه لا يعد – في تقديرنا – تقادما صرفيا، وبالتالي يخرج عن نطاق هذا البحث .

2– المبحث الثاني
الآثار القانونية المترتبة على كل من التقديم والتقادم

يترتب على كل من التقديم والتقادم اثار قانونية هامة القت بظلالها على الأحكام القضائية التي لا تتسم بالاستقرار ذاته الذي يتسم به الموقف التشريعي ويمكن إجمال اهم هذه الآثار في طائفتين الأولى صرفية والثانية جزائية ونخصص لكلٍ مطلبا .

1– 2– المطلب الأول
الآثار الصرفية

نعرض أولا الآثار الصرفية للتقديم في فرع أول على ان نقفي عليه بفرع ثان للآثار الصرفية للتقادم .

1–1–2–الفرع الأول
الآثار الصرفية للتقديم

هناك اثار صرفية تترتب على مراعاة مواعيد التقديم وأخرى تترتب على عدم مراعاتها، فقد لاحظنا – فيما سبق – ان القانون بعد ان حدد في المادة (156) المار ذكرها مواعيد لتقديم الصك، يجب على الحامل القانوني مراعاتها وتقديم الصك خلالها إلى المسحوب عليه لكي يحتفظ بجميع حقوقه الصرفية تجاه المسحوب عليه وتجاه الساحب والمظهرين والضامنين، فقد نص في البند أولا من المادة (169) على ان (لحامل الصك الرجوع على الساحب والمظهرين وغيرهم من الملتزمين به إذا قدمه في الميعاد القانوني ولم يستوف قيمته وأثبت الامتناع عن الوفاء باحتجاج. ويجوز عوضاً عن الاحتجاج إثبات الامتناع عن الوفاء ببيان صادر من المسحوب عليه مع ذكر يوم تقديم الصك. ويجب أن يكون البيان مؤرخاً ومكتوباً على الصك ذاته) ثم نصت المادة (170)على انه (يجب إثبات الامتناع عن الوفاء بالكيفية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (169) من هذا القانون قبل انقضاء ميعاد التقديم. فاذا وقع التقديم في آخر يوم من هذا الميعاد جاز إثبات الامتناع عن الوفاء في يوم العمل التالي له)، يتضح مما تقدم ان الحامل

(1) للمزيد حول احكام ضياع الصك ينظر أستاذين الجليلين د.فوزي محمد سامي ود.فائق الشماع ، مرجع سابق ، ص339 وما بعدها وكذلك أ.د.عزيز العكيلي ، مرجع سابق ، ص266 وما بعدها

القانوني الذي يقدم الصك إلى المسحوب عليه ضمن ميعاد التقديم اما أن يقابل بموقف إيجابي منه بالوفاء بقيمة الصك وينقضي بذلك التزام المسحوب عليه وينقضي معه بالتبعية التزام الساحب وكل موقع آخر مظهرا كان أم ضامنا، أو أن يقابل الحامل بموقف سلبي يتمثل في امتناع المسحوب عليه عن الوفاء لأي سبب كان فيكون بالخيار عندئذ بين أن يطلب تنفيذه مباشرة بالاستناد إلى أحكام البند أولا من المادة 14 من قانون التنفيذ العراقي رقم45 لسنة 1980 النافذ، ويكون التنفيذ هذا في مواجهة المسحوب عليه الذي لديه مقابل الوفاء على أساس حق الحامل على مقابل الوفاء هذا أو على الساحب باعتباره المدين الصرفي في الصك، أو أن يرفع دعوى على المسحوب عليه على أساس مقابل وفاء الصك[1]، وبين أن يرجع على الساحب والمظهرين والضامنين (رجوعا صرفيا) وفق أحكام المادتين (169) و(170) المشار إليهما انفا[2].

ومقابل الآثار الصرفية لمراعاة الحامل لميعاد التقديم فإن هناك اثار قانونية صرفية تترتب على عدم مراعاة ميعاد التقديم تبنى على اعتبار ان الحامل بعدم مراعاته لميعاد التقديم يغدو حاملا مهملا تجاه كل من المسحوب عليه والساحب والملتزمين الآخرين من مظهرين وضامنين، فيكون للمسحوب عليه –ولو نظريا– الامتناع عن الوفاء بقيمة الصك الذي يقدم له بعد انقضاء ميعاد التقديم وذلك ما يمكن استنتاجه من إشارة نص البند أولا من المادة (158) الذي جاء فيه ان (للمسحوب عليه أن يوفي قيمة الصك بعد انقضاء ميعاد تقديمه) إذ ان النص قد جعل هذا الوفاء جوازيا مما يستتبع القول بإمكانية الامتناع عن الوفاء في هذه الفرضية، وايا كان فإن الواقع يشير إلى ان المصارف توفي قيمة الصك حتى بعد انقضاء ميعاد التقديم ولغاية انقضاء مدة ستة اشهر من تاريخ إنشاء الصك أحيانا أو من اليوم الأخير لميعاد التقديم لتجعل المدة ستة اشهر وعشرة أيام، ولعل وراء ذلك اما اعتبارات عملية تتمثل فيما تعارفت عليه المصارف أو لتسهيل الأمر على المتعاملين معها، لا سيما عندما يكون لدى المصرف مقابل وفاء للصك ، أو اعتبارات قانونية ناجمة عن وجود نوع من الخلط بين ميعاد التقديم ومواعيد التقادم في الصك .

كما يترتب على اعتبار الحامل مهملا سقوط حقه في الرجوع على الساحب والملتزمين بالصك من مظهرين وضامنين، إذ يسقط حقه الصرفي وليس له الرجوع – عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء –على المظهرين والضامنين بشكل عام، ويسقط حقه كذلك تجاه الساحب الذي كان قد أوجد مقابل الوفاء عند إصداره الصك وبقي مقابل الوفاء هذا لدى المسحوب عليه طيلة مدة التقديم حتى لو زال بعد ذلك لسبب لا يد للساحب فيه كإفلاس المسحوب عليه، وهذا ما يفهم من المادة (172) من قانون التجارة التي تنص على انه (يحتفظ الحامل بحقه في الرجوع على الساحب ولو لم يقدم الصك إلى المسحوب عليه أو لم يقم بعمل الاحتجاج أو ما يقوم مقامه في الميعاد القانوني، الا إذا كان الساحب قدم مقابل الوفاء وبقي هذا المقابل موجودا عند المسحوب عليه حتى انقضاء ميعاد تقديم الصك ثم زال المقابل بفعل غير منسوب إلى الساحب)[3] وبخلاف ذلك لا يمكن للساحب الذي لم يوجد مقابل الوفاء خلال

(1) ينظر د.علي جمال الدين عوض ،مرجع سابق ، ص 262

(2) للمزيد حول شروط الرجوع ينظر أستاذنا القدير أ.د. اكرم ياملكي ، مرجع سابق ، ص 608

(3) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل النافذ بخصوص المادة (527) المقابلة للمادة 175 من القانون العراقي ان (مبدأ حق حامل الشيك في الرجوع على الساحب ولو لم يقدم الشيك إلى المسحوب عليه أو لم يحرر الاحتجاج في المواعيد القانونية إذ يظل الساحب ضامناً ولو تراخى الحامل في تقديم الشيك على النحو السابق ما لم يثبت الساحب أنه قدم مقابل الوفاء إلى المسحوب عليه، وظل لديه حتى انقضاء ميعاد تقديم الشيك، أما إذا زال مقابل الوفاء بسبب فعل منسوب إلى الساحب ←

مدة التقديم الاحتجاج على الحامل بالإهمال ويدفع دعوى رجوعه عليه[1]، وفي هذا يفرق القانون بين كل من الساحب والملتزمين الآخرين كالمظهرين بعكس ما هو عليه الحال في الحوالة التجارية المقبولة حيث يترتب على إهمال الحامل سقوط حقه في الرجوع على كل من الساحب والمظهرين والضامنين على حد سواء.

ومن الآثار الأخرى المترتبة على عدم التقيد بميعاد التقديم وانقضائه أن تظهير الصك بعد الاحتجاج الحاصل بعد انقضاء ميعاد التقديم لا يعد تظهيرا أو تصرفا صرفياً بل يعد بحكم حوالة الحق، وهذا ما أكده البند أولا من المادة (153) من قانون التجارة، كما أكده القضاء أيضاً من انه (اذا تم تجيير الشيك للمدعي بعد انقضاء المدة التي يجب تقديمه خلالها للوفاء...فلا يكون لهذا التظهير الا اثار حوالة الحق...)[2].

2 -1-2 – الفرع الثاني

الآثار الصرفية للتقادم

اما بخصوص الآثار الصرفية للتقادم فقد قررت المادة (175) آنفة الذكر (بعد التعديل) تقادم الدعوى الصرفية للحامل على الساحب والمظهرين والضامنين بعد ستة اشهر محسوبة من تاريخ انتهاء ميعاد التقديم، مما يعني بقاء حقوقه الصرفية بصفته حاملا قانونيا للصك طيلة تلك الفترة – ما لم يكن مهملا – وهي مستمدة في الواقع من بقاء القوة الصرفية للصك طيلة تلك الفترة، فإن انقضت فقد الصك تلك الصفة وامسى سندا عاديا لا يصلح للاستناد عليه للمطالبة بحقوق صرفية، كذلك ليس للحامل الرجوع بعد ذلك على الساحب والملتزمين الا بدعاوى مدنية (عادية) على أساس التعامل السابق بينه وبينهم والذي كان سببا لإصدار الصك أو تظهيره دون أن يكونوا ملتزمين بالتضامن تجاه الحامل، ما لم يكونوا كذلك في اصل المعاملة السابقة لإصدار الصك أو تظهيره، لان التضامن بينهم كان بحكم القانون طيلة بقاء الصفة الصرفية لالتزامهم فإن زالت تلك الصفة زال ذلك الوصف عن التزامهم .

ولابد من الإشارة هنا إلى ان مدد التقادم آنفة الذكر تكون سارية طالما كان الالتزام ناشئا عن الصك ولم يتم تجديده بحكم قضائي أو إقرار بورقة مستقلة، وهذا ما أكده البند ثانياً من المادة (176) بالنص على انه (لا تسري المدد المذكورة إذا صدر حكم بالدين أو اقر به المدين بورقة مستقلة إقراراً يترتب عليه تجديد الدين.)، والعلة هنا واضحة إذ يصبح كل من الحكم القضائي أو الإقرار هما مصدر (سبب) التزام من صدر الحكم بحقه أو اقر تحريريا بدلا من الصك، أي لم يعد الالتزام الصرفي موجودا بالنسبة لمن صدر الحكم بحقه أو اقر. فيما نصت المادة (177)على انه (يجوز للحامل رغم تقادم دعوى المطالبة بقيمة الصك أن يطالب الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء أو قدمه واسترده كله أو بعضه برد ما اثرى به دون وجه حق). وهذا هو التطبيق الحرفي لتقادم الدعوى الصرفية للحامل تجاه الساحب .

←

قبل انقضاء ميعاد التقديم فإنه يظل ضامنا ولو قدم أو حرر الاحتجاج بعد الميعاد، ويقع على الحامل عبء إثبات استرجاع الساحب لمقابل الوفاء.) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل النافذ ، اعداد المحامي احمد صلاح الدين ، وهي متاحة على الموقع الإلكتروني لمكتبة النور https://www.noor-book.com

(1) د.محمود الكيلاني ، مرجع سابق ،ص276 ، وكذلك : أ.د. هاني دويدار ،مرجع سابق، ص699

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 90/14 صفحة 462 سنة 1994 مذكور لدى محمد خلاد ويوسف خلاد ،الاجتهاد القضائي ،المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في المسائل المدنية والتجارية ،الجزء السادس ،ط 1 ،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة ،عمان ،2001 ، ص 1333

2-2- المطلب الثاني
الآثار الجزائية المترتبة على التقديم

تختلف الآثار الجزائية المترتبة على تقديم الصك في أحكامها وطبيعتها عن الآثار الصرفية المار ذكرها ، وتتمحور هذه الآثار الجزائية حول جريمة إصدار صك بدون رصيد (إعطاء صك بدون رصيد)، حيث تنص الفقرة (1) من المادة (459) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل النافذ على انه (1- يعاقب بالحبس وبغرامة لا تزيد على ثلثمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين من أعطى بسوء نية صكا (شيكا) وهو يعلم بأن ليس له مقابل وفاء كاف قائم وقابل للتصرف فيه أو استرد بعد إعطائه إياه كل المقابل أو بعضه بحيث لا يفي الباقي بقيمته أو أمر المسحوب عليه بعدم الدفع أو كان قد تعهد تحريره أو توقيعه بصورة تمنع من صرفه)[1].

وسوف نتحاشى الخوض في تفاصيل هذه الجريمة وعقوبتها، في هذه الدراسة غير المختصة بالجانب الجنائي للصك ، ونكتفي بالقول هنا انه إذا كان الركن المادي لهذه الجريمة هو إصدار (إعطاء) صك للغير فإن الفيصل بين أن يكون هذا الإصدار مشروعا أو غير مشروع هو وجود مقابل الوفاء من عدمه لدى من سحب عليه، فمن أصدر صكا دون مقابل الوفاء ارتكب جريمة ومن أصدره بمقابل الوفاء آتى فعلا مباحا.

من خلال استقراء معظم الأحكام القانونية في كل من القانونين التجاري والجزائي يظهر بأن مقابل الوفاء يعد موجودا متى ما كان لدى المسحوب عليه مبلغ نقدى مساو لمبلغ الصك أو يزيد، وقابلا للتصرف فيه من قبل هذا الأخير للوفاء بالصك وبقي هكذا لحين تقديم الحامل للصك إلى المسحوب عليه لاستيفاء قيمته، وفي هذه الفرضية لا مجال للحديث عن جريمة . وبخلافه يتحقق الركن المادي للجريمة إذا لم يكن مقابل الوفاء موجودا أصلاً أو كان غير كاف أو غير قابل للتصرف فيه أو كان موجودا وسحبه الساحب قبل أوانه . فاذا كان وقت إيجاد مقابل الوفاء ابتداء ليس فيه خلاف وهو وهو تاريخ إصدار الصك كما جاء في البند أولا من

(1) كان قد جرى اخر تعديل على هذا النص بموجب قانون تعديل قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 الصادر بالرقم 5 لسنة 1993، حيث شدد المشرع من العقوبة، غير انه وبموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقت في العراق رقم (7) في 2003 والمنشور في العدد 3978 في 2003/6/10 تم إلغاء هذا التعديل والعمل بالطبعة الثالثة من القانون بحيث أصبح النص المذكور أعلاه هو المعمول به . ولا بد من الاشارة هنا إلى ان صيغة هذا التعديل بموجب الامر (7) المشار اليه هي طريقة غير مألوفة لدى المشرع العراقي في تعديل القوانين . علما باته قدر صدر فيما بعد القانون رقم (6) لسنة 2008 عدلت بموجبه حدود الغرامات في قانون العقوبات فأصبحت في الجنح ومنها هذه الجنحة لا يقل عن (50000) خمسين ألف دينار ولا يزيد على (200000) مئتي ألف دينار) . وجدير بالاشارة ايضا ان كل هذه التعديلات غير نافذة في إقليم كوردستان وبالتالي لا يزال النص القديم من هذه الفقرة هو المعمول به فيه والذي ينص على انه (1 - يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة تعادل 100 ÷ مائة من المائة من مبلغ الصك (الشيك) على ان لا تقل عن ثلاثة الاف دينار من اعطى بسوء نية صكا (شيكا) وهو يعلم بأن ليس له مقابل وفاء كاف قائم وقابل للتصرف فيه او استرد بعد إعطائه إياه كل المقابل او بعضه بحيث لا يفي الباقي بقيمته او أمر المسحوب عليه بعدم الدفع او كان قد تعمد تحريره او توقيعه بصورة تمنع من صرفه).

المادة (141) من قانون التجارة الذي نص على انه (أولا: لا يجوز إصدار صك ما لم يكن للساحب لدى المسحوب عليه وقت إنشاء الصك مقابل وفاء نقدي يستطيع التصرف فيه بموجب صك طبقا لاتفاق صريح أو ضمني. ومع ذلك فإن عدم وجود مقابل الوفاء لا يؤثر على صحة الصك)، ولا يختلف (الإصدار) الوارد في هذا النص عن (الإعطاء) الوارد في النص الجزائي المذكور آنفاً من حيث الأثر ومن الناحية العملية —كما اسلفنا– ويستنتج من النصين ان العبرة تكون بتاريخ تخلي الساحب أو من يمثله قانونا عن الصك بعد إنشائه ووضعه في التداول (بإرادته)، وهو أمر لا اشكال حوله[1]، غير أن الاشكال يظهر إزاء تحديد المدة التي يشترط بقاء مقابل الوفاء موجودا، لا سيما ان قواعد الصرف قد حددت مواعيد (صرفية) تتعلق بتقديم الصك وتقادمه، فهل يلزم لتحاشي الجريمة أن يبقى مقابل الوفاء موجودا ومتاحا طيلة المدة المقررة لتقديم الصك والبالغة عشرة أيام أو ستين يوما والمنصوص عليهما في المادة (156) من قانون التجارة المذكورة سابقا ؟ أم يجب أن يبقى طيلة المدة التي تعارفت المصارف على قبول الوفاء بقيمة الصك فيها وهي ستة اشهر أو ستة اشهر وعشرا حسب الاجتهاد؟ للإجابة يمكن القول بأن أي من القانونين التجاري والجزائي لم يحسما هذا الأمر بشكل قاطع ، غير أنه يكاد يكون الفقه والقضاء مستقرين على ان المدة التي يلزم بقاء مقابل الوفاء فيها هي المدة التي دأبت المصارف على قبول دفع قيمة الصك قبل انقضائها وهي كما اسلفنا في بعض الاجتهادات ستة اشهر وفي أخرى ستة اشهر وعشرة أيام محسوبة من تاريخ إنشاء الصك. وهذا يعني التزام الساحب بإيجاد مقابل الوفاء والمحافظة عليه كافيا طيلة هذه المدة وبخلافه يعد مرتكبا لجريمة إصدار صك بدون رصيد ، ومما لا ريب فيه ان هذا الحكم لا يخلو من عسر تجاه الساحب ورهن لمصيره بيد حامل يصبح مهملا بمجرد تجاوزه مدد التقديم المشار إليها في المادة (156) المار ذكرها ، فضلا عن ان من شأنه أن يتراخى حامل الصك في مراجعة المسحوب عليه الأمر الذي قد يؤدي إلى تراكم الصكوك على كل من الساحب والمسحوب عليه[2]، وكل ذلك دون أن يكون هناك سند واضح وصريح من القانون لتبني هذه المدة .

ولذلك يبدو لنا ان الزام الساحب بإيجاد مقابل الوفاء وإبقائه وجوبيا لدى المسحوب عليه طيلة مدة التقديم وهي عشرة أيام للصك المسحوب في العراق والمطلوب الوفاء به في وستين يوما للصك المسحوب في الخارج والمطلوب الوفاء به في العراق، يمثل استجابة صحيحة لما تقرره المادة (156) المشار إليها، فاذا ما اخل الساحب بذلك بأن لم يوجد مقابل الوفاء أو أوجده ثم زال أو كان غير كاف أو غير قابل للتصرف فيه أو أي فعل آخر مساو لما تقدم أو يؤدي إلى ذات النتائج، فإن الساحب يسأل عن جريمة إصدار صك بدون رصيد — طبعا بتحقق الأركان الأخرى لها. فاذا ما انقضت مدة التقديم ولم يتقدم الحامل دون عذر مشروع كالقوة القاهرة ، فإنه يصبح مهملا ويستتبع ذلك منطقيا — في رأينا المتواضع – الا يسأل الساحب عن جريمة إصدار صك بدون رصيد. ورغم ان هذا الحل قد لا يجد له سندا مرجحا له من الفقه والقضاء الا انه قد يكون اقرب إلى الإنصاف والمنطق والتفسير الصحيح لألفاظ عبارات نصوص قواعد الصرف التي هي أكثر تماسا بتحديد

(1) فيما يرى أستاذنا أ.د. اكرم ياملكي ان فعل الإصدار يتحقق بمجرد إنشاء الصك على وجه صحيح ، ينظر أ.د.اكرم ياملكي ، مرجع سابق ، ص 602

(2) أستاذينا الجليلين د.فوزي محمد سامي ود.فائق الشماع ،مرجع سابق، ص 333

ماهية الركن المادي في جريمة إصدار صك بدون رصيد[1]، إذ ان خصوصية هذه الجريمة تتمثل في أن تكييف الفعل المكون للركن المادي فيها لا يكون بالاستناد إلى ما ورد في القانون العقابي – بخلاف الجرائم الأخرى – بل يجب أن يكون هذا التكييف في ضوء أحكام الصك الواردة في القانون التجاري ، وطالما انه لم يرد في هذه النصوص ما يشير صراحة إلى الزام الساحب بإبقاء مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه بعد انقضاء ميعاد التقديم ولمدة ستة اشهر، لم يرد لها ذكر في القانون ، وطالما ان الأمر يتعلق بالتجريم والعقاب مما لا يسوغ التوسع في تفسير النصوص أو الافتراض فيها أو القياس عليها، فإنه قد لا يكون من الإنصاف أن يعاقب الساحب الذي أوجد ووفر مقابلا للوفاء عند إصداره الصك وطيلة المدة الوجوبية التي حددها القانون للتقديم مقابل حامل مهمل لم يراع ميعاد التقديم دون عذر مشروع كالقوة القاهرة المنصوص عليها في المادة (171) من قانون التجارة وهما (اقصد الساحب والحامل) طرفان في معاملة مشروعة على حد سواء . كما ان من شأن الزام الساحب انتظار الحامل مدة ستة اشهر أو أكثر في جميع الفروض –كما استقر عليه القضاء والفقه تقريبا– وهو بانقضاء ميعاد التقديم غدا مهملا في واجباته الصرفية، أن يخل بمبدأ هام يحكم علاقات المتعاملين في اطار الأوراق التجارية الا وهو مبدأ التوازن بين مصالح هؤلاء المتعاملين حيث ان هذا المبدأ هو وراء تحديد المواعيد الوجوبية في الأوراق التجارية عموما وهو كذلك وراء المدد القصيرة لتقادم الدعاوى الناشئة عنها مقابل التشدد على الملتزمين بهذه الأوراق .

ولعلنا في هذا التوجه لا نبتعد عن التفسير الصحيح لنصوص قواعد الصرف التي أوردناها في ثنايا هذه الدراسة ، بل وقد يكون في القول بغير هذا تأويل بلا داع لألفاظ وعبارات تلك النصوص ومن ذلك على سبيل المثال نص البند أولا من المادة (156) الذي جاء فيه ان (الصك المسحوب في العراق والمستحق الوفاء فيه يجب تقديمه للوفاء خلال عشرة أيام). وصيغة الوجوب الواردة فيه التي تفيد الإلزام ولا يمكن إهمال الأثر المترتب على مخالفته. بل والقول بخلاف ما تقدم من شأنه أن يفرغ هذه النصوص من اثرها ومما قصده المشرع منها ،في ضوء وظيفة الصك كأداة للوفاء بالالتزامات المستحقة الاداء[2]. ولعل ما يؤيد هذا التوجه ما جاء في المادة (171) من قانون التجارة لمعالجة حالات تأخر الحامل عن التقديم بسبب القوة القاهرة ،حيث تنص تلك المادة على انه (أولا: إذا حالت قوة قاهرة دون تقديم الصك أو عمل الاحتجاج أو ما يقوم مقامه في المواعيد المقررة لذلك فتمتد إلى حين انتهاء القوة القاهرة. ثانيا: على الحامل أن يخطر دون إبطاء من ظهر له

(1) وبالمقابل هناك احكام قضائية تفيد بهذا التوجه ومن ذلك حكم لمحكمة النقض المصرية جاء فيه (من المقرر انه لا يكفي أن يكون الرصيد قائما وقابلا للسحب وقت إصدار الشيك ولكن يتعين أن يظل على هذا النحو حتى يقدم الصك للصرف ...) ومعروف ان القانون قد حدد ميعادا للتقديم للصرف سبق وان بحثناه ، ينظر الطعن 762 لسنة 50 ق جلسة 1980/11/27 س 31 ص 1048 وهو مشار اليه لدى د. معوض عبد التواب ،مرجع سابق، ص387

(2) ويشير الواقع العملي إلى ان معظم الصكوك تقدم في يوم إصدارها او يوم العمل التالي مباشرة إذا كان المصرف المسحوب عليه في ذات المحيط الجغرافي لمكان إصدار الصك لان من مصلحة الحامل استيفاء قيمته في اقرب وقت طالما انه لا يستطيع –مبدئيا – الاستفادة منه لأغراض اخرى .

الصك بالقوة القاهرة وان يثبت هذا الاخطار مؤرخا وموقعا منه في الصك أو في الورقة المتصلة به. وتتسلسل الاخطارات وفقا للمادة (104) من هذا القانون.

ثالثا : على الحامل بعد زوال القوة القاهرة تقديم الصك للوفاء دون إبطاء ثم عمل الاحتجاج أو ما يقوم مقامه عند الاقتضاء. رابعا : إذا استمرت القوة القاهرة أكثر من خمسة عشر يوما محسوبة من التاريخ الذي قام فيه الحامل باخطار من ظهر إليه الصك بقيام القوة القاهرة ولو وقع هذا التاريخ قبل انقضاء ميعاد تقديم الشيك، جاز الرجوع على الملتزمين دون حاجة إلى تقديم الصك أو عمل الاحتجاج أو ما يقوم مقامه الا اذا كان حق الرجوع موقوفا لمدة أطول من ذلك بمقتضى قانون).

الصك طيلة هذه الفترة بكل قواه الصرفية والجزائية وبخاصة تجاه الساحب في جميع الفروض، فما حاجة هذا الحامل إلى المدة القصيرة التي حيث يلاحظ ان البند رابعا يشير إلى حالة استمرار القوة القاهرة خمسة عشر يوما ،لذا نتساءل لو كان من الجائز أن تكون لدى الحامل مدة ستة اشهر يحتفظ بحقوقه الصرفية كاملة ويستطيع الرجوع فيها لمطالبة الملتزمين بقيمة الصك ويحتفظ الصك طيلة هذه الفترة بكل قواه الصرفية والجزائية وبخاصة تجاه الساحب في جميع الفروض ، فما حاجة الحامل إلى المهل القصيرة التي حددتها المادة (171) الخاصة بالقوة القاهرة لضمان حقوقه طالما ان لديه متسع من الوقت لمدة ستة اشهر أو تزيد.

اما الاحتجاج بأن البند أولا من المادة (157) المار ذكره قد أجاز للمسحوب عليه الوفاء حتى بعد انقضاء ميعاد التقديم فيمكن الرد عليه بأن القانون قد جعل ذلك جوازيا للمسحوب عليه فكما له الوفاء بعد ميعاد التقديم له رفض ذلك ، وبالتالي لا أراه يصلح سندا للقول بأن على ساحب الصك إبقاء مقابل الوفاء ستة اشهر أو أكثر والا يعاقب عن جريمة إصدار صك بدون رصيد .

والى جانب كل ذلك لم اجد ضمن أحكام الصك نصا صريحا يلزم الساحب بإبقاء مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه مدة الستة اشهر المزعومة، بل ألزمته النصوص بإيجاده عند إنشاء الصك من خلال البند أولا من المادة (141) من القانون ،ثم نص البند رابعا من المادة (142) على ان (يبقى مقابل وفاء الصك مجمدا لدى المسحوب عليه وتحت مسؤوليته لمصلحة الحامل إلى حين انتهاء مواعيد تقديم الصك للوفاء)، وهذا الحكم خاص بالصك المعتمد (المصدق) ويعلم المختصون بوجه الاختلاف بينه وبين الصك غير المعتمد (او العادي) ثم جاءت المادة (156) لتحدد مواعيد التقديم على التفصيل الذي أوردناه فيما سبق.

وعليه ولكل ما تقدم قد يبدو ان الحل والتطبيق الصحيح والعادل والمتوازن لقواعد الصرف تتمثل في ان الساحب لا يسأل عن جريمة إصدار صك بدون رصيد إذا ما أوجد مقابل وفاء للصك وكان كافيا للوفاء به وقابلا للتصرف فيه من قبل المسحوب عليه في ميعاد التقديم ثم هلك أو زال بعد ذلك لسبب لا يد له فيه ، أو حتى لو كان لسبب يعود إلى الساحب ما لم يكن سيء النية ، وهنا يقع عبء إثبات سوء نيته على الحامل (المشتكي في دعوى أصدر صك بدون رصيد). وفي المقابل يسأل الساحب عن تلك الجريمة إذا كان مقابل الوفاء موجودا ثم زال بفعل الساحب قبل انقضاء ميعاد التقديم ،او أصدر الصك أصلا دون أن يكون له مقابل وفاء كاف وقابل للتصرف ، وفي هذا الفرض يكون سوء النية لديه مفترض ، بل قد لا نغالي إذا قلنا بانه يمكن مساءلة الساحب في هذه الحالة حتى بعد انقضاء جميع مدد التقديم والتقادم الصرفية لان هذه

الواقعة تخضع لمدد تقادم الدعاوى الجزائية ان كان لها تقادم .

وجدير بالإشارة ان من شأن هذا التوازن في التشدد على طرفي الصك وهما الساحب والحامل وإلزامهما بالمدد المقررة قانونا أن يقطع الطريق على التشتت الواضح في الاجتهادات القضائية إزاء وظيفة الصك فتراها تارة تعد الصك أداة ضمان كما جاء في حكم لرئاسة محكمة استئناف نينوى الهيئة التمييزية بالعدد34/سحب صك بدون رصيد/2006 في 2006/8/29 من انه (إذا كان المسحوب له يعلم أن الساحب لا رصيد له في المصرف وقت تحرير الصك فيكون الصك أداة ائتمان وليس أداة وفاء)[1] ، وتارة تنفي أن يكون الصك أداة ضمان ، فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد/الرصافة بالعدد 47/جزائية في 2007/6/21 بانه (...ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد بانه صحيح وموافق للقانون ذلك ان الصك بوصفه القانوني هو أداة وفاء وليس أداة ضمان وان إخراجه من هذا الوصف بمشيئة أطرافه فإنه قول لا يجد له سند من القانون...).وجاء في حكم آخر لذات المحكمة بالعدد 5/جزاء/ في 2008/1/27 بأن (لدى التدقيق والمداولة وجد بأن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله كلا، ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون وللأسباب التي استند عليها ذلك ان الصك هو أداة وفاء وليس ضمان وفقا لتعريفه الوارد في قانون التجارة رقم 30 لسنة 984) [2].

اذ ان الزام حامل الصك بالتقيد بمواعيد التقديم القصيرة وتجريد الصك من قوته الجزائية بعد انقضاء تلك المواعيد من شأنه منع استخدام الصك لغير أغراض الوفاء ومنع استخدام أساليب غير قانونية لجعله أداة ضمان ككتابة تاريخ غير حقيقي لإنشائه أو عدم ذكر تاريخ الإنشاء في البداية او غير ذلك من الأساليب مما لم ينزل بها من القانون سلطانا. بل ان جميع أحكام الصك تشير بما لا يقبل الجدل إلى كونه ما وجد أصلاً وما تطورت أحكامه واستقرت في القواعد الوطنية والدولية الا أن يكون وسيلة وأداة للوفاء الفوري بالالتزامات بين التجار الذين دأبوا على الاحتفاظ بنقودهم في المصارف والتصرف بها بالصكوك والوسائل (المصرفية) الأخرى، وبالتالي فإن من يعطي صكا لاخر يفترض لديه امران : الأول انه أوجد مقابل وفائه، والثاني انه يتوقع من الحامل أن يقدمه للمصرف المسحوب عليه فورا أو خلال أيام معدودات لأنه لا يعطي صكا للوفاء بالتزام أجل ،وهذا هو الأصل الذي بنيت عليه أحكام الصك ،اما محاولة استخدام الصكوك لغير هذا الغرض فهو في الواقع استخدام غير صحيح للصك ويمثل خروجا على أحكامه .

إلى جانب ذلك فإن تطبيق نصوص القانون بعد تفسيرها بشكل صحيح يؤدي إلى وحدة الاجتهادات القضائية بدلا من التشتت الذي تتسم به الآن في اطار أحكام الصك الذي أولاه المشرع – كما في التشريعات المقارنة – عناية خاصة لكونه مرتبطا بنشاط اقتصادي هام الا وهو قطاع المصارف ، ولكونه وسيلة للتصرف بالنقود المودعة لدى هذه المصارف التي يجب أن تكون مستقرة لكى تحظى بثقة الجمهور ،

(1) هذا القرار متاح على الموقع الإلكتروني لمجلس القضاء العراقي : https://www.hjc.iq/qview.104
(2) القراران متاحان على الموقع الإلكتروني لقاعدة التشريعات العراقية ،المشار اليه سابقا .

ونحن نعلم مدى حاجة المصارف إلى الثقة التي تحفز المتعاملين على إيداع نقودهم فيها[1] ..

وأخيرا لا بد من التنويه إلى ان أسباب الإخفاق في تطبيق قواعد قانون الصرف بما فيها أحكام الصك من قبل المحاكم تطبيقا صحيحا يرجع – في تقديرنا [2]– إلى قلة تعمق القضاة في أحكام قواعد القانون التجاري وعدم إغناء معلوماتهم عنها ولا ادل على ذلك من خلو العديد من أحكام القضاء في مسائل تجارية من أية إشارة إلى أي سند للحكم أو حيثياته من التشريعات التجارية ،ولعل أحد اهم أسباب ذلك ان معظم نصوص التشريعات التجارية في العراق ،كما في كل الدول، هي مأخوذة من القواعد الدولية (اتفاقيات أو قوانين نموذجية أو أعراف تجارية) تبنتها المؤسسات الدولية ثم انتقلت منها إلى تشريعات الدول .ولذلك فقد جاءت العديد من نصوص قانون التجارة العراقي الحالي والسابق والأسبق محض نقل أو ترديد لقواعد دولية قد لا تتواءم مع النظام القانوني العراقي ،وبخاصة قواعد القانون الخاص يشقيه الموضوعي والإجرائي، الأمر الذي يصعب معه أحيانا تفسيرها التفسير الصحيح، ولا تشذ أحكام الصك عن هذه القاعدة وضمنها أحكام التقديم والتقادم فيه إذ من المعروف ان أحكام الأوراق التجارية مأخوذة من قانوني جنيف الموحدين والاتفاقيات الملحقة بهما .وللتأكيد على ما ذكرناه نشير إلى ان مدة تقديم الصك جاءت في كل من قانون التجارة الأسبق رقم 60 لسنة 1943 والسابق رقم 149 لسنة 1970 متطابقة مع النافذ وهي عشرة أيام وستين يوما –حسب الأحوال – على ان الأسبق كان قد جعل المدة الثانية شهرا واحدا[3]، غير أن أي من هذه القوانين لم توضح الأحكام القانونية المترتبة على هذه المدة والحكمة منها لا في الأسباب الموجبة في القانون الحالي ولا المذكرة التفسيرية المتكونة من أربعة أقسام للقانون السابق رغم احتوائها على تفاصيل كثيرة وردت في ذلك القانون، وقد يكون هذا من وجهة نظرنا أحد الأسباب التي كانت وراء تنوع التفسيرات وتعدد الاجتهادات حول مغزى ومفهوم مدد تقديم الصك كغيرها من العديد من المسائل .

(1) ينظر: أ.د. هاني دويدار ، مرجع سابق ، ص 595

(2) هذا ما ظهر لنا من خلال تجربتنا التي تمتد لسنوات ليست قليلة في مجال البحث وتدريس مختلف احكام القانون التجاري في المؤسسات الأكاديمية والمعهد القضائي ودراسة وتحليل الاحكام القضائية ذات الصلة .

(3) تنظر : المواد 484 من قانون التجارة العراقي السابق و532 من الأسبق و156 من الحالي

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث في موضوع التقديم والتقادم في الصك خلصت لدينا بعض النتائج وبدى لنا من المناسب تقديم بعض التوصيات ، نبدأ بالنتائج على ان نقفي عليها بالتوصيات :

أولا : النتائج

1- تتسم النصوص القانونية المنظمة للصك وعموم الأوراق التجارية في القانون العراقي، كنظرائها من النصوص الواردة في القوانين المقارنة، بالوضوح والاستقرار إلى حد كبير ، الا انه ومن خلال اطلاعنا على العديد من الأحكام القضائية في القضاء العراقي والمقارن، في مسائل تقديم الصك وتقادم دعاويه وما يتفرع عنهما من أحكام ، نلحظ نوعا من عدم الاستقرار فيها والاختلاف في الاجتهادات القضائية بشأنها.

2- بالرغم مما ذكرناه في الفقرة (1) أعلاه فإن هناك بعض المسائل التي عالجها القانون لا زالت بحاجة إلى توضيح أكثر ،قد تمثل أحد أسباب تباين الاجتهاد القضائي ، ومن قبيل ذلك نص البند أولا من المادة (141) التي الزمت الساحب بإيجاد مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه عند إنشاء الصك ،دونما إشارة إلى مدة بقائه لديه ،مع عدم وجود نصوص صريحة أخرى ضمن أحكام الصك تفيد بالزام الساحب بالإبقاء على مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه حتى بعد انقضاء ميعاد تقديم الصك بحيث يستطيع الحامل حتى لو كان مهملا المطالبة بقيمته من المسحوب عليه ، إلى جانب عدم التصريح بالوظيفة الأساسية للصك كأداة وفاء على وجه الجزم.

3- قد لا يكون منصفا مساءلة الساحب عن جريمة إصدار صك بدون رصيد وهو قد أوجد مقابل وفاء الصك عند إصداره وبقاه لحين انقضاء ميعاد تقديم ، الا ان الحامل لم يراجع المسحوب عليه خلال ذلك الميعاد بإهمال منه وبدون عذر مشروع .

4- ان مرد التباين والاختلاف في الاجتهاد القضائي في جانب كبير منه يرجع إلى عدم تبني الأصول العلمية الصحيحة لتفسير النصوص ، إذ ان التفسير هو المنطلق إلى تطبيق النص على الوقائع ، فبالتفسير ومن خلاله يتم استنباط الأحكام من النصوص ، ولكل أصوله وضوابطه ، ولكن يفتقر الكثير من القضاة إلى هذه الأصول والضوابط ، وذلك لأنه قد يصبح قاضيا وهو لم يأخذ درسا واحدا في تفسير النصوص لا في مرحلة البكالوريوس ولا في المعهد القضائي ان كان خريجه ! علما ان هذا التفسير هو عمل يومي يقوم به القاضي لتطبيق النصوص المتناهية على الوقائع غير المتناهية. فاذا ما علمنا ان التفسير بلا أصول وضوابط يستحيل عملية اجتهادية شخصية وبالتالي فلا نستغرب التباين والاختلاف في الأحكام القضائية حول المسألة ذاتها .

5- ان المبرر الذي ساقه المشرع العراقي لإلغاء تقادم دعاوى الحامل على المسحوب عليه بموجب قانون تعديل قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984، الصادر بالرقم10 بتاريخ 1992/01/01 ، قد يبدو – من وجهة نظرنا – غير منطقي، إذ اعتبر أن تقادم دعاوى الحامل الصرفية على الملتزمين الصرفيين للصك تسري على دعاوى الحامل على المسحوب عليه رغم انه لا يعد مدينا صرفيا .

ثانيا التوصيات

1- تعديل نص المادة (141) من قانون التجارة بإضافة بند إليها يكون تسلسله (الثاني) وإعادة ترتيب تسلسل البنود بعدها وكالآتي :(ثانيا :على الساحب الإبقاء على مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه لحين انقضاء ميعاد تقديم

الصك).

2- إضافة بند إلى المادة (155) من قانون التجارة ويكون تسلسله (الثالث) وإعادة ترتيب تسلسل البند (ثالثا) الحالي ليكون (رابعا)،و كالآتي: (ثالثا: رغم أي بيان مخالف يعد الصك أداة للوفاء ولا يعد بأية صورة أداة للضمان).

3- نوصي مجلس القضاء العراقي باستحداث قضاء متخصص في المسائل التجارية بكافة درجاته وبخاصة محاكم البداءة ، فمحكمة البداءة التي استحدثها ببيانه في 2010/11/1 بتشكيل محكمة البداءة المتخصصة بنظر الدعاوى التجارية ذات العنصر الأجنبي، لا يشكل حلا بل الحل في استحداث محاكم متخصصة في القضايا التجارية بالتوازي مع محاكم البدءة العادية هو الحل الأمثل لا سيما إذا ما كان يعمل فيها قضاة على دراية كافية بالمسائل التجارية ومختلف أحكام القانون التجاري ،لذا نوجه هذه الدعوة إلى مجلسي القضاء العراقي والكوردستاني بتشكيل مثل هذه المحاكم المتخصصة مع تزايد الدعوى التجارية في ظل الانفتاح الاقتصادي غير المسبوق الذي يشهده عموم العراق بما فيه الإقليم . اما إبقاء محاكم البداءة على ما هي عليه الآن من تكدس الدعاوى وتنوعها بحيث ينظر القاضي فيها في اليوم الواحد – على سبيل – دعاوى في المسؤولية المدنية والتعويض وأخرى في منع المعارضة وأخرى في تخلية المأجور وأخرى في الصك و...فمن الطبيعي ان لا يتسع المجال والوقت لديه للبحث في القوانين ذات الصلة والشروحات الفقهية لها ، بل يحاول حسم الدعوى بأسرع طريقة متاحة وما يترتب على ذلك من اشكالات معروفة للمختصين .

4- ندعو مجلسي القضاء في العراق والإقليم إلى فتح دورات لتأهيل القضاة وخاصة من الصنفين الثالث والرابع تختص هذه الدورات بالقانون التجاري وكيفية التعاطي مع الدعاوى التجارية ، إذ لا ينقص من منزلة القاضي التحاقه بدورات من شأنها تطوير معلوماته في المجالات التخصصية ،وقدر تعلق الأمر بالوضع في كوردستان فقد نص البند ثانيا من المادة (2) من قانون المعهد القضائي في إقليم كوردستان رقم (7) لسنة 2009 على (تأهيل القضاة وأعضاء الادعاء العام الموجودين في الخدمة من الصنفين الثالث والرابع والمحامين).

قائمة المراجع

الكتب

1-أ.د.اكرم ياملكي ، الوجيز في القانون التجاري ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، اربيل ، إقليم كوردستان – العراق ،ط1، 2014.

2-أ.د. بشار حكمت ملكاوي ود.عماد عبد الحي ود. مظفر جابر الراوي ، شرح الأوراق التجارية في قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي ، ط1 ، جامعة الشارقة

3-أ.د.طالب حسن موسى ، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية ،دار الثقافة ،عمان ،ط1 ، 2011.

4-أ.د.عبد الرزاق احمد السنهوري ,الوسيط في شرح القنون المدني ، 3 ، الالتزام بوجه عام ، دار احياء التراث العربي ، بيروت.

5-أ.د.عزيز العكيلي ،الوسيط في شرح القانون التجاري ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك ،دار الثقافة ،عمان ،ط 5، 2013 .

6-د.علي جمال الدين عوض ،الأوراق التجارية ،السند الاذني – الكمبيالة – الصك، دراسة للقضاء، جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ،1995.

7-أ.د.فوزي مُحَمَّد سامي وأ.د.فائق الشماع ،القانون التجاري ،الأوراق التجارية جامعة بغداد ،بلا تاريخ نشر .

8-مُحَمَّد خلاد ويوسف خلاد ،الاجتهاد القضائي ،المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في المسائل المدنية والتجارية ،الجزء السادس ،ط 1 ،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة ،عمان ،2001.

9-أ.د. مُحَمَّد سليمان الأحمد ،فلسفة الحق ،منشورات زين الحقوقية،ط 1 ،2017.

10-د. مُحَمَّد صالح بك ، الأوراق التجارية ، الكمبيالة والسند الاذني والشيك ، مطبعة جامعة فؤاد، 1950 ، ص 384.

11- د.محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ،المجلد الثاني، التشريعات التجارية والإلكترونية ، دراسة مقارنة ،دار الثقافة ،عمان ،2009.

12-د. معوض عبد التواب ،الموسوعة التجارية الشاملة ،الجزء الثالث ،ط4 ، دار شادي،القاهرة ، 2011.

13-أ.د.هاني دويدار، القانون التجاري ، العقود التجارية –العمليات المصرفية- الأوراق التجارية –الإفلاس ، الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،2008.

القوانين

1-قانون التجارة العراقي الأسبق رقم 60 لسنة1943.

2-قانون التجارة العراقي السابق رقم 149 لسنة 1970.

3-قانون التجارة العراقي النافذ رقم 30 لسنة 1984 .

4-قانون التجارة المصري المعدل النافذ رقم 17 لسنة 1999

5-قانون التجارة الأردني النافذ رقم 12 لسنة 1966 .

6-قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 النافذ .

7-قرار برلمان إقليم كوردستان – العراق رقم 11 لسنة 1992 .

المذكرات

1-المذكرة التفسيرية لقانون التجارة العراقي السابق رقم 149 لسنة 1970

2-المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 النافذ

المواقع الإلكترونية

1- موقع التشريعات والتنظيمات العراقية
http://iraqld.hjc.iq:8080/free_search.aspx

2-موقع مجلس القضاء العراقي : https://www.hjc.iq/qview

3-موقع مكتبة النور : https://www.noor-book.com

الملخص

يكتسب الصك من الناحية العملية اهمية كبيرة كاداة للوفاء بالالتزامات التجارية ،الامر الذي انعكس على الاهتمام الملحوظ باحكامه القانونية سواء على صعيد القواعد التجارية الدولية او التشريعات الوطنية في مختلف الدول، فجاءت احكامه على الصعيدين متسقة ومتشابهة من جهة وثابتة وراسخة من جهة اخرى، الا انها لا زالت من بين اكثر المسائل التجارية اثارة للمنازعات القضائية، والجدل والاختلاف في الاجتهاد القضائي بشأنها. ولعل من اهم جوانب الصك اثارة للاختلاف مسألتي تقديم الصك وتقادم دعاواه، ونقصد بالتقديم مراجعة الحامل القانوني للصك للمسحوب عليه وابرازه الصك طلبا للحصول على قيمته، وقد حدد المشرع العراقي مدة محدد لهذا التقديم وهي عشرة ايام او ستين يوما حسب ما اذا كان الصك مسحوبا في العراق او خارجه. اما التقادم فهو مرور الزمان المانع من سماع الدعوى الصرفية، اذ تنقضي دعاوى الحامل الصرفية تجاه الملتزمين ودعاوى الملتزمين تجاه بعضهم بمرور ستة اشهر. ويكتسب التقديم والتقادم اهمية اضافية لارتباط جريمة اصدار الصك بدون رصيد بهما بشكل وثيق .

وللتشابه الكبير بين احكام كل من التقديم والتقادم في القانون العراقي والقوانين المقارنة من حيث الاسس والتنظيم فقد اكتفينا بدراسة احكام القانون العراقي دون القوانين المقارنة الى جانب الاجتهادات القضائية.

وقد حاولنا في هذا البحث تسليط الضوء على مختلف جوانب هذا الموضوع من خلال مبحثين خصصنا اولهما للتعريف بكل من التقديم والتقادم في الصك وثانيهما للاثار المترتبة عليهما . وختمنا البحث بخاتمة ضمناها نتائج البحث كتشخيص الخلل في بعض النصوص ذات الصلة واسباب تباين الاجتهادات القضائية ، ثم عقبنا عليها ببعض التوصيات كاقتراح تعديل بعض النصوص المتعلقة بالتقديم والتقادم في الصك .

ثوختة

ضةك وةكو هؤكاريَكي قةرزدانةوة لة ثابةندبوونة بازرطانييةكاندا، لة ڕووي ثراكتيكييةوة طرنطييةكي زؤري هةية، ئةمةش وايكرددوة كة طرنطييةكي ياسايي زؤري ثىَ بدريَت، لة سةر هةردوو ئاستي ريَساكاني بازرطاني نيَو دةولَةتي و ياسا نيَوخؤييةكاندا لة ولآتة جياجاكاندا. جا لةبةر ئةوة حوكة ياساييةكاني ضةك لة سةر هةردوو ئاستدا بة شيَوةيةكي هاوشيَوةو طونجاو سةقامطير هاتوونةتة كايبةوة. بةلآم لةطةل ئةمةشدا تاكو ئيَستا كة بوونةتة بابةتي زؤربةي كيَشة دادوةرييةكان، هةروةها طفتوطؤ و جياوازي لة ئيجتهادة دادوةرييةكان دروستكردووة.

لةوانةية طرنطنترين ئةو طفتوطؤ وجياوازييانةي كة لةبارةي (ضةك)ةوة لة ئارادابن، ثةيوةنديان هةبيَت بة ثيَشكةشكردني ضةك و ماوة بةسةرضووني داوة بةرزكردنةوة لةبارةييةوة.

مةبةستمان لةثيَشكةشكردني ضةك ثيَشكةشكردنييةتي لة لايةن كةسي هةلَطري ياسايي ضةكةكة و دةرخستنييةتي بؤ ئةو لايةنةي دةبيَت خةرضي بكات تاكو كةسةهةلَطرةكة بةهاي ضةكةكةي دةست كةويَت. بةلآم بةمةستمان لة ماوة بةسةرضووني داوة بةرزكردنةوة ئةو ماوةيةية كة ڕيَطرة لة سةيركردني داواي خةرضكردني ضةك.

ثيَشكةشكردني ضةك و ماوةبةسةرضووني داواكةي طرنطييةكي زؤريان هةية، ضونكة ثةيوةندييان بة تاواني دةركردني ضةكي بيَ بووني ثارة هةية.

لةم باسةماندا هةولَماندداوة تيشك بخةينة سةر لايةنة جياوازةكاني ئةم بابةتة، ئةمةش لةميانةي دوو باسدا، باسي يةكةممان تايبةتكردووة بة ثيَناسةي ثيَشكةشكردني ضةك و ماوة بةسةرضووني داوة بةرزكردنةوة، باسي دووةميشمان تةرخانكردووة بؤ ئةو كاريطةريية ياساييانةي ئةو دوو ضةمكة ياخود ئةو شويَنةوارةي لييَان دةكةويَتةوة.

باسةكةشمان بةوة كؤتايي ثىَ هيَناوة كة لة ئةنجامدا ضةند كةم و كورِييةكمان بؤ بةدةركةوتووة لة ضةند دةقيَكي ياسايي ثةيوةست بةو بابةتة و وة هؤكارةكاني جياوازيي ئيجتهادة دادوةرييةكان . دواتريش ضةند ثيَشنياريَكمان خستؤتة ڕوو بؤ دةستكاريكردني ئةو دةقانةي كة ثةيوةستن بة ثيَشكةشكردني ضةك و ماوة بةسةرضووني داواكةي .

Abstract

In practical terms, the cheque has great importance as a tool for fulfilling commercial obligations, which was reflected in the remarkable interest in its legal provisions, whether in terms of international commercial rules or national legislation in various countries. Its provisions were consistent and fixed but it is still one of the most frequent issues of judicial disputes, controversy and differences in the jurisprudence regarding it.

Perhaps the most important aspects of the cheque are the issues of presenting the cheque and the prescription of its claims, and by presentation we mean reviewing the legal holder of the instrument for the drawee and showing him the cheque in order to obtain its value.The Iraqi legislator has set a specific period for this presentation, which is ten or sixty days, depending on whether the instrument was withdrawn in or outside Iraq. The prescription and the statute of limitations acquire additional importance because the crime of issuing the instrument without balance is closely related to them.

And due to the great similarity between the provisions of both progress and prescription in Iraqi law and comparative laws in terms of foundations and organization, we have contented themselves with studying the provisions of Iraqi law without comparative laws as well as judicial jurisprudence.

In this research, we have tried to shed light on the various aspects of this issue through two studies, the first of which is devoted to the definition of both the introduction and the prescription in the instrument, and the second to its implications. The results of the research include the diagnosis of defects in some of the relevant texts and the reasons for the discrepancy in judicial jurisprudence, as well as comments on them with some recommendations such as a proposal to amend some texts related to the presentation and

prescription in the instrument.

الاتجاه الحديث للقانون الإماراتي في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية

تيَرِوانينى نويَى ياساى ئيمارِاتى بؤ دياريكردنى ئةو ياسايةى كة ثيَويستة جيَبةجآ بكريَت لة بابةتةكانى بارى كةسى

The recent trend of UAE law in determining the law applicable to personal status matters

الدكتور أحمد محمود حمدان الفضلي
أستاذ القانون الدولي الخاص المشارك
كلية القانون– جامعة عجمان– الإمارات

Dr. Ahmed Mahmoud Hamdan Al-Fadhli
Associate Professor of Private International Law
College of Law - Ajman University - UAE

الاتجاه الحديث للقانون الإماراتي
في تحديد القانون الواجب التطبيق علىٰ مسائل الأحوال الشخصية

الدكتور أحمد محمود حمدان الفضلي
أستاذ القانون الدولي الخاص المشارك
كلية القانون– جامعة عجمان– دولة الإمارات العربية المتحدة

الكلمات المفتاحية:
تنازع القوانين، قواعد الإسناد، الجنسية، مكان الإبرام، الزواج، الطلاق.
وشة سةرةكيةكان:
كيَبِركيَ ىَ ياساكان, ريَساكانى دياريكردنى ياسا, شويَنى بةستنى طريَبةست, هاوسةرطيرى, دةست بةرداربوون.
key words: Conflict of laws, rules of attribution, nationality, place of conclusion, marriage, divorce.

مقدمة:

إن الخوض في أحكام تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية يتطلب منا التعرف على مفهوم الأحوال الشخصية والقانون المطبق عليها، وهي: مجموعة العناصر المتعلقة بالوضع القانوني للشخص بصفته الخاصة كاسمه وكنيته وكونه ذكراً أم أنثى، وبعلاقته بأسرته كزوجته وأبنائه أو أقاربه...الخ، والتي يحكمها قانون الدولة التي يرتبط بها الشخص برابطة الموطن أو الجنسية.

وقد اختلفت التشريعات حول ما يعتبر القانون الشخصي للفرد، هل هو قانون الموطن أم قانون الجنسية؟

فبعض التشريعات التي أخذت بقانون الموطن باعتباره القانون الشخصي، بررت ذلك على أساس أن هذا القانون يحقق مصلحة الفرد والأشخاص الذين يتعاملون معه في موطنه، لأن هؤلاء على علم بالقانون المطبق في مكان إقامتهم بينما هم يجهلون أحكام قانون جنسية الأجنبي، بالإضافة إلى أن تطبيق قانون الموطن يساعد المهاجرين على التأقلم في المجتمع الذي يعيشون فيه[1]، وأيضاً أن وحدة النظام القانوني الذي يجب أن تخضع له الأسرة يقتضي

(1) انظر: د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص: دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان، الأردن، 2009، ص109.

الاعتداد بضابط الموطن على اعتبار أن الأسرة تتوطن عادة في مكان معين وإن اختلفت جنسية الزوجين.

ومن التشريعات التي أخذت بقانون الموطن باعتباره القانون الشخصي، القانون الإنجليزي، والقانون الكندي والدنماركي والولايات المتحدة الأمريكية.

أما البعض الآخر، والذي اعتبر أن القانون الشخصي للفرد هو قانون جنسيته، فقد أسس وجهة نظره على أن القانون الذي ينتمي إليه الشخص بجنسيته هو أولى القوانين بحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، ومن جهة أخرى فإن الشخص يمكنه تغيير موطنه بسهولة في حين أنه لا يستطيع تغيير جنسيته بسهولة، كما أن انتماء الشخص يكون عادة للدولة التي يحمل جنسيتها أكثر من الدولة التي يسكن فيها.

ومن التشريعات التي أخذت بقانون الجنسية باعتباره القانون الشخصي القانون الفرنسي، ومعظم التشريعات العربية.

في الحقيقة، إن تبني أحد هذين الموقفين يتأثر بالظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة، فالدول المصدرة للسكان عادة ما تتبع نظام قانون الجنسية، حتى تصبغ مواطنيها بقوانينها حتى ولو كانوا في الخارج، أما الدول المستوردة للسكان، فعادة ما تلجأ إلى نظام قانون الموطن، حتى تضمن تطبيق قوانينها على الأجانب المتوطنين على أراضيها[1].

سنقوم في هذه الدراسة بتوضيح موقف المشرع الإماراتي في قانون المعاملات المدنية رقم"5" لسنة 1985 بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على بعض مسائل الأحوال الشخصية، إذ تكمن مشكلة البحث في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية بعد تعديل ضوابط الإسناد الأخير بمرسوم بقانون اتحادي رقم30 لسنة 2020، إذ اتجه المشرع إلى اعتماد معايير جديدة غير متعارف عليها في الاتجاهات المختلفة، فقد جعل القاعدة العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج وآثاره تعتمد على مكان الإبرام بعد أن كانت خاضعة لقانون الجنسية، وفيما يتعلق بالوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت أضاف المشرع ضابط إسناد جديد يجعل الأولوية لتطبيق قانون الإرادة على قانون الجنسية.

رغم أن المشرع الإماراتي لم يتخلى عن فكرة الجنسية في مجال الأحوال الشخصية بشكل كلي، وإنما لم يجعلها الفكرة الأساسية، ومناقشة مدى إلزامية اللجوء إلى قواعد الإسناد الإماراتية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية بعد التعديل الأخير بمرسوم بقانون اتحادي رقم 29 لسنة 2020على قانون الأحوال الشخصية الاتحادي الصادر سنة 2005.

وسنتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي لما أصبحت عليه قواعد الإسناد الإماراتية بعد التعديل إضافة للمنهج التحليلي لمناقشة أثر هذه التعديلات على تحديد القانون الواجب التطبيق.

وبما أن التعديلات انصبت على بعض قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية وكذلك نص المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي، فإننا سنقسم الدراسة على ثلاثة مباحث تعالج تلك الموضوعات على النحو التالي:

---

(1) راجع: د. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخا ص الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثالثة، 2012، ص 398

سنتناول في المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على مسائل الزواج مروراً بشروطه وآثاره وصولاً لانتهائه بالطلاق أو بالتطليق أو الانفصال، أما المبحث الثاني سنخصصه لمناقشة القانون الواجب التطبيق على مسائل الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، ونخصص المبحث الثالث لمناقشة مدى إلزامية اللجوء إلى قواعد الإسناد الإماراتية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية بعد التعديل الأخير على قانون الأحوال الشخصية الاتحادي، ونختم بأهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها الدراسة.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على الزواج والطلاق

تعتبر الرابطة الزوجية من أهم مسائل الأحوال الشخصية التي قد تثور بصددها ظاهرة تنازع القوانين، ويتضح ذلك في عدة حالات من الزواج ذي الطابع الدولي منها، حالة زواج شخصين من جنسيتين مختلفتين في دولة أحدهما أو في دولة ثالثة وهو ما يسمى بالزواج المختلط، حالة زواج شخصين من جنسية واحدة في دولة غير دولتهما أو عندما يتزوجا في دولتهما ويريد أحدهما أو كلاهما التمسك بقانون دولة أخرى فيما يتعلق بالزواج أو آثاره، وحالة زواج شخصين من جنسيتين مختلفتين ويريد أحدهما أو كلاهما التمسك بقانون دولة ثالثة، إضافة إلى حالة زواج شخصين من جنسية واحدة وفق قانون دولتهما ثم طرأ تغيير على جنسيتهما أو جنسية أحدهما، وهذه جميعاً حالات ممكنة الوقوع وليست نادرة[1].

وقد تختلف فكرة الزواج من دولة إلى أخرى ومن مجتمع إلى آخر، حيث أن ما يعتبر زواجاً في دولة ما قد لا يعتبر زواجاً في دولة أخرى، وأيضاً تختلف فكرة الزواج داخل الدولة الواحدة نتيجة لاختلافات في المعتقدات الاجتماعية والدينية في تلك الدولة مما يؤدي إلى تباين الأحكام بشأن الرابطة الزوجية ليس فقط بين الدول وإنما أيضاً داخل الدولة الواحدة، وبالتالي يحدث تنازع القوانين[2].

ومن أمثلة هذا التباين: المجتمعات الإسلامية، والتي تخضع التشريعات التي تنظم مسائل الزواج فيها لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعد الزواج ارتباطاً بين رجل وامرأة غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل[3]، حيث يكون الزواج وفقاً لهذ ه الشريعة قابلاً للتعدد، ويكون قابلاً للانحلال بإرادة الزوج المنفردة عن طريق حق الطلاق، وكذلك فهو نظام مدني لا يشترط فيه أن يتم على يد رجل الدين.

وكذلك المجتمعات المسيحية، والتي يكون الزواج فيها رابطة قائمة على الأحادية، فلا يجوز فيه التعدد وفي بعضها يكون غير قابل للانحلال بإرادة الزوج وحده، وكذلك قد يعد نظاماً دينياً يشترط لصحته أن يتم على يد رجل الدين[4].

وفيما يتعلق بتنازع القوانين، فقد تناول التشريع الإماراتي هذا الموضوع وفق التقسيم الآتي:

---

(1) انظر: د. أحمد الفضلي، القانون الواجب التطبيق على الزواج وآثاره، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الموصل، العراق، الموصل، 1999، ص99.

(2) انظر: د. جورج حزبون، ود. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، ط1، مكتبة حماد للطباعة والنشر، إربد – الأردن، 1994، ص 130.

(3) انظر: د. أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص101.

(4) راجع: د. المنسينيور رؤوف نجار، الزواج المسيحي في التشريع الكاثوليكي الجديد للكنيسة اللاتينية، عمان، 1986م.ص 6 وما بعدها.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على الزواج

وقد وضع المشرع الإماراتي قواعد إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالزواج، ابتداء من شروطه إلى انتهائه، وهذا ما سنتولى دراسته بالتفصيل.

الفرع الأول

القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج

تنص قوانين معظم الدول على الشروط الواجب توافرها لقيام الزواج صحيحاً والشروط الأخرى المتعلقة بإجراءات الزواج، مثل تسجيله وإثباته، ومن أهم هذه الشروط: أهلية الزواج، ورضا الزوجين، والموانع المتعلقة بالقرابة والمصاهرة، والشهود والإعلان، إضافة إلى تسجيل أو توثيق الزواج وإبرامه أمام رجل الدين.

وقد نص قانون المعاملات المدنية الإماراتي فيما يخص شروط الزواج على القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج الموضوعية بقاعدة إسناد خاصة، ونص على شروط الزواج الشكلية بقاعدة إسناد أخرى.

مع أن القانون الوطني الإماراتي لم يحدد ما يعد من الشروط الموضوعية للزواج، ولم يميز بينها وبين الشروط الشكلية.

وعلى كل فإن مسألة تحديد الشروط الموضوعية وتمييزها عن الشروط الشكلية تعد مسألة تكيف تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

وعليه، فإننا سنبدأ بتحديد القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج الموضوعية.

المقصد ألأول

القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج الموضوعية

كان النص قبل التعديل الصادر بمرسوم بقانون رقم"30" لسنة 2020 ينص على أنه: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين وقت انعقاد الزواج".

وبعد التعديل أصبح النص الحالي ما يلي: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج".

يتضح من هذا النص أن القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج الموضوعية هو قانون مكان إبرام العقد، بغض النظر عن جنسية الزوجين ، حيث يركز المشرع الإماراتي على فكرة موطن العقد لتحديد صحته من عدمها ، وبالتالي لو عرض أمام القاضي الإماراتي نزاع يتعلق بصحة عقد زواج فإنه مباشرة يتجه إلى أحكام قانون البلد الذي تم فيه إبرام الزواج، ويحدد بناء على ذلك ما إذا كان هذا الزواج صحيحاً أم لا .

ولكن يجب الانتباه إلى أن هناك استثناء ورد على هذه القاعدة في المادة "14" من قانون المعاملات المدنية، والتي تقضي بتطبيق القانون الإماراتي وحده في حالة كان أحد أطراف الرابطة الزوجية مواطن إماراتي سواء كان الزوج أو الزوجة، فيما عدا شرط الأهلية للزواج، والعبرة بالجنسية هنا وقت إبرام الزواج .

إذن خلاصة القول أن المشرع الإماراتي حتى وإن عدل عن فكرة تطبيق قانون الجنسية على شروط الزواج الموضوعية إلا أنه أبقى عليها في حالة كون أحد الزوجين مواطن إماراتي وقت إبرام الزواج، إلا فيما يتعلق بشرط أهلية الزواج، إذ يبقى هذا الشرط خاضعاً للقاعدة العامة في المادة "12" فقرة"1" التي تقضي بتطبيق قانون مكان إبرام

الزواج، أما في حالة كان كل من الزوجين أجنبياً فإن القانون المختص هو قانون مكان إبرام الزواج.

وبما أن أهلية الزواج كانت تخضع قبل تعديل نص المادة "12" فقرة"1" لقانون الجنسية، فكان من الأولى على المشرع حذف عبارة " فيما عدا شرط الأهلية للزواج" الواردة في المادة "14" لأنه من غير المتصور خضوع مسائل الأهلية لقانون مكان الإبرام، ويمكن القول في هذه الحالة بخضوع أهلية الزواج لنص المادة "11" فقرة"1" المتعلقة بالأهلية بشكل عام وإخضاعها لقانون الجنسية.

المقصد الثاني

القانون الواجب التطبيق على شروط الزواج الشكلية

نتيجة لتطور وسائل الاتصال والمواصلات وسهولة الا نتقال من دولة إلى أخرى، فضلاً عن التطور التجاري والصناعي في العالم بدرجات متفاوتة، أخذ الأفراد يتنقلون من دولة إلى أخرى، ويقيمون خارج دولتهم لفترات طويلة بهدف التجارة أو السياحة إلى غير ذلك من الأسباب، مما قد يؤدي إلى إبرامهم لعقود الزواج خارج دولهم، فما هي الإجراءات الشكلية الواجبة الاتباع عندئذ؟

تنص المادة 12 فقرة 2 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه:"أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي ووطني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تمت فيه أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين".

يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الإماراتي أخضع شكل الزواج إلى القاعدة المعروفة التي تخضع التصرف لقانون بلد إبرامه، وذلك فيما يتعلق بالإجراءات الشكلية، وهو نفس القانون التي تخضع له شروط الزواج الموضوعية، فقد أدى التعديل الذي أجراه المشرع على قاعدة الشروط الموضوعية إلى توحيد القانون الذي يطبق على شروط الزواج سواء كانت موضوعية أم شكلية، فإذا أبرم إماراتي زواجاً في إيطاليا وفقاً للشكل الذي ينص عليه القانون الإيطالي، فإن هذا الزواج يعد صحيحاً من حيث الشكل في الإمارات، ولكن تجدر الإشارة إلى أنه كان يتعين على المشرع إلغاء الخيار الثاني في هذا النص والمتعلق بقانون جنسية كل من الزوجين، لما قد يثيره من صعوبات في التطبيق فيما لو كان الزوجين مختلفي الجنسية مما سيؤدي إلى تشديد يتنافى مع الحكمة من جعل القاضي بالخيار في مجال الشكل تسهيلاً على الأطراف، مما سيؤدي بالنتيجة إلى إهمال هذا الخيار من قبل القضاة.

المقصد الثالث

الاستثناء المقرر على قانون مكان إبرام الزواج في شروط الزواج

رغبة من المشرع الوطني في تحقيق الاستقرار الاجتماعي لوطنييه اتجه إلى وضع قواعد انفرادية ترجح كفة قانونه الوطني من حيث التطبيق، وتعطل حكم القواعد المزدوجة التي وضعها لحكم ذات المسألة، والسبب الذي جعل المشرع يفعل ذلك هو أن القواعد المزدوجة إن لم تكن ضد مصلحة الطرف الوطني في علاقة الزوجية، فلا يمكن الجزم بأنها تحقق له الرعاية التامة في جميع الأحوال[1]، وهذا ما جاء به نص المادة 14 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والتي

(1) انظر: د. حسام الدين فتحي ناصف من مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، ط1ن القاهرة، 1994، ص 217.

تنص على أنه:" في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج يسري قانون دولة الإمارات وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج "[1].

وهذا يعني أن المشرع الإماراتي رفض مزاحمة القانون الأجنبي في مشاركته للقانون الإماراتي في حكم الشروط الموضوعية للزواج، وذلك على أساس أن القانون الإماراتي هو الذي يوفر الحماية الأكبر للطرف الوطني في أي نزاع ذي طابع دولي .

ومن خلال هذا العرض تبرز مسألتين مهمتين لا بد من التعرض لهما بشيء من التفصيل فيما يتعلق بالوقت المعتد به لأعمال هذا الاستثناء وما يشمله هذا الاستثناء من شروط الزواج على النحو الآتي:

أولا:- الوقت المعتد به لأعمال الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني

لقد حدد القانون الإماراتي الوقت الذي يعتد به لأعمال هذا الاستثناء بوقت انعقاد الزواج، إلا أن هذا التحديد كان موضعاً لانتقادات بعض الفقه[2]التي تركزت على أن الاعتداد بهذا الوقت معناه بقاء إمكانية تطبيق القانون الوطني في حالة ما إذا كان أحد الزوجين إماراتياً وقت انعقاد الزواج حتى لو فقد جنسيته الوطنية في وقت لاحق على إبرام الزواج، كما أنه يعني عدم سريان القانون الوطني في حالة ما إذا اكتسب أحد الزوجين الجنسية الإماراتية في وقت لاحق على زواجه، مما يؤدي إلى نتائج غريبة وغير منطقية، إذ يعني في الحالة الأولى استمرار تطبيق القانون الوطني على شخص أصبح أجنبياً عنه والأولى أنه لم يعد لهذا القانون سلطان عليه، بينما يؤدي في الحالة الثانية إلى حرمان الطرف الوطني من الحماية التي يستحقها، لذلك يرى البعض[3] أن يوسع ذلك ليشمل النص الطرف الوطني وقت رفع الدعوى لزيادة الحماية له.

إلا أن ذلك قد يؤدي إلى التحايل على القانون بتغيير أحد الزوجين جنسيته حتى يخضع للقانون الذي يريد ويتهرب بذلك من القانون الواجب التطبيق، لذلك كان من الأفضل لتفادي جميع هذه الثغرات عدم تحديد وقت معين يعتد به بالجنسية الوطنية، والمنطق يقتضي أن لكل مقام مقال، وبهذا الشكل يصبح النص أكثر مرونة بحيث يتيح للقضاء حرية الحركة وسلطة واسعة في التقدير ويهيئ له الفرصة بأن يختار لكل مسألة ما يناسبها.

ثانياً:- نطاق الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني من شروط الزواج

في هذا الموضوع لا بد من تحديد مسألتين، وهما مسألة الشروط الشكلية ومسالة أهلية الزواج على النحو التالي:

1- مسألة الشروط الشكلية:

من الملاحظ أن الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني في التشريع الإماراتي يشمل جميع مسائل الزواج، ومن الواضح التعارض بين هذا الاستثناء وقاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية التي تنص على أنه يمكن أن يكون القانون المختص بحكم الزواج من حيث الشكل قانون محل إبرام الزواج حتى ولو كان

(1) وقد تعرضت المادتان السابقتان لشروط الزواج وآثاره.

(2) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 519، ود. حسام الدين ناصف، المرجع السابق، ص 106

(3) انظر: د. عبدالواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص الأردني، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1998، ص 28.

أحد الطرفين مواطناً.

ولا يتم التوفيق بين هاتين القاعدتين إلا إذا اعتبرنا القاعدة التي تخضع لاختصاص القانون الإماراتي في حالة كون أحد الزوجين مواطناً قاعدة عامة تشمل الأحكام السابقة لها باستثناء الحكم المتعلق بالشروط الشكلية[1].

2- مسألة أهلية الزواج

تعتبر أهلية الزواج من أهم الشروط الموضوعية التي يجب توافرها لصحة الزواج، وقد ورد الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني في حالة كون أحد الزوجين وطنياً على الشروط الموضوعية للزواج باستثناء أهلية الزواج، وبما أن قاعدة خضوع الاختصاص للقانون الوطني في حالة كون أحد الطرفين وطنياً استثناء على القاعدة العامة التي تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون مكان إبرام الزواج، فإن أي استثناء على هذا الاستثناء يعني أعمال القاعدة العامة، فيصبح القانون الواجب التطبيق على أهلية الزواج هو قانون مكان إبرام الزواج.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج

متى استوفى عقد الزواج شروطه الموضوعية والشكلية وصار نافذاً ترتبت عليه آثاره القانونية، ومن هذه الآثار ما يتعلق بشخص الزوجين بشكل بحت، ومنها ما يكون له علاقة بالأموال.

أولا- الآثار الشخصية للزواج:

إن الآثار الشخصية للزواج هي تلك الآثار التي تترتب على قيام الرابطة الزوجية والتي ليست لها صلة بأموال الزوجين، مثل الحقوق والواجبات بين الزوجين من إخلاص ومعاملة بالمعروف ومساكنه... إلخ[2].

ويمكن تقسيم هذه الآثار إلى الأقسام الآتية:

أ- الحقوق المشتركة بين الزوجين مثل حق المعاشرة، حسن العشرة، التوارث، حرمة المصاهرة.

ب- حقوق الزوج على زوجته مثل حق الطاعة، حق القوامة والتوجه، حق رعاية شؤون البيت.

ج- حقوق الزوجة على زوجها مثل عدم الإضرار بها، العدل[3].

ثانياً- الآثار المالية للزواج:

إن المقصود بالآثار المالية أو ذات الطابع المالي في القانون الإماراتي هي تلك الآثار التي تترتب على قيام الزواج الصحيح والتي تكون فيها صبغة مالية، وهي جزء من حقوق الزوجة على زوجها، وأهمها المهر والنفقة الزوجية، وهذا يختلف عن الآثار المالية المعروفة في الدول الغربية والتي تتمثل بالنظام المالي بين الزوجين، والمقصود به هو:"مجموعة من القواعد والأحكام التي تنشأ عن الاتفاق أو بنص القانون والتي يتم بمقتضاها بيان حقوق والتزامات كل من الزوجين

(1) انظر: د. حسن الهداوي، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1997، ص 109- 110.

(2) انظر: د. غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول في تنازع القوانين، ط1، المكتبة الوطنية، 1996، ص 151.

(3) للمزيد من التفصيل حول هذه الآثار راجع د. أحمد الفضلي، المرجع السابق، ص 121 وما بعدها.

فيما يتعلق بملكية أموالهما وإدارتها والتصرف بها"[1].

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج كان النص قبل تعديل سنة 2020 ما يلي:"يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والآثار المتعلقة بالمال التي يرتبها عقد الزواج".

أما النص الحالي بعد التعديل فقد أصبح على النحو الآتي:"يسري قانون الدولة التي عقد فيها الزواج على الآثار الشخصية والآثار المتعلقة بالمال التي يرتبها عقد الزواج".

يتضح من ذلك خضوع آثار الزواج الشخصية والمالية إلى قانون مكان إبرام الزواج، على اعتبار أنه في الغالب ما يكون الزوجين مستقرين في تلك الدولة أو على الأقل الزوج يكو ن مستقراً فيها وتعيش الزوجة معه في نفس تلك الدولة، وهذا تأكيد من المشرع الإماراتي على استبدال القانون الشخصي المتمثل في جنسية الزوج بقانون مكان إبرام الزواج، وحصر تطبيق القانون الشخصي بحالة ما إذا كان أحد الزوجين مواطناً وقت إبرام الزواج كما سنبين لاحقاً.

أما بالنسبة للتشريعات الغربية، ونتيجة لاختلاف طبيعة الآثار المالية في تلك التشريعات، فإنها حددت القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية وفقاً لإرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية، ومن هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي الذي نص على أنه إذا لم يوجد اتفاق يطبق قانون الموطن المشترك للزوجين[2].

ويلاحظ وجود استثناءين على تحديد قانون مكان انعقاد الزواج فيما يتعلق بآثار الزواج.

الأول: يتعلق بالآثار المالية:

ففي حالة تعلق النزاع بعقار يقع في إقليم أو عدة أقاليم فلا يخضع هذا النزاع لقانون مكان إبرام الزواج، وإنما يخضع لقاعدة الإسناد العامة التي تشير باختصاص قانون موقع العقار، حيث أنه يجب التفرقة بين القواعد المتعلقة بملكية العقار وحيازته والحقوق العينية الأخرى المتعلقة به، وإخضاعها للقاعدة العامة وهي قانون موقع العقار، أما القواعد المتعلقة بحقوق الزوجين فيه، فتخضع لقانون مكان إبرام الزواج باعتبارها من الآثار المالية، وهذه تعد مسألة تكييف تترك لتقدير قاضي الموضوع[3].

أما الثاني: فيشمل جميع آثار الزواج الشخصية والمالية

وهو نص المادة (14) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والذي ينص على أنه"في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج يسري قانون دولة الإمارات وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج"[4] ومثال ذلك إذا عرض على القاضي الإماراتي نزاع متعلق بأثر من آثار الزواج عقد في الكويت بين زوج بحريني وزوجته الإماراتية، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الإماراتي، وهو قانون الزوجة وليس قانون مكان الإبرام، وذلك وفقاً للاستثناء الوارد في المادة 14 معاملات مدنية من القانون الإماراتي .

---

(1) انظر: د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 517.

(2) Batiffol & Lagarde .Traite de droit. Internatioonal drive. III. No. 632.

(3) أنظر: د.أحمد عبدالكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الدولية الخاصة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر، ص 289، د. عبدالواحد كرم، المرجع السابق، ص 77.

(4) وقد تعرضت المادتان السابقتان لشروط الزواج وآثاره.

المطلب الثاني

انقضاء الزواج

الحالة الطبيعية لانقضاء الزواج هي وفاة أحد الزوجين، ولكن هناك حالات أخرى تنتهي فيها الرابطة الزوجية، مثل الطلاق والذي يتم بالإرادة المنفردة للزوج، أو بحكم القضاء بناء على توافر سبب من الأسباب المبينة في القانون، وقد شمل التعديل الذي قام به المشرع الإماراتي موضوع انقضاء الزواج أيضاً، فقد كان النص قبل تعديل سنة 2020 ما يلي:"أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى" .

وبعد التعديل أصبحت المادة (13) فقرة 2 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي تنص على أنه:"يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون الدولة التي عقد فيها الزواج"، وبناء على ذلك فإنه يجب على القاضي إذا ما عرض عليه نزاع متعلق بإنهاء الرابطة الزوجة سواء بالطلاق أو بالتطليق أو بالانفصال[1] فيتم الرجوع لقانون الدولة التي أبرم فيها الزواج.

أما إذا كان أحد الزوجين موا طناً وقت انعقاد الزواج فإن القانون الإماراتي هو الواجب التطبيق، وفقاً لنص المادة 14 معاملات مدنية، وقد ينتقد هذا النص، على أساس أن المنطق يقتضي أن يرد الاستثناء الخاص في حالة ما إذا كان أحد الزوجين مواطناً إلى وقت الطلاق في حالة الطلاق، لأنه إذا غير أحد الزوجين جنسيته بعد انعقاد الزواج وقبل الطلاق أو رفع الدعوى فإن تطبيق الجنسية القديمة يعتبر غير منطقي[2].

المطلب الثالث

النظام العام في مسائل الزواج والطلاق

إذا كان المشرع الوطني قد سمح بتطبيق أحكام القوانين الأجنبية على إقليمه، إلا أنه توجد استثناءات على ذلك، حيث يستبعد القانون الأجنبي المختص في حالة تعارض مضمون حكم هذا القانون مع الأحكام القانونية التي يقوم عليها نظام الحياة في مجتمع القاضي من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية، مما يعني أن استحالة تطبيق القانون الأجنبي المختص ترجع إلى تعارض أحكام هذا القانون وعدم انسجامها مع النظام العام في دولة القاضي[3].

هذا ويلعب النظام العام دوراً مهماً في مجال القانون الدولي الخاص بوصفه أداة لاستبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد إلى اختصاصه، وقد كان الفقيه الألماني "سافيني" أول من صور فكرة النظام العام بهذا المفهوم، وذلك من خلال عرضه لفكرة الاشتراك القانوني، والتي تتلخص في أن جميع القوانين السائدة في الدول المسيحية الوارثة للقانون الروماني تشترك فيما بينها في الأحوال العامة التي ترجع إلى الأصل التاريخي لها، وقد أشار أثناء عرضه لحـ لمول تنازع القوانين في تلك الدول إلى تحفظ يخول بموجبه القاضي أن يمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي إذا تبين

(1) هذا النظام غير معروف بالنسبة للقانون الإماراتي وقد تكون الحكمة من النص عليه تتمثل في القضايا التي يكون فيها أطراف أجانب تابعين لقانون يعرف هذا النظام.

(2) انظر: د. هشام علي صادق، وحفيظة الحداد، القانون الدولي الخاص، الإسكندرية، 2001، ص305.

(3) د.هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص 297.

له انقطاع الوحدة القانونية بين قانونه والقانون المختص بحكم النزاع[1].

إن فكرة النظام العام بوصفها أداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق فكرة مرنة متطورة وكذلك غامضة، مما يجعل تحديدها بدقة أمراً غاية في الصعوبة، حيث أنها تتغير بتغير الزمان والمكان، فما يعتبر من النظام العام في دولة قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، وما يعتبر من النظام العام في وقت ما قد لا يعتبر من النظام العام في الدولة نفسها في وقت آخر[2].

وقد عرف بأنه عبارة عن:"الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية... إلخ"[3].

ويفضل الفقه الغالب عدم ذكر تعريف محدد للنظام العام، تاركاً المسألة لتقدير قاضي الموضوع، نظراً لمرونة فكرة النظام العام، وهذا ما سارت عليه أغلب التشريعات ومنها قانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي ينص في المادة (27) منه على أنه :"لايجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص18، 11، 10، 26، 25، 24، 23، 22، 21، 20، 19 إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة".

الجدير بالذكر أن المشرع الإماراتي استثنى مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج والطلاق والنفقة والوصية والميراث التي كانت مشمولة بهذه المادة قبل التعديل الذي جرى سنة 2020 ، وفقاً لاعتبار أن تلك المسائل ترتبط إلى حد كبير بالمعتقدات الدينية واختلاف أحكامها من ملة أو ديانة إلى أخرى، فقد كان النص قبل التعديل ينص على ما يلي:"لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة".

بالتالي لو تم إبرام زواج خارج الإمارات وفق قواعد تتعارض مع النظام العام الإماراتي، فلا يوجد مانع للقاضي الإماراتي من تطبيق أحكام قانون ذلك البلد على شروطه الموضوعية والشكلية وعلى آثاره أيضاً بشرط أن لا يكون أحد الزوجين مواطناً إماراتياً عند إبرام الزواج.

وكذلك الحال بالنسبة لانقضاء الزواج، إذ لو عرض نزاع أمام القضاء الإماراتي حول انقضاء رابطة زوجية وفقاً لقانون البلد الذي تم إبرام الزواج فيه سيطبق القاضي الإماراتي أحكام ذلك القانون حتى لو كانت أحكامه متعارضة مع النظام العام الإماراتي.

وخلاصة القول: لا يمكن القول هنا أن القاضي الإماراتي يطبق قانون متعارض مع النظام العام الإماراتي لأن النص المشار إليه أخرج تلك المسائل التي تمت في الخارج من النظام العام الإماراتي باستبعاد قواعد الإسناد المتعلقة

(1) د.عزالدين عبدالله، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص539.

(2) د.موحى أسيدي أعمر، المرجعية المؤطرة لمفهوم النظام العام في العلاقات الأسرية، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، عدد54، سنة 2020، ص34.

(3) د. نور حمد الحجايا، النظام العام القائم على فكرة الارتباط" في قضاء محكمة تمييز دبي بشأن مسائل الأحوال الشخصية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مجلد 44، العدد1، 2020، ص402.

بمسائل الأحوال الشخصية ومنها موضوع الزواج وانقضاؤه من فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين، نظراً لارتباطها كما بينا سابقاً بالمعتقدات الدينية والاجتماعية للمجتمعات المختلفة.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الميراث والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت

عدل المشرع الإماراتي قواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الميراث ومسائل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وعدل أيضاً في فكرة النظام العام بشأن هذه المسائل، مما استوجب التعرض لهذا الموضوع وفق التقسيم الآتي:-

المطلب الأول

مسائل الميراث

تعتبر مسألة الميراث من المسائل التي من الممكن أن يثور بشأنها تنازع القوانين، حيث أن الأموال التي يتركها المورث قد تكون مكونة من منقولات وعقارات، وقد تكون موزعة في عدد من الدول، وكذلك جنسية المورث وجنسية الورثة قد تكون مختلفة، فنتيجة لوجود هذا التزاحم كان لا بد من تحديد القانون الأكثر ملاءمة بين هذه القوانين، ليكون هو الواجب التطبيق في مسائل الميراث.

وبما أن مسألة الميراث تتعلق بأموال يتركها المتوفى، فقد تعتبر مسألة الميراث من مسائل الأموال، ولكن من الملاحظ أيضاً أن مضمون موضوع الميراث يرتبط بعلاقات عائلية، حيث أن انتقال الأموال بالميراث لا يكون إلا بين الأقارب، مما يدخله ضمن مواضيع الأحوال الشخصية، وعلى هذا الأساس اختلفت التشريعات المقارنة حول القانون الواجب التطبيق في مسائل الميراث بين القانون الشخصي وقانون موقع المال.

بالنسبة للتشريع الإماراتي، فمن الواضح اعتباره لمسألة الميراث مسألة تتعلق بالروابط العائلية أكثر من تعلقها بالأموال، ولذلك جاء نص المادة (17) فقرة (1) الذي ينص على أنه[1]:"مع عدم الإخلال بالفقرتين "3"،"4" من هذه المادة، يسري على الميراث قانون الدولة التي ينتمي إليها المورث وقت موته". وقد كان النص قبل تعديل سنة 2020 ينص على ما يلي:"يسري على الميراث قانون المورث وقت موته".

وهذا ما قضت به محكمة تمييز دبي[2] في القضية المتعلقة: بدعوى ميراث تركة متوفى كان يحمل الجنسية الهندية عند وفاته فطبقت القانون الهندي على النزاع مما يعني أن القانون الواجب التطبيق في مسائل الميراث هو قانون جنسية المورث "المتوفى" وقت موته، ونلاحظ أن النص جاء مطلقاً، بمعنى أنه يشمل المورث الوطني والأجنبي على حد سواء، ويشمل التركة التي تركها المورث، سواء كانت عقارات أم منقولات، وسواء كانت في الدولة أم في الخارج.

أما الأمور المقصودة في مسألة الميراث والتي تخضع لقانون جنسية المورث فهي:

1- تحقق الوفاة سواء كانت الوفاة حقيقية أم حكمية، كالمفقود والغائب عندما تقضي المحكمة المختصة بإعلان وفاته.

2- الأموال سواء كانت عقارات أم منقولات أم حقوق معنوية، تخضع إلى التركة والإرث أم كانت لا تخضع

(1) وقد كان النص قبل تعديل سنة 2020 ما يلي: "يسري على الميراث قانون المورث وقت موته".
(2) طعن رقم 90 لسنة 2006 أحوال شخصية، جلسة 13 فبراير 2007.

للإرث.

3- تحديد ورثة المتوفى ومدى قرابة كل منهم للمتوفى بالدم أو المصاهرة.

4- تحديد حصة كل وارث من الورثة في التركة.

5- تصحيح المسألة الإرثية، والحجب والرد وغيرها[1].

وقد صدر حكم في هذا الشأن عن محكمة تمييز دبي[2] فيما يتعلق بميراث شخص هندي الجنسية، حيث تمسكت زوجته بتطبيق قواعد الميراث في القانون الهندي، وحكم لها بذلك رغم أن المتوفي هندوسي وليس مسلماً، وذلك استناداً إلى نص المادة (17) فقرة (1) المشار إليها.

ولا يقيد هذا النص إلا ما ورد في المادة 22 من قانون المعاملات المدنية الذي ينص على أنه:"لا تسري أحكام المواد السابقة الا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في دولة الإمارات".

أما فيما يتعلق بالأموال المنقولة في التركة فإنها تخضع لقانون جنسية المتوفى وقت وفاته ولا تخضع للقانون الإماراتي في حالة كان المورث أجنبياً ولو كانت موجودة في الدولة.

أما حصة الوارث في التركة العقارية، إذا كانت أموال التركة العقارية واقعة خارج الدولة فلا يطبق قانون موقعها وإنما قانون جنسية المورث وقت وفاته.

وهناك بعض المسائل التي تخرج عن اختصاص قانون جنسية المورث، مثل القانون الذي يحكم سبب الميراث كالقرابة أو النسب، حيث يرجع فيها إلى قاعدة الإسناد المتعلقة بموضوعها، مثل صحة الزواج ترجع لقانون مكان إبرام الزواج وصحة النسب لقانون مكان إبرام الزواج أيضاً...الخ، وكذلك المسائل الخاصة بانتقال ملكية أموال التركة غير المنقولة وحيازتها والحقوق العينية الأخرى المتعلقة بها، فإنها تخضع لقانون موقع المال وفقاً لقاعدة الإسناد الواردة في المادة (18) من قانون المعاملات المدنية[3].

وكذلك بالنسبة للمسائل الخاصة بانتقال ملكية أموال التركة المنقولة، يسري عليها قانون الدولة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، وهو وقت الوفاة، وذلك وفقاً لقاعدة الإسناد.

وقد ذكر المشرع عبارة مع عدم الإخلال بالفقرتين 3 و4 من هذا المادة والمتعلقة بمسائل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من حيث الموضوع والشكل، إذ لا بد من الأخذ بعين الاعتبار وجود تصرف مضاف إلى ما بعد الموت قبل الشروع بمسائل التركة والميراث.

ويبقى لدينا موضوع التركة الشاغرة، أي التركة التي لا وارث لها، فقد نصت قوانين معظم الدول على أن التركة التي لا وارث لها تؤول إلى الدول التي توجد هذه الأموال على أرضها سواء كانت أموال منقولة أو غير منقولة.

---

(1) انظر: د. شكري الدربالي، الميراث في ظل تنازع القوانين، مجلة الفقه والقانون، العدد 57، 2017، ص 113 وما بعدها.

(2) طعن رقم (90) لسنة 2006، تاريخ الجلسة 13-2-2007.

(3) المادة 18 فقرة 1 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. تنص على أنه: "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار...".

وقد نص قانون المعاملات المدنية الإماراتي على ذلك في الفقرة (2) من المادة (17) حيث جاء فيها:"وتؤول إلى الدولة الحقوق المالية الموجودة على إقليمها والخاصة بالأجنبي الذي لا وارث له".

وهذا يعني أن موضوع التركة الشاغرة لا يدخل ضمن مسائل الميراث المنصوص عليها في الفقرة (1) من المادة (17) من قانون المعاملات المدنية إذا كانت أموال التركة موجودة في الإمارات، حيث أن القاضي الإماراتي لن يقبل بتطبيق حكم قانون جنسية المتوفى الذي يقضي بإعطاء التركة للدولة التي يتمتع بجنسيتها، أما لو عرض النزاع أمام القاضي الإماراتي حول تركة شخص لا وارث له، وكانت هذه الأموال موجودة خارج الدولة، فإن القاضي الإماراتي لا يقضي بملكية هذه الأموال للدولة التي توجد فيها، وإنما قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة هو الذي يحدد ملكية هذه الأموال.

أما فيما يتعلق بأثر النظام العام على مسائل الميراث فقد استبعدت المادة" 27" من قانون المعاملات المدنية المشار إليها سابقاً نص المادة "17" المتعلقة بالميراث، مما يفيد أنه لا يستبعد قانون جنسية المتوفى وقت موته أمام القضاء الإماراتي حتى لو كانت أحكامه مخالفة للنظام العام في القانون الإماراتي، مثلاً لو عرض على القاضي الإماراتي نزاع يتعلق بمسألة من مسائل الميراث وكان قانون جنسية المتوفي وقت موته يتعارض في أحكامه مع القانون الإماراتي فلا يمنع ذلك من تطبيق أحكامه من قبل القاضي الإماراتي، مما يفيد تقييد المشرع الإماراتي لنطاق النظام العام في مسائل الميراث.

المطلب الثاني

الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت

قد وضع المشرع الإماراتي قاعدتي إسناد فيما يتعلق بالوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، حيث حددت الأولى القانون الواجب التطبيق على شروط الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت الموضوعية، وحددت الثانية القانون المختص بشكل الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

الفرع الأول

الشروط الموضوعية

لقد نصت المادة (17) فقرة (3) من قانون المعاملات المدنية على أنه: "وتسري على الأحكام الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الدولة الذي تحدده الوصية أو التصرف، أو قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته من صدر منه وقت موته إذا لم تحدد الوصية أو التصرف قانوناً"، وقد كان النص قبل تعديل سنة 2020 ما يلي: "وتسري على الأحكام الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته من صدر منه التصرف وقت موته".

من الواضح أن المشرع الإماراتي أضاف ضابط إسناد آخر إلى جانب قانون جنسية المتصرف، ألا وهو قانون الإرادة ، طالما أن التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تعد تصرفات بإرادة منفردة، فقد جعل المشرع الإماراتي الأولوية في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى القانون الذي اختاره المتصرف وذكره في التصرف، وفي حال لم يحدد المتصرف قانوناً معيناً ، يكون القانون الواجب التطبيق قانون جنسته وقت موته.

وعليه يسري على الوصية قانون الدولة التي يتم تحديده من قبل الموصي أو القائم بالتصرف المضاف إلى ما بعد

الموت ، فهو الذي ينظم حرية الموصي في الإيصاء به عند وجود ورثة أو عند عدم وجودهم، وينظم أيضاً رضى الموصي أو من صدر عنه التصرف، والمحل، والسبب في الوصية[1].

هذا بالنسبة للمنقول، أما بالنسبة للعقار فيجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: وجود العقار في دولة الإمارات العربية المتحدة

ففي هذه الحالة يطبق القانون الإماراتي، إذ نص المشرع في المادة (17) فقرة (5) على ما يلي:"على أن يكون قانون دولة الإمارات العربية المتحدة هو الذي يسري في شأن الوصية الصادرة من أجنبي عن عقاراته الكائنة في الدولة".

وتجدر الإشارة إلى أن إمارة دبي تعرضت لاستثناءات على قواعد الإسناد بإصدارها تشريع خاص[2] ورد في المادة الرابعة منه ما يلي:"أ-باستثناء ما يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون، يطبق على التركات والوصايا لغير المسلمين القانون الذي تُشير إليه قواعد الإسناد المنصوص عليها في التشريعات السارية. ب- على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة، تطبق التشريعَات السارية في الإمارة في أي من الحالات التالية:

1- إذا كان الإرث أو الوصية يتعلّقان بعقار موجود فيها.
2- تحديد ما إذا كان المال عقاراً أو منقولاً.
3- إذا كان النص الوارد في القانون الأجنبي واجب التطبيق، مُخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة.
4- إذا اختار الموصي تطبيق قانون الدولة على الوصية.

ج- في حال تعدد جنسية الموصي، فإنه يعتد بجنسيته التي استند إليها عند تسجيل وصيته، وفي حال لم يُحدّدها، فإنه يعتد بجنسية الدولة التي يقيم فيها أو يتخذها مقراً لأعماله".

من خلال الاطلاع على النص السابق يتم التأكيد على تنبه المشرع الإماراتي وهنا في إمارة دبي بشكل خاص على ضرورة النص على استثناء يتعلق بالوصية المتعلقة بعقار في الإمارة وعدم خضوعه للقاعدة العامة في مجال تنازع القوانين في مسائل الوصية.

الحالة الثانية: وجود العقار خارج دولة الإمارات العربية المتحدة

من خلال قواعد الإسناد، فقد تشابهت التشريعات العربية بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت بصفة عامة، حيث أشارت إلى أن القانون الواجب التطبيق في موضوع الوصية، هو قانون جنسية الموصي وقت موته، في حين يطبق قانون جنسية الموصي وقت إنشاء التصرف أو قانون البلد الذي تم إنشاء التصرف فيه على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت[3] مع الأخذ بعين الاعتبار موقف المشرع الإماراتي الذي جعل الأولوية للقانون المحدد في الوصية ذاتها، وهو قانون الإرادة المنفردة.

لكن هناك مسألة خاصة لابد من الإشارة إليها بشأن الوصية المتعلقة بعقارات، إذ أن مفاد النصوص المشار

(1) انظر: د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 157
(2) قانون إدارة تركات غير المسلمين وتنفيذ وصاياهم في إمارة دبي رقم 15 لسنة 2017.
(3) المادة (17) فقرة (3، 4) معاملات مدنية اماراتي، المادة (18) فقرة (1، 2) مدني أردني، المادة (17) مدني مصري، المادة (23) مدني عراقي .

إليها، خضوع المسألة لقانون جنسية الموصي أو حتى القانون المحدد في الوصية ذاتها، فوفقاً لعمومية قواعد الإسناد في هذا الإطار قد يتجه البعض للقول بأنه في حال كانت الوصية متعلقة بعقار في الخارج، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الموصي أو قانون البلد الذي تم فيه إنشاء الوصية حسب ما إذا كان النزاع متعلق بموضوع الوصية أو شكلها، وهذا الحكم يؤدي إلى إشكاليات كثيرة خاصة في مجال التنفيذ العيني، حيث أن معظم الدول لا تقبل بتطبيق أحكام قوانين أجنبية على العقارات الموجودة في إقليمها، على اعتبار أن العقارات في الدولة لها مساس بسيادتها، ولم تتنبه أغلب التشريعات العربية إلى هذه المسألة، ولم تنص عليها في قواعد الإسناد، وإن تنبهت بعضها إلى هذا الموضوع ونصت عليه في قوانين أخرى[1]، إلا أنه من الأفضل أن يتم النص على ذلك ضمن قواعد الإسناد التي تتناول موضوع القانون الواجب التطبيق على الوصية.

أما فيما يتعلق بأثر النظام العام على مسائل الوصية فقد استبعدت أيضاً- كما هو في مسائل الميراث- المادة" 27 " من قانون المعاملات المدنية المشار إليها سابقاً الدفع بالنظام العام من نص المادة "17" المتعلقة بالوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مما يفيد أنه لا يستبعد قانون الدولة التي حددها التصرف المضاف إلى ما بعد الموت أو جنسية المتوفى وقت موته في حال لم يحدد في التصرف قانون معين أمام القضاء الإماراتي حتى لو كانت أحكامه مخالفة لأحكام القا نون الإماراتي، مثلاً لو عرض على القاضي الإماراتي نزاع يتعلق بوصية، ولم يحدد فيها قانون معين، وكان قانون جنسية الموصي وقت موته يتعارض في أحكامه مع القانون الإماراتي فلا يمنع ذلك من تطبيق أحكامه من قبل القاضي الإماراتي، مما يفيد تقييد المشرع الإماراتي لنطاق النظام العام في مسائل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

الفرع الثاني
الشروط الشكلية

نصت المادة (17) فقرة (4) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه:"ويسري على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الدولة الذي تحدده الوصية أو التصرف، أو قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته من صدر منه التصرف وقت صدوره أو قانون الدولة التي تم فيها التصرف". وقد كان النص قبل تعديل سنة 2020 ما يلي: "ويسري على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته من صدر منه التصرف وقت صدوره أو قانون الدولة التي تم فيها التصرف".

المقصود بالشكل: إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي، وتختلف التشريعات فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لصحة الوصية من حيث الشكل، فمنها ما لا يشترط شكلاً معيناً مثل القانون المصري والإماراتي[2].

ومنها ما يشترط التسجيل مثل القانون الأردني حيث جاء في المادة (1130) من القانون المدني:

---

(1) المشرع الأردني تنبه ايضاً إلى هذا الموضوع في قانون التركات في المادة (9) منه، انظر: غالب الداوودي، المرجع السابق، ص188، وكذلك المشرع المصري في المادة 9 من قانون الشهر العقاري، انظر: عزالدين عبدالله، المرجع السابق، ص369، إلا أنه كان من الأفضل النص عليه ضمن قواعد الإسناد أيضاً.

(2) انظر: د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 158. راجع المادة 246 من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي الإماراتي.

1- لا يحتج بالوصية إلا إذا سجلت في دائرة التسجيل.

2- ويرجع أثر التسجيل إلى تاريخ وفاة الموصي بالنسبة إلى الورثة وتاريخ التسجيل بالنسبة إلى الغير.

إذن من خلال قاعدة الإسناد الإماراتية يتضح أن القانون المختص في شكل الوصية، هو القانون الذي تحدده الوصية، وإذا لم تحدد قانون فيكون، قانون جنسية الموصي وقت إبرام التصرف، أو الوصية، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، ويلاحظ هنا أن المشرع الإماراتي قام بالتيسير على الأ شخاص، حيث يجوز للشخص إبرام وصيته وفقاً لقانون دولته أو وفقاً لقانون البلد الذي يقيم فيه، وفي الحالتين تكون الوصية صحيحة من حيث الشكل، بالإضافة إلى أنه يستطيع تحديد أي قانون يرغب باختصاصه على وصيته من حيث الشكل، كما هو من حيث الموضوع.

من الملاحظ هنا أن التعديل الذي أجراه المشرع الإماراتي على هذا النص يختلف عن التعديل الذي جرى على النص المتعلق بالوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت من حيث الموضوع، إذ كانت الأولوية في التطبيق لقانون الإرادة المنفردة، أما من حيث الشكل فقد أضاف المشرع ضابط الإرادة المنفردة دون أولوية، مما يفيد بتوسيع خيارات القاضي بين ثلاثة ضوابط دون ترتيب، وهي الإرادة المنفردة أو جنسية المتصرف وقت إنشاء التصرف أو مكان إنشاء التصرف.

المبحث الثالث

مدى إلزامية اللجوء إلى قواعد الإسناد الوطنية في الأحوال الشخصية

يبدو من الطبيعي أنه عندما يعرض على القاضي الوطني نزاعا مشوباً بعنصر أجنبي في مجال القانون الخاص أن يتجه القاضي مباشرة إلى قواعد الإسناد الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع، إلا أن هذا الأمر قد لا يتم من قبل القاضي الوطني بشكل دائم، على اعتبار أن القاضي غير ملزم باللجوء إلى قواعد الإسناد الوطنية في مجال الأحوال الشخصية، وإنما الأمر اختياريا بالنسبة له، أو أنه يمكن أن يلجأ إليها في حال طلب الخصم الأجنبي ذلك، مما يؤدي إلى القول أن قواعد الإسناد اختيارية وليست إلزامية.

يثور تساؤل عن سبب مثل هذا التوجه، مع أنه واضح من خلال الاطلاع على صيغة قواعد الإسناد أنها ذات طابع إلزامي، وأن الغالبية العظمى من الفقه[1] ترى إلزامية قواعد الإسناد ولا توجد إلا قلة قليلة تعتبر أن قواعد الإسناد غير ملزمة، فهل أن المشرع الإماراتي أخذ بوجهة نظر الرأي الضعيف في هذا الموضوع أم لا؟

سنناقش هذا الموضوع وفق أحكام القانون الإماراتي بعد تعديل المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي بمرسوم بقانون اتحادي رقم "29" لسنة 2020، ومن ثم نطلع على موقف القضاء الإماراتي من الموضوع – طبعاً قبل التعديل، حيث أن هذه الدراسة أعدت بعد صدور التعديل بوقت قصير– وذلك وفق التقسيم الآتي:

المطلب الأول

موقف التشريع الإماراتي

في الواقع أن ما أثار شبهة في موقف التشريع الإماراتي، هو نص قانوني ورد في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي مفاده "تسري أحكام هذا القانون على جميع مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة ما لم تكن لغير المسلمين منهم أحكام خاصة بطائفتهم وملتهم. كما تسري أحكامه على غير المواطنين ما لم يتمسك أحدهم بتطبيق قانونه".

إذ يتضح فعلا من هذا النص أن القاضي الإماراتي يستطيع أن يطبق ابتداء أحكام قانون الأحوال الشخصية على المسلمين من الأ جانب حصراً دون غير المسلمين كون غير المسلمين من المواطنين لا يخضعون لأحكام هذا القانون، فمن باب أولى عدم خضوع الأجانب من غير المسلمين لأحكامه، ولكن القاضي الإماراتي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي في حال تمسك الأجنبي بتطبيق قانونه في مسائل الأحوال الشخصية.

وهل هذا يعني أن موقف المشرع الإماراتي قد اتجه إلى الأخذ بعدم إلزامية قواعد الإسناد كما يرى البعض[2].

من الواضح أن المشرع الإماراتي من خلال إدراج هذا النص في قانون الأحوال الشخصية إنما أراد توفير حماية أكبر للأجنبي بتطبيق أحكام القانون الوطني عليه على اعتبار أنه مسلم، وبالتالي فإن أحكام القانون الإماراتي مستمدة من الفقه الإسلامي، وفي حال رأى الأجنبي أن من مصلحته تطبيق أحكام قانونه بدلاً من أحكام قانون الأحوال

(1) راجع د. أحمد الهواري، المرجع السابق، ص315
(2) د. أحمد الهواري، المرجع السابق، ص320

الشخصية الإماراتي، فقد أجاز له المشرع طلب ذلك.

ونعتقد أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال أن المشرع الإماراتي تبنى الاتجاه الذي يرى بعدم إلزامية قواعد الإسناد، فماذا لوكان النزاع غير متعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية كالالتزامات التعاقدية أو غير التعاقدية أو المسائل المالية أو التجارية، أو حتى في مجال الأحوال الشخصية لغير المسلمين، فلا يوجد نص يجيز للقاضي الإماراتي تطبيق أحكام القانون الوطني بدلاً من اللجوء إلى قواعد الإسناد، مما يدل وبشكل جازم على أن قواعد الإسناد الوطنية في الإمارات قواعد ملزمة، ويجب على القاضي اللجوء إليها عندما يعرض أمامه نزاع مشوب بعنصر أجنبي، وأن ما ورد في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية والمشار إليها سابقا إنما هو استثناء لا يمكن تعميمه على جميع قواعد الإسناد، فهو فقط محدود في حالة كان النزاع متعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية لأطراف من المسلمين الأجانب، هذا وقد تدارك المشرع الإماراتي في تعديله لقانون الأحوال الشخصية بالمرسوم بقانون اتحادي رقم "29" لسنة 2020 هذه المسألة، عندما نص في الفقرة "3" من المادة الأولى على ما يلي:" تسري أحكام هذا القانون على غير المواطنين، ما لم يتمسك أحدهم بتطبيق قانونه، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المواد 12،13،14،15،16،17،27،28 من قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم"5" لسنة 1985" وهي قواعد الإسناد الإماراتية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، مما يؤكد على إلزامية قواعد الإسناد في الإمارات بشكل أوضح.

وهذا يفيد أنه لا يمكن للأجنبي التمسك بقانونه إذا لم تشر قواعد الإسناد الإماراتية باختصاص قانونه، وبناء عليه فإننا لا نرى حاجة لعبارة "ما لم يتمسك أحدهم بتطبيق قانونه" إذ أن الكلمة الأولى والأخيرة في هذا المجال لما تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية.

الفرع الثاني

موقف القضاء الإماراتي

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الإماراتي، فقد صدرت العديد من الأحكام القضائية من المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي في هذا الموضوع، منها ما صدر عن المحكمة الاتحادية العليا[1] حكم مفاده:"قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام ذلك أن الأصل هو تطبيق قانون القاضي فيتعين على الخصوم أن يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي الذي تحدده قاعدة الإسناد، وعليهم في هذه الحالة أن يقدموا الدليل على تضمنه القاعدة القانونية المراد تطبيقها، لما كان ذلك وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بتطبيق القانون الهندي ولم يقدم الدليل عليه وإنما طلب وكيله من المحكمة في جلسة 93/5/4 "تطبيق حكم الله بتحقيق الشقاق بينهما (أي الخصمين وذلك) بتعيين حكمين" مما مفاده أنه ارتضى تطبيق حكم الشريعة الإسلامية في النزاع وإلا لما طلب تعيين حكمين ولطلب تطبيق أحكام القانون الهندي مما يجعل نعيه غير قائم على أساس، "وفي حكم آخر ورد في قرار المحكمة"[2] لما كان

(1) دولة الإمارات العربية المتحدة، المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام المدنية والتجارية، الطعن رقم 68 لسنة 15 قضائية ، بتاريخ 8 - 1 - 1994

(2) دولة الإمارات العربية المتحدة، المحكمة الاتحادية العليا، الأحكام الجزائية، الطعن رقم 41 لسنة 18 قضائية، بتاريخ 15-7 - 1996

فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا حول أثر تخلف إذن الولي على صحة عقد الزواج، فبينما يذهب فريق ومنهم المالكية إلى أن الزواج بدون إذن الولي باطل، ويترتب على تخلفه تعزير الزوجين وشهود العقد يذهب فريق آخر، ومنهم الحنفية إلى أن إذن الولي ليس شرطا لصحة الزواج. وكان المعتبر في الأخذ بمذهب معين دون آخر هو ما يقرره ولى الأمر بموجب قانون يصدره. أو أية أداة دستورية أخرى مناسبة، وكانت قواعد الإسناد المقررة في قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 والتي تحدد القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج من حيث الشروط الموضوعية لصحته، توجب الرجوع إلى قانون كل من الزوجين وقت انعقاد الزواج (المادة 1/12 من القانون المشار إليه)، وكان البادي من الأوراق أن الزوجين في العقد موضوع النزاع أجنبيان، إذ تحمل الزوجة (المطعون ضدها الأولى) الجنسية الباكستانية، وأما الزوج (المطعون ضده الثاني) فلا يحمل جنسية ما، لما كان كل ما تقدم فإن الرجوع في تحديد المذهب الواجب الإتباع بشأن الأثر المترتب على تخلف إذن الولي بالزواج يكون للقانون الباكستاني، وإذ صدر الحكم المطعون فيه ومن قبله الحكم المستأنف دون تحرى المذهب الواجب الأخذ به في نطاق الدعوى، فإنه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه وعلى أن يكون مع النقض الإحالة".

ومن أحكام محكمة تمييز دبي[1] "مبدأ 1: من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بشأن بيان القانون الأجنبي الواجب التطبيق في دعاوى الأجانب هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ويلتزم القاضي الوطني بأن يقوم –من تلقاء نفسه– ودون توقف على طلب الخصوم أو اتفاقهم بأعمال قاعدة الإسناد الواردة بالقانون الوطني، وبالبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق– متى كان للخصم الأجنبي قانون قائم وقت نشوء المركز القانوني المطلوب تطبيق قانونه عليه. مبدأ 2: كان يتعين على المحكمة أن تسعى للحصول على نسخة معتمدة بما ورد بنصوص هذا القانون بشأن حضانة الصغار وإذ هي لم تفعل فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

وفي حكم آخر لها قررت[2]: "مبدأ 1 نصوص المواد 1/13، 25، 28 من قانون المعاملات المدنية تدل مجتمعة على أن قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بشأن بيان القانون الأجنبي الواجب التطبيق في دعاوي الأجانب هي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ويلتزم القاضي الوطني بأن يقوم من تلقاء نفسه ودون توقف على طلب الخصوم أو اتفاقهم بأعمال قاعدة الإسناد الواردة في القانون الوطني وبالبحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي تعينه هذه القاعدة إذ يستمد منها صفة الإلزام وطبيعته القانونية أمام القاضي...".

وفي حكم آخر[3] قررت: "لا يجوز للمحكمة الالتجاء إلى القانون الوطني في هذه الحالة لمجرد أن المدعي الأجنبي طالب الحضانة لم يقدم قانونه الأجنبي الواجب التطبيق بل يتعين عليها التحقق من تعذر إثبات وجود هذا القانون أو

(1) الطعن رقم 9 لسنة 2003 قضائية بتاريخ 2003-04-19 مكتب فني 14 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 459 [تمييز الحكم والإحالة].

(2) الطعن رقم 55 لسنة 2004 قضائية بتاريخ 2005-06-26 مكتب فني 16 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 1363 [تمييز الحكم والإحالة]

(3) الطعن رقم 24 لسنة 2005 قضائية بتاريخ 2005-06-26 مكتب فني 16 رقم الجزء 1 رقم الصفحة 1390 [تمييز الحكم والإحالة]

تعذر تحديد مدلوله لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده برازيلي الجنسية حسبما هو ثابت بعقد الزواج المؤرخ 1992/4/28 وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتطبيق قانون دولة الإمارات العربية لمجرد أن القنصلية البرازيلية تقاعست في الرد على خطاب المحكمة بتزويدها بالقانون الواجب التطبيق دون أن تتحقق من تعذر إثبات وجود هذا القانون أو تعذر تحديد مدلوله، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون".

يتضح من خلال الأحكام السابقة عدم وجود موقف موحد لدى القضاء الإماراتي حول إلزامية قواعد الإسناد وتعلقها بالنظام العام من عدمه.

ومع التعديل المشار إليه في قانون الأحوال الشخصية، نعتقد أن الصورة أصبحت واضحة حول موقف التشريع الإم اراتي، وبناء عليه نتمنى أن يتوحد القضاء مستقبلاً في إصدار أحكامه بشكل مرتبط بإلزامية لجوء القاضي إلى أعمال قواعد الإسناد .

الخاتمة

تتضمن الخاتمة أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها الدراسة على النحو الآتي:

أولا: النتائج:

1- حتى وإن عدل المشرع الإماراتي عن فكرة تطبيق قانون الجنسية على شروط الزواج الموضوعية كقاعدة عامة، إلا أنه أبقى عليها في حالة كون أحد الزوجين مواطن إماراتي وقت إبرام الزواج.

2- أدى التعديل الذي أجراه المشرع على قاعدة الشروط الموضوعية إلى توحيد القانون الذي يطبق على شروط الزواج سواء كانت موضوعية أم شكلية.

3- خضوع آثار الزواج الشخصية والمالية إلى قانون مكان إبرام الزواج، على اعتبار أنه في الغالب ما يكون الزوجين مستقرين في تلك الدولة أو على الأقل الزوج يكون مستقراً فيها وتعيش الزوجة معه في نفس تلك الدولة.

4- قيد المشرع الإماراتي من تطبيق فكرة النظام في المسائل التي تمت في الخارج باستبعاد قواعد الإسناد المتعلقة بالأحوال الشخصية ومنها موضوع الزواج وانقضاؤه ومسائل الميراث والوصية من فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين، نظراً لارتباطها بالمعتقدات الدينية والاجتماعية للمجتمعات المختلفة.

5- أضاف المشرع الإماراتي في موضوع الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ضابط إسناد آخر إلى جانب قانون جنسية المتصرف، ألا وهو قانون الإرادة ، طالما أن التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تعد تصرفات بإرادة منفردة، فقد جعل المشرع الإماراتي الأولوية في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى القانون الذي اختاره المتصرف وذكره في التصرف، وفي حال لم يحدد المتصرف قانوناً معيناً ، يكون القانون الواجب التطبيق قانون جنسته وقت موته.

6- من حيث شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فقد أضاف المشرع ضابط الإرادة المنفردة دون أولوية، مما يفيد بتوسيع خيارات القاضي بين ثلاثة ضوابط دون ترتيب، وهي الإرادة المنفردة أو جنسية المتصرف وقت إنشاء التصرف أو مكان إنشاء التصرف.

7- تدارك المشرع الإماراتي في تعديله لقانون الأحوال الشخصية بالمرسوم بقانون اتحادي رقم "29" لسنة 2020 مسألة إلزامية اللجوء إلى قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية، عندما نص في الفقرة "3" من المادة الأولى على ما يلي: " تسري أحكام هذا القانون على غير المواطنين، ما لم يتمسك أحدهم بتطبيق قانونه، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام المواد 12،13،14،15،16،17،27،28 من قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم"5" لسنة 1985" وهي قواعد الإسناد الإماراتية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، مما يؤكد على إلزامية قواعد الإسناد في الإمارات بشكل أوضح.

وهذا يفيد أنه لا يمكن للأجنبي التمسك بقانونه إذا لم تشر قواعد الإسناد الإماراتية باختصاص قانونه. وبناء عليه فإننا لا نرى حاجة لعبارة "ما لم يتمسك أحدهم بتطبيق قانونه" إذ أن الكلمة الأولى والأخيرة في هذا المجال لما تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية.

ثانياً: التوصيات:

1- كان يتعين على المشرع إلغاء الخيار الثاني بخصوص شروط الزواج الشكلية في المادة 12فقرة2 والمتعلق بقانون جنسية كل من الزوجين، لما قد يثيره من صعوبات في التطبيق فيما لو كان الزوجين مختلفي الجنسية مما سيؤدي

إلى تشديد يتنافى مع الحكمة من جعل القاضي بالخيار في مجال الشكل تسهيلاً على الأطراف، مما سيؤدي بالنتيجة إلى إهمال هذا الخيار من قبل القضاة.

2- نوصي المشرع الإماراتي في موضوع الطلاق والتطليق والانفصال، أن يورد الاستثناء الخاص في حالة ما إذا كان أحد الزوجين مواطناً إلى تطبيق قانون جنسية الطرف الإماراتي وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى في حالة التطليق والانفصال، لأنه إذا غير أحد الزوجين جنسيته بعد انعقاد الزواج وقبل الطلاق أو رفع الدعوى فإن تطبيق الجنسية القديمة يعتبر غير منطقي.

3- توصية المشرع الإماراتي بالنص ضمن قواعد الإسناد على موضوع القانون الواجب التطبيق على الوصية المتعلقة بعقار في الخارج، على أن يكون القانون المختص قانون موقع العقار لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى إشكاليات كثيرة خاصة في مجال التنفيذ العيني.

4- بعد التأكيد على إلزامية قواعد الإسناد في الإمارات من خلال تعديل المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي، مما يفيد أنه لا يمكن للأجنبي التمسك بقانونه إذا لم تشر قواعد الإسناد الإماراتية باختصاص قانونه. وبناء عليه فإننا لا نرى حاجة لعبارة " ما لم يتمسك أحدهم بتطبيق قانونه" ونوصي المشرع بحذفها، إذ أن الكلمة الأولى والأخيرة في هذا المجال لما تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية.

المراجع

1-د. أحمد عبدالكريم سلامة، المختصر في قانون العلاقات الدولية الخاصة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر

2-د. أحمد مُحَّد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، مكتبة الجامعة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثالثة، 2012

3-د. أحمد الفضلي، القانون الواجب التطبيق على الزواج وآثاره، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الموصل، العراق، الموصل، 1999

4-د. جورج حزبون، ود. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، ط1، مكتبة حماد للطباعة والنشر، إربد – الأردن، 1994

5-د. جعفر الفضلي، انقضاء الزواج في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول، السنة الثانية عشرة، 1988

6-د. حسام الدين فتحي ناصف من مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، ط1ن القاهرة، 1994

7-د. حسن الهداوي، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1997

8-د. شكري الدربالي، الميراث في ظل تنازع القوانين، مجلة الفقه والقانون، العدد 57، 2017

9-د. رؤوف نجار، الزواج المسيحي في التشريع الكاثوليكي الجديد للكنيسة اللاتينية، عمان، 1986

10-د. عبدالواحد كرم، الأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص الأردني، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1998

11-د. عزالدين عبدالله، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986

12-د. غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول في تنازع القوانين، ط1، المكتبة الوطنية، 1996

13-د. مُحَّد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص: دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان، الأردن، 2009

14-د. موحى أسيدي أعمر، المرجعية المؤطرة لمفهوم النظام العام في العلاقات الأسرية، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، المغرب، عدد54، سنة 2020

15-د. نور حمد الحجايا، النظام العام القائم على فكرة الارتباط"في قضاء محكمة تمييز دبي بشأن مسائل الأحوال الشخصية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، مجلد 44، العدد1، 2020

16-د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007

17-د. هشام علي صادق، وحفيظة الحداد، القانون الدولي الخاص، الإسكندرية، 2001

18- Batiffol & Lagarde .Traite de droit. Internatioonal drive. III

■ التشريعات وأحكام القضاء

1- قانون إدارة تركات غير المسلمين وتنفيذ وصاياهم في إمارة دبي رقم 15 لسنة 2017

2- قانون المعاملات المدنية الاتحادي الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 والتعديل الصادر بمرسوم بقانون اتحادي رقم 30 لسنة 2020

3- قانون الأحوال الشخصية الاتحادي الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 والتعديل الصادر بقانون اتحادي رقم 29 لسنة 2020

4- قرارات وأحكام المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي.

ملخص

تعد مسائل الأحوال الشخصية من أهم المسائل التي تدق مشكلة تنازع القوانين وأكثرها انتشاراً نظراً لتشعب العلاقات بين الأفراد على المستوى الدولي في مجالات الزواج والطلاق، إضافة إلى مسائل الميراث والوصايا، مما سيؤدي بالضرورة إلى الحاجة لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال حدوث نزاعات بين الأطراف في تلك المجالات، نظراً لوجود العنصر الأجنبي.

مما لا شك فيه أن معظم التشريعات المقارنة تناولت تلك الموضوعات بقدر كبير من الاهتمام وعالجتها مبينة القانون الواجب التطبيق في حال حدوث نزاعات، ومن هذه التشريعات، التشريع الإماراتي الذي تناولته هذه الدراسة، خاصة بعدما قام المشرع الإماراتي بإحداث موقف جديد في تحديد القانون الواجب التطبيق في مجالات الأحوال الشخصية وبشكل خاص في مسائل الزواج والطلاق والميراث والوصية، إذ قام بتعديل قواعد الإسناد المتعلقة بتلك المسائل مغيراً اتجاهه من معيار أن القانون الواجب التطبيق كقاعدة عامة في مسائل الأحوال الشخصية هو القانون الشخصي للفرد متمثلاً بقانون الجنسية، إلى اعتماد معيار أو ضابط مكان الإبرام، وكذلك الحال اعتماد مبدأ الإرادة المنفردة كأولوية بدلاً عن قانون الجنسية في مجال الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

وأخيراً تتناول الدراسة توجه المشرع الإماراتي الحديث في وضع إلزامية على لجوء القاضي الوطني إلى قواعد الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية بعدما كانت اختيارية.

پوختەی تویژینەوە

بابەتەکانی باری کەسی طرنطترین و بەربلاوترین بابەتن کة کێشەی کێرکێی یاساکانی لێ دەکەوێتەوة, ئەمەش دەطەڕێتەوة بۆ زیادبوونی ژمێوەندی کەسەکان لەسەر ئاستی نێودەوڵەتی لة بوارەکانی هاوسەرطیری و دەست بەرداربوون, سەرهەڵدای بابەتەکانی میرات و وەسیەت, ئەمەش هۆکارة بۆ طرنطی دیاریکردنی ئەو یاسایەي کة ژمارەیەکی جێبەجێ بکرێت لة کاتی دروست بوونی ناکۆکی یاسایی لة نێوان لایەنەکان لەو بوارەدا, بة هۆی بوونی رایەڵەی بێطانة.

طومانی تێدا نیة کة زۆربەی یاساکان باسی ئەو بابەتانەیان کردوة بة رادەیەکی زۆر لة طرنطی ژمارەیان و ضارەسەریان کردوة بة دیاري کردنی ئەو یاسایەی کة ژمارەیەکی زۆر بکرێت لة کاتی دروست بوونی ناکۆکی یاسایی، یەکێك لەو یاسایانة, یاسای ئیمارِاتیة کة لەو تویژینەوەیەدا باسی دەکەین, بة تایبەتی دوای ئەوەی یاسا دانەری ئیمارِاتی هەڵوێستێکی نوێی داهێنا بۆ دیاري کردنی ئەو یاسایەی کة ژمارەیەکی زۆر بکرێت لة بوارەکانی باری کەسیدا وة بة تایبەتی لة بابەتەکانی هاوسەرطیری و دەست بەرداربوون و میرات و وەسیەت, هەموارى ریَساکانی دیاري کردنی یاسای ژمێوەندیدار بەو بابەتانەی کردوة و تێڕوانینی طۆڕی لەوەی کة ژمارەی دیاری کردنی یاسای ژمارەیەکی زۆر بکرێت بۆ جێبەجێ کردن لة بابەتەکانی باری کەسی بریتی بوو لة یاسای کەسیی تاك کة یاسای رەطەزنامەکەیەتی, بۆ ژمارەی شوێنی بەستنی طرێبەست, وة هەروەها ژمارەی بەستن بة ژمارەسیژی ویستی تاك لایەنة وەکو بذاردەی یەکەم لة بڕی یاسای رەطەزنامة لة بابەتی وەسیەت و هەموو ئەو هەڵسوکەوتانەی کة ئاسەوارەکانیان دواخراون بۆ دوای مردن.

لة کۆتایي توێژینەوة باسی تێڕوانینی هاوضەرخی یاسادانەری ئیمارِاتی دەکەین کة زۆری لة دادوەری نیشتمانی کرد کار بکات بة ریَساکانی دیاریکردنی یاسا لة بابەتەکانی باری کەسی کەژمارەیەکی زۆر ئارەزوومەندانة بوو.

Abstract

Personal status issues are among the most important issues surrounding the conflict of laws problem and the most widespread due to the complexity of relations between individuals at the international level in the areas of marriage and divorce, in addition to issues of inheritance and wills, which will necessarily lead to the need to determine the applicable law in the event of disputes between the parties in these Domains, due to the presence of the foreign component.

There is no doubt that most of the comparative legislations dealt with these issues with a great deal of attention and dealt with them, indicating the applicable law in the event of disputes, and among these legislations, the UAE legislation that this study dealt with, especially after the UAE legislator created a new position in determining the applicable law in Areas of personal status, particularly in matters of marriage, divorce, inheritance and wills, As he amended the rules of attribution related to those matters, changing its direction from the criterion that the law applicable as a general rule in matters of personal status is the personal law of the individual represented by the nationality law, to the adoption of a standard or control of the place of conclusion. The area of the will and all other actions added after death.

Finally, the study deals with the modern Emirati legislator's approach to a mandatory status on the national judge's resort to attribution rules in personal status matters, after they were optional.

النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة وتطورها في فرنسا (دراسة تحليلية)

سيستةمى ياسايى دةسةلآتة كارطيَرِية سةربةخوَكان و طةشة كردنيان لة فةرِةنسا

the legal system of independent administrative authorities in France and their development

(An analytical study)

الدكتور علي يونس إسماعيل

أستاذ القانون الإداري المساعد.

كلية القانون والعلوم السياسية– جامعة دهوك –كوردستان – العراق

,Dr. Ali Younus Ismael

,Assistant professor

,College of law and political science

University of Duhok – Kurdistan of Iraq

النظام القانوني للسلطات الإدارية المستقلة وتطوّرها في فرنسا

(دراسة تحليلية)

الدكتور علي يونس إسماعيل.
أستاذ القانون الإداري المساعد
كلية القانون والعلوم السياسية– جامعة دهوك –كوردستان – العراق

الكلمات المفتاحية:
الدستور الفرنسي، السلطات المستقلة، المجلس الدستوري، مجلس الدولة، حقوق الإنسان، الرقابة القضائية.

ژمێریَن لیَکدَر :
دەستوریَ فەرەنسا، دەستهەلاتیَن سەربەخۆ، ئەنجومەنیَ دەستوری، ئەنجومەنیَ دەولەتا فەرەنسي، مافیَن مروڤ.

Key words: The French constitution, independent authorities, the constitutional council, the state council, human rights, judicial control.

المقدمة:

إن الهيئات الإدارية المستقلة في مجال الإدارة العامة، و جدت، ومنحت استقلالية معينة منذ زمن طويل، فقد كتب الفقيه (Maurice Hauriou) عام 1896م بأن "لجان الفحوص والمنافسة ليست سوى هيئات إدارية،.. إذ أن نوعية اللجنة وعملها على الأقل يمكن أن تمنحها صفة الاستقلالية، فتكون سلطات إدارية ممنوحة نوعاً من الاستقلالية، ولها من الاختصاص لاتخاذ القرار"، إلا أنها لم تمتلك الشخصية المعنوية[(1)]. وعلاوة على هذه النوعية من اللّجان، ظهرت بعض اللجان الأخرى وحملت مثل هذه الصفة، كاللجان الإدارية الخاصة بتوحيد الأراضي، وكذلك في مجال قانون الوظيفة العامة، واللجان الإدارية المشتركة. إلا أنها لم تلق الاهتمام الكافي، وبقيت في نطاق ضيق حتى منتصف عقد السبعيات من القرن الماضي.

وفي الواقع، فإن ظهور الهيئات المستقلة يتوافق مع التطورات المختلفة التي رافقت تطور الإدارة العامة وتنوع أساليب عملها، لا سيما في المجال الاقتصادي ومشاركة القطاع الخاص، علاوة على الثورة التي شهدتها الدول في مجال حقوق الإنسان، فلم يعد الأمر متعلقاً بالاعترافٍ بمقدار هامش الاستقلالية الممنوحة للهيأة الإدارية، وإنما بضمان تدخل إداري من نوع جديد في مجال محدد، اعتماداً على سلطة معترف بها، يكون الاستقلال عنصر من عناصره.

وفي ضوء المتطلبات الدستورية والتي أولها تبعية الإدارة للحكومة، وكونها مو وظائفها، فإن صيغة الاستقلالية لا

(1) Bernard STIRN, les Sources Constitutionnelle du Droit administratif, 7e édition, L.G.D.J, lextenso éditions, Paris, 2011, P.177.

تخلو من إثارة بعض التساؤلات، وأهمها متى وكيف تطورت الهيئات الإدارية المستقلة، والإطار الدستوري لتدخلها، هذا التطور الذي بدأ وازدهر بشكل تدريجي.

أهمية الدراسة: باتت السلطات الإدارية المستقلة من أهم أجهزة والدولة التي تمارس صلاحيات واختصاصات متعددة، بشكل أصبحت وكأنها نوع ثالث من السلطات الإدارية العامة في الدولة إلى جانب السلطات المركزية والسلطات اللامركزية. وأضحت دراستها وبيان الأساس القانوني لوجودها وتنوع اختصاصاتها، وخضوع قراراتها للرقابة من أهم المواضيع التي تفرض نفسها في الوقت الحاضر.

إشكالية الدراسة: نظراً لحداثة هذه السلطات المستقلة والتي بدأت تتزايد في عددها وتتسع في اختصاصاتها منذ العقد الأول من القرن الحالي، فإن أساسها القانوني ومدى استقلاليتها وخضوعها للرقابة من أهم الإشكاليات القانونية في أغلب النظم القانونية.

نطاق الدراسة: تعد فرنسا من الدول التي شهدت طفرة كبيرة في مجال استحداث السلطات الإدارية المستقلة، وعملت على تطوير النظام القانوني لهذه السلطات، لذلك ستقتصر دراستنا على التنظيم القانوني لهذه السلطات في فرنسا كونها من النماذج التي تصلح للاقتداء بها واتخاذها إنموذجاً في وضع الحلول للمشاكل القانونية التي تواجه عمل هذه السلطات في الدول العربية.

منهجية الدراسة: جرى تناول الموضع من خلال تحليل النصوص القانونية التي تتصل بنشأة وتنظيم السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، والتي وردت في التشريعات الدستورية والعادية والفرعية هناك، بالإضافة إلى الاستناد إلى أحكام وقرارات المجلس الدستوري ومجلس الدولة الفرنسيين في هذا الخصوص.

صعوبات الدراسة: من أهم الصعوبات التي واجهت البحث في كتابة هذه الدراسة هي ندرة المصادر الفقهية التي تناولت الموضوع، ولا سيما المصادر العربية منها، الأمر الذي اضطر معه اللجوء إلى الاستعانة بالتشريعات الفرنسية المتوفرة على شبكة الإنترنت.

خطة الدراسة وهيكلتها: للوقوف بشكل مفصل على الوضع القانوني والدستوري للسلطات المستقلة في فرنسا ارتأينا تقسيم الدراسة إلى مبحثين، يضم كل مبحث مطالب ثلاثة، وعلى الشكل المبين أدناه:

المبحث الأول– تصنيف الهيئات الإدارية المستقلة وتطورها.

المبحث الثاني – المركز القانوني للسلطات الإدارية المستقلة.

المبحث الأول
تصنيف الهيئات الإدارية المستقلة وتطورها

مارست الهيئات الإدارية المستقلة تدخلها بصورة عملية في مجالين مهمين من الأنشطة، فبعضها مسؤول عن تنظيم قطاع من الأنشطة الإدارية، ويمكن تسميتها بالهيئات الإدارية المستقلة المنظمة، والأخرى تساهم في حماية الحقوق الأساسية للأفراد[1] . وبهذا يمكن أن يعتمد أساساً لتصنيفها، أي أن النشاط الإداري الذي تقوم به هو معياراً للتصنيف، وسنحاول هنا بيان تطورها في في مطلبين نخصص كل واحد منهما لنوع من أنواع هذه الهيئات، أما المطلب الثالث فسنخصصه لموقف التعديل الدستوري لسنة 2008 من هذه السلطات:

المطلب الأول
الهيئات الإدارية المستقلة المنظمة

الدور المنظم أو التنظيمي للهيئات الإدارية المستقلة يظهر فيما يتصل بموضوع اقتصاد السوق بشكل عام، كما ويظهر في مجال الاتصالات سواء الاتصالات السمعية والمرئية أم الاتصالات السلكية واللاسلكية. وسنخصص لذلك فرعين منفصلين:

الفرع الأول
المجال الاقتصادي

خطت فرنسا الخطوة الأولى في إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة المنظمة في مجال الاقتصاد عام 1941، إذ أنشأت لجنة الرقابة على البنوك (la commission de contrôle des banques) حسب القانون الصادر في (13) حزيران، لتمثل باكورة هذا النوع من الهيئات[2]. وفي عام 1984 لقيت اللجنة المصرفية (la commission bancaire) نجاحاً في ضمان التزام مؤسسات الائتمان التجارية بالقواعد المهنية للعمل، متسلحة في عملها بصلاحيات انضباطية[3]. أما فيما يتصل بموضوع التأمين فقد أنشأت عام 1989 لجنة التأمينات (la commission des assurances) وبالأسلوب نفسه بشأن سابقاتها، وأصبحت عام 2003 سلطة للرقابة على التأمينات والتأمين المتبادل(l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles)، وذات صلاحيات واسعة مستمدة من القانون الصادر في الأول من آب من تلك السنة المتصل بالأمن المالي[4].

وفي عام 2010 جرى دمج جميع الهيئات الرقابية السابقة التي شملت قطاع البنوك والتأمينات ضمن سلطة إدارية واحدة تسمى حالياً بسلطة الرقابة الوقائية (التحوطية)، وتسمى بالفرنسية (l'Autorité de contrôle prudentiel)، ويترأسها بمجموعها محافظ بنك فرنسا (le gouverneur de Banque de France)، كما ومنحت صلاحيات في فرض الجزاءات، ولتعمل على ضمان تحقيق الاستقرار المالي وحماية عملاء البنوك وحاملي

(1) Martine LOMBARD et Gilles DUMONT, Driot administratif, édition8, Hyper Cours Dalloz, Paris, 2009. P. 135.
(2) Henri FOURNIER, La Commission de Contrôle des Banques [article], Revue économique, Année 1951 2-5 pp. 591-599.
(3) Katia LOBRE-LEBRATY Groupes bancaires coopératifs français : quel contrôle ? Recherches en Sciences de Gestion, 2014/2 (N° 101), p. 121 à 144.
(4) ينظر المواد (29،31,46) من القانون المرقم (2003-706) الصادر في الاول من تموز 2003 بخصوص الامن المالي.

سندات التأمين والمستفيدين من عقود التأمين[1]. وكما هو شأن مثيلاتها في دول أخرى من الاتحاد الأوربي، فإن هذه السلطة الإدارية الأخيرة والمستحدثة تتداخل ضمن شبكة تدار بواسطة السلطة المصرفية الأوربية والسلطة الأوربية للتأمينات.

وجدير بالذكر أن هيكلية الاتحاد الأوربي قد أدى إلى تطور كبير في النظام القانوني للبنك الفرنسي، لتصبح شخصية معنوية عامة ذات طبيعة خاصة، ففي خطوة لاحقة على المصادقة على معاهدة ماسترخت (traité de Maastricht) منح هذا البنك حالة جديدة حسب القانون الصادر في (4 آب 1993)، ومن ثم القانون الصادر في (20شباط 2007) الذي استبدل مجلس السياسة النقدية بلجنة مصغرة للسياسة النقدية ضمن المجلس العام للبنك الفرنسي[2]. ويمكن تحديد مهام هذه اللجنة من خلال تطبيق المادة (2-88) من الدستور الفرنسي حسب التعديل (25 حزيران 1992)، إذ جرى تقليص هذه الصلاحيات من خلال نقلها إلى البنك المركزي الأوربي الذي بات مسؤولاً عن تثبيت سعر الصرف وتحديد السياسة النقدية. إن هذه الإصلاحات هي جزء من العملية التي سعت إلى تحرير الهياكل الاقتصادية وتأكيد دور السلطات المنظمة للسوق وزيادتها في إطار الاتحاد الاوربي، إذ أن استقلالية السلطات المنظمة –كما ثبت عليه قضاء محكمة العدل الاوربية– هي بحد ذاتها من متطلبات القانون الأوربي[3].

أما في مجال الكهرباء، ونتيجة للانفتاح الاقتصادي على سوق المنافسة في قطاع الكهرباء وخصخصته، ظهرت ضرورة إنشاء هيئات مستقلة لهذا الغرض، إذ أُنشأت في بداية الأمر لجنة تنظيم الكهرباء وفقاً للقانون الصادر في 10 شباط عام 2000، ولتصبح فيما بعد وبسبب فتح سوق الغاز على المنافسة لجنة تنظيم الطاقة (CRE)، وتتمحور وظائفها في تنظيم شبكات الكهرباء والغاز، وضمان تشغيل وتوسيع هذه الشبكات، وضمان استقلالية مشغليها، وتحديد الأسعار[4]. كما وأنشئ الوسيط الوطني للطاقة (Le médiateur national de l'énergie) حسب قانون القانون المرقم (1537-2006) والصادر في 7 كانون الأول 2006 ، ويصنف سلطة عامة مستقلة لها شخصية معنوية، يعمل على حل النزاع ودياً مع الشركات العاملة في مجال الطاقة، علاوة على إعلام مستهلكي الطاقة العاديين بحقوقهم[5]. ولم يختلف الأمر في مجال المنافسة في قطاع القطارات وسكك الحديد، إذ أنشأ القانون الصادر بتاريخ 8 كانون الأول 2009 لجنة تنظيم أعمال السكك الحديدية (ARAF)، واكد على كونها سلطة عامة مستقلة ذات شخصية معنوية عامة، وتتشكل من سبعة أعضاء يعينون لمدة ست سنوات، وتمتلك صلاحيات في التحقيق وفرض

(1) Didier ISRAËL, L'indépendance de l'Autorité de contrôle prudentiel, Revue française d'administration publique 2012/3 (n° 143), p. 759 à 767

(2) Pierre TIFINE,' La Banque de France, personne publique sui generis, (Commentaire sous le jugement TC 16 juin 1997 Epoux Muet Société la Fontaine de Mars e a c/ Banque de France n°03054),Revue générale du droit on line, 2008, numéro 1630 p.1630.

(3) حكم محكمة العدل الاوربية في 2009/12/3 في قضية (commission c/Allemagne)، متوفر على الموقع الإلكتروني:
http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73876&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=110495.
تاريخ الزيارة 2019/3/7، كذلك ينظر حكم المحكمة في 6 /2010/10 في قضية (commission c/royaume de belgique)، متوفر على الموقع الإلكتروني: http://eur-lex.europa.eu/legal content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0222. تاريخ الزيارة 12\3\2019

(4) المواد (28-41) من قانون تحديث وتطوير المرفق العام للكهرباء المرقم (2000-108) الصادر في 10 شباط 2000. المعدل ، والمادة (6) من الامر المرقم (2011-504) الصادر في 9 أيار 2011.

(5) المادة (7) من القانون المرقم (2006-1537) الصادر في 7 كانون الثاني 2006 بشأن قطاع الطاقة.

العقوبات، كما ويجب أخذ مشورتها في جميع النصوص التنظيمية ذات الصلة بالنقل عبر سكك الحديد، وأسعار الرسوم المفروضة على المسافرين والبضائع[1].

وعلاوة على هذه الأجهزة المسؤولة عن الرقابة على قطاعات معينة من الأنشطة الاقتصادية، يمكن إضافة سلطتين عامتين أخريين تتمتعان بمهام موسعة ولهما دور أساسي في وضع الخطط الأولية في مجال تنظيم الحياة الاقتصادية والسوق، وهما سلطة المنافسة (l'autorité de la concurrence)، وسلطة الأسواق المالية (l'autorité des marchés financiers).

ففي مسألة المنافسة أدت الإصلاحات المتعاقبة إلى زيادة في دور سلطة التنظيم، وقد بدأت هذه الإصلاحات بتطوير اللجنة المصغرة للاتفاقات التي أنشأت عام 1953، والتي جرى تطويرها في عام 1977 إلى لجنة سميت بلجنة المنافسة، ولم يدم الأمر طويلاً حتى جرى استبدالها بمجلس المنافسة الذي تشكل بموجب الأمر الصادر في الأول من كانون الأول عام1986، وقد استمرت هذه الحركة الإصلاحية باستبدال هذه المجلس الأخير بسلطة المنافسة (l'Autorité de la concurrence) وذلك وفقاً لقانون تحديث الاقتصاد المرقم (776-2008) الذي صدر في 4 آب 2008، وقد أعطى هذا القانون مهام واسعة لهذه السلطة المستحدثة، والتي عرفت كسلطة إدارية مستقلة، مسؤولة عن ضمان الممارسة الحرة للمنافسة والحفاظ على النظام العام الاقتصادي، وجلب المستثمرين للدخول في العملية التنافسية في السوق وعلى المستوى الأوربي والعالمي[2].

وبالانتقال إلى السلطة الثانية وهي سلطة الأسواق المالية (l'autorité des marchés financiers)، فقد أنشأت عام 2003، بالقانون الصادر في الأول من آب في ذلك العام، وذلك بدمج هيئتين سابقتين، وهما لجنة عمليات البورصة، وهي اللجنة التي كانت قد تأسست حسب الأمر الصادر في 28 أيلول عام 1967، ومجلس الأسواق المالية الذي جاء به القانون الصادر في 2 تموز 1996. وهذه السلطة التي تتمتع بالشخصية المعنوية، صنفت حسب القانون الذي صدر وفقاً لها بأنها سلطة عامة مستقلة، ذات شخصية معنوية عامة، لتمثل باكورة السلطات العامة في فرنسا المتمتعة بالشخصية المعنوية. وهذه السلطة منحت اختصاصات كبيرة لحماية الادخار وتنظيم الأسواق المالية. ويمارس أعضاء هذه السلطة الستة عشر صلاحياتها في الرقابة والتنظيم، أما مهامها التأديبية فتقع في إطار لجنة العقوبات التي يمكن أن تفرض عقوبات شديدة على الشركات المالية أو على مدراء تلك الشركات[3].

الفرع الثاني
في مجال الاتصالات

أدى التطور التكنلوجي إلى طفرة كبيرة في مجال الاتصالات، الأمر الذي اضطرت معه الكثير من دول العالم إلى

---

(1) المواد (11-31) من القانون المرقم (2009-1503) الصادر بتاريخ 8كانون الاول 2009 بشأن تنظيم النقل بالسكك الحديدية.

(2) تمارس هذه السلطة مهامها من خلال (17) عضواً، برئاسة عضو يتم تعيينه بمرسوم يصدر من رئيس الجمهورية بعد التشاور مع لجنة برلمانية مختصة، ومن مهام السلطة تقديم الرأي وإجراء التحقيقات، وفرض العقوبات، كما يمكنها إصدار أوامر للشركات ومهام أخرى، وتقوم بتقديم تقرير عام سنوي إلى كل من الحكومة والبرلمان. انظر المادة (97) من القانون المذكور في أعلاه، والمواد (L.464-9 – L.461-1) من التقنين التجاري (Code de commerce).

(3) Olivier DOUVRELEUR,L'indépendance de l'autorité des marchés financiers, Revue française d'administration publique, 2012/3 (n°143), p747 – 758.

خصخصة هذا القطاع، ونتيجة لذلك كان لا بد من إنشاء السلطات المستقلة لتنظيم عمل مشغلي الخدمة وتوفير نوع من الرقابة على عملها. ومن المعروف أن وسائل التواصل يمكن تقسيمها إلى نوعين، السمعي والبصري: ونقصد به الصحافة والإذاعة والتلفزيون، علاوة على السلكي واللاسلكي: ويشمل شبكات المحمول والإنترنت، وسنتناولها في أدناه:

أولا– السمعية والبصرية: في منتصف عام 1977 أنشأت لجنة يمكن تسميتها بلجنة الاقتراعات أو التصويت (commission des sondages)، وذلك بموجب القانون المرقم (808–77) والصادر في 19 تموز من هذا العام، وهي ذات صلة بالنشر وبعض استطلاعات الرأي. وجرى تعديل هذا القانون الأخير عام 2002، ومن ثم في عام 2017، لتختص اللجنة بالرقابة على جودة وسلامة التعبير عن الرأي في الصحافة، ومنع استطلاعات الرأي التي تجرى إلكترونياً من التأثير على الانتخابات والإرادة الحرة للناخبين[(1)].

وبعد تحرير وسائل التواصل السمعية والبصرية وخصخصتها، أصبح اللجوء إلى سلطة إدارية مستقلة أمراً لا مناص منه في مجال هذا النوع من التواصل. فجرى تبني صيغ متنوعة ومتعددة لهذا الغرض، ومنها استحداث هيئة سميت بالسلطة العليا للسمعيات والبصريات، وقد وردت في التشريع الصادر في 29 تموز لعام1982. وأيضاً اللجنة الوطنية للاتصال والحريات، وفق القانون الصادر في 30 أيلول عام 1986، علاوة على المجلس الأعلى للسمعيات والبصريات (Conseil supérieur de l'audiovisuel) ومختصره (CSA) وفق القانون الصادر في 17 كانون الثاني لعام 1989 الذي تضمن تعديلاً للقانون السابق[(2)]. ومن ثم عزز القانون المتعلق باستقلال البث السمعي والبصري الصادر في 15 تشرين الثاني 2013 استقلالية هذه السلطة من خلال منحها الشخصية المعنوية وتحديد موارد خاصة لها. وأصبح المجلس يصنف سلطة عامة مستقلة[(3)]. ومنحها هذا القانون الأخير لعام 2013 سلطة تعيين رؤساء شركات البث العامة (تلفزيون فرنسا، إذاعة فرنسا، وسائل الإعلام الفرنسية العالمية)[(4)].

وتشترك هذه الأمثلة السابقة في أساس واحد يتمثل في كونها سلطات مستقلة توجيهية وتنظيمية، تستهدف وضع حدود واضحة ومتوازنة بين السلطة السياسية من جهة وبين الراديو والتلفزيون من جهة أخرى. ويتألف المجلس الأعلى للسمعيات والبصريات(CSA) من (7) أعضاء يتم تعيينهم بأسلوب تعين أعضاء المجلس الدستوري، إذ يختار رئيس الجمعية الوطنية ثلاثة أعضاء، ورئيس مجلس الشيوخ ثلاثة آخرين، ويعين رئيس الجمهورية رئيساً للمجلس، ويمنح عدة صلاحيات منها سلطة العقاب والتوجيه، الأمر الذي أدى إلى إيجاد استقرار في هذا القطاع الحساس الذي يمس الحقوق الأساسية للأفراد[(5)].

---

(1)المواد (5–10) من القانون المرقم (808–77) الصادر بتاريخ 19 تموز 1977 المعدل بشأن بنشر وتوزيع استطلاعات الراي.

(2) للمزيد راجع الموقع الإلكتروني:
https://fr.wikipedia.org/wiki/Conseil_sup%C3%A9rieur_de_l%27audiovisuel_(France)#Origines_et_statut. تاريخ الزيارة 2019/4/5

(3) المادة (33) من القانون المرقم (2013-1028) الصادر في 15 تشرين الثاني2013 بشأن استقلال القطاع السمعي البصري العام.

(4) المادة (12) من القانون نفسه.

(5) المادة (2) من القانون نفسه.

ثانياً– الاتصالات السلكية واللاسلكية: وقد انتقل أسلوب السلطات الإدارية المستقلة من مجال وسائل التواصل المرئي والسمعي إلى مجال الاتصالات السلكية واللاسلكية، وذلك بتطبيقها ووضعها موضع التنفيذ بموجب القانون الصادر في (26) تموز من عام 1996، حيث اعتمدت سلطة توجيه الاتصال السلكي واللاسلكي، والتي كيفها المجلس الدستوري بأنها سلطة إدارية مستقلة[1]، ومنحت سلطات إبداء الرأي واقتراح العقوبات، علاوة على سلطات التوجيه والتنظيم، كما وسمحت مسألة فتح المنافسة في قطاع البريد على توسيع صلاحيات هذه السلطة، لتصبح بفضل القانون الصادر في 20 أيار من عام 2005 سلطة تنظيم الاتصالات الإلكترونية والبريد (Arcep)[2].

ولغرض حماية حقوق الغير والحقوق المجاورة, صدر في الأول من آب في عام 2006 القانون الذي أسس سلطة تنظيم الإجراءات الفنية، وكان الغرض منه منصباً على ضمان هذه الحقوق في ظل مجتمع المعلوماتية، لتصبح هذه السلطة فيما بعد، وبموجب المرسوم الصادر في 12 حزيران من عام 2009، السلطة العليا لنشر المصنفات وحماية الحقوق على الإنترنت (la haute autorité pour la diffusion œuvres et la protection des droits sur internet)، ويكون لهذه السلطة حق فرض العقوبات على المشتركين بسبب سوء استخدام الإنترنت، كما ولها أن توصي بتعديل التشريعات والأنظمة النافذة، ويمكن للحكومة أن تستشيرها بشأن أي مشروع قانون أو مرسوم يتعلق بحماية حقوق الملكية الأدبية والفنية. ويمكن أيضاً أن تستشيرها الحكومة أو اللجان البرلمانية بشأن أي مسألة تتصل بمجالات اختصاصها[3].

المطلب الثاني

السلطات الإدارية المستقلة وحماية الحقوق الأساسية

إن مسألة حماية حقوق الأفراد هي دافع آخر من دوافع تأسيس هيئات مستقلة، ومجال جديد من المجالات التي تتطلب إيجاد مثل هذه الأجهزة. ويمثل القانون الذي صدر 3 كانون الثاني من عام 1973 الذي أنشأ – على غرار الإمبودسمان السويدي–سلطة مستقلة عرفت بالوسيط (le Médiateur)، بداية لنشأة السلطات الإدارية المستقلة في هذا المجال، ومن ثم تغيير إسمه وفق القانون الصادر في 13 كانون الثاني من عام 1989 ليصبح وسيط الجمهورية (le Médiateur de République)، بل وكيفه هذا القانون الجديد بأنه سلطة مستقلة، إلا أن المشرع أنهى هذه السلطة المستقلة بحلول عام 2011، ومنح اختصاصاته إلى سلطة إدارية جديدة أنشئت بموجب التعديل الدستوري لعام 2008، كما سيرد ذلك لاحقاً.

ولغرض توطيد مبدأ الشفافية الإدارية وتوسيعه، والذي بات من المبادئ التي تحكم سير المرفق العام، أنشأت اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات(la commission nationale de 'informatique et des libertés)، وتصدى القانون الصادر في 6 كانون الثاني من عام 1978 لتكوين وصلاحيات هذه اللجنة، أما لجنة الحق في

---

(1) ينظر قرار المجلس الدستوري رقم (n 96-378-DC)، بتاريخ 1996/7/23، متوفر على الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري.

(2) ينظر المادة (14) من القانون المرقم (2005-516) الصادر في 29 أيار 2005 والمقننة في المواد (L.36-5) إلى (L.36-13) من تقنين البريد والاتصالات الإلكترونية.

(3) ينظر المواد (1-7) من المرسوم المرقم (2009-1773) والصادر في (29) كانون الاول 2009 بشأن تنظيم الهيئة العليا لنشر المصنفات وحماية الحقوق على الإنترنت .

الوصول إلى الملفات الإدارية (la commission d'accès aux documents administratifs)، فقد أنشأت لهذا الغرض أيضاً، ونص عليها القانون الصادر في 17 تموز من العام نفسه. وقد صنفت اللجنة الأولى منذ البداية وبموجب قانونها سلطة إدارية مستقلة، أما اللجنة الثانية فقد صنفت كذلك سلطة مستقلة بموجب الأمر الصادر في 6 حزيران من عام 2005، والذي وسع في الوقت نفسه صلاحيات ومهام هذه اللجنة[1].

ولم تقتصر السلطات المستقلة في هذا المجال على تلك التي وردت في الفقرة أعلاه، وإنما ظهر الاتجاه إلى زيادتها وتنوعها، الأمر الذي كان لا يخلو من خطورة تشتتها وتداخل صلاحياتها، وما قد ينجم عن ذلك من مساس بفاعليتها والحد منها، إلا إن ضرورة امتثال التشريع الفرنسي للمتطلبات التي أشارت لها المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في مسألة التنصت على المكالمات التلفونية استوجب عدم التوقف وإنما استحداث هيئات جديدة[2]، فجرى إنشاء اللجنة الوطنية لمراقبة الاعتراضات الأمنية(la commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité) بموجب القانون الصادر في 11 تموز من عام 1991، ومن ثم حل حلها اللجنة الوطنية لمراقبة تقنيات المعلومات، وتسمى (Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement) حسب التشريع الصادر في 24 تموز من عام 2015 ، مصنفة كسلطة إدارية مستقلة [3].

كما وأنشأت اللجنة الاستشارية المعنية بالسرية والدفاع الوطني(la commission du secret et de la défense nationale)، وقد صنفت بشكل صريح سلطة إدارية مستقلة، لتقدم الاستشارة والرأي بشأن تصنيف سرية مسائل الدفاع الوطني، وذلك حسب القانون الصادر في 8 تموز من عام 1998[4].

وفي عام 1999 أسس القانون الصادر 12 تموز، سلطة تسمى بسلطة الرقابة على التلوث (الضجيج) الصوتي الناتج عن المطارات، أعقبه القانون الصادر في 6 آذار من عام 2000 ليؤسس لجنة المدافع عن الأطفال، واللجنة الوطنية لأخلاقيات الأمن (la commossion nationale de déontologie de la sécurité) في 6 حزيران من السنة نفسها. أما اللجنة المسماة (la commission nationale de débat public) فقد منحت صفة السلطة الإدارية المستقلة حسب القانون الصادر في 27 شباط من عام 2002. وكذلك فعل الأمر الصادر في 8 كانون الثاني من عام 2003، ومنح صفة (المستقلة) للجنة الوطنية للحسابات (la commission nationale des comptes de campagne). ومن ثم لتأتي بعدها وعلى التعاقب السلطة العليا للصحة في عام 2005، وهيئة السلامة النووية في عام 2006، والوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات في عام 2006(l'Agence française

(1) Bernard STIRN, Op. Cit, P.181.

(2) ينظر حكم المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان (la cour européenne des droits de l'homm) في قضية (Kruslin.v. France) 24 نيسان 1990.

متوفر على الموقع الإلكتروني:http://www.hrcr.org/safrica/privacy/kruslin_france.html

(3) ينظر المادة (L.831-1) من تقنين الامن الداخلي المعدلة بالمادة(2) من القانون المرقم (2015-912) والصادر في 24 تموز 2015 لمراقبة تقنيات التعليم.

(4) وكانت تسمى (la commission consultative du secret et de la défense nationale)، إلا أن تسميتها عدلت وفقاً للقانون الصادر في 20 كانون الثاني2017، لتحذف منها كلمة (consultative): ينظر الفقرات (1-2-3-4) من المادة (L.2312) من تقنين الدفاع والمعدلة بالمادة (36) من القانون المرقم (2017-55) والصادر في 20 كانون الثاني 2017.

(de lutte contre le dopage)[1].

ولغرض تعزيز الحد من ظاهرة التمييز، أنشأ القانون الصادر في 30 كانون الأول من عام 2004 السلطة العليا من أجل المساواة ومكافحة التمييز(Halde)، والتي كانت تختص بمكافحة جميع أنواع التمييز، ولها أن تقوم بعملية الوساطة التي قد تؤدي إلى استحصال تعويض أدبي أو مادي للمتضررين من التمييز بأنواعه، كما ولها رفع التوصيات بتعديل النصوص القانونية بما يتلاءم مع تحقيق أهدافها، كما وتقوم بإجراءات توعوية في مسائل المساواة وعدم التمييز، كما وكان لها تقديم الشكاوى أمام المحاكم في حالات محددة[2].

وفي عام 2007 صدر التشريع المنشئ للمراقب العام لأماكن الحرمان من الحرية (le contrôleur générale des lieux de privation de liberté)، وبموجب التعديل الدستوري في 23 كانون الثاني من عام 2008، يكون اختيار المراقب العام بواسطة رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي الجهات المختصة لمدة (6) سنوات، وكما ويعد سلطة إدارية مستقلة[3]، ويختص المراقب العام (Cglpl) بمراقبة جميع الأماكن التي تقيد فيها الحريات، كالمؤسسات العقابية (السجون)، وأماكن الاحتجاز، ومستشفيات الأمراض النفسية، ومراكز إيواء الأجانب، وأماكن الانتظار في الموانئ والمطارات. ويقدم تقريراً سنوياً إلى كل من رئيس الجمهورية والبرلمان، مركّزاً على على ظروف الاحتجاز والإيواء والاستشفاء في تلك الأماكن، علاوة على ظروف عمل الموظفين ومختلف الجهات الفاعلة، والتي تؤثر على أداء ووظيفة المؤسسة، وطبيعة العلاقات مع الأشخاص المحرومين من حرياتهم[4].

ولم يغفل التعديل الدستوري في 23 تموز من عام 2008 مسألة الهيئات المستقلة ودورها في حماية الحقوق الأساسية، وجرى تكريس هذه المسالة دستورياً وتضمينها في نص المادة (70) في فقرتها الأولى، والتي ذكرت سلطة إدارية مستقلة تحت مسمى المدافع عن الحقوق (défenseur des droits)، وجاءت هذه المادة الدستورية الجديدة على بعض المهام التي يقوم بها المدافع عن الحقوق بقولها (لضمان احترام إدارة الدولة والوحدات الإدارية الإقليمية والمؤسسات العامة وكل هيئة تستثمر مرفقاً عاماً، للحقوق والحريات، وجميع الاختصاصات التي يعهد إليه القانون)[5]، ويدخل ضمن اختصاصات رئيس الجمهورية اختيار المدافع عن الحقوق، لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد، ويخضع المرسوم الرئاسي بتسميته لتصويت يجري في الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، وحسب ما رسمه نص المادة (13) من الدستور. ويمارس نشاطه تحت إشراف رئيس الجمهورية والبرلمان.

وقد أصدر البرلمان في 29/آذار/2011 القانون الأساس الذي نص في مادته الثانية على كون المدافع عن الحقوق سلطة دستورية مستقلة لا تتلقى تعليمات من أي جهة[6]، ثم عدلت هذه المادة بموجب المادة الخامسة من القانون الأساسي المرقم (2017-54) الصادر بتاريخ 20 كانون الأول لسنة 2017 الخاص بالسلطات الإدارية

(1) Marie-Christine de MONTECLER, Le statut général des autorités administratives indépendantes adopté, Publié sur Dalloz Actualité, édition du 21 décembre 2020.

(2) ينظر المواد (1- 16) من القانون المرقم (n°2004-1486) لعام (2004) الملغى.

(3) المادة (1) من القانون المرقم (2007-1545) الصادرفي 30 تشرين الاول لسنة 2007 بشأن استحداث المراقب العام لأماكن الحرمان من الحريات.

(4) ينظر المواد من (2) إلى (10) من القانون نفسه.

(5) Article (71-1) de constitution :(Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences).

(6) المادة 2 من القانون الصادر في 29/آذار/2011.

والعامة المستقلة، والذي خلع على هذه السلطة وصف سلطة إدارية بدلاً عن كونها سلطة دستورية. كما وحدد القانون الأول مهامها، وأسلوب تدخلها من أجل حماية الحقوق والحريات، وكان المجلس الدستوري قد أكد في قرار له أن المدافع عن الحقوق سلطة إدارية مستقلة تستمد استقلاليتها من الدستور(1). وبهذا يمارس المدافع عن الحقوق مهامه في الدفاع عن الحقوق الأساسية، وأسندت له مهمة ممارسة اختصاصات السلطات الأربع التي ذكرت سابقاً وليحل محلها، وهي على التوالي: وسيط الجمهورية (le Médiateur de la République)، والمدافع عن حقوق الطفل (le Défenseur des enfants) ، والسلطة العليا لمكافحة التمييز ودعم المساواة(Halde) ، واللجنة الوطنية للأخلاقيات الأمن (la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité) . وعليه يمتلك المدافع عن الحقوق أربع نواب، كل واحد منهم يختص في مجال من هذه المجالات الأربعة، يجري تعيينهم بواسطة رئيس الوزراء وبناء على اقتراح المدافع عن الحقوق(2).

ومن خلال تنوع هذه السلطات، واختلافها من حيث طبيعة مهامها، وتوسع القطاعات التي تتدخل فيها، والسمات العامة التي تمتاز بها، كل ذلك سمح بنمو هذه السلطات وتعريفها كنوع من السلطات الإدارية المستقلة، وبدأ تنظيمها تدريجياً لتشمل الهيئات التي جرى تأسيسها بنصوص دستورية أو بنصوص تشريعية صادرة من البرلمان. وصارت هذه الهيئات أو السلطات متميزة من السلطات الإدارية التقليدية, وذات استقلالية واسعة ومسؤوليات كبيرة، في المجال الذي جرى تحديده لها، وهو مجال التنظيم من جهة، ومجال حماية الحقوق الأساسية من جهة أخرى، كما نظم المشرع ولاية موظفي هذه الهيئات وأسلوب عملها وبعض الضمانات والامتيازات التي تساهم في استقلاليتها، وبيان مواردها المالية، وذلك حسب ما ورد في التشريع الصادر في 20 كانون الثاني عام 2017

المطلب الثالث

السلطات الإدارية المستقلة بعد التعديل الدستوري لعام 2008

باستثناء ما يتصل بمسألة السلطات المختصة بمسائل السمعيات والبصريات، فإن السلطات الإدارية المستقلة لم تذكر بأي حال من الأحوال في الدستور الفرنسي قبل عام 2008. إلا أن التعديل الذي جرى على الدستور في 23 حزيران من العام نفسه تضمن عدة نصوص تتصل بتنظيمها وأنشطتها، مستلهمة من تطور هذه السلطات وأهميتها، ولكن من غير أن تجمعها في فئة واحدة. ولعل أهم تعديل في هذا الشأن لحق بالمواد الآتية:

أولا: المادة (13) التي تنظم سلطة رئيس الجمهورية في تعيين كبار الموظفين في الدولة الفرنسية. ومن ضمنهم رؤساء السلطات العامة المستقلة.

ثانياً: المادة (34) التي تحدد المواضيع التي تقع ضمن سلطة البرلمان في سن التشريعات بصددها أو ما تسمى بالقوانين الشكلية.

ثالثاً: المادة (71) التي استحدثت المدافع عن الحقوق.

ففي المادة (13) من الدستور، وبعد تعديلها، صار من صلاحيات رئيس الجمهورية تعيين رؤساء السلطات

(1) ينظر قرار المجلس الدستوري رقم (2011-626 DC)، بتاريخ 29/آذار / 2011 حيث جاء فيه:

(1) Considérant, d'une part, qu'en érigeant le Défenseur des droits en « autorité constitutionnelle indépendante », le premier alinéa de l'article 2 rappelle qu'il constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; que cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels:

(2)ينظر المادة (11) من القانون الصادر في 29/آذار/2011.

الإدارية المستقلة، وحسب الإجراءات المنصوص عليها في الحصول على رأي اللجان البرلمانية قبل إجراء هذه التعيينات، إلا أن صياغة المادة بعد التعديل تجعل من هذه الصلاحية غير مقتصرة على السلطات الإدارية المستقلة وحدها، وإنما يشتمل اختصاصه هذا رؤساء ومدراء العديد من الهيئات في الدولة. وإذا لم تتضمن هذه المادة تعدادا لجميع من يخضعون لتعيين من رئيس الجمهورية، إلا أنها أحالت إلى القانون العضوي (la loi organique) تحديد الموظفين أو الوظائف الخاضعة لهذا الإجراء الجديد[1]، وذلك بسبب أهمية هذه الوظائف أو العناوين الوظيفية في ضمان الحقوق والحريات، وأهميتها في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأمة حيث ورد في هذه المادة الدستورية المعدلة (en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation)، لذلك صدر القانون المرقم (2010-837) في 23 تموز عام 2010 ليقدم لائحة بجميع السلطات التي تساهم في الدفاع عن الحقوق والحريات، فضلاً عن رؤساء السلطات التنظيمية الخاضعين لهذا الإجراء المنصوص عليه في الفقرة الخامسة من المادة (13) من الدستور.

أما بخصوص المادة (34) نذكر- ونحن بصدد التعديل الدستوري لعام 2008، وتنظيمه لهذه السلطات وأنشطتها- أن أي تغيير أو تطور في الهيئات الإدارية المستقلة ذات النشاط المتصل بالإعلام، وبداية بالمجلس الأعلى للسمعيات والبصريات، سيكون من الضروري أن تتوافق مع العبارات التي أضيفت إلى نص هذه المادة من الدستور حسب التعديل، والتي أناطت بالتشريع مهمة سن القواعد التي تضمن: الحرية، التعددية، واستقلالية الإعلام (la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias).

وأخيراً، فإن المدافع عن الحقوق هو سلطة إدارية مستقلة، جاء به التعديل بشكل صريح في المادة (71)، وليكرس للمرة الأولى في الدستور الفرنسي. ولتجد هذه المؤسسة مع ما مر ذكرها من سلطات إدارية مستقلة صيغة من الاعتراف بها سلطة عامة دستورية، وفرته نصوص التعديل الدستوري لعام 2008.

المبحث الثاني

المركز القانوني للسلطات الإدارية المستقلة

تثير مسالة تنظيم السلطات الإدارية المستقلة واختصاصاتها، مجموعة من الأسئلة تتصل بالتنظيم القانوني، وهذه الأسئلة تتلخص في مبدأ دستورية هذه السلطات، وتوسيع اختصاصاتها، والرقابة القضائية على تصرفات هذه السلطات. وسنتناولها تباعاً في ثلاث مطالب:

المطلب الأول

مبدأ دستورية إنشاء الهيئات الإدارية المستقلة

بالنظر إلى المادة (20) من الدستور، وحسب ما ورد فيها من أن (الحكومة تتولى الإدارة)، لم يكن من المستساغ بداية الاعتراف بوجود سلطات إدارية مستقلة، وكانت هناك صعوبة في تقبلها دستوريا، وهذه الصعوبة تبدو أكثر

(1) القوانين العضوية (الشكلية): وهي التشريعات التي نصت عليها المادة 46 من الدستور، وهي القوانين التي تتضمن تنظيم السلطات العامة واختصاصاتها. ومن المستقر في فقه المجلس الدستوري أن القوانين العضوية لا تتدخل إلا في المجالات والأشياء التي ينص عليها الدستور على نحو محدد وصريح. وتتضمن إجراءات سنها موافقة مجلس الشيوخ، وبعكسه يجب أن تعتمد الجمعية الوطنية القانون العضوي بأغلبية مطلقة. وهي تخضع إلزامياً لرقابة المجلس الدستوري ،فلا يمكن إصدارها إلا بعد إعلان المجلس الدستوري عن مطابقتها للدستور، ينظر نص المادة(46) من الدستور الفرنسي.

واقعية إذا ما رجعنا إلى مسألة مسؤولية الحكومة عن الأعمال الإدارية، كون الإدارة هي وظيفة من وظائف الحكومة، وهذه المسألة تضع أمامنا حقيقة، غاية في الأهمية، وهي مسؤولية السلطة التنفيذية عن أعمال الإدارة أمام البرلمان، إذ أن الوزراء وهم يمارسون اختصاصاتهم في تقديم الخدمات الإدارية بشكل مباشر من خلال سلطتهم الرئاسية في المرافق العامة، أو تخويل تلك السلطات حسب أسلوب إدارة المرفق العام، استجابة لمتطلبات منصبهم الوظيفي، فإنهم مسؤولون سياسياً أمام البرلمان في هذا الموضوع. ومن ثم مشاركة السلطات المستقلة في هذه الوظيفة قد يثير مشاكل معينة تتمثل في تداخل الاختصاصات، وغير ذلك من المشاكل التي يمكن أن تبرز في التعامل اليومي مع الإدارة العامة.

ولبيان ذلك لا بد من بيان موقف المجلس الدستوري من المسألة أولا، ومن ثم موقف المشرع الفرنسي ثانيا:

الفرع الأول

موقف المجلس الدستوري ومجلس الدولة

يلحظ أن هذه العقبة لم تقف حائلاً أمام المجلس الدستوري لإقرار دستورية القوانين المنشئة لهذه السطات، وتفهم دورها الأساسي في التنظيم وحماية الحقوق[1] ، بل على العكس من ذلك تماماً، فإن السلطات الإدارية المستقلة تمثل أحد عناصر الحماية الدستورية للحقوق الفردية. وينطبق الكلام نفسه على المسائل المتصلة بالتواصل السمعي والبصري وغيرها، بشرط عدم المساس بالضمانات القانونية ذات الصفة الدستورية[2]، وأكثر مما تقدم فقد ابتدع المجلس الدستوري نظرية في مجال الحقوق الأساسية تسمى في قضائه ب(L'effet cliquet)، والتي مفادها أنه لا يجوز للمشرع أن يقلّل من ضمانات الحقوق الأساسية في تشريع لاحق على أي تشريع سبق وإن تناول ضمانات لتلك الحقوق، وإنما يمكن له أن ينظم ممارستها بشكل يزيد من فعالية تلك الضمانات[3]، ومن ثم تقف هذه النظرية عقبة ليس فقط أمام محاولة إلغاء مثل هذه السلطات، وإنما أيضاً أمام أي محاولة يمكن لها أن تؤدي إلى إنقاص ملحوظ في اختصاصاتها.

أما بشأ ن القضاء الإداري، فقد أظهر مجلس الدولة موقفاً مشابهاً لما تقدم في اعتراضه على التوجيه الأوربي في نسخته الأولى والصادر فيما يتصل بموضوع معالجة البيانات ذات الصفة الشخصية، حيث أن تغيير القانون الداخلي

---

(1) ينظر على سبيل المثال قرارات المجلس الدستوري:
- القرار رقم (n° 86-217 DC) بتاريخ 1986/9/18،
- القرار رقم (n° 86-224 DC)، بتاريخ 1/23/ 1987،
- القرار رقم (n° 88-248 DC)، بتاريخ 1989/1/17.
- القرار (n° 96-378 DC)، بتاريخ 1996/7/23.

(2) قرار المجلس الدستوري الصادر في 1986/9/18وكذلك القرار الصاد في 1989/1/17 المشار له مسبقاً.

(3) ينظر قرار المجلس الدستوري رقم (n° 83-165 DC) بتاريخ 1984/1/20، إذ جاء فيه:

(…Dans cette décision, le Conseil a considéré que l'abrogation totale de la loi Faure sur les franchises universitaires du 12 novembre 1968 n'était pas conforme à la Constitution : en effet, certaines dispositions conféraient aux profe- sseurs d'université des garanties conformes aux exigences constitutionnelles, qui n'avaient pas été remplacées, dans la nouvelle loi, par des garanties equivalents).

-كذلك ينظر قرار المجلس رقم 181-84 n° الصادر في 10/11 /1984. إذ جاء فيه:

(s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif. Autrement dit, une loi modifiant le régime juridique d'une liberté fondamentale ne peut être qu'un régime plus favorable que le régime antérieur).

أو المحلي يترتب عليه خطورة في تخفيض اختصاصات اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات(de informatique et des libertés) وهذ ينتج حرماناً من بعض المبادئ ذات القيمة الدستورية والمتصلة بهذا الموضوع، والتي منحت حسب تشريع سابق(القانون الصادر في 6/كانون الثاني/1978)[1] ، وبناء على هذه الملاحظات التي أبداها المجلس الدستوري ومن بعده مجلس الدولة، فقد أُقر تشريع القانون الصادر في 7 آب من عام 2004، بشأن حماية الأفراد فيما يتصل معالجة وتجهيز البيانات الشخصية. حيث وجد المجلس الدستوري بأنه اشتمل على الاحتياطات والتفاصيل اللازمة لتلبية المتطلبات الدستورية[2].

ثانياً: صدور التشريع المنظم لحالة السلطات الإدارية والعامة المستقلة:

إن أهم ما يثير النقاش بشأن السلطات الإدارية المستقلة هنا هي مسألة تمتعها بالشخصية المعنوية، وهل يصح القول بأن الاعتراف بهذه الشخصية المعنوية أو عدمه لا يخضع لأي ضرورة من الناحية الدستورية؟[3]. وفي الأصل فإن هذه السلطات التي ينظر لها جزءاً من سلطة الدولة، لم يكن لها شخصيتها المعنوية الخاصة بها، وأكثريتها لا تزال على هذا النموذج، ليست ذات شخصية معنوية. ولكن– ومن غير أن يكون هناك منطق واضح للمشرع في اختياراته– فقد منح الشخصية القانونية لبعض هذه السلطات، كما هو الحال في سلطة الأسواق المالية، وسلطة الرقابة على التأمينات والتبادلات، والسلطة العليا للصحة، والوكالة الفرنسية لمكافحة المنشطات. علاوة على موقفه في منحها لبعض السطات ومن ثم إلغائها مرة أخرى، كما هو شأن القانون الصادر بتاريخ 30 كانون الأول من عام 2004 الذي منح الشخصية المعنوية للجنة تنظيم الطاقة، ثم ما لبث أن عاد ساحباً منها هذه الشخصية من غير تبرير يذكر في القانون الصادر13 تموز من عام2005. بشكل يمكن القول معه بأنه تسود الانطباعية بعض الشيء في هذا المجال، الأمر الذي كان يصعب التمييز بين السلطات العامة المستقلة التي ستمتلك الشخصية القانونية وبين تلك التي ستكون بدونها[4].

على الرغم من أنها لم تكن تمتلك الشخصية المعنوية، إلا أن البعض حاول التخفيف من هذا النقص القانوني، وأنه ليس ذا أثر على استقلاليتها، متحججاً بأن المؤسسات العامة في فرنسا مثلاً تملك الشخصية المعنوية، وتبقى خاضعة للإشراف الوزاري. وأن المشرع انطلاقاً من مبدأ سيادة البرلمان يمنحها صلاحيات واسعة لا يمكن تعديلها من خلال منح الشخصية المعنوية أو عدم منحها. تمارسها وإن لم تكن ذات شخصية معنوية، فسلطة المنافسة مثلاً لديها القدرة في الطعن بقرارات محكمة الاستئناف في باريس من غير أن تكون لها الشخصية المعنوية. وكذلك كان شأن المدافع عن الحقوق. كما وذكر رئيس السلطة العليا من أجل المساواة ومكافحة التمييز أن هذه السلطة في إمكانها إبداء ملاحظاتها أمام المحاكم وخاصة أما القاضي الجنائي من غير أن تكون في حاجة إلى مثل هذه الشخصية[5].

---

(1) ينظر رأي مجلس الدولة الفرنسي المقدم في إطار الإجراء الدستوري المنصوص عليه في المادة (4-88) من الدستور بتاريخ 10/حزيران/ 1993، متوفر على الموقع الإلكتروني:
http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Public-ations/Avis/Les-avis-rendus-par-le-Conseil-d-Etat-sur-questions-du-Gouvernement/Avis-du-Conseil-d-Etat-de-1993. تاريخ الزيارة 9\10\2019

(2) ينظر قرار المجلس الدستوري الصادر في 29/ تموز/ 2004.

(3) للمزيد ينظر: فارس عبد الرحيم حاتم، طبيعة الهيئات المستقلة في ظل الدستور العراقي لسنة 2005، مجلة كلية الدراسات الانسانية الجامعة، النجف الاشرف، العدد3\2013، ص115.

(4) ينظر: Martine LOMBARD et Gilles DUMONT, Op. Cit. P.135.

(5) ينظر الآراء التي وردت في التقرير الصادر عن مجلس الشيوخ الفرنسي بعنوان:

←

إلا أن ما تقدمت من حججٍ لم تكنٍ كافية لغض النظر عن ضرورة وأهمية الشخصية المعنوية للسلطات المستقلة، وكونها عاملاً من عوامل استقلالها، ونظراً لتعدد السلطات الإدارية المستقلة، وتداخل اختصاصاتها، وعدم الوضوح في الحالة القانونية لها حسب التشريعات الخاصة بها، تدخل المشرع الفرنسي في محاولة لتفادي كل هذه السلبيات، ولتقديم نظام قانوني موحد لها. وبعد أقل من عام من المناقشات، اتفق أعضاء الجمعية الوطنية وأعضاء مجلس الشيوخ على نظام عام للسلطات الإدارية والعامة المستقلة وعلى قائمة تضم عدداً محدداً منها. إذ صدر القانون المرقم (n° 2017-55 بتاريخ 20 كانون الثاني من عام 2017. وبموجب هذا القانون أصبح لدى فرنسا 26 سلطة إدارية مستقلة وسلطة عامة مستقلة. واستمد القانون إلى حد كبير مبادئه من التقرير المقدم إلى مجلس الشيوخ في نوفمبر 2015. وقد أراد المشرع في هذا القانون وضع صفة قانونية تشريعية مفادها أن هذه السلطات لم تنشأ إلا بموجب القانون باستثناء المدافع عن الحقوق.

وقد تضمن عدة مبادئ منها وضع قائمة بالسلطات الإدارية المستقلة والسلطات العامة المستقلة، ليبلغ عدد السلطات من النوع الأول (18) سلطة، وعدد النوع الثاني (8) سلطات، ومنح الأخيرة الشخصية المعنوية[1]. ومن تاريخ نفاذ هذا القانون صارت هناك سلطات عامة مستقلة بجانب سلطات إدارية مستقلة، من غير أن نلحظ أي اختلاف بينهم سوى منح الأولى الشخصية المعنوية بشكل صريح. وعلى الرغم من عدم ذكر بعض الهيئات أو السلطات في القائمة المرفقة التي تضمنت السلطات الإدارية والعامة المستقلة، إلا أن القانون لم يغفل عن ذكرها سواء بتنظيم تشكيلها أو منحها بعض الضمانات، فقد خفض القانون على سبيل المثال عدد أعضاء لجنة الاقتراع أو ما تسمى ب (La commission des sondages) إلى (9) أعضاء، عضوان من مجلس الدولة تعينهم الجمعية العمومية للمجلس، وعضوان من محكمة النقض تعينهم الجمعية العمومية للمحكمة، وعضوان من محكمة الحسابات تنتخبهم الجمعية العمومية للمحكمة، أما الأعضاء الثلاثة المتبقين فيختارهم كل من رئيس مجلس الشيوخ ومجلس الجمعية الوطنية ورئيس الجمهورية عضواً، ويجري انتخاب الرئيس من بين الأعضاء[2]. كما ونص القانون على أن اللجنة الوطنية للتنمية التجارية (La Commission nationale d'aménagement commercial) لا تخضع للسلطة الهرمية للوزراء[3].

إن المشرع من خلال نصوص هذا التشريع يحتفظ باختصاص وضع القواعد التي تحدد تشكيل هذه السلطات وخصائصها، وكذلك المبادئ الأساسية المتعلقة بتنظيمها وأسلوب عملها. وهذا هو الغرض الحقيقي من صدور هذا القانون لبيان التنظيم القانوني لهذه السلطات. ومن ثم كرس استقلاليتها في التنظيم والعمل والاستقلال المالي الخاضع لرقابة محكمة الحسابات[4]. فمنع إلغاء عضوية أحد أعضائها[5] كما ونص على عدم جواز الجمع بين عضوية أكثر

←

Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié :الجزء الاول، متوفر على الموقع الرسمي لمجلس الشيوخ الفرنسي https://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-15.html.

(1) المادة (2) من القانون.
(2) ينظر (Art. 6) من المادة (24) من القانون.
(3) الفقرة (VI) من المادة (24) من القانون
(4) الفقرة (V) من المادة (10) من القانون
(5) المادة (6) من القانون

من سلطة واحدة، كما وحدد ولاية رؤساء وأعضاء السلطات بين ثلاث إلى ست سنوات[1]، لا يجوز تجديدها في بعض السلطات أو تجديدها لمرة واحدة فقط في أخرى[2].

وتضمن القانون مجموعة من القواعد تنصرف إلى قواعد الأخلاق ومنع الاختلاف في المسائل ذات الاهتمام المشترك، وهي إن كانت قواعد صارمة إلا أنها تقليدية إلى حد ما، كما ينص على قواعد إجراء الانتخابات، ودور رؤساء السلطات فيها. وتعزيزاً للرقابة البرلمانية فقد ألزم القانون هذه السلطات بإرسال تقرير سنوي يتضمن الأنشطة الخاصة بكل سلطة، ويقدم إلى اللجان المختصة[3] . وينظم، أخيراً، الرقابة على الأنشطة المهنية للأعضاء والأعضاء السابقين لهذه السلطات، إذ أناط القانون هذه المهمة باللجنة العليا للشفافية في الحياة العامة (la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique) للتحقق، حتى بعد مرور ثلاث سنوات من انتهاء فترة ولايتهم، في قانونية الأنشطة المهنية للأعضاء التي مارسوها أبان فترة عملهم بأعضاء بإحدى هذه السلطات[4].

المطلب الثاني

اختصاصات السلطات الإدارية المستقلة

تتنوع وتتعدد الاختصاصات الممنوحة لهذه السلطات، سواء أكانت سلطات عامة مستقلة أو سلطات إدارية مستقلة، وهي اختصاصات يغلب عليها الطابع التقليدي، إذ أنها تتوزع بين الاختصاص في إبداء الرأي(avis)، والاقتراح (proposition)، وفرض العقوبات (sanction)، وتسمية أعضاء أو تعيينهم (nomination). أما الأسلوب المبتكر في اختصاصاتها، فيظهر في أن هذه السلطات تؤدي أيضاً، وفي المجال الذي تختص فيه، مهمة من مهمات التنظيم غلى جانب حماية الحقوق والحريات الأساسية، ويغلب على عملها الطابع القانوني والأخلاقي ومن خلال التواصل مع الرأي العام. ويضفي عليها الصفة الرسمية لا سيما عن طريق التقارير العامة التي ترفعها إلى الجهات التي حددها القانون، إلا أن هذه لا يعني أن صلاحياتها مطلقة، وإنما هي صلاحيات محددة بمتطلبات دستورية.

الفرع الأول

الاختصاص في إصدار الأنظمة واللوائح

ونعني به إصدار الأنظمة (القرارات التنظيمية) اللازمة للقيام بمهمة من مهامها. ولعل بعض النقاش يمكن أن يثار هنا، وبشكل خاص، بشأن الاختصاص في إصدار هذه الأنظمة (اللوائح) الممنوح لبعض السلطات المستقلة، فإذا كان من الممكن الاعتراف قانوناً بأن هذه السطات هي سلطات إدارية مستقلة، فإن المجلس الدستوري قد وضع إطاراً لمثل هذه الإمكانية، وإذا كان من الممكن إثارة مسألة أن الدستور يمنح السلطة التنظيمية الوطنية (اختصاص إصدار الأنظمة) إلى رئيس الوزراء، والى رئيس الجمهورية، وحسب النصوص الدستورية، وخاصة المادة (37) من الدستور، فكيف يمكن أن تعهد مثل هذه الاختصاصات في إصدار الأنظمة إلى جهات أخرى، ومقدار مخالفة ذلك للدستور؟ إلا أن المجلس الدستوري قد عالج ذلك حينما قضى بأن هذه القواعد الدستورية التي تتولى توزيع الاختصاص، بين البرلمان وكل من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء، لا تشكل عائقاً أمام مكنة المشرع في أن يعهد إلى سلطة أخرى من سلطات الدولة –من غير رئيس الوزراء– مهمة وضع الأنظمة اللازمة لتنفيذ القانون، على أن هذه المكنة لا يمكن أن

(1) المادة (5) من القانون
(2) المادة (7) من القانون
(3) Marie-Christine de MONTECLER, Le statut général des autorités administratives indépendantes adopté, le 12 janvier 2017.
(4) المادة (11) من القانون.

تعتمد إلا بشأن الإجراءات ذات المجال المحدد سواء من حيث نطاقها أم من حيث مضمونها[1]. وعلى ذلك، فهذه الاختصاصات الممنوحة للسلطات المستقلة هي اختصاص إصدار الأنظمة لتطبيق وتنفيذ القانون، ولا تعد في أي حال من الأحوال من الأنظمة المستقلة التي نصت عليها المادة 37 من الدستور التي هي أنظمة مستقلة، كما وأنها تمارس في مجالات محددة، وبشكل تتطابق مع التشريعات والأنظمة وتحترمها، مما يصح القول معه بأنها متخصصة بمجالات محددة وتابعة للقوانين والأنظمة. وقد أكد المجلس الدستوري هذه الحقيقة، عندما لم يقر النصوص التشريعية التي تؤسس لجواز إصدار مراسيم تتناول تطبيق مداولات وقرارات اللجنة الوطنية للاتصال والحريات، لأن لكل منهما (المراسيم والأنظمة الصادرة من اللجنة) مجالاً معيناً ومستقلاً عن بعضهما[2].

الفرع الثاني
الاختصاص في التحقيق وفرض العقوبات

من أجل حسن سير العمل في القطاع الذي تختص فيه، تمتلك السلطات الإدارية المستقلة جميعها صلاحيات إجراء التحقيق، كما وقد تمتلك صلاحية فرض العقوبات أيضاً. وتمارس هذه الصلاحيات في حالتين:

أولهما: أما بناء على طلب يقدمه المتضرر من تصرف الإدارة، كما هو شأن اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات(CNIL) حسب قانون تشكيلها لعام 1978والمعدل بالقانون7 آب لعام 2004[3]. وكذلك اللجنة الوطنية لمراقبة تقنيات المعلومات (CNCTR) حسب التشريع الصادر في 3 تشرين الأول 2015[4].

ثانيهما: بناء على تكليف من البرلمان، كما شأن اللجنة الوطنية لأخلاقيات الأمن، وكذلك في قانون وسيط الجمهورية قبل إلغائه، إذ لم يكن لهما ممارسة هذه الاختصاصات إلا بناء على هذه الطريقة[5].وهذه التحقيقات التي يمكن أن ينتج عنها توصيات ترفع إلى السطات الإدارية لتحسين أدائها، وإذا لم تتبعها الإدارة العامة، يمكن أن يتضمنها التقرير الذي ينشر للعامة، ومن ثم يمثل جزاء معنوياً للإدارة أكثر من كونه قانونياً. ومن جانب آخر تمتلك بعض السلطات الإدارية المستقلة سلطات فعلية للعقاب تسمح لها ضمان التطبيق الفعال للقانون في القطاع التي تختص به، مع خضوع ممارستها لهذه الاختصاص لرقابة معينة من القاضي الإداري أو العادي. فاللجنة الوطنية للمعلوماتية والحرية لها حسب القانون سلطة فرض عقوبات فعالة في حماية الأشخاص الطبيعية فيما يتصل بمعالجة البيانات الشخصية. وتكون مسؤولة عن توجيه إنذار للمسؤولين عن معالجة تلك البيانات لإيقاف الانتهاكات، وفي حال عدم وضع حد لتلك الانتهاكات، يمكن لها اتخاذ عقوبات رادعة قد تتمثل في غرامات متنوعة يمكن أن تصل إلى 5 % من قيمة التداول للشركة المعاقبة[6].

وهذا الاختصاص لا يثير بدوره – ومن حيث المبدأ– تعارضاً مع النظام الدستوري، فقد صنّف المجلس

(1) ينظر قرار المجلس الدستوري الصادر في 1986/9/18 والقرار الصادر في 1989/1/17 مشار لهما مسبقاً.
(2) ينظر قرار المجلس الدستوري الصادر في 18/ 9/ 1986 المشار له أعلاه.
(3) ينظر المادة (34) من القانون المرقم 78-17 المؤرخ في 6 يناير 1978 المتعلق بمعالجة البيانات والملفات والحريات.
(4) الفقرة الاولى والثانية من المادة (L.831) والمادة (L.871-1) والفقرة الثانية والثالثة من المادة (L.821) من تقنين الامن الداخلي .
(5) Martine LOMBARD et Gille DUMONT, Op.Cit. P136.
(6) Ibid. p.137.

الدستوري في قرار له أن ممارسة هذا الاختصاص بأنه " إجراءات موجهة لحماية الحقوق والحريات المكفولة دستورياً"[1].

وأشار هذا القرار الصادر من المجلس الدستوري إلى" أن المبادئ الدستورية التي تحكم القوانين العقابية لا تتعلق فقط بالجزاءات الصادرة من السلطات القضائية المختصة بفرض العقوبات، ولكنها تتسع لتشتمل جميع الجزاءات ذات السمة العقابية حتى وإن كان المشرع قد ترك أمر إصدارها لسلطات ذات طبيعة غير قضائية". وهذا تعبير صريح لجواز ممارسة الاختصاص في فرض العقوبات من السلطات غير القضائية بما فيها السلطات الإدارية المستقلة. فلا مناص هنا للهيئات الإدارية المستقلة وهي تمارس هذا الاختصاص في فرض العقوبة من الخضوع للمبادئ الدستورية بهذا الصدد والتي أعلن عنها المجلس الدستوري، وهي على سبيل المثال: احترام فرضية البراءة، والحق في الدفاع، ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ومبدأ التناسب، ومبدأ شخصية العقوبة، وغيرها.

إن اختصاص السطات المستقلة في فرض العقوبات ليست مطلقة، وإنما وضع المجلس الدستوري حدوداً لها، فلا يمكن لهذه الاختصاصات أن تمتد إلى المستوى الذي يمكن أن يحرم أحد الأشخاص حقاً من حقوقه أو حرياته الأ ساسية، فمثلاً لم يتردد المجلس في عدم السماح بأن يعهد إلى السلطة العليا لنشر المصنفات وحماية الحقوق على الإنترنت (Hadopi) اختصاص فرض الحظر على الحق في الولوج للإنترنت، إذ أن القاضي الجنائي هو الوحيد لذي يمكنه الخوض في هكذا إجراء[2]. وقد تبنى المجلس هذا الموقف انطلاقاً من أهمية الولوج للإنترنت الذي يوفر لكل شخص الحق في التعبير والتواصل بحرية تامة عبر الشبكة الإلكترونية[3].

المطلب الثالث

الرقابة القضائية على السلطات الإدارية المستقلة

اتضح فيما سبق أن هناك حدوداً وقيوداً ترد على حدود اختصاص السلطات الإدارية المستقلة، إلا أن أهمية ما تتمتع بها هذه السلطات من اختصاص تطلّب خضوعها لرقابة قضائية.

ففي قرار لمجلس الدولة صدر بتاريخ 10 تموز من عام1981، أكد على أن وسيط الجمهورية يحمل صفة سلطة إدارية مستقلةَ وأن أعماله التي يمكن أن تحمل صفة القرار الإداري، تقبل الطعن أمام محاكم مجلس الدولة، والحق في الطعن فيها هو حق دستوري ومن متطلبات دستورية هذه السلطات[4]. كما وصار المجلس الدستوري على نهج مجلس الدولة مؤكداً أن اللجنة الوطنية للاتصال والحريات والمجلس الأعلى للسمعيات والبصريات شأنهما شأن أي سلطة إدارية تخضع لرقابة المشروعية[5].

كما أن الأضرار التي قد تنتج عن تصرفات هذه السلطات يمكن أن تثير مسؤوليتها، ومن ثم تكون محلاً

(1)ينظر قرار المجلس الدستوري الصادر في 1989/1/17 المشار له مسبقاً.

(2) ينظر قرار المجلس الدستوري رقم (2009-580 DC °) بتاريخ 6/10/ 2009 توفر على الموقع الرسمي للمجلس:

http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision /2009/2009-58.

(3) Bernars STIRN, op.cit.p.186.

(4) سامية قلوشة، استقلالية السلطات الادارية المستقلة وفق أحكام الدستور (دراسة مقارنة الجزائر- فرنسا)، مجلة العلوم السياسية والقانون، تصدر عن المركز الديمقراطي العربي، العدد 18، المجلد 3، تشرين الثاني، 2019، ص218-220.

(5) قرار المجلس الدستوري الصادر في1986/9/18 والقرار الصادر في 1989/10/17.

للتعويض عن هذا الضرر، وحسب دعوى القضاء الكامل، أما إذا لم تكن لهذه السلطة شخصية معنوية، فإن الدولة هي من تتحمل التعويض كونها الشخص المسؤول عنها. ونضيف هنا على أنه من الطبيعي أن يكون القضاء الإداري صاحب الاختصاص في ممارسة هذه الرقابة، وكثيراً ما ينص القانون على أن تلك الرقابة التي تمارس على تصرفات السلطات الإدارية المستقلة هي رقابة القضاء الكامل(le contrôle de plein contentieux)[1]، هذه الرقابة التي تمنح القاضي ليس فقط سلطة الإلغاء، وإنما أيضاً صلاحية تعديل القرار المطعون.

أما بشأن السلطات الإدارية المستقلة ذات الاختصاص في مجال تنظيم السوق، وبسبب السمة التجارية التي تتصف بها المنازعة في هذا المجال، فإن المشرع غالباً ما ينص في القانون على اختصاص القاضي العادي بنظرها، أو بجزء منها على الأقل. فتكون قرارات سلطة المنافسة (l'autorité de la concurrence)، باستثناء القرارات المتعلقة بالاندماجات، وبعض القرارات الفردية التي تتخذها هيئة الأسواق المالية(l'autorité des marchés financiers)، وليس العقوبات التي تفرضها، علاوة على بعض التدابير المتخذة –فيما يخص المشغلين– من السلطة التنظيمية للاتصالات الإلكترونية والبريد(l'autorité de régulation de communications électroniques et des postes) تقع ضمن اختصاص القاضي العادي وليس الإداري. وقد قبل المجلس الدستوري هذه الاستثناءات الواردة على قواعد الاختصاص، إذ وضح المجلس الدستوري– بعد أن أسند إلى محكمة استئناف باريس مهمة النظر في الأحكام الاستئنافية المتصلة بقرارات مجلس المنافسة – المبدأ الدستوري المتمثل في اختصاص القضاء الإداري في نظر التصرفات التي تتخذ في إطار امتيازات السلطة العامة، مؤكداً أن المشرع يمكن أن يجرى على هذا المبدأ تعديلات ترمي إلى توحيد الاختصاص[2]. كما وانتهج المجلس هذا السبيل أيضاً بشأن قرارات سلطة تنظيم الاتصالات السمعية والمرئية[3].

وأخيراً، لا يمكن التسليم بأن الحماية التي يمكن أن يمنحها القانون للسلطات الإدارية المستقلة غير محددة، فحسب المبدأ الدستوري القائل: "لا يجوز إعفاء أحد من المسؤولية الشخصية بصرف النظر عن طبيعة أو خطورة الفعل المنسوب إليه"، قضى المجلس الدستوري بأن المدافع عن الحقوق لا يمكن أن يكون بمنأى من الملاحقة القضائية، فالقانون يمكنه فقط – ومن أجل ضمان استقلاله– أن يقرر له حصانة جنائية فيما يتصل بالآراء التي يبديها والتصرفات التي التي تصدر عنه في قيامه بوظائفه[4].

إن هذه القواعد الدستورية التي تقدمت تسمح لنا بالقول والتأكيد على أن السلطات الإدارية المستقلة هي أجهزة إدارية أصيلة وتدخل ضمن الأجهزة الإدارية في الدولة وتوازي السلطات الإدارية المركزية والسلطات الإدارية اللامركزية ، وإن كانت أقرب في طبيعتها للسلطات المركزية في الدولة.

(1) Bernard STIRN, Op.Cit, P.177.

(2) ينظر قرار المجلس الدستوري الصادر في 1987/1/23. المشار له مسبقاً.

(3) ينظر قرار المجلس الدستوري رقم (n° 96-378 DC) ، بتاريخ 1997 /7/23.

(4) ينظر قرار المجلس الدستوري رقم (2011-626 DC)، بتاريخ 2011 /3/29.

الخاتمة

لقد اتضح من ثنايا هذه الدراسة الدور الكبير والبارز التي تقوم به السلطات الإدارية المستقلة في فرنسا، والنظام القانوني لها. إذ يمكن ان نخرج منها ببعض الاستنتاجات وان نقدم بعض التوصيات، والتي يمكن تلخيصها فيما يأتي:

الاستنتاجات:

1- إن السلطات الإدارية المستقلة ضرورة فرضتها التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنلوجيا، وأمست تشكل عنصراً أساسياً من عناصر النظام الإداري في الدولة.

2- إن ظهور السلطات الإدارية المستقلة وتطورها مر بمراحل مختلفة تضمنت تحديثاً لنظامها القانوني بما يتلاءم مع المتطلبات الدستورية والقانونية لوجودها. وقد تطلب ذلك صدور العديد من التشريعات التي تنظم اختصاصاتها وتكوينها.

3- اتخاذ المجلس الدستوري الفرنسي موقفاً واضحاً بشأن الطبيعة القانونية لوجود مثل هذه السلطات، وتجلى ذلك باعترافه الصريح من خلال عدد من قراراته، بدستورية التشريعات المنشئة لها. وعدها أحد عناصر الحماية الدستورية للحقوق الفردية.

4- بسبب تعدد السلطات الإدارية المستقلة واختلاف النظام القانوني لكل سلطة إدارية مستقلة عن الأخرى، صدر عام 2017 تشريع خاص اشتمل على نظام خاص وموحد لعدد من هذه السلطات، كما ومنح السلطات العامة منها الشخصية المعنوية بشكل صريح.

5- لم يختلف موقف مجلس الدولة الفرنسي عن موقف المجلس الدستوري، وأكد من جانبه على ضرورة وجود مثل هذه السلطات.

6- تضطلع السلطات الإدارية المستقل بمهام ووظائف مهمة جداً, يغلب عليها الطابع التقليدي، وهذه المهام هي مهمة إبداء الرأي والاقتراح وفرض العقوبات وتسمية أعضائها وتعيينهم، علاوة على مهمة التنظيم والضبط.

7- اعترف المجلس الدستوري بمشروعية أن يعهد المشرع إلى السلطات الإدارية المستقلة مهمة وضع الأنظمة اللازمة لتنفيذ القانون. ولا يمكن أن تعد هذه الأنظمة من الأنظمة المستقلة التي يختص بها كل من رئيس الجمهورية ورئيس الوزراء. وعلى أن تمارس في مجالات محددة وتتوافق مع التشريعات والأنظمة.

8- اقر المجلس الدستوري بمشروعية قرارات فرض العقوبات الصادرة من السلطات المستقلة على أن تبقى خاضعة للمبادئ الدستورية شأن التشريعات العقابية، مثل مبدا افتراض براءة المتهم، والحق في الدفاع، ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

9- أظهر المجلس الدستوري ومجلس الدولة في كثير من أحكامهما توجههما في الاعتراف بصفة سلطة إدارية مستقلة لهذه السلطات. وأن التصرفات القانونية المنفردة الصادرة منها والتي تؤثر في المراكز القانونية تحمل صفة القرار الإداري، وتقبل الطعن أمام محاكم مجلس الدولة.

10- أما بخصوص السلطات الإدارية المستقلة ذات الاختصاص في مجال السوق، وبسبب الصفة التجارية لاختصاصها، فتتصف المنازعة المتصلة بهكذا اختصاص بسمة منازعة تجارية، لذلك كثيراً ما ينص القانون على اختصاص القضاء العادي بنظرها أو بجزء منها والذي يسوده الجانب الاقتصادي.

المقترحات–

1- نظراً لعدم وضوح موقف المشرع الفرنسي في منح الشخصية المعنوية لبعض هذه السلطات دون الأخرى، فالأولى منح الشخصية المعنوية لكل سلطة إدارية مستقلة، من أجل أن يكون هناك موقفاً ثابتاً منها، ولتكتمل عناصر الاستقلالية لها.

2- لقد أضحت هذه السلطات صورة حديثة من صور السلطات الإدارية في الدولة، ولها استقلالية في مواجهة السلطات المركزية واللامركزية، لا سيما بعد منح بعضها الشخصية المعنوية، الأمر الذي يحتم الاعتراف الدستوري بهذه السلطات إلى جانب السلطات المركزية والسلطات اللامركزية في الدولة.

المصادر

أولا– الفرنسية:

1.Bernard STIRN, les Sources Constitutionnelle du Droit administratif, 7e édition, L.G.D.J, lextenso éditions, Paris, 2011.

2.Didier ISRAËL, L'indépendance de l'Autorité de contrôle prudentiel, Revue française d'administration publique 2012/3 (n° 143).

3.Henri FOURNIER, La Commission de Contrôle des Banques [article], Revue économique, Année 1951 2-5 .

4.Katia LOBRE-LEBRATY Groupes bancaires coopératifs français : quel contrôle ? Recherches en Sciences de Gestion, 2014/2 (N° 101).

5.Marie-Christine de MONTECLER, Le statut général des autorités administratives indépendantes adopté, Publié sur Dalloz Actualité, édition du 21 décembre 2020.

6.Marie-Christine de MONTECLER, Le statut général des autorités administratives indépendantes adopté, le 12 janvier 2017.

7.Martine LOMBARD et Gilles DUMONT, Driot administratif, édition8, Hyper Cours Dalloz, Paris, 2009.

8.Olivier DOUVRELEUR, L'indépendance de l'autorité des marchés financiers, Revue française d'administration publique, 2012/3 (n° 143), p 747 – 758.

9.Pierre TIFINE, ' La Banque de France, personne publique sui generis, (Commentaire sous le jugement TC 16 juin 1997 Epoux Muet Société la Fontaine de Mars e a c/ Banque de France n°03054),Revue générale du droit on line, 2008.

ثانياً– العربية:

1. فارس عبد الرحيم حاتم، طبيعة الهيئات المستقلة في ظل الدستور العراقي لسنة 2005، مجلة كلية الدراسات الإنسانية الجامعة، النجف الاشرف، العدد3\2013، ص115.

2. سامية قلوشة، استقلالية السلطات الإدارية المستقلة وفق أحكام الدستور (دراسة مقارنة الجزائر– فرنسا)، مجلة العلوم السياسية والقانون، تصدر عن المركز الديمقراطي العربي، العدد 18، المجلد 3، تشرين الثاني، 2019، ص218-220.

ثالثاً– القوانين والأوامر والمراسيم:

1. تقنين الدفاع (Code de la défense)
2. تقنين الأمن الداخلي (Code de la sécurité intérieure)
3. التقنين التجاري (Code de commerce).
4. القانون المرقم (2003-706) الصادر في الأول من تموز 2003 بخصوص الأمن المالي.
5. القانون المرقم (2000-108) الصادر في 10 شباط 2000. المعدل بشأن تحديث وتطوير المرفق العام للكهرباء

6. القانون المرقم (2006-1537) الصادر في 7 كانون الثاني 2006 بشأن قطاع الطاقة.
7. القانون المرقم (2009-1503) الصادر بتاريخ 8كانون الأول 2009 بشأن تنظيم النقل بالسكك الحديدية..
8. القانون المرقم (808-77) الصادر بتاريخ 19 تموز 1977 المعدل بشأن بنشر وتوزيع استطلاعات الراي.
9. القانون المرقم (2013-1028) الصادر في 15 تشرين الثاني2013 بشأن استقلال القطاع السمعي البصري العام.
10. القانون المرقم (2005-516) الصادر في 29 أيار 2005 والمقننة في المواد (L.36-5) إلى L.36-13) من تقنين البريد والاتصالات الإلكترونية.
11. القانون المرقم (2015-912) والصادر في 24 تموز 2015 لمراقبة تقنيات التعليم.
12. القانون المرقم 78-17 المؤرخ في 6 يناير 1978 المتعلق بمعالجة البيانات والملفات والحريات.
13. القانون المرقم (2017-55) والصادر في 20 كانون الثاني 2017.
14. القانون المرقم (n°2004-1486) لعام (2004) الملغى.
15. القانون المرقم (2007-1545) الصادر في 30 تشرين الأول لسنة 2007 بشأن استحداث المراقب العام لأماكن الحرمان من الحريات.
16. الامر المرقم (2011-504) الصادر في 9 أيار 2011.
17. المرسوم المرقم (2009-1773) والصادر في (29) كانون الأول 2009 بشأن تنظيم الهيئة العليا لنشر المصنفات وحماية الحقوق على الإنترنت.

رابعاً- قرارات المجلس الدستوري الفرنسي:

1. القرار المرقم (n 96-378-DC)، بتاريخ 1996/7/23، متوفر على الموقع الإلكتروني للمجلس الدستوري.
2. القرار المرقم (2011-626 DC)، بتاريخ 29/آذار / 2011 حيث جاء فيه
3. القرار المرقم (n° 86-217 DC) بتاريخ 1986/9/18،
4. القرار الرقم (n° 86-224 DC)، بتاريخ 1987 /1/23،
5. القرار الرقم (n° 88-248 DC)، بتاريخ 1989/1/17.
6. القرار المرقم (n° 96-378 DC)، بتاريخ 1996/7/23.
7. القرار المرقم (n° 83-165 DC) الصادر 1984/1/20
8. القرار المرقم 84-181 n° الصادر في 10/11 /2019
9. القرار المرقم (2009-580 DC °) بتاريخ 2009 /6/10 توفر على الموقع الرسمي للمجلس:

10. القرار المرقم (DC 96-378 n°) ، بتاريخ 1997 /7/23.

11. القرار الرقم (DC 2011-626 ، بتاريخ 2011 /3/29.

خامساً- المواقع الإلكترونية:

1.http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73876&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=110495.

2.https://fr.wikipedia.org/wiki/Conseil_sup%C3%A9rieur_de_l%27audiovisuel(France)#Origines_et_statut.

3.http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0222.

4.http://www.hrcr.org/safrica/privacy/kruslin_france.html

5.http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Public-ations/Avis/Les-avis-rendus-par-le-Conseil-d-Etat-sur-questions-du-Gouvernement/Avis-du-Conseil-d-Etat-de-1993.

6.https://www.senat.fr/rap/r05-404-1/r05-404-15.html.

7.http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision

الملخص

يتركز محتوى الدراسة على موضوع السلطات الإدارية المستقلة، هذا النوع الجديد من السلطات التي بدأ ينتشر بشكل واسع قي التنظيم الإداري والسياسي في الدولة الحديثة التي تستهدف رفاهية مواطنيها. وذلك نزولاً عند الضرورات التي فرضتها التطورات الإقتصادية والإجتماعية والتكنلوجيا وحقوق الأنسان وحرياته. فكان لا بد لها أن تتناول تقسيم هذه السلطات وفق طبيعة النشاط الذي تقوم به، مع إستعراض للتطور التاريخي لهذه السلطات في فرنسا. وبيان إختصاصاتها في التنظيم والرقابة وفرض العقوبات من أجل تقديم الخدمات بالشكل الامثل.

وإذا كان إنشاء هذه السلطات وطبيعة الإختصاصات التي تمارسها قد أثار نوعاً من التداخل مع إختصاصات السلطات الإدارية التقليدية، المركزية منها واللامركزية، فقد تطرقت الدراسة الى التنظيم التشريعي لتشكيل هذه السلطات وإختصاصاتها، بالاضافة إلى موقف المجلس الدستوري من ذلك، ولا سيما القيمة الدستورية لوجود مثل هذه السلطات والضمانات الدستورية الواجب توفرها عندما تمارس إختصاصاتها. كما لم تغفل الدراسة عن تكييف التصرفات القانونية الصادرة عنها وطبيعتها القانونية ، ومدى خضوعها للرقابة القضائية، سواء تمثلت تلك الرقابة في رقابة مجلس الدولة الفرنسي أم في رقابة القضاء العادي.

ثوختة

ناظةرؤكا ظةكولينآ، بابةتآ دةستهةلاتيَن سةربةخؤ ييَن كارطيري دئازرينيت، ئةظ جؤريَ نوي ييَن دةستهةلاتيَن كارطيري ل ظيَ دويماهييَ ب شيَوةيةكيَ بةرفرةهـ ل ناظ ريَكخستنيَن كارطيري و سياسي ييَن دةولةتا هةظضةرخ بةربةلاظ بوون، ذثيَخةمةت خؤشطؤزاريا هاولَاتيان. ئةظ جةندةذي وةك كارظةدن و ثيتظييَن طةشةكرنا بواريَن ئابورى و جظاكي و تةكنةلؤذي و هةروةسا ماف و ئازادييَن مرؤظان دهيَنة سةثاندن. لةورِا مة ب فةرة زاني كو ظةكولين ئةظان دةستهةلاتا دابةشبكةت ل دويظ سروشتيَ ئةوان ضالَاكييَن ل ثةى دهيَنة ئةنجامدان، ل طةل نمايشكرنا ثيَشظةضوونا ميَذوويا ئةظان دةستهةلاتان ل دةولةتا فةرِةنسا. و هةروةسا رِونكرنا تايبةتمةنديَن ويَ ل بواريَن ريَكخستنيَ و ضاظديَرييَ و سةثاندنا سزايان ذثيَخةمةت ثيَشكيَشكرنا خزماتان ب باشترين شيَواز.

و ئةطةر دامةزراندنا ئةظان دةستهةلاتيَن نوي و سروشتيَ تايبةتمةندييَن ل ثةي دهيَنة ئةنجامدان جؤرة تةظلهةظبوونيَ ل طةل تايبةتمةندي و دةستهةلاتيَن كارطيري ييَن كلاسيك ضيَدكةت، ئةظجا ض ئةظ دةستهةلاتيَن كلاسيك مةركزي بن يان ذي نةمةركةزي بن، وةك رِونكرنةك و ذئيَك جووداكرنةك، ظةكولينيَ بابةتيَ ريَكخستنا ياسايي يا ثيَكئينانا ئةظان دةستهةلاتان و تايبةتمةنييَن ويَ يا ئازةراندي، ل طةل ديباركرنا هةلويستيَ ئةنجومةنيَ دةستوري ذوان دةستهةلات و تايبةتمةندیا، نةخاسمة بهاييَ دستوري ييَ هةبوونا ئةظان دةستهةلاتا و هةروةسا طةرةنتييَن دستوري ييَن ثيَتظي ل دةميَ ئةظ تايبةتمةندية دهيَنةبكار ئينان، و قةباريَ مةلكةضبوونا وان بؤ ضاظديَريا دادطةهيَ، ئةظجا ئةظ ضاظديَرية ض ل ئاستيَ ضاظديَريا ئةنجومةنيَ دةولةتا فةرِةنسي بيت يان ذي ل سةر ئاستيَ ضاظديَريا دادطةها ئاساهي بيت.

Abstract

The content of this paper concentrates on the topic of independent administrative authorities, this new type of authority which has begun to spread widely in the administrative and political systems in the modern state that targets the welfare of its citizens. This is due to the necessities imposed by economic, social, technology, and protection human rights and liberties. It had to deal with the division of these authorities according to the nature of the activity that competent with, along with a review of the historical development of these authorities in France. Furthermore, statement of their powers in each of regulation, control and imposing sanctions in order to provide services in the best way.

the establishment of these powers and the nature of their competencies raise a kind of overlap with the traditional administrative authorities, centralists and decentralists. The study touched on the doctrine of the Constitutional Council in this regard, and the constitutional value of the existence of such authorities, as well the constitutional guarantees that must be provided when they exercise their competencies. The study also did not neglect the qualification of the legal acts issued by them, legal nature, and the extent of judicial control upon them, which represented by the French Council of State or by the ordinary judicial courts.

دور مراكز البحوث البرلمانية في تفعيل أداء البرلمان
دراسة تحليلية لمركز بحوث برلمان إقليم كوردستان – العراق

رۆلی سەنتەرەکانی توێژینەوەی پەرلەمانی لە کاراکردنی کاری پەلەمان
دیراسەیەکی شێکاری بۆ سەنتەری توێژینەوەی پەرلەمانی هەرێمی کوردستان - عێراق

The role of Parliamentary Research Centers in activating the performance of Parliament
Analytical study of the Kurdistan Regional Parliament Research Center - Iraq

الدكتور شالاو صباح عبدالرحمن

أستاذ مساعد في كلية القانون بجامعة السليمانية – كوردستان – العراق

أستاذ مساعد محاضر في كلية القانون بجامعة جيهان – السليمانية

Dr. Shalaw Sabah Abdulrahman
Assistant Professor- College of Law
University of Sulaimaniyah
Kurdistan of Iraq

دور مراكز البحوث البرلمانية في تفعيل أداء البرلمان
دراسة تحليلية لمركز بحوث برلمان إقليم كوردستان – العراق

الدكتور شالاو صباح عبدالرحمن
أستاذ مساعد في كلية القانون بجامعة السليمانية
أستاذ مساعد محاضر في كلية القانون بجامعة جيهان – السليمانية

الكلمات المفتاحية:
مركز البحوث، الدراسات، البرلمان، الخبراء، الاستشارة.
دەستەواژە سەرەکیەکان:
وشەی دەستپێک: سەنتەری توێژینەوە، توێژینەوە، ئەرلەمان، زانایان (شارەزایان)، ڕاوێژ.
Key Words: Research Center, Studies, Parliament, The Experts, Advice

المقدمة

ازداد الاهتمام في أواخر القرن العشرين بمراكز البحوث والدراسات، وذلك لأن المؤسسات الحكومية والبرلمان كا نت بحاجة للحصول على المعلومات والاستشارات حول القضايا المختلفة في الحياة، ونظراً لتزايد وظائف البرلمان وتشعب برامج الحكومة، فإنه لا يكفي الاعتماد على كفاءة النواب للبلوغ إلى المستوى المطلوب في أداء وظائفها، بل يتطلب الأمر الاستعانة بخبرة الخبراء والفنيين في المجالات المتعددة، لذلك لجأت الكثير من البرلمانات إلى إنشاء مراكز للبحوث والدراسات البرلمانية، بهدف تقديم البحوث والدراسات حول المواضيع التي تطلبها النواب منها، وبالتالي أصبحت هذه المراكز البحثية في الدول المتقدمة السند المعاون للبرلمان، بحيث توفر لأعضائه البدائل والحلول والخيارات عن طريق تقديم المعلومات الدقيقة واللازمة، وتقدم لهم الأبحاث والتحليلات بشأن الموضوعات التي تطلبها النواب.

أهمية البحث

تتمثل أهمية هذا الموضوع في إن هذه المراكز البحثية تهدف إلى مساعدة أعضاء البرلمان وتفعيل دوره في ممارسة وظائ فه التشريعية والرقابية والنيابية، فضلاً عن أن هذا الموضوع هو موضوع حديث في الدول النامية ومن بينها العراق وإقليم كوردستان – العراق، إذ تم إنشاء هذا المركز في برلمان إقليم كوردستان – العراق في الدورة الانتخابية السابقة عام 2012، وإن هذا المركز لم يتشكل بشكل نهائي من حيث هيكله الإداري وتحديد مهامه، لذلك ستساعد هذه الدراسة في تطوير عمل المراكز البرلمانية بشكل عام ومركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق بشكل خاص.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة هذا البحث في إن الهدف من إنشاء مراكز البحوث البرلمانية هو أن تساعد البرلمان في ممارسة

وظائفه بالشكل المطلوب، ولكن يتوقف تحقيق هذا الهدف على أسس تشكيل هذه المراكز ومهامها، ووفي إقليم كوردستان- العراق نص النظام الداخلي للبرلمان على تكوين مركز البحوث في البرلمان، إلا أن هذا الأساس القانوني يعتريه الكثير من الثغرات والنواقص، وبشكل عام تتمثل مشكلة هذه الدراسة في: هل هناك نصوص قانونية صريحة تنظم كيفية تكوين وهيكلية مركز بحوث برلمان إقليم كوردستان – العراق؟ وهل يتم اختيار الخبراء والاستشاريين في المركز على معايير موضوعية؟ وما هي مهام وأهداف هذا المركز؟ فهذه الأسئلة السابقة بحاجة إلى الإجابة وسنحاول من خلال هذا البحث الوصول إلى إجابات هذه الأسئلة بغرض معالجة هذه الثغرات الموجودة في هيكلية ومهام المركز، مع بيان سبل تطور هذا المركز سواء من ناحية الهيكل الإداري أو من ناحية جودة الأبحاث والأعمال التي يقدمها المركز.

أهداف البحث

يهدف البحث إلى تحديد الإشكاليات والعقبات التي تواجه مركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان –العراق، ومحاولة وضع الحلول المناسبة لهذه العقبات مع بيان سبل تطور هذا المركز.

فرضية البحث

تدور فرضية هذا البحث في تفعيل وتطوير مراكز البحوث البرلمانية بشكل عام ومركز بحوث برلمان إقليم كوردستان – العراق بشكل خاص، بحيث يصبح هذا المركز السند المعاون للبرلمان في ممارسة وظائفه، ويؤدي إلى تفعيل دور البرلمان في الإقليم.

نطاق البحث

نطاق هذا البحث سيشمل دراسة النظرة العامة لمراكز البحوث البرلمانية بشكل عام، ومن ثم سيكون محصوراً من الناحية المكانية بدراسة مركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق.

منهجية البحث

نعتمد في كتابة هذا البحث على المنهج التحليلي، وذلك من خلال عرض وتحليل الأسس والبيانات المتعلقة بمراكز البحوث البرلمانية بشكل عام ومركز بحوث برلمان إقليم كوردستان – العراق بشكل خاص.

هيكلية البحث

لغرض دراسة موضوع البحث قسمنا البحث فضلاً عن مقدمته إلى مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول لماهية مراكز البحوث البرلمانية، وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول تعريف مراكز البحوث البرلمانية وتطورها التأريخي، بينما سنتناول في المطلب الثاني عوامل نشوء هذه المراكز وخصائصها، أما المبحث الثاني سنخصصه لمركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق، وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين أيضاً، سنخصص المطلب الأول لمركز بحوث برلمان إقليم كوردستان – العراق ومعوقاته، وسنبين في المطلب الثاني تطور مركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق، وفي الخاتمة سندرج أهم الاستنتاجات والتوصيات التي سنتوصل إليها من خلال هذا البحث.

المبحث الأول

ماهية مراكز البحوث البرلمانية

ازداد الاهتمام في العقود الأخيرة من القرن الماضي بمراكز الدراسات والبحوث العلمية في شتى المجالات وعلى مستوى جميع المؤسسات والسلطات في الدولة، بغية الاستفادة من مخزونها وتوظيف إمكاناتها المختلفة من أجل تمويل المعرفة والخبرة المتوفرة في كافة المجالات لخدمة المجتمع، ولأهمية الدور الذي تلعبها هذه المراكز البحثية في الدولة، ولمعرفة ماهية هذه المراكز وكيفية ظهورها وأهم خصائصها وأهدافها سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول تعريف مراكز البحوث وتطورها التأريخي، بينما سنخصص المطلب الثاني لعوامل نشوء هذه المراكز وخصائصها وأهدافها.

المطلب الأول

تعريف مراكز البحوث البرلمانية وتطورها التأريخي

من أجل توضيح مفهوم مراكز البحوث العلمية بشكل عام ومراكز البحوث البرلمانية بشكل خاص، وكيفية نشوء هذه المراكز البحثية سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول لتعريف المراكز البحثية، وسنتناول في الفرع الثاني التطور التأريخي لهذه المراكز البحثية.

الفرع الأول

تعريف مراكز البحوث البرلمانية

فيما يتعلق بتعريف مراكز البحوث البرلمانية لا يوجد تعريف خاص ومحدد بهذه المراكز، وكل ما هو موجود هي تلك التعاريف التي تتعلق بالمراكز البحثية بشكل عام[1]، ومن أبرز هذه التعاريف هي أنها "مؤسسات بحثية ذات طبيعة خاصة انتشرت في الولايات المتحدة الأمريكية بعد الحرب العالمية الثانية"[2].

وتعرف هذه المراكز البحثية بأنها "مراكز متخصصة تؤسس من عضو أو مجموعة من الأعضاء ذوي تخصصات متقاربة أو مكملة لبعضها تقدم خدمات أو دراسات استشارية أو بحثية أو علمية" أو عبارة عن "هيئات بحثية مكونة من فرق علمية حسب المجالات المطلوبة في ميادين متنوعة، تضم مجموعة من الخبراء والتقنيين والمتخصصين في مجالات محددة، يقوم هؤلاء الخبراء بأبحاث ودراسات حسب التخصصات بهدف حل المشاكل والتوصل إلى حلول، وتقديم الاستشارات والاقتراحات في شتى المجالات"[3].

---

(1) هناك تسميات عدة لهذه المراكز البحثية منها (بيوت الخبرة ومراكز البحوث) باللغة العربية و(Think Tank) باللغة الإنجليزية، أياً كانت تسميتها إلا أن هذه المراكز تشترك في وظيفة واحدة وهي البحث وتقديم تحليلات وبدائل للأفكار ذات الصلة بالهيئات الحكومية في المجالات المختلفة كالسياسية والاقتصادية والاجتماعية والعسكرية، ومن جانبنا سنعتمد تسمية مراكز البحوث في هذه الدراسة.

(2) د. جلال بنداري، تفعيل دور البرلمان وحاجته إلى بيوت الخبرة، دون مكان وسنة النشر، ص 49.

(3) مركز معارف المغرب، بيوت الخبرة حاجة برلمانية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني الآتي:
Last visit 24.3.2020.https://maarifma4rib.blogspot.com/2019/04/blog-67.htmi

فالقاسم المشترك بين التعاريف السابقة هو إن هذه المراكز البحثية تبحث في السياسات العامة وتقدم البحوث والأفكار البديلة للقضايا الموجودة في البلاد بهدف التوصل إلى الحلول المناسبة لها، ولذلك أصبحت هذه المراكز حاجة ملحة بالنسبة لبعض المؤسسات الحكومية والبرلمان أيضاً.

ومن خلال ما سبق يمكن أن نعرف مراكز البحوث البرلمانية بأنها "هيئة مجزأة من الهيكل التنظيمي للبرلمان، والتي تضم مجموعة من الخبراء والتقنيين والمستشارين في مجالات متعددة، ويقدم هؤلاء الخبراء البحوث والاستشارات والتحاليل بشأن الموضوعات المعروضة عليهم من قبل أعضاء البرلمان في كل مرحلة من مراحل التشريع أو الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة (في النظام البرلماني) بهدف إنشاء آراء وأفكار بديلة لأعضاء البرلمان".

ارتباطاً بما سبق، يوجد أكثر من نوع للهيئات التي تقدم البحوث البرلمانية، يتمثل النوع الأول بالبحوث التي تقوم بها اللجان البرلمانية، والثانية هي البحوث التي تقدمها إدارات البحوث البرلمانية، وقد تكون جزءاً من الهيكل التنظيمي لمكتبة البرلمان كخدمة أبحاث الكونغرس الأمريكي، أو تكون إدارات متخصصة وقائمة بذاتها مثل مراكز البحوث البرلمانية في بولندا والتشيك، أو تكون إدارات تابعة لهيئة رئاسة البرلمان كإدارة البحوث في مجلس النواب العراقي ومركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان- العراق، وإن هذا النوع من المراكز البحثية هو موضوع دراستنا هذه، لذلك سنسلط الضوء على هذا النوع دون غيرها، مثل المراكز البحثية التابعة للأحزاب السياسية والمراكز البحثية غير الحكومية التي يتم تمويلها ذاتياً أو بمعاونة الحكومة[1].

الفرع الثاني

التطور التأريخي لمراكز البحوث البرلمانية

بعد التغيرات التي طرأت في الولايات المتحدة الأمريكية بعد الحرب العالمية الثانية من النواحي السياسية والنزاعات المسلحة الحزبية، ظهرت لأول مرة مراكز البحوث العلمية، فبدأت هذه المراكز بعملها وبدأ تأثيرها يظهر في كافة نواحي الحياة، ومن بعض هذه القضايا التي قامت هذه المراكز ببحثها قضية (منع التلوث البيئي وإغلاق بعض القواعد العسكرية وإعادة تنظيم مكاتب البريد في الولايات المتحدة الأمريكية)، وكانت تتمثل مهمة هذه المراكز في توفير المعلومات والخدمات حول هذه القضايا ووضع البدائل لصانع القرار في البلاد، ومن بين هذه المراكز البحثية في الولايات المتحدة الأمريكية هي مؤسسة (بروكنجز Brookings Institution) و (معهد الدراسات المتعلقة بالسياسات Institute or Policy Studies)[2].

وفيما يتعلق بظهور مراكز بحثية برلمانية، أصدر الكونغرس الأمريكي قانوناً في عام 1914 لإنشاء قسم منفصل داخل مكتبة الكونغرس لخدمة الاحتياجات التشريعية، وفي عام 1970 تم تعديل هذا القانون وتم إعادة تنظيم هذا القسم تحت تسمية (خدمة أبحاث الكونغرس Congressional Research Service's CRS)، وبموجب هذا القانون المعدل تم توسيع نطاق الالتزامات القانونية والخدمات التي يقدمها هذا المركز، بحيث إن لهذا المركز دور بارز في جميع مراحل التشريع في الكونغرس من خلال توفير البحوث والتحليلات العلمية حول المشروع المعروض في

(1) د. علي الصاوي، تطوير عمل المجالس النيابية العربية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: http://www.arabparliamentaryinstitute.org/upload/article/2837233993.pdf last Visit: 25.3.2020.

(2) د. جلال بنداري، مصدر سابق، ص ص 45-46.

الكونغرس في الوقت المناسب، وإن هذه البحوث والتحليلات تتميز بالسرية والموضوعية وعدم التحيز الحزبي، بحيث يقوم الخبراء في هذا المركز بأبحاثهم بكل موضوعية ومصداقية دون تحيز، ويعمل في هذا المركز حوالي ستمائة موظف وهم محللو السياسات والمحامون والمختصون في التخصصات المختلفة[1].

إن إنشاء هذه المراكز البحثية البرلمانية لم يكن محصوراً بالولايات المتحدة الأمريكية فقط، ففي بريطانيا مثلاً هناك وحدة مكتبة برلمانية في مجلس العموم التي تقدم خدمات بحثية لإحاطة النواب في شتى المجالات وتقدم تدريب مكثف يساعد على بناء الخبرة والمهارات الخاصة[2].

وفي مصر أنشأ قطاع البحوث البرلمانية عام 1955، وهو كيان بحثي برلماني يضم نخبة متميزة من الكوادر المتخصصة في مختلف مجالات المعرفة، وتتمثل أهم اختصاصات القطاع في إعداد التقارير التحضيرية حول برنامج الحكومة وبياناتها المعروضة أمام مجلس الشعب المصري، ويقوم هذا القطاع بتحليل المناقشات التي تدور حول هذا البرنامج، وإعداد مختلف البحوث والدراسات التي تتطلبها احتياجات العمل البرلماني, وإجراء التحليل الإحصائي والبحوث الميدانية للمؤشرات والمتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وإعداد التقارير حول أداء وإنجازات المجلس في ضوء رصد ومتابعة أعماله[3].

أما في العراق لقد أنشيء دائرة البحوث في مجلس النواب وذلك بعد ما نص النظام الداخلي للمجلس على أن "يرتبط المستشارون بهيأة الرئاسة مباشرةً، ويكونون مسؤولين أمامها عن تقديم الاستشارة والخبرة للمجلس ولجانه الدائمية وإعداد التقارير والدراسات والبحوث التي تتعلق بأعمال المجلس واختصاصاته وأية مهام أخرى تكلفهم بها هيأة الرئاسة"[4].

ونلاحظ في صياغة النص السابق بأن هذا النص لم يبين من هم المستشارون؟ وكيف يتم تعيينهم؟ وماهي اختصاصاتهم؟ إذ يتضمن هذا النص الكثير من النواقص بشأن هذه الدائرة، وسنتناولها بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا البحث، فضلاً عن ذلك إن أعضاء هذه الدائرة هم المستشارون البرلمانيون، دون أن تضم خبراء وفنيين خارج المستشارين.

وفي إقليم كوردستان العراق، نص النظام الداخلي لبرلمان كوردستان – العراق على أن "كل من مركز البحث البرلماني ومديرية البروتوكول والتعاون الدولي مرتبط بهيأة رئاسة البرلمان"[5].

من خلال ما سبق يمكن القول بأن برلمان كوردستان العراق خطى الطريق نفسه الذي خطاه مجلس النواب العراقي، إذ كلاهما قاما بتنظيم مراكز بحوثهما من خلال النظام الداخلي للبرلمان، إذ نص على هذا المركز البحثي والجهة التي ترتبط بها دون أن يحدد أعضائها ومهامها وأهدافها، وهذا بالتأكيد يؤثر سلباً على مهام هذا المركز ودوره، إلا أنه

(1) ينظر: الموقع الرسمي لخدمة أبحاث الكونغرس الأمريكي على الرابط التالي:
https://www.loc.gov/crsinfo/about/ Last visit: 25.3.2020.
(2) ربيرت ماكيفر، تكوين الدولة، ترجمة: د. حسن صعب، دار العلم للملاين، سوريا، دون سنة النشر، ص 45.
(3) ينظر: الموقع الرسمي لقطاع البحوث في مجلس الشعب المصري على الرابط الإلكتروني الآتي:
http://www.parliament.gov.eg/RESEARCH_MAIN.aspx
Last visit:24.3.2020.
(4) المادة (3/147) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي.
(5) المادة (151) من النظام الداخلي لبرلمان كوردستان – العراق لعام 2018.

جاء في الموقع الرسمي لهذا المركز البحثي في برلمان كوردستان – العراق على أن أبرز مهام هذا المركز هي "إعداد المعلومات المتعلقة بالوظائف التشريعية والرقابية والنيابية للبرلمان وتقديمهم لرئاسة البرلمان وأعضاء البرلمان ولجانه، ويعمل المركز على تطوير أداء البرلمان بكل موضوعية ودقة"[(1)].

المطلب الثاني

عوامل نشوء مراكز البحوث البرلمانية وخصائصها وأهدافها

سنبيّن في هذا المطلب أبرز العوامل التي أدت إلى ضرورة نشوء هذه المراكز البحثية في البرلمانات بشكلٍ عام وفي برلمان إقليم كوردستان – العراق بشكل خاص، وكما سنتناول خصائص وأهداف هذه المراكز البحثية أيضاً، ولذلك سنقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول

عوامل نشوء مراكز البحوث البرلمانية

هناك عوامل عدة منها نظرية ومنها عملية أدت إلى ضرورة إنشاء مراكز البحوث داخل البرلمانات، ولغرض دراسة هذه العوامل سنعرض العوامل النظرية أولاً، ومن ثم سنتناول العوامل العملية ثانياً، والتي يمكن أن يختلف هذا النوع من العوامل من دولة إلى أخرى بسبب الخلفية العلمية ومدى كفاءة أعضاء البرلمان في هذه الدولة، أو بسبب دور وفاعلية البرلمان، وذلك كالآتي:

أولا/ العوامل النظرية

يوجد عاملان أساسيان تحتم وجود مراكز بحثية كوحدة داعمة فنياً وعلمياً داخل البرلمان وهما:

1. المبدأ الديمقراطي

يقضي هذا المبدأ بأن السلطة تكون بيد الأغلبية التي وافق عليها الشعب، والذي يجب أن يتمتع القابض على السلطة بالأهلية الأدبية والعقلية، بحيث ليس ضرورياً أن تكون الحكام كفئاً فنياً وخبيراً في كل المجالات، لأن الشخص الفني الممتاز في مجا ل معين من المجالات ليس حتماً أن يكون ممتازاً في ممارسة السلطة أو العمل البرلماني أيضاً، لذلك يكفي لشخص المرشح لعضو البرلمان إدراك الإدارة العامة (في بعض الدول والأقاليم الفدرالية ليس شرطاً أن تدرك الإدارة العامة على الأقل، بل يكفي أن يجيد القراءة والكتابة فحسب، كإقليم كوردستان – العراق حيث اشترط قانون انتخاب أعضاء برلمان كوردستان – العراق في المرشح أن يجيد القراءة والكتابة دون أن يكون حاصلاً على شهادة أكاديمية)، لذلك فإن دور المراكز البحثية يأتي مساعداً لعمل البرلمان من خلال تقديم البحوث والتحليلات العلمية وتقييم الخبراء والفنين الموجودين في هذه المراكز للقضايا التي تتعلق بأعمال البرلمان، لأن الكفاءة التقنية مثلاً مطلوبة في مناقشة بعض مشروعات القوانين أو مناقشة عمل من أعمال الحكومة أو التحقيق في قضية معينة كوسيلة من وسائل الرقابة البرلمانية، والتي لا تتوافر لدى غالبية أعضاء البرلمان كل هذه المعلومات والتقنيات الكافية لفهم ومناقشة هذه

(1) ينظر: الموقع الرسمي لبرلمان إقليم كوردستان – العراق على الرابط الإلكتروني الآتي:
https://www.parliament.krd/%D8%B3%DB%95%D9%86%D8%AA%DB%95%D8%B1%DB%8C-%D8%AA%D9%88%DB%8E%DA%98%DB%8C%D9%86%DB%95%D9%88%DB%95/ Last visit: 25.3.2020.

المشروعات، لأنها تتطلب كفاءة خاصة للنقاش وفهم الموضوع المعروض على البرلمان[1]، وارتباطاً بما سبق فإنه بموجب المبدأ الديمقراطي فيجب أن تكون الفرص مفتوحة أمام الشعب بأن تشارك في ممارسة السلطة من خلال الترشح لعضوية البرلمان ولكن بشروط تنظيمية منها شرط وجود خلفية علمية معينة لدى المرشح، ولكن هذه الخلفية العلمية غير كافية لفهم ومناقشة جميع القضايا التي تعرض عليه خلال فترة عضويته في البرلمان، وخاصة في ظل التطورات والتقدم السريع لكافة المجالات في الحياة وتشعبها في الوقت نفسه، وإذا حصرنا الترشح لعضوية البرلمان بالخبراء والفنيين فقط، سنبتعد عن تطبيق المبدأ الديمقراطي حينذاك، ولحل هذه العلاقة العكسية بين ضرورة وجود المعرفة والمعلومات الكافية لدى أعضاء البرلمان والمبدأ الديمقراطي يحتم وجود هذه المراكز البحثية لمساعدة ومعاونة أعضاء البرلمان طوال فترة عضويتهم في البرلمان.

2. المساواة بين السلطات

إن التساوي بين السلطات الدستورية في البلاد يضمن التوازن بينهما ويمنع سيطرة إحداها على الأخرى وخاصة السلطتان التشريعية والتنفيذية، بمعنى أن تكون السلطتان التشريعية والتنفيذية متساوية من حيث السلطة والنفوذ، وإذا كان أحدهما ذا نفوذ أكثر فيختل التوازن بينهما وتهيمن على السلطة الأخرى[2]، وإن الحفاظ على هذا التوازن يتطلب أن يكون لدى البرلمان مراكز بحثية متخصصة في المجالات التي تتعلق بأعمال البرلمان (التشريعية والرقابية والنيابية)، بحيث تعتمد هذه المراكز على نظام معلومات دقيقة وموضوعية، لأن لولا ذلك فإن احتكار السلطة التنفيذية لمراكز البحوث المتنوعة يعني تحكمها في العمل التشريعي على حساب البرلمان.

ثانياً/ العوامل العملية

فضلاً عن العوامل النظرية التي ذكرناها سابقاً، توجد عوامل عملية أخرى تقضي بضرورة الاستعانة بالخبراء والفنيين، وتتعلق بعض هذه العوامل العملية بطبيعة نشاط البرلمان، وتتعلق بعضها الأخرى بأعضاء البرلمان، وسنتناولها كالآتي:

1. في وقتنا الحاضر أمام النواب في البرلمان أعمال برلمانية كثيرة ومزدحمة ومتشابكة في الوقت عينه، خاصة في الدول التي لا تتمتع بالاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي والعسكري، فضلاً عن إن النواب في الدول ذات النظام البرلماني تقع على عاتقهم وظيفة مراقبة أعمال الحكومة ومسائلة المسؤولين الحكوميين عن أعمالهم، لذلك لا يستطيع النائب أن يقوم بكل الأعمال الموكلة إليه بمجهوده المنفرد ولا يستطيع أن يفكر ويدرس ويراجع المعلومات ويضطلع على أحدث التجارب والمعلومات حتى يستحدث الرأي في المشروع المفترض عليه مناقشته في البرلمان، أو في العمل الحكومي أو في القضية التي تراقبها، لذلك تعد هذه المراكز البحثية السند المعاون لأعضاء البرلمان، وتوفر له البدائل والحلول والخيارات عن طريق توفير المعلومات الدقيقة واللازمة لعملية اتخاذ القرار، وأن تقدم له الأبحاث

(1) د. محمد عزت فاضل الطائي ود. حسين جبر حسين، مراكز البحوث والمعلومات البرلمانية وسبل تطويرها، بحث منشور على الموقع الإلكتروني الآتي:
Last visit: 26.3.2020.https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=127140

(2) د.عبدالرضا حسين الطعان، تركيز السلطة السياسية لصالح السلطة التنفيذية في المحتمعات المتقدمة – نموذج فرنسا، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي ليبيا، 2001، ص141.

والتحاليل القانونية بشأن العمل الذي بين يديه[1] ، فضلاً عن ذلك إن متابعة كافة وظائف البرلمان خاصةً في الدول ذات النظام البرلماني بشكل صحيح ودقيق من قبل أعضاء البرلمان، بحيث أن يعطي الحق لكل وظيفة من الوظائف البرلمانية يتطلب الوقت من ناحية والدراية الكافية بالمعلومات والمعرفة في كافة المجالات من ناحية أخرى، وهذا عسير التحقق، لأنه كما بينا سابقاً، لا يوجد شخص يتمتع بالخبرة والكفاءة الكافية في جميع مجالات الحياة، وإن هذا العمل العسير يحققه المراكز البحثية وذلك عن طريق توفير الخبراء في كافة المجالات، وحسب العمل الذي بين يدي العضو البرلماني فيرجع إلى الخبير المختص في هذا العمل لحل الإشكالية أو إعطائه معلومات أكثر حول ذلك الموضوع وبالتالي ستساعده هذه المعلومات عند مناقشته لهذا الموضوع في جلسة البرلمان.

2. إن هذه المراكز البحثية بمثابة حلقة وصل بين النائب في البرلمان ونبض الشارع، وهي تعمل كمحرك لتوسيع مشاركة المواطنين في العملية السياسية وخاصة من قبل خيرة من الخبراء، وبالتالي يؤدي ذلك إلى انحسار احتكار الحكومة لعملية صنع القرار، وذلك عن طريق تقديم البحوث والتقييم للسياسات والبرامج الحكومية والمحالة إلى البرلمان.

3. إن اختلاف الخلفيات العلمية والثقافية لأعضاء البرلمان يجعل أكثرهم غير ملمين بالعمل البرلماني ذاته، لا سيما إلمام بهم بالقضايا العلمية المختلفة التي تحتاج إلى خبرة ودراية كافية من المعرفة، وبالتالي سيؤثر ذلك سلباً على أداء البرلمان عند ممارسة وظيفته، إضافة إلى ذلك إن كثافة الأعمال الفنية والقانونية المتخصصة سواء في مجال سن التشريعات والرقابة على أعمال الحكومة والتي تتطلب إعداد التقييمات والدراسات الدقيقة والموضوعية من قبل المختصين والفنيين في المجال المتعلق بالعمل المعروض على البرلمان[2].

4. فضلاً عن العوامل السابقة فإن أعضاء البرلمان في الدول النامية بشكل عام وفي إقليم كوردستان – العراق خاصةً بحاجة ملحة إلى ثورة معلوماتية، وتبدأ هذه الثورة من توظيف واستخدام التكنولوجيا في مجال أعمال البرلمان، وامتلاك قدرات فنية ووحدات لتخزين المعلومات، وتطوير نظم لإدارة المعلومات وإتاحتها للنواب في الوقت المناسب بكل مصداقية وموضوعية[3]، إن ضرورة وجود المراكز البحثية في البرلمانات أصبحت ركناً محورياً في عملية تطوير وتفعيل أداء البرلمان وذلك من جانبين: جانب الطلب على خدمات البحوث البرلمانية، والذي يتمثل في ضرورة تطوير الخدمات البحثية والقدرات التحليلية المتاحة للنواب، ويظهر ذلك من خلال زيادة طلب النواب على خدمات البحوث البرلمانية (في برلمانات الدول المتقدمة خاصةً) لتحليل وإثراء مناقشاتهم في البرلمان حول الموضوع المعروض للمناقشة، , وإن هذه الزيادة في طلب هذه الخبرات والدراسات تكون في الموضوعات المتخصصة والمستجدة كالاستنساخ البشري والهندسة الوراثية، أما الجانب الثاني هو العرض، إن التقدم المتسارع وإجراء التجارب والبحوث وبرامج تطوير البحوث وبرامج التدريب البرلماني في الدول المتقدمة كالولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وكندا، أدى

(1) محمود حسين، إنشاء بيوت الخبرة البرلمانية لمساعدة البرلمان، مقال منشور في الموقع الإلكتروني الآتي: https://www.youm7.com/story/2014/6/25/%D9%85%D8%B1%D9%83%D8%B2%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82%D9%89%D9%8A%D9%82%D8%AA%D8%B1%D8%AD%D8%A5%D9%86%D8%B4%D8%A7%D8%A1%D8%A8%D9%8A%D9%88%D8%AA%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%A8%D8%B1%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%B1%D9%84%D9%85%D8%A7%D9%86%D9%8A%D8%A9%D9%84%D9%85%D8%B3%D8%A7%D8%B9%D8%AF%D8%A9%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%88%D8%A7%D8%A8/1744350 Last visit:25.3.2020.

(2) محمود حسين، المصدر السابق، ص 83.

(3) د.علي الصاوي، مصدر سابق، ص 15.

إلى تراكم بحوث وتحاليل جمة حول مواضيع عدة في هذه المراكز البحثية، وجعل هذا التطور تلك المراكز منظومة فرعية متكاملة داخل المؤسسة البرلمانية.

الفرع الثاني
خصائص وأهداف مراكز البحوث البرلمانية

أولا/ خصائص مراكز البحوث البرلمانية

تتميز مراكز البحوث البرلمانية بشكل عام بعدة خصائص لكي تحقق الغرض الذي أنشأت من أجله، ومن أبرز هذه الخصائص هي:

1. **الموثوقية**: الميزة الأولى التي تتميز بها هذه المراكز البحثية هي أن تكون جميع الخدمات المقدمة من قبلها موثوقة، بحيث يتبع الخبراء والمحللون مناهج بحث صارمة خالية من التحيز، ويقدمون اقتراحات ناقدة، ويوثقون جميع المصادر، وهذا يعني إن المناقشات التي تجري من قبل أعضاء البرلمان حول موضوع معين تعتمد على تحاليل ودراسات دقيقة وموثوقة في آن واحد هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب أن تكون هذه البحوث والتحاليل متوجهاً نحو السياسة المستقبلية للبلاد، وأن تهتم بالتخطيط على المدى الطويل.

2. **الموضوعية**: إن عمل هذه المراكز البحثية تتميز بالموضوعية وعدم التحيز، إذ يقوم الخبراء بأبحاثهم حول القضايا المختلفة دون تحيز حزبي، وتقييم ومراجعة وفحص هذه البحوث والتحاليل المتقدمة من قبلهم لمرات عدة ضمان لكي تقدم هذه المراكز البحوث والتحاليل بطريقة مدروسة وعادلة وموضوعية[1].

3. **التعددية**: يجب أن يكون نطاق عمل هذه المراكز البحثية غير محصور في مجال واحد فقط، وأن لا تضم خبراء في مجال معين فحسب، بل من الضروري أن تضم مجموعة من الخبراء في مجالات متعددة ومختلفة، لأن عمل البرلمان لا يكون مقصوراً على مجال معين فقط، بل سيشمل كافة نواحي الحياة، فيقوم البرلمان بسن التشريعات لتنظيم جميع مجالات الحياة، وعند ممارسة الرقابة البرلمانية فأعضاء البرلمان يراقبون جميع الأعمال المختلفة التي تقوم بها الحكومة ولا يراقبون عمل معين من أعمالها فقط[2].

4. **السرية**: إن طبيعة أعمال هذه المراكز البحثية في البرلمان تتطلب أن تكون الاستفسارات والتحاليل التي تقدمها هذه المراكز لأعضاء البرلمان سرية، فمثلاً تقدم خدمة أبحاث الكونغرس الأمريكي جميع الاستفسارات والتحاليل لأعضاء الكونغرس بسرية تامة، ويتمتع جميع أعضاء الكونغرس بالحرية التامة في الوصول إلى الخبراء والطلب منهم التحاليل واستكشاف المشكلات، أو طرح أسئلة أو فكرة غير عادية دون أي تقييد أو إفشاء لهذا الموضوع أو التحليل أو السؤال المعروض عليه، إذ لا يناقش أي موظف في هذا المركز العمل المنجز مع عضو معين مع عضو آخر أو لجنة برلمانية أو مكتب آخر في الكونغرس أو مع أي شخص آخر خارج المؤسسة البرلمانية[3].

---

(1) ينظر: الموقع الرسمي لخدمة أبحاث الكونغرس الأمريكي على الرابط التالي:
Last visit: 25.3.2020.https://www.loc.gov/crsinfo/about/

(2) د. جلال بنداري، مصدر سابق، ص 50.

(3) ينظر: الموقع الرسمي لخدمة أبحاث الكونغرس الأمريكي على الرابط التالي:
https://www.loc.gov/crsinfo/about/ Last visit: 25.3.2020.

5. **السرعة**: يجب أن تلبي مراكز البحوث البرلمانية طلبات النواب في الوقت المناسب، أي عندما يلجأ النائب إلى هذا المركز لاستشارة الخبراء في موضوع معروض للمناقشة أمام البرلمان، فينبغي على هذا المركز أن يقدم خدماته واستشارته إلى النائب في وقت يستفيد منه النائب في مناقشة الموضوع عند انعقاد جلسة البرلمان بخصوصه، وليس بالضرورة أن يقدم المركز دراسات معمقة ومفصلة حول كل موضوع، بل بعض الطلبات يمكن تلبيتها في صورة بيانات أساسية أو نتائج موجزة للبحوث والدراسات، كي يحصل النائب على معرفة معينة حول الموضوع[1].

ثانياً/ أهداف مراكز البحوث البرلمانية

لمراكز البحوث البرلمانية أهداف عدة، إذ أنشأت هذه المراكز البحثية لتحقيقها ومن أبرزها[2]:

1. توظيف كوادر وخبراء ذات قدرة عالية على الاستجابة لمهمة تحليل وإعطاء المعلومات لأعضاء البرلمان، ويؤدي ذلك إلى زيادة قدرات أعضاء البرلمان التحليلية والبحثية اللازمة لرسم السياسات العامة والرقابة على أعمال الحكومة.

2. توفير البرامج والدورات التدريبية لأعضاء البرلمان بشكل عام أو حتى أعضاء المجالس المحلية بشكل خاص، وتعريفهم بالدور الهام لهذه المجالس النيابية ومهامها النيابية، وإعطاء المعلومات الحديثة لهم بشكل يؤدي إلى الارتقاء بمستواهم الادائي داخل هذه المجالس.

3. وضع السياسات وتقديم البدائل ووضع الحلول والخيارات أمام أعضاء البرلمان، وذلك من خلال توفير معلومات دقيقة ولازمة لعملية التشريع أو الرقابة على أعمال الحكومة.

4. تقوية نزعة الممارسات المدنية (عندما يكون المركز من المراكز المستقلة أو غير الحكومية) فهي بمثابة محرك لتوسيع مشاركة المواطنين في العملية السياسية، وبالتالي يؤدي ذلك إلى تعميق التطور الديمقراطي وتأكيد وتجسيد الممارسات الديمقراطية.

(1) المركز اللبناني للدراسات، ندوة تطوير العمل البرلماني العربي تقرير عام، المجلس النيابي اللبناني، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ص ص38-39.

(2) د.جلال بنداري، مصدر سابق، ص ص50-51.

المبحث الثاني

مركز البحوث البرلمانية في إقليم كوردستان – العراق

تناولنا في المبحث الأول مراكز البحوث البرلمانية بشكل عام، من حيث مفهومها وظهورها والعوامل التي أدت إلى نشؤها وأبرز خصائصها وأهدافها، إلا أن لهذه المراكز البحثية إشكاليات ومعوقات عدة تعرقل عملها وتؤثر على نوعية أعمالها التي تقدمها للنواب خاصة في الدول النامية، وأن هذه الإشكاليات والمعوقات تختلف من دولة إلى أخرى، إلا أنها تتمثل بشكل عام في هيكلية تنظيم هذه المراكز ومسألة تمويلها والضغوطات السياسية والحزبية عليها، وبما إن هذه الدراسة تتعلق بإقليم كوردستان – العراق، سنخصص هذا المبحث لدراسة الإشكاليات التي توجد في مركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق، وذلك من خلال تقسيمه إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول مركز البحوث في برلمان كوردستان – العراق ومعوقاته، بينما سندرس في المطلب الثاني كيفية تطوير هذا المركز في برلمان إقليم كوردستان العراق، بغية أن يؤثر على تفعيل أداء البرلمان في مهامه التشريعية والرقابية.

المطلب الأول

مركز بحوث برلمان إقليم كوردستان – العراق ومعوقاته

من أجل التعرف على المركز الموجود داخل برلمان كوردستان – العراق، والتي تقدم خدمات بحثية ومعلوماتية للنواب واللجان البرلمانية، وتحديد المعوقات التي تعتري هذا المركز، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنخصص الفرع الأول للتعرف على مركز البحوث في البرلمان وتأثيره على أداء البرلمان عند ممارسة نشاطاته، بينما سنتطرق في الفرع الثاني للمعوقات التي تقف أمام أعمال هذا المركز.

الفرع الأول

مركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق وتأثيره على أداء البرلمان

تأسس مركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق في دورته الانتخابية الثالثة في 2012/6/4 بقرار صادر من رئيس البرلمان، وذلك بهدف معاونة البرلمان عند أداء وظائفه التشريعية والرقابية، وبعد صدور النظام الداخلي لبرلمان إقليم كوردستان – العراق عام 2018 نص هذا النظام على أن "ترتبط كل من مركز بحوث البرلمان ومديرية برتوكول والتعاون الدولي بهيأة رئاسة البرلمان"[1]، أي إن الأساس القانوني لهذا المركز هو في البداية القرار الصادر من رئيس البرلمان عام 2012، ومع صدور النظام الداخلي للبرلمان عام 2018 أصبح هذا النظام الأساس القانوني لنشوء هذا المركز، وعلى هذا الأساس يقوم هذا المركز بمهامه ويقدم المعلومات والبحوث للنواب تحت رقابة وإشراف هيأة رئاسة البرلمان، إلا أن هذا النص يعتريه العديد من الثغرات منها ما يتعلق بشأن الهيكلية الإدارية للمركز وكيفية تعيين الخبراء والفنيين فيه، فضلاً عن عدم ذكر مهامه وأهدافه، فما الغرض من إنشاء هذه المراكز إذا لم يحقق أهدافاً معينة؟

وعند الرجوع إلى الموقع الرسمي للمركز على شبكة الإنترنيت نجد بأنه تم ذكر مهام وأهداف هذا المركز دون أن يسانده أي نص قانوني يحدد هذه المهام والأهداف، وقد جاء في الموقع بأن هذا المركز يقوم بـ "إعداد المعلومات المتعلقة

(1) المادة (115) من النظام الداخلي لبرلمان إقليم كوردستان – العراق لعام 2018.

بالأعمال البرلمانية (التشريعية والرقابية والنيابية) لرئاسة البرلمان وأعضائه ولجانه المختصة، ويعمل هذا المركز في تطوير مؤسسة البرلمان في أي مجال ووقت مطلوب، وإن المعلومات التي يقدمه المركز تتميز بالموضوعية والعمومية وتنسجم مع المعايير العالمية لمراكز البحوث البرلمانية"[1].

وفيما يتعلق بأهداف المركز، فقد جاء في الموقع الرسمي أيضاً بأنه تتمثل أهداف مركز البحوث فيما يلي[2]:

1. المشاركة في تقديم الخبرة والمعرفة لأعضاء البرلمان لمساعدتهم عند قيامهم بوظائفهم التشريعية والرقابية.
2. المشاركة في تقديم المعرفة للأقسام الإدارية في البرلمان من أجل أن تتمكن في تقديم أفضل الخدمات لمساندة أعضاء البرلمان.
3. مساندة بحوث البرلمان بهدف الوصول إلى أفضل مستوى لقيام البرلمان بوظائفه التشريعية والرقابية والنيابية.
4. نشر الثقافة البرلمانية على المستوى الداخلي والدولي لجميع فئات المجتمع.
5. على الصعيد الخارجي يشارك أعضاء المركز في المؤتمرات والاجتماعات المتعلقة بالبرلمانات الإقليمية والدولية.

وبعد ان عرضنا الأهداف التي يرمي هذا المركز إلى تحقيقها والمدرجة في الموقع الرسمي لبرلمان إقليم كوردستان – العراق، سنبدي عليها ملاحظات عدة من أبرزها:

1. إن ما تم درجه في الموقع الرسمي للبرلمان تحت عنوان المهام والأهداف لم ينص عليها النظام الداخلي للبرلمان، لأنه كما بينا سابقاً بأن النص الوارد في النظام الداخلي جاء خالياً من ذكر مهام وأهداف هذا المركز.
2. بالرجوع إلى أعمال ومهام المراكز البحثية لبرلمانات الدول المقارنة، نجد بأن من أهم أعمال هذا المركز هو فتح دورات تدريبية للنواب في المجالات المختلفة والمواضيع الحديثة وخير مثال على ذلك هو وحدة البحوث البرلمانية في مكتبة مجلس العموم البريطاني حيث تقدم تدريب مكثف للنواب يساعدهم على بناء الخبرة والمهارات الخاصة، ولكن لم نجد هذه الوظيفة المهمة من بين مهام المركز في برلمان إقليم كوردستان – العراق.
3. جاء من بين أهداف المركز بأنه يقوم بمساندة بحوث البرلمان، بمعنى أنه يساعد البرلمان ولجانه الخاصة عند قيامهم بالبحوث، إلا ان من المهام الأساسية لمراكز البحوث البرلمانية هو تقديم البحوث بأنفسهم في القضايا المستجدة والمعروضة على البرلمان، دون أن تساعد الهيئات واللجان البرلمانية في بحوثها الخاصة.
4. الهدف الآخر لهذا المركز هو نشر الثقافة البرلمانية لجميع فئات المجتمع، والسؤال المطروح هنا هل هذا هو عمل المراكز البحثية للبرلمانات أم عمل المؤسسات والمنظمات غير الحكومية؟ يجب أن يعمل هذا المركز على توفير الخبرة والمعرفة في شتى المجالات وفي أي مرحلة من مراحل التشريع وممارسة الرقابة البرلمانية لأعضاء البرلمان عندما يطلبون ذلك، وليس من مهام هذا المركز أن ينشر الوعي والثقافة البرلمانية للفئات المختلفة في المجتمع.

ومع ذلك وبحسب التقرير السنوي الذي صدر من قبل الدائرة الإعلامية لبرلمان إقليم كوردستان – العراق في

(1) نقلاً عن: الموقع الرسمي لبرلمان إقليم كوردستان – العراق، ينظر الرابط الإلكتروني الآتي: https://www.parliament.krd/%D8%B3%DB%95%D9%86%D8%AA%DB%95%D8%B1%DB%8C%D8%AA%D9%88%DB%8E%DA%98%DB%8C%D9%86%DB%95%D9%88%DB%95/ Last visit: 6.4.2020.

(2) نقلاً عن: الموقع الرسمي لبرلمان إقليم كوردستان – العراق، ينظر الرابط الإلكتروني الآتي: https://www.parliament.krd/%D8%B3%DB%95%D9%86%D8%AA%DB%95%D8%B1%DB%8C%D8%AA%D9%88%DB%8E%DA%98%DB%8C%D9%86%DB%95%D9%88%DB%95/ Last visit: 6.4.2020.

2014/12/26، "فإن المركز قام منذ بداية تأسيسه وبالتعاون مع المنظمات المحلية والدولية بـ 99 نشاطاً متنوعاً في العديد من المجالات لدعم العمل البرلماني وخصوصاً للجان البرلمانية، حيث كان قسم من هذه النشاطات عبارة عن تنظيم مؤتمرات وسيمنارات ومناقشات مفتوحة داخل وخارج البرلمان، وذلك لمناقشة مشاريع القوانين المقدمة إلى البرلمان والقرارات في المجالات المختلفة ودراستها، بالاستفادة من خبرة الأكاديميين وخبراء في المراكز العلمية في إقليم كوردستان – العراق وخارجه، ونظمت كل هذه النشاطات بمشاركة البرلمانيين وبالتعاون مع مديرية إعلام البرلمان، وأصدر المركز ستة بحوث وعشرة كتيبات ودليلاً وثلاثة مقترحات للمشاريع"[1].

ارتباطاً بما سبق، ونظراً للنشاطات والأعمال التي قدمها المركز، فالسؤال المطروح هنا: ما مدى تأثير هذه الأعمال على أداء البرلمان؟ وهل أدت إلى تفعيل دور برلمان إقليم كوردستان – العراق في المجال التشريعي والرقابي؟ وكإجابة على هذين السؤالين، بالنسبة للمجال التشريعي فإن أغلب البرلمانات ومن بينها برلمان إقليم كوردستان – العراق غير كفوء بالنظر لكثرة أعبائها وعدم قدرتها على الابتكار المباشر، وعدم قدرتها على إيجاد المناقشات الكافية في المسائل المهمة والجوهرية، حتى أصبح جهازاً للتسجيل الرسمي لصالح السلطة التنفيذية، وأصبحت مبادرة القوانين في أغلب الأحيان من قبل السلطة التنفيذية[2]، إضافة إلى ذلك إن السلطة التنفيذية لديها برامج ومعلومات كافية ومختلفة حول القضايا والتي تتسم بالتعقيد في بعض الأحيان، وعدم قدرة البرلمان على معالجتها ومناقشتها بدقة وبالشكل المطلوب فأدى ذلك إلى هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة التشريعية[3].

وفيما يتعلق بصياغة القوانين فإنه أمر معقد ويحتاج إلى خبراء في هذا المجال، لأنه ليس من الضروري أن يكون النواب ملمين بهذا الموضوع، وإن هذه المراكز البحثية ومن خلال خبرائها بإمكانها أن تعالج هذا الأمر، علماً إن صياغة تشريع معقد هي في العادة عملية جماعية، أي أنه بحاجة إلى مساعدة الآخرين، ويتحقق هذا عن طريق طلب المشورة من الخبراء في هذا المجال وفي المراحل المناسبة للتشريع[4] ، وإن ضعف المعلومات من النواحي التي بينا سابقاً لدى أعضاء برلمان إقليم كوردستان – العراق وضعف مركزه البحثي أدى إلى حصر اختصاصه التشريعي في موضوعات محددة، بينما الموضوعات المهمة والجوهرية والتي تتعلق بتنظيم السلطات العامة وتحديد اختصاصاتها كلها تهيمن عليها السلطة التنفيذية من خلال فرض ما تريدها عن طريق نواب الأحزاب الكبيرة وبالتالي إقرار القانون لصالحهم، لذلك فإن تطوير مراكز البحوث البرلمانية أمر حتمي لكي يؤثر بشكل تدريجي على أداء البرلمان وتفعيل دوره في هذا المجال.

أما بالنسبة للاختصاص الرقابي لبرلمان إقليم كوردستان – العراق فإنه ليس بذلك المستوى المطلوب، فإنه غير قادر على أداء هذه الوظيفة كما تؤديها برلمانات الدول البرلمانية المقارنة مثل بريطانيا وألمانيا وغيرها من الدول، في حين إن من مميزات البرلمان النشط هو البرلمان الذي يتدخل في كل جانب من الجوانب السياسة العامة في البلاد، ويتساوى

(1) نقلاً عن: فؤاد أحمد سليمان، استخدام البرلمانين للتكنولوجيا الحديثة للأعلام والاتصال في تفعيل الرقابة البرلمانية (دراسة ميدانية لأعضاء الدورة الانتخابية الرابعة لبرلمان كوردستان)، ط1، المركز العربي، القاهرة، 2018، ص ص 99-100.

(2) هارولد لاسكي، محن الديمقراطية، ج1، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، القاهرة، دون سنة الطبع، ص ص 97-102.

(3) عبدالرضا حسين الطعان، مصدر سابق، ص ص 309-311.

(4) د. أكرم الوتري، فن إعداد وصياغة القوانين، مطبعة العاني، بغداد، 1971، ص ص 12-13.

مع السلطة التنفيذية في عملية وضع السياسة العامة[1]، وتراقب أعمال الحكومة لضمان سيرها كما هو مقرر في القوانين الصادرة من قبله، إلا أن برلمان إقليم أصبح أداة بيد السلطة التنفيذية لإقرار البرامج والسياسات التي تضعها، دون أن تجري مناقشات موضوعية ودقيقة من قبل أعضاء البرلمان، وبعد إقرارها لا يلاحظ وجود متابعة ومراقبة من قبل أعضاء البرلمان على هذه الأعمال.

الفرع الثاني

معوقات مركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق

رغم الصعوبات والعراقيل التي واجهت الدورة الانتخابية الثالثة لبرلمان إقليم كوردستان – العراق وتعطيل أعماله لمدة من الزمن، إلا أن مركز البحوث كما بينا سابقاً قام بعدة نشاطات حول العمل البرلماني، إلا أن هذا لا يعني إن أداء هذا المركز كان على أحسن وجه ولم تعتريه النواقص والعقبات، وبالتالي إن هذه الإشكاليات تقف أمام أعماله وتؤثر سلباً عليه، ويؤثر بدوره على أداء البرلمان، ومن أبرز هذه المعوقات هي:

1. عدم تنظيم هذا المركز بموجب قانون، أي أنه لا يوجد أساس قانوني لتنظيم هيكلية هذا المركز ومهامه وأهدافه، بل أسس هذا المركز بموجب قرار صادر من رئيس البرلمان بناء على ما جاء في النظام الداخلي لبرلمان كوردستان – العراق فقط، في حين إن المراكز البحثية في برلمانات الدول المقارنة تم تأسيسها بموجب قانون، كخدمة البحوث في الكونغرس الأمريكي (CRS) إذ تم تأسيسه بموجب القانون الصادر من الكونغرس الأمريكي عام 1914 وتم تعديل هذا القانون عام 1970، وذلك لتطوير المركز من الناحية الإدارية والأعمال التي يقدمه المركز[2]، في حين إن المركز الموجود في برلمان إقليم كوردستان – العراق تأسس دون أن يكون هناك قانون يحدد هيكليته الإدارية، ويبين طريقة تعيين الخبراء والفنيين في المركز، دون أن يبين التزاماته وحقوقه أو مهامه وأهدافه، فكل هذه النواقص تعرقل أعمال هذا المركز بسبب عدم وجود أساس قانوني قوي وواضح كي يعتمد المركز عليه عند ممارسة أعماله.

2. العقبة الثانية أمام هذا المركز هي الجمود الحزبي، ويقصد بذلك وجود نظام حزبي صارم تفرضه الأحزاب السياسية على الأعضاء التابعين لها، ويحرمهم من إبداء رأيهم الشخصي باستقلالية، ويحول بعضهم إلى مجرد آلات ناطقة باسم حزبه[3]، وإن هذه السيطرة الحزبية على أعضاء البرلمان تظهر من خلال تثقيفهم لكي يدافع عن آراء الحزب ومبادئه وتحدهم بالمعلومات التي تساعدهم في عملهم البرلماني، وإن هذه المعلومات تقدم لهم من قبل مراكز البحوث التابعة للحزب والتي تنافس أعمال المراكز البحثية البرلمانية بشكل عام وإن هذه المنافسة تشتد في الغالب في الدول التي توجد فيها الهيمنة الحزبية[4].

---

(1) د. عباس حسين جواد وأزروقي عباس عبد، صياغة السياسة العامة (إطار منهجي)، بحث منشور في مجلة أهل البيت، العدد الأول ، سنة 2005، ص 106.

(2) ينظر الموقع الرسمي لخدمة البحوث في الكونغرس الأمريكي، المتوفر على الرابط الإلكتروني التالي: http://www.loc.gov/crsinfo/about/history.html Last visit: 6.4.2020.

(3) د. نعمان أحمد الخطيب، الأحزاب السياسية ودورها في أنظمة الحكم المعاصرة، منشورات جامعة مؤته، الأردن، 1994، ص ص 297-301.

(4) د. علي الصاوي، دور الدعم الفني في تعزيز عمل النواب، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر البرلمان الإقليمي حول تعزيز دورات برلمانيين العرب الذي نظمه الاتحاد البرلماني العربي ومجلس الأمة الجزائري بالتعاون مع ←

3. تعرض هذا المركز لضغط خفض الإنفاق، شأنه شأن بقية المؤسسات الموجودة في الإقليم، وإن مسألة التمويل المالي لهذا المركز مسألة مهمة، وله تأثير مباشر على كمية ونوعية الأعمال التي يقدمها المركز من جانب، ويؤثر كذلك على استقلالية المركز من جانب آخر. لأن طبيعة أعمال هذا المركز بحاجة إلى دعم مالي كبير بسبب نفقاتها المالية العالية، وعدم تخصيص ميزانية ثابتة ومستقلة ستؤثر سلباً عليه.

4. وأخيراً إن هذا المركز تنافسه المراكز الحزبية غير الحكومية والحكومية في الإقليم، لأن هذه المراكز توفر معلومات وبحوث بشكل اسرع وأدق، وذلك بسبب تخصيص تمويل مالي كبير ومستمر من قبل الأحزاب والجهات الأخرى، وبالتالي سيكون أعماله متوفرة بكثرة بين يدي الجميع ومن ضمنهم نواب البرلمان.

المطلب الثاني

تطوير مركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق

بعد أن تطرقنا في المطلب السابق لتكوين ومعوقات مركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق، لم يعد إلا أن نتناول كيفية تطوير هذا المركز من أجل أن يحقق الأهداف التي أنشئ من أجلها، وإن هذا التطوير سيتعلق بالهيكل التنظيمي ومستوى أدائه النوعي ومعايير تقديم خدماته، لذلك سنقسم هذا المطلب لفرعين، سنخصص الفرع الأول لتطوير الهيكل التنظيمي أو الإداري للمركز مع كيفية تطوير أدائه، بينما سنتطرق في الفرع الثاني لتطوير الخدمات التي يقدمها المركز.

الفرع الأول

تطوير الهيكل الإداري لمركز بحوث برلمان إقليم كوردستان – العراق وتفعيل أدائه

أولا/ تطوير الهيكل الإداري للمركز

عند تناولنا لمركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق تبين لنا بأنه أغفل المشرع الكوردستاني أن تبين في الأساس القانوني لإنشاء هذا المركز الهيكل الإداري له، إذ تأسس المركز بموجب قرار إداري صادر من رئيس البرلمان في الدورة الانتخابية الثالثة عام 2012، فإن هذا النقص الموجود بشأن كيفية تكوين وتنظيم هذا المركز أدى إلى إنشاء هذا المركز بشكل ناقص من حيث تعيين الخبراء والفنيين في المجالات المختلفة، لذلك إن هذا المركز بحاجة إلى إعادة بناء هيكليته بشكل يحقق ثباته من الناحية القانونية والإدارية من جانب، ويؤدي إلى رفع الجودة في البحوث والنشاطات التي يقدمها هذا المركز من جانب آخر، وهذا ما أكده تقرير برنامج الأمم المتحدة الإنمائي بشأن برلمان إقليم كوردستان – العراق، حيث أوصى التقرير بتطوير الإدارة البرلمانية ومن بينها مركز البحوث، حيث جاء في التقرير "تعزيز قدرات مركز الأبحاث والدراسات ليتمكن من إعداد الدراسات والمذكرات والملفات التي يطلبها أعضاء البرلمان، ولهذه الغاية يجب تزويده بالموارد البشرية (باحثون، أخصائيون متنوعون، حقوقيون...) والمادية اللازمة لإنجاز مهامه، ومن الأفضل أن تلحق المكتبة بمركز الأبحاث وأن تباشر تنظيم الأرشيف البرلماني في نطاق عملها، وأن تتحول تدريجياً إلى مكتبة إلكترونية"[1].

← برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، الجزائر، 20-22 أيلول 2005، ص2.

(1) نقلاً عن: تقرير عن المهمة الاستشارية الذي قدمه مستشار برنامج الأمم المتحدة الإنمائي السيد "إيلي ←

واستناداً إلى ما سبق، فإن إعادة الهيكل الإداري للمركز أمر حتمي، وبحسب التقرير فإنه يفضل دمج مكتبة البرلمان بهذا المركز إدارياً، وبشكل عام هناك ثلاثة نماذج تعتمد عليها هذه المراكز البحثية لهيكلها الإداري، ويتمثل النموذج الأول في الدمج: حيث يتم دمج المكتبة ووحدة البحوث في هيكل إداري واحد وأخذ بهذا النموذج البرلمان الاسترالي وتقرير الأمم المتحدة بشأن برلمان كوردستان – العراق والمشار إليه سابقاً، والنموذج الثاني يتمثل في التنويع والاستقلالية: فبموجبه يتم توزيع المهام البحثية والمعلوماتية بين عدة إدارات مستقلة، مثل مصر إذ يوجد في مجلس الشعب مركز المعلومات ومركز للبحوث البرلمانية (مهمته هو إعداد الدراسات حول القضايا السياسية العامة) وإدارة عامة للبحوث، أما النموذج الثالث والأخير فيتمثل في التنسيق المشترك: إذ يعتمد على التنسيق والإشراف المشترك لأنشطة البحوث وخدمات المعلومات البرلمانية، وأخذ بهذا النموذج كل من البرلمان البولندي والكونغرس الأمريكي والبرلمان المكسيكي[1].

وفيما يتعلق باختيار إحدى هذه النماذج السابقة لكي نعتمد عليها لإعادة بناء الهيكل التنظيمي لمركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق، فنتفق مع الطريقة التي حددها تقرير الأمم المتحدة والمتمثلة في طريقة الدمج مع الأخذ بالطريقة الأخيرة وهي التنسيق المشترك مع الوحدات الإدارية الأخرى داخل البرلمان مثل وحدة الإعلام، لأن الخبراء والفنيين بحاجة ملحة للكتب والمصادر العلمية لإعداد الدراسات والتحليلات المطلوبة منهم، وفي الوقت نفسه فإن التنسيق والإشراف المشترك بين الوحدات الإدارية الأخرى أمر ضروري ويؤدي إلى إنتاج نوعية أفضل من الدراسات والمعلومات وإيصالها بطريقة أسهل وأسرع للنواب.

وفيما يتعلق بطرق تعيين الخبراء والفنيين يجب أن يتم وضع معايير موضوعية وعلمية لكي يتم اختيارهم على أساسها، وأن يتم تشكيل لجنة برئاسة رئيس البرلمان ونائبيه وعدد من النواب لكي يتم اختيار هؤلاء الخبراء على أساس المعيار العلمي والخبرة التطبيقية في المجالات المتعددة فضلاً عن استقلالية هؤلاء الخبراء لكي تكون أبحاثهم ومشورتهم تكون أكثر علمية وصائبة في آن واحد، إضافة إلى وضع معيار العلم والموضوعية فإن تحديد سن معين لهؤلاء الخبراء في غاية الأهمية، فإن الحصول على الشهادة الأكاديمية غير كافية لتحديد خبرة هؤلاء، بل أن يجب أن يكون هناك خبرة تطبيقية متراكمة لدى الخبراء، وإن هذه الخبرة لا تتراكم إلا بعد مرور سنوات عديدة من العمل في تخصص الخبير، لذلك من الأفضل أن يكون سن الخبراء والفنيين خمسة وأربعين سنة فما فوق.

ثانياً/ تطوير أداء مركز البحوث

يتمثل التحدي الأصعب لتطوير هذا المركز في تطوير أدائه من خلال إعداد دراسات ومعلومات ذات جودة عالية، ويتحقق ذلك من خلال تعيين خبراء وفنيين في المجالات المختلفة، ويتم تعيينهم بكل موضوعية ودون تحيز حزبي ودون تدخلات، فضلاً عن اعتماد معايير المنافسة والخبرة العلمية والعملية في مجال تخصصه عند تعيين هؤلاء الخبراء، ولرفع أداء هذا المركز يجب الانتقال من الأسلوب القديم من إعداد البحوث إلى الأسلوب الحديث، بمعنى ليس بالضرورة أن يكون كل الدراسات معمقة ومفصلة، بل يجب أن يقدم المركز خدمات بحثية ومعلوماتية مبسطة، بصورة

← الخوري" إلى برلمان كردستان – العراق، 10-14 نوفمبر2013، ص 25.

(1) د. علي الصاوي، تطوير عمل المجالس النيابية العربية، مصدر سابق، ص ص17-18.

تعريفات وبيانات أساسية وملخصات موجزة بنتائج البحوث، لكي تتم المبادرة بهذه الأفكار في وقت مبكر، أي قبل انتهاء الجلسة والمناقشات البرلمانية حول الموضوع المعروض أمام البرلمان، لأن عامل الوقت من أصعب الأمور التي تواجه البحوث والخدمات المعلوماتية لمراكز البحوث البرلمانية، فالنواب في أغلب الأحيان يحتاجون استشارات ومعلومات شفوية عاجلة، وكثيراً يحتاج النواب هذه الخدمات خلال ساعات أو أثناء انعقاد جلسات البرلمان[1]، لذلك يجب أن تواجه مركز البحوث داخل برلمان إقليم كوردستان – العراق هذه التحديات المستجدة، وتكون مستعدة لرد طلبات النواب في الوقت المناسب، ويتم ذلك عن طريق تطوير قواعد البيانات والمعلومات بشكل يساعد النواب عند إجراء مناقشاتهم أثناء جلسات البرلمان، فضلاً عن ابتكار أشكال جديدة لتقديم الخدمات البحثية وتدريب العاملين في المركز على أدائها، مثل الرد على طلب النواب المستعجلة عن طريق الخدمات التليفونية والإلكترونية، وتزويد النواب بملخصات وأوراق معلوماتية موجزة أثناء المناقشات وأخيراً إعداد دراسات معمقة خلال فترة زمنية معينة حول القضايا غير المستعجلة.

الفرع الثاني

تطوير نطاق البحوث وأساليبها في مركز بحوث برلمان إقليم كوردستان – العراق

أولا/ تطوير نطاق البحوث في المركز

يجب أن تكون الدراسات المقدمة من قبل هذا المركز متنوعة ومختلفة، لأن البرلمان ساحة لمناقشة وإقرار مواضيع وبرامج حكومية مختلفة، إلا إن بعضاً من هذه المواضيع ذا أهمية وتتكرر سنوياً مثل الموازنة العامة وموضوع الصياغة التشريعية، لذلك يلاحظ في المركز البحثي للبرلمان البولندي مثلاً وجود وحدتين جديدتين للبحوث والتحليلات المالية وهما : مجموعة التحليل المالي، ومجموعة قوانين الموازنة[2]، وفيما يتعلق بمركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق يجب أن تكون خدمات البحوث في المجال المالي مؤهلة سواء كان ذلك من الناحية البشرية (وذلك عن طريق تعيين الخبراء في هذا المجال) أو من الناحية المعلوماتية.

وبالنسبة لموضوع الصياغة التشريعية فقد ازدادت أهميته في الدول بشكل عام وفي الدول النامية بشكل خاص، بشكل أن يأخذ بنظر الاعتبار المعايير والأحكام الحديثة في الصياغة التشريعية، وكما أشرنا سابقاً إن مسالة التشريع وصياغته أمر جماعي، ويحتاج إلى استشارة الخبراء في هذا المجال، ويجب اللجوء إلى الدراسات السابقة والمتكاملة في موضوع معين، والرجوع إلى أضابير وأوراق الموضوع التي لها فائدة كبيرة للمقنن، حيث يجد الآراء التدوينية بشأن الموضوع، فموضوع الصياغة التشريعية وعمل المقنن شأنه شأن المهندس المعماري الذي يقوم ببناء أو تعديلات إنشائية إذ يجب أن يعرف ماهية ما يقوم بتعديله، ففي مجال تعديل القانون النافذ، يجب الأخذ بنظر الاعتبار كل ما يتعلق بما يجري تعديله، وهذا يعني معرفة الأغراض والمبادئ الأساسية وتعابير القانون النافذ واصطلاحاته، وإلا كانت النتيجة فوضى تدعو إلى الارتباك[3]، ولتجنب هذا الارتباك والفوضى عند صياغة القوانين يجب أن يستعين البرلمان بالخبراء في هذا المجال (علماً بأن الخبراء في هذا المجال يجب أن تتوافر فيهم معايير وشروط عدة، منها أن يكونوا على دراية بالأمور

(1) د. علي الصاوي، المصدر السابق، ص 19.
(2) د. علي الصاوي، المصدر أعلاه نفسه، ص 21.
(3) د.أكرم الوتري، مصدر سابق، ص ص 10-12.

الدستورية والنظام القانوني في الدولة، وأن يكونوا ملمين بالمبادئ العامة لأصول القانون والقواعد الكلية وقواعد المنطق وا لأصول العامة، وأخيراً يجب أن يجمعوا المعرفة بقواعد اللغة وبالمفردات القانونية) وأن تكون هناك وحدات مستقلة ومختصة داخل مركز البحوث في البرلمان بالصياغة التشريعية.

ثانياً/ تطوير أدوات وأساليب البحث في المركز

مع التطور التكنولوجي في كافة الميادين في الحياة، يجب الاستفادة من هذا التطور، وذلك باستخدام الحواسب الآلية في العمل البرلماني والخدمات التي يقدمها المركز وخاصة في مجال التحليل الاقتصادي من خلال بعض برامج الحاسوب، وأساليب المحاكاة في المناقشات البرلمانية وأعمال لجانه، إضافة إلى ذلك إن استخدام هذه الوسائل الحديثة تساعد على مواجهة معضلة خدمات البحوث وذلك عن طريق إيصال الخدمات بشكل أسرع عن طريق البريد الإلكتروني مثلاً، وتساعد على تقليل النفقات أيضاً (استخدام التقنيات الحديثة يفرض تكلفة مالية كبيرة في البداية، إلا أنه تمويل استثماري ويحقق وفراً على المدى الطويل، فاستخدام الحواسب الآلية كشبكات معلومات ومراسلات يوفر الكثير من الإنفاق على طباعة التقارير والمهمات والأدوات المكتبية)[1]، ويقلل الوقت المطلوب لأداء الخدمة، وتتمثل هذه التقنيات الحديثة بشكل عام في الحواسيب الشخصية والإنترنيت وقواعد البيانات والأسطوانات المضغوطة والشبكات المحلية والبريد الإلكتروني وجهاز عرض البيانات وأية آلة أخرى يمكن استخدامها في العمل البرلماني.

(1) د. علي الصاوي، مصدر سابق، ص22.

الخاتمة

توصلنا في ختام هذا البحث إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات، ومن أبرزها:

أولا/ الاستنتاجات

1. أدت ازدياد مهام البرلمانات في العالم المعاصر إلى ضرورة إنشاء مركز بحثية علمية لمساعدة أعضاء البرلمان عند ممارسة مهامه، فكان هناك عوامل نظرية وعملية وراء تكوين هذه المراكز البحثية في برلمانات الدول المقارنة منها تشعب وازدياد مهام أعضاء البرلمان، فضلا عن ضرورة وجود خبراء وتقنيين أكفاء في المجالات المتعددة والمختلفة في الحياة، لكي تساعد أعضاء البرلمان عند ممارسة عمله.

2. وفي إقليم كوردستان – العراق تم إنشاء مركز البحوث في البرلمان في دورتها الانتخابية الثالثة، بقرار صادر من رئيس البرلمان، ثم بعد صدور النظام الداخلي للبرلمان عام 2018 نص كذلك على هذا المركز البحثي والجهة التي تربط بها دون أن يحدد أعضائه ومهامه وأهدافه.

3. إن تنظيم مركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان العراق هو تنظيماً مقتضباً جداً، بحيث لم يتم تنظيم كيفية تكوين المركز وهيكله الإداري، وطرق اختيار الخبراء أو حتة لم يتم الإشارة إلى مهام المركز وأهدافه، وهذا بالتأكيد أدت إلى عدم تحقيق ألهداف التي تنشأ هذه المراكز البحثية من أجلها في الدول المقارنة.

4. على الرغم من إن النظام الداخلي لبرلمان إقليم كوردستان – العراق جاء خالياً من ذكر مهام وأهداف مركز البحوث في البرلمان، إلا أن عند الرجوع إلى الموقع الرسمي للمركز على شبكة الأنترنيت نجد بيان بعض المهام والأهداف التي يسعى المركز إلى تحقيقها، فإن هذه المهام والأهداف المذكورة في الموقع الرسمي للمركز غير قانونية لأنه لا توجد هذه المهام والأهداف في النظام الداخلي للبرلمان هذا من جانب، ومن جانب آخر بعض من هذه الأهداف غير مرتبطة بأعمال ومهام البرلمان.

5. ومن أجل تطوير مركز البحوث في البرلمان يجب إعادة الهيكل الإداري للمركز بشكل يتم إدماجه مع المكتبة البرلمانية، مع ضرورة وجود التنسيق والإشراف المشترك مع الوحدات الإدارية الأخرى للبرلمان من أجل ضمان تقديم الخدمات للنواب، بالإضافة إلى تحسين أداء المركز من النواحي البشرية والمعلوماتية في آن واحد، فضلا عن توسيع نطاق الدراسات والبحوث ليشمل جميع مجالات الحياة مع الاهتمام الزائد بالمواضيع الجوهرية كالموازنة والصياغة التشريعية مثلا.

ثانياً/ التوصيات

1. نقترح للمشرع الكوردستاني إصدار قانون خاص بمركز البحوث في برلمان إقليم كوردستان – العراق، بحيث يبين هيكله الإداري بشكل مفصل وأن يدمج مكتبة المركز إداريا بهذا المركز، وان يحدد القانون شروط تعيين الخبراء والفنيين في المركز بحيث يكونوا من ذوي اختصاصات متعددة ويأخذ بنظر الاعتبار الشهادة العلمية والخبرة العملية عند تعيينهم واستبعاد جميع التدخلات الحزبية وغيرها في اختيارهم، فضلا عن تحديد أعمال هذا المركز بدقة، مع بيان الأهداف التي أنشئ المركز من أجلها.

2. حتى إصدار قانون خاص بتنظيم مركز البحوث في البرلمان بكل الذي بيناه في المقترح الأول، يجب أن يتم تطوير وتفعيل المركز، وذلك من خلال إصدار قرارات من رئاسة البرلمان تقضي بإعادة هيكلية المركز ويدمجه مع مكتبة البرلمان، وأن يتم تحديد معايير موضوعية وعلمية لاختيار الخبراء والفنيين في المجالات المختلفة في الحياة، فضلا عن توسيع نطاق الدراسات والبحوث المقدمة إلى أعضاء البرلمان، واستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة في إنجاز مهام المركز، بهدف توفير الوقت والمال.

قائمة المصادر

أولا/ الكتب

1. د. أكرم الوتري، فن إعداد وصياغة القوانين، مطبعة العاني، بغداد، 1971.
2. د.جلال بنداري، تفعيل دور البرلمان وحاجته إلى بيوت الخبرة، دون مكان وسنة النشر.
3. ربيرت ماكيفر، تكوين الدولة، ترجمة: د. حسن صعب، دار العلم للملاين، سوريا، دون سنة النشر.
4. د.عبدالرضا حسين الطعان، تركيز السلطة السياسية لصالح السلطة التنفيذية في المجتمعات المتقدمة – نموذج فرنسا، منشورات جامعة قار يونس، بنغازي ليبيا، 2001.
5. فؤاد أحمد سليمان، استخدام البرلمانين للتكنولوجيا الحديثة للأعلام والاتصال في تفعيل الرقابة البرلمانية (دراسة ميدانية لأعضاء الدورة الانتخابية الرابعة لبرلمان كوردستان)، ط1، المركز العربي، القاهرة، 2018.
6. د.نعمان أحمد الخطيب، الأحزاب السياسية ودورها في أنظمة الحكم المعاصرة، منشورات جامعة مؤته، الأردن، 1994.
7. هارولد لاسكي، محن الديمقراطية، ج1، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، القاهرة، دون سنة الطبع.

ثانياً/ البحوث العلمية

1. د. عباس حسين جواد وأزروقي عباس عبد، صياغة السياسة العامة (إطار منهجي)، بحث منشور في مجلة أهل البيت، العدد الأول ، سنة 2005.
2. د. علي الصاوي، دور الدعم الفني في تعزيز عمل النواب، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر البرلمان الإقليمي حول تعزيز دورات برلمانيين العرب الذي نظمه الاتحاد البرلماني العربي ومجلس الأمة الجزائري بالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، الجزائر، 20-22 أيلول 2005.
3. د. علي الصاوي، تطوير عمل المجالس النيابية العربية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي: http://www.arabparliamentaryinstitute.org/upload/article/2837233993.pdf
4. د. مُحَمَّد عزت فاضل الطائي ود. حسين جبر حسين، مراكز البحوث والمعلومات البرلمانية وسبل تطويرها، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، السنة 2017 المجلد 32، العدد الأول.

ثالثاً/ القوانين

1. النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي لعام 2013.
2. النظام الداخلي لبرلمان كوردستان – العراق لعام 2018.

رابعاً/ التقارير والمؤتمرات العلمية:

1. تقرير عن المهمة الاستشارية الذي قدمه مستشار برنامج الأمم المتحدة الإنمائي السيد "إيلي الخوري" إلى برلمان كردستان – العراق، 10-14 نوفمبر2013.
2. المركز اللبناني للدراسات، ندوة تطوير العمل البرلماني العربي تقرير عام، المجلس النيابي اللبناني، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي.

3. مركز معارف المغرب، بيوت الخبرة حاجة برلمانية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني التالي:
https://maarifma4rib.blogspot.com/2019/04/blog-67.htmi

خامساً/ المواقع الإلكترونية الرسمية

1. الموقع الرسمي لخدمة أبحاث الكونغرس الأمريكي على الرابط التالي:
https://www.loc.gov/crsinfo/about/
2. الموقع الرسمي لقطاع البحوث في مجلس الشعب المصري على الرابط الإلكتروني التالي:
http://www.parliament.gov.eg/RESEARCH_MAIN.aspx
3. الموقع الرسمي لبرلمان إقليم كوردستان – العراق على الرابط الإلكتروني التالي:
https://www.parliament.krd/%D8%B3%DB%95%D9%86%D8%AA%DB%95%D8%B1%DB%8C%D8%AA%D9%88%DB%8E%DA%98%DB%8C%D9%86%DB%95%D9%88%DB%95/

الملخص

مما لا شك فيه إن المعلومات والبحوث تعد من أهم أدوات تطوير العمل البرلماني وزيادة القدرة المؤسسية للبرلمان، لذلك عمدت البرلمانات في العالم إلى إنشاء مراكز البحوث لمساعدة اعضائها في ممارسة وظائفها، بحيث تضم هذه المراكز البحثية البرلمانية المختصيين والمدربين في إعداد الدراسات وتحليل المعلومات في كافة المجالات لتقدمها في الوقت المناسب لأعضاء البرلمان، وتأسس في برلمان إقليم كوردستان – العراق مركز البحوث بقرار صادر من رئيسه في دورته الإنتخابية الثالثة، وعلى الرغم من إن هذا المركز قدم نشاطات وأعمال عدة إلا أنه ليس بالشكل المطلوب، فليس لهذا المركز إلى الآن أساس قانوني سليم وواضح لكي يحدد مهامه وأهدافه، لذلك فإن هذا المركز بحاجة إلى تطوير هيكله الإداري ورفع مستوى أدائه وتوسيع مجال الدراسات والبحوث، فضلاً عن ضرورة إستخدام أساليب حديثة في إنجاز مهامه، ومن خلال هذا البحث تطرقنا إلى جميع هذه المسائل بهدف الإستفادة منها لتطوير المركز.

ثوختة

جيَي طومان نيية كة زانيارى و تويَذينةوة بة طرنطترين ثيَداويستى ثيَشكةوتني كار و زياتر كردنى هيَزى ثةرلةمان دادةنريَت، لةبةرئةوة ثةرلةمانةكانى جيهان كاريان كردوة بؤ دروست كردني سةنتةرى تويَذينةوة بة مةبةستى يارمةتيدانى ئةندامةكانى لة كاتي جيَبةجيَكردنى ئةركةكانياندا، لةبةرئةوةى ئةم سةنتةرى تويَذينةوة ثةرلةمانيانة ضةندين شارةزا و راهيَنةر لة خؤ دةطريَت كة ثسثؤرن لة ئامادةكردنى تويَذينةوة و شيكردنةوةى زانياريةكان لة سةرجةم بوارةكاندا، بؤ ئةوةى لة كاتي طونجاودا ثيَشكةشي ئةندامانى ثةرلةمانى بكةن، لة ثةرلةماني هةريَمى كوردستانى - عيَراقيش سةنتةريَكي تويَذينةوة بة بريارى سةرؤكى ثةرلةمان لة خولى هةلَبذاردنى سيَيةم دامةزرا، سةرةراى ئةوةى كة ئةم سةنتةرة ضةندين كار وضالاكى ثيَشكةش كردووة، بةلاَم لة ئاستي ثيَويستدا نةبووة، تا ئيَستا ئةم سةنتةرة بنةمايةكى ياسايى رووني نيية بؤ ئةوةى كار و ئامانجةكانى ئةم سةنتةرة ديارى بكات، لةبةرئةوة ئةم سةنتةرة ثيَويستى بة ثيَشخستنى ثيَكهاتةى كارطيَرى و بةرز كردنةوةى ئاست و فراوان كردني بوارى تويَذينةوةكانة، هةروةها بةكارهيَناني ثيَداويستى نويَ لة راثةراندنى كارةكانيدا، لة ريَطةى ئةم تويَذينةوةيةوة ئاماذةمان بؤ سةرجةم ئةو بابةتانة كردووة بة ئامانجى سوود طةياندن بؤ ثيَشخستنى سةنتةرةكة.

Abstract

There is no doubt that information and research are the most important means for developing parliamentary work and increasing the institutional capacity of Parliament. Therefore, parliaments in the world have established a research center to assist their members in the exercise of their functions, so that these parliamentary research centers include specialists and trainers in preparing studies and analyzing information in all areas to advance In time for members of Parliament, In the Parliament of Kurdistan Region - Iraq the Research Center was established by a decision issued by its president in its third electoral cycle, and although this center presented several activities and works, it is not as required, so this center does not have yet a clear legal basis in order to define its tasks and goals, therefore, This center needs to develop its administrative structure, raise the level of its performance, and expand the field of studies and research, in addition to using modern methods to accomplish its tasks, and through this research we touched on all these issues with the aim of benefiting from it to develop the center.

الأمن السيبراني – القيود والتحديات في ضوء قواعد القانون الدولي

ئاسايشى سيبرانى - هيَرشةكانى سيبراني- كوَد و ئالةنطيريةكانى لة ذيَر رؤشنايى ريَساكانى ياساى نيَودةولَةتى

Cyber security: limitations and challenges in light of the international law rules

الدكتور عبد الوهاب كريم حميد

أستاذ القانون الدولي والعلاقات الدولية المساعد

برنامج الدراسات الاستراتيجية بكلية الآداب وكلية الدفاع الوطني/ جامعة السلطان قابوس سلطنة عَمان

Dr. Abdalwahab Kareem Hamed

Assist. Professor of International Law and International Relations

Strategic Studies Program - College of Arts - National Defense College

Sultanate of Oman

الأمن السيبراني – القيود والتحديات في ضوء قواعد القانون الدولي

الدكتور عبد الوهاب كريم حميد
أستاذ القانون الدولي والعلاقات الدولية المساعد
برنامج الدراسات الاستراتيجية بكلية الآداب وكلية الدفاع الوطني
جامعة السلطان قابوس – عمان

الكلمات المفتاحية:
الفضاء السيبراني، الأمن السيبراني، الهجمات السيبرانية، الحرب السيبرانية.
وشة سةرةكيةكان:
ئاسؤى سيبرانى, ئاسايشى سيبراني, هيَرشةكانى سيبراني, جةنطى سيبرانى.
Key words cyberspace, cybersecurity, cyber-attacks and Cyber warfare.

المقدمة

مع التقدم العلمي والتكنولوجي الواسع الذي سمح للإنسان أن يخوض داخل عالم جديد لم يكن معلوما بالأمس، فقام بوضع دراسات كثيرة للتنبؤ بأحداث المستقبل القريب والبعيد ومحاولة التحكم بأحداث المستقبل وتطوراته في مجال المعلوماتية ، وهنالك العديد من المتغيرات والتحولات المؤثرة في تشكيل المستقبل ومنها الثورة التكنولوجية خاصة تكنولوجيا المعلومات ووسائل التواصل في ظل المتغيرات الدولية، أدت هذه التغيرات السياسية والتطورات التكنولوجية إلى ظهور أساليب لمحاولة التجسس على الدول وذلك لمعرفة خططها الحالية والمستقبلية والتجسس على المعلومات السرية وهو الذي يعرف حاليا بالقرصنة الإلكترونية في الفضاء السيبراني الذي يوصف بـ "التهديد المتصاعد لأمن الدول". أدت هذه الهجمات السيبرانية لظهور نوع جديد من النزاعات الدولية وذلك من خلال استغلال الأنظمة الإلكترونية الجديدة التي تستهدف القضاء على الدولة.

فمعظم العمليات الحيوية الموجودة على الأرض انتقلت إلى الفضاء الخارجي في صورة أقمار صناعية ومحطات فضائية وانتقل قطاع واسع من الحروب والمعارك والحوارات والثورات إلى العالم الافتراضي الذي صنعه الإنسان منذ اختراعه الكمبيوتر والذاكرة الإلكترونية وشبكات المعلومات[1].

حيث أصبح الأمن السيبراني (Cybersecurity) له دور كبير في التحولات البنيوية فقد تحول من تغير هيكلي

(1) المجذوب، محمد (2018)، الوسيط في القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة السابعة، ص814

إلى تغير في أنظمة الدولة، بحيث أصبح التطور التكنولوجي مرتبط بالمخاطر الأمنية المتزايدة، وأصبحت العلاقة بين التكنولوجيا وأمن الدولة علاقة طردية فبتطور التكنولوجيا تتزايد إمكانية تعرض الدولة لهجمات إلكترونية مختلفة الأساليب.

أصبح الفضاء السيبراني مجالا جديد لتسابق الدول الكبرى (الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا، والصين ...) للاستحواذ والهيمنة على هذا الفضاء لتحقيق مصالحها العليا، ولم يقتصر المجال السيبراني على الدول بل ان الأفراد أصبح لديهم القدرة على التحكم في أنظمة الاتصالات والحواسيب واختراق بعض أنظمة مؤسسات دولية مما شكل خطرا على امن تلك الدول.

ففي عالم الإنترنت اليوم، تسقط أنظمة، وتنهار مؤسسات، ويخلع رؤساء! كيف لا وهي حرب خارجة عن سيطرة الدول وأجهزتها، لا تعترف لاتفاقيات ولا معاهدات ولا مواثيق، وإبطالها افتراضيون. فقد ترك هذا التطور فراغا تشريعياً لدى العديد من الدول ووقفت أمامه النصوص القائمة عاجزه عن احتواء ما استجد على الساحة الجنائية من صور إجرامية مستحدثة[1].

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى:

– دراسة التهديدات للأمن السيبراني في ضوء التطورات التكنولوجية الحديثة حيث أصبح العالم بفضلها قرية كونية صغيرة.

–التعرف على اهم تحديات الأمن السيبراني التي لها دور في حركة التفاعلات والتحولات المتسارعة كحقل جديد في العلاقات الدولية.

إشكالية البحث:

– يعالج البحث إشكالية معرفة أبعاد التهديدات التكنولوجية، والعلاقة بين التطور التكنولوجي وتحديات الأمن السيبراني ضمن ضوابط قواعد القانون الدولي فالثقافة القانونية مازالت مشبعة بمفهوم النطاق القانون الدولي التقليدي، فكلما تم التصديق على معاهدة أو ترسخت مواقف اجتهادية أو ظهرت آراء فقهية تذهب إلى إعطاء الفضاء السيبراني وضعا قانونيا، فإنها تتخذ من النطاق الدولي التقليدي مثالا تحتذيه لجعل الفضاء السيبراني قابلا للانضمام إلى النظم القانونية السائدة أو المعروفة[2].

–طبيعة علاقة الأمن السيبراني بالهجمات السيبرانية في ضوء أحكام القانون الدولي.

لذا يعد الأمن السيبراني من أهم الأسلحة الأساسية التي تسعى الدول لامتلاكها وحمايتها من أي اختراقات لتأمين المعلومات العسكرية.

(1) خلف، سامية عبد الرزاق (2010)، التعدي على حرمة الحياة الخاصة باستخدام التكنولوجيا الحديثة، دراسة مقارنة"، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة – بغداد، ص112.

(2) المجذوب، محمد (2018)، المرجع السابق ص815

منهجية البحث:

تم اعتماد المنهج الوصفي التحليلي القائم على جمع البيانات والمعلومات حول المشكلة البحثية، وكذلك المنهج القانوني كلما دعت الحاجة له في هذه الدراسة.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في محاولة التوصل لمفهوم الأمن السيبراني وتحدياته وأثر الهجمات السيبرانية في الفضاء السيبراني على امن الدول واستقرارها، لقد تم اختيار موضوع مستقبل الأمن السيبراني لأنه يقوم بوضع قواعد قانونية للتقليل من آثار الهجمات الإلكترونية حيث توجد أنواع عديدة من التهديدات السيبرانية التي قد تهدد أمن الدول، وتقسم في العادة إلى ثلاثة أنواع أهمها: الهجمات على السرية، الهجمات على النزاهة، والهجمات على التوافر[1]. حيث أن الهجمات على السرية هي سرقة المعلومات المتعلقة بالحسابات المصرفية والسيطرة على الأموال ثم بيعها على الإنترنت بشكل غير قانوني. النوع الثاني هو الهجمات على النزاهة، ويعرف أيضاً باسم التسريبات وهي أن يجري المجرم الإلكتروني عملية اختراقية والسيطرة على المعلومات الحساسة ونشرها بهدف إفقاد الثقة في الشخصية. والهجمات على التوافر تعتبر النوع الثالث من التهديدات السيبرانية، والهدف منها هو عدم السماح للمستخدمين الوصول إلى بياناتهم الخاصة إلى أن يدفعوا رسوم مالية[2].

أصبح الفضاء السيبراني (Cyberspace) واقع والحروب الإلكترونية حقيقة لا مفر منها والتي تعتبر الجيل الخامس من الحروب. ويرى الكثير من الأكاديميين أنها نهاية الحروب في المستقبل"[3] .

الدراسات السابقة:

تناولت مجموعة من الدراسات سواء ما تعلق برسائل الماجستير أو أبحاث في مجلات علمية محكمة ظاهرة الأمن السيبراني والهجمات السيبراني واهم هذه الدراسات التي استعانت بها الدراسة هي:

- دراسة العنزي، ماجد بن خلاف حمود (2020) رسالة ماجستير بعنوان (الإرهاب السيبراني وانعكاساته على الأمن الوطني) جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، هدفت دراسة إلى التعريف بالإرهاب السيبراني وانعكاساته على الأمن الوطني. حيث أجريت الدراسة على جميع العاملين في مراكز العمليات الأمنية من أعضاء الجمعية السعودية لأمن المعلومات في المملكة العربية السعودية. من أهم الاستنتاجات المستخلصة من الدراسة أن الدافع الرئيسي للعمليات الإرهابية السيبرانية هو التوجهات السياسية لدى المنظمات الإرهابية، وأن من أهم عوامل تحقيق الأمن الوطني السيبراني هو استخدام أحدث أنظمة الحماية التقنية، وأوصت الدراسة برفع مستوى الوعي العام بأهمية الأمن السيبراني وبيان أنواع ووسائل تهديداته ومخاطره المحتملة. الا ان هذه الدراسة لم تتطرق إلى الهجمات السيبرانية بالفضاء

---

(1) عطاالله سعيد، (2020)، "ما هو الأمن السيبراني وما هي فوائده" تم الاسترجاع بتاريخ2020/12/30: (https://www.arageek.com/l/%D9%85%D8%A7%D9%87%D9%88)

(2) الغامدي، سارة (2018). ما هو الأمن السيبراني، تاريخ الاسترجاع بتاريخ 21 أكتوبر 2020 (https://www.attaa.sa/arabic_content/view/20)

(3) حكيم غريب، (2020)، "الإرهاب السيبراني والأمن الدولي: التهديدات العالمية الجديدة وأساليب المواجهة"المجلة الجزائرية، المجلد 2، العدد 5، ص104-119

السيبراني والقيود القانونية على ذلك وهو ما ستناوله بحثنا.

- دراسة الرفادى، بسمة يونس مُحَمَّد (2018) "الحروب السيبرانية وأثرها في التنظيم الدولي" جامعة بنغازي – كلية الآداب والعلوم بالمرج منشورات مجلة العلوم والدراسات الإنسانية، تناولت بالدراسة موضوع الحروب السيبرانية ، وأبرزت اهم التعريفات التي وضعت لها، حيث عرفتها بأنها: "وسائل أو طرق قتالية يتم من خلالها اختراق الأنظمة الإلكترونية لدولة ما بهدف تدميرها أو تعطيلها، الأمر الذي ينتج عنه قتل أو جرح لأشخاص مدنية وتعطيل كلي أو جزئي لمنشآت وأهداف عسكرية". كما استعرضت أبرز النماذج لها على الصعيدين العربي والدولي، وبحثت في ما إذا كان بالإمكان اعتبارها وسيلة قتالية حديثة ينطبق عليها القانون المطبق على العلاقات الدولية بين الدول في زمن الصراعات والحروب وخلصت الباحثة إلى أنها تعد وسيلة قتالية طالما أدت إلى الإضرار بالأفراد والمنشآت العسكر ية والمدنية سواء بشكل كلي أو جزئي الأمر الذي يستوجب معه تطبيق القوانين التي تحكم العلاقات بين الدول المتنازعة زمن الحروب كاتفاقيات جنيف والقانون الدولي الإنساني والمبادئ الواردة في ميثاق الأمم المتحدة والخاصة بحفظ الأمن والسلم الدوليين. لكنها لم تتطرق إلى التحديات التي تواجه الأمن السيبراني وتأثيرها على الأمن الدولي وهو ما سنتناولها في بحثنا.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى مبحثين ولكل مبحث خمس مطالب بالإضافة إلى المقدمة والخاتمة وكما يلي:

المبحث الأول

أبعاد التطورات والتهديدات التكنولوجية على الأمن السيبراني

يلاحظ ان سلبيات التطور التكنولوجي المعلوماتي تطغى على إيجابياته وذلك لارتباط التكنولوجيا بالعديد من العمليات الهجومية بين الدول وذلك لسرقة معلوماتها وتدمير أنظمتها مما يؤدي لإضعاف أمن الدولة بالتالي يؤدي للعديد من الخسائر المادية.

كذلك أن التطور التكنولوجي في عصرنا الحالي يهتم في جانب مهم وهو صناعة وتطوير الأسلحة المدمرة لذلك سوف يكون المستقبل مليء بالعديد من بالنزاعات والحروب نتيجة لاستخدام هذه الأسلحة. لذا سنتناول في هذا المبحث المطالب الآتية:

المطلب الأول

مفهوم الفضاء السيبراني وأنواعه والهجمات السيبرانية:

لا يوجد تعريف ثابت لمفهوم الفضاء السيبراني وذلك نتيجة لاختلاف طبيعة ونظام الدول حيث تم تعريفه على أنه عالم يتداخل مع عالمنا المادي يؤثران ببعض بطريقة غير مباشرة ومعقدة حيث تعتبر العلاقة أنها تكاملية وتحتوي على نتائج ومخاطر سلبية. وهنالك من وصفه باليد الرابعة للجيوش وهنالك من يرى أنه البعد الخامس للحروب وهو يتكون من أجهزة الحاسب الآلي وشبكات المعلومات.

وعرفته الوكالة الفرنسية لأمن أنظمة الإعلام ANSSI، وهي وكالة حكومية مكلفة بالدفاع السيبراني الفرنسي، بأنه" فضاء التواصل المشكّل من خلال الربط البيني العالمي لمعدات المعالجة الآلية للمعطيات الرقمية "[1] فهو بيئة تفاعلية حديثة، تشمل عناصر مادية وغير مادية، مكون من مجموعة من الأجهزة الرقمية، وأنظمة الشبكات والبرمجيات، والمستخدمين سواء مشغلين أو مستعملين . كما أن هناك من عرف الفضاء السيبراني بوصفه الذراع الرابعة للجيوش الحديثة.

مصطلح السيبرانية الآن هو واحد من أكثر المصطلحات تردداً في معجم الأمن الدولي، وتشير المقاربة الإيتيمولوجية لكلمة "cyber" إلى أنها لفظة يونانية الأصل مشتقة من كلمة ''kcybernetics'' بمعنى الشخص الذي يدير دفة السفينة [2].

كما يمكن الاعتماد على تعريف الاتحاد الدولي للاتصالات[3] الذي يصف الفضاء السيبراني بأنه "المجال المادي وغير المادي الذي يتكون وينتج عن عناصر هي: أجهزة الكمبيوتر، البرمجيات، الشبكات، حوسبة المعلومات،

(1) Olivier KEMPF (2012), Introduction à la Cyberstratégie, Paris, Economica, P 9.

(2) الامن السيبراني، الموسوعة السياسية الرابط تم الاسترجاع بتاريخ 2021/1/3: https://politicalencyclopedia.org/dictionary/%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%85%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%8A%D8%A8%D8%B1%D8%A7%D9%86%D9%8A

(3) The International Telecommunication Union, ITU Toolkit for Cybercrime Legislation, Geneva, 2010, P 12.

معطيات النقل والتحكم ومستخدمو كل هذه العناصر[1].

أما بالنسبة لخصائص الفضاء السيبراني فإنه يعتبر حقل افتراضي يعتمد على أجهزة الكومبيوتر والشبكات وقواعد المعلومات المخزنة حيث يتصف حاليا بأنه عصر رقمي أي يعتمد على التكنولوجيا ليتم تنفيذ هذه الهجمات حيث بتطور العصر تتطور هذي الأساليب الإجرامية. يصعب ملاحقة السبب الرئيسي لمن قام بهذه الهجمات الإجرامية ويصعب تحديد هوية الشخص.

يعرف الهجوم السيبراني (Cyber-Attack) بانه الاستغلال المتعمد لأنظمة الحاسب الآلي والشبكات والجهات التي يعتمد عملها على تقنية المعلومات والاتصالات الرقمية بهدف إحداث أضرار[2].

تختلف أنواع الهجمات السيبرانية ومنها:

- إيجاد كلمات المرور للمستخدمين واستخدامها لاختراق بعض الأنظمة.
- هجمات نبذ أداء الخدمة: وهي تعني حجب الخدمة أي عن طريق إرسال إعلانات وفيروسات لموقع ما وذلك لإبطاء عمله ولصعوبة الوصول لهذه المواقع وهي تعتمد على نوعين من الروبوتات القائم على اتصال ومنقطع الاتصال[3].

قد لا تكون جميع الاعتداءات في الفضاء السيبراني مجرمة في القانون الجزائي في بعض الدول، وذلك بالرغم من الأضرار التي قد تنشأ عنها، وفي هذه الحالة، تعتبر المضايقات والهجمات الإلكترونية سلوك غير ملائم ويتطلب قواعد وخطط للأمان السيبراني Plan Safety Cyber، حيث يجري التركيز على المخاطر العريضة الشخصية والاجتماعية الناتجة عن استعمال الحاسوب. أما عندما تكون هذه الأفعال، مجرمة جزائياً فتعتبر هذه الهجمات والمضايقات السيبرانية جرائم سيبرانية وتتطلب خطة وطنية لمكافحتها to Plan National Cybercrime Combat. أما حين تتمادى الاعتداءات لتطال الأمن القومي للدول، فنكون في صدد استراتيجية الأمن السيبراني Strategy Security Cyber، حيث يجري العمل على خطة لفضاء سيبراني آمن وموثوق، بحيث تكون الدولة قادرة على مجابهة الهجمات على البيانات والأنظمة، ولا سيما الهجمات التي تطال البنية الأساسية الحساسة والأنظمة المعلوماتية للأمن القومي. ويمكن القول إن العمل على توفير الأمان والأمن في الفضاء السيبراني يساهمان حكما في مجابهة الجرائم السيبرانية [4]، ويؤكد الاتحاد الدولي للاتصالات في دراسة صادرة عنه أن وضع استراتيجية لمكافحة الجرائم

(1) زروقة، إسماعيل (2019) الفضاء السيبراني والتحول في مفاهيم القوة والصراع، مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة محمد بوضياف الجزائر، المجلد 10، العد 2، ص1017.

(2)الضوابط الأساسية للأمن السيبراني (2018)، الهيئة الوطنية السعودية للأمن السيبراني، ص 32. تم الاسترجاع بتاريخ 2020/12/25https://www.ega.ee/wp-content/uploads/2019/03 /EssentialCybersecurity -Controls.pdf

(3) شلوش، نورة (2018). القرصنة الإلكترونية في الفضاء السيبراني" التهديد المتصاعد لأمن الدول". مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية. المجلد:8، العدد:2 ص190-191.

(4) Australian Government, Attorney General's Department,National Plan to Combat Cybercrime,http://www.ag.gov.au/CrimeAndCorruption/Cybercrime/Documents/National%20Plan%20to%20Combat%20Cybercrime.pdf, p. 6.

السيبرانية هو عنصر لا يتجزأ من استراتيجية الأمن السيبراني[1].

تمتلك شركات التكنولوجيا العديد من المعلومات وتعتبر قوة اقتصادية عالمية ولكنها أصبحت تطرح تهديدات تؤثر على أمن المجتمع والتي يمكن تفصيلها في:

- تهديد الأمن الوطني: أي بسبب ما توفره من برامج ومنتجات لبعض الدول وذلك لتهديد أمن واستقرار الدول كما حدث في الاتهامات الموجهة لروسيا بمحاولة التأثير في الانتخابات الأمريكية إعلانات الفيس بوك والتويتر أو استخدام الجماعات الإرهابية للتحريض ومن هذا المنطلق كشفت دراسة معهد بروكنجر في مارس 2015 أن تنظيم داعش استخدم 46 الف حساب للتويتر بين سبتمبر وديسمبر2014 في عملياته الإرهابية[2]، بينما أكدت دراسة أمريكية نشرت في 2017 أن ثماني هجمات من أصل 38 خطط، لها أو نفذت في الولايات المتحدة منذ 2014 وحتى 2017 نفذها أشخاص مدربون عبر الإنترنت.

ويمكن توضيح الأبعاد الأمنية ذات التأثير السياسي للأمن السيبراني في الاتهامات الموجهة حول التدخل الروسي في الانتخابات الأمريكية، وكذلك اشتعال فتيل الأزمة الخليجية، جرَّاء اختراق وكالة الأنباء القطرية، ونشر تصريحات مفبركة نسبت إلى أمير دولة قطر[3].

- اختراق المجتمعات: تقوم بعض الشركات التكنولوجية باستغلال المعلومات الشخصية التي تمتلكها فقد قامت شركة كمبردج أناليتيكا للاستشارات والتحليل السياسي التي تعاقدت معها حملة ترامب الرئاسية في عام 2016 بالوصول لبيانات 87 مليون مستخدم بهدف صالح ترامب[4]، وتعتبر المجتمعات العربية أنها تحتوي على أكثر جوانب سلبية لأن المجتمعات العربية مستهلكة للتكنولوجيا بعكس الغربية التي هي منتجة للتكنولوجيا.
- الترويج لأفكار معينة: تتظاهر العديد من الشركات أنها تمتلك أنظمة مختلفة وذات أمن قوي يصعب اختراقه ولكن هنالك العديد من الاتهامات الموجهة إليها فمثلا قام دونالد ترامب برفع شكوى ضد جوجل وبعض مواقع التواصل الاجتماعي وذلك بسبب عرضهم المعلومات السيئة عنه ولا توجد المعلومات الجيدة أي أن بعضها مزيفة. تم توجيه اتهامات لشركة جوجل بممارسة التحيز ضد الأفكار المحافظة في الولايات المتحدة لصالح أفكار الديموقراطيين.
- انتهاك الخصوصية: العديد من الشركات والمؤسسات التكنولوجية تمتلك قدرات تقنية عالية تستطيع من خلالها مراقبة الأشخاص ومعرفة مواقعهم ومعلوماتهم الشخصية، حيث اكتشفت جامعة نورث ايستسرن أن الإنسان يمكن تتبع موقعه حتى لو أوقف نظام GPS[5].

---

(1) ITU, Marco Gercke (2012), Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response, September p. 97

(2) عبدالله، حنين (2019)،" توظيف الصورة الصحفية في المحتوى الرقمي للتنظيمات الإرهابية ـ دراسة تحليلية لموقع العربية. نت" رسالة ماجستير غير منشورة بقسم الاعلام بكلية الآداب جامعة تكريت، ص111

(3) جبور، منى الأشقر (2012). الأمن السيبراني: التحديات ومستلزمات المواجهة. المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية: جامعة الدول العربية.

(4) فضيحة كامبريدج أناليتيكا (2018): فيس بوك تكشف أن تسريب البيانات أضر بـ 87 مليون مستخدم، تاريخ الاسترجاع بتاريخ 2020/12/25: https://www.france24.com/ar /20180405-D9%81%D8%B6%D9%8A%D8% AD%D8%A9

(5) نبيل، حسام محمد (2018)، الحروب السيبرانية في القانون الدولي تم الاسترجاع بتاريخ 2021/1/4: http://www.aitmag.ahram.org.eg/News/87977/%D9%85%D9%82%D8%A7%D9%84%D8

● دعم الممارسات الاحتكارية: تستطيع العديد من هذه الشركات باحتكار الأسواق حيث أن 90% من الأفراد يستخدمون محرك البحث جوجل فاستطاعت شركة جوجل أخذت ثلاثة أرباع مصاريف الإعلان الرقمي[1].

بالنسبة للتهديدات فالمستقبل سوف تتكاثر لاعتماد الأفراد على التكنولوجيا بشكل كبير، حيث يتوقع أن تقوم هجمات إلكترونية لسرقة المعلومات في جوانب مهمة سياسية واقتصادية وأمنية وعسكرية، ومعرفة خطط الدول المستقبلية ومحاولة إعاقة أهداف الدول المجاورة قبل تنفيذها.

المطلب الثاني

أشكال وأطراف الحرب السيبرانية

هنالك فرق بين الهجمات السيبرانية وبين من يتخذ المجال السيبراني فضاء له، فالحرب السيبرانية يعرفها "بولو شاكريانShakarian Paulo" بأنها:" امتداد للسياسة من خلال الإجراءات المتخذة في الفضاء السيبراني من قبل دول أو فاعلين غير دوليين، حيث تشكل تهديدا خطيرا للأمن القومي"[2] ويمكننا تقسيمها حسب شدتها إلى:

● حرب سيبرانية متعلقة بتحقيق متطلبات عسكرية: وذلك لتحقيق السيطرة المعلوماتية وإبطال عمل أنظمتها للفوز في المعركة، والمتوقع أن هذا النوع من الهجمات سوف يتزايد بشكل كبير نظرا لأهمية الجوانب العسكرية في تحقيق أمن الدولة.

● الحرب السيبرانية المحدودة: تركز فقط على تحقيق أهداف محدودة دون وجود أعمال مباشرة حيث تعتبر البنية التحتية الوسيلة وهذا النوع ليس شائعا في المستقبل لأن معظم أهداف المهاجمين تكون غير محدودة.

● حرب سيبرانية غير محدودة: تميز بأنها حرب شاملة من جانب الهدف من دون تمييز بين الأهداف العسكرية والمدنية وتؤدي لصنع حالة من الدمار بالتالي تتناقص قدرة الدولة على السيطرة، كذلك أنها تؤدي لخسائر مادية وبشرية كبيرة، والمتوقع أن هذا النوع لن يكون شاسعا فالمستقبل نظرا لأن الدول في عصرنا الحالي قامت برفع العقوبات الاقتصادية ووضعت العديد من القوانين لتحد من هذه الحروب.

لذا "فالحرب السيبرانية" يمكن أن تفهم بصورة عريضة على أنها حرب تجري في الفضاء السيبراني باستعمال واستهداف تكنولوجيا المعلومات والاتصالات[3] ، اما أطراف الحرب السيبرانية فتتعدد أطرافها وذلك لأن مساحتها مفتوحة سهلة الدخول ولا تتطلب وجود أي دولة معينة أو جهات متخصصة، ومنهم:

● الفاعلون من الدول القومية:

أوضح تقرير مؤسسة control risks احدى المؤسسات المستقلة في مجال استشارات المخاطر السياسية

---

(1) العربي، شحاتة (2018). تصاعد التهديدات الأمنية للشركات التكنولوجية الكبرى. اتجاهات الأحداث. أبو ظبي. العدد:28 ص31-32.

(2) Paulo & Jana Shakarian(2013), Andrew Ruef, Introduction to Cyber warfare, A multidisciplinary Approach, Elsevier, P 02

[2] ستيفن إليوت، "Analysis on Defense and Cyberwarfare," Infosec Island, 8 July 2010,https://www.infosecisland.com/blogview/5160-Analysis-on-Defense-and-Cyber-Warfare.html (hereinafter "Elliot").

والأمنية أن نسبة الزيادة في أعداد الهجمات السيبرانية ذات الدوافع السياسية خلال العالم 2015 بلغت 56%. ويتم استخدام الجنود أو المحاربون السيبرانيون.

● الفاعلون من غير الدول: تم فتح مجال كبير للأفراد العاديون ويمكنهم من خلاله استخدام سلطتهم. ويقوم بها الهاكرز الأفراد، جماعات المرتزقة السيبرانية، القراصنة الوطنيون، نشطاء القرصنة الإلكترونية والميليشيات السيبرانية[1].

المطلب الثالث

جدلية الصراعات الإلكترونية في الفضاء السيبراني وبزوغ القوة الإلكترونية للدول

كان الغرض من الحروب الماضية هو السيطرة على أرض واحتلالها ولكن الحروب الحالية تسعى لسرقة معلومات خاصة أو سرية أو إضعاف قدرة دولة من الناحية الإلكترونية بحيث لا يهم الجانب المادي وإنما المهم هو إضعاف أنظمة الحكم والسيطرة على الدولة.

الكثير من الدول وضعت حماية لجميع أنظمتها وذلك عن طريق استهدافها كوسيط أو حامل خدمات أو عن طريق إيقاف عمل الأنظمة فإن هذه الخطوة تعد مهمة وذلك لأن الإنسان يستطيع السيطرة والتحكم في هذا الهجوم. وتم إيجاد العديد من أجهزة الكومبيوتر التي تحتوي على عالم افتراضي تكون نتيجة لعمليات الاتصال ويستطيع الهاكرز من خلاله سرقة جميع المعلومات السرية والخاصة.

لكي تصبح الدولة في أمان وبعيدا عن المخاطر والهجمات الإلكترونية يجب عليها إعادة النظر في أسلحتها التي تستخدمها ضد أي نوع من الهجمات ويجب أن تقوم بإعادة فهم فكرة الأمن لديها بحيث توفر وسائل حماية كافية.

بالنسبة لفكرة القوة الإلكترونية فإنها تقوم بمسح معلوماتي أي تعمل بصورة شاملة لجميع أصناف قضايا الصراع الإلكتروني، بينما الحرب الإلكترونية تعني الطرق والأساليب العسكرية.

فلكي تمتلك الدولة نظام قوي آمن يجب التركيز على عناصر القوة الإلكترونية، فالمتوقع في المستقبل أن تتزايد عمليات القرصنة عن طريق إتلاف قواعد البيانات مما يؤدي إلى خلل وتدمير جميع أنظمة التشغيل، وتعد روسيا والصين والولايات المتحدة من أكبر الدول التي تمتلك قوى إلكترونية تستطيع توفير أكبر درجات الحماية والأمن ونتيجة لذلك اضطرت العديد من الدول لوضع أنظمة دفاعية لحماية نظم معلوماتها. حيث يعتبر الفضاء السيبراني تراثا مشتركا للإنسانية مثله مثل أعالي البحار والفضاء الخارجي وفق العديد من الآراء الفقيه القانونية[2].

المطلب الرابع

تداعيات الحرب السيبرانية على العلاقات الدولية

أصبحت الحرب السيبرانية (Cyber warfare) الذراع اليمنى للعلاقات الدولية، خاصة في مجال الصراعات لقد أصبحت الهجمات الإلكترونية أحد أسهل السبل للتأثير في العدو" والرد عليه، ومن دون تكاليف كبيرة، إذ بإمكانها إلحاق أضرار بمصالح الأفراد والمؤسسات والدول عبر اختراق المواقع الإلكترونية الحيوية وتعطيلها[3]، حيث تعتبر الحرب

(1) عبد العزيز، سارة (2017). الحرب السيبرانية. اتجاهات الأحداث. أبو ظبي. العدد:20 ص13-14.

(2) Anna Maria Balsano (2000), Un instrument juridique international pour le cyberspace? Analyse comparative avec le droit international de l'espace Extraatmosphérique, Collection: Droit du cyberspace, UNESCO, P 15

(3) محمود، خالد وليد (2013)،" الهجمات عبر الإنترنت ساحة الصراع الإلكتروني الجديدة"، مجلة سياسات ←

السيبرانية حرب غير مرئية تحدث بين الدول ستؤدي الهجمات السيبرانية لمجموعة من التداعيات فالمستقبل على صعيد العلاقات الدولية ومن أهمها[1]:

- استخدام الهجمات السيبرانية كأداة جديدة لتعزيز المكانة الدولية: حيث تعتبر سلاح يتم من خلاله تحقيق الرغبات، وتقدم روسيا نموذجا، جاءت الهجمات السيبرانية على استونيا كما حدث فالماضي عام 2007 وذلك لنقل تمثال الحقبة السوفييتية من العاصمة تالين.
- صعود أدوار الفاعلين من الدول المتوسطة والصغيرة وتحقيق انتشار علاقات القوة في السياسة الدولية.
- إطلاق سباق التسلح السيبراني.
- دخول الأمن السيبراني ضمن السياسات الدفاعية.
- توتر واحتقان العلاقات الدبلوماسية بين الدول بسبب التدخل السيبراني في الشؤون الداخلية.
- صعوبات تطبيق القانون الدولي على الحرب السيبرانية.

تم استخدام الحروب السيبرانية متوسطة الشدة في هجمات حلف الناتو في عام 1999 على يوغوسلافيا، حيث استهدفت الهجمات الإلكترونية تعطيل شبكات الاتصالات للخصوم أيضا[2]، برزت خلال الحرب بين حزب الله وإسرائيل في عام 2006، وكذلك بين روسيا وجورجيا في عام 2008، والمواجهات بين حماس وإسرائيل في عامي 2008 و2012.

المطلب الخامس

القرصنة الإلكترونية وتحديات الأمن السيبراني

اجتازت الهجمات الإلكترونية سرقة الأموال من البنوك، بل وصلت لمرحلة اجتياح أمن الموانئ عن طريق عصابات مكونة من مجموعات فقد لوحظ أن الأرباح المكتسبة من القرصنة الإلكترونية اجتازت الأرباح المكتسبة من تجارة المخدرات فالمتوقع في المستقبل سوف يزيد عدد المهاجمين الإلكترونيين ويقل عدد تجار المخدرات نتيجة لاختلاف كبير في نسبة الأرباح وهي الهدف الرئيسي وراء أي تجارة تحدث في عصرنا. ففي دولة الإمارات خلال عام 2015 لوحظ ارتفاع نسبة ضحايا الجرائم الإلكترونية لتصل إلى مليوني شخص.

وهذا ما يجعلنا ندرك أهمية تطور الأوضاع الحالية ويجب تصديها وردع هذا الخطر. حيث تعرضت العديد من الدول العربية لأكثر من 26 مليون عملية قرصنة وتختلف في أنواعها فمثلا لم تخلى مواقع التواصل من السطو على المعلومات الشخصية والصور الخاصة واستعمالها كوسيلة للوصول للهدف أي لابتزاز الآخرين. فالمتوقع في المستقبل أن يكون هنالك أنظمة جديدة تستخدم لتعقب أصحاب الهجمات وردعهم قبل تنفيذ هذه الجرائم كليا، لما لها من انخفاض لاقتصاد وأمن الدولة. وظهرت ما تسمى شركات الأمن السيبراني.

←

عربية العدد 5، تشرين الثاني/ نوفمبر، ص116

(1) عبد العزيز، سارة (2017). الحرب السيبرانية. اتجاهات الأحداث، أبو ظبي. العدد:20 ص16-17.

(2) Orian Bieber (2000), "Cyber war or Sideshow The Internet and the Balkan Wars", Current History 99, no. 635: 124-128,

وهنالك العديد من الدراسات تثبت أهمية الحاجة إلى شركات الأمن السيبراني[1]:

- في عام 2015، خسرت 57٪ من شركات الشرق الأوسط أكثر من 500،000 دولار أمريكي مقابل 33٪ عالمياً.
- في عام 2013، عانت بنوك الإمارات العربية المتحدة وسلطنة عمان من خسارة بلغت أكثر من 45 مليون دولار أمريكي بسبب واحدة من أكبر عمليات سرقة أجهزة الصراف الآلي الإلكترونية في المنطقة.
- ما حدث في عام 2014، عندما اخترقت كوريا الشمالية شبكة "Sony Pictures"، ودمرت خوادمها، وسربت معلومات سرية ردا على إطلاق فيلم "The Interview"، وهي كوميديا تصور اغتيال زعيم كوريا الشمالية، كيم جونغ أون[2].

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لتحديات الأمن السيبراني والجهود الدولية

سيناقش هذا المبحث طبيعة تحديات الأمن السيبراني والجهود الدولية واهم القيود الواردة عليه بالإضافة إلى اهم مؤسسات الدفاع للأمن السيبراني وأهدافها في حماية فضاء الدولة السيبراني من أي هجمات قد تتعرض لها الدول وكما يلي:

المطلب الأول

الأمن السيبراني والجهود الدولية لضمان السلم والأمن الدوليين

عرف الدكتور مُحَمَّد المجذوب، الحرب السيبرانية ((Cyber warfare)) بانها (مجموعة الأعمال العدائية الموجهة ضد معطيات الدولة الإلكترونية المخزنة أو المعالجة أو المتبادلة من حاسوب إلى آخر بهدف كشفها أو نسخها أو تعديلها أو إتلافها أو عرقله تدفقها (كالهجوم على أنظمة المراقبة الجوية، وأنابيب نقل الغاز والبترول، والمفاعلات النووية)[3]. فهي تمثل وسيلة حرب لضرب العدو دون تعريض حياة الجنود لأي خطر يذكر، حيث يستعاض نيابة عن الزج بالجنود.

يعد جوزيف.س ناي (Nye.S Joseph) من أبرز المهتمين بالقوة السيبرانية، حيث يعرفها بأنها:" القدرة على الحصول على النتائج المرجوة من خلال استخدام مصادر المعلومات المرتبطة بالفضاء السيبراني، أي أنها القدرة على استخدام الفضاء السيبراني لإيجاد مزايا للدولة، والتأثر على الأحداث المتعلقة بالبيئات التشغيلية الأخرى وذلك عبر أدوات سيبرانية[4].

---

(1) أبو زيد، عبد الرحمن (2019)، الأمن السيبراني في الوطن العربي.. دراسة حالة المملكة العربية السعودية تم الاسترجاع بتاريخ 2021/1/3: http://www.acrseg.com/41356

(2) أمل عسكر (2016) قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، الأمن السيبراني تم الاسترجاع بتاريخ 2020/28/1.
https://www.bahrainedb.com/business-opportunities/information-communication-technology/cyber-security/?lang=ar

(3) المجذوب، محمد (2018)، المرجع السابق، ص819.

(4) Joseph S.Nye JR (2010), Cyber Power, Harvard Kennedy School, P 03 . 2 Ibid, P 04.

عززت اتفاقيَّات جنيف الأربع" لكل دولة تخالف قواعد القانون الدولي وبنود اتفاقيات جنيف الأربع حول حماية الأشخاص المدنيين[1] بوسيلة تنفيذ جديدة تجسَّدت في نظام إلزامي لقمع المخالفات الخطيرة المحدَّدة في الاتفاقيَّات. فالأطراف في هذه الوثائق ملزومٌ بإحالةٌ المخالفين، مهما تكن جنسيَّاتهم، إلى محاكمهم وبإنزال العقوبة بهم، أو تسليمهم إلى الآخرين في حال إدانتهم[2].

ومن الجهود الدولية الأخرى ففي عام 2001 أنشأ الاتحاد العالمي للعلماء فريق الرصد الدائم لأمن المعلومات. وكان تقرير هذا الفريق، المعنون نحو نظام عالمي للفضاء السيبراني: إدارة التهديدات من الجريمة السيبرانية إلى الحرب السيبرانية، هو إحدى الوثائق الرئيسية التي قدمها المجتمع المدني إلى القمة العالمية لمجتمع المعلومات التي عقدتها الأمم المتحدة أولا في جنيف في 2003[3].

المطلب الثاني

القيود القانونية للأمن السيبراني والتحديات الأمنية

عالج ميثاق الأمم المتحدة القيود القانونية على استخدام القوة في القانون الدولي والعلاقات الدولية بين الدول حيث تنص المادة الثانية الفقرة الرابعة من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "يمتنع أعضاء الهيئة جميعا في علاقاتهم الدولية عن التهديد باستعمال القوة أوب استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أم على وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة".[4]

فالمادة 2 الفقرة 4 نصت بالحرف على ضرورة الامتناع عن استخدام القوة أو التهديد باستخدامها ضد سيادة الدولة بأية طريقة تتنافى وأهداف الأمم المتحدة المتمثلة في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين. فاكتسب مبدأ تحريم القوة استخدام في العلاقات الدولية القوة القانونية[5].

مع التطورات التكنولوجية غير المسبوقة ظهر مفهوم جديد وهو القوة السيبرانية، أو ما يعرف إعلاميًّا بـ "القوة الإلكترونية". فهل استخدامها أو التهديد باستخدامها يندرج تحت نطاق "القوة العسكرية" المحظورة بموجب المادة 2 فقرة 4 والتي يتطلب الإخلال بها تطبيق العقوبات المنصوص عليها في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة؟ أم إنها خارج نطاق الحظر المقصود؟[6]، وهنا وجب التفريق بين الهجمات سيبرانية ذات طبيعة العسكرية تتمثل في استهداف

(1) موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر تم الاسترجاع بتاريخ 2021/1/3:
https://www.icrc.org/ar/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm

(2) د. المجذوب، محمد (2018)، "القانون الدولي العام"، المرجع السابق، ص 888-889.

(3) حمدون إ. توريه (2011)،" البحث عن السلام السيبراني"، فريق الرصد الدائم لأمن المعلومات الاتحاد العالمي للعلماء، منشورات الاتحاد الدولي للاتصالات vi.

(4)موقع الأمم المتحدة:https://www.un.org/ar

(5)محمد، سيد طنطاوي (2020)، استخدام القوة ودوره في القانون الدولي، منشورات المركز الديمقراطي العربي، المانيا تاريخ الاسترجاع 2021/1/29 على الرابط: https://www.democraticac.de/?p=65986

(6) خليفة، ايهاب (2019)،" ما هو موقف ميثاق الأمم المتحدة من استخدام القوة السيبرانية في التفاعلات الدولية؟" منشورات مركز المستقبل للأبحاث والدراسات، ابو ظبي على الرابط تم الاسترجاع بتاريخ 2021/1/3:

←

البنى التحتية للدولة واستهداف النظام العسكري الحاكم وامن المعلومات العسكرية وهجمات سيبرانية ذات طبيعة غير عسكرية تشمل الحرب الإعلامية والنفسية ونشر الإشاعات والإرهاب السيبراني ونشر الفكر المتطرف وتحويل الأموال بصورة غير شرعية وغيرها.

وبما ان الغرض من الحرب هو قهر العدو وإجباره على الاستسلام ولهذا الغرض لا يجب استعمال وسائل تتعدى وتصل إلى الأعمال الوحشية، من خلال استعمال سلاح سيبراني قد يعطل برنامج تكنولوجي له عواقب وخيمة على حياة البشر أو الطبيعة.

فالقانون الدولي قد عالج قضايا كثيرة وعديدة مرتبطة بحماية حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية، وركز على الحقوق الفردية فجاءت اتفاقيات جنيف الأربع كأساس قانوني لحماية الأشخاص المدنيين في زمن الحرب (اتفاقية جنيف الرابعة)، وهو رغم ذلك بحاجة إلى مراجعة من قبل فقهاء لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة بسبب المتغيرات المتسارعة وطبيعة الحروب الحديثة المتمثلة بالهجمات السيبرانية. وتعدد مفاهيم الجديدة مثل (مبدأ سيادة الدولة، المسؤولية الدولية، مبدأي الصرورة والإنسانية..).

حيث يقع على عاتق الدول أثناء سير العمليات الحربية التزام بتجنب الإصابات العرضية في صفوف المدنيين والإضرار بالبنية التحتية المدنية أو تقليلها على أقل تقدير. وقد يؤدي التطور التكنولوجي يوما ما إلى تطوير أسلحة سيبرانية يمكنها في ظروف محددة التسبب في إصابات وأضرار عرضية أقل من الأسلحة التقليدية، لتحقيق الميزة العسكرية نفسها[1].

وجاء في البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1977 إذ نص على ما يلي: (يلتزم أي طرف سام متعاقد عند دراسة أو تطوير أو اقتناء سلاح جديد أو أداة للحرب، بأن يتحقق مما إذا كان ذلك محظوراً في جميع الأحوال أو في بعضها بمقتضى هذا الملحق للحرب أو اتباع أسلوب للحرب (البروتوكول) أو أية قاعدة أخرى من قواعد (القانون الدولي التي يلتزم بها الطرف السامي المتعاقد)[2].

حيث أضاف التطوُّر العلمي المذهل الذي شهده العصر الحديث عوامل مهمَّة جديدة كان لها، وسيكون، أثر عميق في تطوير قواعد القانون الدولي وتغَيير معالمها. إنَّها العوامل التكنولوجيَّة[3].

فمازالت جهود وضع قواعد قانونية تنظم استخدام الفضاء السيبراني كوسيلة حرب لم ترق بعد إلى مرتبة القواعد القانونية الملزمة الا عبر تحولها إلى عرف متواتر أو تدوينها في اتفاقية ومعاهدة دولية.

حيث أصبح الأمن السيبراني سلاح استراتيجي مهم بالنسبة للدول وخاصة الدول العظمى، حيث أصبحت الحروب السيبرانية وسيلة جديدة وجزء لا يتجزأ من التكتيكات الحديثة للهجمات والحروب بين الدول[4]. ومن يمتلك

←

https://www.futureuae.com/ar/Mainpage/Item/505

(1)لوران، جيسيل (2013)، مقابلة على موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر بتاريخ 2013/7/1:
https://www.icrc.org/ar/doc/resources/documents/interview/2013/06-27-cyber-warfare-ihl.htm

(2) المادة (36) من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف لسنة 1977.

(3) د. المجذوب، محمد (2018)، "القانون الدولي العام"، المرجع السابق، ص 79-110.

(4)دراسة (الامن السيبراني) موقع الهيئة المنظمة للاتصالات في لبنان على الموقع الإلكتروني تم الاسترجاع بتاريخ 2021/1/3: www.tra.gov.ib/cybersecurity-AR

استراتيجية السلاح السيبراني سيخلق له توازن الرعب أو أن يستخدمه كسلاح ردع لتحقيق السلام.

لان الهيمنة على النظام الدولي هو للدول التي تتقدم في التطور التكنولوجي وخاصة في المجالات العسكرية والأمنية وهو الذي يحدد مواقع الدول في سلم القوى الدولية في هذا النظام. لذا فمن يستطيع التحكم في الفضاء السيبراني سيتحكم في هرم النظام الدولي.

اجمع فقهاء القانون بأن أي هجوم أو اعتداء سيبراني (Cyber-attacks) يشكل حالة حرب، ومنهم القانوني بول روزنيفاغ المحاضر في جامعة جورج تاون[1].

فقد أشار المستشار القانون للجنة الدولية للصليب الأحمر (لوران جيسيل،Laurent Gisel)، بأن المادة 36 من البروتوكول الأول لعام 1977 تلزم الدول الأطراف بأن تكون الأسلحة الجديدة متوافقة مع أحكام القانون الدولي الإنساني[2].

حيث يصعب إيقاف الهجمات السيبرانية ولكن يمكن التقليل منها عن طريق وضع أساليب ومناهج جديدة وإعادة تكييف هذه المفاهيم ذات الطابع التقليدي لكي تتطابق مع المجالات الجديدة، حيث أولا يتطلب معرفة من قام بهذه الهجمات لكي يتم معرفة الهدف الذي يسعى إليه.

وهذه المتطلبات تتمثل في:

- الإيقاف السلبي، الاحتجاجات الدبلوماسية، القوانين الصارمة، العقوبات الاقتصادية والانتقام في الفضاء الافتراضي والعسكري: يتمثل الردع في التهديد، وذلك عن طريق الانتقام بنشر المعلومات الخاصة ولكن قد يكون الوضع معقد فيحتاج لتدخل عسكري نتيجة لوجود نتائج كارثية[3].

ومن أهم الاستراتيجيات المتبعة لردع الهجوم السيبراني:

- إيجاد أنظمة جديدة: إذا كانت الدولة تملك نظام قد تم اختراقه من قبل دولة أخرى ولم تقم بتغييره قد يؤدي ذلك لنتائج كارثية وخيمة، حيث يجب تجديد النظام بفترات منتظمة تجنبا لأي هجمات مفاجأة ممكنة فالمستقبل.
- إذا استطاعت هذه الدولة تجنب أي هجمات تحدث يجب أن تبتعد عن الوسط في ذلك الوقت تجنبا لأي محاولات أخرى وتعمل على إعادة تشغيل أنظمتها والسيطرة عليها.

ولكن بغض النظر من الحلول الموضوعة والتدابير والإجراءات المضادة فإن الدول النامية التي تمتلك الأموال وذات اقتصاد مرتفع سوف تستمر في المستقبل بالقيام باحتكارات مختلفة للعديد من الدول ذات إمكانيات أقل حيث يسهل السيطرة عليها والقيام بهجمات سيبرانية.

حيث يقترح الخبراء بمتابعة الشبكات بشكل دائم وملاحظة أي نشاط مثير للشك ووضع أنظمة قوية لحماية

---

(1) عكاشة، امير (2017) الحرب الإلكترونية صراع العالم الافتراضي: إنترنت في عالم اليوم أساس الاتصالات والتعاملات وأجهزة التحكم، ووسيلة للتجسس وأداة للحرب بمختلف صورها" تم الاسترجاع بتاريخ 2021/1/3:

www. felesteen.ps/prints/news/104454

(2) لوران، جيسيل (2013)، مقابلة على موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر بتاريخ 2013/7/1 المرجع السابق.

(3) شلوش، نورة (2018). القرصنة الإلكترونية في الفضاء السيبراني "التهديد المتصاعد لأمن الدول". مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية. المجلد:8، العدد 2 ص202.

الشبكات من الاختراق.

ونتيجة لاقتراب شبكات الإنترنت العادية والشبكات العسكرية تواجه الدولة العديد من التحديات في المستقبل ومنها[1]:

- استهداف البنية التحتية: مثلما حدث لأوكرانيا حيث تعرضت في عام 2017 لهجمة إلكترونية شملت المطار، المؤسسات المالية ومحطات الوقود.
- فقدان السيطرة على الأنظمة الإلكترونية: وذلك من خلال قيام مجموعة من المخترقين بمحاولة السيطرة على أجهزة التحكم عن بعد المستخدمة لأغراض عسكرية مثل الأقمار الصناعية يتم التحكم بها لتجسس كذلك السيطرة على الطائرات والغواصات وتوجيهها بهدف تدمير دول أو تدمير العلاقات بين الدول القريبة من بعضها البعض. فكما نرى في عصرنا الحالي بسبب تطور التكنولوجيا بشكل كبير فإن معظم الدول حاليا تستخدم التكنولوجيا في التحكم بأجهزتها وأسلحتها باعتباره أسهل للإنسان، وفي المستقبل الآلة ستحل محل الإنسان أي تقوم بمعظم أعماله لذلك سوف تزيد عمليات القرصنة الإلكترونية.
- تزييف البيانات والمعلومات العسكرية: وذلك لسرقة خرائط التسليح والأنظمة العسكرية مثلما حدث في أمريكا في عام 2008 تم نقل العديد من المعلومات والملفات السرية عن طريق وصلة USB.
- سرقة المعلومات والبيانات الاقتصادية: والذي يكون من خلال سرقة البنوك والشركات.

تتمثل المخاطر القانونية، في غياب الأمن القانوني، أو حتى في تناقض الأحكام والقوانين، وتنازع الأنظمة القانونية، من جهة اولى، وفي اتساع إمكانات، نشوء جنات للجريمة السيبرانية، من جهة ثانية. ويرتفع منسوب هذه المخاطر، مع انعدام التعاون بين البلدان المختلفة، أو حتى مع وجود تعاون، لا يضمن ملاحقة فاعلة، تتلاءم وطبيعة الأعمال والجرائم والاعتداءات السيبرانية، العابرة للحدود، وللأنظمة القانونية، والتي لا يقف توسعها على المستوى الجغرافي، بحيث تطال أي مواطن في أي بقعة من الأرض، بل يتعداها إلى توسعها على المستوى الموضوعي، بما يطال الدول، وامنها، واستقرارها[2].

اتجهت معظم الدول المتقدمة، إلى إقرار سياسات وقائية ودفاعية، ضد الهجمات السيبرانية، وخصصت الدول الكبرى، مثل الولايات المتحدة الأميركية[3]، واستراليا، والمملكة المتحدة، مبالغ طائلة، لمعالجة مسائل الأمن السيبراني، واستقرار الفضاء السيبراني. لأنه من الصعوبة بمكان تحديد هوية القائم بالهجمات السيبرانية عبر الإنترنت .

اما في بعض الدول العربية فقد شرعت قوانين متعلقة بالأمن السيبراني عبر مكافحة جرائم شبكات الاتصالات وتقنية المعلومات، وان كانت بطيئة الا انها غطت الكثير من الثغرات غير المنصوص عليها في القوانين الدولية.

---

(1) خليفة، إيهاب (2017). تنامي التهديدات السيبرانية للمؤسسات العسكرية. اتجاهات الأحداث. أبو ظبي. العدد:22 ص56-57.

(2) جبور، منى الأشقر (2012)، الأمن السيبراني: التحديات ومستلزمات المواجهة، اللقاء السنوي الأول للمختصين في أمن وسلامة الفضاء السيبراني، بيروت، منشورات المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية جامعة الدول العربية.

(3) PricewaterhouseCoopers, Cyber Security M&A: Decoding Deals in the Global Cyber Security Industry (Nov. 2011).

المطلب الثالث

أهداف الدفاع في الفضاء السيبراني

إنَّ أضرار استخدام الفضاء السيبراني قد تَحدث من دون أنْ يكون بالإمكان نسبة أي خطأ إلى الدولة عن الفضاء السيبراني، فمن الصَّعب بمكان أنْ يكون للبرامج المعلوماتيَّة الخبيثة مظهر خارجي يدلُّ على صفاتها وجنسيَّتها ممَّا يعقّد عملية الإثبات[1].

توجد العديد من الأهداف لكل دولة في سبيل الحفاظ على فضائها السيبراني من خلال ما يلي:

- حماية الممتلكات العسكرية: حيث تشمل حماية أنظمة التحكم، الأسلحة، الاتصالات الحربية ومحطات الطاقة النووية، كل ذلك للتعرف على خطط الدولة المستقبلية والتعرف على الأسلحة المستخدمة للتقليل وإضعاف أمن الدولة لكي يتم مهاجمتها بسهولة.
- حماية المعلومات والبيانات العسكرية: حيث تشمل بيانات الأشخاص الذين يعملون في القوات العسكرية وتتضمن الاسم والرتبة ومكان الإقامة وخطط التسليح أو نماذج الأسلحة المستعملة من قبل الأشخاص.
- حماية البنية التحتية: حيث تشمل قواعد البيانات الحكومية وقطاع الاتصالات.
- تقوية وتجهيز وحدات الحرب الإلكترونية: حيث تكون جاهزة في أي حالة هجوم مفاجأة لتصدي الهجوم والتقليل من الآثار السلبية، كل ذلك لتحقيق الأمن الدولي وإيقاف تداعيات هذه الهجمات ولكي ينشأ جيل ذا قدرات عالية ونظرة مستقبلية واضحة.
- محاولة إيقاف الهجمات الإلكترونية: وذلك من خلال رفع تكاليف الهجوم على الدول الأخرى، ففي عصرنا الحالي نرى تطور التكنولوجيا حيث تمكننا أن نتتبع أثر أو مكان بدء هذا الهجوم بسهولة فتستطيع الدولة أن ترفع تكاليف الهجوم للتقليل من الهجمات الإلكترونية من تلك الدولة.

وتحول الفضاء السيبراني، إلى فضاء تغزوه التهديدات، وتسافر في فضائه المفتوح الهجمات، التي استثمر أصحابها سماته الفريدة، وانفتاحه غير المحدود، في ممارسة هجمات مؤثرة، قد ينشأ عنها تخريب جزئي أو كلي في الكيانات الرقمية المستهدفة، سواء كان مستقرها في فضاءات سيبرانية تعود إلى مؤسسات عسكرية، أو أمنية، أو مواقع حكومية، أو بحثية، أو صحية، أو تعليمية. لقد أضحت جميع الكيانات المقيمة في الفضاء السيبراني عرضة للتهديدات والهجمات التي تسافر مع قنوات الفيض الرقمي الذي يتدفق في الفضاء السيبراني الجديد[2].

---

(1) عندما تعرَّضت أستونيا لهجوم سيبراني عام 2007 وُجِّه اتِّهام إلى القراصنة الرُّوس. ولكن بعد سنتين من التحقيق الدؤوب حدَّد خبراء استونيا أماكن انطلاق الهجمات من مصر والولايات المتحدة الأميركيَّة وفيتنام... وأَتَت روسيا في المرتبة الثامنة. راجع ما كتبه

Vincent Nouyrigat" ,Cyberguerre: Pourquoi Elle ne ressemble à rien de connu", Science & Vie, no 1159, april 2014, p. 77

(2) الرزو، حسن مظفر (2017)، الحضور العربي-الرقمي: قراءة في مطالع تشكيل حضور محيطه المعرفي Noor Publishing، OmniScriptum AraPers GmbH، BahnhofstraBe، Germany، الطبعة الأولى، ص217.

المطلب الرابع
مؤسسات الدفاع الإلكتروني

في عصرنا الحالي وكما متوقع فالمستقبل زيادة الهجمات الإلكترونية وضعف الأنظمة الدولية كل ذلك أدى إلى إعطاء اهتمام كبير للجانب الأمني، فقد قامت أمريكا بإجراء إحصاء على 193 دولة ووجدت أن 114 دولة لديها أنظمة أمنية دولية بينما 74 دولة أعطت مهمة الدفاع للقوات العسكرية، و67 دولة وضعت مؤسسات خاصة. كل ذلك يشير إلى أن هنالك عدد معين من مؤسسات الدفاع الإلكتروني ومنها[1]:

- الجيوش الإلكترونية: حيث تتكون من مجموعة أفراد مختصين في إضعاف الأنظمة الأمنية ولهم القدرة على اختراق الأنظمة لأخذ المعلومات الشخصية وتدمير الخدمات الإلكترونية والدفاع عن الشبكات القومية.
- فرق الاستجابة الفورية للطوارئ(CERT): يوجد العديد من الفرق في كل دولة وهي تتبع شركة معينة أو وزارة معينة، حيث تقوم بتتبع أثر الهجمات أو مصدرها كذلك تقوم بالتدقيق في الأدلة الجنائية الرقمية المتوفرة.
- كبريات شركات الاتصالات: تعتبر مهمة لأنها تحتوي على عدد ضخم من المستخدمين كذلك تقوم بعملية مراقبة جميع الاتصالات (الأفراد) حيث تقوم بحمايتها من أي اختراق أو تسريب.
- القوات المسلحة: قد يكون عبارة عن هجوم إلكتروني قوي فتحتاج الدولة لتدخل القوات المسلحة وذلك لتدمير خطوط الاتصال أو تدمير أسلحة التحكم عن بعد.

المطلب الخامس
الدفاع الإلكتروني في الاستراتيجيات العسكرية

هي عبارة عن مجموعة من الأنظمة التي تمتلكها دولة معينة وتعمل على التخفيف من حدة الهجمات الإلكترونية ومحاولة إيقافها، حيث تعمل الدول على تطوير أنظمتها بشكل مستمر نظرا لتطور وتعدد الوسائل المستخدمة لبدء الهجوم. فجميع هذه التدابير الموضوعة تعمل على تحقيق الأهداف وتستهدف البنية التحتية للاتصالات والسيطرة.

يمكن تعريف الدفاع الإلكتروني الوقائي بأنه اتجاه أو خطة مستقبلية يتم اتباعها لتحقيق الأمن الإلكتروني من خلال تحديد مصدر الهجمات الإلكترونية والتقليل من آثارها وذلك في وقتها الحالي. ويتم ذلك من خلال ثلاثة أساليب[2]:

- الكشف المبكر للهجمات: عن طريق وضع (sensors) في الشبكات والتي تقوم بتحسس أي حركة غير طبيعية كذلك يتم استخدام المعلومات الاستخبارية لتتبع أي نشاط غير طبيعي.
- الهجوم الإلكتروني: يتم ذلك عن طريق استخدام (white worms) حيث تقوم بإلغاء خطط المهاجمين المستقبلية عن طريق أنها تقوم بتدمير تطبيقات وبرامج القرصنة فتقوم بإرسال هجمات مضادة.
- استخدام أسلوب الخداع: يكون هدف الدولة هنا تظليل أصحاب الهجمات الإلكترونية عن طريق استخدام أساليب تمويه تبعد الهاكرز عن هدفهم الأساسي حيث يطلق عليه عامل تشتيت.

---

(1) خليفة، إيهاب (2017). المرجع السابق ص 55.
(2) خليفة، إيهاب (2017). المرجع السابق، ص 55.

بما أن التهديدات السيبرانية لا تفرق بين مدني وعسكري، سعت الدول إلى تشكيل هيئات متخصصة في الأمن السيبراني، تكون مهمتها :

- إعداد الاستراتيجية الوطنية للأمن السيبراني، والإشراف على تنفيذها .
- وضع السياسات وآليات الحوكمة والإرشادات المتعلقة بالأمن السيبراني وتعميمه.
- وضع أطر إدارة المخاطر المتعلقة بالأمن السيبراني
- وضع أطر الاستجابة للحوادث والاختراقات
- وضع السياسات والمعايير الوطنية للتشفير .
- رفع مستوى الوعي بالأمن السيبراني.

ووفقا لما حدده الاتحاد الدولي للاتصالات ITU بأن هناك خمسة معايير لتصنيف مستوى الأمن السيبراني للدول وهي كالتالي[1] : معاير تشريعية، تقنية، تنظيمية، بناء القدرات، ومعيار التعاون .

(1) مؤشر الأمن السيبراني العالمي، الاتحاد الدولي للاتصالات، 2017، ص 17. على الموقع تم الاسترجاع بتاريخ 2021/1/5:

https://www.itu.int/pub/D-STR-GCI.01-2017

الخاتمة

من المتوقع أن المستقبل سوف يحمل العديد التطورات على مستوى طبيعة الحروب والنزاعات بين الدول ومنها الهجمات السيبرانية نظرا لاختلاف طريقة التفكير كذلك لاختلاف الأساليب التكنولوجية، حيث تكون ردة فعل الدول بأن تقوم بتطوير الأساليب المعتمدة في حياتهم وتقوية أمن الدولة وذلك منعا لأي هجمات إلكترونية قد تؤثر على المعلومات السرية أو الخطط المستقبلية للدولة. وان البشرية ومن خلال التطورات العلمية فأصبح هذا التطور ثورة عالمية ملحوظة، فقد أصبح العالم بأكمله مثل القرية الصغيرة، وهنا يتضح دور الأمن السيبراني كحقل جديد في العلاقات الدولية.

ونتيجة لذلك أصبحت الدول تهتم بالمخاطر الأمنية لما تشهده من تطورات واسعة في مجال التكنولوجيا، وتعد قضية الأمن السيبراني والقرصنة من أهم القضايا الدولية التي يتم دراستها من قبل الأمن الدولي وفقهاء القانون الدولي، وذلك لكي يكون هنالك خطط تتبعها الدولة في محاولة منها لحفظ الأمن والنظام في الدولة وكذلك سعي المنظمة الدولية في الحفاظ على الأمن والسلم الدوليين، كما يمكننا ملاحظة أن هنالك علاقة قوية بين تطور التكنولوجيا في دولة ما وإمكانية تعرض الدولة للهجمات الإلكترونية والقرصنة، فكلما كانت الدولة تهتم بالتكنولوجيا وتسعى لاستخدامها باتت أكثر عرضة للهجمات الإلكترونية لكي يتم سرقتها أو سرقة معلومات الدولة الأكثر سرية ،وهذه الهجمات الإلكترونية تعمل على إضعاف الدولة من حيث فقدان السيطرة، على مقوماتها الاستراتيجية وسيادتها .

هناك العديد من التحديات التي تعوق إمكانية تطبيق القانون الدولي على استخدام القوة السيبرانية في العلاقات الدولية، أهمها: صعوبة معرفة الفاعل نفسه، واستخدام أجهزة كمبيوتر موجودة في أكثر من دولة في عملية شن هذه الهجمات، وتعدد أنواع الفاعلين المستخدمين لهذا النوع من الهجمات من أفراد ودول وجماعات، بداية من الدول ونهاية بالأفراد، وهو ما يصعب عملية تكييف الوضع القانوني للهجمة: هل هو اعتداء على سيادة دولة من قبل دولة أخرى؟ أم مجرد هجمات إرهابية يتم التعامل معها من منطلق تهديد الأمن والسلم الدولي[1].

اهم نتائج البحث:

- تعتمد الحرب التقليدية على المواجهة العسكرية المباشرة، بينما تعتمد الحرب الإلكترونية على ثورة المعلومات والاتصالات للهجوم وتحقيق الأهداف.
- لقد تجاوز تأثير الحرب الإلكترونية الحدود الوطنية، لذلك لا يمكن أن تقتصر الحرب الإلكترونية على بلد ما دون دول أخرى، وهذا سيكون له تأثيرا كبير على طبيعة العلاقات الدولية والسياسة العالمية.
- تستخدم الجماعات الإرهابية الفضاء الإلكتروني لنشر ايديولوجيتها الهائمة.
- تساعد التكنولوجيا الحديثة في حماية المعلومات وحمايتها من خلال مراقبة وتحليل الهجمات الإلكترونية.
- من يمتلك استراتيجية السلاح السيبراني سيخلق له توازن الرعب أو أن يستخدمه كسلاح ردع لتحقيق السلام.
- من يستطيع التحكم في الفضاء السيبراني سيتحكم في هرم النظام الدولي.

(1) خليفة، ايهاب (2019)،" ما هو موقف ميثاق الأمم المتحدة من استخدام القوة السيبرانية في التفاعلات الدولية؟" منشورات مركز المستقبل للأبحاث والدراسات، ابو ظبي على الرابط بتاريخ 2021/1/3:
https://www.futureuae.com/ar/Mainpage/Item/5051

التوصيات:

- تتلخص أهم توصيات البحث في:

- تعزيز الوعي بالأمن السيبراني وتهديداته ومخاطرة يعتبر من أهم سبل الحد من آثار الهجمات السيبرانية.

- وضع آليات للمشاركة التقنية الفورية للمعلومات الاستخبارية التي تتعلق بنوع الهجمات والفاعلين المحتملين بين الجهات ذات الصلة.

- إنشاء نيابة متخصصة للتحقيق ومواجهة وضبط مختلف أنواع الجرائم السيبرانية وتصميم نظام أمني يختص في متابعة وتطوير طرق الحماية من الهجمات السيبرانية.

- العمل على تعزيز التضامن بين الدول في مجالات تأمين الفضاء الإلكتروني، وزيادة الاستثمار في تطوير أدوات البرمجيات السيبرانية في الجيوش الحديثة وزيادة الإنفاق على الأمن السيبراني في العديد من البلدان.

المراجع

– أبو زيد، عبد الرحمن (2019)، الأمن السيبراني في الوطن العربي.. دراسة حالة المملكة العربية السعودية تم الاسترجاع بتاريخ2021/1/3:http://www.acrseg.com/41356

– أمل عسكر (2016) قطاع تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، الأمن السيبراني، تم الاسترجاع بتاريخ 2020/12/28 https://www.bahrainedb.com/business-opportunities/ information-communication-technology/cyber-security/?lang=ar

– الأمن السيبراني، الموسوعة السياسية على الرابط تم الاسترجاع بتاريخ2021/1/3:
https://www.political-encyclopedia.org/dictionary/%D8%A7%D9%84%D8%A3%D9%85%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D8%B3%D9%8A%D8%A8%D8%B1%D8%A7%D9%86%D9%8A

– جبور، منى الأشقر (2012)، الأمن السيبراني: التحديات ومستلزمات المواجهة، اللقاء السنوي الأول للمختصين في أمن وسلامة الفضاء السيبراني، بيروت، منشورات المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية جامعة الدول العربية.

– حكيم غريب، (2020)، "الإرهاب السيبراني والأمن الدولي: التهديدات العالمية الجديدة وأساليب المواجهة "المجلة الجزائرية، المجلد 2، العدد 5.

– حمدون إ.توريه (2011)،" البحث عن السلام السيبراني"، فريق الرصد الدائم لأمن المعلومات الاتحاد العالمي للعلماء، منشورات الاتحاد الدولي للاتصالات vi.

– خلف، سامية عبد الرزاق (2010)، التعدي على حرمة الحياة الخاصة باستخدام التكنولوجيا الحديثة، دراسة مقارنة"، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة – بغداد.

– خليفة، ايهاب (2019)،" ما هو موقف ميثاق الأمم المتحدة من استخدام القوة السيبرانية في التفاعلات الدولية؟"منشورات مركز المستقبل للأبحاث والدراسات، ابو ظبي على الرابط تم الاسترجاع بتاريخ 2021/1/3:https://www.futureuae.com/ar/Mainpage/Item/505

– خليفة، إيهاب (2017). تنامي التهديدات السيبرانية للمؤسسات العسكرية. اتجاهات الأحداث. أبو ظبي. العدد:22.

– دراسة (الأمن السيبراني) موقع الهيئة المنظمة للاتصالات في لبنان على الموقع الإلكتروني تم الاسترجاع بتاريخ2021/1/3: www.tra.gov.ib/cybersecurity-AR

– دراسة عن فضيحة كامبريدج أناليتيكا (2018): فيس بوك تكشف أن تسريب البيانات أضر بـ 87 مليون مستخدم،https://www.france24.com/ar/20180405-D9%81 %D8%B6%D9%8A%D8%AD%D8%A9

– الرفادى، بسمة يونس مُحَمَّد (2018) "الحروب السيبرانية وأثرها في التنظيم الدولي" جامعة بنغازي – كلية الآداب والعلوم بالمرج منشورات مجلة العلوم والدراسات الإنسانية، ليبيا.

- الرزو، حسن مظفر (2017)، الحضور العربي–الرقمي: قراءة في مطالع تشكيل حضور محيطه المعرفي NoorPublishing,BahnhofstraBe,GmbH ,OmniScriptumAraPers ,Germany الطبعة الأولى، ص217.
- زروقة، إسماعيل (2019) الفضاء السيبراني والتحول في مفاهيم القوة والصراع، مجلة العلوم القانونية والسياسية جامعة محمد بوضياف الجزائر، المجلد 10، العدد 2.
- ستيفن إليوت، "Analysis on Defence and Cyberwarfare" Infosec Island, 8 July 2010, https://www.infosecisland.com/blogview/5160-Analysis-on-Defence-and-Cyber-Warfare.html (hereinafter "Elliot").
- شلوش، نورة (2018). القرصنة الإلكترونية في الفضاء السيبراني" التهديد المتصاعد لأمن الدول". مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية. المجلد:8، العدد:2.
- الضوابط الأساسية للأمن السيبراني (2018)، الهيئة الوطنية السعودية للأمن السيبراني : تم الاسترجاع بتاريخ2020/12/25 https://www.ega.ee/wp-content/uploads /2019/03/Essential-Cybersecurity-Controls.pdf
- عبد الله، حنين (2019)،" توظيف الصورة الصحفية في المحتوى الرقمي للتنظيمات الإرهابية ـ دراسة تحليلية لموقع العربية. نت" رسالة ماجستير غير منشورة بقسم الاعلام بكلية الآداب جامعة تكريت.
- عبد العزيز، سارة (2017). الحرب السيبرانية. اتجاهات الأحداث. أبو ظبي. العدد:20.
- العربي، شحاتة (2018). تصاعد التهديدات الأمنية للشركات التكنولوجية الكبرى. اتجاهات الأحداث. أبو ظبي. العدد:28.
- العنزي، ماجد بن خلاف حمود (2020) رسالة ماجستير بعنوان (الإرهاب السيبراني وانعكاساته على الأمن الوطني) جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، تم الاسترجاع بتاريخ 2021/1/3 https://www.repository.nauss.edu.sa/handle/123456789/66752
- الغامدي، سارة (2018). ما هو الأمن السيبراني، تاريخ الاسترداد 28 أكتوبر 2020. (https://www.attaa.sa/arabic_content/view/20)
- عطا الله سعيد،(2020)،"ما هو الأمن السيبراني وما هي فوائده"تم الاسترجاع بتاريخ 2020/12/30: https://www.arageek.com/l/%D9%85%D8%A7-%D9%87%D9 %88-
- عكاشة، امير (2017) الحرب الإلكترونية صراع العالم الافتراضي: إنترنت في عالم اليوم أساس الاتصالات والتعاملات وأجهزة التحكم، ووسيلة للتجسس وأداة للحرب بمختلف صورها" تم الاسترجاع بتاريخ2021/1/3 www. felesteen.ps/prints/news/104454
- لوران، جيسيل (2013)، مقابلة على موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر بتاريخ 2013/7/1: تم الاسترجاع تاريخ2021/1/3 https://www.icrc.org/ar/doc/resources /documents /interview/2013/06-27-cyber-warfare-ihl.htm

- المجذوب، محمد (2018)، الوسيط في القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة السابعة.
- محمد، سيد طنطاوي (2020)، استخدام القوة ودوره في القانون الدولي، منشورات المركز الديمقراطي العربي، المانيا تاريخ الاسترجاع 2021/1/29 على الرابط:
https://www.democraticac.de/?p=65986
- محمود، خالد وليد (2013)،" الهجمات عبر الإنترنت ساحة الصراع الإلكتروني الجديدة"، مجلة سياسات عربية العدد 5، تشرين الثاني/ نوفمبر.
- مؤشر الأمن السيبراني العالمي، الاتحاد الدولي للاتصالات، 2017، ص 17. على الموقع تم الاسترجاع بتاريخ 2021/1/5: https://www.itu.int/pub/D-STR-GCI.01-2017
- نبيل، حسام محمد (2018)، الحروب السيبرانية في القانون الدولي تم الاسترجاع بتاريخ 2021/1/4: http://www.aitmag.ahram.org.eg/News/87977/%D9%85%D9%82%D8%A7%D9%84%D8
- موقع الأمم المتحدة:https://www.un.org/ar

- Anna Maria Balsano (2000) , Un instrument juridique international pour le cyberspace? Analyse comparative avec le droit international de l'espace Extraatmosphérique, Collection: Droit du cyberspace, UNESCO, P 15.
- Australian Government, Attorney General's Department, National Plan to Combat Cybercrime, http://www.ag.gov.au/CrimeAndCorruption/Cybercrime/Documents/National%20Plan%20to%20Combat%20Cybercrime.pdf, p. 6.
- PricewaterhouseCoopers, Cyber Security M&A: Decoding Deals in the Global Cyber Security Industry (Nov. 2011).
- ITU, Marco Gercke (2012), Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response, September p. 97
- Olivier KEMPF (2012), Introduction à la Cyberstratégie, Paris, Economica, P 9.
- Orian Bieber (2000) , "Cyber war or Sideshow the Internet and the Balkan Wars" , Current History 99, no. 635: 124-128,
- Paulo & Jana Shakarian (2013), Andrew Ruef, Introduction to Cyber warfare, A multidisciplinary Approach, Elsevier, P 02
- The International Telecommunication Union (2010), ITU Toolkit for Cybercrime Legislation, Geneva, P 12.
- Vincent Nouyrigat" ,Cyberguerre: Pourquoi Elle ne ressemble à rien de connu", Science & Vie, no 1159, April 2014, p. 77

الملخص

تخضع تهديدات الأمن السيبراني في ضوء التطورات التكنولوجية الأخيرة وتحديات الأمن السيبراني ضمن ضوابط قواعد القانون الدولي، اذ يعتبر الأمن السيبراني من أهم الأسلحة الأساسية التي تسعى الدول لامتلاكها وحمايتها من أي اختراق لضمان المعلومات العسكرية. والمشكلة التي طرحها البحث هي دراسة علاقة الأمن السيبراني بالهجمات الإلكترونية في ضوء أحكام القانون الدولي.

سيحاول هذه البحث تحليل العلاقة القانونية بين القانون الدولي والهجمات السيبرانية، لا سيما من حيث تهديد السلم والأمن الدوليين.

من ناحية أخرى، يحاول البحث أيضا التأكيد على التحديات الحالية لهذه الهجمات الإلكترونية على الفضاء الإلكتروني وقيودها لحماية الأمن القومي للدول.

ثوختة

هةرِةشةكانى ئاسايشى سيبراني لة ذيَر رؤشنايى دوايين ثيَشكةوتنى تةكنةلؤذيا و ئالةنطيريةكانى ئاسايشى سيبراني دةضنة ذيَر ثيَوةرةكانى ريَساكانى ياساى نيَودةولَةتى, ئاسايشى سيبراني بة طرنطترين ضةكى سةرةكى دادةنريَت كة ولآتان هةولَى بة دةستهيَنان و ثاريَزطارى كردنى دةدةن لة هةر ثيَشيَليةك بؤ ثاراستنى زانيارية سةربازيةكان. ئةم كيَشةيةى كة تويَذينةوة خستيتية روو بريتية لة ديراسةتكردنى ثةيوةندى ئاسايشى سيبراني بة هيَرشة ئةليكترؤنيةكان لة ذيَر رؤشنايى حوكمةكانى ياساى نيَودةولَةتى.

ئةم تويَذينةوةية هةولَى شيكردنةوةى ثةيوةندي ياسايى نيَوان ياساى نيَودةولَةتى و هيَرشةكانى سيبراني دةدات, بة تايبةتى لة رووى هةرِةشةكردن لة ئاشتى و ئاسايشى نيَودةولَةتى.

لة لايةكى ترةوة, هةروةها تويَذينةوة هةولأ دةدات جةخت بكاتةوة لةسةر ئالةنطيرية هةنوكةييةكانى ئةو هيَرشة ئةليكترؤنيانة لةسةر ئاسؤى ئةليكترؤنى و كؤدةكانى بؤ ثاراستنى ئاسايشى نةتةوةيى ولآتان.

Abstract

The research aims to study cybersecurity threats in light of recent technological developments and cybersecurity challenges within the control of international law norms. Hence, cybersecurity is one of the important primary weapons that countries aim to own and protect from any sort of attacks to keep the military information safe and secure. The problem posed by the research is to study the relationship between cybersecurity and cyberattacks in light of the provisions of international law.

This research will, on one hand analyze the legal link between international law and the cyber-attacks. Particularly, the threats against international peace and security.

On the other hand, it will also emphasize the current challenges of these cyber-attacks on cyberspace and their resctrictions to protect the States' national security.

البحوث باللغة الكوردية

بۆتان بکر عثان

(خوێندنەوەیەکی بەراوردکارییە بۆ تاوانی لەباربردن لەنێوان شەرع و یاسای سزادانی عێراقی و فەرەنسی)

بۆتان بکر عثان

مدير دائرة الشؤون القانونية في ديوان وزارة العدل لإقليم كوردستان– العراق

جريمة الإجهاض في الشريعة وقانون العقوبات العراقي والفرنسي – دراسة مقارنة

ماجستير في القانون الخاص من جامعة بواتيي – فرنسا

Bootan Bakr Othman

Director of the Legal Affairs , Ministry of Justice for the Kurdistan Region

Research Title

The Crime of Abortion in Sharia and Iraqi and French Penal Laws - A Comparative Study

Master's degree in private law from the University of Poitiers – France

(خوێندنەوەیەکی بەراوردکارییە بۆ تاوانی لەباربردن لەنێوان شەرع و یاسای سزادانی عێراقی و فەڕەنسی)

بوتان بكر عثمان
ماجستير قانون خاص/ فرنسا

الكلمات المفتاحية:
إجهاض، فقه الإسلامي، قانون المقارن، قانون العقوبات، مراتب الإجهاض
ووشە سەرەکییەکان:
لەباربردن ، فقهی ئیسلامی، یاسای بەراوردکاری، یاسای سزادان، پایەکانی لەباربردن
Key Words: Abortion, Islamic jurisprudence, comparative law, penal law, ranks of abortion

پێشەکی

شتێکی ئاشکراو ڕونە کە بڵێین داڕزانی ڕەوشت و کاڵ بونەوەی بەها بەرزەکان بەشێوەیەکی بەرچاو لە تەواوی کۆمەڵگەی نێو خۆی وڵاتانی جیهان ڕەنگی داوەتەوە، بەتایبەت لە کۆتاییەکانی سااڵنی ڕابردوو، کە بۆتە هۆی هێنانە کایەی چەندین تاوانی جۆراو جۆر، لەنێویشان تاوانی لەباربردن، بۆیە دەڵێین تاوان چونکە ئەو کردەوەیە لەژێر هەر پەردەو ناوێک ئەنجام بدرێت وەرگرتنەوەی مافی گیان لەبەرێکە ئەویش پێ ی دەڵێن مرۆڤ.

کە زۆر جاران ئەم تاوانە ئەنجام دەدەرێت بە نهێنی، وەڵ لەهەندێ شوێن ڕێگە پێدراو دروستەو بکەرەکەی هیچ سزایەک وەرناگرێت، لێرەوە گرنگی ئەم بابەتە بە دەردەکەوێت کە بتوانین باس لەبابەتێکی وەها بکەین لە ڕووی یاساییەوە، بۆ ئەوەی لەژێر ڕۆشنایی یاسایی فۆکەس بخەینە سەر لایەنەکان و پایەکانی ئەم کردەوە تاوانیە.

لەباربردن، دەکرێ بڵێین تاوانێکی کۆمەڵایەتی یە، وەک باسمان کرد زۆرجاران بەشێوەی نهێنی ئەنجام دەدەرێت و کەس هەستی پێ ناکات، کە تیایدا کەسێک خۆی بڕیاری ئەوە دەدات کۆتای بە سکڕیەکەی بهێنێت، دوای ئەوەی کە کۆڕپە لە نێو منداڵدانی دایکدا دروست بووە، جا دەرەنجامی هەر جوت بوونیکی ڕەوا یان ناڕەوا بێت، جاریش وایە خودی هاوسەرەکەی یاخود خێزانەکە کاریگەری لەسەر ئافرەتی سکڕ دروست دەکەن بۆ ئەوەی ئەو سکەی کە دروست بووە لەبار بربرێت و نەمێنێت.

بکەری تاوانەکە، زۆر جاران تاوانبار هەوڵی ئەوە دەدات کە هیچ شوێنەوارێکی تاوانەکە نەهێڵێتەوە و بزری بکات، جاریش وایە بۆ ڕزگارکردنی گیان و ژیانی دایک، یاسا ڕێگەی داوە کە ئەم کردەوەیە ئەنجام بدرێت، لە کاتێکدا ئەگەر هاتوو بەردەوامی سکەکە دەبووە مایەی

مەترسی بۆ سەر ژیان و گیانی دایک، جا مەترسیەکە بۆسەر جەستەی بێت یان عەقڵ و ژیری بێت یان بۆ سەر زادەی بیری دایکەکە بێت، لەچەند حالەتێکی دیاریکراودا یاسا ئەو مافەی داوە، وەلێ لەگەڵ سەرنج و تێبینی ئێمە لەسەر ئەم ڕێگە پێدانە.

چونکە لەباربردن وەرگرتنەوەی گیان و ژیانی کۆرپەیەکە کە دەیەوێت بێتە سەر دونیاو بژیت، بەهەر شێوازێک ئەم سکە ئەم کۆرپەیە دەستدرێژی بکرێتە سەر، دەبێتە مایەی دروست بوونی تاوانی کوشتنی مرۆڤێک، بەمەش قوربانی لەم تاوانە دێتە کایەوە. ئێمە دەزانین کە تاوانی کوشتن نایەتەدی تەنیا بە بینینی لاشەی کوژراو نەبێت، هەمان شت لە تاوانی لەباربردن بەدی دەکرێت و بەچاو دەبینرێت، بۆیە هەر دەستدرێژییەک بۆ سەر ژیانی کۆرپەی نێو سک واتە دەستدرێژی بۆ سەر وەچەو مافی کۆمەڵگا لە داهاتوودا.

ڕەنگە خوێنەری ئەم گۆڤارە بپرسێ بۆچی توێژەری ئەم پرسە خۆی لەبابەت گەلێکی وەها داوە کە پسپۆڕیە یاساییەکەی تایبەتیەو بابەتی توێژینەوەکە یەکێکە لە بابەتەکانی یاسای گشتی و سەر بە یاسای تاوانیەکانە، لە وەڵامی ئەمە دەڵێین کە ئەم توێژینەوەیە زادەی ئەنجامدانی سیمینارێکە لە وڵاتی فەڕەنسا پێشکەشکراوە لە قۆناغی خوێندنی ماستەر، بۆ زانینی خوێنەران یاسای تاوانی بەشێکە لە بەشەکانی یاسای تایبەت لە سیستەمی لاتینی یاسای سەرەکی فەڕەنسی.

گرنگی و کێشەی توێژینەوە

گومانی تێدا نیە کە بابەتی کوشتنی کۆرپە لە نێو سکی دایک هەڕەشەو مەترسیەکی گەورەیە بۆ سەر کۆمەڵگا، بۆیە لەسەر یاسا پێویستە ئەم دیاردە تاوانیە چارەسەر بکات، چونکە بابەتێکی وا سادەو ساکار نیە ئەمە گرفتێکی گەورەی دروست کردوەو کاریگەریەکی گەورەی دەبێت لە داهاتووی وڵاتەکەو ژمارەی دانیشتوان و کەم بوونەوەی نەوەو کوشتنی مرۆڤی بێ تاوان، ئەمڕۆ پێویستە یاسا ناسان و مرۆڤدۆستان ڕێگە چارەو بڕیاری پێویست بدۆزنەوە بۆ ئەوەی ستۆپ بەم کردەوە تاوانیە بکرێت و ئەم دیاردە تاوانیە ڕابوەستێت.

ئامانجی توێژینەوەکە

ئامانج لەنوسینی ئەم توێژینەوە بریتیە لە زانین و بەدیار خستنی چەمکی لەباربردن و هۆکارەکان و فاکتەرەکانی ئەنجامدانی ئەم تاوانە، وە چۆنیەتی چارەسەرکردنیان لە شەرع و یاسای سزادانی عێراقی و فەڕەنسی.

ڕێبازی توێژینەوەکە

بۆ نوسینی ئەم توێژینەوەیە ڕێگەو شێوازی شیکاریانە بەکار هاتووە لە نێوان دەقەکانی شەرع و یاساکان لە هەردوو یاسای عێراقی و فەڕەنسی، وە چۆنیەتی چارەسەرکردنیان خراوەتە ڕوو.

پلانی توێژینەوەکە

لەژێر ڕۆشنایی بیروبۆچونەکان لەسەر خستنەڕووی ئەم بابەتە، ئەم توێژینەوەیە دابەشی سێ باسی سەرەکی دەکەین، بەشێوەیەک لە باسی یەکەم پێناسەی تاوانی لەباربردن لە فقهی ئیسلامی و یاسای دانراو دەخەینە بەر باس و لێکۆڵینەوە، وەلێ لە باسی دووەمی ئەم توێژینەوەیە جۆرەکانی تاوانی لەباربردن و پایەکانی لەفقهی ئیسلامی و یاسای دانراو دەخەینە ڕوو، وە هەرچی باسی سێ یەمە شەن و کەوی سزای تاوانی لەباربردن دەکەین لە فقهی ئیسلامی و یاسای دانراو.

باسی یەکەم
پێناسەی تاوانی لەباربردن لە فقهی ئیسلامی و یاسای دانراو

بۆ وەستان و قسە کردن لەسەر ناوەڕۆک و ماهیەتی تاوانی لەباربردن لە هەریەک لەنێوان فقهی ئیسلامی و یاسای دانراو، پێویست دەکات بگەڕێینەوە بنج و بنەوان و بنچینەی سەرەکی وشەی لەباربردن کە عەرەبییەکەی (الإجهاض) ی پێدەوترێت.

بۆیە پێویست دەکات لەڕووی زمانەوانی و زاراوەوە ئاشنایەتی لەگەڵ ماناکەی ئەم چەمکە کە ئەمڕۆ (بەتاوان هەژمار دەکرێت) ، پەیدا بکەین. لەم باسەدا هەوڵدەدەین سێ تەوەری سەرەکی بخەینە ڕوو، لەیەکەمیان پێناسی لەباربردن لەڕوانگەی فقهی ئیسلامیەوە، لەدووەم تەوەردا لە ڕوانگەی یاساییەوە چ پێناسەک بۆ ئەم تاوانە دانراوە، وە لە کۆتا تەوەری ئەم باسەمان دا بەراوردێ دەکەین لەنێوان فقهی ئیسلامی و یاسای دانراو لە مەڕ تێڕوانینیان لەم چەمکە.

تەوەری یەکەم
پێناسەی تاوانی لەباربردن لە فقهی ئیسلامی

بۆ گەڕانەوە سەر بنەچە و ڕەسەنی وشەی لەباربردن دەبێت لە ڕووی زمانەوانی و زاراوەوە قسە لەسەر ئەم چەمکە بکەین و پێناسی بکەین پاشانیش لە ڕووی تەندروستی و زانستی پزیشکییەوە شیبکەینەوە.

یەکەم: پێناسەی لەباربردن لە ڕووی زمانەوانی (ABORTION – L'AVORTEMENT)

لەباربردن، لەزمانەوانی دا بەمانای کەوتن ، تێکچوون، کەوتن یان خستن و هاتنە خوار دێت.[1]

کەوتن بەهۆی کەوتنی کۆرپەلە بەکردنەوەی منداڵدانی ئافرەت لەنێو سکی دایک و شکانی دەبێتە هۆی کەوتنی کۆرپەلە. [2]

وە هەروەها دەگوترێ کەوت، یان لەبەری چوو، لەبەری ڕۆیشت، لەبەری کەوت حوشترەکە!.

وە ئەو ئافرەتەش کە کۆرپەلەی لەباردەچێ پێ ی دەگوترێ (مجهض)، کۆرپەلە لێ دەبێتەوە یان دەکەوێت لەبەر تەواو نەبوون یان لاوازی یان کەمی و ڕانە وەستانی لە نێو منداڵدانی ئافرەت دا.[3]

وە بەکەسی لەباربردوو دەگوترێ (مجهضا) کە مەبەست تیایدا کۆرپەلەیە، ئەگەر ڕوون و دیار

(1) في القاموس المحيط: المجهض: هو الولد السقط، أو ما تم خَلْقه ونُفِخ فيه رُوحه من غير أن يعيش، وأجهضت الناقة؛ أي: ألقت ولَدَها.

(2) إبراهيم حقي، الأجهاض في ضوء الطب، القاهرة، مصر، 2010، ص 2.

(3) المصباح المنير ص 113، وانظر: تاج العروس 1451، مقدمة ابن خلدون العلامة عبدالرحمن ابن خلدون المغربي، المجلد الاولى، طبعة الثانية، مكتبة دار الكتب اللبناني-بيروت، 1961.

نەبێت دروست بوونەکەی. وە دەگوترێ (الجهض)[1] واتە کەوتنی کۆرپەلەیەکی دروست بوو، دوای ئەوەی گیان و ڕۆحی بۆ چوو بوو لە نێو سکی دایکی بەبێ ئەوەی بژیت.

کەواتە لەڕووی زمانەوانیەوە، ڕوندەبێتەوە بەوەی کە لەباربردن دوو واتای هەیە : یەکێکیان لێکبوونەوە یان لێکجیابوونەوەی گیانێکی ناتەواوی دروست بوو لە ئافرەتێکی دوو گیان، بۆ ماوەیەک جا ئەو لێکجیابوونەوەیە بە هۆی کارێکەوە بێ یان خۆی تلقائی بێت. لە دووەمیان لێکبوونەوەی کۆرپەلە لەپێش تەواو دروست بوون و هاتنە سەر ژیان، یان کەوتنی منداڵ و کۆرپەلە پێش تەواو دروست بوون و گەشەکردنی، یان دەرچوونی دوو گیانی لە منداڵدانی ئافرەت پێش دروست بوونی تەواوی کۆرپەلە، کە ئامادە نیە بۆ ژیان. جا ئەو لێکترازان و لێکجیابوون و لێکبونەوەو کەوتنە بە ڕێگەی دەرمان بێت یاخود کەسێکی تر یان خودی ژنەکە خۆی ئەنجامی بدات لەباربردن لە فقهی ئیسلامی

لەلای فەقیهەکانی شەریعەتی ئیسلامی مەفهوم و چەمکی لەباربردن هەر وەکو ئەوەن وەک لای زانایانی بواری زمان پێناسەی بۆ کراوە (کەوتن، لێککردنەوە، خستن، بەربوونەوەو کۆتای پێهێنان) ، هەروەها لە هەندێ پەرتووکی نوێ دا وەک صەحیحی موسلم پێناسەی لەباربردن کراوە بەوەی (بەربۆوە یان لێکراوە بە هۆی کەمتەرخەمی و ئیهمالی و هەڵەوە) هەروەها هاتووە بەوەی لێککردنەوەی شتێک ئەگەر بوو.

وەهەروەها لەلای زانایانی سەردەمی هاوچەرخ پێناسەی لەباربردن کراوە بەوەی (لێکجیابوونەوەو دەرچوونی دوو گیانی لە ئافرەتێ لەپێش کات و ساتی لەدایک بوونی سروشتی بەشێوەیەکی ئەنقەست، جا هەر ئامرازێک تیایدا بەکارهاتبێ).[2]

یان گوتراوە کرداری لەباربردن کەوتنی منداڵ یاخود کۆرپەلە لە ناو سکی دایک جا چ بەکردەوەی دایکەکە بێت یاخود کەسێکی تر، لەسەر داواو ڕەزامەندی دایکەکە.

یان پێناسە کراوە بەوەی، دەرچوون و کەوتنی منداڵ یان کۆرپەیە لە منداڵدانی ئافرەت پێش کات و ساتی لەدایک بوونی سروشتی کە گیان بۆی دروستبووە.

سەرباری ئەمەش، دەبینین مشتومڕو جیاوازی فەقیهەکانی شەریعەتی پیرۆزی ئیسلامی زۆرە بۆ پێناسی ئەم چەمکە، بەڵام مەبەستیشان یەک ئامانجە، ئەوەیش ئەوەیە مەحەلی تاوانی کرداری لەباربردنی کۆرپە، بریتیە لە تاوانی کەوتنی حاڵەتی دوو گیانی ئافرەت و نەمانی دوو گیانی، دوای ئەوەی کە سکەکەی بۆ دروست بووە.

وە هەروەها زاناکان کۆکن لەسەرئەوەی کە لەگەڵ ئەنجامدانی ئەو تاوانە، کردارو تاوانی دەستدرێژیش دێتە کایەوە، جا ئەو دەستدرێژییە ڕاستەوخۆ بۆ سەر منداڵەکە بێت یان بە شێوازی ترسانی ئافرەتەکە یان بەلێدان، هەڕەشە یاخود هەر وەسیلەو ئامرازێکی تر، جا لەلایەن هەر کەسێکەوە بێتە دی ئەم تاوانە، ڕەنگە تاوانبار دایکەکە بێت یاخود کەسی دووەم.

(1) لسان العرب، ابن المنظور ، جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري، ص131.
(2) د.عزت حسنين، الإجهاض وجرائم الأعراض بين الشريعة والقانون، ص 214.

وە دەشکرێ کرداری لەباربردن بێ مەبەست بێ، وەک دەرەنجامێک بۆ چارەسەری دایک کاتێ بەردەوامی سکپرییەکە بۆ دایکەکە ژیانی دەخستە مەترسیەوە و دەمرد بە هۆیەوە.[1]

سێیەم : پێناسەی لەباربردن لای زانایانی پزیشکی

لەباربردنی لەلای زانایانی پزیشکی پێناسە کراوە بەوەی (دەرچوون و لێکبوونەوەو ناوەڕۆکی ناوەڕۆکی منداڵدان پێش بیست و هەشت هەفتە، ئەمەش هەژمار دەکرێت لە کۆتا بەرواری سوڕی سوڕی مانگانەی ئافرەتان، وە زۆربەی حاڵەتەکانی لەبارچوون دەکەوێتە سێ مانگی یەکەمی دروست بوونی سکپڕی، لەکاتێکدا منداڵدان دەکەوێت، ئەو کۆرپەیەی هەڵگیراوە لە نێو منداڵدان دەکەوێت ، زۆر جاریش لەگەڵ بوونی خوێن بەربوونێکی زۆر لە ئافرەتدا).[2]

بەڵام لەباربردن لەمانگی چواردا ، دەچوێندرێت بە وڵادە، ئەگەر هاتوو ترسێک هەبوو لە دایک و تەقیەوە لەبارچوونەکە دێتە دی لەگەڵ هاتنە خوارەوەی لێکەوتەکانی. وە هەندێکی تر وا پێناسەی دەکەن، بەوەی لەباربردنی کۆرپە بریتیە لە پێش بوون و تواناو گەشەی منداڵ لەسەر ژیانی دەرەوەی منداڵدان[3]، جا یان بەشێوەیەکی یەکسەر دەبێت یان بە کردەوە کرا بێت، ئەگەر کەوتنە خوارەوەکە پێش بیست هەفتە لە سکی دایک یان ئەوەتا کێشی کۆرپەکە 500 گرام بوو، پێ ی دەگوترێ (کەوتن) کە لەبار نیە بۆ ژیان. بەڵام ئەگەر هاتنە خوارەوەکە لە نێوان 24تا36 هەفتە بوو، ئەوا پێ ی دەگوترێ (خەدیج) وە زۆربەی جار ژیانی کۆرپەکە تەواو دەبێت بۆ ژیان.

وە هەروەها پێناسە کراوە بەوەی ((لێککردنەوەی ڕەحم و منداڵدانە لە ناوەڕۆکەکەی بە بەکارهێنانی ئامێرو ئامرازی دەستکرد)).[4] یان ((جیابوونەوەی ناوەڕۆکی ڕحمی منداڵدانی ئافرەت لە کۆرپە لە پێش کات و ساتی لەدایک بوونی سروشتی، جا بەهۆی کەسی دووەم بێت یان خودی ئافرەتەکە، ئەگەر کرداری لەبار چوونە کە هاتە ئاراوە دوای تەواو بوونی شەشەم مانگی سکپڕی ، ئەوا دادەنرێت به کردار و تاوانی کوشتن، چونکە کۆرپە لەبار دەبێت بۆ ژیان، بۆیە هەر دەستدرێژییەک بە تاوانی لەباربردن دانانرێت بەڵکو ئەمە تاوانی کوشتنە)).[5]

(1) د.ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون عقوبات القسم الخاص، شركة عاتك للطباعة والنشر، 2007، ص 215.

(2) د. أسامة عبدالله قايد، رسالة دكتوراه بعنوان:"المسؤولية الجنائية للأطباء"، دار النهضة العربية –القاهرة– 199،ص 134.

(3) د.فوزية عبدالستار، شرح قانون العقوبات قسم الخاص، دار النهضة العربية، 1982، ص 491.

(4) Antoine LACASSAGNE et Étienne MARTIN, *Précis de médecine légale*, Paris, 1921, p. 680.

(5) د. إبراهيم حقي وصادق فرعون، فن التوليد، دمشق 1982، ص 147.

تەوەری دووەم
پێناسەی تاوانی لەباربردن لە ڕوانگەی یاسای دانراو

بەشێوەیەکی گشتی لەباربردن لە دیدی یاساوە بریتیە لەوەی کە دەست درێژی بکەوێتە سەر کۆرپەلە (کۆرپە لە نێو منداڵدانی ئافرەت) پێش کرداری دانانی حاڵەتی دوو گیانییەکە بە شێوەیەکی سروشتی.[1]

ئەگەر سەیری هەردوو یاسای سزادانی عێراقی و فەڕەنسی بکەین دەبینین ئەم کردەوە تاوانیە

پێناسەی نەکراوە بەشێوەیەکی دیاریکراو، بەڵکو جێ ی هێشتووە بۆ فقە و تێکۆشان و ئیجتیهادی دادگاکان.[2]

مادەی (417) لە یاسای سزادانی عێراقی ژمارە (111) ی ساڵی (1969) ی هەموارکراو، دەق دادەنێت لەسەر بەتاوان دانانی کردای لەبار بردن (سزا دەدرێت بە زیندانی کردن بۆ ماوەیەک زیاتر نەبێت لە ساڵێک و پێبژاردن دەکرێت بە برێک کە زیاتر نەبێت لە 100 دینار[3]، یان بە یەکێک لەو دوو سزایەی کە باسکرا بۆ هەر ئافرەتێک کە ئەم کردارەی ئەنجامدا، جا چ خۆی بێت بەئەنقەست، یان بەهەر ئامێرێک بۆیان ئەنجامدا بە ڕەزامەندی خۆی).[4]

وە هەروەها تێکست و دەق و مادەی تر هەن باس لە سزای تاوانی لەباربردن دەکەن لە حاڵاتی تردا، ئەمەش لە دوایدا لەباسی سزای تاوانی لەباربردن لەیاسای دانراودا باسیان دەکەین. بەهەمان شێوە هەمان هەڵوێست دەبینین لەلای یاسادانەری مصری بەوەی کە پێناسەی ئەم تاوانەی نەکردوە. بۆیە دەگەڕێینەوە بۆ ڕاو سەرنجی فەقیهەکانی مصري کۆمەڵێک پێناسە دەبینین ((لەباربردن، بریتیە لە کۆتایی هێنان بە ماوەی حەمل پێش کات و ساتی لەدایکبوونی سروشتی)).[5]

وە هەروەها (بەکارهێنانی ئامرازی دەستکرد بۆئەوەی ببێتە هۆی کەوتن و نەمانی کۆرپەلە پێش ماوەی لەدایکبوونی سروشتی، ئەگەر ئەمە هاتە دی دەبێتە تاوان لەدەرەنجامی ئەم ڕوداوە).[6]

---

(1) د.محمد وفا ريشي "الإجهاض في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، دار الكتاب العربي الجديدة - بيروت 2003، ص 240.

(2) د.ماهر عبد شويش الدرة، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لا 215.**

(3) **ئەم بڕە پارەیە ئێستا گۆڕانکاری تێدا کراوە.**

(4) **مادەی 417 لە یاسای سزادانی عێراقی ژمارە 111 ی ساڵی 1969 ی هەموارکراو.**

(5) د.محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهره، 1988، ص 299.

(6) رؤوف عبيد ،جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، في قانون العقوبات المصري، ط5، القاهرة 1965، ص 105

یاخود لە فقهی فەڕەنسی و بەلجیکی وا پێناسی دەکەن بەوە کە، دەرچوون و لێکجیابوونەوەی کۆرپەلە لە نێو منداڵدانی دایک بە ئەنقەست پێش ماوەی لەدایکبوونی سروشتی، سروشتی، یان کوشتنی کۆرپەلەیە لەنێو منداڵدانی دایک.[1]

وە هەروەها یاسادانەری ئەڵمانی وا پێناسەی ئەم تاوانە دەکات بەوەی، کوشتنی کۆرپە- یان

منداڵ لە نێو منداڵدانی دایک، کە پێ ی وایە ئەمە تاوانی کوشتنە.

لەگەڵ ئەوەشدا دادگای پێداچوونەوەی مصري وا پێناسە ئەم تاوانە دەکات بەوەی، ((بەئەنقسەت کۆتایی پێ هێنانی ماوەی سکپڕییە، لەپێش کات و ساتی لەدایک بوونی سروشتی، سروشتی، کە تیایدا پایەکانی تاوانەکە دێتە دی هەتا ئەگەر کۆرپەکە لەنێو منداڵدانی ئافرەتیش دا ئافرەتیش دا بێ)). هەروەها دادگای پێداچوونەوەی ئوردنی پێناسەی دەکات بەوەی ((بەئەنقسەت ((بەئەنقسەت کۆتایی پێ هێنانی حەملە، لەپێش کات و ساتی لەدایک بوونی سروشتی)).[2]

دوای خستنە ڕووی تەواوی پێناسەکان جیاوازی و جیاکاری تەواو بەدی دەکرێت لەنێو هەڵوێست و دیدگای فەقیهەکانی یاسای دانراو لەمەڕ پێناسەی تاوانەکە، ئەمەش بەواتای ئەوەی کە یاساکان لە وڵاتێکەوە جیاوازە لەگەڵ وڵاتێکی تر بەهۆی جیاوازی کلتوری وڵاتانەوە، هەر لە پێناسەو دانانی پایەو مەرجەکانی ئەم تاوانە.

تەوەری سێ یەم

بەراوردکردنی فقهی ئیسلامی و یاسای دانراو لەمەڕ پێناسەی تاوانی لەباربردن

لەدەرەنجامی بەرارودکاری نێوان یاساو فقهی ئیسلامی لە بۆ ناسینی چەمکی لەباربردن دەگەینە ئەم خاڵانەی خوارەوە :

1- هەریەک لە یاسای دانراو چ لە فقهی عێراقی و فەڕەنسی چ لە فقهی ئیسلامی لەسەر ناوەڕۆک و مەفهوم و واتای لەباربردن هاو هەڵوێستن ،کە کەوتنی کۆرپەیە پێش تەواو بوونی ماوەی سروشتی سکپڕی ئافرەتی دوو گیان.

2- هەمان هاو هەڵوێستی دەبینرێ لە نێوان یاساکانی دانراو وفقهی ئیسلامی لەسەر ئەنجامدانی تاوانی کرداری لەباربردن، جا هاتنەدی تاوانەکە بەهۆی خۆیەوە بێت (دایک) یان کەسی دووەم یان ئالەت و ئامێری جیا بەکارهاتبێت.

3- بەڵام هەر یەک لە فقهی ئیسلامی و یاسای دانراو جیاوازن لەسەر کەوتنی کۆرپە، لەفقهی ئیسلامی تاوانەکە هەژمار ناکرێت ئەگەر هاتوو کۆرپەکە کەوت بە زندویی، واتە منداڵەکە بە زندویی هاتە دەر، ئەمەش لەبەر ڕونەدانی کاری دەستدرێژی بۆ سەر منداڵەکە. بەڵام لە یاسای دانراو تاوانەکە هەموو کاتێ ئیعتیباری بۆ دەکرێ ئەگەر کۆرپە بە زندوویی یاخود مردوویی هاتە دەر.

(1) *Avortement*, dans *Pandectes belges*, t. XI, col. 1117.

(2) د.عزت حسنين، الإجهاض وجرائم الأعراض بين الشريعة والقانون، دار العلوم للطباعة والنشر 1993، ص 312.

باسی دووەم

جۆرەکانی تاوانی لەباربردن و پایەکانی لەفقهی ئیسلامی و یاسای دانراو

لەم باسەدا، هەوڵدەدەین جۆرەکانی تاوانی لەباربردن و پایەکانی ئەم تاوانە لەفقهی ئیسلامی و یاسای دانراودا بخەینە ڕوو، وە پاشان بەراوردی نێوانیان لە چوار تەوەری سەرەکی گرنگ دا شرۆڤەیان بکەین و سەرنجیان بخەینە سەر.

تەوەری یەکەم

جۆرەکانی لەباربردن

جۆری کرداری تاوانی لەباربردن لە یاسای عێراقی دا باس نەکراوە بەڵام لەلای زانایان دابەشکراوە بۆ دوو جۆری سەرەکی ئەمەش دەردەکەوێت بە هۆی هۆکاری لەباربردنەوە، لە جۆری یەکەمدا باسی لەباربردنی یەکسەر-یان تیلقائی دەکەین، لەباربردنی بەئەنقەست یان بەئیڕادە دەبێتە جۆری دووەمی باسەکەمان.

جۆری یەکەم // لەباربردنی تیلقائی یان یەکسەر

ئەم جۆرەی لەباربردن بریتیە لەوەی کە ئەم کردارە ڕووەدات بەبێ ئەوەی دایک یان دکتۆر یان پزیشک یان هەر کەسێکی تر دەستی تێدا هەبێت و ئارەزووی بکات، بۆیە زۆر جار بەم جۆرە دەگوترێ بێ ویست و ئیڕادەی دایک کرداری لەباربردن ئەنجام دەدرێ. بەڵکو کۆمەڵێک هۆکار و حاڵەت هەن هەڕەشەن بۆ ڕودانی ئەم جۆرە لەباربردنە، لەوانە خوێنبەربوون لە دایکی سکپڕ، یان هۆکاری نەخۆشی منداڵدان لە ئافرەت، کە تیایدا ئەم جۆرە لەباربردنە دەبێتە هۆی سود بۆ دایکەکەو لادانی ئەزیەت و ئازار لەسەر ئافرەتەکە.[1]

ئەمەش دەقی قورئانی پیرۆزی لەسەرە ئەم جۆرە لەباربردنە، وەک خوای پەروەردگار لەسەرەتی حج لە ئایەتی (5) دا دەفەرموێ ((يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ ۚ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ۖ وَمِنكُم مَّن يُتَوَفَّىٰ وَمِنكُم مَّن يُرَدُّ إِلَىٰ أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِن بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا ۚ وَتَرَى الأرض هَامِدَةً فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنبَتَتْ مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ)).[2]

جا لێرەدا دەبێت ئەوە بگوترێ، کە ئەم جۆرە لەباربردنە دەبێت لەباربردنی تەواو بێت، واتە

بەتەواوی بێتە دی بە کەوتن و هاتنە خوارەوەی کۆرپە کۆتای پێ بێت، هەندێ کات لەباربردنەکە ناتەواوە ئەگەر هەندێ لەبەشەکانی کۆرپە نەکەوێت یان نەهاتە خوارەوە، واتە هەندێ لەبەشەکانی کۆرپە دێتە خوار و هەندێکی دەمێنێ، کە ئەمەش بە هۆی ئەنجامدانی

(1) د.أحمد رجائي عبدالحميد، بحث منشور بمجلة الأزهر سنة 1996، ص 249.
(2) سورة الحج، اية (5).

نەشتەرگەری و لێکجیابوونەوەی بەشەکان لەنێوان منداڵدان-دا دەبێت.[1]

هۆکارەکانی لەباربردنی یەکسەر دەگەڕێتەوە بۆ چەند خاڵێک :

1- هەبوونی گرفت و کێشە لەنێو منداڵدانی ئافرەتدا، کە ئەمەش ڕووەدات لە سەدا شەست بۆ حەفتا لە حاڵەتی لەباربردنی منداڵ بەشێوەی یەکسەر لەنێو ئافرەتاندا، هەروەها خەلەل و کێشە لە هێلکۆکەی ئافرەت کە ناتوانێ بەتەواوی گەشەی بە قۆناغی دروست بوونی کۆرپەکە بدات. هەروەها بەهۆی بەخشندەیی خوای پەروەردگارەوە دەبینین ئەو جۆرە تیلقائیەن دەکەوێت بەهۆی ئەوەی بەشەکانی دروستبوونی کۆرپە تەواو نیە، خۆ ئەگەر کۆرپەکە بشمێنێت و بژی ئەوا دەستەمۆی کۆمەڵێک گرفت و معاناتی گەورەی (تەواو دروست نەبوو) دەبێتەوە.

2- یان هۆکاری هەبوونی کێشە لە دەزگای منداڵدان و بەرهەمهێنانی کۆرپە لەنێو ڕەحمی دایکدا، وەک نەخۆشی منداڵدان، یان هەبوونی هەندێ عەیبی نەخۆشیەکانی ڕەحم و گرێ ی ڕەحمی لەئافرەتدا.

3- نەخۆشیەکان بە گشتی لەدایکاندا، وەک نەخۆشیەکانی میزەڕۆ و میزڵدان، شەکرە، نەخۆشی گورچیلەی درێژ خایەن، وە هەروەها نەخۆشیەکانی تری وەک غوددەی دەرەقی جا چ بە کەمکردنی ڕێژەی غوددەکە بێت یان بە زیادکردنی ، یان بەرزبوونەوەی پاڵە پەستۆو بەرز و نزمی ڕێژەی خوێن لە ئافرەتدا، یاخود گەرمیەکی بەتین و بەهێز لە نێو جەستەی ئافرەتدا.

4- یاخود پێکانی دایک بە شتێک، یان ڕۆداوێک، یان کەوتن لەشوێنێکی بەرز، ئەم حاڵەتانە ئەگەرچی کاریگەرییان کەمترە لە سەر منداڵدانی ئاسایی، بەڵام دادەنرێت وەک هۆکاری سەرەکی بۆ لەباربردنی یەکسەر.

5- هەروەها کەمی هۆرمۆنە پڕۆگیسترینەکان لە ئافرەتاندا، کەمی ئەو هۆرمۆنانە وا دەکات کەوتنی یەکسەری کۆرپە ڕوبدات، زۆربەی زانایانی زانستی پزیشکی و دکتۆرەکان پێ یان وایە کە کەمبوونی ئەو هۆرمۆنانە هۆکاری سەرەکین بۆ چەند جارەبوونەوەی حاڵەتی ڕودانی لەباربردنی یەکسەر، چونکە هەبوونی ئەو هۆرمۆنانە وا دەکات منداڵ دروست بێت و باش گەشە بکات و منداڵدان و جیهازی بەرهەمهێنانی کۆرپە ئەکتیف و بەهێز بێت و گرۆتینی هێلکۆکە کە هەڵواسراوە بەدیواری منداڵدانەوە، هەروەها ئەو هۆرمۆنانە ڕۆلێکی گرنگ و پۆزەتیف دەگێڕن لە جێگیربوونی سپێرمی پیاو و هێلکۆکەی ئافرەت لەناو منداڵداندا. بۆیە لەباربردنی کۆرپە لەنێو سکی دایک، بۆ چەند جارێک بەشێوەی تیلقائی و یەکسەر بەبێ هەبوونی حەزی لەباربردن بریتیە لە کەمی ئەو هۆرمۆنانە. [2]

6- یەکێکی تر لەو هۆکارانەی کەوا دەکات لەباربردنی تیلقائی بێتە کایەوە بریتیە لەوەی

(1) د.محمد إبراهيم سعد الناوي، الأجهاض بين الحظر والإباحة، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 21.

(2) د.محمد إبراهيم سعد الناوي، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لا 22.**

ئەگەر سەدمەو هۆکارێکی لەپڕ و ناخۆش ڕوبدات، یان هەواڵێکی دڵتەزێن و حەزین وەک مردن و وەفاتی هاوسەر یان دایک و باوک یان کەسێکی خۆشەویست و نزیک، یاخود ترسێکی لەپڕ و ناکاو.

ئەمانە ئەو هۆکارانەن کە لەباربردنی یەکسەریان پێ دەگوترێ، بێ ئەوەی مرۆڤەکان یان دایکان و ئافرەتان حەزو ئارەزوویان لێ هەبێت دێتە کایەوە بەبێ ئەوەی ویست و ئیرادە هاتنەدی لەبارچوونەک بێت.[1] بۆیە لەشەریعەتی ئیسلامیش کارو تەسەروفێک لێ پرسینەوەی لەگەڵ ناکرێت، ئەگەر مەبەست و نیەتی مرۆڤەکانی لەسەردا نەبێت.

جۆری دووەم : لەباربردنی بە ویست و ئارەزوو (یاخود بە ئەنقەست)

ئەم جۆرەیان بریتیە لەوەی کە کۆرپەلە دێتە خوارو دەکەوێت لەنێو منداڵدانی دایک لەکاتی نا ئاسایی سروشتی لەداکیبوونی خۆیدا، بەهۆی هەبوونی ئارەزووی دایک یان کەسی دووەم، یان ئەوەتا ڕوودەدات بە هۆی کۆمەڵێک فاکتەری ویستراوی مرۆڤ وەک دەستی پزیشک یا کەسی دووەم یان خودی دایکەکە جا بەهەڵە بێت یان بەشێوەی ئەنقەست.

ئەم جۆرەیان دەبێتە دوو بەش، لەبەشی یەکەمدا لەباربردن بەویست ئەنجامدەدرێت وەلێ وەک چارەسەری، بەڵام لە دووەم بەشدا ئەمە دەکرێت بە ئەنقەست، لە خوارەوە بە درێژی باسی هەر یەک لە حاڵەتەکان دەکەین.[2]

بەشی یەکەم : لەباربردن وەک چارەسەری

ئەم جۆرە لەباربردنە لە ژێر چاودێری و بەدواداچوونی پزیشکی تایبەتمەند دەبێت، ئەمەش بە مەبەستی پارێزگاری و گەڕانەوەی ژیان بۆ دایکەکە و لابردنی سکپڕییەکە لەسەر دایک کاتێ هەبوونی ئەو حەملەو بەردەوام بوونی دەبێتە مایەی هەڕەشەی جدی و وەرگرتنەوەی ژیان لە دایکەکە، کە ئەمەش دوای ئەوەی دەبێت بە ڕاپۆرتی پزیشکی بسەلمێنرێت، بۆیە ئەمە لە حاڵەت و دۆخە پێویستیەکان دانراوە.[3]

وە یەکێکی تر لەو حاڵەتانەی کە پێویستن کرداری لەباربردن ڕوبدات و بێتە کایەوە ئەوەیە کاتێ کۆرپە دروست دەبێت لە نێو سکی دایک لەدەرەوەی پۆرگ، کە زاناکانی بواری پزیشکی کۆکن لەسەر لەباربردنی ئەم جۆرەو خوای پەروەردگاریش لە سورەتی الانعام لە ئایەتی 119 دا باسی کردوە وەک دەفەرموێ (وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسم اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضطرِرْتُمْ إليه ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ ۗ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ) وە هەروەها لەسورەتی بە قە رە لە ئایەتی 173 دەفەرموێ (فَمَنِ اضطرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ).[4]

---

(1) خالد فتحي، عواقب الأجهاض العمدي، دار الفكر العربي، المراكش، ص 5-11.
(2) خالد فتحي، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لاپەرە، 12-13.**
(3) د.محمود نجيب الحسني، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لا 310.**
(4) سورة البقرة، اية 173.

وە هەروەها ئەو حاڵەتانەی کە وەک چارەسەری پەنا دەبرێتە بەر لەباربردن لەم خاڵانەی خوارەوەدا دەیانخەینە ڕوو :

1- دەبێت حاڵەتی سکپڕی لە ئافرەتەکە هەڕەشە بێت بۆ سەر ژیان و تەندروستی دایک، لەم کاتە دا لەباربردن وەک چارەسەرێەک دەبێت بۆ دایکەکە.

2- ئەگەر بەردەوام بوونی سکەکە دەبوە مایەی ئەوەی کە عاهەکی دیار و بەرچاو لەسەر جەستەی دایکەکە دروست دەبوو، ئەمەش بە جەخت کردنەوە وڕاپۆرتی پزیشکی پشتگیری ئەمە بکات، کە تەنیا چارەسەر بە لە باربردن بێت.

3- یان وا بڕوا دەکرا، بەردەوامبوونی سکەکە وای لە دایکەکە دەکرد لیاقەو هێزی کەم بێتەوە و ببێتە مایەی هەڕەشە بۆ سەر ژیان و تەندروستی دایکەکە، یان بەردەوامی بەسکەکە دەبووە مایەی ئەوەی منداڵێکی نائاسایی دروست بێت.

4- یان زۆر جار وا هەست دەکرێت بە دانان و لەدایکبوونی کۆرپەکە وا دەکات کۆرپەکە بمرێت، واتە دانانی کۆرپەکە هەڕەشە بوو بۆ سەر ژیانی و نەمانی.

5- وە هەروەها بوونی گومانێکی زۆر لەلای زانایانی پزیشکی و دکتۆرە تایبەتمەندەکان بەوەی گەر کۆرپەلە لەدایکبێت تەواو نەبێت و ناتەواوی هەیە لە دروست بوون ئەمەش وا دەکات کۆرپە بنالێنێ بەدەست کۆمەڵێک هۆکار و تەنگو چەڵەمەو دەستەمۆی هۆکارەکانی تەواو دروست نەبوون بێت.[1]

بەشی دووەم : لە باربردنی تاوانی

بریتیە لەو لەباربردنەی کە ڕوودەدات بەبێ هەبوونی هۆکارێکی دروست و لۆژیکی، واتە ڕودانی ئەمە بە هۆی کارێکی تاوانی ئەنقەستەوە هەیە.

وە زۆربەی جاران ئەم کردارە ڕوودەدات لە شوێنێکی شاراوەو نهێنی، چونکە هەبوونی سکپڕییەکە ڕەنگە پەیوەندی بەوەوە بێت کە بەرهەمی کارێکی ناشەرعی و نایاساییە، یان ترسان لە ئابڕۆچوون و یاخود هۆکاری فەقیری، واتە دایک باوکەکە منداڵێکی زۆر یان هەبێت، ترسان لەبەر هەژاری و کەمدەرامەتی ئەم کردوە تاوانیە ئەنجام دەدەن، یان نەبوونی حەز و ئارەزوو لای دایک و باوکەکە بە دروست بوونی سک و بەخێو کردنی منداڵ.[2]

ئەم جۆرەیان دادەنرێت بە مەترسیترین جۆرەکانی لەباربردنی کۆرپە لەنێو سکی دایکدا، وە هەروەها بەپێ ی ڕاپۆرتی پزیشکیش ئەمە سەڵمێنراوە بە مەترسیدارترین جۆر دادەنرێت بۆ سەر ژیانی دایک و تەندروستی دایک.

بۆیە ڕاپۆرتێکی ڕێکخراوی تەندروستی جیهانی سەڵمێنراوەو تەخمینکراوە کە ساڵانە ڕێژەیەکی زۆری دایکان و ئافرەتان بەهۆی لەباربردنی تاوانیەوە گیان لەدەست دەدەن و دەمرن.

---

(1) د.ماهر عبدشويش الدرة، **هەمان سەرچەوی پێشوو، لا 216.**

(2) د.ماهر عبدشويش الدرة ، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لاپەرە 217.**

ڕێکخراوی ناوهێنراو له ساڵی 1976 دا ڕاپۆرتێکی بڵاوکردۆتەوە کە تیایدا ئاماژە بەوە دەکات حاڵەتی تاوانی لەباربردنی منداڵ زیادی کردوە بۆ 25 ملیۆن حاڵەت لەسەرانسەری جیهان. وە ئەو ڕێژەیە دەبینین دوو هێندە بەرز دەبێتەوە لە ساڵی 1984، ئەگەرچی هۆکارو وەسیلەی نوێ هاتۆتە ئاراوە بۆکاری جوتبوون بۆ دروست نەبوونی کۆرپەو منداڵ وەک حەبی قەدەغە کردنی دروست بوونی منداڵ، وە زۆرینەی جارانیش ئەو حاڵەتانە ڕوەدات لە ئافرەتانێک کە بێ هاوسەرن و هێشتا شویان نەکردوە.

بۆیە دەبینین ئەم لەبارچوونە ئەنجامدەرێت لەلایەن خودی دایکەکە ، یان کەسی دووەم بەشێوەی ئەنقەست ، بەم شێوەیەی خوارەوە :

1- لە حاڵەتی ئەوەی دایکەکە خۆی بەکردەوەی خۆی و بە حەز و ئارەزووی خۆی، هەڵدەستێ ئەم کردەوە تاوانیە ئەنجام دەدات و کۆرپەکە لەبار دەبات، جا بەهەر وەسیلەو ڕێگاو ئامرازێک بێت، کە ئەمیان دادەنرێت بە لەباربردنی ئیجابی و دایکەک لێرە دا وەک فاعیلەکی ئەصیڵ مامەڵەی لەگەل دەکرێت و دە بێتە تاوانبار (جانية) ، وە کۆرپەش لەم تاوانەدا دەبێتە تاوان لێکراو (مجنى عليه) ، لێرە دا تاوانەکە ڕوەدات بەبێ هاوکاری و یارمەتی کەسێک.

2- لەم حاڵەتەدا ئەم تاوانە ڕوەدات بەهۆی کەسێکی ترەوە، کە بەئەنقەست ئەنجام دەدەرێت، وەک حاڵەتی ئەوەی کەسێک دەستدرێژی دەکاتە سەر دایکەکە جا بە ڕەزامەندی ئافرەتەکە بێت یان بێ ڕەزامەندی.

وە ئەگەر سەیری ((جۆرەکانی بابەتی لەباربردن)) بکەین لە یاساکانی فەڕەنسی دەبینین بەیاسا لەسەرەتادا ڕێگەی لێگیراوە، لەژێر ڕۆشنایی مەرسومی دەرچوو لە 1939/7/29 وە لە یاسای فەڕەنسی ساڵی 1975 و ساڵی 1979دا،

یەکەم : لە مەرسومی دەرچوو لە 29ی تەممووزی 1939

یاسادانەری فەڕەنسی ڕەزامەندی پێشاندا لەسەر ئەنجامدان و ڕێپێدانی حاڵەتی لەباربردن لەکاتی ڕزگار بوونی گیانی دایک لە ترسناکی، واتە لە حاڵەتی پێویستی، وە حاڵەتی پێویستی لە یاسای فەڕەنسی دادەنرێت بە کۆمەڵێک بارودۆخ کە هەڕەشە لە کەسێکی دیاریکراو بکات ببێتە مایەی هێنانەدی زەرەرێکی گەورەو ترسناک، بۆیە ناچاری ئەم کردەوەیە دەبێتە مایەی لابردنی زەرەرو زیانێکی گەورە.

ئەمەش لە یاسای سزادانی فەڕەنسی ڕێگەپێدانی بۆ کراوە و ئاماژەی بۆ کراوە، لەمادەی 24 لەیاسای سزادانی فەڕەنسی پێش دەرچوونی مەرسومی دەرچوو لە 29ی تەممووزی 1939.

بەگوێرەی مەرسومی ئاماژە پێدراوی سەرەوە، دەقی مادەی 87 لە مەرسومەکە و مادەی 161 بڕگەی ئێڵ لەیاسای تەندروستی گشتی ساڵی 1953بە گوێرەی دەقەکانی ئەم یاسایانە ڕێگەدراوەو دروستە ئەو پزیشکەی کە کاری نەشتەرگەری ئەنجام دەدات هەڵبستێت بە

ئەنجامدانی لەباربردن و ئەو ئالەت و ئامێرو ئامرازانە بەکاربهێنێت بۆ ئەنجامدانی کارەکە،[1] ئەگەر هاتوو بە ئامانج و پاراستنی گیانی دایک بوو، لەم حاڵەتەدا لەبەرئەوەی زیانەکە ئێجگار گەورەیە و ژیانی دایکەکە دەپارێزرێت بەو کردەوەیە بۆیە یاسا رێگەی پێداوە کە سکەکە کۆتای کۆتای پێ بهێندرێت بە کردەوەی لەباربردن، ئەمەش بەمەرجی ئەوە دێتە دی کە دانپێدانێکی دوانەی نوسراو هەبێت لە نێوان پزیشکی تایبەتمەند و یەکێک لە شارەزایانی دادگای شارستانی.[2]

دووەم : بەڵام لە یاسای سالی **1975** و **1979** دا

لە سێ حاڵەتدا یاسای ئاماژە پێدراوی فەرەنسی رێگەی بە ئەنجامدانی حاڵەتی لەباربردنداوە:

جۆری یەکەم // لەباربردن بۆ رزگارکردنی گیانی دایک:

بەپێ دەقی مادەی **162** بڕگەی ئێف /**12** لە یاسای تەندروستی گشتی دروستە پزیشکی پسپۆڕ بۆ پاراستن و رزگارکردنی گیانی دایکی سکپڕ لە مەترسی مردن کۆتای بە سکپڕیەکەی بهێنێت و لەباری بات بەبێ ڕەچاوکردنی هەفتەکانی ژیانی کۆرپە، ئەمەش جیاواز بوو لەگەڵ مەرسومی یاسای سالی **1939** چونکە لێرەدا لەباربردن وەک چارەسەرێک دیاریکراوە کە پێی دەڵێن لەباربردنی چارەسەری.

جۆری دووەم// لەباربردنی کۆمەڵایەتی

ئەمەش جۆرێکە لە جۆرەکانی لەباربردن بەپێی دەقی بڕگەی ئێڵ لە مادەی **161** لەیاسای تەندروستی گشتی کە تیایدا یاسادانەری فەرەنسی بە دوو شێواز ئەم جۆرە لەباربردنە بە رێگە پێدراوی دادەنێت و ڕەزامەندی لەسەر نیشاندەدات ، ئەوانیش بە هەبوونی مەرجە ڕواڵەتیەکان و مەرجە بابەتیەکانن.

یەکەم// مەرجە بابەتیەکان

أ-پەیوەستە بە حاڵەتی شەرمەزاری ئافرەتی سکپڕ، وەک لە دەقی مادەی **162** بڕگەی یەکەم ئاماژە دەدات بە رێگەپێدانی یاسای ئەم حاڵەتە وەک زاراوەی (**Une si t uat i on de dét r esse**) ی بۆ بەکار هێناوە،[3] واتە حاڵەتێکی شەرمەزاری، ئەمەش زاراوەیەکی فراوانە زۆر شت لە خۆ دەگرێت، بۆ نمونە ئافرەتەکە بە زۆر دەستدرێژی کرا بێتە سەری یان زینای بە زۆری لەگەڵ کرا بێت ئەم سکە لە دەرەنجامی ئەمەوە دروست بووبێت، یان لە دەرەنجامی زینای ناو چوارچێوەی خێزان هاتبێتە کایەوە، کە بە هەموو مانایەک مانای شەرمەزاری بۆ خۆی و خێزان و

(1) Agnès Guillaume, Clémentine Rossier, L'AVORTEMENT DANS LE MONDE. ÉTAT DES LIEUX DES LÉGISLATIONS, MESURES, TENDANCES ET CONSÉQUENCES, Institut national d'études démographiques, 2018/2 Vol. 73, pages 225 à 322.

(2) الدكتور هلالي عبد الله، الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، ص 100.

(3) Les dispositions organisationnelles sont fixées ultérieurement par décrets, voir notamment le décret n°75-353 du 13 mai 1975 portant application de l'article L. 162-4 du Code de la Santé publique et relatif à l'interruption volontaire de la grossesse ou n°75-750 du 9 août 1975 soumettant les établissements privés à une autorisation préfectorale pour pratique des IVG : on souhaitait éviter un « *marché privé de l'IVG* ».

كۆمەڵگا دروست بكات.[1]

ب-پەیوەستە بە ماوەی سكپڕیەكە، ئەم ڕێگە پێدانە وا ڕەهاو كراوە نیە بەڵكو بە پێی مادەی 162

و لەیاسای تەندروستی گشتی و مادەی 317 لەیاسای سزادانی فەڕەنسی ماوەی نابێت لە دە هەفتە زیاتر بێت، واتە نابێت تەمەنی كۆرپەی نێو سكی دایكەكە لە دە هەفتە بێت ئەمەش دەست پێدەكات لە میانەی سەرەتای دروست بوونی كۆرپەكە.[2]

دووەم // مەرجە ڕواڵەتیەكان

دەتوانین ئەم مەرجە ڕواڵەتیانە بكرێن بە دوو گروپ بكەن :

گروپی یەكەم : ئەو مەرجانەی كە پێویستە ڕەچاو بكرێت پێش ئەنجامدانی كرداری لەباربردن.

أ - ئەو مەرجانەی كە پەیوەستە بە ئافرەتی سكپڕ، بریتین لەمانەی خوارەوە :

1- لەسەر ئافرەتی سكپڕ پێویستە كە دەیەوێت سكەكەی كۆتای پێ بهێنێت بچێت بۆ لای پزیشكی پسپۆڕو تایبەتمەند لە پزیشكی لەدایک بوان و ئافرەتان، وە لەسەر ئەو پزیشكە پێویستە دەرک بە مەترسی لەباربردن ببات دۆسیەكەی تایبەتی بۆ بكاتەوە كە پێ ی دەڵێن دۆسیەی ئامۆژگاری، كە تیایدا یارمەتی دارایی و كۆمەڵایەتی بۆ ڕونبكاتەوە لەحاڵەتی لەدایک بوون یان هەموو ئەو كەسانەشی كە لەگەڵیدان بۆ ئەنجامدانی لەباربردنی ئارەزوومەندانە.

2- لەسەر ئافرەتەكە پێویستە بچێت بۆ لای دەستەیەكی ڕاوێژكاری، كە تیایدا دەستەیەكی ڕاوێژكاری خێزانیە كە بەهۆیەوە كۆمەڵێک ئامۆژگاری و زانیاری پێویست وەردەگرێت لەسەر بارودۆخی بابەتی لەباربردنەكە، ئەگەر هاتوو ئافرەتە سكپڕەكە بەردەوام بوو لەسەر هەڵوێستی خۆی بەوەی كە دەیەوێ ئەنجامی بدأت ، پێویستە بگەڕێتەوە بۆ لای پزیشكی ئافرەتانی پسپۆڕ، وە نوسراوێكی ڕەسمی لەلایەن دەستە ڕاوێژكاریەكە بۆ بات كە دەیەوێت ئەنجامی بدأت بۆ لەكەوتنی كۆرپەكەی، بەڵام نابێت ماوەكانی گەڕانەوە لە مانگێک زیاتر بێت.

3- ئەگەر هاتوو ئافرەتە سكپڕەكە منداڵی هەرزەكار بوو یان شووی نەكردبوو، ئەوا بە گوێرەی دەقی مادەی (126 بڕگەی 5) لەیاسای تەندروستی گشتی ساڵی 1975 ئەوا ڕەزامەندی ئەو كەسانەی كە دەسەڵاتی باوكایەتیان هەیە یان نوێنەرایەتی یاسای ئافرەتەكە دەكەن بەسە بۆ ئەنجامدانی كاری لەباربردنەكە.

پاش ئەمە یاسای 31 ی دیسێمبەری ساڵی 1979 دەرچوو، كە تیایدا داوای دەكرد خودی ئافرەتە هەرزەكارەكە دەبێت ڕەزامەندی بنوێنێت لەسەر ئەنجامدانی لەباربردنەكە، هەتا ئەگەر

(1) هذه الحالة نصت عليها المادة 1/162 " L " من قانون العقوبات الفرنسي.

(2) VEIL Simone, *Discours pour le droit à l'avortement*, 26 novembre 1974, Paris, Editions Points, 2009, p. 32.

هاتوو وێنەری یاسای ئافرەتەکە یان باوانی ڕازیش نەبن بەم کردەوەیە یاسا ئەم ڕێگە پێدانەی بە ئافرەتە

هەرزەکارەکە دابوو.

ئەمە بۆ ئافرەتانی فەڕەنسی، وەلێ بۆ ئەو ئافرەتانەی کە بیانین و لەخاکی فەڕەنسا نیشتە نیشتە جێن، یاساکە چارەی بۆ ئەمانیش دانابوو بەمەرجێ نابێت ماوەی مانەوەی یاساییان لە سێ سێ مانگ زیاتر لە دەسەڵاتی تایبەتمەندی فەڕەنسی یان وەرگرتبێت بۆ ئەوەی بتوانن سود لەو لەو کارە وەربگرن کە ئەویش ئەنجامدانی لەباربردنە، بۆ ئەوەی فەڕەنسا نەبێتە شوێنێک تایبەت تایبەت بێت بۆ لەباربردنی منداڵ.[1]

ب- ئەو مەرجانەی پەیوەستن بە شوێنی ئەنجامدانی لەبار بردنەکە:

بۆ ئەوەی کرداری لەباربردنەکە بێتە دی و سکەکە کۆتای پێ بێت، یاسای تەندروستی گشتی فەڕەنسی پێویستی کردوە بەوەی کە ئەنجامدانی کرداری لەباربردن بەپێ ی مادەی **126** بڕگەی دووەم دەبێت لە نەخۆشخانەیەکی تایبەتی ڕێگە پێدراو بێت، وە لەسەر نەخۆشخانەکەی پێویست کردوە کە نابێت نەشتەرگەری لەباربردن تێپەڕی بکات و سنور بشکێنێت لە چارەکی تەواوی نەشتەرگەریەکانی سااڵێکی نەخۆشخانەکە، ئەمەش بە پێ ی دەقی مادەی (**178** بڕگەی یەکەم).

جـ- مەرجی پەیوەست نەبوو بە کەسی هەڵساو بە ئەنجامدانی کرداری لەباربردن:

پێویستە ئەوەی هەڵدەستێ بە ئەنجامدانی کرداری لەباربردن پزیشک بێت و پسپۆڕی نەخۆشیەکانی ئافرەتان و لەدایکبووان بێت، وە لەگەڵ ئەوەشدا یاریدەدەرانی پزیشکی و سستەرەکان ڕێگەیان پێدراوە ممارسەی ئەو کارە بکەن بەپێ ی یاسای ساڵی **1975**.

گروپی دووەم // ئەو مەرجانەی کە پێویستە ڕەچاو بکرێت دوای ئەنجامدانی کرداری لەباربردن و کەوتنی کۆرپە

نەخۆشخانەکان لەسەریان پێویستە کە دوای ئەنجامدانی کرداری لەباربردن ڕێنمایی

پێویست پێشکەش بە ئافرەتی لەباربردوو بکەن و بۆ ئەوەی سودی هەبێت لە ڕێکخستن و دروست بوونی سکپڕی لە داهاتوو، وە خۆ لادان لە لەباربردنێکی تر، وەکو ئەوەی هاتووە لە بڕگەی **9**ی مادەی **162**کە پێویست دەکات لەسەر پزیشکی پسپۆڕ ڕاپۆرتێکی ورد بنوسێت و بیانوەکانی بڕوا پێکردن بە لەباربردنەکە بۆ کۆتای هێنان بە حاڵەتی سکپڕییەکە شیبکاتەوە، لەگەڵ ناوی نەخۆشخانەکەو ئەوەی پێ ی هەڵساوە، وە پاشان بینێرێت بۆ نەخۆشخانەی تایبەتمەند وشوێنی ئەنجامدانی لەباربردنەکە ڕۆنبکاتەوە لەگەڵ هەر زانیارییەکی تر کە پەیوەستە بە ئافرەتەکە.[2]

بەگوێرەی دواین یاسای ڕێگەپێدانی لەباربردن لە فەڕەنسا، کە لە **8**ی ئۆکتۆبەری **2020** دەنگی پێویستی بەدەست هێنا لە ئەنجومەنی نیشتیمانی فەڕەنسا ، وێڕای بەتاوان دانانی ڕەفتارەکە وەلێ ماوەی ڕێگەدانی لەباربردنی ڕێگەپێدراوی بەمەرج درێژکردەوە کە دەتوانرێ لە

(1) Laurie Marguet, Les lois sur l’avortement (1975-2013) : une autonomie procréative en trompe-l’œil, 2014.

(2) د.هلالي عبد الله، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لا 101.**

کۆتاییەکانی ماوەی سکپڕی لە میانەی 12 هەفتە تا 14 هەفتەش کرداری لەباربردن ئەنجام بدرێت و بە تاوان هەژمار نەکرێت.(1)

تەوەری دووەم

پایەکانی تاوانی لەباربردن لە فقهی ئیسلامی

لە شەریعەتی پیرۆزی ئیسلام، ئەگەر بڕوانین مەرجە بۆ هاتنە دی تاوانی لەباربردن، دوو پایەی سەرەکی هەبێت بۆ ئەوەی ئێمە ئەو کردەوەیە تجریم و تحریم کەین واتە بەتاوانی دابنێین، ئەوانیش یەکەم پایەی مادی کە بریتیە لە هەبوونی سک و دووەم پایە نیەت و مەبەستی تاوانی.

یەکەم : بوونی سک (حەمل)

لە شەریعەتی ئیسلامی ئیعتیباری ئەوە کراوە بۆ ئەوەی ئەم تاوانە بێتە دی، دەبێت سکپڕی هەبێت، چونکە ئەم تاوانە هەرگیز وجودی نابێت ئەگەر سک نەبێت. بۆیە دەبێت کردارێک بەسەر ئافرەتەکە دابێت، چونکە ئامانج لە بەتاوان دانانی کرداری لەباربردن بریتیە لە پاراستنی نەفس و گیانی کۆرپە، کە خوای پەروەردگار حەڕام و قەدەغەی کردیە تەنیا بە حەق نەبێت، وەک لەسورەتی اسراء ئایەتی 33 داد دەفەرموێ (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا

بِالْحَقِّ ۗ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ ۖ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا).(2)

دووەم : پایەی مادی

ئەم ڕوکنە لە فقهی ئیسلامی دادەنرێت بۆ کردەوە مادییەکە کە لێرەدا بریتیە لە کەوتن و هێنانە خوارەوەی کۆرپە لەنێو سکی دایک پێش کات و ساتی لەدایکبوونی سروشتی، کە ئەنجامدانی کارێکی مادی قەدەغە کراوە، جا ئەم کردەوە تاوانیە مادییە سلبی بێت یاخود

ئیجابی، لە خوارەوە هەر یەکێک لە ڕەگەزەکانی بە درێژی باسیان دەکەین و شی دەکەینەوە.(3)

أ-کردەوەی تاوانی (السلوک الإجرامی)

بریتیە لەو کردەوەی کە لە ئیرادەو ویستی تاوانبار دەردەچێت، کە ئەمەش لێرەدا دەبێتە کۆتای هێنان و هاتن بە حاڵەتی حەملی دایک پێش کات و ساتی لەدایک بوونی سروشتی کۆرپە.

جا ئەم کردەوە ئیجرامیە ببێتە هۆی مردنی کۆرپە یان دەرچوونی کۆرپە لە نێو

(1) Laurie Marguet, *Op.cit.*

(2) أية 33 من سورة الاسراء.

(3) د. محمد وفا ريشي، الإجهاض في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الكتاب العربي الجديدة – بيروت 2003، ص 240.

منداڵدان هەتا ئەگەر زندوش بێت.

وە هەروەها هیچ ڕێگەو ئامراز و وەسیلە گرنگ نین و داواکاراو نیە بۆ هاتنەدی کردوە تاوانیە ماددییەکە، واتە تاوانبار-جانی- بەهەر شێوەک ئەم کردەوەیەی ئەنجامدا بەهۆی توندوتیژی یان بەکارهێنانی مەوادی تایبەت وەک حەب و خواردن و خواردنەوە یان دەرزی لێدانیان ئەشکەنجەدان و لێدان لە سکی ئافرەت، کە ئەم لایەنە تاوانیەکە تیایدا ئیجابیە، وە دەکرێت کردەوە تاوانیەکە سلبی بێت لە تاوانی لەباربردن وەک ڕەتکردنەوە ومەنعی کردن لە خواردن و خواردنەوە و وەرگرتنی دەرمانی چارەسەری کە بۆ باشبوونی کۆرپە دادەنرێت دایکەکە لەم حاڵەتانەدا ڕەتی بکاتەوە بەمەبەستی لەبارچوونی کۆرپەکەی.

ب-ئەنجامە تاوان (نتیجەی ئیجرامی)

مەبەست و ئامانجی سەرەکی لە کرداری تاوانی لەباربردن، بریتیە لە کەوتن وهاتنە خوارەوەو نەمانی کۆرپە لەنێو منداڵدانی دایکدا پێش کات و ساتی لەدایکبوونی ئاسایی و سروشتی.

یان ئامانج لەم تاوانە بریتیە لە کۆتایی هێنان بە گەشەو گەورەبوونی کۆرپە لە ناو منداڵدان، کەئەمەش بە سێ شێوە دەبێت : یان مردنی کۆرپە لەنێو منداڵدان بەبێ دەرچوونی لە نێو سکی ئافرەتدا ، یاخود هاتنە خوارو کەوتنی کۆرپە بە مردوویی لەنێو منداڵدانی ئافرەت و دەرچوونی، یان دەرهێنانی کۆرپە لەپێش کات و ساتی لەدایک بوون لە دەرەنجامی کردەوەیەکی دەستدرێژی یان هەر کردارێک.[1]

بەپێ ی شەریعەتی پیرۆزی ئیسلامی ئەم تاوانە نایەتە کایەوە ئەگەر هاتوو کۆرپەکە بە زندووی لەدایک بوو و لەباربرا، چونکە ئامانج لە تاوان بریتیە لە سلوک و نەتیجە (مردنی کۆرپە و دەرچوونی بەپەلە و پێش کات و ساتی خۆی لەدایکبوونی کۆرپە لە نێو منداڵداندا).

جـ- پەیوەندی هۆکاری (علاقة السببية)

لە بۆ تاوانی لەباربردن دەبێت پەیوەندییەک هەبێت لەنێوان ڕەفتار و کردەوەی تاوانی تاوانبار

لەگەڵ دەرەنجامی تاوانەکە، واتە کردەوەکە دەبێت لە تاوانبارەکەوە دەربچێت و ئەنجامەکەشی بۆ بێتە دی. ئەگەر هاتوو ئەو ڕابیتەو پەیوەندییە لە نێوان ڕەفتارە تاوان و دەرەنجامی تاوانی دروست نەبێت، ئەوکاتە تاوانی لەباربردن بوونی نیە.

وە هەروەها لەبەرئەوەی پەیوەندی هۆکاری ملکەچ دەبێت بۆ بنەما گشتیەکان و لایەنی بابەتی مەسئەلەکان بۆیە لەسەر دادوەر پێویست دەبێت ڕێنمایی وەربگرێ لە ئەهلی شارەزاو پسپۆڕ.

ئەگەر هاتوو ئافرەت یان کەسی دووەم کردەوە تاوانیەکەی ئەنجامدا و لەباربردنەکە هاتە دی، وە بووە هۆی ئەوەی کۆرپە بمرێت یان ماوە بە زیندووی هاتە دەرەوە بەڵام ئازاری هەبوو مرد

(1) د. محمد وفا ريشي، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لا 241.**

ئەو كاتە بەتاوانی لەباربردن هەژمار دەكرێت.

بەڵام ئەگەر كەسێک زللەیەكی سادە و ساكاری لە ئافرەتێكدا، وە ئافرەتەكە هەڵساو ڕایكرد و هەڵات و كەوتە ناو بیرێک ، یان ئۆتۆمبێل لێ ی دا، ئەوا بۆ ئەمە دەگەڕێینەوە سەر بنەما گشتیەكان (قواعد العامة).

سێیەم : پایەی مەعنەوی

مەبەست لە ڕوكنی مەعنەوی لە فقهی ئیسلامی لە بۆ هاتنەدی تاوانی لەباربردن بریتیە لەوەی

كە ڕوو مەبەستی بكەر لە كارەكەی. یان واز هێنان و مەنع كردن لە كارێک لەگەڵ هەبوونی زانیاری تاوانبار بە تەجریم و تەحریمی كردەوەكە.[1]

ئەساس و بناغەی ئەو كردەوەیە لە شەریعەتی ئیسلامی بەستراوە بە نیەت وەک پێغەمبەری خوا درودی خوای لەسەر بێت دەفەرموێ (إنما الأعمال بالنيات)، وەنیەتیش شوێنەكەی لە دڵە بە مانای مەبەست دێت، ئەو مەبەستەش دەبێت مەبەستی عصیان بێت هەروەک قانون بە مەبەستی تایبەتی (القصد الخاص) داناوە.

مەبەست لە قەصدی عصیان : بریتیە لە نیەتی بكەر بۆ كردارەكەی ، یان وازهێنان و ڕەتكردنەوە و مەنعی نواندن لە كارێک لەگەل ئەوەشدا كە بكەر دەزانێ نەكردنی ئەو كارە تاوانە.[2]

وە مەبەست دەكرێ گشتی بێ، وەک ئەنجامدانی كردەوەیەكی تاوانی لای بكەر لەگەڵ ئەوەشدا

كە دەزانێ تاوانە. زۆرینەی تاوانەكان دەخوازن كە نیەتی گشتی هەبێت و مەوجود بێت. بەڵام لەگەل ئەوەشدا هەندێ تاوان هەن بەس تەنیا نیەتی ئیجرامی گشتی كافی نیە بۆ هاتنەدی تاوان، بەڵكو پێویست بە مەبەستی تایبەتیش دەكات كە بریتیە لە زەرەرێک لە پاڵ تاوانەكە.

دەبینین فەقیهەكانی شەریعەتی ئیسلامی بۆچوونی جیاوازیان هەیە لەسەر قەصدی تاوانی لە تاوانی لەباربردن :

1- بەشێكیان، كە مەزهەبەكانی ئیمامی ئەبوو حەنیفەو شافعی و حەنابیلەن لایەنگری ئەوە دەكەن كە تاوانكردن لەسەر كۆرپەلە نابێت ئەگەر بەئەنقەست نەبێت، هەتا ئەگەر ئەنقەستی جانی لە كردەوەكەی محیض بێت، چونكە وێنا ناكرێت. دەكەوێتە سەر ئەوەی هەبوونی علم لای تاوانبار، بە بوونی كۆرپەلە وە لەگەڵ مەبەستی كوشتنی، وە ئەو فەرمانە دووەم لە وێنا كردن، چونكە كرداری بەئەنقەست وەستاوە لەسەر نیەتی عدوانی و دوژمنایی

(1) ضيفلي حياة، حقوق الجنين بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير مقدم إلى كلية الحقوق جامعة بوضياف- المسيلة، 2017-2018، ص 34 وما بعدها.

(2) ضيفلي حياة، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لا 36.**

لەگەڵ مەبەستی وەرگرتنەوەی گیانی کۆرپەلە. وە دەڵێن دەستدرێژی کردنە سەر دایک دەلیل و بەڵگەیەکی وازح و ڕون نیە لەسەر مەبەستی کوشتنی کۆرپە، چونکە لێرەدا شەک و گومان هەیە. وە عمد و کاری ئەنقەسەت جێگیر نابێت لەسەر تاوانی شبە عمد (نیمچە ئەنقەست) ئەگەر کردەوەکە بە عمدی تاوانبار بێت وە دەکرێت بڵێین هەڵەیەکە بە کردنی هەڵە.

2- بەشێکی تریان مەزهەب و لایەنگرانی ئیمامی مالکە کە پێیان وایە، تاوان لەسەر کۆرپە دەکرێت بەئەنقەست بێت وە دەشکرێ بە هەڵە بێت.

ئەنقەستە، ئەگەر جێگیر بوو وە سڵمێنرا مەبەستی تاوانبار بۆ کردارەکە ئەنقەستە. هەڵەیە، هەڵەیە، ئەگەر جێگیر بوو وە سڵمێنرا مەبەستی تاوانبار بۆ ئەنجامدانی کردەوەکە هەڵەیە. لەبەرئەوە ئەم بۆچوونە بە ڕاجح دادەنرێت چونکە دەکرێت تاوان لەسەر کۆرپەکە بە ئەنقەست بێت وە دەشکرێ هەڵە بێت، لێرەدا تاوانبار بەرپرسیار دەبێت ئەگەر بە مەبەستی ئەنقەست بێ بۆ کردەوەکەی یان هەڵە هەبێت، ئەو کاتە سزاکە جیاواز دەبێت بەپێ ی حاڵەتەکان.[1]

تەوەری سێیەم

پایەکانی تاوانی لەباربردن لە یاسای دانراو

لەمیانەی باسکردن و پێناسە کردنی تاوانی لەباربردن، سێ پایەی سەرەکی هەڵدەهێنجین بۆ هاتنەدی تاوانی لەباربردن لەیاسای دانراو، ئەوانیش پایەی مادی و پایەی مەعنەوی و پایەی تایبەت کە تایبەتە بە هەبوونی سک.

کەواتە پایەی تایبەت بریتیە لە (هەبوونی سکپڕی)و پایەی مادی بریتیە لە (کردارە تاوانی) و پایەی مەعنەوی بریتیە لە (مەبەستی مەعنەوی).

هەوڵدەدەین پایەکانی ئەم تاوانە لەیاسای دانراودا بە وردی لە خوارەوە شی بکەینەوە.

یەکەم : پایەی تایبەت (هەبوونی سک)

لێرەدا پێویستە ئەوە بوترێ کە پایەی تایبەتی لە تاوانی لەباربردن پشتگیری کراوە بە هەبوونی حەملێکی حەقیقیی و دروست و ڕاستی نەک سکپڕیەکی وەهمی و نادروست کە تەبەنی کرابێت لەسەر وەهم و خەیاڵی دایکەکە، چونکە لەباربردن دروست دەبێت لەسەر هەبوونی حەمل و سک، ئەگەر حەمل نەبێت تاوانی لەباربردن و شروع لە ئیجهاض هیچ کاتێ بوونی نابێت.[2]

کەواتە ئەگەر یەکێک دەستدرێژی کردە سەر ئافرەتێک بەنیەتی ئەوەی کۆرپەکەی لەبار ببات، یان وای زانی کە ئافرەتەکە حامیلەیە و هێرشی کردە سەر و بۆ ئەوەی کۆرپەکە لەباربات، بەڵام لەڕاستیدا دەربکەوێت کە ئافرەتەکە دوو گیان نیە، ئەوا لەسەر تاوانی لەباربردن موسائەلە ناکرێت بەڵکو لەسەر کرداری دەستدرێژی سزا دەدرێت.

---

(1) د. محمد وفا ريشي، **هەمان سەرچاوەی پێشوو،لا 245.**

(2) د.محمد نوری کاظم، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص، وزارة الاعلام العراقي، 1977، ص 160.

چوون پایەی هەبوونی منداڵ نەهاتۆتە کایەوە. واتە ئیستیحاڵەکی یاسایی هەیە، بۆیە تاوانەکە لەبەر نەبوونی پایەک بە ناقیصە و کەم و کوڕی دادەنرێت، وە هەروەها شروعیش بوونی نیە چونکە ئەو پایە نیە بۆ دروست بوونی تاوانی لەباربردن، وەلێ بکەر لێ پرسینەوەی یاسای لەگەڵ دەکرێ لەسەر تاوانی ئازارو دەستدرێژی کە پایەکانی هاتبێتە دی.

لە هەمان کاتیشدا دەبینین هەندێ وڵات هەیە لەیاسای سزادانی دا شروعی داناوە بۆ تاوانی لەباربردن، وەک فەرەنسا لەساڵی 1810، بۆ ئەمەش لەسەر تاوانی موستەحیلە لێ پرسینەوەی لەگەڵ دەکرێ بکەری ئەم جۆرە تاوانە.

دووەم : پایەی مادی (کرداری تاوانی)

لە ڕاستیدا پایەی مادی لە تاوانی لەباربردن بریتیە لە دەرچوونی کرداری تاوانی لە تاوانبارەوە کەتیایدا ببێتە هۆی لەناوبردنی کۆرپەلە یان کەوتن و هاتنە خوارەوەی کۆرپە لەپێش کات و ساتی لەدایک بوونی ئاسایی. وە ڕەنگە ئەم کردارە تاوانیە بێتە کایەوە بەهۆی بەکارهێنانی کۆمەڵێک وەسائیل و ئامێری جیا جیا.

وە هەروەها دەزانین لەهەر تاوانێک لەپایەی مادی دا پێویستە هەندێ عونصرو ڕەگەزی سەرەکی هەبێت بۆ ئەوەی ئەم پایەیە بە تەواوی تەحەقوق بکات، ئەوانیش ڕەگەزی کردارە تاوانی و ئەنجام و پەیوەندی هۆکاری هەبێت لە نێوان سلوکی تاوانی تاوانبار و دەرەنجامی کردەوەکە، لە خوارەوە بە وردی باسیان دەکەین.[1]

1- ڕەفتارە تاوان :

کردەوەی تاوانی بریتیە لە چاڵاکی و کارێکی تاوانی مادی کە دەردەچێت تاوانبارەوە دەبێتە هۆی کۆتای هێنان یان کەوتن و هاتنە خوارەوەی کۆرپە لە نێو سکی دایکی دوو گیاندا پێش کات و ساتی لەدایکبوونی ئاسایی، هەتا ئەگەر هاتوو کۆرپەکە بە زیندوویش لە دایکبوو.

یاسادانەری هیچ وڵاتێک داوای شێوازێکی دیاریکراو ناکات بۆ ڕودانی تاوانی لەباربردن، وەک تۆندوتیژی و لەسەر لەش و جەستە یان بەکارهێنانی ئەدەواتی تۆندوتیژی لەسەر جیهاز و دەزگای هێلکەدانی ئافرەت یان منداڵدانی ئافرەت. یان هەروەک باسکرا دەکرێ هاتنە دی ئەم تاوانە بەشێوەیەکی سلبی بێت وەک منع کردن لە خواردن و خواردنەوە و بەکارهێنانی دەرمان بۆ چارەسەری و گەشەی کۆرپە.

2- ئەنجامی تاوانی :

دەبێت ئەنجامی تاوانی بێتە دی لە تاوانی لەباربردنی کۆرپە، ئەویش بە دانان و لەباربردنی کۆرپەکە دەبێت پێش کات و ساتی لەدایکبوونی سروشتی لە منداڵدانی ئافرەت. جا ئەنجامەکە کە کەوتنی کۆرپەیە مردوو بێت یان زیندوو تاوانەکە دێتەدی.

(1) د.محمد نوری کاظم، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لا 161.**

وە لێرەدا پەیوەندییەکی دوو لایەنی هەیە، لەلایەک مردنی کۆرپەلە لەنێو منداڵدانی ئافرەت و دەرچوونی بەشێوەیەکی خێرا، چونکە مانەوەی کۆرپەلە لەنێو سکی دایکدا دەبێتە هۆی ئەوەی ژیانی دایکەکە بکەوێتە مەترسییەوە.

لەلایەکی تر کەوتنی حەملەکە پێش کاتی لەدایکبوونی ئاسایی ، ئەمەش بە نیەت و مەبەستی ئەوە دەکرێت کە گەشەی کۆرپەلە تەواو ڕادەگرێت و دەوەستێت.

3- پەیوەندی هۆکاری (علاقة السببية)

وەک ئەوەی لە فقهی ئیسلامی دا خستمانە ڕوو، لەبەرئەوەی دەبێت پەیوەندییەک هەبێت لەنێوان سلوکە تاوانی و ئەنجامەکەی، ئەگەر ئەم پەیوەندییە نەیەتەدی، لێ پرسینەوە لەگەڵ تاوانبار لەسەر تاوانی لەباربردن ناکرێت.

سێیەم : پایەی مەعنەوی (هەبوونی مەبەستی تاوانی)

هیچ کاتێ تاوان بوونی نیە، ئەگەر قەصدی تاوانی لەلای تۆمەتبار نەبێت، واتە هەمان شتیش بۆ تاوانی لەباربردن، واتە بۆ ئەوەی ئەم تاوانە بێتە دی دەبێت تاوانبار مەبەستی هەبێت، نیەت و مەبەستیش لێرەدا بریتیە لە (مەبەستی تاوانی گشتی).

وە ئەو نەقصە لەنیەتی تاوانی بۆ ئەنجامدانی تاوانی لەباربردن یان بەکارهێنانی ئامرازی دیاریکراو بۆ کەوتنی حەملی ئافرەتەکە.

وە لەیاسای سزادان بەگشتی مەبەستی تاوانی گشتی دەبێتە دوو بەش، ئەوانیش بریتین لە علم و ئیرادە.[1]

علم، علمی تاوانبار بەوەی کە زانیاری و عیلمی هەیە کە ئافرەتەکە حامیلەو دوو گیانە، لێرەدا مەبەست ئەوەیە کە جانی دەزانێت ئافرەتەکە حامیلەیەو دۆخ وکاتەکەی ناسکە مەترسی لەسەرە، وە ئەگەر کردارەکە کرا بەڵام جانی علمی بەوە نەبوو کە ئافرەتەکە دوو گیانە، لێرەدا لەسەر بابەتی لەباربردن لێ پرسینەوەی لەگەڵدا ناکرێت.

وە هەروەها ئەگەر پزیشک ئامۆژگاری ئافرەتی کرد بەوەی، ئەدەوات و مەوادی چارەسەری بەکاربهێنێ بۆ ماوەیەک بێ ئەوەی تأسیری و کاریگەری هەبێت بۆ کۆرپە، بەڵام بە هۆیەوە لەباربردن ڕوبدا، دیسان کرداری تاوانی لەباربردن بوونی نیە چونکە ئیرادەو ویستی نەبووە.

بەڵام لەگەڵ ئەوەشدا، خۆ ئەگەر دایک یان پزیشک یان کەسێکی تر دەیانزانی هەندێ مەواد و یان چارەسەری پزیشکی کاریگەری سلبی دەبێت بۆ حملەکە و دەبێتە هۆی نەهێشتنی حاڵەتی دوو گیانی لە ئافرەتدا، ئەوا لەبەر بوونی ڕەگەزی ویست و ئیرادەو زانین تاوانی لەباربردن دێتە کایەوەو دێتە دی.[2]

هەمان هاو هەڵوێستی لە فقهی فەڕەنسی بەدی دەکرێت، لە ڕووی پایەکانی هاتنە دی ئەم تاوانە، گەرچی یاسای مصري و عێراقی شرۆڤەی ئەم باسەیان لە فقهی فەڕەنسی وەرگرتووە،

(1) د.ماهر عبدالشويش الدرة، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لا 217و دواتر.**

(2) د.محمد نوری کاظم، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لا 163.**

جیاواز لە شەریعەتی ئیسلامی.

تەوەری چوارەم

بەراوردی نێوان پایەکانی تاوانی لەباربردن لەنێوان شەرع و یاسای دانراو

بەخستنەڕووی پایەکانی ئەم تاوانە لە نێوان یاساو شەریعەتی پیرۆزی ئیسلامی، هەڵوێستەیەکەیان لەمانەی خوارەوە بە ڕوونی بۆمان دەردەکەوێت :-.

1- هاو هەڵوێستیەک دەبینین لە نێوان فقهی ئیسلامی و یاسای دانراو، بەوەی کە، مەحەلی تاوانی لەباربردن بریتیە لە کۆرپە (هەبوونی سکێکی ڕاستەقینە لە ئافرەتدا).

2- هەروەها هەمان هاوهەڵوێستی دەبینرێت لەنێوان فقهی ئیسلامی و یاسای دانراو، لەبارەی ئەوەی کە کۆرپە وەک مرۆڤێک ژیانی پارێزراوە بە یاسا، وە هەمان شتیش لەشەریعەتی پیرۆزی ئیسلام دروست بوونی ئادەمیزاد بەفەرمانی خوایەو ناکرێت کەس دەستدرێژی بکاتە سەر، هەتا ئەگەر شێوازی دروست بوونەکەی ناشەرعی بێت.

3- جیاوازی هەیە لەنێوان شەرع و یاسادا لەبارەی ئەوەی کە لەشەرعدا، تاوانەکە بوونی نیە، ئەگەر هاتوو کۆرپەکە بە زیندووی کەوت پێش کات و ساتی لەدایکبوونی سروشتی و ئاسایی، وەلێ لە یاسای دانراو دا تاوانی لەباربردن هاتۆتە کایەوە هەتا ئەگەر کۆرپەکە بە زیندوویش کەوت، ئامانج لەمە ئەوەیە کە یاسادانەر هەست بە ترسی ئەوە دەکات کە کۆرپەکە باش گەشەی نەکردوەو مەترسی لەسەر ژیانی هەیە.

4- هەڵوێستی فقهی ئیسلامی جیاوازە لەگەڵ یاسای دانراودا، لەبارەی ئەوەی کە کۆرپە کەوت بە شێوەیەکی زیندوو پاشان مرد، بەجۆرێ کە تەمەنی دوو گیانیەکە کەمتر بوو لە شەش مانگ ، ئەوا تاوانی لەباربردن دادەنرێت. بەڵام ئەگەر لەدایک بوو بەشێوەیەکی زیندوو پاشان مرد بەجۆرێ گەر تەمەنی دوو گیانیەکە لە ئافرەتدا لە شەش مانگ زیاتر بوو ئەوا ئەوکاتە بەتاوانی لەباربردن دانانرێت بەڵکو تاوانی کوشتن هاتۆتە کایەوە.

5- وە هەروەها دیسان هاو هەڵوێسیەک هەیە لەنێوان شەرع و یاسادا لەبارەی پەیوەندی هۆکاری بۆ دروست بوون و هاتنە دی تاوانی لەباربردن.

6- هەمان هاوهەڵوێستی هەیە لەنێوان شەرع و یاسادا، لەبارەی ئەوەی هەر ئامرازو ئامێرێک بەکاربێت بۆ هاتنەدی تاوانی لەباربردن گرنگ نیە، وە لەنێویشیاندا وە سائیل و ئامرازە نوێ یەکان. بەڵام جیاوازن لە حاڵەتی ڕودانی لەباربردن بەهۆی داوای ئافرەتی دوو گیان یان داخل بوونی بێت، چونکە بەڕپرس دەبێت لەتاوانی لەباربردن ئەمە لەفقهی ئیسلامی، بەڵام لەیاسا دانراو ئەم حالەتە ناناسێ.

7- بەپێ ی بۆچوونەکانی وەرگیراو لە فقهی ئیسلامی تاوانی لەباربردن دەکرێت تاوانەکی ئەنقەست یان هەڵە بێت، بەڵام لەیاسای دانراودا لەباربردن ڕونادات بەهۆی هەڵەوە.

باسی سێیەم

سزای تاوانی لەباربردن لە نێوان فقهی ئیسلامی و یاسای دانراو

لەم باسەدا هەوڵدەدەین باسی سزای تاوانی لەباربردن بکەین لەنێوان فقهی ئیسلامی و یاسای دانراو، وە بەراوردکردنیان لەنێوان دوو تەوەری سەرەکی.

تەوەری یەکەم

سزای تاوانی لەباربردن لە فقهی ئیسلامیدا

ئەگەر سەیری هەڵوێستی فقهی ئیسلامی بکەین دەبینین تاوان و کرداری لەباربردنی حەرام و قەدەغە کردوە، ئەمەش دەگەڕێتەوە بۆ ئەوەی کە شەریعەتی پیرۆزی ئیسلام هەمیشە بەرگری لە مافی ژیانی مرۆڤەکان دەکات و دەبێتە پارێزەری ئەو مافانە، چونکە خۆی لە خۆیدا کرداری لەباربردن کوشتنی نەفسێکی زۆر بێتاوانە، وە لەبەرئەوەی کۆرپەش مافی ژیانی هەیە، ناکرێت هیچ کەسێک دەستدرێژی بکاتە سەری ببێتە هۆی مردنی نەفسێک، هەر بۆیە دەبینین کرداری لەباربردن بەشێوەک لەشێوەکانی خراپ بەکارهێنان و تەعەروزات دانراوە بۆ سەر دروست بوون و عاهاتی کۆرپە. بەڵگەو دەلیل لەسەر بەتاوان دانان و حەرامی کرداری لەباربردن بریتیە لە هەمان دەلیل و بەڵگەی تاوانی کوشتنی نەفس. هەروەکو خوای تعالی دەفەرموێ (مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأرض فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا).[1]

هەورەها دوای جێگیر بوونی مەنی و سپێرمی پیاو و هێلکۆکەی ئافرەت لە نێو منداڵدانی ئافرەت حەلال نیە بۆ کەسێک بیەوێ ئیسقاتی بکات و بیکەوێنێ و تێکی بدات، بۆیە شەریعەتی ئیسلامی حەرامی کردوە لەسەر دایک بە کردەوەی خۆی یان کەسێکی تر بیەوێ حەملەکەی لەباربات و نەیهێڵێت.

هەروەها کەفالەتی ئیسلام بۆ مافە پێویستیەکانە کە بریتیە لە پارێزگاری لە (نەفس ،دین، عەقڵ، ماڵ، نەوە) بۆیە دەبینین دانانی زۆرێک لە تەشریعاتەکانی ئاسماوی بریتیە لە پارێزگاری کردن لە نەفس و گیانی مرۆڤەکان و پیرۆزکردنیان، ناکرێت دەستدرێژی بکرێتە سەر ، چونکە دەستدرێژی بۆ سەر نەفس و مرۆڤەکان بە مانای ناسەقامگیری کۆمەڵ و دەستدرێژی کردنە سەر تەواوی کۆمەڵگا دادەنرێت، وەک لەو ئایەتی پێشووتردا خستمانە ڕوو.

هەر بۆیە دەبینین پێشەوا غەزالی ڕەحمەت و ڕەزای خوای لەسەر بێت دەڵێت لەباربردن بێ شەک تاوانە، لەبەرئەوەی دەستدرێژی دەکرێتە سەر نەفسێک یان دەستدرێژی دەکرێتە سەر شتێکی (تەحصیڵ حاصڵە) کەوتنی سپێرمی پیاو وتێکەڵبوونی لەگەڵ هێلکۆکەی ئافرەت لەنێو ڕەحمدا قابیل دەبێت بۆ دروستبوون و هاتنە دی ژیانی مرۆڤێک ، بۆیە تێکدانی ئەمە تاوانە، دروست بوونی خوێن و ئێسک و گۆشت تێکدانی خەتەرێکی گەورەو فاحیشە، وە چوونە نێوی

(1) أية 31 من سورة المائدة.

ڕۆح و گیان كه بۆته مرۆڤێكی ڕۆح لەبەر ئەمەش تێكدانی تاوان و تاوانەكی فاحیشه.[1]

تەوەری دووەم

سزای تاوانی لەباربردن له یاسای دانراو

بۆ قسەكردن لەسەر سزای ئەم تاوانه لەڕوانگەی یاساوه، پێویسته دوو حاڵەت جیابكەینەوه،سزای لەباربردن لەحاڵەتی ڕەزامەندی خودی ئافرەتەكه (سكپڕ) :

ئەگەر سەیری بڕگەكانی (1 و 2) له مادەی (417) لەیاسای سزادانی عێراقی بكەین دەبینین بریتیه لەوەی كه كه ئافرەتی سكپڕ كرداری لەباربردنەكه خۆی ئەنجامی بدأت لەگەڵ كەسی سێ یەم كه ئەم كردەوه تاوانیه ئەنجام بدأت به ڕەزامەندی خۆی بێت یان هەڵبستێت كارەكەی ئەنجام بدأت سزای تاوانەكەی بریتی دەبێت له بەندكردن له سالێک زیاتر نەبێت و له سەد دینار زیاتر نەبێت یان به پێ ی یەكێک لەم دوو سزایه.

واته بەپێ ی ئەم دەقه بێت یاسادانەری عێراقی دەسەڵاتی هەڵسەنگێنەری داوەته دادوەری دادگای بابەتی بۆ سەپاندنی سزاكه بەسەر سەرپێچی كار، وه هەروەها یاسادانەر بەیەكێک لەتاوانەكانی كەتنی هەژمارکردوه، بەپێ ی پێوەری سزای تاوانەكه.[2]

دووەم : سزای لەباربردن به بێ ڕەزامەندی ئافرەتی سكپڕ

بڕگەی یەكەمی مادەی (418) لەیاسای سزادانی عێراقی ژمارە (111) ی ساڵی (1969) ی

هەموارکراو، سزاكەی توند دەكات بەشێوەیەک گەرهاتوو كەسێک به ئەنقەست بووه هۆكاری لەباربردنی سكێک بەبێ ڕەزامەندی ئافرەتەكه، ئەوا سزا دەدرێت به بەندكردن ماوەكەی له دە ساڵ زیاتر نەبێت. لێرەدا سەپاندنی ئەم سزایه دوو مەرجی بنەڕەتی دەوێت :

1- دەبێت تاوانی لەباربردنەكه بێته كایەوه بەهۆی كردەوەی تاوانی كەسی تر، مەبەستی كەسەكەش لەباربردنی سكەكه بێت.

2- نەبوونی ڕەزامەندی یاخود بێ ڕەزامەندی ئافرەته سكپڕەكه، جا ئەمەش زۆر جار دێته

كایەوه بەهۆی ئامێرو ئامرازەكانی زۆری و هێز و ناچاری و لێدان و پاڵدان بەئەنقەست و كەوتنی

ئافرەتەكه.

بۆیه زۆر گرنگه ئەو بابەته بزانرێت كه ئافرەتەكه لێرەدا بەبێ ڕەزامەندی خۆیەتی ئەو لەباربردنه ئەنجامدراوه یاخود بێ ڕەزامەندی خۆیەتی، زۆرجاران بێ ڕەزامەندی ئافرەتەكه

(1) محمود محمود مصطفى،شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- القاهرة، جامعة قاهرة للنشر، 1984 ص 366.

(2) ماهر عبدالشويش الدرة، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لا 217و دواتر.**

یان ڕاشکاوانە دەبێ یاخود بەشێوەیەکی ناڕاستەوخۆ وەک لەو کاتەی تاوانبار هەڵدەست بە بێ بەکار هێنانی هێز مادەی هۆشبەر دەدات بە سکپڕەکە دەدات وپاشان زۆر بەئاسانی کرداری تاوانەکە ئەنجام دەدات، یاخود تۆندوتیژی دەکات بەرامبەر بە ئافرەتە سکپڕەکە لەسەر جەستەو جەستەو لەشی بەهەر شێوازێک دەبێتە مایەی نەمانی کۆرپەکەو لەدەستدانی گیانی بەمەش کرداری لەباربردن دێتە کایەوە.(1)

وە لەگەڵ ئەوەشدا یاسادانەری عێراقی و دادگای عێراقی بارودرخی پەیوەندیدار بە بە سزای تاوانی لەباربردنیان جیاکردیتەوە، بەشێوەیەکی گشتی دەتوانین بڵێین دوو بارودۆخی تایبەت هەن لەسەر تاوانی لەباربردن، ئەوانیش بارودرخی تۆند لەوکاتەدا سزای بکەری تاوانەکە زۆر دەبێت ، یاخود بارودۆخی سوک کە دەبێتە مایەتی سزادانی تاوانبار بە شێوەکی کەمتر.

یەکەم// بارودۆخی تۆند : سیفەتی تۆندی سزا لە تاوانی لەباربردن بابەتێکی تایبەتە بە کەسی بکەر، چونکە ئەو سیفەتە ڕۆڵێکی گرنگ دەگێڕێت لە هێنانە کایەی تاوانەکە، بۆ نمونە بکەرەکە کەسێکی هونەرییە یان شارەزایە یان کەسێکی پزیشکە یاخود پزیشکی نەشتەرگەرییە یان دەرمانسازی یان مامانە، بەشێوەیەکی تەکنیکی ئەمانە شارەزان لە بۆ ئەنجامدانی تاوانەکە بە پێ ی شارەزایی و پسپۆڕی کارەکەیان لەدەرەوەی ئەڕکەکانی خۆی لە پیشەکەی بەکاریهێنا، بارودۆخەکە بۆ بکەرەکە تۆند دەکات و سزاکەی زۆر دەبێت.(2)

ئەمە سەرە ڕای ئەوەی کە لەبەر ترسناکی ئەم تاوانە یاسادانەری عێراقی لەبڕگەکانی سێ یەم لەمادەکانی **417** و **418** باس لەوە دەکات کە (بە بارودۆخی قورس دادەنرێت ئەگەر هاتوو تاوانبار پزیشک یان دەرمانساز یان کیماوی یان مامان یان یەکێک لە یاریدەدەرانی ئەمە بوو)، بەپێ ی ناوەڕۆکی ئەم بڕگەیە بێت سزاکە زۆر تۆند دەبێت و پاڵپشت بە مادەی (**136** بڕگەی **2**) کە دروستە حوکم زیاتر بێت لە بڕی کەمی سزای بڕیار لەسەردراو بۆ تاوانی بەدواچوو، بەبێ ئەوەی ئەم بڕی سزایە زیاتر بێت لە بەندکردنی دە ساڵ زیاتر بێت، سەرە ڕای ئەمە پارێزگاری هەر لە جۆری تاوانی

لەباربردن دەکرێت کە لەجۆری کەتنە.(3)

وەهەروەها بەپێ ی ناوەڕۆکی بڕگەی **3** لە مادەی **418** بێت سزاکە زۆر تۆند دەبێت و پاڵپشت بە مادەی (**136** بڕگەی **2**) کە دروستە حوکم کەمتر بێت لە بڕی کەمی سزای بڕیار لەسەردراو بۆ تاوانی بەدواچوو، بەبێ ئەوەی ئەم بڕی سزایە زیاتر بێت لە بەندکردنی کاتی کە زیاتر نەبێت لە پانزە ساڵ، سەرە ڕای ئەمە پارێزگاری هەر لە جۆری تاوانی لەباربردن دەکرێت کە لەجۆری کەتنە، ئەمەو جگە لە سزا پاشکۆیەکەی کە قەدەغەی پڕاکتیکەکردنی کارەکەی لێ دەکرێت بۆ ماوەی سێ ساڵ.

---

(1) محمود محمود مصطفى،المصدر السابق، ص 369.

(2) ماهر عبدالشويش الدرة، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لا 218.**

(3) المصدر السابق، نفس الصفحة.

بەڵام لێرەدا پرسیارێک خۆی دەوروژێنێ، ئەگەر هاتوو ئافرەتی سکپڕەکە خۆی پزیشک یان مامان یان دەرمانساز یان کیمیاوی بێت، ئایا ئەو بارودۆخە دەبێتە بارودۆخێکی قورس بەتایبەت گەر خۆی هۆکاری لەباربردنی کۆرپەکە بێت ؟

لێرەدا بەشێک لە زانایان بڕوایان وایە کە ئەم جۆرە نابێتە مایەی ئەوەی کە سزاکە بکات، لەبەر نەبوونی حیکمەتەکە، بۆیە دەڵێن وا چاکە بڕگەی یەکەمی مادەی 417 بەسەر حاڵەتدا بسەپێندرێت لەیاسای سزادان[1].

وە واقعی حاڵ ئەوە دەسەپێنێت کە بڵێین قورسکردنی باوردۆخی لەباربردن چ بە خۆی بێت یاخود بێ ڕەزامەندی ئافرەتەکە پێویستە جێ بەجێ بکرێت، پاڵپشت بەوەی کە بەگشتی یاسادانەر هێناویەتی بۆیە نابێت ئەوە ببێتە مایەی ئەوەی کە بارودۆخە قورسەکە لا بدات. جا خۆی کرداڕە تاوانیەکە ئەنجام دەدات یان ڕەنگە کەسێکی ئاسایی بەکار بهێنی بۆ ئەم تاوانە[2]، مادەکانی سەرەوە کە ئاماژەمان پێدا ڕاشکاوانە بارودۆخەکەی بە تووندو قورس لەقەڵەم داوەو سزاکەی بۆ زۆر کردوە بەپێ ی بنەمای (لا مساغ للاجتهاد في مورد النص)، بەڵام لێرەدا پێویستە ئەو جیاکاریە بکەین کە ئایا ئەو تاوانی لەباربردنەی کە هاتۆتە کایەوە بە ویست و ئیرادەی سکپڕەکە بووە یان بەبێ ویست و ئیرادەی ئافرەتەکە، چونکە سیفە لەسەر کەسی لەباربردوو بارودۆخێکی کەسیە تەنیا کاریگەری لەسەر خودی کەسەکە دەبێت بەپێ ی مادەی (51) لەیاسای سزادانی عێراقی ژمارە (111) ی ساڵی (1969) ی هەموارکراو، (.. أما إذا توافرت ظروف مشددة شخصية سهلت ارتكاب الجريمة فلا تسري على غير صاحبها إلا إذا كان عالماً بها..).

بەڵام لێرەدا ئایا خاوەنی سیفەکە بە بکەری سەرەکی هەژمار دەکرێت لەتاوانی لەباربردن یاخود هاوبەشێکە لەتاوانەکە ؟ ئەو دەستەواژانەی کە یاسای سزادانی عێراقی هێناویەتیە کایەوە

جەخت لەوە دەکاتەوە کە بارودۆخەکە تونده بۆ خاوەنی پیشە یان سیفەت ئەگەر ئەنجامدەری تاوانەکە بێت، بۆیە لەم جۆرە تاوانە ئافرەتی سکپڕ بەڕەزامەندی خۆی و شارەزایی خۆی و بەهاوکاری کەسانی تر هەر بە بکەری سەرەکی و ڕەسەن لە تاوانەکە هەژمار دەکرێت.[3]

دووەم // بارودۆخی سووک بۆ سزای لەباربردن :

لە ژێر ڕۆشنایی بڕگەی چوارەم لە مادەی 417 لە یاسای سزادانی عێراقی بارودۆخی دادگووەری سوک دەبێت ئەگەر هاتوو تاوانی لەباربردنەکە لەلایەن ئافرەتەکە خۆی بێت بۆ شاردنەوەی نەنگی سکپڕیەکەی کە سکەکەی هاتبێتە کایەوەی بەهۆی ئەنجامدانی سەرجێ ی

(1) د محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، 9ط ، ص283 ،1974.
(2) محروس نصار غايب، المصدر السابق، ص 12و بعدها..
(3) نفس المصدر السابق، نفس الصفحة.

نا شەرعی، وە سودمەند دەبێت لەم بارودۆخە دادوەریە سوکە هەموو ئەو کەسانەی کە ئەم تاوانە ئەندام دەدەن، تاوەکو نمرەی دوو لە پلەی خزمایەتی، ئەمەش لەبەر پێگەی کۆمەڵایەتی و ناوبانگی خێزانەکەیە.(1)

ئەگەر سەیری سوککردنی بارودۆخی ئەم سزایە بکەین لەم حاڵەتەدا دەتوانین بڵێین ئەم حاڵەتە لە یاساکانی وڵاتانی عەرەبی هەستی پێ ناکەین و ئەم بڕگەیە بوونی نیە، تەنیا لە یاسای یاسای سزادانی عێراقی بەدی دەکرێت، ئەمەش لەبەرئەوەی هەر وڵاتێک کلتورو عورف و داب و داب و نەریتی کۆمەڵایەتی خۆی هەیە.(2)

بەڵام بۆ ئەوەی سود لەم بارودۆخە دادوەرییە سوکە ببینرێت، پێویستە ئەم مەرجانەی خوارەوە بێتە دی:

1- دەبێت کەسی تاوانباری بکەر خۆی یان کەسێکی نزیکی ئەم تاوانەی ئەنجام دابێت. وە یاسا لێرە بەشێوەکی گشتی هێناویەتی بۆیە چ نێر بێت یاخود مێ بێت شمولی دەکات، واتە بۆ نمونە دایک کۆرپەی کچەکەی لەبار ببات یان باوک هي کچەکەی لەبار ببات.

2- هۆکاری سەرەکی ئەم سوکردنی سزایە بریتی بێت لەوەی پارێزگاری لە شەرەف و کەرامەتی خێزانەکە بکرێت، بەڵام ئەگەر هاتوو بە ئامانجی تۆڵەو لێدان بێت ئەم سوکردنە شمولی ناکات، بێ ڕەچاوکردنی ماوەی سکپڕییەکەی، ئەمەش بەپێچەوانەی ئەوەیە کە لە مادەی 407 لەیاسای سزادان دا هاتووە، گەر هاتوو دایک منداڵەکەی خۆی بکوژێت بۆ پاراستن و شاردنەوەی نەنگیەکەی.

3- دەبێت ئەو سکە بەرهەمی پەیوەندییەکی ناتەندروست بێت، وەکو دەستدرێژی یان زینا، ئەگەر سکەکە لەم ڕێگەیەو نەبێت واتە شەرعی بێت ئەوا ئەم بارودۆخی سوککردنە نایگرتە خۆ، بۆیە ئەمانە هەمووی بارودۆخێکی تایبەتی کەسەکانە، دەتوانین بڵێین کە یاسادانەر سەرکەوتوو نەبووە لە دیارکردنی بارودۆخی سوک بەپێ ی مادەی (4/417) چونکە ژیانی خێزانی پێویست دەکات بۆ بەردەوامی ژیان وەچە بنرێتەوە لەسەر بنەمای سۆزو خۆشەویستی، وە لەلایەکی تر یاسادانەر سەرکەوتوو نەبووە لە دانانی ئەم خاڵە بە ڕەوشێکی سوک، چونکە مافی ژیانی کەسێک کە دروست بووە لە نێو سکی دایکیەتی و کۆرپەیە زۆر گرنگترە لە پێگەو ناوو ناوبانگی خێزانێک کە بەهۆی پاراستنی ئەم سومعەیە ژیانی ئەم مرۆڤە کە گیانی بۆ چووە لە ناوببرێت.(3)

وە هەرچی پەیوەستە بە کرداری لەباربردن لە یاسای فەڕەنسی، دەتوانین بڵێین سزاکان لەسەر سەرپێچی کردنی مەرجەکان لەگەڵ بکەری کرداڕە تاوانەکە مامەڵەیان لەگەڵ دەکرێت، بۆنمونە:

1- ئەوەی پەیوەستە بە مەرجە بابەتیەکان، هەر مەرجێک لە مەرجەکانی بابەتی ڕەچاو

(1) د رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ص368 ،1982.
(2) د محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، ص130 ،1967.
(3) محروس نصار غايب، المصدر السابق، ص 15.

نەکراو سەرپێچی تێدا کرا، ئەوا سزای یاسای دەکەوێتە سەر بەپێ ی یاساکانی ئاماژە پێکراو لە ساڵی 1979.

2- ئەوەی پەیوەستە بە مەرجە ڕواڵەتیەکان، ئەگەر هاتوو سەرپێچی لەم مەرجانە کران سزای یاسای توند دەکەوێتە سەری، ئەوانیش پەیوەستە بە پیشەی ئەو کەسەی هەڵدەستێ ئەنجامدانی کرداری لەباربردنەکە و شوێنی ئەنجامدانی کرداری لەباربردنەکە، بۆ نمونە ماڵێک یان لە شوێنێکی تر و پیشەی پزیشک نەبێت ئەم کارە ئەنجام بدأت ئەوا سزای یاسای دەکەوێتە سەری.[1]

ئەگەر سەیری یاسای سزادانی فەڕەنسی بکەین لەسەرەتای ساڵی 1858 وە بەپێ ی مادەکانی (192 و 193) کە دەقی نا لەسەر ئەوەی کە لەباربردن بەشێوەیەکی ڕەهای قەدەغە کرد، وە تا ئێستا لە زۆرینەی وەڵاتانی عەرەبی ئیسلامی بەم شێوەیە، هەر بۆیە سزای لەباربردن لە وڵاتی فەڕەنسا لەیاسای کۆنیدا سزای لەسێدارەدانی بۆ دانرابوو،[2] واتە بە پلەی تاوانی کوشتن، بەبێ ڕەچاوکردنی ماوەکانی هەفتەی ژیانی کۆرپە لە نێو سکدا، کە لەساڵی 1791 و دوای شۆڕشی فەڕەنسی بە یاسا دەقی دانا لەسەر ئەوەی کە هەر کەسێک ئافرەتێکی سکپڕ لەباربات سزاکەی بریتی دەبێ لە ماوەی بیست ساڵ، پاشان لە یاسای فەڕەنسی ساڵی 1810 بەپێ ی مادەی 317 سزاکەی دیاریکرا بەوەی کە بریتیە لە بەند کردن، پاشان بۆ دووجار ئەم دەقە گۆڕانکاری تێدا کرا، لەساڵی 1923 سزاکە هەموارکرا بۆ حەپس کردن، پاش هەمواری یەکەمی یاسای ساڵی 1939 سزای تاوانی لەباربردن کرایە سزای پێ بژاردن، لەگەڵ سوککردنی سزاکە گەرهاتوو لەباربردنەکە لەلایەن خودی دایکەکە بێت، وە لەگەڵ قورسکردنی سزاکە گەرهاتوو کەسی ئەنجامدەر بۆ تاوانەکە کەسێکی پزیشک یان دەرمانساز بێت، لەدوای دووەمی هەمواری یاساکە بابەتی شروع لە تاوانی لەباربردنی هێنایە کایەوە، پاشان بە قۆناغ گەیشتە ئەوەی گەرهاتوو مەترسی بۆ سەر دایکەکە دروست کرد لەپێناو ڕزگارکردنی گیانی دایک دروست و ڕێگەپێدراوە کرداری لەباربردن، بەمەرجێک لە دە هەفتەی کۆرپەکە ماوەکەی زیاتر نەبێ وە لە نەخۆشخانەیەکی گشتی بێت دوای ڕەزامەندی دایکەکە لەسەری.[3]

وە هەرچی لە یاسای سزادانی فنلەندی ساڵی 1889، یەکەم یاسا بوو لەسەرانسەری جیهاندا کە ڕێگەی بە لەباربردندا بوو، لەحاڵەتی ئەوەی گەر هاتوو بۆ ڕزگارکردنی گیانی دایک بێت، وە مەترسیەکە لەسەر جەستەی ئافرەتەکە یان دەروونی یان عەقڵ و ژیری، کە دەکرێت تەسبیب بکرێت. بەڵام لەگەڵ ئەوەشدا دانیمارک یەکەم دەوڵەت بوو کە ڕێگەی بە لەباربردندا

(1) مصطفى عبد الفتاح، جريمة إجهاض الحوامل، دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة الطبعة الأولى، 1998م، ص، 476 وبعدها.

(2) د.محمود نجيب حسنى، **هەمان سەرچاوەی پێشوو، لا 219.**

(3) Mohammed Buzubar, L'Avortement Pénal : Étude Comparée de l'Infraction d'Avortement Entre le droit Français et droit Koweïtien, 2004, p66.

بەشێوەیەکی ڕەها لەساڵی 1933، وە هەروەها لەسویسرا لەساڵی 1944 هەمان هەڵوێستی پێشاندا، لەیابان لەساڵی 1948، پاشان لە چیک و سلۆفاک و مەجەر لەساڵی 1950، وە یوغسلافیە یوغسلافیە ساڵی 1951، وە دوای ئەم وڵاتانە کە بەشێوەیەکی ڕەها ڕێگەیان بە ڕەهایی ئەم کردەوەی لەباربدرنە دا بریتی بوو لە بولغاریا و یۆنان و یەکێتی سوفیەتی لەساڵی 1955، وە لەیاسای بەریتانیا بەتاوانی دادەنا گەرهاتوو لەباربردنەکە بێ هۆکار بوو بەسەر گیانی کۆرپە لەیاسای

گشتی، بە کەتنی هەژمارکردبوو، بەڵام گەر ئەم حاڵەتە نەبوو ئەوا تاوان بوونی نیە.[1]

هەروەها ئەگەر سەیری هەڵوێستی یاسادانەری کوردی بکەین دەبینین لە دوو یاسای نوێدا باسی لەباربردن کراوەو یاسادانەر بەشێوەیەک بەتاوانی داناوە وەک لە مادەی دووەم لە یاسای بەڕەنگاربوونەوەی خێزان لە تۆندوتیژی لە هەرێمی کوردستان ژمارە (8) ی ساڵی (2011) دەق لەسەر ئەوە دەکات کە (هەر کەسێک کە پەیوەستی هەبێت بە پەیوەندییەکی خێزانی، ئەنجامدانی تۆندوتیژی خێزانی لە چوارچێوەی خێزاندا لێ قەدەغە دەکرێ، لەوانەش تۆندو تیژی جەستەی جنسی و دەروونی، ئەم کردەوانەش وەک نمونە بە تۆندو تیژی خێزانی دادەنرێت : بڕگەی 11 لەباربردن لە ئەنجامی تۆندو تیژی خێزانی).

وە هەروەها لە مادەی حەوتەم بڕگەی یەکەم لە یاسای ماف و ئەرکەکانی نەخۆش لە هەرێمی کوردستان ژمارە (4) ی ساڵی (2020) دەق لەسەر ئەوە دەکات کە :

ئافرەتی دوو گیانی تووش بوو بە نەخۆشیەکی ترسناک، کە نەخۆشیەکە مەترسی ڕاستەقینەی بۆ دروست بکات لەسەر ژیانی دوای وەرگرتنی ڕەزامەندی نەخۆش و هاوسەرەکەی بڕیاری لێژنەی پسپۆڕی تایبەتمەند کە لە (5) پزیشک کەمتر نەبێت، پشت بەستن بە ئەنجامی پشکنینەکانی یەکێک لە دامەزراوە گشتیەکانی کەرتی گشتی، کە بیسەڵمێنێت بەردەوامی دوو گیانیەکەی یان لە دایکبوون دەبێتە هۆی مەترسی لەسەر گیانی خودی ئافرەتە دوو گیانەکە ، دەکرێت کۆرپەکەی لەبار بەرێت.

بڕگەی دووەمی هەمان مادە دەق لەسەر ئەوە دەکات کە جگە لە حاڵەتەکانی لەباربردنی پزیشکی کە لە بڕگەی یەکەمی ئەم مادەیە دەقنوسکراوە، لەباربردن بە هەموو شێوەیەک قەدەغەیە و بەپێی یاسای سزادانی عێراقی ژمارە (111) ی ساڵی (1969) ی هەموارکراو، مامەڵەی لەگەڵ دەکرێت.

ئەمەش هەڵوێستێکی زۆر ڕونی یاسادانەری کوردیە کە پێمان وایە هاوشێوەی یاسای مۆدێرنەی ئێستای وڵاتانی پێشکەوتووە لەمەڕ بابەتی لەباربردنی کۆرپەلە.

(1) Mohammed Buzubar, op.cit, P. 68.

كۆتايى

لە كۆتاييدا، لەميانەی هەڵسانمان بە نوسينى ئەم توێژينەوەيە لەژێر ناونيشانى (خوێندنەوەيەكى بەراوردكارى بۆ تاوانى لەباربردن لەنێوان شەرع و ياساى سزادانى عێراقى و فەڕەنسى) وپاڵپشت بەو سەرچاوە زانستيانەی كە بەكارمان هێنا، گەيشتينە ئەم دەرەنجام و ڕاسپاردانەی خوارەوە :

يەكەم // دەرەنجامەكان

1. لەميانەی نوسينى ئەم توێژينەوەيە گەيشتينە ئەوەی كە ديدی ياساى دانراو بۆ چەمكى لەباربردن بريتيە لە كەوتنى گيانى كۆرپەيەک كە هێشتا پێنەگەيشتووە، پێش تەواوبوونى ماوەی سكپڕی سروشتى لە ئافرەتەكە، لە ديدی ياساوە هەر دەست درێژيەک بۆ ئەم كۆرپەيە بە تاوانى لەباربردن و وەرگرتنەوەی مافى گيانى كۆرپە دادەنرێت كە ئەمەش بە دەست درێژى دادەنرێت بۆ سەر كۆمەڵگا، بۆيە لە ديدی ياساى زۆرينەی وڵاتانى جيهان دەبينين ئەم كردەوەيە بە تاوان دادەنێن لەگەڵ ڕێگەدان بەمەرجى ئەگەر بۆ ڕزگاركردنى گيانى دايک بێت يان پاراستنى لە نەنگى و شەرمەزارى.

2. ياسادانەرى عێراقى لە ياساى سزادانى عێراقى ژمارە (111) ى ساڵى 1969 ى هەموارکراو، سەركەتوو بووە لەوەی كە ئەم كردەوەی بە تاوان داناوە وە سزاى بۆ بۆسەر پێچى كار داناوە جا ئەم كەسە خودى ئافرەتەكە بێت يان يەكێک لە ئەندامانى خێزانەكە بێت يان هاوسەر بێت ياخود كەسى سێ يەم بێت كە ئەنجام دەدرێت بە كارێكى ئەنقەستى مەبەستدار، بۆيە تاوانەكە لێرەوە دروست دەبێت و مافى گيانى مندالێكى دروست بوو وەردەگيرێتەوە و دەسەنرێتەوە، ئەمەش پێچەوانەی بنەماكانى دين و ياسان كە مرۆڤێک دەبێتە قوربانى.

3. دەگەينە ئەم دەرەنجامەی كە كۆمەڵگاى فەڕەنسى تا ساڵى 1939 بە كردەوەيەكى سروشتى و ئاسايى سەير دەكرا، دواى ئەم ساڵە دەرک بە مەترسى ئەم كردەوەيە كرا، بۆيە ياساى تايبەت بۆ دارناو مەرسومى ياساى بۆ دانرا و ئەنجامدانى ئەم كردەيەوە لەدەرەوەی مەبەستەكانى ياسا بێت و بێ ڕەچاوكردنى مەرجە بابەتى و ڕواڵەتيەكان بێت سزاى تايبەت و ديارى كراوى بۆ كەس و لايەنى سەرپێچى كار ديارى كراوە.

4. ياساى عێراقى و فقهى ئيسلامى كۆكن لەسەر هاتنە دى ئەم تاوانە ئەگەر هاتوو مندالّەكە كەوت بەڵام بەشێوەی زندوو وە ژيا و نەمرد، ئەوا تاوانەک بەشێوەيەكى تەواو هاتۆتە دى، وە پێچەوانەكەشى هەر دروستە واتە تاوانەكە هاتۆتە دى ئەگەر هاتوو كۆرپەكە كەوت بەڵام بەمردويى.

5. لەهەردوو ياساى عێراقى و فەڕەنسى و شەريعەتى ئيسلامى پێگەی سەرەكى تاوانى لەباربردن بريتيە لە بوونى سكێک لە ئافرەت واتە محلى تاوانەكە بريتيە لە بونى سک لە ئافرەتەكە بە هۆيەوە دەكەوێت و دەست درێژى دەكرێتە سەر.

6. لە یاسای فەڕەنسی ئەم کردەیەوە ڕێگەدراوە ئەگەرهاتوو بووە پاراستنی گیانی دایکەکە لە مەترسیەکی گەورە یان بۆ پاراستنی ئافرەتی هەرزەکار لە نەنگی بەتایبەت لە بۆ زینای ناو چوارچێوەی خێزان، وەلێ یاسادانەری عێراقی ئەمەی بە بارودۆخێکی سووک بۆ سزاکە داناوە، لەهەردوو باردا پێویستە پێداچونەوە بەمە بکرێت، چونکە مرۆڤێکی تری بێ تاوان دەبێتە قوربانی ئەم شۆردنەوەی شەرەف و نەنگیە لە نێو کۆمەڵگا.

7. بەپێ ی یاسای عێراقی هەمیشە ئەوە دانراوە کە تاوانی لەباربردن یەکێکە لە تاوانە ئەنقەستەکان، بەڵام لە یاسای فەڕەنسی و تەنانە لە فقهی تاوانیش تاوانی لەباربردن دەکرێت بە ئەنقسەت بێ یان هەڵە بێ یان نزیک بێت لە تاوانە ئەنقەستەکان. بەڵام هەردوو یاسای عێراقی و فەڕەنسی و فقهی تاوانی کۆکن لەسەر ئەوەی گەرهاتوو بۆ ڕزگارکردنی گیانی دایکەکە بوو ئەم کردەوەیە لە تاوانەوە دەبێتە کردەیەوەیەکی دروستی ڕێپێدراوی یاسایی.

8. سزای تاوانی لەباربردن لە هەردوو یاساکە بریتیە لە سزای بەندکردن بەشێ,هەیەکی ڕەسەن و بەندکردنی توند بەتاوانەکان. بەڵام لەگەڵ ئەوەشدا هەموو ئەو سزایانەی بۆ ئەم کردەوە تاوانیە دانراوە سوکە بەرامبەر ئەو تاوانە گەورەیە، ناگونجێت لەگەڵ جەسامەت و مەترسی ئەم تاوانە، لەلایەکی تر یاسای عێراقی دەسەڵاتی هەڵسەنگێنەری داوەتە دادوەری بابەتی، ڕەنگە ئەمە زیاتر ڕەوشی تاوانەکە و بڕی سزای دیاریکراو بەسەر کەسی سەرپێچی کار دا کەمتر بکاتەوە، کە پێویستە پێداچوونەوە بەمە بکرێت.

دووەم// ڕاسپاردەو پێشنیارەکان

1. یاسادانەری عێراقی پێویستە بە سود وەرگرتن لە دەقەکانی یاسای تەندروستی فەڕەنسی ساڵی 1979 بابەتی تاوانی لەباربردن ڕێکبخاتەوەو بەتایبەت بۆ ئەنجامدانی لەباربردن لە حاڵەتی پێویستی و ڕەزامەندی پزیشکی پسپۆڕو تایبەتمەند ئەویش تەنها لە حاڵەتی ڕزگارکردنی گیانی دایکێک کە ژیانی لەمەترسی دابێت.

2. پێویستی هەنووکەیی هەمواری یاسای سزادانی عێراقی لە مادەکانی 417 و 418، بۆ ئەوەی یاسادانەری عێراقی حاڵەتەکانی سوکردن و پێدانی دەسەڵاتی هەڵسەنگێنەر بە دادوەری بابەتی لابدات و سزاکە قورستر بکات و کۆتی بکات بە سزای بەندکردن بەشێوەیەک بێ کە کەمتر نەبێت لە پانزە ساڵ، چونکە وەکو باسمان کرد مافی مرۆڤێک کە خودا گیانی پێداوە دەسەنرێتەوە. وە حاڵەتی شروع دابنرێت وەک لە مادەی 396 لەیاساکە دا هاتووە.

3. دەست درێژی کردنە سەر گیان و ژیانی کۆرپەیەکی دروست بوو لە هەر هەفتەک لە هەفتەکانی ژیانی بێت تاوانە، وە هەر کەسێک و لایەنێک بێت ج لەلایەن نەخۆشخانەوە بێت یان پزیشک یاخود مامان یاخود هاوسەر یان ئافرەتەکە بێت پێویستە ڕێکاری یاسای وەربگیرێت، چونکە ئەم تاوانە ڕەهەندێکی دووری هەیە بۆ ژمارەی دانیشتوانی کۆمەڵگا لە داهاتوو دا، بۆیە لەسەر یاسا پێویستە بە باشترین شێوە چارەسەری ئەم بابەتە بکات و پێشێلکارانی ئەم تاوانە لەلایەن دادگاوە بە تونترین شێوە بگەن بەسزای یاسای خۆیان.

ليستى سەرچاوەكان

دواى قورئانى پيرۆز، سود لەم سەرچاوانە وەرگيراوە

يەكەم // پەرتوكەكان

1. إبراهيم حقي، الإجهاض في ضوء الطب، القاهرة، مصر، 2010.
2. د.أحمد رجائي عبدالحميد، بحث منشور بمجلة الأزهر سنة 1996.
3. د.أسامة قايد "المسؤولية الجنائية للأطباء"، دراسة مقارنة "دار النهضة العربية – القاهرة – 1990.
4. د.جمال إبراهيم الحيدري، شرح قانون الجنائي– قسم الخاص،بغداد، مكتبة السنهوري.
5. د.حسن مُحَمَّد ربيع "الإجهاض في نظر المشرع الجنائي"، دار النهضة العربية – القاهرة – 2000
6. خالد فتحي، عواقب الإجهاض العمدي، دار الفكر العربي، المراكش.
7. د. رؤوف عبيد "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال" في قانون العقوبات المصري، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1965.
8. د رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات،1982.
9. د.عبدالستار الجميلي، جرائم الدم والجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات، بغداد، مطبعة الإرشاد، 1970.
10. عبدالقادر العودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، طبعة 2، 2010.
11. د.فخري عبدالرزاق صلبي الحديث، شرح قانون العقوبات قسم خاص، بغداد، مكتبة القانونية2009.
12. د.ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون عقوبات القسم الخاص، شركة عاتك للطباعة والنشر، 2007.
13. د.مُحَمَّد إبراهيم سعد الناوي، الإجهاض بين الحظر والإباحة، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
14. محروس نصار غايب، الإجهاض بين الإباحة والتجريم، الانبار، بدون إشارة مكان طبع،2011.
15. د محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ط 9 ،1974.
16. د محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ،1967.
17. محمود محمود مصطفى،شرح قانون العقوبات– القسم الخاص– القاهرة، جامعة قاهرة للنشر، 1984.
18. د.محمود نجيب الحسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، شركة عاتك، بغداد، 2007.

دووەم // ياسا

- **ياساى سزادانى عێراقى ژمارە 111 ى ساڵى 1969 ى هەموارکراو.**
- **ياساى سزادانى فەرەنسى.**
- **مەرسومى ياسايى لەباربردن ساڵى 1939.**
- **ياساى تەندروستى گشتى فەرەنسى ساڵى 1975.**

سێ یەم // فەرهەنگەکان

1. لسان العرب .
2. المصباح المنير.
3. معجم المعاني.

- BOISIERE Henri, *L'enfant adultérin en droit positif français*, Thèse, Bordeaux, Delmas, 1945.
- *Dictionnaire des termes juridiques*, en quatre langues (arabe, kurde, français, anglais), sous la direction de TALABANI Noori, Erbil, 5e éd., 2010.
- *Dictionnaire générale -Chilana-* (kurde-français), sous la direction de MALA Braim, Erbil, 1e éd., 2011.
- *Dictionnaire historique des juristes français XIIe- XXe siècle*, sous la direction de ARABEYRE Patrick, HALPERIN Jean-Louis et KRYNEN Jacques, 1er éd., Paris, PUF, Quadrige, 2007.
- *Dictionnaire Larousse maxipoche plus ; arabe – français*, sous la direction de DANIEL Reig, Paris, Larousse, 2e éd., 2011.
- *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de ALBERT Jean-Luc, BAILLEUX Dominique, AVOUT Louis et collab, Paris, Dalloz, 22e éd., 2014.
- *Lexique juridique (Dictionnaire du droit privé)*, sous la direction de BRAUDO Serge, publié sur le site http://www.dictionnaire-

پوختە

ئەم توێژینەوەیە لەژێر ناونیشانی (خوێندنەوەیەکی بەراوردکاری بۆتاوانی لەباربردن لەنێوان شەرع و یاسای سزادانی عێراقی و فەرەنسی) خراوەتە ڕوو، لە جیهانی ئەمڕۆماندا کێشەو گرفت گەلێکی گەورەیە، لەبەرئەوەی کوشتنی کۆرپە لە نێو سکی دایک هەڕەشەو مەترسیەکی گەورەیە بۆ سەر کۆمەڵگا، وە کاریگەریەکی گەورەی دەبێت لە داهاتووی وڵاتەکەو ژمارەی دانیشتوان و کەم بوونەوەی نەوەو کوشتنی مرۆڤی بێ تاوان، ئەمڕۆ پێویستە یاسا ناسان و مرۆڤدۆستان ڕێگە چارەو بڕیاری پێویست بدۆزنەوە بۆ ئەوەی ئەم دیاردە تاوانیە ڕابوەستێت.

لەمیانەی نوسینی ئەم توێژینەوەیە گەیشتینە ئەوەی کە دیدی یاسای دانراو بۆ چەمکی لەباربردن بریتیە لە کەوتنی گیانی کۆرپەیەک کە هێشتا پێنەگەیشتووە، پێش تەواوبوونی ماوەی سکپڕی سروشتی لە ئافرەتەکە، لە دیدی یاساوە هەر دەست درێژیەک بۆ ئەم کۆرپەیە بە تاوانی لەباربردن و وەرگرتنەوەی مافی گیانی کۆرپە دادەنرێت کە ئەمەش بە دەست درێژی دادەنرێت بۆ سەر کۆمەڵگا، بۆیە لە دیدی یاسای زۆرینەی وڵاتانی جیهان دەبینین ئەم کردەوەیە بە تاوان دادەنێن لەگەڵ ڕێگەدان بەمەرجی ئەگەر بۆ ڕزگارکردنی گیانی دایک بێت یان پاراستنی لە نەنگی و شەرمەزاری.

ئەم کرداره تاوانیە دێتە کایەوە بە هەبوونی سک و تەواو نەکردنی ماوەی سروشتی دانانی سکپڕییەکە، لەم سۆنگەوە هەر دەست بردنێک بۆ کۆرپەی نێو منداڵدان بە تاوانی دەستدرێژی و لەباربردن دادەنرێت، وەلێ لە شەریعەتی ئیسلامیدا گەر منداڵەکە بە زندویی هاتە بوون وا دادەنرێت کە تاوانی لەباربردن بوونی نیە، ئەمەش جیاوازی جەوهەری و سەرەکیە لەنێوان فقهی ئیسلامی و یاسای دانراو. یاسادانەری عێراقی پێویستە بە سود وەرگرتن لە دەقەکانی یاسای فەرەنسی ساڵی 1979 بابەتی تاوانی لەباربردن ڕێکبخاتەوە بەتایبەت بۆ ئەنجامدانی لەباربردن لە حاڵەتی پێویستی و ڕەزامەندی پزیشکی پسپۆڕو تایبەتمەند ئەویش تەنها لە حاڵەتی ڕزگارکردنی گیانی دایکێک کە ژیانی لەمەترسی دابێت.

پێویستی هەنووکەیی هەمواری یاسای سزادانی عێراقی لە مادەکانی 417 و 418، بۆ ئەوەی یاسادانەری عێراقی حاڵەتەکانی سوکردن و پێدانی دەسەڵاتی هەڵسەنگێنەر بە دادوەری بابەتی لابدات و سزاکە قورستر بکات و کۆتی بکات بە سزای بەندکردن بەشێوەیەک بێ کە کەمتر نەبێت لە پانزە ساڵ، چونکە وەکو باسمان کرد مافی مرۆڤێک کە خودا گیانی پێداوە دەسەنرێتەوە. وە حاڵەتی شروع دابنرێت وەک لە مادەی 396 لەیاساکە دا هاتووە.

الملخص

تم عرضِ هذا البحث تحت عنوان (–قراءة مقارنة– لجريمة الاجهاض بين الشريعة وقانوني العقوبات العراقي والفرنسي) في عالمنا اليوم يعد هذا الموضوع إشكالية كبيرة حيث انّ قتل الجنين في رحم الأم يعتبر تهديد وخطر كبير على المجتمع وذو تأثير كبير على مستقبل البلد وتعداد السكان وانخفاض عدد الاجيال القادمة وَقتل الأنفس البريئة، ومن الضروري اليوم على القانونيين ومحبي الانسانية ايجاد طرق و وسائل لمنع هذه الظاهرة الاجرامية.

خلال كتابة هذا البحث توصلنا الى ان وجهة نظر المشرع لمصطلح ومفهوم الإجهاض هي إنهاء حياة جنينٍ غير مكتمل و قبل إكتمال مدة الحمل الطبيعي للأم ، وبِ نظر القانون فإن كل اعتداء على هذا الجنين يعتبر جريمة إجهاض ويمثل سلب لحياة الجنين وهذا يعتبر اعتداء صريح ايضا على المجتمع بأكمله ، لذا نرى انه من وجهة نظر اغلب قوانين الدول قد جرمت هذا الفعل واعتب ها جريمة كاملة باستثناء اذا كان الاجهاض لغرض انقاذ حياة الام او التخلص من العار والفضيحة في بعض الاحيان .

نكون امام هذا الفعل الاجرامي بوجود حالة حمل غير مكتملة لمدتها الطبيعية للوضع ومن هذا المنطلق فإن أي اعتداء على جنين في الرحم يعتبر جريمة إجهاض ولكن وفقاً للشريعة الاسلامية اذا كان الجنين قد إكتمل في رحم الأم فلا نكون أمام جريمة إجهاض في حال إسقاطه وإنما أمام حالة قتل للنفس وهذا هو الفرق الجوهري بين الشريعة والقانون الوضعي في موضوع الإجهاض.

وبنظرنا أن المشرع العراقي يجب عليه الاستفادة من نصوص قانون الصحة الفرنسي لسنة 1979 لاعادة تنظيم احكام هذه الجريمة وخاصة في حالة الضرورة والحصول على موافقة الطبيب المختص وذلك لإنقاذ حياة الأم التي تكون في وضع حرج وحالة صحية خطرة .

هناك حاجة آنية ملحة لإجراء تعديل على قانون العقوبات فيما يتعلق بأحكام جريمة الإجهاض الواردة في مواد 417 و 418 حتى يلغي اعطاء حالات الظروف المخففة والسلطة التقديرية لقاضي محكمة الموضوع ويعمل على تشديد العقوبة وتقييدها بأن لا تكون العقوبة السالبة للحرية أقل من خمسة عشرة سنة لانه وكما بينا ان هذه الجريمة هي سلب لحياة وهبها الله تعالى لانسان لا يزال جنينا في رحم أمه وايضا النص على تجريم الشروع في هذه الجريمة كما تم ذلك في المادة 396 في قانون العقوبات بشأن جريمة الاغتصاب.

Abstract

This research was presented under the title (A Comparative Reading of the Crime of Abortion between Sharia and the Iraqi and French Penal Laws), in our world today, this topic is very problematic, as killing a fetus in the mother's womb is considered a great threat and danger to society and has a great impact on the future of the country, population and decline The number of future generations and the killing of innocent souls, and it is necessary today for legal people and lovers of humanity to find ways and means to prevent this criminal phenomenon.

During the writing of this research, we came to the conclusion that the legislator's view of the term and concept of abortion is the termination of the life of an incomplete fetus and before the completion of the natural pregnancy period for the mother, and in view of the law, every assault on this fetus is considered a crime of abortion and represents a plunder of the fetus's life, and this is also an explicit assault on the whole society therefore, we see that from the point of view of most countries 'laws they have criminalized this act and considered it a complete crime, except if the abortion is for the purpose of saving the life of the mother or getting rid of shame and scandal in some cases.

We are facing this criminal act in the presence of an incomplete pregnancy for its natural period of childbirth and from this point of view, any assault on a fetus in the womb is considered a crime of abortion, but according to Islamic Sharia, if the fetus was completed in the mother's womb, then we are not facing a crime of abortion if it is aborted, but in front of a case of murder For the soul, and this is the essential difference between Sharia and positive law regarding the issue of abortion.

Given that the Iraqi legislator must take advantage of the provisions of the French Health Law of 1979 to reorganize the provisions of this crime, especially in case of necessity, and to obtain the approval of a specialist doctor, in order to save the life of the mother who is in a critical situation and a dangerous health condition.

There is an urgent need to make an amendment to the Penal Code with regard to the provisions of the abortion crime contained in Articles 417 and 418 in order to cancel the granting of mitigating circumstances and discretionary power cases to the trial court judge and work to tighten and restrict the penalty so that the penalty depriving freedom is not less than fifteen years because, as we have shown This crime is the robbery of a life that God Almighty gave to a person who is still a fetus in the womb of his mother, as well as stipulating the criminalization of attempting this crime, as was done in Article 396 of the Penal Code regarding the crime of rape.

Le Sommaire

Cette recherche a été présentée sous le titre (Une étude comparée du crime d'avortement entre le droit musulman et les lois pénales irakienne et française), dans notre monde d'aujourd'hui, ce sujet est très problématique, car tuer un fœtus dans le ventre de sa mère est considéré comme un grand menace et danger pour la société et a un grand impact sur l'avenir du pays, la population et le déclin le nombre de générations futures et le meurtre d'âmes innocentes, et il est aujourd'hui nécessaire pour les personnes juridiques et les humanités de trouver les voies et moyens pour prévenir ce phénomène criminel.

Au cours de la rédaction de cette recherche, nous sommes parvenus à la conclusion que la vision du législateur du terme et du concept d'avortement est l'interruption de la vie d'un fœtus incomplet et avant l'achèvement de la période naturelle de grossesse pour la mère, et compte tenu de la loi, toute agression contre ce fœtus est considérée comme un crime d'avortement et représente un pillage de la vie du fœtus, et c'est aussi une agression explicite contre l'ensemble de la société, par conséquent, nous voyons que du point de vue des lois de la plupart des pays, ils ont criminalisé cet acte et l'ont considéré comme un crime complet, sauf si l'avortement a pour but de sauver la vie de la mère ou de se débarrasser de la honte et du scandale dans certains cas.

Nous sommes confrontés à cet acte criminel en présence d'une grossesse incomplète pour sa période naturelle d'accouchement et de ce point de vue, toute agression sur un fœtus dans l'utérus est considérée comme un crime d'avortement, mais selon la charia islamique, si le fœtus a été achevée dans le ventre de la mère, alors nous ne sommes pas confrontés à un crime d'avortement s'il est avorté, mais devant une affaire de meurtre pour l'âme, et c'est la différence essentielle entre la charia et le droit positif concernant la question de l'avortement.

Étant donné que le législateur irakien doit profiter des dispositions de la loi française sur la santé de 1979 pour réorganiser les dispositions de ce délit, notamment en cas de nécessité, et obtenir l'agrément d'un médecin spécialiste, afin de sauver la vie de la mère qui se trouve dans une situation critique et dans un état de santé dangereux.

Il est urgent de modifier le Code pénal en ce qui concerne les dispositions relatives au crime d'avortement contenues dans les articles 417 et 418 afin d'annuler l'octroi de circonstances atténuantes et de cas de pouvoir discrétionnaire au juge du tribunal de première instance et de travailler à resserrer et restreindre la peine pour que la peine de privation de liberté ne soit pas inférieure à quinze ans car, comme nous l'avons montré, ce crime est le vol d'une vie que Dieu Tout-Puissant a donnée à une personne qui est encore un fœtus dans le ventre de sa mère, comme ainsi que de prévoir la criminalisation de la tentative de ce crime, comme cela a été fait à l'article 396 du Code pénal concernant le crime de violance.

المقـالات

الإشكاليات القانونية المترتبة على أزمة الناقلة الجانحة «EVER GIVEN» في المجرى الملاحي لقناة السويس

کێشە یاساییەکانی پەیدابوو لە هۆکاری نقوم بوونی هەڵگری (EVER GIVEN) لە نوکەندی سوێس

Legal Problems Resulting from The Crisis of Delinquent Container Ship "EVER GIVEN" in The Navigational Pathway of Suez Canal

الدكتور أحمد مصطفى الدبوسى السيد

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

كلية القانون – الجامعة الأمريكية في الإمارات

Dr/ Ahmed Moustafa AL-Dabousi Elsayed

Assistant Professor of Commercial and Maritime Law

College of Law - American University in the Emirates (AUE)

الإشكاليات القانونية المترتبة علىٰ أزمة الناقلة الجانحة "EVER GIVEN" في المجرىٰ الملاحي لقناة السويس

دكتور أحمد مصطفى الدبوسى السيد
أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد
كلية القانون – الجامعة الأمريكية في الإمارات

الكلمات المفتاحية:

الناقل البحرى – السفينة – قناة السويس – الحد الأقصى للمسؤولية

ووشەی سەرەکیەکان:
هەڵگری دەریایی، کەشتی، نوکەندی سوەیس، رادەی زۆری بەرپرسیاریەتی

Key words: maritime carriers ship - The maximum liability- Suez Canal

تعد قناة السويس من أهم الممرات الملاحية على مستوى العالم، ويرجع ذلك لكونها الرابط بين قارتي آسيا وأوروبا وخاصة شرق وجنوب آسيا، حيث أصبحت قناة السويس تسهم حاليا في حركة التجارة العالمية بحوالي 12% من حجم التجارة العالمي، وينظم العمل بقناة السويس مجموعة من المعاهدات والقرارات والتي يعد من أهمها معاهدة القسطنطينية 29 من أكتوبر سنة 1888م والتي نظمت الملاحة البحرية في القناة، هذا بجانب القانون البحري وأحكامه والذي يسري على حركة الملاحة البحرية للسفن والحاويات وذلك باعتبار أن القناة مجري بحري.

وقد أثار جنوح السفينة "EVER GIVEN" [1] والتي تحمل علم بنما في قناة السويس في شهر مارس

(1) سفينة "EVER GIVEN" هي مملوكة من قبل شركة يابانية وتشغلها أخرى تايوانية، وترفع علما بنما، وهي شاحنة عملاقة، غاطس السفينة يصل إلى 15.7 متر، وتتجاوز حمولتها الإجمالية 219 ألف طن. ويصل طولها إلى 400 متر وعرضها 59 مترا، وتصل سرعتها إلى 98 عقدة (نحو 181 كلم/ الساعة). هذا الحجم من الصعب أن يتأثر بحركة الرياح في منطقة القناة. وهي من فئة سفن الحاويات العملاقة، التي تم بناؤها عام 2018، أي أنها حديثة الصنع وبالتالي فأنها ذات مواصفات قادرة على التعامل مع أي طارئ مناخي من نوع سرعة الرياح واتجاهها وما شابه. ونشرت وكالة "نوفوستي" الروسية صورا وفيديو يكشفان عن مسار غريب سلكته السفينةEver Given ، قبل دخولها قناة السويس. ويظهر من الصور أنها سلكت مسارا دائريا وغير مفهوم، قبل أن تدخل ممر القناة (حسب الصحيفة).

2021م العديد من التساؤلات القانونية؛ حيث أثر هذا الحادث على حركة التجارة الدولية. وقد قامت هيئة قناة السويس بإجراءات عديدة لإنقاذ السفينة وتسيير المجرى الملاحي، وهو ما كلف هيئة قناة السويس مبالغ ضخمة وصلت إلى250 مليون دولار، بالإضافة إلى خسائر يومية للقناة وصلت إلى 14 مليون دولار، وكذلك خسائر السفن الأخرى التي كانت تنتظر العبور مع استئناف حركة الملاحة بالقناة.

لذا فقد ثارت التساؤلات القانونية حول هذا الجنوح، والتي يعد من أهمها: -

1- ما مدي مسئولية قناة السويس عن حادث الجنوح؟

2- هل مالك السفينة المجهز هو المسئول عن الحادث؟ أم المستأجر؟

3- من الذي يتحمل تكاليف إنقاذ السفينة وإعادة تسيير المجرى الملاحي؟

4- من الذي يتحمل تعويض الأضرار التي لحقت بهيئة قناة السويس نتيجة إغلاق المجرى الملاحي؟

5- من الذي يتحمل التعويضات المستحقة للسفن التي كانت تنتظر العبور لحين فتح المجرى الملاحي، في حالة تأخير وصول البضائع أو تلف وهلاك هذه البضائع؟

6- ما دور أندية الحماية والتعويض في تغطية تكاليف الخسائر الناتجة عن الحادث، في ظل وجود تأمين بحري على السفينة؟

وهذا ما سوف نحاول الإجابة عليه فيما يلي: -

1- المسئولية القانونية عن حادث جنوح السفينة في قناة السويس:

يعد الإطار القانوني للحوادث البحرية في البحار، والمحيطات، والممرات الدولية ومنها -قناة السويس- هو أحكام القانون والاتفاقيات الدولية البحرية، وكذلك ينظم الملاحة داخل قناة السويس، ومرور السفن بها اللوائح الصادرة عن هيئة قناة السويس.

وقد ثار التساؤل حول المسئولية القانونية لهيئة قناة السويس عن حادث جنوح السفينة على سند من القول أن السفينة كان بها مرشدون بحريون من الهيئة لمساعدة الربان، وثار كذلك تساؤل حول مدى مسؤولية مالك السفينة عن الحادث، أم أن المسئولية هي مسئولية ربان السفينة منفردا.

1-2 مدى مسئولية هيئة قناة السويس القانونية حادث الجنوح:

يعد إرشاد السفن مبدأ عاما ، يطبق على جميع السفن التي ترسو في موانئ الدول، أو تقلع منها، أو تنتقل داخل ممرات ملاحية داخل المياه الداخلية للدولة، وتعد قناة السويس مثالا لذلك؛ فالإرشاد في قناة السويس يعد إجباريا وهذا ما نصت الفقرة (1) من المادة (282) من القانون قم 8 لسنة 1990 بشأن إصدار قانون التجارة البحرية، والتي نصت على أن (الإرشاد إجباري في قناة السويس وفي الموانئ المصرية التي يصدر بتعيينها قرار من الوزير المختص)، أما إذا رأى ربان السفينة أنه قادر على قيادة السفينة بدون مرشد، فإنه يقوم بدفع مقابل رسوم الإرشاد، ولا يلتزم بالاستعانة بخدمات المرشد طالما كان الربان يعتقد أنه قادر على مواجهة أية مخاطر لدى دخوله أو خروجه من الميناء، وبالفعل استعان ربان السفينة " EVER

GIVEN" بمرشدين من هيئة قناة السويس ، فهل بعد ذلك سببا لتحمل قناة السويس المسئولية عن حادث جنوح السفينة؟

بداية يجب أن نؤكد أنه وفقا للقواعد الحاكمة لسير الملاحة في قناة السويس، فإن ربان السفينة يلتزم بنفسه بتوجيه السفينة وقيادتها لاجتياز القناة، حتى لو كان مرشدون من هيئة قناة السويس على متن السفينة؛ فربان السفينة هو وحده الذي يختار المسار الملاحي للسفينة.

وهو ما أكد عليه أيضاً القانون البحري المصري، والذي نظم عملية الإرشاد البحري، حيث نصت المادة (286) من القانون رقم 8 لسنة 1990 بشأن إصدار قانون التجارة البحرية على أن (تبقى قيادة السفينة وإدارتها للربان أثناء قيام المرشد بعمله عليها)، ونصت المادة (289) من القانون ذاته على أن (يسأل المجهز عن الضرر الذي يصيب المرشد أو بحارة سفينة الإرشاد أثناء تنفيذ عملية الإرشاد، إلا إذا أثبت أن الضرر نشأ عن خطأ صدر من المرشد أو من البحارة)، ونصت المادة (290) من القانون ذاته والتي نصت على أن (لا يسأل المرشد عن الأضرار التي تلحق بالسفينة التي يرشدها).

ويتضح لنا من النصوص سالفة الذكر أن المرشد البحري يعفى من المسئولية عن الأخطاء التي تقع منه أثناء قيامه بعمله على ظهر السفينة محل الإرشاد، سواء نتجت عن هذه الأخطاء أضرار لحقت بالسفينة أو بالغير، وذلك في جميع الأخطاء، باستثناء الأخطاء الجسيمة والتي يلتزم مجهز السفينة بإثباتها وإثبات أنها بسبب الأضرار التي لحقت بالسفينة أو بالغير.

فالمرشد، وفقا للقانون المصري ينحصر دوره في القيام بدور المستشار والناصح للربان، بحيث يتولى فقط تقديم البيانات والمعلومات عن ظروف الملاحة في القناة منطقة الإرشاد، وتوضيح العوائق الطبيعة والصناعية الموجودة فيها، بحيث تبقى قيادة السفينة دائما للربان [1].

ولا يعد ذلك إخلال بمبدأ المساواة، وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية في مصر في حكم[2] لها في قضية تتلخص وقائعها في أن المدعى الأول يعمل ربانا على السفينة "ويستا" المالطية الجنسية والمملوكة للمدعى الثاني ، وأثناء قيادته للسفينة المذكورة بتاريخ 2001/1/31 ، مستعيناً بأحد مرشدي هيئة قناة السويس لدخول ميناء السويس ، والوقوف بمرسى الناقلات بغاطس الميناء ، وخلال عملية "التراكى" اللازمة للوقوف، اصطدمت مقدمة السفينة بمنصة الشحن الجديدة المملوكة لشركة السويس لتصنيع البترول، فأحدثت بها التلفيات المبينة بالأوراق ، مما حدا بالشركة المذكورة إلى تقديم الطلب رقم 7 لسنة 2001 إلى السيد المستشار رئيس محكمة السويس الابتدائية لتوقيع حجز تحفظي على السفينة يقابل تعويض مبدئي حددته بمبلغ مائة وخمسة وعشرين ألف دولار أمريكي، فأمر بتوقيع الحجز بتاريخ 2001/2/4، ثم اتبعته الشركة المذكورة بإقامة الدعوى الموضوعية رقم 11 لسنة 2001 تجارى بحرى السويس ، بطلب تثبيت الحجز التحفظي وتحديد

(1) عبد الفضيل محمد أحمد ، الإرشاد البحري ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، 1987 ، ص 78
(2) المحكمة الدستورية العليا - القضية رقم 25 لسنة 28 قضائية بتاريخ 2010/11/7.

الدين، الذى حددته الشركة بمبلغ مائتين وخمسين ألف دولار أمريكي . وقد أحالت المحكمة الدعوى إلى خبير، خلص في تقريره إلى ثبوت وقوع الحادث مقدراً تكاليف إصلاح منصة الشحن بمبلغ ستمائة وأربعين ألف جنيه مصري، ولم يحدد خطأ أطراف الحادث كلا على حده. ودرءاً لهذه المطالبة، قرر المدعيان أن الحادث وقع أثناء عملية "التراكى" بخطأ المرشد، وأن المرشد تابع لهيئة قناة السويس، وهو أحد موظفيها العموميين، ومن ثم تنتفي مسئوليتهما عن الحادث. ودفعا بعدم دستورية نص المادتين (80 و287) من قانون التجارة البحرية رقم 8 لسنة 1990 المانعتين من مسئولية المرشد وهيئة قناة السويس، وإذ قدرت المحكمة جدية الدفع، صرحت له بإقامة الدعوى الدستورية فقد أقاما الدعوى الماثلة، وهو ما رفضته المحكمة الدستورية، وقالت في حكمها أن المشرع وازن بدقة في اختيار الحلول التي انتهجها لتحديد مسئولية كل من مالك السفينة أو مجهزها، والر بان أو المرشد كل في مجال عمله وحدود مسئوليته، بأن جعل مالك السفينة أو مجهزها مسئولاً عن تعويض أي ضرر يصيب الغير من جراء أخطاء تابعيه ومن بينهم المرشد ، باعتبار أن عائد عمل المرشد يعود في المقام الأول إلى السفينة التي يرشدها ، وتبعا لذلك فإن الأخذ بعدم مسئولية الهيئة التابع لها المرشد خلال فترة أدائه لعمله على السفينة واعتباره أثناء ذلك تابعاً لمالكها أو مجهزها ، هو ما يتفق وطبيعة العلاقة القانونية الناشئة بينهما ، وانتقال السلطة الفعلية على المرشد وتبعيته أثناء أدائه عمله على السفينة للربان الذى يمثل مالك السفينة ، ليصير تقرير المسئولية المدنية لمالك السفينة ومجهزها عن الأخطاء التي يقترفها المرشد على نحو ما تناولته النصوص المطعون فيها غير مناقض لقواعد مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة ، ولا يستبعد تطبيق القواعد المنظمة لها في القانون المدني ، وكل ما سعى إليه المشرع بهذا التنظيم هو إيجاد ذمة مالية مليئة يستطيع المضرور اقتضاء التعويض المستحق له منها ، وقد راعى المشرع في كل ذلك تحقيق التوازن بين مصلحة السفينة المخدومة والمصلحة العامة في المحافظة على المجاري الملاحية باعتبارها أحد المرافق العامة ذات الأهمية ، وعصب التجارة الدولية ، وضمان استمرار سير الملاحة فيها بانتظام واضطراد، وما سلكه القانون المصري في هذا الشأن ليس بدعاً بين الدول، إذ انتهجت العديد من الدول ذات المنحى، كما أن سن تلك الأحكام يدخل في نطاق السلطة التقديرية للمشرع في مجال تنظيم الحقوق دون مصادمة لمبدأ المساواة الذى كفلته المادة (40) من الدستور . وذلك بوضعه الضوابط الحاكمة للعلاقة بين أطرافها، سواء في ذلك المرشد أو مالك السفينة ومجهزها، وكذا الهيئة العامة للموانئ أو هيئة قناة السويس، ملتزماً بالمعايير التي تكفل تحقيق التوازن بين المصالح المختلفة ، ومن ثم فإن النعي بمخالفة النصوص المطعون فيها لمبدأ المساواة يكون غير صحيح .

وكذلك نصت المادة (95) من القانون رقم 8 لسنة 1990 بإصدار قانون التجارة البحرية المصري على أنه: (على الربان أن يتولى بنفسه توجيه قيادة السفينة عند دخولها الموانئ أو المراسي أو الأنهار، أو خروجها منها، أو أثناء اجتياز الممرات البحرية، ولذلك في جميع الأحوال التي تعرض الملاحة لعقبات خاصة؛ ولو كان الربان ملزما بالاستعانة بمرشد).

ومن ثم فوجود المرشد على متن السفينة لا ينزع من الربان اختصاصاته؛ فالمرشد لا يعدو أن يكون

مستشارا فنيا للربان أثناء قيادته السفينة لدى دخولها الممرات المائية الضيقة كقناة السويس، ومن ثم يظل الربان، رغم وجود المرشد، محتفظا بقيادة السفينة وإدارتها، وللربان أن يرفض تنفيذ توجيهات المرشد إذا رأى فيها ما يعرض السفينة للخطر.

فالمرشد مجرد دليل، يقدم النصح والمشورة والرأي لربان السفينة أثناء وجودها في منطقة الإرشاد على أساس أن المرشد لديه معلومات دقيقة ومفصلة عن العمق والتيارات وعوائق الملاحة المحلية واتجاهات السير[1].

وبناء على ما سبق فإن ربان السفينة له كل الصلاحيات والسلطات التي تسمح له بالسيطرة على السفينة، وكذلك يجب أيضاً على الربان أن يراقب المرشد، ويلاحظ سلوكه في الإرشاد، ومن ثم فوجود مرشد من هيئة قناة السويس على متن السفينة لا يعفي الربان من مسئولياته ولا تتأثر سلطاته بوجوده.

وحتى في حالة تخلي الربان عن قيادة السفينة للمرشد أثناء المرور بقناة السويس، فإن المرشد لا يتحمل تبعية الأضرار التي قد تقع، لأن تخلي الربان عن القيادة يعتبر خطأ من الربان، بحيث تقوم مسئولية الربان عن الأضرار.

وكذلك تقوم مسئولية ربان السفينة إذا كان الخطر الذي سبب الضرر ظاهرا وأهمل الربان تنبية المرشد، لأن وجود المرشد ليس من شأنه إعفاء الربان من مراقبة الطريق الذي تسلكه السفينة [2].

وبناء على ما تقدم نرى أن هيئة قناة السويس ليست مسئولة عن حادث جنوح السفينة، باعتبار أن لها مرشدين على متن السفينة، لأن هؤلاء المرشدين يعملون تحت سلطة ربان السفينة، ولا تقوم مسئولية المرشد البحري إلا في حالة أخطائه الشخصية، أو عدم إطاعته أوامر ربان السفينة فقط، ويقع على عاتق مالك السفينة المجهز إثبات ذلك.

2-2 مدى المسئولية القانونية لمالك السفينة عن حادث الجنوح:

قبل الحديث عن مدى مسئولية مالك السفينة "EVER GIVEN"، وهي سفينة مؤجرة، يجب أولا التمييز بين أنواع إيجار السفن، لتحديد من المسئول، هل هو مالك السفينة؟ أم المجهز؟ أم مستأجر السفينة؟

حيث قد يكون مالك السفينة هو مجهز ما ويسمى المالك المجهز، وتعد الصورة الشائعة الآن في مجال التجارة البحرية، أن تقوم شركات الملاحة البحرية باستئجار السفن، سواء بعقد إيجار للسفينة غير مجهزة، وهو عقد إيجار يلتزم بمقتضاه مالك السفينة بأن يضع تحت تصرف المستأجر سفينة غير مجهزة لا بالربان، أو المؤن، أو الوقود، لقاء أجر معين.

وكذلك هناك طريقة أخرى لاستئجار السفن وهي المشارطة الزمنية، وفيه يلتزم مالك السفينة بأن يضعها بعد تجهيزها تحت تصرف المستأجر، لاستغلالها نظير أجر معين.

وبتطبيق ذلك على السفينة "EVER GIVEN" نجد أن السفينة المملوكة لشركة (كيسن كيه كيه) تعد

(1) المرجع السابق ، ص 81
(2) المرجع السابق ، ص 84

سفينة غير مجهزة من مالكها، حيث يتم تجهيز السفينة من قبل شركة أخرى تايوانية.

ولا شك أن التفرقة بين مالك السفينة المجهز والمالك غير المجهز تفيد في عدد من النقاط، وهي:

1- يسأل مالك السفينة المجهز مدنيا، عن أخطاء الربان، والبحارة، والمرشد وأي شخص في خدمة السفينة، متى وقعت منهم أثناء تأدية وظائفهم أو بسببها، وللمالك أن يرجع على المخطئ بعد ذلك.

2- يسأل المالك عن التزامات الربان الناشئة عن التصرفات التي يقوم بها والعقود التي يبرمها في حدود سلطته القانونية.

ومع ذلك يجوز لمالك السفينة أن يحدد مسئوليته، أيا كان نوعها، بالمبالغ الواردة في القانون. إلا أنه بالرغم من ذلك فإنه يمكن التمسك بمسئولية مالك السفينة إذا كانت هناك ديون مستحقة على السفينة نشأت عن تعويم السفينة، أو انتشال حطامها وإعادة شحنتها أو إنقاذها.

وهذه المسئولية وفقا للقواعد العامة، مسئولية شخصية غير محدودة، بما يعني أن يسأل المالك عن تعويض الأضرار الواقعة في ذمته المالية كلها، فتكون أمواله جميعا ضامنة للوفاء بمبالغ هذه التعويضات.

أما مالك السفينة غير المجهز، فإنه يلزم لتحديد مسئوليته التفرقة بين صورتين من صور إيجار السفينة، أولا: إيجار السفينة مطقمة، وهنا نفرق بين المسئولية التقصيرية والعقدية. ثانيا: إيجار السفينة غير مجهزة وهنا لا تقوم أية مسئولية على مالك السفينة.

وبناء على ما سبق يمكننا القول أن المسئولية القانونية لمالك السفينة تكون على جسم السفينة وآلاتها ، أما المسئولية القانونية لمستأجر السفينة فتكون فيما يتعلق بالبضائع المحمولة على ظهر السفينة، أما مجهز السفينة، سواء كان المالك، أو المستأجر، أو شركة من الغير، كما في حالة السفينة "EVER GIVEN" فتكون عليه المسئولية عن خطأ الربان والمرشد، أو نقص التجهيزات فالربان هو مدير السفينة الذي يعينه المجهز ليتولى قيادة السفينة، ويعتبر من أهم أشخاص الملاحة البحرية، لاسيما أن السفينة تقضي معظم وقتها في عرض البحر بعيدا عن مجهزها .

ويستمد الربان صلاحياته من القانون، ويعد من واجباته قيادة السفينة بنفسه، وأن يكون على متن السفينة لدى دخولها إلى المجرى الملاحي والميناء وخروجها منه.

ومن ثم يعد الربان مسئولا عن كل الحوادث تجاه من له مصلحة في السفينة، أو في الشحن، ولا يعفى من المسئولية إلا في حالة القوة القاهرة، وعليه إثبات هذه الحالة.

وبناء على ما سبق وباعتبار أن مجهز السفينة مسئول عن ربان السفينة ووفقا لنص المادة (183) من قانون التجارة البحرية المصري والتي نصت على أن (مسئولية مجهز السفينة عن كافة الأضرار الناتجة التي تحدث بسبب أحد طاقمها)، فإنه يمكننا القول أن المسئول عن حادث جنوح السفينة "EVER GIVEN" هو الشركة اليابانية المالكة للسفينة إذا كانت هي المجهز، أما إذا أثبت أن تجهيز السفينة قد تم من قبل الشركة التايوانية، فإنها تكون هي المسئولة عن تحمل كامل المسئولية القانونية عن تلك الواقعة، وذلك وفقا للقوانين

البحرية، وأحكام هيئات التحكيم الدولية في مجال الحوادث البحرية .

2- التعويضات، والخسائر، ومصاريف الإنقاذ، في ضوء أحكام الاتفاقيات والقوانين البحرية:

ترتب على حادث جنوح السفينة "EVER GIVEN" العديد من التساؤلات حول التعويضات عن الخسائر الناتجة عن هذا الحادث؛ حيث أصبحت هناك تعويضات ومكافآت إنقاذ لصالح هيئة قناة السويس التي قامت بتعويم السفينة، بالإضافة إلى تعويض خسائر القناة والتي تبلغ حسب التصريحات الرسمية 14 مليون دولار يوميا، وكذلك مطالبات أصحاب البضائع بتعويضات تأخر وصول بضائع السفينة الجانحة. يضاف إلى ذلك تعويضات السفن التي تأخرت في الوصول إلى موانئ الوصول بسبب جنوح السفينة، سواء كان ذلك بشكل مباشر وكانت داخل القناة، أو بشكل غير مباشر، حيث أنها كانت تنتظر دخول القناة.

وهذه التعويضات بالرغم من أنها منطقية من الجانب النظري، كما أنها مقررة في العديد من الاتفاقيات الدولية، إلا أنها تصطدم بمبدأ مهم في مجال القانون البحري وهو أن هناك حدا أقصى للتعويضات بتحمله النقل، يحدد وفقا لعدد الأطنان المحملة على السفينة، كما أن هناك بعض الاتفاقيات الدولية اشترطت أن يكون خطأ الناقل خطأ لا يغتفر لكي يلتزم بدفع التعويضات.

ومن ثم تظهر أهمية التأمين البحري على السفينة ودور أندية الحماية، والتعويضات المتخصصة في دفع التعويضات للمشتركين فيها.

2-1 الحد الأقصى لمسئولية الناقل البحري من خسائر جنوح السفينة:

تعد قاعدة تحديد مسئولية الناقل البحري بحد أقصى بالتعويض، بغض النظر عن درجة الضرر الذي حدث، أو تعدد المتضررين أحد قواعد القانون البحري ، والتي تعني أن الناقل محدد بحد أقصى للتعويض الذي يجب أن يدفعه الناقل .

ويختلف هذا الحد في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، وحسبما إذا كانت الأطراف من دول انضمت لأحد هذه الاتفاقيات أم لا.

ونصت اتفاقية بروكسل على الحد الأقصى لمسئولية الناقل البحري في الفقرة (5) من المادة (4) بتحديد مائة جنيه استرليني لكل طرد أو وحدة أو ما يعادله من العملات الأخرى.

وقد تم تعديل هذا النص بناء على المادة (2) من الاتفاقية، والتي عدلت هذا الحد بـ 10000 فرنك ذهبي لكل عبوة، أو وحدة، أو 30 فرنكا ذهبيا لكل كيلو جرام من إجمالي وزن البضائع.

ونصت اتفاقية هامبورج في الفقرة الأولى من المادة السادسة، على الحد الأقصى لمسئولية الناقل البحري، وذلك بـ 835 وحدة محاسبية لكل طرد، أو وحدة شحن، أو وحدتين ونصف لكل كيلوجرام من الوزن الإجمالي للبضائع، وذلك في حالة تلف أو هلاك البضائع.

أما في حالة تأخير وصول البضائع فإن الحد الأقصى لمسئولية الناقل يحدد بما يعادل مرتين ونصف مبلغ الأجرة المستحقة عن البضائع التي تأخر في تسليمها، بشرط ألا يزيد ذلك عن مبلغ الأجرة الكلي المستحق

طبقا لعقد النقل البحري.

إلا أن الناقل يكون مسئولا عن تعويض الخسارة بالكامل في عدة جوانب قانونية، يعد من أهمها إذا كان الضرر الذي يلحق بالبضاعة ناتجا عن خطأ جسيم من قبل الناقل أو وكيله.

أما القانون المصري فقد حدد في المادة (233) من القانون التجاري البحري الحد الأقصى لمسئولية الناقل البحري بمبلغ ألفي جنيه عن كل طرد، أو وحدة شحن، أو بما لا يزيد عن ست جنيهات عن كل كيلو جرام من الوزن الإجمالي للبضاعة، أي الحدين أعلى، متخذا من عدد الطرود، أو وزن البضاعة وسيلة لهذا التحديد تبعا لأعلى المبلغين، بما لا يجوز للمحاكم تجاوزه، وإن كان يمكن لها أن تهبط به ليكون التعويض بقدر الضرر.

وبعد العرض السابق، نرى أنه بالنسبة لأصحاب البضائع فإن الناقل البحري المجهز المسئول عن السفينة "EVER GIVEN" سوف يستفيد من هذه الاتفاقيات لعدة أسباب أهمها:

1- اتفاقية بروكسيل لا تعوض عن التأخير، بل وتعفي الناقل عن الخطأ الملاحي.

2- غالبية الدول وخاصة العربية والأوربية انضمت لاتفاقية بروكسل، ولم تنضم إلى اتفاقية هامبورج وهو ما يساعد الناقل البحري للسفينة على تحديد مسئوليته عن التعويضات المستحقة، أو إعفاء نفسه من المسئولية من الأساس، حيث إنها لا تقيم مسئولية الناقل البحري إلا في حالة الخطأ الذي لا يغتفر.

أما بالنسبة لهيئة قناة السويس فإن السفينة، تلتزم بتعويض القناة، ولكن في حدود الحد الأقصى لاتفاقية لندن 1976، والتي انضمت لها مصر، إلا أنها لم تنضم لتعديلاتها التي ترفع سقف الحد الأقصى لمسئولية الناقل البحري كغيرها من الدول العربية، وهذا بلا شك ناقوس خطر لكل الدول العربية التي تمتلك ممرات ملاحية.

إلا أنه يجب الإشارة إلى أنه لا يمكن لهيئة قناة السويس حجز السفينة إلا وفقا لقانون التجارة البحرية المصري، وهو القانون الذي يجب أن تستند عليه مصر، لأنه مع الأسف فإن مصر غير منضمة للاتفاقيات الدولية التي تنظم حقوق الامتياز.

وهو ما قامت به هيئة قناة السويس بالفعل باللجوء إلى القضاء المصري لتوقيع الحجز التحفظي على السفينة لحين سداد مبلغ مقداره 900 مليون دولار تمثل جملة المبالغ المقدرة للهيئة لدى الشركة المشغلة للسفينة، حيث يمثل ذلك المبلغ مقابل إجراءات الإنقاذ والصيانة التي أجرتها طواقم الهيئة للسفينة وتكاليف تعطيل حركة الملاحة بقناة السويس من قبل السفينة المتحفظ عليها، والتي تستند الهيئة في تقديرها للرسوم الواردة في لائحة الإرشاد المعمول بها داخل هيئة قناة السويس.

وبالفعل أصدرت محكمة الإسماعيلية الاقتصادية، أمر بالحجز التحفظي على السفينة «EVER GIVEN» والمتوقفة حالياً في منطقة البحيرات المرة بالإسماعيلية، وبموجب ذلك الأمر سيتم التحفظ على السفينة قضائيا بوضعها تحت سلطة المحكمة ومنع الشركة المشغلة لها من التصرف فيها تصرفاً يضر بمستحقات

هيئة قناة السويس لديها، ومنعها أيضاً من القيام باي عمل قانوني أتو مادي من شانه إخراج السفينة من تحت سلطة الهيئة لحين سداد ما عليها من مستحقات.

وأسست الهيئة طلبها بالحجز التحفظي على السفينة، على المادة السادسة من قانون المحاكم الاقتصادية والتي تختص الدوائر الاستئنافية في المحاكم الاقتصادية ، دون غيرها، بالنظر ابتداء في كافة المنازعات والدعاوى التي تنشا عن تطبيق قانون التجارة البحرية.

كما استندت الهيئة في طلبها إلى المادة 59 من قانون التجارة البحرية والتي تجيز الحجز التحفظي على السفن بأمر من رئيس المحكمة المختصة أو من يقوم مقامه، كما تجيز الأمر بتوقيع هذا الحجز ولو كانت السفينة متأهبة للسفر، كما تستند إلي المادة 60 والتي تنص على ألا يوقع الحجز التحفظي إلا وفاء لدين بحري، ويعتبر الدين بحريا إذا نشا عن عدة أسباب من بينها رسوم الموانئ والممرات المائية، ومصاريف إزالة أو انتشال أو رفع حطام السفينة والبضائع، والأضرار التي تحدثها السفينة بسبب التصادم أو التلوث أو غيرها من الحوادث البحرية المماثلة.

2-2 التأمين البحري وتعويضات خسائر جنوح السفينة "EVER GIVEN"

التأمين البحري هو أقدم أنواع التأمين؛ حيث ظهر لأول مرة في عام533م في المدن الشمالية في إيطاليا، حيث كان من المعتاد أن يقوم التاجر بإقراض صاحب السفينة التي تعتزم الإبحار مبلغا من المال يوازي قيمة السفينة وما تحمله من بضائع، وذلك مقابل فوائد مرتفعة، فإذا وصلت السفينة سالمة إلى هدفها، رد صاحب السفينة القرض إلى التاجر مع الفوائد، وإذا هلكت السفينة وما عليها من بضائع، خسر التاجر نقوده التي أقرضها ربان السفينة، وقد يكون القرض بضمان البضائع المحملة على السفينة، أو بضمان السفينة والبضاعة معا.

وتحتوي وثائق التأمين البحري على ثلاث تعهدات ضمنية، وهي: -

1- أن تكون السفينة صالحة للإبحار.

2- ألا تحيد السفينة عن المسار المرسوم للرحلة التي تقوم بها.

3- أن يكون الهدف من الرحلة مشروعا.

يضاف إلى ذلك شرط مهم وهو شرط النسبية، فإذا كانت قيمة التأمين المنصوص عليها في الوثيقة أصغر من القيمة الحقيقية للبضائع في وقت الخسارة، فعلى المؤمن له أن يسهم في هذه الخسارة، لأنه يعتبر وكأنه مؤمن لديه بالفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة المذكورة في الوثيقة.

ويظهر التأمين البحري في مجموعة من الصور يعد من أهمها:

1- قواعد يورك وأنغرس: وهي مجموعة من القواعد المنظمة لعملية تعويض الخسارة العامة، صدرت عام 1890 ثم تم تعديلها في عام 1924، وعام 1949 ، ثم عام 1950 وهي الصورة التي تعتمد عليها معظم شركات الملاحة البحرية في غالبية دول العالم.

2- وثيقة التأمين(اللويدز): وتعتمد عليها كثير من دول العالم في عملية التأمين البحري، وخاصة صيغة (ships and goods) .

3- مجمع مكتبي التأمين في لندن 1844: والتي تعمل دائما على إعداد نصوص التأمين البحري وتطويرها ووضعها في شكلها النهائي، مع إجراء التعديلات اللازمة كلما لزم الأمر للتعديل، ووفقا للتطور في العمل البحري.

4- القانون البحري الإنجليزي 1906: وقد نظم المشرع الإنجليزي التأمين البحري بصورة واضحة خلت من العديد من المشكلات الدولية.

ويغطي التأمين البحري الأخطار البحرية الناشئة عن الملاحة البحرية أو عن العمليات البحرية، وهي الفقد، والتلف والنفقات التي ينفقها الناقل البحري (المؤمن له) لتفادى حصول الخطر، أو التخفيف من آثاره، ومصاريف الإنقاذ، والتعويم، وكذلك يغطي التأمين البحري الخسارة الكلية الفعلية والخسارة البحرية.

وبتطبيق ذلك على حادث جنوح السفينة "EVER GIVEN" وباعتبار أنه مؤمن عليها بتأمين بحري، فإن شركة التأمين سوف تقوم بتغطية هذه الأضرار وسداد قيمة التعويضات المطلوبة، وإذا كان هناك فارق بين قيمة التأمين وقيمة الأضرار يتحمل الناقل البحري المجهز الفارق بين القيمتين في حدود الحد الأقصى لمسئولية الناقل البحري المقررة في الاتفاقيات الدولية .

2-3 دور أندية الحماية في تعويضات خسائر جنوح السفينة "EVER GIVEN"

ظهرت أهمية أندية الحماية والتعويض في تغطية مسئولية ملاك السفينة، وذلك لمواجهة أخطار المسئولية المدنية للناقل البحري؛ حيث يمكن لأصحاب السفن الحصول على تغطية لمسئوليتهم المدنية من نوادي الحماية والتعويض، وهي عبارة عن اتحادات تعاونية تقوم على أساس نظام المجتمعات التأمينية، وقد نشأ أول نادي حماية وتعويض عام 1855 كفرع لنادي سفن تبادلي ، وبمجرد نشأته تكونت أندية أخرى، وقد بدأت أندية الحماية والتعويض أنشطتها بتأمين مسئولية التصادم والمسئولية عن الأشياء الثابتة مثل الأرصفة والتي كانت مستثناة من تغطية تأمين السفن.

وتختلف أندية الحماية والتعويض عن شركات التأمين في أنها اتحادات تبادلية لا تهدف للربح فيما بين ملاك السفن والمؤجرين، ويملكها ويديرها ملاك ومؤجرو السفن المؤمنون، ويقوم أعضاء النادي بدفع إيداعات مالية في بداية كل سنة، وليس أقساطا، بحيث يقوم كل عضو بدفع إيداع مالي مقدما والذي يجب أن يكون كافيا لمقابلة كل المطالبات، مصاريف إعادة التأمين، والمصاريف الإدارية للنادي لهذه السنة.

ويلاحظ أن 90% من أطنان السفن التجارية العالمية لها عضوية في أكثر من 16 نادي حماية وتعويض، التي تكون المجموعة العالمية لأندية الحماية والتعويض، والتي توجد في الولايات المتحدة، والنرويج، والسويد، واليابان.

ويعد الحد الأقصى للتعويض وفقا للقواعد المالية لمجموعة الأندية الدولية لكل سفينة لها عضوية في اتحاد

الأندية الدولية هو 18 مليون دولار، في ضوء المعاهدة المنظمة لذلك وتعديلاتها عام1998، وذلك في حالة المسئولية عن الأضرار غير الزيتية.

أما على جانب تغطيات الحماية والتعويض، فإنها تغطي المسئوليات غير المغطاة بواسطة التأمينات التجارية، لذلك إذا كانت السفينة مؤمنة في سوق التأمين التجاري بموجب شروط تأمينية شاملة تتداخل مع تغطية النادي، فإنه يتم تحجيم تغطية النادي، وإذا قام مالك السفينة بإجراء تأمين يغطي مسئوليات مغطاة بواسطة النادي، فعندئذ يكون هناك شرط تأمين مزدوج، ويتعين في هذه الحالة، أن تقوم شركة التأمين التجاري بالدفع أولا.

وتقدم نوادي الحماية والتعويض أربعة أنواع من التغطية يمكن لشركات الملاحة البحرية الاشتراك فيها جميعا، أو في أية واحدة منها على حدة وهي:

1- المسئولية عن طاقم وركاب السفينة.

2- المسئولية عن البضائع المنقولة.

3- المسئولية تجاه الطرف الثالث.

وهذه النقطة هي النقطة المهمة لنا في تعويضات الخسائر الناشئة عن جنوح السفينة " EVER GIVEN" ، حيث يغطي هذا النوع من أنواع التغطية التكاليف التي قد تنتج عن تضرر ومعاناة أي فرد أو شركة غير مشمولة بأي عقد مع مالك السفينة نتيجة لخطأ ارتكبه مالك السفينة، مثال ذلك الاصطدام بسفينة أخرى أو بجسم أخر، أو جنوح السفينة، وذلك كصورة من صور التأمين الإضافي مع التأمين التجاري على السفينة، وكذلك يشمل تعويضات أصحاب السفن عما يدفعونه من تعويضات لأصحاب البضائع.

وبناء على ما سبق يمكن للمتضررين من السفينة الجانحة "EVER GIVEN" مطالبة أندية الحماية والتعويضات، بدفع تعويض عن خسائرهم في حالة ما إذا كانت شركة الملاحة المالكة للسفينة مشتركة في أحد هذه النوادي.

الملخص

أثار جنوح السفينة " "EVER GIVEN العديد من التساؤلات القانونية، حيث أثر هذا الحادث على حركة التجارة الدولية، وطرحت التساؤلات في المجال القانوني حول المسئولية القانونية لهيئة قناة السويس عن حادث جنوح السفينة على سند من القول إن السفينة كان بها مرشدون بحريون من الهيئة لمساعدة الربان، وثار كذلك تساؤل حول مدى مسئولية مالك السفينة عن الحادث، أم أن المسئولية هي مسئولية ربان السفينة منفردا؟

وكذلك طرحت التساؤلات حول الخسائر والتعويضات وتكاليف إنقاذ السفينة وتسيير المجرى الملاحي، خسائر السفن الأخرى التي كانت تنتظر العبور مع استئناف حركة الملاحة بالقناة؟ من الذي يدفع مقابل هذه الخسائر؟

وقد حاولنا الإجابة على هذه التساؤلات من خلال البحث في الاتفاقيات الدولية والقانون البحري المصري، والقوانين الخاصة بهيئة قناة السويس، وتوصلنا إلى عدم مسئولية هيئة قناة السويس عن حادث الجنوح، وأن مجهز السفينة هو المسئول عن حادث السفينة، وأن شركات التأمين ونوادي الحماية والتعويضات هي من تتحمل قيمة التعويضات الناشئة عن الحادث، في ضوء الحد الأقصى لمسئولية الناقل البحري.

پوختە

تاوانی کەشتی (Ever Given) کۆمەڵێك پرسیاری یاسایی دەوروژێنێ، ئەم ڕووداوانە کاریگەری هەبوو لەسەر بازرگانی نێودەوڵەتی،چەند پرسیارێکی وروژاند لە بواری یاسایی دەربارەی بەرپرسیاریەتی یاسایی دەستەی نۆکەندی سویس لە ڕووداوی تاوانی کەشتیەکە بە بەڵگەی ئەوەی ڕێپێشاندەری دەریاوانی دەستەکەی تێدابوو وە هەروەها بەرپرسیاریەتی خاوەنی کەشتیەکە لە ڕووداوەکە، یان بەرپرسیاریەتیەکە بە تەنها لە ئەستۆی کابتنی کەشتیەکەیە؟ وە هەروەها چەند پرسیارێکی تر سەبارەت بە زیانەکان و قەرەبووەکان وە تێچوەکانی ڕزگارکردنی کەشتیەکە وە بەڕێوەچوونی ڕێڕەوی دەریاوانی، وە زیانەکانی کەشتیەکانی تر کە چاوەڕێی پەڕینەوە بوون لەگەڵ دەستپێکردنەوەی جوڵەی دەریاوانی لە نۆکەندەکە؟ کێ بەرامبەری ئەم زیانانە دەبژێرێ؟ هەوڵماندا وەڵامی ئەو پرسیارانە بدەینەوە لەڕێگەی دیراسەتکردنی ڕێکەوتنە نێودەوڵەتیەکان وە یاسای دەریاوانی میسری، وە یاساکانی تایبەت بە دەستەی نۆکەندی سویس، وە گەیشتنە ئەو ئەنجامەی کە دەستەی نۆکەندی سویس بەرپرس نین لە ڕووداوەکە، بەڵکو کەسی ئامادەکاری کەشتیەکە بەرپرسە لە ڕووداوی کەشتیەکە، وە کۆمپانیاکانی دڵنیایی و یانەکانی پاراستن قەرەبووەکان نرخی قەرەبووی ڕووداوەکەیان دەکەوێتە ئەستۆ، لە چوارچێوەی ئەوپەڕی ئاستی بەرپرسیاریەتی کۆمپانیای گواستنەوەی دەریایی .

Abstract

The delinquency of the container ship "EVER GIVEN" has raised many legal problems; where this incident has affected the movement of the international trade and there have been questions in the legal area in connection with the legal liability of Suez Canal Authority for the incident of the delinquency of the ship in reliance on the argument that there were pilots of SCA on the ship to assist the master of this ship. Moreover, there has been a question in relation to how liable the shipowner is for the incident or it is the sole liability of the master of the ship?

Besides, there have been questions connected with the losses, compensations, and the costs of rescuing the ship and operating the navigational pathway in addition to the losses of the other ships that were waiting to cross after reopening the movement of navigation? Who pays for these losses?

We have attempted to answer these questions through researching the international agreements, the Egyptian maritime law, and the laws of SCA. We have reached that SCA is not liable for the incident of delinquency and the shipowner is liable for the incident of the ship. Furthermore, the insurance companies and the protection and indemnity clubs are going to incur the value of compensations arising from the incident considering the maximum limit of the liability of the maritime carrier.

التعليق على الأحكام باللغة العربية

المصادقة الحكمية لرئيس الجمهورية على مشروعات القوانين في دستور 2005

پەسەندکردنی بڕیاری دادگا سەبارەت بە پرۆژە یاساکانی دەستوری 2005 لەلایەن سەرۆکی کۆمار

The Assumptive Assent of the Republic President on law drafts in the 2005 constitution

الأستاذ الدكتور عدنان عاجل عبيد
أستاذ القانون الدستوري –كلية القانون – جامعة القادسية – العراق

Professor Dr. Adnan Ajel Obaid
Professor of Constitutional Law - College of Law –
University of Al-Qadisiyah - Iraq

المصادقة الحكمية لرئيس الجمهورية علىٰ مشروعات القوانين في دستور 2005

الأستاذ الدكتور عدنان عاجل عبيد

أستاذ القانون الدستوري – كلية القانون – جامعة القادسية

أصدرت المحكمة الاتحادية العليا قرارها التفسيري ذي العدد 18/اتحادية/2009 في 2009/4/8 رداً على الطلب الموجه إليها من مكتب نائب رئيس الجمهورية المرقم (م.ن /862/10/1/2 المؤرخ في 2009/3/28) الذي يستفسر به عن حكم المادة (73/ثالثاً) من الدستور وعما إذا كان لرئيس الجمهورية صلاحية عدم الموافقة على مشروعات القوانين التي يسنها مجلس النواب وإعادتها إليه للنظر بالنواحي المعترض عليها في الدورة الانتخابية القادمة أسوة بالاختصاص المخول لمجلس رئاسة في الدورة الانتخابية الأولى الوارد في المادة (138/خامساً) من الدستور .

وقد قضت المحكمة بأن (الصلاحية المنصوص عليها في المادة (138/خامساً) من الدستور فإنها أنيطت حصرياً بمجلس الرئاسة المشكل بموجب المادة (138) آنفة الذكر ولم ترد ضمن صلاحيات رئيس الجمهورية المنصوص عليها في المادة (73) من الدستور. وان المادة (138 /سادساً) من الدستور نصت على (يمارس مجلس الرئاسة صلاحيات رئيس الجمهورية المنصوص عليها في هذا الدستور) . أي ان مجلس الرئاسة يمارس إضافة إلى الصلاحية المنصوص عليها في المادة (138) من الدستور صلاحيات رئيس الجمهورية المنصوص عليها في المادة (73) ولدورة واحدة)[1].

وعليه لا يتسنى لرئيس الجمهورية في الدورة الانتخابية الثانية والدورات التي تعقبها الاعتراض على مشروعات القوانين التي يسنها مجلس النواب وإعادتها إليه ، لان هذا الاختصاص لصيق بالمادة (138/خامساً) والتي انتهت فترة نفاذها مع انتهاء الدورة الانتخابية الأولى .

وقد أكدت المحكمة توجهها هذا في حكمها ذي العدد 28/اتحادية/2012 في 2012/5/30 عندما قضت بأن (وبناء عليه فإن الأحكام الواردة في المادة (138) من الدستور ببنودها ومنها البند (خامساً) أحكام انتقالية اقتضتها مرحلة (الدورة الأولى) لمجلس النواب وانتهت بانتهائها ولا يمكن سحبها على المراحل اللاحقة للدورة الأولى لمجلس النواب وبعدما اخذ رئيس الجمهورية يمارس صلاحياته المنصوص عليها في المادة (73) من الدستور وليس من بينها الاعتراض على القوانين والقرارات التي يشرعها مجلس النواب) .

---

(1) نصت المادة (73/ثالثاً) من دستور 2005 على انه (يتولى رئيس الجمهورية الصلاحيات الاتية : ثالثاً: يصادق ويصدر القوانين التي يسنها مجلس النواب ، وتُعد مصادقاً عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها)

ان ما ذهبت إليه المحكمة الاتحادية العليا من عدم جواز اعتراض رئيس الجمهورية على مشروعات القوانين في الدورات البرلمانية اللاحقة للدورة الأولى قد جانب الصواب لأنه يتعارض مع فكرة المصادقة ذاتها ، ولا يتواءم مع دور رئيس الجمهورية المرسوم له في ثنايا نصوص الدستور ، كما انه يخلط بين رفض رئيس الجمهورية لمشروع القانون وبين المصادقة الحكمية عليه والتفصيل في أدناه :

أولا: التعارض مع فكرة المصادقة نفسها :

المصادقة على مشروع القانون أو التصديق هي أحد مراحل تشريع القانون ، وإجراء يقوم به رئيس الدولة يتمثل بموافقته على مشروعات القوانين الصادرة من البرلمان وإقرارها ، إذ يمنح التصديق المشروع قوة القانون [1] ويدخل ضمن اختصاصات رئيس الدولة بوصفه عضواً تشريعياً ، أو جزء من السلطة التشريعية [2].

ويدخل ضمن السلطة التقديرية للرئيس في إجراء المصادقة من عدمها ، ففي حالة موافقته يأخذ مشروع القانون مجراه ، ليتحول بعدها إلى قانون نافذ ، اما في حالة رفضه للتصديق يتوقف مشروع القانون .

وقد تباينت الدساتير المقارنة في ترتيب الأثر على عدم المصادقة فمنها يرتب اثر قبر مشروع القانون نهائياً ولا يتسنى للبرلمان تجاوزه أو التغلب عليه وهو ما اخذ به دستور بلجيكيا لعام 1831 [3] ، ومنها منح البرلمان سلطة التغلب على قرار عدم المصادقة كالدستور الأمريكي لعام 1787 والذي منح مجلس الشيوخ والنواب التغلب على نقض رئيس الجمهورية veto power لمشروع القانون بأغلبية الثلثين[4] ،ومنها يرتب إعادة مناقشة مشروع القانون المفترض عليه مجدداً في البرلمان ولا يملك رئيس الدولة في المرة الثانية الاعتراض عليه كدستور فرنسا لعام 1958 الذي منح رئيس الجمهورية أن يطلب من البرلمان مداولة جديدة في مشروع القانون كله أو بعض مواده ولا يجوز له رفض المداولة الجديدة[5]، ومنها ما يرتب نقل سلطة البت بالاعتراض إلى الشعب ويمنع البرلمان من ذلك كدستور المغرب لعام 1996 الذي خول الملك عرض مشروع القانون على الاستفتاء إذا تمسك به البرلمان وصوت على المشروع المعترض عليه باقل من أغلبية ثلثي أعضائه[6]، وهو ما يطلق عليه فقهاً بـ(الاعتراض الناقل) [7]، ومنها ما يرتب إحالة مشروع لقانون المعترض عليه على القضاء الدستوري كدستور البرتغال لعام 1976 الذي أجاز لرئيس الجمهورية عرض أي قانون أو مرسوم بقانون أو معاهدة على المحكمة الدستورية قبل التصديق عليها ، وهو ما يطلق عليه فقهاً

---

(1) اندرية هوريو ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، ترجمة علي مقلد ، شفيق جواد، عبد الرحمن سعد ، الجزء الاول ، الأهلية للنشر والتوزيع ، بيروت ، 1974 ، ص369.

(2) Esmein . Element de droit constitution , Paris , 1927 , p.167.

(3) المادة 26 من دستور بلجيكيا لعام 1831 المعدل عام 2012.

(4) المادة (1/ الفترة السابعة) من دستور الولايات المتحدة لعام 1787.

(5) المادة (10) من دستور فرنسا لعام 1958 .

(6) المادة (69) من دستور المغرب لعام 1996.

(7) د. عمر حلمي فهمي ، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظامين البرلماني والرئاسي ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1980 ، ص11.

ب(الاعتراض المحيل)[1] .

اما موقف المشرع العراقي من إجراء التصديق في دستور 2005 فقد ورد في موضعين الأول (المادة 138) والثاني (المادة 73) .

الموضع الأول : المادة (138) من الدستور والتي قضت بتشكيل مجلس الرئاسة المكون من رئيس الدولة ونائبيه ، ويتخذ قراراته بالإجماع ، ففي حالة عدم موافقة مجلس الرئاسة على مشروع القوانين تعاد إلى مجلس النواب لإعادة النظر في الاعتراض ، ويصوت عليها بالأغلبية البسيطة وترسل ثانية إلى مجلس الرئاسة للموافقة عليها ، اما إذا رفض مجلس الرئاسة مجدداً يعاد مشروع القانون مجدداً إلى مجلس النواب ، وله أن يقره بأغلبية ثلاث أخماس عدد أعضائه غير قابلة للاعتراض ، وتعد مصادقاً عليها حكماً[2].

ويبدو ان المشرع قد منح مجلس الرئاسة اختصاص نقض القوانين مقتبساً إياه من الدستور الأمريكي لعام 1787 وهو مظهر من مظاهر النظام الرئاسي ، هذا وقد انصرمت فترة تطبيق المادة 138 امتثالاً لحكمها عندما قضت في الفقرة أولا على انه (يحل تعبير (مجلس الرئاسة) محل تعبير (رئيس الجمهورية) أينما ورد في الدستور ، ويعاد العمل بالأحكام الخاصة برئيس الجمهورية بعد دورة واحدة لاحقة لنفاذ هذا الدستور) وبذلك أُعيد العمل بأحكام المادة (73) بداية الدورة الانتخابية الثانية في عام 2010 .

الموضع الثاني : المادة (73) من الدستور :

نصت المادة (73) من الدستور على انه (يتولى رئيس الجمهورية الصلاحيات الآتية : ثالثاً : يصادق ويصدر القوانين التي يسنها مجلس النواب ، وتعد مصادقاً عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها.

والمعنى المنتزع من النص المتقدم يشير إلى أحكام ثلاث :

1. يتولى رئيس الجمهورية اختصاص المصادقة على القوانين .
2. يتولى رئيس الجمهورية اختصاص إصدار القوانين .
3. تعد القوانين مصادقاً عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً .

ووفقاً لرأي المحكمة الاتحادية العليا لا يتسنى لرئيس الجمهورية الاعتراض على مشروعات القوانين لأنها تعد مصادقاً عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها .

ان ما اجتهدت إليه المحكمة وأكدت عليه محل نظر ، فمع التسليم بعدم إمكانية سريان المادة (138) على الدورات الانتخابية اللاحقة للدورة الأولى فإن حق رئيس الجمهورية بالامتناع عن المصادقة حق ثابت في فكرة المصادقة نفسها ، إذ يرى رئيس الجمهورية ان ثمة عيب شكلي أو موضوعي شاب تشريع القانون من مجلس النواب ، لذا فإن عدم اعتراضه هو اشتراكه في صيرورة ذلك العيب ، ولهذا يلهمه واجبه الدستوري اعتراضه على مشروع القانون وإعادته

(1) المادة (278/ الفقرة (1) من دستور البرتغال لعام 1976 المعدل سنة 2005 .
(2) الفقرات (ب و ج) من المادة 138 من دستور 2005.

إلى مجلس النواب مع بيان الأسباب التي دعته إلى عدم المصادقة .

من جانب آخر فإن المادة (73 /ثالثاً) محل البحث منحت رئيس الجمهورية إلى جانب اختصاص التصديق اختصاص آخر وهو الإصدار ومعناه منح رئيس الجمهورية الإذن بتنفيذ القانون للسلطة التنفيذية ، ويمارسه بوصفه رأس السلطة التنفيذية.

وعلى هذا الأساس ينماز إجراء التصديق عن إجراء الإصدار بأن الأول هو شهادة رئيس الجمهورية بأن إجراءات تشريع القانون صحيحة وموافقة لأحكام الدستور ويجريه بوصفه عضواً في السلطة التشريعية ، اما الإصدار فهو إيعاز رئيس الجمهورية للسلطة التنفيذية والإذن لها بتنفيذ القانو ن بعد مصادقته ويمارسه بوصفه عضواً في السلطة التنفيذية.

وعليه يمكن القول بأن عدم المصادقة على مشروع القانون تعني تباعاً عدم إصداره لذا لا مناص من المصادقة عليه وعلى مجلس النواب إعادة النظر فيه وفقاً للجوانب المعترض عليها لحين المصادقة أو السكوت عنها .

وق د مارس رئيس الجمهورية عملياً رفض المصادقة والاعتراض على مشروعات القوانين مرات عدة [1]

وعليه لم تكن المحكمة الاتحادية العليا متعمقة في موضوع المصادقة ، ولو تعمقت أكثر لمنحت رئيس الجمهورية ذلك .

ثانياً: عدم الفهم لموضوع المصادقة الحكمية :

اذا ما عرض مشروع القانون على رئيس الجمهورية بعد إقراره من مجلس النواب فثمة ثلاثة احتمالات تلوح في الافق :

الاحتمال الأول: المصادقة الصريحة لرئيس الجمهورية بقرار إداري صريح .

الاحتمال الثاني : رفض رئيس الجمهورية المصادقة بقرار إداري صريح مع بيان أسبابه .

الاحتمال الثالث : سكوت رئيس الجمهورية عن المصادقة وعدم الإفصاح بالإيجاب أو الرفض ، فهنا يعد مصادقاً عليه بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه تماهياً مع نص المادة (73/ثالثاً) وهو ما يطلق عليه بـ(المصادقة الحكمية) أي بحكم القانون ، وليس في هذا الحكم غرابة أو نشاز لأنه مصداقاً لفكرة عتيدة في القانون العام الا وهي فكرة القرار الإداري الضمني ومعناه ترتيب القانون لأثر مباشر على سكوت الإدارة ، إذا جازه القانون [2]،

(1) اذ رفض التصديق على مشروع قانون البطاقة الوطنية عام 2015 لتمييزه المواطنين على اساس طائفي. انظر موقع ادم الاخباري على الويب سايت eremnews.com/news/world372840 كما رفض التصديق على مشروع قانون واردت البلديات في عام 2016 لمنعه الخمور والمتاجرة بها واستيرادها . منشور على موقع بغداد بوست على الويب سايت thebaghdadpost.com/or/story/7208 . كما رفض التصديق على مشروع قانون الموازنة لعام 2018 لوجود من مخالفات دستورية . منشور على موقع رواد على الويب سايت rudaw.net.arabic.middleest/Iraq/30320188 تاريخ زيارة المواقع 2019/8/11.

(2) مثلاً عدَت المادة (14) من قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1960 المعدل سكوت الإدارة عن تثبيت ←

لذا لا يتصورن البعض ان المصادقة الحكمية تنصرف إلى رفض رئيس الجمهورية المصادقة على مشروع القانون بصراحة وإنما تنصرف إلى سكوته وعدم الإفصاح عن قراره بالقبول أو الرفض لذا غاب هذا التوصيف عن ذهن المحكمة وعدّت الرفض الصريح مصادقة حكمية وشتان ما بين الاثنين فهما يبعدان عن بعض بعد المشرقين .

ثالثاً: الدور الفعلي والمؤثر لرئيس الجمهورية بمقتضى نصوص الدستور :

ثمة رأي شاع في أوساط الفقه الدستوري والسياسي من ان اختصاصات رئيس الجمهورية شكلية بروتوكولية لا ترقى إلى مستوى الاختصاصات المؤثرة .

ان هذا الرأي يستقيم إذا ما نظرنا إلى حكم المادة (73) من الدستور وحسب بمعزل عن المواد الأخرى ، لكن عند مطالعة نصوص الدستور جمعاء يظهر ش ا خصاً الدور الفعلي والمؤثر له ، إذ لا يتسنى لرئيس مجلس الوزراء وهو المسؤول التنفيذي المباشر أن يطلب حل مجلس نواب أو يعلن حالة الطوارئ أو حالة الحرب الا بموافقته[1] ، كما انه جهة اقتراح لمشروعات القوانين ،[2] و جهة اقتراح لتعديل الدستور،[3] كما منحه الواقع السياسي اختصاصات أخرى قد تخالف نصوص الدستور تأكيداً لدوره الفاعل، إذ قضت المادة (76/أولا) بأن (يكلف رئيس الجمهورية ، مرشح الكتلة النيابية الأكثر عدداً بتشكيل مجلس الوزراء ....) والمعنى المستوحى من النص ان رئيس الجمهورية ملزم بتكليف مرشح الكتلة النيابة الأكبر داخل مجلس النواب ، الا ان الواقع العملي منحه سلطة تكليف مرشح الكتلة من عدمه ، إذ رفض تكليفه لمرات عدة وطلب ترشيح مرشحاً آخر [4].

أضف إلى ذلك ان المشرع الدستوري قد صرح جهاراً بدوره في المادة (67) من الدستور ، عندما قضى بأن (رئيس الجمهورية هو رمز وحدة الوطن ، ويمثل سيادة البلاد ، ويسهر على ضمان الالتزام بالدستور والمحافظة على استقلال العراق وسيادته ، ووحدته، وسلامة أراضيه وفقاً لأحكام الدستور) . فهذا النص يفرض عليه التزاماً عريضاً وبالأخص فيما يتعلق بضرورة أن يسهر على ضمان الالتزام بالدستور، وكيف يكون له ذلك دون منحه اختصاصات تمكنه من تنفيذ التزامه وأهمها اختصاص الامتناع عن مصادقة مشروعات القوانين إذا ما تعارضت مع بنود الدستور؟!

بعد هذا نأمل من المحكمة الاتحادية العليا الموقرة أن تقر بحق رئيس الدولة في الامتناع عن المصادقة على مشروعات القوانين الذي يعتريها العيب ويلوذ بها الخطأ ، فهذا يعد رقابة سابقة على القوانين قبل صدورها ، ففي

←

الموظف تحت التجربة بعد مرور سنة بمثابة قبولها بخدماته وتثبيته ، كما اعتبر المشرع العراقي عدم اجابة الإدارة تظلم الموظف بعد مرور (30) يوماً بالسلب او الإيجاب رفضاً للتظلم في المادة (15/ثانياً) من قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991 المعدل .

(1) المادتين (61/تاسعاً) و(64) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(2) المادة (60/اولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 .

(3) المادة (126/اولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

(4) اذ رفض رئيس الجمهورية تكليف مرشم الكتلة النيابية الأكثر عام 2006 وعام 2014 وعام 2018 وكلف في العام الاخير (2018) مرشحاً لا ينتمي إلى الكتلة الأكبر المطلق عليه (مرشح تسوية) .

ذلك خير لها في التخفيف عن كاهلها، واحسن عملاً في اجهاض القوانين المخالفة لأحكام الدستور قبل صدورها ، وما ذلك على قضاؤنا الموقر ببعيد .

نص قرار المحكمة ذي العدد 18/اتحادية / 2009 في 2009/4/8

" تشكلت المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ 2011/5/16 برئاسة القاضي السيد مدحت المحمود وعضوية كل من السادة القضاة فاروق مُحَمَّد السامي وجعفر ناصر حسين واكرم طه مُحَمَّد واكرم احمد بابان ومُحَمَّد صائب النقشبندي وعبود صالح التميمي وميخائيل شمشون قس كوركيس وحسين ابو التمن المأذونين بالقضاء باسم الشعب.

الطلب :

يستفسر مكتب نائب رئيس الجمهورية السيد ط.هـ بكتابه المرقم (م.ن 826/10/1/2 المؤرخ 2009/3/29) عن حكم المادة (73 /ثالثاً) من الدستور وهل يملك رئيس الجمهورية للدورة الانتخابية القادمة صلاحية عدم الموافقة على القوانين التي يسنها مجلس النواب وإعادتها للمجلس للنظر بالنواحي المعترض عليها أسوة بالصلاحية المخولة لمجلس الرئاسة الحالي الواردة في المادة (138/خامساً) من الدستور .

وضعت المحكمة الاتحادية العليا الاستفسار موضوع الطلب موضع التدقيق والمداولة بجلستها المنعقدة بتاريخ 2009/4/8 وتوصلت إلى الآتي :

الرأي :

أوردت المادة (73) من دستور جمهورية العراق الصلاحيات التي يتولاها رئيس الجمهورية ومنها ما ورد في الفقرة (ثالثاً) من المادة آنفة الذكر التي تنص (يصادق ويصدر القوانين التي يسنها مجلس النواب ، وتعد مصادقاً عليها بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها) اما الصلاحية المنصوص عليها في المادة (138/خامساً) من الدستور فإنها أنيطت حصرياً بمجلس الرئاسة المشكل بموجب المادة (138) آنفة الذكر ولم ترد ضمن صلاحيات رئيس الجمهورية المنصوص عليها في المادة (73) من الدستور . وان المادة (138 /سادساً) من الدستور نصت على (يمارس مجلس الرئاسة صلاحيات رئيس الجمهورية المنصوص عليها في هذا الدستور) . أي ان مجلس الرئاسة يمارس إضافة إلى الصلاحية المنصوص عليها (138) من الدستور صلاحيات رئيس الجمهورية المنصوص عليها في المادة (73) ولدورة واحدة .

وبناء عليه فإن رئيس الجمهورية الذي سينتخب في الدورة القادمة لمجلس النواب لا يملك الصلاحية المنصوص عليها في الفقرة (خامساً) من المادة (138) من الدستور لأنها لم ترد في المادة (73) من الدستور."

حكم وقوع الطلاق الإلكتروني في القضاء العراقي

حوكمی تەلاقی ئەلەکترۆنی لە دادگای عێراقی

Ruling on the occurrence of electronic divorce in the Iraqi judiciary

الدكتور قيس عبدالوهاب عيسى

أستاذ مساعد_ جامعة الموصل / كلية الحقوق_ العراق

أستاذ مشارك_ محاضر في كلية الأمام مالك للشريعة والقانون–دولة الإمارات العربية المتحدة

Dr. Qais Abdul Wahab Issa

Assistant Professor – University of Mosul / College of Law – Iraq

Associate Professor – Lecturer at Imam Malik College for Sharia and Law – United Arab Emirates

حكم وقوع الطلاق الإلكتروني في القضاء العراقي

الدكتور قيس عبدالوهاب عيسى
أستاذ مساعد_ جامعة الموصل / كلية الحقوق_ العراق
أستاذ مشارك_ محاضر في كلية الأمام مالك للشريعة والقانون– الإمارات

قضت محكمة الأحوال الشخصية في الزبير بقراره رقم 492/ش/2018 بتاريخ 2018/3/14 بأنه: (ادعى المدعي بأن المدعى عليها زوجته وقد طلقها عن طريق الهاتف النقال حيث قام رجل دين بفتح سماعة الهاتف وتلفظ المدعي بالصيغة الشرعية للطلاق وبحضور شاهدي مجلس الطلاق وبعد أن تبين للمحكمة ان الزوج كان اهلا لإيقاع الطلاق والزوجة محل له وللبينة الشخصية المستمعة من قبل المحكمة والتي كانت حاضرة مجلس الطلاق لذلك قررت المحكمة بصحة وتصديق الطلاق)[1].

في حين قضت محكمة التمييز في القرار التمييزي رقم 2663/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/2017 بتاريخ 2017/5/22 بأنه:(ان الطلاق الواقع بين الطرفين لا تتوفر فيه الشروط الشرعية والقانونية وحيث ان المتداعين من مقلدي المذهب الجعفري والذي يشترط اتحاد مجلس الطلاق وحيث ان الطلاق قد حصل عبر جهاز الهاتف النقال وان شاهدي مجلس الطلاق لم يكونا مع المدعى عليه (الزوج) وقت إيقاع الطلاق وإنما كانا مع رجل الدين وحصل الطلاق عن طريق فتح سماعة الهاتف وسماعة صوت الزوج وهو يتلفظ بصيغة الطلاق وهذا لم تجيزه أحكام المذهب الجعفري, فقضت المحكمة برد الدعوى وحكمها صحيحا لذا قرر تصديقه)[2].

أن القرارين أعلاه حكما بصحة وقوع الطلاق عبر الهاتف المحمول بعد إيقاعه من الزوج وبالصيغة المخصوصة له شرعا، فقرار محكمة التمييز الاتحادية التي ردت الدعوى لا يعني عدم الاعتراف بالطلاق بواسطة الهاتف، لأن المحكمة ردت الدعوى بواسطة الهاتف النقال لا لكونه طلاقا إلكترونيا، وإنما ردت الدعوى لعدم ثبوت إيقاع الطلاق.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأحوال العراقي رقم (188) لسنة 1959 نجد أنه لم يتطرق إلى أحكام الطلاق الإلكتروني بواسطة الهاتف النقال، لا سيما وأن قانون التوقيع الإلكتروني رقم (78) لسنة 2012[3] نص في المادة (3/ ثانيا) على أنه :(لا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي:أ. المسائل المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمواد الشخصية)، لذا وجب على القاضي الرجوع إلى نص المادة (الأولى) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي نصت

(1) القرار رقم 492/ش/2018 تاريخ 2018/3/14 (غير منشور).
(2) القرار التمييزي رقم 2663/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2017 بتاريخ 2017/5/22 .
(3) قانون التوقيع الإلكتروني العراقي رقم (78) لسنة 2012، المنشور في جريدة الوقائع العراقية، ذي العدد (4578) في 17/ 2 / 2020.

على الرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي في حالة عدم وجود نص، ومن خلال الاطلاع على الفتاوى في حكم الطلاق بواسطة الهاتف النقال وجدنا هناك خلافا بين الفقهاء في صحة وقوعه، نبينه باختصار غير مخل كما يأتي:

الرأي الأول :وقوع الطلاق الإلكتروني

ذهبت لجنة الافتاء في السعودية [1]، ولجنة الإفتاء العام الأردنية [2] إلى صحة وقوع الطلاق الإلكتروني بالقياس على الطلاق العادي، وقد اتفق أهل العلم على وقوع الطلاق بالتلفظ به [3]، واختلفوا بصحة وقوعه مكاتبة بتفصيل في كتب الفقه [4].

ومع احترامنا لأصحاب هذا الرأي إلا أننا نميل إلى عدم الأخذ به للملاحظات الآتية:

1.أن أصحاب هذا الرأي عالجوا طلاق الزوج لزوجته بالاتصال والكتابة إلا أنهم لم يعالجوا طلاق الزوج لزوجته بالصوت والصورة بواسطة الاتصال المباشر صورة وصوت.

2. إن التزوير بالاتصال والكتابة كثير الحدوث ومن ثم لا بد من الاحتياط في إنهاء العلاقة الزوجية .

الا أنه يمكن الأخذ بهذا الرأي بشرط إيقاع الطلاق عن طريق المحكمة الإلكترونية : وهو موقع يتم فيه الفصل في المسائل القانونية ومنها الطلاق بحضور قضاة مؤهلين ولهم خبرة تقنية في المجال الإلكتروني، ومن خصائص هذه المحكمة تلقي التصرفات القانونية والدفوع وتوثيقها، ويمكن التثبت من هوية الأشخاص عن طريق التوقيع الإلكتروني وكلمة السر ورقم التعريف الشخصي.

الرأي الثاني: عدم وقوع الطلاق الإلكتروني

ذهب الدكتور فريد نصر واصل مفتي مصر السابق بعد صحة وقوع الطلاق الإلكتروني للإضرار المتحققة من الاعتراف به للأسباب الآتية:

1. عدم استكمال الشروط الرئيسة لإيقاع الطلاق
2. إن الطلاق لا يقع الا بالإقرار المباشر وبمواجهة الزوجين.
3. غياب آداب للطلاق وجب للمسلم الالتزام بها عند إيقاع الطلاق الإلكتروني منها على سبيل المثال طهر الزوجة[5].

رغم اتفاقنا بتحقق اضرار من الطلاق الإلكتروني إلا أنه يتعذر علينا القول بعدم وقوعه بالمطلق، لأن المسالة غير متعلقة بصحته من عدمه بل بإثبات وقوعه.

---

(1) فتوى لجنة الافتاء في السعودية ،منشور على الموقع الإلكتروني الاتي : http://hasnaa.d1g.com , تاريخ الزيارة 2021/1/13

(2) فتوى لجنة الأفتاء العام الأردنية ذي العدد 961 والصادرة بتاريخ 2010/11/28 ،-lawhome.com http://website.informer.com/justice.تاريخ الزيارة 2021/1/13

(3) الإجماع، ابن المنذر، ص80.

(4) بدائع الصنائع، الكاساني،ج3، ص173.

(5) مقال منشور على الموقع الإلكتروني:https://www.sayidaty.net/ تاريخ الزيارة 14/ 1/ 2021.

الرأي الثالث: وقوع الطلاق الإلكتروني بشروط

ذهب قسم من الفقهاء المعاصرين إلى صحة وقوع الطلاق الإلكتروني بشرطين:

1. تأكيد وقوعه من قبل الزوج المطلق.
2. حضور الزوجين أمام محكمة شرعية.

إما إذا أنكر الزوج إيقاع الطلاق فطلاقه لا يقع، لأن الإقرار سيد الأدلة، وهذا ما ذهب إليه مفتي كوالالمبور[1]، والدكتور محمد الشحات الجندي الأمين العام للمجلس الأعلى للشؤون الإسلامية[2].

ولا نتفق مع أصحاب هذا الرأي بوجوب حضور الزوجين أمام المحكمة، فليس من شروط الطلاق حضور الزوجين .

ومع احترامنا لكل الآراء التي ذكرت ولكننا نميل إلى الاعتراف بوقوع الطلاق بواسطة الهاتف النقال بشرط حضور الزوج أمام المحكمة وإقراره بإيقاع الطلاق، للأسباب الآتية:

أولا: إن هذا الرأي وازن بين بين المفاسد المترتبة على صحة وقوع الطلاق بواسطة الهاتف النقال من احتمال التزوير وصعوبة إثبات حالة الزوج عند إيقاع الطلاق وصعوبة الإثبات وعدم إهدار قول الزوج بذكر أو كتابة لفظ الطلاق لما يترتب عليه من أحكام شرعية حكما.

ثانيا. إن الأخذ بهذا الرأي يبنى على سياسية تحجير المباح فاذا وجد ولي الأمر ضررا في المباح فيجوز له منعه أو تقييده طبقا لمصلحة المجتمع.

(1) الطلاق بوسائل الاتصال الحديثة، القاضي عماد نعيم حسن العكيلي, ص49.
(2) مقال منشور على الموقع الإلكتروني https://www.sayidaty.net/ تاريخ الزيارة 13/1/ 2021.

التعليق على الأحكام باللغة الكوردية

ڕۆڵی نەرێنی دادگای باڵای فیدراڵی لە پاراستنی دەستوور

الدور السلبي للمحكمة الاتحادية العليا في حماية الدستور

The negative role of the Federal Supreme Court in protecting the constitution

پارێزەر
محمد ناصح ئەمین
خوێندکاری خوێندنی باڵا- فۆناغی ماستەر- کۆلێژی یاسا- زانکۆی سلێمانی

المحامي
محمد ناصح أمين
طالب دراسات عليا - كلية القانون- جامعة السليمانية

Muhammed Nasih M. Amin
Lawyer and Postgraduate Student - MA - Public Law - College of Law - University of Sulaymaniyah

ڕۆڵی نەرێنی دادگای باڵای فیدراڵی لە پاراستنی دەستوور

پارێزەر
محمد ناصح ئەمین
خوێندکاری خوێندنی باڵا- قۆناغی ماستەر-
کۆلێژی یاسا- زانکۆی سلێمانی

دەستەواژەی گوزارشت لێکەرەکان :
دەستووری بوون ، ئازادیە گشتیەکان ، دادگای باڵای فیدراڵی ، ئازادی ڕادەربڕین .

الكلمات المفتاحية:
الدستورية – حريات العامة– محكمة الاتحادية العليا– حرية الرأي.

Key words : Constitution – Public freedoms – Federal Supreme Court – Freedom Of Speech

پێشەکی

بەڵەبەر چاوگرتنی ئەوەی دادگای باڵای فیدراڵی بەرزترین دەسەلاتی دەستووری و دادوەریە لە عێراقدا، ئەو بڕیارانەی دەری دەکات خاوەن سەنگ و قورساییەکەی زۆرن ، بەو پێی چاودێری جێبەجێکردنی بڕگە و بڕیارەکانی ماددە دەستووریەکان دەکات و وە هەروەها چاودێری دەستووری بونی یاسا و ڕێنماییەکان دەکات ئەمەش بەپێی بڕگەی یەکەم لەماددەی (93)ی دەستووری عێراقی ساڵی 2005 لەو سۆنگەیەوە بڕیارێکی دادگای باڵای فیدراڵیمان هەڵبژارد بۆ شیکردنەوە و خستنە ڕووی سەرنجەکانمان، وە بە لە بەرچاوگتنی دۆخی ماف و ئازادیە گشتیەکان لە عێراقدا ، بڕیاری ژمارە :204 /فیدراڵی/ ڕاگەیاندن / 2018)ەمان دەستنیشانکرد ، چونکە ئەو بڕیارە پەیوەستە بە سنوری پیادە کردنی ماف و ئازادیەکان و دەرخەری ئەو ڕاستیەیە کە مەترسی ڕاستەقینە لەسەر پیادەکردنی ماف و ئازادیە گشتیەکان هەیە ، بە تایبەت مافی بەرگریکردن و ئازادی ڕادەربڕین ، ئەو مەترسیەش لە جێبەجێکردنی و پەنابردنە بەر بڕیارەکانی ماددەی (226) ی یاسای سزادانی عێراقی ژمارە(111)ی ساڵی 1969 ی بەرکار هەستی پێدەکرێت ، بەو پێیەی زۆر فراوانە و زۆر بە سانایی دەکرێت بۆ مەبەستی کەسی و سیاسی بەکار بهێنرێت ، کە ئەمەش لە بنەڕەتدا پێچەوانە یە لەگەڵ بڕیارەکانی دەستوور.

بۆیە لە سەرەتادا هەڵدەستین بە خستنە ڕووی پوختەی ڕیارەکە و پاشان ناوەڕۆکی بڕیارەکە وە لە دواتر شی کردنەوەی هۆکارەکانی داخوازی نامەکە و بڕیارەکە لەگەڵ خستنە ڕووی سەرنجەکان بەم شێوەیەی خوارەوە :

▪ **پوختەی بابەتی بڕیارەکە (ملخص موضوع الحكم)**

پوختەی بابەتی بڕیاری ژمارە : 204/ فیدراڵی / ڕاگەیاندن / 2018 ی دادگای باڵای فیدراڵی عێراق ، دەرچوو لەبەرواری 2019/2/4)) ، بریتیە لەوەی بریکاری داواکار (م.ح.ع) لە داخوازی نامەکەیدا بانگەشەی نادەستووری بوونی ماددەی (226) لەیاسای سزادانی عێراقی ژمارە (111)ی ساڵی 1969 ی بەرکار دەکات بەچەند هۆکارێک ، لەگرنگترینیان :

یەکەم : دژیەکی ئەم ماددەیە لەگەڵ ماددەی (1) [1] ، لە دەستووری عێراقی ساڵی 2005 ، بەجۆرێک کەتێیدا جەخت دەکاتەوە لەپرەنسیپێ دیموکراسی، لە کاتێکدا یەکێک لە شێوەکانی دیموکراسی بریتییە لە ئازادی گوزارشت کردن لە ڕاوو بۆچوون (ئازادی ڕادەربڕین) .

دووەم : بەندی یەکەم لە ماددەی (13)[2] ، دەستووری عێراق ، جەخت دەکاتەوە لەوەی کە دەستوور یاسای باڵایە لە عێراقدا ، وەهەروەها پابەند بوون بە دەستوور گشتگیرە بۆهەموو عێراق بەبێ بواردنو لێ دەرکردنی هیچ کەس و لایەنێک وە لەبەندی دووەم[3] بەدەق ئاماژەی داوە بە پووچەڵبوونی هەریاسایەک کە پێچەوانەی دەستوور بێت .

سێیەم : بەو پێیەی بنەمای فەرمان ڕەوایی لە عێراقدا بریتییە لە دیموکراسی ، دەرکردنی هەریاسایەکی دژیەک لەگەڵ بنەماکانی دیموکراسی ڕێگە پێنەدراوە بەپێی بەندی (یەکەم / ب)[4] لەماددەی (2) دەستووری عێراقی .

چوارە م : دەقی ماددەی (226) [5] لەیاسای سزادانی عێراقی ، بەهەموو دانراوی سیستمی زۆرداری و دیکتاتۆریە،بۆیە دەتوانرێت لەسایەی ئەم دەقەدا تۆمەت ئاراستەی هەرکەسێک بکرێت کەخواستی چاکسازی سیستمی دەسەڵاتی لە عێراقدا هەبێت .

پێنجەم : بریکاری داواکار ئاماژە دەکات بەوپێیەی داواکار (ف.آ.ف) پارێزەرە ، ئەرکی پارێزگاری کردن لە دۆسیئەی کوشتنی تاوان لەسەرکراو (ز.س.ح)ی لەئەستۆ گەرتووە ، وەپاڵپشت بە بەندی چوارەم[6] لەماددەی (19)ی دەستوور کە جەخت لە مافی بەرگری کردن دەکاتەوە بەوەی: -

(مافی بەرگری کردن پیرۆزە و دەستەبەرکراوە لەهەموو قۆناغەکانی لێکۆڵینەوەو دادگای دا).

پاشئەوەی داواکار (ف.آ.ف) ئەرکی بەرگری کردن لەدۆسیەی کوژرانی تاوان لەسەر کراو

---

(1) (جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة، ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديموقراطي، وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق).

(2) (يعد هذا الدستور القانون الاسمي والاعلى في العراق، ويكون ملزما في انحائه كافة، وبدون استثناء).

(3) (لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور، ويعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم، أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه).

(4) (لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادىء الديموقراطية).

(5) (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس أو بالغرامة من اهان بإحدى طرق العلانية مجلس الامة أو الحكومة أو المحاكم أو القوات المسلحة أو غير ذلك من الهيئات النظامية أو السلطات العامة أو المصالح أو الدوائر الرسمية أو شبه الرسمية).

(6) (حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة).

(ز.س.ح) لەبەردەم دەستەی دووەم لەدادگای ناوەندی تاوانی لە ئەستۆ دەگرێت ، داوای سزایی لەدژ دەجولێنرێت بەتۆمەتی سوکایەتی کردن بەدەستەی دادگا وە ڕەوانە دەکرێت بۆ دەستەی یەکەم / دادگای ناوەندی تاونەکان بەژمارە : **4689**/ج/**2018**، پاڵپشت بە بڕیاری ماددەی (**226**)[1] لە یاسای سزادانی عێراقی ، بەوەی :-

(سزادەرێت بە بەند کردن بۆماوەیەک زیاتر نەبێت لە حەوت ساڵ یاخود گرتن یاخود پێبژاردن، ئەوەی بە یەکێک لەڕێگا ئاشکراکان سوکایەتی بە ئەنجومەنی گەل یان حکومەت یان دادگاکان یان هێزە چەکدارەکان و جیا لەوان دەستە یاساییەکان یان دەسەڵاتە گشتییەکان یان بەرژەوەندییەکان

یان دامودەزگا فەرمی و نیمچە فەرمییەکان) .

لەماوەی پێشکەشکردنی داخوازی نامەی خواستنی بڕیاردان بەنادەستوری بوونی ماددەی (**226**) لە یاسای سزادانی عێراقی لەلایەن بریکاری داواکارەوە لەسەر بنەمای ئەهۆکارانەی ئاماژەیان پێدرا، بریکاری داوا لەسەر کراو وەڵامی ناوەڕۆکی داخوازی نامەکەی دابویە بەوەی :-

یەکەم : ئەودەقەی کەبۆتە جێگەی تانە لێگرتن پێچەوانەی هیچ دەقێکی دەسووری نیە .

دووەم : سوکایەتیکردن و خراپەکردن بەرامبەر ئەولایەنانەی لەدەقی تانە لێدراو هاتوون بەشێوەیەکی ئاشکرا ، لەوکارانە دادەنرێت کەیاسای سزادان بەتاوان هەژماری کردوون ودادگای بابەت هەڵدەستێت بە بەدواداچوون بۆهاتنە دی پایەکانی تاوانەکە .

سێیەم : دەقی ماددەی (**226**) بەهیچ شێوەیەک ئازادییەکان کۆت و بەند ناکات ، وە ئازادییەکان بەواتای پەشیوی و ئاڵۆزی نایەت .

چوارەم : هیچ دەقێک یاخود یاسایەک نیە ڕێگری لە ڕێکخستنی ئازادییە گشتیەکان بکات .

- وتراوی بڕیارەکە (منطوق الحكم)

دادگای باڵای فیدراڵی لەبەرواری **2019/2/4** پێکهێنرا ، بەسەرۆکایەتی دادوەر (مدحت محمود) سەرۆکی دادگای ناوبراو ، بڕیاری ژمارە (**204** / فیدراڵی / ڕاگەیاندن / **2018**) یان سەبارەت بەداواکە دەرکرد ، بەم شێوەیە :

(دادگای نابراو بڕیاریدا بەڕەتکردنەوەی داواکە بەکۆدەنگی و بڕاوەی پاڵپشت بە بڕیاری ماددەی (**5**)لەیاسای دادگای باڵای فیدراڵی و ماددەی (**94**) لەدەستوری عێراقی ، لە بەرواری **2019/2/4** بەم پاساوانە :

1- دادگا جەختی کردەوە لەوەی بەندی چوارەم لە ماددەی (**19**) ی دەستووری عێراقی، دەستەبەری مافی بەرگری کردنی کردووە لە هەموو قۆناغەکانی لێکۆڵینەوە و دادگای دا، بەڵام دەستەبەری بازاندنی سنوری ئەو مافەی نەکردوە . وە لەحاڵەتی بەزاندن یدا یاسا دانەر بەپێی ئەوە دەسەڵاتی یاسا دانانەی کە پێی دراوە سزا بۆ ئەو سنووربەزاندنە دا بنێت چونکە ماف لەو جێگەیە کۆتای دێت کەدەست درێژییە بۆ سەرمافی کەسانی دیکە .

---

(1) (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس أو الغرامة من أهان بإحدى طرق العلانية مجلس الامة أو الحكومة أو المحاكم أو القوات المسلحة أو غير ذلك من الهيئات النظامية أو السلطات العامة أو المصالح أو الدوائر الرسمية أو شبه الرسمية).

2- ماددەی (226) لەیاسای سزادانی عێراقی ژمارە(111) ی ساڵی 1969ی بەرکار ، بەچاوپۆیشیکردن لەکاتی دانانی بە هیچ شێوەیەک پێچەوانەی بڕیارەکانی ماددە دەستووریەکان نیە .

3- داواکە بەهیچ شێوەیەک پاڵپشتیکراو نیە بەهۆکارێک لەدەستوور .

- سەرنجەکان

بڕیارەکەی دادگای باڵای فیدراڵی خاوەن سروشتێکی دەستووری یە ، بەو پێیەی بڕیار دانە سەبارەت بە دەستووری بوون یاخود دەستوور نەبوونی ماددەیەکی یاسای دیاریکراو و لە یاسایەکی دیاری کراودا ، بۆیە بڕیارەکە وروژێنەری هەندێک بابەتی دەستووری و یاساییە ، بە جۆرێک لەلایەک پەیوەستە بە ناکۆک بوون و پێچەوانەبوون لەگەڵ دەستوور و یاسا ، وە لە لایەکی دیکە بەرکەوتنی بە کەوتنی بە ماف و ئازادییە گشتیەکان هەیە ، لەم سۆنگەیەوە سەرنجەکانمان دوخەینە ڕوو بە دیاری کردنی بابەتی جێگەی سەرنج و پاشان خستنە ڕووی سەرنجەکانمان، بەم شێوەیەی خوارەوە:-

یەکەم - سەرنجە دەستووریەکان

دووەم- سەرنجە یاساییەکان

سێهەم- سەرنجەکانی پەیوەست بە ماف و ئازادیە گشتیەکان

یەکەم - سەرنجە دەستووریەکان

ئەم سەرنجە پەیوەستە بە ناکۆک بوون و دژیەکە بوونی بڕیارەکەی دادگای باڵای فیدراڵی لەگەڵ بڕیارەکانی هەندێک لە ماددە دەستووریەکان ، کە بریتین لە :-

1- بڕیارەکەی دادگای باڵای فیدراڵی سەبارەت بە دەستوری بوونی بڕیارەکانی ماددەی (226)لە یاسای سزادانی عێراقی ژمارە (111) ی ساڵی 1969ی بەرکار ، ناکۆکە لەگەڵ ماددەی (1) لە دەستوری عێراقی ساڵی 2005 ، چونکە یاسادانەری عێراقی لەو ماددەی دەستووریەدا جەختی کردۆتەوە لەوەی عێراق دەوڵەتێکی فیدراڵی یە و سیستمی فەرمانڕەوایی بریتیەلە کۆماری پەرلەمانی دیموکراسی . و ئازادی ڕادەربڕین و گوزارشت کردن لە ڕاوو بۆچوون بە یەکێک لە گرنگترین و دیارترین پێکهێنەرە کانی سیستمی دیموکراسی دادەنرێت ، ئەمەش لەکاتێکدا یە ناکۆکیەکی تەواو بەرجەستە دەکرێت لە نێوان ناوەڕۆکی ماددەی (226)ی یاسای سزادان و بنەماکانی سیستمی دیموکراسی.

2- بەهەمان شێوە ناوەڕۆکی ماددەی (226) لە یاسای سزادانی عێراقی ، دژ یەکە لەگەڵ (بەندی دووەم /(ب) لەماددەی (2) دەستوری عێراقی ، کە ئاماژە دەکات بە نادروستی دەرکردنی هەریاسایەک کە دژبێت بە بەنداو پرەنسیپە کانی دیموکراسی .بەڵام دەقی ماددەی (226) بەتەواوەتی دژیەکە لەگەڵ بنەماکانی دیموکراسی، بۆیە دەتوانین جەخت لە نادەستووری بوونی دەقی ماددەی (226) لە یاسای سزادانی عێراقی بکەینەوە.

3- لەلایەکی دیکەوە بەندی یەکەم /(ج) لەماددەی (2) دەستور ، لەدەقی ئاماژەی بە نادروستی دانانی هەر یاسایەک کردووە کە دژەیک بێت لەگەڵ ماف و ئازادی گشتیەکان ، ئەمە لەکاتێکدایە بەڕوانین بۆ ناوەڕۆکی دەقی ماددەی (226)دژیەکی ئەم ماددەیە لەگەڵ ئازادی

ڕادەربڕین بەدی دەکرێت، بەجۆرێک ئازادی ڕادەربڕین وەک مافێکی دیار و ئازادیەکی گرنگە بۆ تاکەکان باسی لێوە دەکرێت ، وە هەروەها بەکەڕانەوە بۆ ماددەی (26)[1] لە دەستوری کاتی ساڵی 1970ی دەرچوو بە ژمارە (792) لەلایەن ئەنجومەنی باڵای شۆڕشەوە لەبەرواری 16/7/1970 جەخت دەکاتەوە لە دەستووردا کە دەستەبەری ئازادی ڕادەربڕین دەکات ، کەواتە دەتوانین بڵێین دەقی ماددەی (226) لە یاسای سزادانی عێراقی ژمارە(111)ی ساڵی (1969) ی بەرکار بەهەمان شێوە دژبووە بە ماددەی (26) لە دەستوری کاتی ساڵی 1970 کەساڵێک پاشتر دەرچووە .

4- بەو پێیەی بەندی دووەم ماددەی (13)ی دەستوور ئاماژە دەکات بە پووچەڵی هەر یاسایەک کە دژیەک و ناکۆک بێت لەگەڵ دەستور بەو پێیەی کە یاسای باڵایە لە عێراق دا ، وە لەڕووی ڕێک خستنی یاساییەوە یاسای سزادانی عێراقی بەو پێیەی یاسای ئاساییە بەشێوەیەکی خۆکردەیی ماددەی (226) مەبەستەکەی کە بریتیە لە پاراستنی وە لایەنانەی کە ئاماژەی پێکردوون لە سوکایەتی پێکردن لە دەست دەدات ، چونکە لەلایەک پێچەوانەی دەستورە و شایەنی پووچەڵکردنەوەیە ، لەلایەکی دیکە دڵنیایی تاکەکان بەرامبەر دەستوری و یاسا توشی پەشێوی دەکات.

5- یەکێکی دیکە لە سەرنجە دەستووریەکان بریتیە لە ناکۆک بوونی دەقی ماددەی (226)لە یاسای سزادان لەگەڵ بەندی چوارەم لە ماددەی (19)ی دەستور ، وەک لە بابەتی ئەم بڕیارە دا دەردەکەوێت کە لە بنەڕەتدا دروست بونی دژیەکی لەنێوان ماددەی (226)ی یاسای سزادان و ماددەی (19)ی دەستور کە پەیوەستە بە مافی بەرگریکردن و ئاماژە دەکات بەوەی :(مافی بەرگریکردن پیرۆزە و دەستەبەر کراوە لەهەموو قۆناغەکانی لێکۆڵینەوە و دادگایکردن دا) دەکەوێتە سەر تێڕوانینی دادگا کە بۆ جۆری بەرگریکردنە لە بەردەمیدا ، لەکاتێکدا پێویستە دادگا زیادەڕۆی لە تێڕوانینی نەکات بۆ تۆمەتبارکردن و سزادان بە پێی ماددەی (226) ی یاسای سزادان وەک لەبابەتی ئەم بڕیارە دا بوونی هەیە . بەڵکو دەکرێت تێڕوانینێکی نەرمی بۆ بەرگری کردنەکە هەبێت و لە چوارچێوەی مافی ئازادی ڕادەربڕین مامەڵەی لەگەڵ بکات.

دووەم : سەرنجە یاساییەکان

مەبەست لێی ناکۆک بوونی بڕیارەکەی دادگای باڵای فیدراڵی یە لەگەڵ دەقی یاسایی دیکە بەم شێوەیەی خوارەوە :

1- لەعێراقدا بەپێی بڕیاری ژمارە (840)[2] ی دەرچوو لە بەرواری 4/11/1986 لەلایەن ئەنجومەنی باڵای شۆڕشەوە لە بەندی دووەم کارکردن لەدەقی ماددەی(226) لە یاسای سزادانی عێراقی ژمارە(111) ی ساڵی 1969ی بەرکار هەڵوەشاندۆتەوە، وە ئەو بڕیارە تا ئێستا لە عێراقدا بەرکارە ، بەڵام لە هەرێمی کوردستان بەبڕیاری ژمارە(30)دەرچوو لە بەرواری 3/7/1993 لە لایەن پەرلەمانی کوردستانەوە کارکردنی بە بڕیاری ژمارە(840)ی دەرچوو لە ئەنجومەنی باڵای

(1) (يكفل الدستور حرية الرأي والنشر والاجتماع والتظاهر وتأسيس الأحزاب السياسية والنقابات والجمعيات وفق أغراض الدستور وفي حدود القانون. وتعمل الدولة على توفير الأسباب اللازمة لممارسة هذه الحريات التي تنسجم مع خط الثورة القومي التقدمي).

(2) (ثانياً: تلغى المادة 226 من قانون العقوبات)

شۆڕشەوە هەڵپەساردووە و گەڕاوەتەوە بۆ کارکردن بە بڕیارەکانی دەقی ع (226) لە یاسای سزادانی عێراقی.

2- دەقی ماددەی(226) لە یاسای سزادانی عێراقی پێچەوانەیە لەگەڵ دەقی بەندی دووەم لە ماددەی (5)[1] ی یاسای مافی ڕۆژنامە نووسانی عێراقی ژمارە (21)ی ساڵی 2011، کە ئاماژە دەکات بەوەی ڕۆژنامە نووس مافی لێدوانی هەیە بەو شێوەیەی کە بە گونجاوی دەزانێت ، بۆ ڕوونکردنەوەی بۆچونەکانی ، بە چاوپۆشیکردن لە جیاوازی ڕاوبۆچوون و تێڕوانینی فکری لە چوارچێوەی ڕێزگرتنی یاسا دا .

3- بەهەمان شێوە دەقی بەندی یەکەم لە ماددەی (1)[2] لە پرۆژە یاسای پێشنیار کراوی ئازادی ڕادەربڕین و کۆبوونەوە و خۆپیشاندانی هێمنانە کە لە ساڵی 2014 خوێندنەوەی یەکەم و ساڵی 2017 خوێندنەوەی دووەمی بۆکراوە، دەڵێت: ئازادی هاوڵاتیانە لە گوزارشتکردن لە ڕاوبۆچوون و تێڕوانینیان و گوزارشت لێکردنیان بە قسە کردن یاخود بە نوسین یاخود وێنەگرتن یاخود بە هەر هۆکارێکی دیکەی گونجاو بێت لەگەڵ سیستمی گشتی و ئاکاری گشتی . کەواتە بەڕوونی ناکۆکی ناوەڕۆکی دەقی ماددەی(226) لەگەڵ ناوەڕۆکی ئەم دەقە بەدی دەکرێت .

سێهەم - سەرنجەکانی پەیوەست بە ماف و ئازادییە گشتیەکان

سەرنجەکان بریتین لە :-

1-دەقی ماددەی (226) لە یاسای سزادانی عێراقی بەو پێیەی پەیوەستە بە ماف و ئازادیە گشتیەکان ، دەبێت زۆر بەوردی تیشک بخرێتە سەر ناوەڕۆکی دەقەکە پاشان بڕیار بەناکۆک بوون یاخوود نەبونی دەقەکە لەگەڵ ماف و ئازادیە گشتیەکان بدرێت ، بە دیاریکاروی لێرەدا مەبەستمان لە لە مافی گوزارشتکردن لە ڕاو بۆ چوون و ئازادی ڕادەربڕینە ، چونکە بە بنەمای دیموکراسی و پاراستنی مافی مرۆڤ دادەنرێت ، لە جارڕدانی جیهانی بۆ مافەکانی مرۆڤ لە ساڵی 1948 ، وە بە دیاری کراوی لە دەقی ماددەی (19)[3] ئاماژەی بە مافی ئازادی ڕادەربڕین کردوە . بەهەمان شێوە دەقی ماددەی (19)[4] لە پەیمانی نێودەوڵەتی تایبەت بە مافە شارستانی ڕامیاریەکانی ساڵی 1966 جەخت لە ئازادی ڕادەربڕین کردۆتەوە ، لەکاتێکدا دەوڵەتی عێراقی لەساڵی 1971 پەسەندی پەیمان نامەکەی کردووە و پەیوەندی بە پەیمان نامەکەوە کردووە، لەکاتێکدا بەشێوەیەکی تەواو و ئاشکرا ناکۆکی لەنێوان ئەم دەقانە لەلایەک و دەقی

---

(1) (ثانياً: للصحفي حق التعقيب فيما يراه مناسباً لايضاح رأيه بغض النظر عن اختلاف الرأي والاجتهادات الفكرية وفي حدود احترام قانون).

(2) (أولاً- حرية التعبير عن الرأي: حرية المواطن في التعبير عن أفكاره وآرائه بالقول او الكتابة او التصوير او بأية وسيلة اخرى مناسبة بما لا يخل بالنظام العام أو الآداب العامة).

(3) (لكل شخص حق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية).

(4) (أولاً- لكل إنسان حق في اعتناق آراء دون مضايقة.ثانياً- لكل إنسان حق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار الحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها).

ماددەی(226) لەلایەکی دیکە بەدی دەکرێت .

2- خواستی چاکسازی لە سیستەمی دەسەڵات دا ویستی هەموو تاکێکە لە کۆمەڵگەدا ، بەڵام ژمارەیەک لە تاکەکان ئو ویستەیان دەردەبڕن ، بەو پێیەی دەربڕین بەشێکە لە ماف و ئازادی ڕادەربڕین ، بەڵام دەکرێت لە سایەی ناوەڕۆکی دەقی ماددەی (226) لە یاسای سزادان تۆمەت ئاراستەی هەرکەسێک بکرێت کە خواستی چاکسازی هەبێت و گوزارشتی لێ بکات ، لەم کاتەدا دەکرێت دەقی ماددەی(226) بۆ ڕێگری کردن لە مافی ئازادی ڕادەربڕین بەکار بهێنرێت .

بەنموونە بڕیاری ژمارە :(23/ج2017/2) دەرچوو لەلایەن سەرۆکایەتی دادگای تێهەڵچونەوەی بەغداد / ڕەسافەی فیدرالی/ دادگای ناوەندی تاوانی / دەستەی دووەم لە بەرواری 15/11/2017 سەبارەت بە دۆسیەی ڕەوانە کراوی ژمارە (16)ی بەرواری 6/7/2017 بۆ دادگای لێکۆڵینەوە تایبەتمەند بە بینینی بابەتەکانی پەیوەست بە بڵاوکردنەوە و ڕاگەیاندن ، تایبەت بە دۆسیەی سەرۆکی پێشووی دەستەی دەستپاکی عێراق دادوەر (رحیم حسن جریو الثکیلی) ، کە تێیدا دادگا بڕیاری دا بە تاوانبار کردنی تۆمەتبار بەپێی ماددەی (226) لە یاسای سزادانی عێراقی و سزادانی بە پێی هەمان ماددە . لەکاتێکدا بڕیارەکە گەڵاڵە کرابوو لەسەر بنەمای بڵاوکردنەوەی نوسینێک لەلایەن تۆمەتبارە وە لە ژمارەی (3226)ی گۆڤاری (المدی) لە بەرواری

27/11/2014 ، بەوەی دەستدرێژی کردۆتە سەر پێگەی دەسەڵاتی دادوەری بە هەموو بەشەکانیەوە و هەندێک دەستەواژەی نەشیاوی بەرامبەر دەسەڵاتی دادوەری بەکارهێناوە بەبێ هەبوونی هیچ پاساوێکی دروست و ڕێگە پێدراو. ئەمە لەکاتێکدایە داوەری ناوبراو لە نوسینەکەیدا تێڕوانینی خۆی بۆ دەسەڵاتی دادوەری و کاری دادوەری و دەستپاکی خستۆتە ڕوو ، و دادگا لە بڕیارەکەیدا ڕاستەوخۆ پەنای بردووە بۆ تووندترین ڕادەی سزا لەدەقی ماددەی(226)ی یاسای سزادان بۆ تۆمەت بار کە بریتیە لە زیندانی کردن بۆ ماوەی (7) ساڵ .

3- دەقی ماددەی(226) دەقێکی فراوانە و دەکرێت بۆ مەبەستی یاسای و سیاسی بەکار بهێنرێت، ئەمەش پێچەوانەی ئازادی بیروڕای سیاسیە لەلایەک و وە گشتی بوون و گشتگیر بوونی یاسا لەلایەکی دیکە ، ئەمەش ئاماژەیەکی مەترسی دارە بۆ بەکارهێنانی یاسا بۆ بەدیهێنانی خواست و ویستی کەس و لایەنی دیاریکراو ، چونکە لە کۆتایدا ئەو مەترسییە سەر دەکێشێت بۆ بوون بە دیاردە و کار لەسەر سیستمی یاسای و دادوەری لە عێراق دەکات ، وە لەلایەکی دیکەوە دەرگایەک لە بەردەم پێشێلکاری و کۆت و بەندکردنی ماف و ئازادیە گشتیەکان بەتایبەت مافی گوزارشتکردن لە ڕاوبۆچوون و ئازادی ڕادەربڕین ئاوالادەکات .

کۆتایی

ئامانجمان لە خستنە ڕووی سەرنجەکانمان لەسەر بڕیاری ژمارە : 204/فیدراڵی/ڕاگەیاندن/2018 ، بیناکردن و دروستکردنی کەشێکی تەواو یاسایی و دەستوریە بۆ ڕەخنە گرتن بەئامانجی بڕەودان بە بنەماکانی دیموکراسی و جەخت کردنەوەیە لەسەر هەوڵەکانی تایبەت بە پاراستنی ماف و ئازادیە گشتیەکان لە عێراق دا ، لەلایەکی دیکەوە داخستنی دەرگایەک بە ڕووی پێشێلکاری ئازادیە گشتیەکان و لە ناویاندا (ئازادی ڕادەربڕین) ، وە لەهەمان کاتدا کردنەوەی گۆشەنیگایەکە بەڕووی پاراستنی مافەکانی مرۆڤ لەهەر دەستدرێژیەک بەبێ چاوپۆشیکردن لەو کەس و لایەنانەی کە ئەنجامی دەدەن ، هەروەها جەختکردنەوەیە لەسەر سەروەریی یاسا و بڕیارە دەستووریەکانی پەیوەست بە مافی بەرگریکردن و دەرخستنی گرنکی پاراستنی ئەومافە دەستوورییە ، وە لەهەمان کاتدا لەڕێگەی خستنە ڕووی سەرنجەکانمان لەسەر بڕیاری ناوبراو ، بۆ کاراکردنی زیاتری دەسەڵاتی دادوەریە بەگشتی و دادگای باڵای فیدراڵییە بەتایبەتی ، و ئاڕاستەکردنی سەرنجی دادگاکەیە بۆ هەڵوێستە کردنی زیاتر لەسەر دەستووری بوون یاخود دەستووری نەبوونی یاسا و ڕێکارەکان چونکە لەکۆتاییدا ئەوە دەستوورە دەبێت پاریزەری هێزی پابەند بوونی یاساکان لەلایەک و پاراستنی ماف و ئازادیە گشتیەکان لەلایەکی دیکە .

پوختە

ئەم سەرنجە بریتییە لە شیکردنەوەی بڕیاری ژمارە :204/ فیدراڵی/ ڕاگەیاندن/ 2018)ی دەرچوو لە لایەن دادگای باڵای فیدراڵی عێراقەوە لە بەرواری 24/2/2019 ، سەبارەت بە دەستووری بوونی ماددەی (226) لە یاسای سزادانی عێراقی ژمارە (111) ی ساڵی 1969 ی بەرکار، کە لە ناوەڕۆکی بڕیارەکەدا دادگای باڵای فیدراڵی جەختی لە دەستووری بونی ماددە کە کردۆتەوە و بەشێوەی بڕێنەرەوە و بڕیاری داوە بە ڕەتکردنەوەی داخوازی نامەی بریکاری داواکار، وە لەم بڕیارەدا بەڕوونی ڕۆڵی نەرێنی دادگای باڵای فیدڕاڵی لە پاراستنی دەستوور دەردەکەوێت.

گرنگی سەرنجەکان لەسەر بڕیارەکەی دادگای باڵای فیدراڵی لەو پێشێلکاریە دەستووری و یاساییانەدا دەردەکەوێت کە لە ئەنجامی پەنابردن بۆ جێبەجێکردنی ماددەی (226) لە یاسای سزادانی عێراقی ژمارە (111)ی ساڵی 1969 ی بەرکار دەکەوێتەوە، کە خۆی دەبینێتەوە لە بەرکەوتن بە ماف و ئازادیە گشتیەکان بە تایبەت مافی ئازادی ڕادەربڕین و مافی بەرگریکردن ، بۆیە بە پێویستمان زانی سەرنجەکانمان بخەینە ڕوو ، بە جۆرێک شیکردنەوە بو هەر بەشێکی داخوازی نامەکەی بریکاری داواکار بۆ بڕیاردان بە نا دەستووری بوونی ماددەی (226) لە یاسای سزادان کراوە و لەگەڵیدا سەرنجەکان خرانە ڕوو ، وە هەروەها بە هەمان شێوە هەموو بەشەکانی بڕیارەکەی دادگای باڵای فیدراڵی بە ڕەتکردنەوەی داخوازی نامەکەو جەختکردنەوە لە دەستووری بوونی ماددەی (226) ی یاسای سزادان شیکردنەوەی بۆ کراوە و لەگەڵیدا سەرنجی بابەتی و یاسایی پێویست خراوەتە ڕوو .

ملخص

إن هذه الملاحظات عبارة عن شرح للقرار رقم(204/الفدرالية/إعلام/2018) الصادر من المحكة الاتحادية العليا في العراق بتاريخ: 4/ 2/ 2019، يتعلق بدستورية المادة (226) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل، وفي ضمن القرار الذي إتخذته المحكمة الاتحادية تأكيد على موافقة المادة للدستور على وجه الثبوت، والذي يحسم الموضوع، وقررت رد الدعوى لوكيل المدعي، كما وفي هذا القرار دور سلبي للمحكمة الاتحادية في حماية الدستور يظهر بوضوح.

إن أهمية هذه الملاحظات على قرار المحكمة الاتحادية العليا تظهر في المخالفات الدستورية والقانونية، التي تظهر نتيجة اللجوء إلى تطبيق المادة (226) من قانون العقوبات العراقي رقم(111) لسنة 1969، وتماسها بالحقوق والحريات العامة، خاصة حرية التعبير وحق الدفاع.

لذا رأينا أنه يجب علينا أن نبين ذلك ونكتب الملاحظات التي لاحظناها على هذا القرار. بشكلٍ يفسر ويبين أجزاء كل الطلبات التي قدمها وكيل المدعي بعدم دستورية المادة(226) من قانون العقوبات ، وقد بينا ملاحظاتنا عليه. وتم شرحه وألحقت مع القرار الملاحظات الموضوعية وما تحتاج إليه من بيان وإيضاح.

Abstract

These notes are an explanation of Resolution No. (204 / Federalism / Media / 2018) decided by the Federal Supreme Court in Iraq on 4/2/2019, related to the constitutionality of Article (226) of the Iraqi Penal Code No. (111) of 1969 amended. And, within the decision decided by the Federal Court, an affirmation of the article's approval of the constitution in a decisive manner, which settles the matter and decided to return the lawsuit to the plaintiff's attorney, and in this decision the negative role of the Federal Court in protecting the constitution is clearly evident.

The importance of these observations on the Federal Supreme Court's decision appears in the constitutional and legal violations, which appear as a result of resorting to the application of Article (226) of the Iraqi Penal Code No. (111) of 1969, and its appeal to public rights and freedoms; Especially freedom of expression and the right to defense.

So we thought that we had to show that and write the notes that we observed on it. In such a way that he explains and clarifies the parts of all the requests requested by the attorney general for the decision that Article (226) of the Penal Code is unconstitutional, and we have explained our observations on it, as well as all the sections of the Federal Supreme Court decision, they rejected the request and emphasized the constitutionality of Article (226) of the Penal Code that was explained The objective notes and the clarification and clarification needed by them were attached.

البحوث باللغة الإنكليزية

In each country, the Ministry of Justice stands at the head of the institutions concerned with disseminating legal culture, educating citizens to know their rights and support them, and realizing their duties and encouraging them to fulfil these are among the core tasks of the ministry that are not usually visible in the public domain. While the faculties of law are involved in the field of law teaching and legal research support, the Ministry of Justice, through the Legal Research Centre, decided to make its contribution in the field of scientific research, but in a new style that brings together originality and contemporality in the field of publishing legal research that concerns all fields related to the right, law and the state, being the hierarchical triad of all juridical studies, in a manner consistent with and observing the internationally known publishing rules, and supports the novelty of scientific research through research peer-viewing and subjecting it to an accurate and precise scientific evaluation consistent with the well-established scientific contexts؛ recognized by the competent scientific authorities. The Ministry of Higher Education and Scientific Research was the prominent supporter of this project, which encompasses it with a fortified scientific framework, and will make the journal a supportive tool to all researchers in order to publish their legal research, whether the purpose of publishing is to strengthening the legal culture, or to benefit from publishing the research for the purposes of consolidating research and scientific promotion for teaching staff in faculties of law and institutes specialized in law study.

A semi-annual peer-reviewed journal concerns with publishing legal research and studies in Arabic, Kurdish and English languages, will be issued by the Legal Research Center at the Ministry of Justice in the Kurdistan Regional Government of Iraq.
The general supervisor
Mr. Frist Ahmed Abdullah Minister of Justice

We, the Editorial Board, have seen the great care and enthusiasm of the Minister of Justice in the Kurdistan Regional Government of Iraq, Professor "Firsat Ahmed Abdullah", who was behind the idea of establishing the Legal Research Center in the Ministry, and he overcame all obstacles to preparing the journal and bringing it to light, and from the keenness of the Editorial Board Supported by the opinion of the Minister, the journal took the initiative to choose the phrase (the Social Contract). This title contains meanings related to the idea of right, law and the state. It is the term that was used for theories that explained the emergence of the state, and it expresses the general will represented by the law, In addition to the fact that it highlights the role and status of rights in setting laws and regulations, sponsoring and organizing them, and it will constitute a landmark for the journal that distinguishes it from other journals specialized in publishing legal research.

The law, with its prominent role in society, is its pulse and the true regulator for it makes us face a scientific and social responsibility in publishing all the developments taking place within its scope, and because Iraq and the Kurdistan Region lack a journal of an international character, whose position derives from the diversity of experiences of its advisory body in all disciplines and multiple countries, and it will surround itself with a set of procedures that prevent favouritism or preference except per the abstract objective scientific foundations approved by satisfied scientific journals and known worldwide. The referees for research will be from outside the editorial board's circle, and the scholarly peer-review process will be framed. With a confidential nature that guarantees the impartiality and objectivity of the referee. It is also the only journal that does not charge the researcher fees for publishing his research. Rather, it provides a reward to the researcher for his published research, and it also offers periodic appreciation awards for the three best research papers from a scientific point of view each year, for every two issues; from here, the journal's mission is embodied in supporting legal research. It corresponds to advance the legal reality and develop state and government institutions concerned with legal affairs, whether it is a legislative, judicial or administrative matter.

Journal Characterization

The SCJ will be the journal for all legal professionals in Iraq in general and the Kurdistan Region in particular, and will launch towards globalization, for its reliance on internationally approved foundations, and its adoption of the

scientific standards recognized in all international journals recognized for their scientific and sobriety. The scholar and researcher will find the right place to disseminate constructive, valuable, and original ideas. It will be issued only to support the scientific research movement in the field of legal studies, to achieve its goals in publishing Legal culture and the establishment of a new era that crystallizes the meanings advocated by thinkers in raising the word of truth and making justice a value that transcends all its obstacles, consecrating virtues and making the law closer to morals than ever before, devoting our effort towards achieving goodness, peace, security, and reassurance for every right holder found in the law his sanctuary, and witnessed the justice under the authority of the state, which he participated to create through the Social Contract.

The Editorial Board

The Editorial Board of the Social Contract journal is consisting of:

1- Prof. Dr Mohammed Sulaiman Al-Ahmed, Editor-in-Chief.
2- Prof. Dr. Adnan I. Sarhan.
3- Prof. Dr Umaid Sabah Othman, member.
4- Dr Hadi Muslim Younis, member.
5- Dr Dana AbdulKareem Saeed, member.
6- Dr Khalid Ibrahim Al-Saleem member.
7- Dr AbdulKareem Saleh AbdulKareem, member.
8- Dr Haseeb Saleh Ismael, the Editorial Secretary.
9- Mr Kirmanj Y. Othman. General Coordinator.
10- Mr Twana Sami Abdulrahman, Technical Supervision.

The Journal's Advisory Board:

The journal received highly effective scientific support from competent scholarly figures from multiple countries attested by its rich and sober scientific output, as the members of the advisory board of the journal expressed their great happiness in joining the journal's family, and the journal will benefit from the accumulation of their experiences and their good opinions. The following is the listing of the names of the advisory body for the journal, according to the alphabet:

1-Prof. Dr. Abdulfattah Abdulrazaq Mahmood, Professor of Public International Law, Deputy of the Ministry of Higher Education and Scientific Research in the Kurdistan Regional Government of Iraq.
2-Adviser. Prof. Dr Adel Al-Tabtabaei, Advisor at the Amiri Diwan, Professor of Public Law, and Dean of the Faculty of Law at Kuwait University.
3-Prof. Dr. Akram Ya Malki, former Professor of Commercial Law at the University of Baghdad - Iraq.
4-Prof. Dr. Ali Hadi Al-Hilali, Professor of Public Law, and Dean of the College of Law, University of Baghdad, Iraq.
5-Prof. Dr. Carlos Fernández Lisa, Professor of Public International Law and International Relations, the University of Carlos III in Madrid - Spain.
6- Prof. Dr. Elshehabi Al-Sharkawi, Professor of Civil Law, College of Law and Political Science, King Saud University, Saudi Arabia.

7-Prof. Dr. Faek Al-Shamma, an experienced professor of commercial law, University of Baghdad - Iraq.
8-Prof. Dr. Haitham Hamed Al-Masarweh, Professor of Civil Law, King Abdulaziz University - Saudi Arabia.
9-Dr. Harith Al-Dabbagh, Associate Professor of Comparative Law and Private International Law, University of Montreal - Canada.
10-Prof. Dr. Hossam El-Din El-Ehwany, Professor of Civil Law, Ain Shams University - Egypt.
11-Prof. Dr. Jaafar Al-Fadhli, Professor of Civil Law at the University of Mosul - Iraq.
12-Prof. Dr. jan De Groof, Prefessor in Internationai Law, at the Antwerp University, Belgium.
13-Prof. Dr. Mohammad Shalal Al-Ani, Professor of Criminal Law, University of Sharjah - UAE.
14-Prof. Dr. Munir Maniruzzaman, Chair in International and Business Law, University of Portsmouth, UK.
15-Prof. Dr. Rene Hosteau, Professor of Constitutional Law, University of Nantes - France.
16-Adviser Dr. Salih Ebrahim Al-Ghatheth, Chairman of the Council of Advisors in Parliament / Editor-in-Chief of Legal Studies Journal - Bahrain.
17-Prof. Dr. Tamim Taher Al-Jader, Professor of Criminal Law, Al-Mustansiriya University - Iraq.
18-Prof. Dr. Waleed Elshenawy, Professor of Public Law, Mansoura University - Egypt.

Publishing Rules

The journal publishes legal research and legal studies in Arabic, Kurdish and English, and it is concerned with publishing all research and studies related to the journal's fields of interest, as well as commenting on judicial rulings, abstracts of academic theses and dissertations from masters and doctorates, scientific reports on seminars and conferences, and presenting and reviewing new books and publishing the activities of the Legal Research Center at the Ministry of Justice, including seminars, scientific conferences, and round tables, and translating legal research from other languages. And that is according to the following rules:

A- Scientific research and studies:

−General rules:

1. An undertaking from the researcher that the research or study has not been previously published - on paper or electronically - and that it is not submitted for publication to any other party.
2. The research should be characterized by depth, originality, and a new contribution to legal knowledge.
3. Commitment to scientific research principles and general rules, and observance of accurate scientific documentation of research materials.
4. The research or study should not be part of a doctoral thesis or a master's dissertation submitted by the researcher, or part of a book he has previously published.
5. The number of research or study word should not exceed 15,000 words, including references, margins, tables, figures, and appendices.
6. The research may not be published in another scientific journal after approval of its publication in the Social Contract journal.
7. The research papers shall be sent in printed form to the e-mail of the journal, and the precise correction should be taken into account in the sent copy.
8. The researcher should attach a brief of his biography.
9. The researcher should attach an abstract of his research within the limits of one page in Arabic, Kurdish, and English languages.
10. The materials included in the published research express the opinions of their owners and do not necessarily express the opinion of the journal.
11. Research papers are sent to the address of the editor-in-chief of the Social Contract Journal or the journal's email.

Special rules:

1- A list of references shall be allocated at the end of the research, which includes all the references to which have been referred to in the text, and shall

be placed on separate pages, provided that the sources and references are arranged to start with the Arabic sources and then the foreign sources.

2- Footnotes are indicated by serial numbers throughout the research pages, and they are explained and numbered according to their sequence.

3- Each researcher is given one copy of the issue in which his research is published, along with five extracts from his published research.

4- The journal reserves all copyright - paper and electronic - for the accepted research.

5- The order of the research published in the journal is subject to technical considerations.

B- Commentary on judicial rulings:

The journal publishes commentary on judicial rulings, believing in the importance of legal scholarly opinions in analyzing, establishing, and criticizing the judgment based on the reality of the link between law theory and science, and practical application, according to the following rules:

- The commentator should be a law specialist.
- That the commentary deals with a final judgment that the appeal has been exhausted.
- The comment only discusses the principles on which the judgment has built its basis.
- Not presenting any abuse to the judicial body and the judges who issued it.

C - Presentation of university thesis abstracts:

The journal publishes summaries of university theses and dissertations (master's - doctorate) that have been approved, taking into account that they are recent, that they are prepared by the author of the thesis, and that they represent a new academic contribution in one of the known fields of law, provided that the presentation does not exceed (10) pages, taking into account that It includes the following:

- An introduction to the significance of the thesis topic.
- A summary of the thesis topic and how to define, and it shall be included in the thesis.
- A summary of the methodology, hypothesis, and tools.
- A conclusion of the most important findings and recommendations by the author.

D - Reports of scientific meetings:

The journal publishes scientific reports on seminars and conferences whose topics are related to one or more of the journal's areas of interest, which were held recently in the Kurdistan Region or Iraq and the outside country, and taking into account:

- That the report covers the activities of the symposium or conference,

focusing on scientific research and the submitted working papers and their results, and the most important recommendations reached.

- The report should not exceed (5) pages.

E-Displaing and reviewing books:

The journal publishes evaluative reviews of recently published or old-published books if the editorial board is satisfied with the richness of its content, about any field of law in which the following conditions are met:

- The book should be distinguished and include a new scientific contribution.
- The reviewer must be a specialist in the same scientific field as the book.
- The proposal has not been submitted for dissemination in another publication.
- The reviewer must present a complete summary of the contents of the book with an indication of the most important aspects of distinctions and shortcomings, provided that the presentation does not exceed (5) pages.
-The journal offers a financial grant for reviewing the books, which is only commissioned by the journal.

F - Translating foreign research into one of the journal's languages:

The journal publishes translations of foreign legal research into one of the journal's languages; Arabic, Kurdish or English, as part of the activities of the Comparative Law Studies Unit of the Legal Research Center. This is by following the regulations adopted in translation on the one hand, and the controls of the mentioned unit on the other hand.

Note: Researches and studies are sent to the email of the editor-in-chief,

Prof. Dr. Mohammed Suleiman Al-Ahmed
prof.alahmed@gmail.com
Mobile: 009647702177000
009647507413811

The Legal Philosophy of Lon L. Fuller: Profile

فەلسفەی یاسایی لۆن ل. فوڵهر: پرۆفایڵ

د. نەجمەدین ئەحمەد محەمەد

فلسفة القانونية لون ل. فولر : بروفايل

د. نجم الدين احمد مُحَمَّد

Dr. Najmadeen A. Muhamad(*)
University of Sulaimani- College of Law

(*) Najmadeen Ahmed Muhamad; PhD, University of Birmingham, UK (2020); LLM, Valparaiso University School of Law-USA (2012); BSc Law (Hon.), University of Sulaimani, Iraq (2007). Correspond email: najmarchive@gmail.com

I. **Introduction**

Lon L. Fuller (1902-1978) was one of the foremost American legal philosophers in mid-twentieth century who, and even still, has an influential role in developing the discipline of legal philosophy or jurisprudence. Among his many sterling accomplishments in the philosophy of law was his agenda to put a new dialogue to jurisprudence. His dialogue greatly strengthened it by transforming our understanding the nature of law, which is basically the main task of any jurisprudential inquiries, in some major respects into the legal sociology and legal morality of good orders- what he called it *eunomics*: "A science or theory of good order and workable social arrangements".[(1)] Yet, in spite of the distance that Fuller put between himself and other legal philosophers, he firmly engaged with them, especially with the legal positivists, in his attention to the task of the connection between law and morality. With his general insistence on the connection of law and morality, he famously developed the idea of "internal morality of law". This idea widely discussed in different contexts, especially when it comes to the doctrine of the Rule of Law and Fullerian opponent to the legal positivism theorists. In fact, the arguments through which Fuller himself impugned a multiplicity of legal positivism lines of reasoning and the task of the legality or the Rule of Law are one feature of his classic book *The Morality of Law*, and before that his famous debate with foremost Anglophone legal philosopher H.L.A. Hart (1907-1992) who occupies a special place and substantial contribution to contemporary legal philosophy. This debate lively has spoken consistently to scholars over the half-century, and seems likely to do so for many decades to come**.**[(2)]

The purpose of this paper is to reintroduce the profile of Fuller and offer insight into how his theory opens the new inquiries within the legal philosophical studies. Hence, this study can be considered as an entry to Fuller's thoughts and contributions to legal studies. Attention to Fuller's jurisprudence is needed not only to appreciate the distinctive kind of *eunomics*, 'procedural' or 'formal' 'natural law' jurisprudence with which Fuller's idea of "the internal morality of law" has long been associated, or with his model of The Rule of Law - formal legality, but also to understand why and how his claims presented a challenge to the core tenet of legal positivism that there is no necessary connection between law and morality. Add to this, the revival of Fullerian jurisprudence is another point to look back to Fuller because he currently takes center stage among contemporary legal philosophers for more attentive engagement with the broader agenda of his jurisprudence that makes a call for the renewed examination to his intellectual enterprise by bringing new themes and applications on the reflection on the law.

To reach the above aim, the method I adopt in this study is both expository and constructive in nature. I shall primarily try to explore and articulate Fuller's thesis concerning the philosophical reflection on the nature of law, and within this structure I shall reconstruct his most important arguments for it. This method provides us not only to highlight some important themes in Fuller's theory, but it also pays our attention to under-appreciated features of Fuller's conception of law.

This paper consists of five sections. Section I is this introduction. In Section II, I set out how we should understand Fuller's main dialogue from both methodological

(1) Lon L Fuller, 'Means and Ends', in Kenneth I Winston (ed.) *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller* (Portland, Hart Publishing, 1981) 47-64.
(2) Nicola Lacey, 'Philosophy, Political Morality, and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate', (2008) 593 *New York University Law Review* 1059, 1060.

and substantive views. I turn, in Section III, to revisit one of the main themes in the heart of Fuller's legal philosophy: this is the idea of "the internal morality of law". Next in Section IV, I explore the chronology of Fullerian turn among contemporary scholars of the philosophy of law. Finally, I conclude this profile in Section V.

II. The Dialogue of Fuller

The forthcoming discussion attempts to highlight Fuller's dialogue from two aspects. The first aspect refers to the methodological task[(1)] in Fuller's theory. This task attempts to elucidate Fuller's paths to identify the subject matter of jurisprudence, that is, to find out the most appropriate method to know, explain, and understand the idea of law. The second aspect explores Fuller's theoretical project that reaches the meaningful to advance our understanding of substantive jurisprudential reflection on law, that is, for Fuller is the theory of good orders "eunomics".

1. Methodology

Fuller's methodological claims are intriguing and complex because one can identify more that one aspect in his methodology. Hence, one could argue that Fuller's methods cannot be easily categorized. This is often leading to the convulsion that Fuller's path to any theoretical inquiry did not always develop systematically.[(2)] This makes Fuller's project notoriously opens to multiple interpretations, even on fundamental issues, such as whether Fuller is a realist. While Fuller sided with the legal realists and vigorously rejected formalism,[(3)] he rejected legal realism's basic contention that law was either instrumental politics or mere sociology.[(4)] Whether he sided with a natural law tradition against positivism is also ambiguous; because although he attacked legal positivism for being consistent with a one-way authority of law that leads to totalitarianism, such as in Nazis' rules,[(5)] he also rejected a great deal of natural law traditions.[(6)] Instead Fuller has been called indirectly an advocate of a new trend of natural law - procedural natural law. One may take this as a sign of weakness, but I take it to be a sign of the richness of Fuller's thoughts. From this, there is always the possibility of new developments under the promise of Fullerain revival.[(7)]

Yet, there is one point that one might make an entry to Fuller's methodology. This point is whether Fuller was a pragmatic legal philosopher or not. It seems Fuller, like other American legal theorists,[(8)] apparent as the lawyer who is more likely to follow American pragmatism developed by the classical pragmatics.[(9)]The classical

(1) Cf. Andrew Halpin, The Methodology of Jurisprudence: Thirty Years Off the Point, (2006) 19 *Canadian Journal Law and Jurisprudence*, 67–105
(2) Winston has captured this point; see, 'Introduction', in, Kenneth I Winston (ed.) *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller* (Portland, Hart Publishing, 1981).
(3) Lon L. Fuller, "American Legal Realism", (1934) 5 *University of Pennsylvania Law Review* 82.
(4) Lon L. Fuller, *The Law in Quest of Itself* (Chicago: The Foundation Press, 1940), 52-55.
(5) Lon L. Fuller, "Positivism and Fidelity Law-A Reply to Professor Hart", (1958) 71 *Harvard Law Review* 630, 659.
(6) See e.g., Fuller, *Quest* (n 6).
(7) For the chronology of the Fullerain turn see infra Section IV.
(8) According to Riachard Rorty, all American legal theorists are some sorts of pragmatist. Richard Rorty, 'The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice, (1990) 63 *Southern California Law Review* 1811; Charles L. Barzun, 'Three Forms of Legal Pragmatism', (2018) 95 *Washington University Law Review* 5, 1005.
(9) Kenneth I Winston, 'Is/Ought Redux: The Pragmatist Context of Lon Fuller's Conception of Law', (1988) 8 *Oxford Journal of Legal Studies* 3; Karol Soltan, 'A Social Science That Does Not Exist', in Willem J. Witteveen & Wibren van der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design* (Amsterdam: Amsterdam University Press, 1999) 394-7.

pragmatics here refers to the late nineteenth-century movement in American philosophy, which characterized the meaning of pragmatic as practical, social, and experiential methods with the purposes and consequences.[(1)]But such a focus might soften by considering different ways in which we read Fuller. To get started on this task, it is useful to refer to the dialogue of Fuller's jurisprudence, as it is not a direct encounter of pragmatism, but as it is adopted a unique method. Although Fuller's jurisprudence may refer to the pragmatists, it includes other elements that make Fuller's thought different from pragmatism in many levels.

Let me examine Fuller in light of the two commitments of classical pragmatism.[(2)] pragmatism.[(2)] First, as a subject matter, pragmatism is a shift from the big wholesale questions of metaphysics in philosophy to the empirical and scientific approaches that retail the ultimate picture of reality (all knowable reality) in experience. Second, as a philosophical movement, pragmatism is the attitude that orientates us to looking away from the first principles and supposed necessities, and looking instead towards outcomes and consequences (purposes). Therefore, it is the philosophy of the "instrumentalist" that retails the business of clarification, criticism, and adjudication from the means to external goals.

Of the first commitment, it seems Fuller acknowledges the pragmatic view that theorizing about any idea, such as law, is answerable to the reality of experience. He also thinks the idea constructs that experience.[(3)] Consequently, the adequacy of a theory must be tested by the reference to its effect on practice and action. However, I think Fuller refers to his own approach of jurisprudence as practical with a good reason and thereby departs from pragmatism. The task of legal philosophy, Fuller suggests, should be adjudicated by asking, "[w]ould the adoption of the one view or the other affect the way in which the judge, the lawyer, the law teacher, or the law student, spends his working day?"[(4)] For this, Fuller is less interested in the proposal of of definitions of law if they are not accompanied by the admission that definitions are "direction posts for the application of human energies",[(5)] never purely descriptive, always potentially prescriptive. Accordingly, he hopes that the future legal philosophers will shift away from a descriptive model because this model would cease to be descriptive to represent legal phenomena and will turn instead into an analysis of the social processes that constitute the reality of the law.[(6)]

There is some truth in this view. The descriptive model of law is unproductive. It is hard to distinguish between what is the law and what ought to be in the legal practice, and that in a well-functioning practice there can be no neat division between a sphere of law and a sphere of morality. In interpreting legal status or judicial activity, for example, to understand legal texts interpreters do not deal merely with words (what the law is), but also with the purposes or the points of rules and words.[(7)] In teaching and training students at law school, Fuller calls for a "philosophic awakening" that introduces law in its proper place for the human struggle, to achieve

(1) Susan Haack & Robert lane (eds.) *Pragmatism, Old and New* (New York, Prometheus Books, 2006) 15-57; Richard Warner, "Why Pragmatism? The Puzzling Place of Pragmatism in Critical Theory", (1993) *University of Illinois Low Review*, 535-60.
(2) These commitments derive from Haack & Lane, (n 12), 15-50.
(3) See generally Kristen Rundle, Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L Fuller (Hart Publishing, 2012) 46-7.
(4) Fuller, Quest (n 6) 2–3.
(5) Fuller, 'Fidelity' (n 7) 632.
(6) Lon L. Fuller, The Morality of Law (rev. ed., Yale University Press, 1969) (Hereafter Fuller, ML), 242.
(7) Fuller, Quest (n 6), 103, 110; cf. Fuller, 'Fidelity' (n 7).

order, justice, and enabling us to live and work together in harmony[(1)].Fuller also believes that our moral experience can serve as a genuine guide for practical and juridical decision-making. In particular, he sought a human institution such as a law built on some basic facts and values of human existence; this is the common interest that brings people to live together and maintain the institutions that uphold society.[(2)] For these reasons, when Fuller turns to a practical approach to understand the nature of law, he does not necessarily adopt a pragmatic view by rejecting the first facts or principles that may come a prior to the nature of understating the law. He attempts to grasp the nature of law from both the facts and values that participate in shaping and applying the laws. Hence, Fuller's sense of the task of legal philosophy is normative and has a procedural feature.[(3)] He seeks to illuminate our understanding of law as a social practice by working through the practice itself to gain an understanding of what counts as an effective legal order.[(4)]

There is one more point that shows how Fuller departs from pragmatism: his endorsement to the necessity of different forms and prior criteria to understand the law. This thought grew essentially from Fuller's education in the tradition of common law, where the practice and custom is so central. For Fuller, then, the challenge offered by understating the nature of law in the modern era is not to be answered by burying wide experiences of common law and denying its existence, and turning instead to the datum facts about the law. Rather, he sought to proceed by understanding the law in light of common law, or the forms of common law. These forms have its structures and contents and therefore these forms needed to be expanded and adapted to meet the demands of modern life and administration. More interestingly, even the form of legislation (enacted rules), which is the central form of law in traditional civil law, is seen by Fuller as one of the forms of the common law.[(5)]For him, common law is not the work of one judge, but of many, collaborating through time and guiding us to how a social institution may derive its integrity and vitality from the same spirit of consultation as that which animates the discussion of two friends sharing a problem together.[(6)]

Then, if in any way Fuller turns to grasping the nature of law from experience, as known by pragmatism, he does this with different methods. To be more precise, Fuller's task of legal philosophy, as Simmonds suggests, belongs to a lost tradition.[(7)] That tradition is not pragmatism. Rather that tradition is characterized by a concern to understand the human world of values and practices: the domain of morality, politics and law. Accordingly, the civil, political and legal structures were viewed as

(1) Lon L. Fuller, 'Philosophy for the Practicing Lawyer', in Kenneth I Winston (ed.), *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller* (Hart Publishing, 2001) 305.
(2) Charles L. Barzun, 'Three Forms of Legal Pragmatism', (2018) 95 *Washington University Law Review* 5, 1027-8.
(3) Fuller's approach may also present as proponent of distinctive procedural or formal natural law jurisprudence. See Rundle, 'Opening the Doors of Inquiry: Lon Fuller and the Natural Law Tradition' in George Duke & Robert P. George (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (Cambridge University Press, 2017).
(4) There are some similarities between Fuller and those legal philosophers who advocated normative jurisprudence. The surveys of their approaches have been carefully discussed in Julie Dickson, "Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey", (2004) 10 Legal Theory 117; also Halpin (n 3).
(5) To some extend Sundram Soosay stresses this point carefully see his, 'Rediscovering Fuller and Llewellyn Law as Custom and Process' in Maksymilian Del Mar (ed.) New Waves in Philosophy of Law (Palgrave Macmillan, 2011), 40-47.
(6) Lon L. Fuller, 'Human Purpose and Natural Law',(1956) 53 *The Journal of Philosophy* 697, 74.
(7) Nigel E. Simmonds, *Law as a Moral Idea* (Oxford University Press, 2007), 56.

containing in human activity: a full realization of human nature, rather than as being descriptive of human experience or a distortive imposition upon it. For this tradition, thus, an understanding of the nature of a fully human life requires careful reflection upon the significance of actual human institutions and their morality.

The second feature of pragmatism, which is 'instrumentalist' towards the purposes and ends, is also evident in Fuller's jurisprudence. Fuller often speaks of all of the purposes, and law as instrumental of something else, which could be counted as an example of an instrumental approach in Fuller's work.(1) However, he rejects the structure of the instrumentalism of social ordering that is divisible into two distinct stages; first is the setting of ends and goals, and then devising technical means to achieve them(2).In Fuller's view, taking this approach is misleading because he thinks means and ends interact. According to Fuller, as much as ends tentatively point to means, means also, in return, indicate the reformulation of ends. In contra to pragmatic instrumentalists, thus, Fuller thinks that it is not only the ends that determinate the means, it is also the means that determinate the ends.(3) The implications of Fuller's views for interaction between means and ends and developing this method are profound in his *eunomics* project, which is the "science, theory, or study of good order and workable social arrangements".(4)For this, let me turn to the next section.

2. Eunomics

In his project of eunomics, Fuller finds that human institutions are likely to do better from the well-structured institutions and their purposes as well as their moral and social functions.(5) Thus, Fuller sought to determinate the contention between means and ends (orders and goods or facts and values). One feature of eunomics is related to the sociology because it reflects how we are not the observer but also are the designer of the structure of social order. Another aspect of eunomics is that it profoundly has a moral commitment. He also does not make a sharp distinction between means-ends structure, as most pragmatists and positivists alike often do.(6) Instead, he considers there is a necessary harmony between means and ends. There is not a point of the means if they are not severable to some ends. In the meantime, these ends are not recognizable without reliance on the well-structured means with the precondition of some goodness. Such explanations are potentially relevant to moral justification because there are two senses of morality commitment lying behind the good order. Firstly, the idea of law as good order is morally good because it can recognize the good and moral ends. Secondly, there is the idea of morally good that animates within the process of constructing the social and legal order. Here, unlike pragmatism, Fuller does not dismiss possible metaphysical or causal explanations as irrelevant to social practice.

At first glance, the idea of "good" in the good order in Fuller's eunomics can be parallelized to Aristotle's idea of good as an end to any human activity.(7) In the very

(1) See e.g., Fuller, ML; Lon L. Fuller, 'Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction', (1975) 1 *Brigham Young University Law Review* 8.
(2) This structure is articulated in John Dewey's formulation of "means and ends". See Lon L. Fuller, 'American Legal Philosophy at Mid-Century', (1954) 6 *Journal Legal Education* 457, 479.
(3) Fuller, 'Means and Ends' (n 1).
(4) ibid 47-64; Fuller, 'American'(n 19) 477.
(5) ibid.
(6) See e.g., Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of L*aw (Cambridge University Press, 2006); Leslie Green, 'Law as a Means', in P Cane (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* (Hart Publishing, 2010).
(7) Rundle traced the evidence to this claim in personal copy of Fuller's works; see Rundle, *Form* (n 14)
←

opening of his Nicomachean Ethics, Aristotle announced any human activity is not random, rather should be viewed as undertaken in furtherance of some "human good".(1) Consider the similarity between this thought and some of Fuller's works. In one place, for example, Fuller argues the law generally and the legal rules in a field of contract law can be understood properly with references to the purpose that they serve.(2) Similarly, Fuller believes it is not only a statute or a specific legal rule that may serve to some ends, but also the law does have a purpose as a whole.(3)So like Aristotle, Fuller here sees what makes the law as mean meaningful for serving the ends. If we do not see the point of the legal end of the legal rules, we find it difficult to see how the law directs and mange human activity.

In the first line of the definition of eunomics, Fuller also declares that he was not interested merely in order, but he was interested in the type of "good" order that is "just, fair, workable, effective, and respectful to human dignity".(4) For Fuller, thus, one key difference between good legal order and bad order rests in respect of the moral value of justice and human dignity. Any form of social ordering that is designed to consider the status of its participants and be workable in a healthy mode, must commit to treating people with justice and human dignity. Professor Sean Coyle thoughtfully argues that one of the most distinctive points of Fuller's dialogues is, even before John Finnis, bringing an important idea to the very centre of jurisprudential inquiry.(5) This idea is how the human institution of law can secure the human good. Both Fuller and Finnis connected this distinctiveness of form with the issue of practical deliberations of the manifestation and respect of human agency or practical reason.(6)But Coyle suggests what makes Fuller's project different, and more particularly Fuller's eight standards of the rule of law for formulating the form and function of a legal system, is by focusing more on "examining the meaning and import of the variety of legal (social) forms", instead of exploring the nature of the basic good or common good, which has been explored widely and clearly in Finnis's work.(7)

Although I concur with Coyle's comparison of Fuller with Finnis, I contend that this comparison differ in one crucial respect. It is necessary to explore more the reasons why Fuller is placing the focus upon the means as "practical wisdoms" by which the other ends (e.g.common goods) are explored and pursued in society.(8) Certainly, there are some significant reasons one can explore from the sketch presented in Fuller's work, focusing on the means (forms). But most notably, one can present these reasons because there are also ends that are located or animated in the structure of means- legal and social forms. These ends are not simply those goods and ends (e.g. common goods) that happen to be pursued by law (as social order); they are good or moral ends, in which we cannot form a clear conception of law as social order, except by reference to its realization in law. These ends thus are the immanent

←

32.

(1) Aristotle, *The Nicomachean Ethics*, J.A.K. Thomson (tr.) (Harmondsworth: Penguin 1976) 1.
(2) Lon L. Fuller & W.R. Jr. Perdue, 'The Reliance Interest in Contract Damages' (pts.1),(1936) 46 *Yale Law Journal* 52, 52.
(3) Fuller, ML, 146.
(4) Fuller, 'Means' (n 2) 54-56.
(5) Sean Coyle, *Modern Jurisprudence: A Philosophical Guide* (Hart Publishing, 2014), 194-5.
(6) ibid 194.
(7) ibid.
(8) In fact, Coyle highlighted some aspect of this reason, but he was not calling it a "moral reason", see ibid 211.

ends in the structure of means, such as the law (especially law as legality), its own telos, the point of the enterprise, purposes and goals internal to it.

At this point, for Fuller, there is no list of virtues or common goods. I think this is because it allows us to see that the virtues and goods needed by a person differ with their ends and plans of life, which vary too much from person to person to make any generalized list pertinent to all of us. As a result, there is always room for the possibility of plural life and diversity of culture, where people across history and cultural backgrounds give a variety of meanings to goods and virtues. It seems the Fulleran destination between the two terms of ends is not acceptable to Finnis. Like Fuller, Finnis agrees that there are ends that are necessarily animated within the procedure of making and applying the law in light of the rule of law, when the law is used as a tool (means) in order to bring other moral ends and common goods.[(1)] Unlike Fuller, however, Finnis regards these ends as the "technical ends", whose vocabulary should not be seen as a travel idea from the moral discourse, or even common goods.[(2)]At this point, Finnis takes Hartian legal positivism's side on the critique of Fuller.

Two more points can be added here. First, Fuller's jurisprudential project of eunomics can be read as a kind of natural law that took means seriously. Here 'means' relates to the forms or principles of legal orders as a social ordering of human interaction. Rather than specifying some unchallengeable or objective substantive ends that the legal orders must give effect to, like traditional natural law, he sought to specify the natural law of means. This would be achieved by examining how the various forms of social order by which we attempt to live a life in common can be best structured, where 'good' looks back to basic questions of workability and human autonomy and dignity.

Second, one may revisit Fuller's whole inquiry and read him through the context of the eunomics writings as model. This is made especially clear when we re-examine the idea of eunomics as a variety forms of legal order to the branches of law. Covering adjudication, legislation, custom, contract, mediation, managerial direction, principles of human association, and more, each could and indeed has generated a body of scholarship in its own right.[(3)] What it brings these forms of ordering together in the idea of law is not only the science that studies each one of these orders in itself, but the "internal morality" of order that has a special place in understanding the idea of workability of legal orders.

This last point deserves special emphasis for how it highlights the extent to which Fuller's interest in the connections between the form of a given mode of ordering and the opportunities for the expression of "internal morality" that it presents cuts across writings. The structural analysis and the moral analysis are essentially inseparable. Fuller himself summarizes this structure as following: "any form of social order contains, as it were, its own internal morality. Thus, we may judge football by an external standard and say, "Football is a good game," but we may also judge it by standards drawn from its own internal requirements and say, "Football will become impossible if this sort of thing is allowed to go on." We may appraise adjudication as a means of settling disputes and compare it with alternative methods of accomplishing the same object. We may also analyze its intrinsic demands and recognize that any

(1) John Finnis, 'Natural law and legal reasoning', (1990) 38 Cleveland State Law Review 1, 142.
(2) ibid.
(3) See generally the collection of essays on these themes in Winston, The Principles of Social Order.

attempt to combine the functions of judge and mediator represents a dangerous undertaking. Finally, we may agree with Proverbs that, "The lot cause the contentions to cease, and parted between the mighty," though we may regret that the wisdom of Solomon was not applied to define more precisely for us the kinds of contentions that are most suited for disposition by a casting of lots."[1]For this, let me turn next to Fuller's argument of internal morality of law in his famous book *The Morality of Law*.

III. The Internal Morality of Law

Fuller invites us to think about the law from the legal morality point of view. He profoundly argues that to understand and produce some norms that can guide human conduct, any enterprise of law-making, law-administrating, and judging must live up to the rule of law.[2] He marked this idea under the task of legality, as a sort of practical art or craft that corresponded to the eight principles or desiderata.[3] These principles together constitute the proposal, which Fuller called "the internal morality of law". Fuller spends a considerable amount of time in his different works fleshing out the content of each of these principles of legality.[4] By setting these principles out explicitly, Fuller hopes to bring to the surface the key elements of legality that are often passed over in accounts of law as too obvious to warrant comment.[5]

The tale of King Rex, who failed in eight ways to make law, is the best way to grasp the eight principles.[6] According to the tale, King Rex came to the throne with a legal reform agenda. He hoped to make his name in history as a great ruler who successfully made a law.[7] Unfortunately, Fuller's entire plan to make a law fails in different ways. Consequently, he never manages to make something that could be called a law at all, good or bad.[8] At his first official act, he tries to rule his subjects without general rules, giving individual cases their specific rules. By this way of ruling, he struggles to achieve generality. Then, he tries to resolve this problem by creating a new code, but he fails again because the content of the code was kept officially secret. Next, he publishes the general rules, but after his legal code becomes available, it appears all provisions of the code were full of obscurity. After the deficiency of clarity, he engages a staff of experts to revise the code on the model of clarity. But, the revised code comes out full of inconsistency and contrast. These unfortunate plans lead King Rex to follow an unusual plan. He creates a new code that includes a long list of crimes of human behaviour. The sound of revolution and resistance against this code arises because the people believe it is impossible to obey the rules of the code, as it requires conduct beyond the powers of the human agency. Finally, Rex produces a clear code, but its contents were impossible. It seems the more King Rex planned to succeed on his course of action as a draftsman lawmaker, the more he suffered from one problem or another. Death came to him and yet he hadn't earned the medal of the great lawgiver. The first action of his successor, King Rex II, Fuller tells, was to announce that he was taking the powers of government away from

(1) Fuller, 'Human Purpose'(n 24), 75.
(2) Fuller, ML.
(3) Fuller, ML, 91.
(4) ibid, see also, Lon L. Fuller, 'Human Interaction and the Law', (1969) 14 *American Journal of Jurisprudence 1,* 24. Reprinted also in Kenneth I Winston (ed.) *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller* (Hart Publishing, 1981).
(5) Fuller, ML, 33-34.
(6) ibid.
(7) ibid 34
(8) ibid.

the lawyers and placing them in the hands of psychiatrists and experts in public relations.[1]

From these failures, Fuller derives eight principles that any enterprise of law should meet in order to produce law at all. In brief, the principles or desiderata are these: (1) The legal system should make general rules; (2) Law should be published; (3) Law should be prospective; (4) Law should be clear; (5) Law should be non-contradictory; (6) Law should not require the impossible; (7) Law should be stable and constant through time; (8) Finally, there should be congruence between official action and the declared rules.[2] Fuller's eight principles have been widely accepted as an account of the basic elements of a formal conception of the rule of law, or as it may be called, the formal legality (Fuller's model of the rule of law).[3]

Alongside these principles, Fuller's argument can be broken down into two main stages or premises:[4]: (a) compliance with the eight principles of legality is internal in the idea of law; (b) these eight principles imbue law with moral value: "internal morality". Therefore, there is a necessary connection between law and morality- legal morality.

The main reason for this connection between law and formal legality also relates to Fuller's consideration of law as a purposive or functional concept.[5] Law, Fuller tells us, cannot be seen as "an amoral datum to be described in the same way that one describes a stone; scientifically, pointing only to certain facts of texts, official behaviour, or state power."[6] Law rather should be understood as "the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules."[7] Certainly, governance of people can be achieved without the rule of law. The rulers, for example, can merely frighten people by enforcing them to obey the rules, or the ruled can be faithful to the ruler. The rulers could achieve their goals without conforming to formal legality in these circumstances, but these forms of governance will be without the real form of law.[8] Rex's subjects, for example, remained faithful to Rex's crown throughout his long term of governing his realm. However, they were not faithful to his rules because he never made any form of governing that could be considered as law.[9] As Fuller

(1) Fuller, ML, 38. For fictional character of King Rex II, see, Jeremy Waldron, 'The Concept and the Rule of Law', (2008) 43 *Georgia Law Review* 1, 16; Thomas Schultz, 'King Rex II', (2012) 3 *Journal of International Dispute* Settlement, 1–5.

(2) Fuller, ML, Ch. 2; for similar list see also: Joseph Raz, 'The Rule of Law and Its Virtue' in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford University Press, 1979) 214–18; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (OUP, 1980), 270–3; Jeremy Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure' in James E. Fleming (ed.), *Getting to the Rule of Law* (New York University Press, 2011) 5–7; Tom Bingham, *The Rule of Law* (Penguin, 2010) Chs. 3–9.

(3) See generally , Robert S. Summers, 'A Formal Theory of the Rule of Law', (1993) 6 *Ratio Juris* 127, 129-30; Paul Craig, 'Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework', (1997) *Public Law* 466; Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (Cambridge University Press, 2004).

(4) For more on the basis of these two points in Fuller's argument see Lon L. Fuller, 'A Reply to Critics' in Fuller, ML, 197-202; Simmonds, *Law* (n 25) 65; Jeremy Waldron, 'Positivism and Legality: Hart's Equivocal Response to Fuller' (2008) 83 *New York Law Review* 1152, 1137-44; Dan Priel, 'Reconstructing Fuller's Argument against Legal Positivism Reconstructing Fuller's Argument against Legal Positivism', (2013) 26 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 399, 411-13; Noam Gur, Form and Value in Law (2014) 5 Jurisprudence 85, 88-92; Mark J. Bennett, 'The Rule of Law' Means Literally What it Says: The Rule of the Law': Fuller and Raz on Formal Legality and the Concept of Law' (2007) 32 *Australian Journal of Legal Philosophy* 90, 95-99.

(5) Fuller, ML.

(6) ibid

(7) ibid 91, 162.

(8) Waldron, 'The Concept' (n 52) 17-19.

(9) ibid .

concluded, such a system would not be a system of law, for conduct within the system could not be guided by general rules. In other words, such a system that is not guiding human behaviour through the rule of law has intuitive merit because that system would not qualify as a government subject to the rule of law.[1] It follows then for something to qualify as a law that is able to guide human conduct and an institution that functions as a legal system, it must conform to the eight requirements of Fuller's legality. Adhering to the eight principles is a condition of the existence of law and the legal system. The above discussion has thus consisted of the first premise (a): there is an essential connection between the eight requirements of legality and law.

Regarding the second stage (b) in Fuller's argument, Fuller claims that conformity with these eight principles has a moral significance or is morally valuable. The nature of moral value that relates to the conformity of legality criteria is necessarily an inner morality. Accordingly, the moral status of law is not an external end that someone may pursue, it is something inside the nature of conformity to eight principles.[2] Observing the principles of legality make an affirmative difference to the moral quality of a system of rules.[3] Fuller has a deeper insight to offer regarding the explanation of why the conformity to legality criteria is morally valuable. One reason is the idea of reciprocity.[4] The eight requirements hold "a kind of reciprocity between between government and the citizen…Government says to the citizen in effect these are the rules we expect you to follow. If you follow them, you have our assurance that they are the rules that will be applied to your conduct."[5] Reciprocity here means that the official government abides by the rule of law requirements and, in return, people follow and obey the law.[6] When the official government abides by the legality, this implies there is a legal restriction on the exercise of power. This reciprocity[7] is also the matrix of grounding social practices and human interactions, which are in turn necessary to create a workable legal order. The legal order is workable via reciprocity as it is an important way to open the channels of communication between the law and citizens. Citizens should be at least able to observe how the law works: whether the rules are intelligible; whether the rules are contradicted by another rule of the same system; whether the police respect the rights of suspects; whether the lawmakers obey the rules they have created; whether judges apply the rules independently from any personal influences.[8] Once this happens, we can say that the law secures the line of fidelity, and therefore it is workable.[9] The moral point here is not that it is necessarily necessarily impossible, in practical terms, to obey such a rule, though it might well be because the ruler may use brute force in different ways in order to gain obedience to

(1) David Dyzenhaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems: Pathologies of Legality* (2nd ed., Oxford University Press, 2010) 19.
(2) Fuller, ML
(3) ibid
(4) ibid
(5) ibid 39-40
(6) Colleen Murphy, 'Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law' (2005) 24 *Law and Philosophy Philosophy* 239, 249
(7) Outside Fullerian, Rawls asserts that reciprocity comes to the force as a normative principle when individuals seek to reach agreement about the terms of joint actions and interactions, either when entering into it or when renegotiating its terms. John Rawls, 'Justice as Reciprocity', in Samuel Freedman (ed.) *Collected Papers*, (Harvard University Press, 1999), 208.
(8) Rundle, *Forms* (n 14) 89
(9) For the discussion of the centrality of fidelity in Fuller's theory of law, see Jeremy Waldron, 'Why Law: Efficacy, Freedom, or Fidelity?' (1994) 13 *Law and Philosophy* 263; Rundle, *Forms* (n 14) 58-59.

their authority. The point is rather that people's obligation to obey the law only arises in the first place in response to a corresponding effort on the part of the ruler-official government.[1] Thus, these corresponding efforts create a reciprocal relationship of mutual respect between people and rulers. The second reason behind the morality of legality in Fuller's argument refers to human dignity; in Fuller's words a "person's dignity as a self -determining agent".[2] This stems from the idea that the foundation of of the reciprocity relationship must build on an implicit view of a person: "man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults."[3] In this account, the law is an enterprise that respects people's dignity as self-determining agents (autonomy), not a "one-way projection of authority."[4]

At this point, one Fuller's approach is utterly social and practical but has a moral foundation. He wanted to show that legal order as social order is not only to make some human good, but it also enables humans to organize their lives and their relationships with each other while limiting the potential abuse of authority, by insisting on the legality that constrains arbitrary exercises of power and grounds on reciprocity towards upholding the respect of people's dignity.[5]

IV. Fullerian Turn

Among some scholars of jurisprudence, Fuller is hardly more than a footnote in the history of the discipline of legal philosophy. He is known mainly for his role in the Fuller-Hart debate, which the commentators believe that he lost.[6] But about three past past decades, there has been a strong Fullerain revival or turn. This revival in contemporary legal philosophy is notable not only for its reinterpretation of those debates, but also for the much wider perspective on the importance, promise and developing of Fuller's thought that it seeks to promote.

Before everyone, Robert Summers set out a fine biography of Fuller's works and argued forcefully for the idea that we should understand Fuller from the perspective of his works.[7] This study mostly reads Fuller on his words and works without the distinctive engagement with Fuller's thoughts. However, three themes in Fuller's thought have been identified. First, Summers argues what makes Fuller's different from English and American (especially) legal philosophy is his connection between law and morality.[8] Second, he discusses Fuller's interest in legal process and his

(1) Rundle, *Forms* (n 14), 89; Evan Fox-Decent, 'Is the Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?' (2008) 27 *Law and Philosophy* 533, 539 and 548-9.
(2) Fuller, ML, 162; see also Lon L. Fuller, 'A Reply to Professors Cohen and Dworkin', (1965) 10 *Villanova Law Review* 655, 665; David Luban, 'The Rule of Law and Human Dignity: Re-Examining Fuller's Canons' (2010) 2 *Hague Journal on the Rule of Law* 29; Mark J. Bennett, 'Hart and Raz on the Non-Instrumental Moral Value of the Rule of Law: Reconsideration' (2011) 30 *Law and Philosophy* 603, 607.
(3) Fuller, ML, 162.
(4) ibid 207.
(5) For developing this point see my unpublished work: Najmadeen Ahmed Muhamad, *The Legality of Human Dignity, Developing the Legal Philosophy of Lon L. Fuller* (PhD. Dissertation, University of Birmingham, School of Law- UK, 2019) (unpublished).
(6) Kenneth Winston highlighted how Fuller has received "a largely unsympathetic hearing from the scholarly community for his jurisprudential writings", and that his most famous book, *The Morality of Law*, was "severely attacked by many eminent lawyers and philosophers": Kenneth I. Winston, "Introduction", in *The Principles of Social Order – Selected Essays of Lon L. Fuller*, (revised edition) (Portland: Hart Publishing, 2001) 25; David Luban has also offered a helpful explanation of the reasons for Fuller's "partial eclipse" in legal philosophy in David Luban, Rediscovering Fuller's Legal Ethics, (1997-1998) 11 *Georgetown Journal Legal Ethics* 801, 802-806.
(7) Robert S. Summers, *Lon L Fuller* (Stanford: Stanford University Press 1984).
(8) ibid esp. Ch. 2,3 & 4.

belief that means (process) can- not-or at least should not-be sharply differentiated from ends. Third, one important theme from Fuller's work, as Summers explains, is a Fuller's views about legal method, contract law, and legal education. Although I applaud Summers's decision to avoid lengthy exegeses of Fuller's important works, and I suppose many readers will have their own favorite piece that should have been given more attention, these themes can be unpacked more and developed further. If one seeks for understanding of Fuller as he is a good entry into the basic issues of twentieth-century American legal philosophy, Summers's book is a classic introduction to Fuller's works.

On other level, Kenneth Winston of the John F. Kennedy School of Government at Harvard has generously dictated both his time as well as some of his own valuable research on Fuller's archive. The outcome of his research, it is a (successful) construction for a picture of what Fuller's *eunomics* theory might have looked like. By this, Winston brought that theory to more systematic expression. This is not all. In 1994, he also attempted to bring Fuller's thought a line with other legal philosophers and how Fuller has his own element of non-positivist approach. For this, he edited a special issue of the journal *Law and Philosophy* on the work of Fuller, which may be regarded as one of the most important works for Fullerian revival.[(1)]Moreover, Winston has repeatedly emphasized Fuller's interest in liberty.[(2)] There he argued that the eight requirements set out in Fuller's idea of the internal morality of law are moral because they constitute what it means for a lawgiver or legislator to treat people with respect and liberty.

Then, there is a third wave to rediscover Fuller's work. A collective of articles on Fuller has been issued in the volume under the title of rediscovering Fuller in 1999.[(3)]This volume was interesting simply because of two reasons: (1) it brings scholars from both different legal tradition (civil and common law) met in an effort. In particular, it becomes a book juxtaposes interpretations for Fuller from both legal Anglo-American and Continental-European scholars; and, (2) it attempts to suggests new themes insight Fuller's thought, such as trained in economics and sociology as well as philosophy, which summed up both idea the search for implicit and internal of law, and designing the system and institution of governing people through the law.

The recall of Hart-Fuller debate becomes a common way to revisit Fuller's thoughts. After the fiftieth anniversary of the start of the Hart-Fuller debate in 2008, two symposia in which a number of authors also claimed that there was more to Fuller's side of the debate than the canonical interpretation would have us believe. These symposia printed out in volume including 16 articles.[(4)]The contributors of this collection mostly agrees the Hart-Fuller debate, which began partly with this disagreement over how the post-Nazi German regime should approach Nazi "law" in 1958 holds plenty of implications for twenty-first century and rereading other evil legal systems around the world. Thus, this collection aims looking forward rather than backward using the debate as a point of departure and inspiration. Also, the methodological and the philosophical insights that this debate takes us far beyond the

(1) (1994) 13 *Law and Philosophy*, Special Issue on Lon Fuller, with contributions by Jeremy Waldron, Frederick Schauer, Stanley L Paulson, Gerald J Postema, and Kenneth I Winston.
(2) Kenneth I. Winston, Legislators and Liberty, (1994) 13 *Law & Philosophy* 389.
(3) Willem Witteveen & Wibren van der Burg, (eds.) *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit law and Institutional Design* (Amsterdam: Amsterdam University Press 1999).
(4) Peter Cane (ed.), *The Hart-Fuller Debate in* the Twenty-First Century (Oxford: Hart Publishing Lt. 2010).

bounds of the jurisprudential debate conventionally construed and widely generated new themes. For all of this, this book promises are not only the entry to the debate, but also to be a source of questions for the curious minds of all philosophical and legal persuasions.

Recently, Kristen Rundle beautifully reclaims Fuller and goes beyond the renewal of Fuller-Hart debate in order to see what underlying conception of law animated the Fuller's own project of law. It is informed above all by *eunomics*, the theory of good order. Previous studies of Fuller have explored the significance of this dimension of his thinking, but none have done so with as much sensitivity, patience and depth as she did. From the extensive employment of Fuller's unpublished papers reveal aspects both of Fuller's work, its motivations, ambitions, concerns, and of Fuller as a thinker, Rundle offers uncovering the broader context of Fuller's jurisprudential vision. Rundle's reclaim of Fuller aptly conveys how much we stand to gain by examining the meaning of the variety of legal forms: the distinctive forms of contract law, of property, or of adjudication itself. What marks these out, and what makes them significant, as forms of governance- this is for the beset interest of agency.

Beyond this Fullerian turn, there are a number of scholars focus on the substantive implications of Fuller's project, and use Fuller's analysis to develop other implications for the variety of legal themes. Simmonds attempts to reclaim Fuller's project as the foundation to renew the analytical jurisprudence as a distinct enterprise to the old-new tradition of doing legal philosophy. Within this project, Simmonds argues oppose outright those positivist legal theories that have denied law's status as an intrinsically moral idea.[(1)]For him, Fuller's theory becomes more interesting when he proceeds to demonstrate that the eight desiderata (identified as minimum conditions), when taken collectively, be regarded as a guiding ideal for legal and poltical thought: the ideal that we usually label 'the Rule of Law.'

David Dyzenhaus also argues that Fullerian model of the rule of law it is not just that the rule of law is an ideal against which we should hold the law: its principles are "necessarily embedded in the law" so that it is always part of judge's legal obligation to uphold them, because "[n]ot only … are such principles legal as well as moral; they are also, as it were, the constitutional principles of any legal order.[(2)] As a result, when a judge confronts an order or rule that derogates from the Rule of Law, he is not just faced with an immoral rule, but "a legal pathology".[(3)] For the Fullerian view; it is the task of legality.[(4)]Furthermore, Dyzenhaus profoundly has shown how it should have been– and was sometimes – used by lawyers and judges in South Africa to resist Apartheid,[(5)] and how it bears on legal decision-making relating to the state's responses to terrorism.[(6)]

In British constitutionalism, one can find T.R.S. Allan who has distinguished himself from other British lawyers by following Fuller and seeking to provide a jurisprudential analysis of public law, in particular of constitutional and administrative law. He argues that Fuller's model of formal legality is applicable in a number of law contexts, to show how judges ought to decide cases concerning the right to a fair

(1) Simmonds, *Law* (n 25) 3,38, 142.
(2) Dyzenhaus, *Hard Cases* (n 61) 251; also *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency* (Cambridge University Press, Cambridge, 2006).
(3) Dyzenhaus, *Hard Cases* (n 61) 167–168.
(4) ibid 173
(5) ibid.
(6) Dyzenhaus,*The Constitution of Legality*, (n 83).

trial,[1] freedom of thought and speech,[2] the abridgement of rights by the executive or the legislature,[3] civil disobedience,[4] and equality under the law,[5] and a variety of aspects of judicial review. He profoundly develops the idea, with Fuller and against the tradition of legal positivism; how the very idea of law and its legality entails that there are substantive (to some degree the moral) legal limits on both legislative and administrative action. That in turn entails some doctrine of the separation of powers and the rule of law in which an independent judiciary has the role of determining what those limits are.

More importantly, the Fullerian theoretical framework of the rule of law has applied to a number of different legal situations, and justifies the legal status and the moral wrong of wicked legal systems. Fuller himself has applied his theory to Nazi Germany.[6] Furthermore, it has been shown how lawyers and judges in South Africa should have used it against Apartheid.[7] Fullerian theory has also been considered for contributing to the process of legal decision-making regarding the state's responses to terrorism in a state of emergency.[8] Recently, I employ Fuller's thesis to illustrate the status of legality and the immorality of Iraqi rules under the period of Saddam Hussein and his party's (Ba'ath) authoritarian regime (1968-2003).[9]Bringing this case into the the Fullerian framework studies has three goals: (i) it aims to open a new avenue to read the status of law and the legal system of Saddam's rule of Iraq within the framework of legal philosophy. (ii) It reflects the view of how the case of Saddam's rule of Iraq within the Fullerian framework of the rule of law may help us to reveal and prove the significance of Fuller's insistence that legality has an intrinsic, non-instrumental moral value. It also discusses the abiding concern for the circumstances of the reciprocity and respect of human dignity that animates his moral conception of law. (iii) It deflects the charge of having a narrow outlook in regards to the law, because it helps to explain why in particular, immanent legal orders are moral resources on which a legislator should rely for producing and making statutes;[10] or on which judges should rely in deciding hard cases. The rule of law is best understood as a key doctrine underlying "the fundamental standards or rationales of the legal order". This idea can determine "legal obligations and legal validity", which shows the respect of the values of human dignity is intrinsic to law.[11] By following the rule of law's principles as necessarily embedded moral principles in the law,[12] the law-making task and judicial task become those of fidelity, not to a rule of recognition, but to the idea of law itself; so that it is always part of the legal obligation of both the lawmaker and the judge to uphold them. Such principles are the justification principles of validity

(1) T.R.S. Allan, *Law, Liberty, and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism* (Oxford: Clarendon Press 1993); *Constitutional Justice* (Oxford University Press, 2003) 42–46 and 77–87.
(2) ibid
(3) Ibid 148-59
(4) ibid 89-105
(5) ibid 271
(6) Fuller, 'Fidelity' (n 7); Kristen Rundle, 'The Impossibility of an Exterminatory Legality: Law and the the Holocaust' (2009) 59 *University of Toronto Law Journal* 656.
(7) Dyzenhaus, *Hard Cases* (n 61).
(8) Dyzenhaus, *The Constitution of Law* (n 61).
(9) See my unpublished paper: Najmadeen A. Muhamad, 'The Immorality of Legality: Inside Saddam Hussein's Rule of Iraq'. (Drafted paper).
(10) Kenneth Winston, "Legislators and Liberty", (1994) 13 Law and Philosophy 389; Wibren van der Burg, Lon L. Fuller's Lessons for Legislators (2014) <https://ssrn.com/abstract=2460614> accessed 15 December 2020.
(11) TRS Allan, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (OUP, 2003) 61, 67-72.
(12) ibid, 75-76, 218; Simmonds, Law (n 25) 157; Dyzenhaus, *Hard Cases* (n 61) 167–168 & 251.

and constitutionality of any legal order.[(1)] Once a judge, for example, confronts a legal legal rule that derogates from the rule of law, the judge is not just faced with an immoral rule, but a legal pathology of the legal system.[(2)]

On International law, Jutta Brunnée and Stephen Toope[(3)] have developed a radical theoretical shift. Instead of positivism and one way of authority's action, they propose an interactional account, which is strongly inspired by the work of Fuller. Law, they suggest, is not characterised by formal enactment by a superior and single authority, application by courts and centralized enforcement. Instead, they argue that law is made through the interactions of a variety of actors in the legal framework; starting from horizontal level up to vertical level, including the media, NGOs, ordinary' citizens and states. On this view, they read the international obligation of international legal order from the interactional account.

Last but not the least, some scholars discuss and develop the morality themes in Fuller's ethical and moral theory. For example, David Luban who is one of the leading scholars on legal ethics argues that Fuller is the greatest philosopher since Plato to devote serious attention to the ethics of lawyers.[(4)] Like many other authors on legal ethics, Luban is strongly inspired by Fuller's work.[(5)] In particular, he develops insight insight Fuller's core theme on legal professional ethics, on which Fuller published highly influential work as well as a policy report for the American Bar Association, which was largely implemented in its Model Code of Professional Responsibility. Similarly, a further work works profoundly attempt to reclaim a new face to Fuller's distinction between a morality of aspiration and a morality of duty,[(6)] and resituate other morality idea such as human dignity within Fuller's ethics codes that distinguish between aspirational and mandatory norms. This is well developed recently by Najmadeen Muhamad.

(1) Dyzenhaus, *Hard Cases* (n 61) 251.
(2) ibid 167-168.
(3) Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).
(4) David Luban, "Rediscovering Fuller's Legal Ethics", in Witteveen & Van der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller*, 193.
(5) David Luban, *Legal Ethics and Human Dignity* (Cambridge: Cambridge University Press 2007).
(6) Wibren van der Burg, The Morality of Aspiration: A Neglected Dimension of Law and Morality, in, Willem J. Witteveen & Wibren van der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design* (Amsterdam University Press, 1999)

V. Conclusion

In this brief profile, I have highlighted some themes from Fuller's legal philosophy and Fullerian turn in the recent years. My own efforts so far to show the insights in a manner that tests the traditional contests of legal philosophy are reflected in recent works that inspires by Fuller. I hope that this quick reading of Fuller that I have offered in this study a valuable foundation for an entry to Fuller's legal philosophy, as well as for reconvening the ongoing debate between positivists and anti-positivists about the nature and moral significance of law. In doing so, however, I hope above all to have aided the project of recasting the scholarly memory of Fuller. The memory that corresponds more closely to what he actually contributed to our study of law within the legal philosophy. It might be, therefore, that the discipline of legal philosophy is finally having a new direction- this is Fullerain turn.

Two more points may conclude this study. First, it is a reminder that Fuller was not a footnote legal philosopher who should be devised his interest in legal philosophy merely as a reaction to legal positivism. Nevertheless, his arguments reached a higher expression because of that engagement with leader of the Oxford legal positivism – Hart H.L.A., the idea that Fuller's theory has that a genuine reflection to the idea of law makes its own demands of social and moral orders to human interactions. Second, Fuller's project profoundly opens to many disciplinary inquiries. It committedly opens to the insights and methods of other disciplines – especially, sociology, moral, political and legal philosophy. This is in spite of the fact that Fuller's main focus was from the view that his intellectual enterprise was fundamentally preoccupied with things legal. Therefore, many questions and upcoming inquires in the current studies on legal philosophers and other related discipline can be answered within the framework of Fullerian.

Works Cited

Allan, T.R.S., *Constitutional Justice* (Oxford University Press, 2003)

Barzun, Charles L., "Three Forms of Legal Pragmatism", (2018) 95 *Washington University LawReview* 5, 1005.

Bennett, Mark J., "Hart and Raz on the Non-Instrumental Moral Value of the Rule of Law: Reconsideration" (2011) 30 *Law and Philosophy* 603, 607

Bennett, Mark J., "The Rule of Law' Means Literally What it Says: The Rule of the Law': Fuller and Raz on Formal Legality and the Concept of Law" (2007) 32 *Australian Journal of Legal Philosophy* 90

Brunnée, Jutta and Stephen J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account* (Cambridge University Press, 2010)

Burg, Wibren van der, Lon L. Fuller's Lessons for Legislators (2014) <https://ssrn.com/abstract=2460614> accessed 15 December 2020.

Cohen, Marshall, "Law, Morality and Purpose", (1965) 10 *Villanova Law Review* 640

Coyle, Sean, *Modern Jurisprudence: A Philosophical Guide* (Hart Publishing, 2014)

David, Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency* (Cambridge University Press, Cambridge, 2006)

Dyzenhaus, David, *Hard Cases in Wicked Legal Systems: Pathologies of Legality* (2nd ed., OxfordUniversity Press, 2010)

Fox-Decent, Evan, 'Is the Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?' (2008) 27 *Law andPhilosophy* 533

Fuller, L. Lon, "Positivism and Fidelity Law-A Reply to Professor Hart", (1958) 71 *Harvard LawReview* 630, 659.

Fuller, Lon L. and Perdue, William R. Jr, "The Reliance Interest in Contract Damages", (1936 1937) 46 *Yale Law Journal* 52

Fuller, Lon L., "American Legal Philosophy at Mid-Century – A Review of Edwin W.Patterson's Jurisprudence, Men and Ideas of the Law", (1954) 6(4) *Journal of Legal Education* 457

Fuller, Lon L., "American Legal Philosophy at Mid-Century', (1954) 6 *Journal Legal Education* 457

Fuller, Lon L., "Human Interaction and the Law", (1969) 14 *American Journal of Jurisprudence* 1

Fuller, Lon L., "Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction", (1975) 1 *Brigham Young University Law Review* 8

Fuller, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart", (1958) 71 *HarvardLaw Review* 630

Fuller, Lon L., *The Law in Quest of Itself* (Chicago: The Foundation Press, 1940)

Fuller, Lon L., *The Morality of Law* (revised edition), (New Haven: Yale University Press, 1969)

Haack & Robert lane (eds.) *Pragmatism, Old and New* (New York, Prometheus Books, 2006)

Halpin, Andrew, "The Methodology of Jurisprudence: Thirty Years Off the Point", (2006) 19 *Canadian Journal Law and Jurisprudence*

Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", (1958) 71 *Harvard Law Review* 593

Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, (second edition) (Oxford: Oxford University Press, 1994)

Luban, David, *Legal Ethics and Human Dignity* (Cambridge: Cambridge University Press 2007)

Muhamad, Najmadeen Ahmed, *The Legality of Human Dignity, Developing the Legal Philosophy of Lon L. Fuller* (PhD. Dissertation, University of Birmingham, School of Law, UK, 2019) (unpublished).

Murphy, Colleen, "Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law", (2005) 24 *Law and Philosophy* 239

Nadler, Jennifer, Hart, "Fuller, and the Connection Between Law and Justice", (2007) 27 *Law and Philosophy* 1

Priel, Dan, 'Reconstructing Fuller's Argument against Legal Positivism Reconstructing Fuller's Argument against Legal Positivism', (2013) 26 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 399

Raz, Joseph, "The Rule of Law and its Virtue", Chapter 11 in The Authority of Law – Essays on Law and Morality (Oxford: Clarendon Press, 1979)

Rorty, Richard, 'The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice", (1990) 63 *Southern California Law Review* 1811

Rundle, Kristen, "The Impossibility of an Exterminatory Legality: Law and the Holocaust", (2009) 59 University of Toronto Law Journal 65

Rundle, Kristen, *Forms Liberate: Reclaiming the Jurisprudence of Lon L Fuller* (Hart Publishing, 2012)

Soosay, Sundram, "Rediscovering Fuller and Llewellyn Law as Custom and Process" in Maksymilian Del Mar (ed.) *New Waves in Philosophy of Law* (Palgrave Macmillan, 2011)

Summers, Robert S., *Lon L. Fuller* (Stanford: Stanford University Press, 1984)

Waldron, Jeremy, 'Positivism and Legality: Hart's Equivocal Response to Fuller' (2008) 83 *New York Law Review* 1152

Waldron, Jeremy, "The Concept and the Rule of Law", (2008) 43 *Georgia Law Review* 1

Waldron, Jeremy, "Why Law – Efficacy, Freedom or Fidelity?", (1994) 13 *Law and Philosophy* 259

Warner, Richard, "Why Pragmatism? The Puzzling Place of Pragmatism in Critical Theory", (1993) *University of Illinois Low Review*

Winston, Kenneth I., 'Is/Ought Redux: The Pragmatist Context of Lon Fuller's Conception of Law', (1988) 8 *Oxford Journal of Legal Studies* 3

Winston, Kenneth I., "Is/Ought Redux: The Pragmatist Context of Lon Fuller's Conception of Law", (1988) 8(3) *Oxford Journal of Legal Studies* 329

Winston, Kenneth I., "Legislators and Liberty", (1994) 13 *Law and Philosophy* 389

Winston, Kenneth I., *The Principles of Social Order – Selected Essays of Lon L. Fuller*, (revised edition) (Portland: Hart Publishing, 2001)

Witteveen, Willem J. and van der Burg, Wibren (eds), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design* (Amsterdam: Amsterdam University Press, 1999)

Abstract

This study addresses how Lon L. Fuller (1902-1978), who was one of the foremost American legal philosophers in the mid-twentieth century, has an influential role in developing the discipline of legal philosophy or jurisprudence. From Fuller's legal philosophy and his intellectual enterprise, several important themes, such as Fuller's methodology, the internal morality of law, and the theory of good-social-order "*eunomics*" have been revisited and analysed in this study. The conclusion is striking and in clear contribution to Fuller's project on legal studies. But more interesting, this study also highlights some of the current trends and themes, which are departing from both traditions of legal positivists and natural lawyers, in the contemporary jurisprudential studies. The article thus can be considered as, on the one hand, an entry to Fuller's thought, and as a platform to his influence on the current Fullerian Turn and other legal and moral applications that inspired by Fuller's dialogue, on the other hand.

پوختە

ئەم توێژینەوەیە هەوڵێکە بۆ ئاشنابوون و ناساندنی تێزە فەلسفە یاساییەکەی (لۆن ڵ. فوڵەر) (**1902-1978**) وەك یەکێك لە کەڵە یاساناسان و فەیلسوفانی ئەمریکی لە نیوەی سەدەی بیستەمدا کە شوێن دەستێکی دیار و نایابی هەبووە، بگرە تا ئێستاکەش هەیە، لە پێشخستن و پەرەسەندنی پسپۆرییەتی فەلسفەی یاسا. لەم میانەوەیەوە توێژینەوەکە تیشك دەخاتەوە سەر چەند تێزێکی گرنك لە چوارچێوەی فەلسفە یاساییەکەی فوڵەر و ڕاڤەکردنەوەی تێزە فیکرییەکانی، لەوانە، میتۆلۆژیی فوڵەر، ئەخلاقی ناوەکی یاسا، تیۆری فەرمانی کۆمەڵایەتی خاس و چاك. بۆیە دەکرێت ئەم پەیپەرە وەك دەروازەیەك بێت بۆ هزری فوڵەر. بەڵام لە تەك ئەوەی دەرئەنجامەکانی ئەم توێژینەوەیە پەلکێشمان دەکات بۆ جەختکردنەوە لە سەر بەهەند وەرگرتنی تێزەکانی فوڵەر لەسەر باس و خواسە یاساییەکان، ئەم توێژینەوەیە چەندان بابەت و تێزی نوێی تری یاسایی و فەلسفەیی و مۆڕاڵی دەخاتە ڕوو کە بە جۆرێك لە جۆرەکان یاسانان و فەیلسوفەکان و فەقیهەکانی هاوچەرخ لە سایەی فوڵەرەوە، وە بگرە لە ژێر چەترو ناونیشانی سەرخەرانی فوڵەر، گرنگیان پێداوە. لە دەرەوەی تێزە سوننەتیەکانی ترکە باون لەلای پەیڕەوانی قوتابخانەی یاسایی بابەتی و پارێزەرانی یاسایی سروشتی، هەر یەك لەو تێزە هاوچەرخانە بۆخۆی نوێنەرایەتی ئاڕاستەیەکی جودا و سەربەخۆی گرنگ دەکەن.

الملخص

كرس هذا البحث لنبذة عن فلسفة القانون (لون ل. فولر) (1902–1978) الذي كان أحد أبرز الفلاسفة القانونيين الأمريكيين في منتصف القرن العشرين ، و دوره المؤثر في تطوير تخصص الفلسفة القانونية. من فلسفة فولر القانونية ومشروعه الفكري ، تمت إعادة النظر في العديد من الموضوعات المهمة ، مثل منهجية فولر والأخلاق الداخلية للقانون ونظرية النظام الاجتماعي الجيد "eunomics". الاستنتاج في هذه الدراسة مذهل وفي مساهمة واضحة في مشروع فولر للدراسات القانونية. لكن الأمر الأكثر إثارة للاهتمام هو أن هذه الدراسة تسلط الضوء أيضاً على بعض الاتجاهات والمواضيع الحالية ، والتي تحيد و خرجت عن تقاليد الوضعيين القانونيين والمحامين الطبيعيين، في الدراسات الفقهية و الفلسفية القانونية المعاصرة. وبالتالي يمكن اعتبار هذه الدراسة ، من ناحية ، مدخلاً إلى فكر فولر ، وكمنصة لتأثيره على موِيدى فولر الحالي والتطبيقات القانونية والأخلاقية الأخرى المستوحاة من فكرة و فلسفة فولر ، من ناحية أخرى.

SUSTAINABLE DEVELOPMENT OF RENEWABLE ENERGY: LEGAL AND POLICY CHALLENGES IN KURDISTAN REGION

By: Dr Khalid I. Al-Saleem

Assistant Professor

Faculty of Law, Political Science and Management/ Soran University

التنمية المستدامة للطاقة المتجددة: التحديات القانونية والسياسات في إقليم كوردستان

د خالد إبراهيم السليم

أستاذ مساعد

كلية القانون، العلوم السياسية والإدارة / جامعة سوران– كوردستان – العراق

1 - Introduction

1.1 Problem Statement

While the Kurdish Region has tremendous reserves of oil and natural gas, it is unable to meet its demand for electricity. As of 2012, the region had a shortage of installed capacity totaling 0.9GW, therefore, forcing the region to import electricity from Turkey, Iraq, and Iran. Most of the region's energy is coming from unsustainable sources, mainly oil and natural gas stations, the region have only two hydroelectric dams[(1)]. The locality of the region, however, put into question why sustainable sources of energy, mainly solar has very little contribution towards the region's energy mix despite its potential not only to produce extremely affordable energy but also harness one of nature's most abundant source of energy. Around the world, countries are using concentrated solar power with Spain having an installed capacity of 2.3GW of 2013. Since then, concentrated solar power generation technology has improved dramatically making it cheaper and more efficient to harness energy from the sun. As the Kurdish Region continues to rely heavily on electricity generated from fossil fuels, the region's energy reliability remains questionable[(2)]. Despite the importance of renewable energy for sustainable energy supply, the question arises on what is the role of regulatory and policy challenges in the adoption of sustainable energy in the Kurdish Region. Is the government bias towards exploration and use of fossil fuels the main hindrance? Is a lack of proper regulation regime that favours the installation of sustainable energy? These are questions to which this case study research seeks answers.

1.2 Aim of the Study

While existing knowledge is supportive of investment into alternative sources of energy, electricity generation in the Kurdish Region remains highly reliant on oil and natural gas to meet the demand for electricity in the region. Despite the abundance of natural gas and crude oil in the region, the region is yet to install enough electricity capacity to meet the demand raising the question why alternative renewable sources of energy, mainly the sun, have not to be explored as the potential source of electricity to plug the power deficit. Therefore, the aim of this study is to find out the role of legal and policy challenges in the adoption of renewable sources of energy in the Kurdish Region.

1.3 Nature of the Study

The current study is qualitative in nature. Since the concept of renewable energy adoption in the Kurdish Region is close to non-existent, a theoretical framework that reflects the underlying challenge in the adoption of energy policy needs to be developed by borrowing from the findings of similar research in different contexts. As a region seeking to survive in an inherently unstable region, the Kurdish Region faces extraneous factors that may affect the region's prioritization of the development of renewable sources of energy. Therefore, through a systematic review of existing literature, the current challenges facing the development of renewable energy in the Kurdish Region will become apparent, hence offering the basis of recommendations for policy change.

(1) Yaseen. H Kareem, "Energy sources and utilization in Iraqi Kurdistan region," Kurdistan region ministry of electricity, 2012, accessed December 9, 2019, https://eneken.ieej.or.jp/data/4502.pdf.
(2) Salar Al-Din, Dusko Kuzovic, and Maryam Iranfar, "Renewable energy strategies to overcome power shortage in Kurdistan Region of Iraq," Industrija 45, no. 2 (2017): doi:10.5937/industrija45-12770.

1.4 Methodology

Methodology underscores how we find out what we want to establish in our research. Specifically, the principles governed our approach to the research phenomena, the logic behind data collection and instrumentation, and what evidence is leveraged to bring out the information required to create new evidence. In this study, a positivist school of thought is used. Therefore, knowledge creation in this research stems from the belief that all knowledge comes from experiences[(1)]**.** Therefore, in order to understand the challenges to the development and adoption of sustainable energy in the Kurdish Region. Secondly, an inductive approach is used to approach the knowledge creation process in the research. As part of Iraq, research on energy in the Kurdish Region is rather limited[(2)]**.** Therefore, a qualitative approach is the best-suited approach since we can begin by making observations from other countries facing the same challenges, make generalizations, and develop a paradigm that could explain the lack of renewable energy fervour in the Kurdish Region. Lastly, the study made use of a case study approach as proposed by Yin[(3)]. Case study approach means multiple sources of evidence can be evaluated to paint a clear picture of the renewable energy situation in the Kurdish Region[(4)]**.**

1.5 Data and instrumentation

The current research focused on secondary sources only to create a framework for understanding challenges to the development and use of renewable energy in the Kurdish Region. Specifically, the findings of similar research in different contexts were leveraged to help make the generalization that will be key to developing a framework for understanding the situation of renewable energy in the Kurdish Region. Therefore, no field research was conducted in the current research. Consequent to the choice of the data, narrative analysis is leveraged as the main data analysis method. Therefore, collected data is analyzed by identifying major themes from current research and discussing the findings in the context of the Kurdish Region.

1.6 Research outline

This study consists of four chapters. Chapter one is this introduction, chapter 2 discusses the lecturer review, chapter 3 examines the findings and provide analysis and chapter five the conclusion of the study and recommendations

2 - Literature Review

The adoption and development of renewable energy have been found to vary significantly across different countries. For example, in some instances, energy prices have been found to have a tremendous impact on the use and development of renewable sources of energy[(5)]. Specifically, during periods of high crude oil prices, the development of renewable sources of energy has increased as countries seek to supply industries and homesteads with affordable electricity[(6)]. In other instances, the overall appeal of the government on the need to invest in renewable energy for the

(1) Mark N. Saunders, Lewis, and Thornhill, Research Methods For Business Students, 5/e (Delhi: Pearson Education India, 2011).
(2) Ibid.
(3) Robert K. Yin, "Case Study Research," Organization Studies 7, no. 1 (1986): doi:10.1177/017084068600700114
(4) Ibid.
(5) Shahrouz Abolhosseini and Almas Heshmati, 'The Main Support Mechanisms To Finance Renewable Energy Development' (2014) 40 Renewable and Sustainable Energy Reviews.
(6) ibid.

purpose of protecting the environment has been established to increase the development of renewable sources of energy[(1)]. Following the Kyoto protocol 1997 and Paris Agreement 2015[(2)], for instance, many countries that were signatories have moved to subsidize power producers with a key focus on the development of renewable energy. The development of renewable energy has also been linked to a country's level of research and development. Owing to the unreliability of current renewable sources of energy tremendous research is taking place to improve the technology. Countries with high expenditure on research and development, therefore, are more likely to lead in the adoption and development of renewable sources of energy[(3)]. Undeniable, however, political goodwill and the legal regime that is supportive of the development and adoption of sustainable sources of energy is the main hindrance to the widespread adoption of sustainable sources of energy.

2.1 Renewable Energy and Sustainable Energy in the Kurdistan Region and the Middle East

The place and impediments to renewable energy in the Middle East and Kurdistan Region have been explored in the existing literature. Seznec researcher focuses on the place and impediments to renewable energy development in the Middle East Region[(4)]. Region[(4)]. The case study research observes that countries in the Middle East occupy the leading positions in CO_2 emissions per capita. For instance, Qatar is the world leader in carbon emissions per capita with Kuwait, Bahrain, UAE, and Saudi Arabia being among the top ten most polluters in the world on per capita basis. Limited investments in renewable energy are due to high reliance on oil for not only industrial and transportation needs but to meet the electricity needs[(5)]. Specifically, Seznec observes that plentiful cheap oil and natural gas is a key hindrance to the development of renewable energies in the Middle East[(6)]. The Middle East has the world's largest reserve for oil and natural gas that requires little capital investment to mine. Renewable technologies, contrarily, requires significant investment and a highly skilled workforce. Despite the huge investment, renewable energy sources are not consistent[(7)]. Natural gas and heavy diesel power, however, is more reliable hence the reduced government support for renewable energies in the region.

Existing literature also recognizes the pivotal role of renewable energy for reforming Kurdistan Region's economy to achieve shared prosperity and protect the vulnerable. Ghanem et al explore reforms in Kurdistan Region that would be key to achieving shared prosperity for all[(8)]. Notable in the report is the need for development development and support of alternative sources of energy to create micro-grids crucial

(1) H. Bevrani, A. Ghosh and G. Ledwich, 'Renewable Energy Sources and Frequency Regulation: Survey And New Perspectives' (2010) 4 IET Renewable Power Generation.
(2) List of signatory countries available at <https://www.connect4climate.org/sites/default/files/files/publications/list-of-representatives-to-high-level-signature-ceremony.pdf >accessed 5 January 2012
(3) Kalinga Jagoda and others, 'Development and Commercialization of Renewable Energy Technologies in Canada: An Innovation System Perspective' (2011) 36 Renewable Energy.
(4) Jean-François Seznec, 'Renewable Energy in the Middle East' (Innsbruck 2018) <https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/report/renewable-energy-in-the-middle-east/> accessed 17 December 2019.
(5) ibid.
(6) ibid.
(7) ibid.
(8) Hafez M.H Ghanem and others, 'Reforming the Economy for Shared Prosperity and Protecting the Vulnerable' (World Bank 2019) <http://documents.worldbank.org/curated/en/229971468195834145/Main-report> accessed 17 December 2019.

to delivering power to citizens in remote areas. Despite having large oil reserves, the Kurdistan Region has a challenge with delivering reliable power as the demand outstrips the installed capacity[1]**.** Alike, people in remote areas lack access to power due to the high cost of distribution. Renewable energy, mainly solar, is proposed as an alternative for the national grid where localized grids using advanced battery system can help power homes for vulnerable families giving them the support they need to boost productivity and share in the prosperity of their nation[2]. Similar were the findings of a United Nations voluntary national review on sustainable development goals in Iraq[3]. The 2019 report noted that Iraq's key challenge is providing affordable affordable and reliable energy in light of destroyed power infrastructure due to constant war. As the country stabilizes and seeks sustainable development, it has the chance to invest in renewable energy to offer localized and highly scalable micro-grids using renewable energy from the sun. Sun is abundant in all parts of the country throughout the year.

The challenges and potential for renewable energy in the Kurdistan Region have also been investigated from the perspective of the green economy. Sekreter research explored the potential for green energy in helping the Kurdistan Region become a green economy[4]. With a remarkable economic growth the region has witnessed towards 2014, the county has struggled to meet its energy demand. Currently, the research established that the majority of the efforts to generate more power is limited to the use of thermal power plants with little focus on the potential for renewable sources of energy[5]. Lack of political goodwill and legal framework to support the diversification of the grid using renewable energy was found to be a key hindrance factor in helping Kurdistan Region become a green economy. Specifically, as natural gas is in abundance while public interest on environmental sustainability is low, Sekreter observes there lacks a motivation or initiatives to come up with laws to support green energy[6]**.** As the Kurdistan Region relishes on the natural resource rents rents from oil and natural gas reserves exploitation, the study notes the future to sustainable energy in the region lies in the transition to a green economy.

2.2 Government policies influence on renewable energy development

Various studies have provided evidence that the use of carbon finance to be a key government policy influencing the rapid development of renewable energy. Lewis studied the evolving role of the use of carbon finance in China to promote the development of renewable energy[7]. Carbon finance works in such a manner, companies with a high carbon footprint from either manufacturing or production of goods that emit carbon dioxide buys carbon credits from companies investing in renewable energy[8]. So far, China is the leading country in the development and the

(1) ibid.
(2) ibid
(3) United Nations, 'First National Voluntary Review On Sustainable Development Goals In Iraq' (United (United Nations 2019) <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/23789Iraq_VNR_2019_final_EN_HS.pdf > accessed 17 December 2019.
(4) Ahmet Sekreter, 'Green Energy for Green Economy: The Case Study of Kurdistan Region of Iraq (KRI)' (2017) 4 International Journal of Social Sciences & Educational Studies.
(5) ibid.
(6) Ahmet Sekreter, 'Green Energy For Green Economy: The Case Study Of Kurdistan Region Of Iraq (KRI)' (2017) 4 International Journal of Social Sciences & Educational Studies.
(7) Joanna I. Lewis, 'The Evolving Role of Carbon Finance In Promoting Renewable Energy Development In China' (2010) 38 Energy Policy.
(8) ibid.

use of renewable energy. As of 2018, the country had an installed capacity of 728GW, which was more than double the installed capacity in the United States. While hydroelectric dams accounted for much of the produced power, wind power was the second most prominent source power underscoring the success of carbon credit in putting the country at the frontier of the adoption and development of sustainable energy(1). Zhou and Li conduct a similar study in the context of carbon finance and carbon market challenges in China(2)**.** While the sale and buying of carbon credits in China have had a tremendous impact on the country's shift towards the support of sustainable energy, challenges still exist more so with levying hefty fines on companies that are huge polluters also weak as most polluting industries are owned by the government(3). Despite the challenges, however, Zhou and Li note that China has begun piloting the carbon trading concept as much of the trading has been restricted to Hong Kong(4). Policy changes that take a tough stand on pollution and levies heavy fines for polluting industries are still required to support research and development in renewable technologies development. Nie, Chen, Yang, and Wang also devolved into the role of carbon financing as a method of promoting renewable energy development in the context of China(5). While carbon finance is key to channeling fines that high polluters would be required to pay the government towards companies focused on renewable technologies, they are not as effective as offering direct tax incentives, tax breaks, or offering green bonds to firms investing in renewable energy.

The role of government policy in the development of renewable energy has also been investigated form the perspective of energy policy. Energy policy underscores a government commitment to generating energy from multiple sources including coal, nuclear energy, and renewable sources. Doris, McLaren, Healey, and Hockett's study explored the development of renewable energy across the U.S states(6). The study set out to investigate the role of energy policy in the development of renewable sources of energy. A key finding of the research was increased addition to the grid multiple sources of renewable energy(7). Specifically, states with the support for net metering and incentives for homes installing solar had increased diversification of the grid with homeowners with solar allowed to use the grid as the battery(8). Alike, homes with solar panels or using renewable sources of energy are given tax incentives as part of the energy policy to increase the development of renewable sources of energy. Doris, McLaren, Healey, and Hockett, therefore, observed states such as California that had an energy policy focused on supporting the move towards sustainable energy had numerous development and widespread move toward the use and development of renewable energy(9).

Abolhosseinia and Heshmati also delved into the investigation of the role of

(1) Joanna I. Lewis, 'The Evolving Role of Carbon Finance In Promoting Renewable Energy Development In China' (2010) 38 Energy Policy.
(2) Kaile Zhou and Yiwen Li, 'Carbon Finance and Carbon Market In China: Progress And Challenges' (2019) 214 Journal of Cleaner Production.
(3) Ibid.
(4) ibid.
(5) Pu-yan Nie and others, 'Subsidies in Carbon Finance for Promoting Renewable Energy Development' (2016) 139 Journal of Cleaner Production.
(6) E. Doris and others, 'State of the States 2009: Renewable Energy Development and the Role of Policy'.
(7) Ibid.
(8) Ibid.
(9) Ibid.

government policy in supporting financing renewable energy development[1]. Carbon emissions tax is one such mechanism in extensive use in the European Union. Every year, an owner of a vehicle has to pay tax to the government-dependent on numerous factors, chief among them carbon emissions[2]**.** Such taxes are then used to subsidize those companies investing n renewable energy products or consumers buying environmentally friendly products such as electric vehicles. Tan, Lee, and Mohamed investigated the role of energy policy in the development of second-generation bioethanol as an alternative renewable energy technology[3]**.** Due to the high development costs and lack of support, however, the technology has failed to take foot in the U.S due to energy policies focused on either solar or wind energy as alternative sources of energy[4]. Consequently, bioethanol technology has failed to take shape around the world due to high development costs and an unfriendly government policy that offers no subsidy or support for companies focusing on bioethanol technology.

Cherni and Kentish research also explored the role of renewable energy policy in electricity reforms in China[5]. Due to the country's tremendous population, China China consumes almost twice the U.S energy consumption. Therefore, pollution from coal power plants has posed tremendous health issues for the local population that has to contend with very poor quality of air. Consequently, the country launched the renewable energy policy in 2005 with the desire to focus efforts on renewable technology development. As of 2018, the country has managed to increase renewable energy capacity to account for 38.5% of the total installed capacity in the country[6]. In In comparison, the U.S had only 21.56% of installed renewable energy capacity as generating power from renewable sources is not a priority of the current government.

2.3 Role of regulations on renewable energy development

Challenges to the development of renewable energy have also been investigated from the perspective of legal issues. Mirza, Ahmad, Harijan, and Majeed explored the legal issues hindering the development of renewable energy in Pakistan[7]. While numerous barriers were found to underscore Pakistan's continued reliance on fossil fuels to meet its energy needs, regulation challenges reigned supreme. Specifically, the country's energy is largely controlled by state-owned parastatals with the mandate to license and bring to grid private power plants[8]. Investment in renewable energy is hardly undertaken by monopolies set to protect their competitive position in Pakistan[9]. Therefore, the flexibility by any other investor to invest in renewable power plants is hampered as the connection to the grid is largely controlled by the utility company, which has partisan interests that do not support the development of alternative sources of energy by the private sector.

Zhao, Zuo, Fan, and Zillante undertook a similar study in the context of China[10].

(1) Shahrouz Abolhosseini and Almas Heshmati, 'The Main Support Mechanisms To Finance Renewable Renewable Energy Development' (2014) 40 Renewable and Sustainable Energy Reviews.
(2) Shahrouz Abolhosseini and Almas Heshmati, Ibid.
(3) Ibid.
(4) Ibid.
(5) Judith A. Cherni and Joanna Kentish, 'Renewable Energy Policy and Electricity Market Reforms in China' (2007) 35 Energy Policy.
(6) Ibid.
(7) Umar K. Mirza and others, 'Identifying and Addressing Barriers to Renewable Energy Development in Pakistan' (2009) 13 Renewable and Sustainable Energy Reviews.
(8) Ibid.
(9) Ibid.
(10) Zhen-Yu Zhao and others, 'Impacts of Renewable Energy Regulations on The Structure of Power Generation in China – A Critical Analysis' (2011) 36 Renewable Energy.

Similar to Pakistan, China retains stringent control on its power generation with state-owned firms determining which generator or power plant to bring life to connect to the national grid. While the government is friendly to generating power from renewable sources, the same enthusiasm is not shared at the management of the national grid. Therefore, renewable power plants do not get a priority when it comes to meeting the current load demand[(1)]. Similar was the findings of Bevrani, Gosh, and Ledwich when assessing the effects of regulations on renewable energy in the context of the frequency of use of renewable sources to meet the load demand[(2)]. The research establishes that in most jurisdictions, power distribution companies with healthy relationships with predominant power plants are left in charge of determining which power plant meets the current load requirement. Rather than focusing on meeting the load by prioritizing energy from renewable firms, most of the times are when energy from renewable sources are only used during peak hours rather than leveraged to service the baseload[(3)]. This hampers the ability of renewable power producers competing favourable and gaining much-needed revenue to further research and development.

Tükenmez and Demireli decried the same regulations in the context of Turkey[(4)]**.** The study notes that Turkey seeks to be a frontier in the renewable energy race by using feed-in tariffs where renewable energy firms are offered long-term contracts by the government to have their power stations always connected to the grid while other sources are used to serve the peak load[(5)]. The approach is meant to assure the renewable power producers market for their product while the pricing reflects the true cost of generating power using renewable sources, which are expensive for the moment[(6)]. However, the current regulation only favours more mature renewable sources, mainly wind and hydroelectric with little support for solar power farms[(7)]. The The research purposes for the expansion of the policy to facilitate the development of less mature renewable sources of energy.

2.4 Public awareness and the use of renewable energy

Citizen's awareness of environmental pollution has also been investigated as a potential barrier to the development and use of renewable energies in a country. Jagoda, Lonseth, Lonseth, and Jackman explored the role of public perception toward renewable energy on the development and innovation around renewable energy[(8)]. The The research established that in Canada, areas, where regional governments were more focused on creating environmental awareness, had more adoption of solar panels. Similar to an organization, governments seek to make policies and pursue developments that rhyme with the current public mood[(9)]. Is the level of awareness to dangers of the environmental solution in a country is low, the need for government to support the development and research in renewable development is not pressing. Ozil,

(1) Ibid.
(2) H. Bevrani, A. Ghosh and G. Ledwich, 'Renewable Energy Sources and Frequency Regulation: Survey And New Perspectives' (2010) 4 IET Renewable Power Generation.
(3) Ibid.
(4) Mine Tükenmez and Erhan Demireli, 'Renewable Energy Policy in Turkey with the New Legal Regulations' (2012) 39 Renewable Energy.
(5) Ibid.
(6) Ibid.
(7) Ibid.
(8) Kalinga Jagoda and others, 'Development and Commercialization of Renewable Energy Technologies Technologies in Canada: An Innovation System Perspective' (2011) 36 Renewable Energy.
(9) Ibid.

Ugursal, and Akbulut, and Ozpinar had a similar study in the context of Canada, Romania, and Turkey[1]**.** Leveraging surveys targeting key investors in the renewable energy sector, the research found a strong correlation between elevated awareness and government support for renewable energy projects[2]. Turkey was the leading country in renewable energy support with a corresponding leading on the need to protect the environment while Romania was the least invested in renewable energy technology. Kostakis and Sardianou[3] and Musall and Kuik[4] followed similar lines establishing that higher environmental awareness was key to supporting renewable energy technologies. Specifically, the research established that in developed economies, people were more aware of the need to use environmentally friendly energy sources and vehicles. Consequently, support for renewable energy initiatives such as the use of solar power at home despite having a grid connection was a key trend[5]. In such countries, therefore, there was tremendous investment in renewable energy relative to emerging economies where solar is viewed as an alternative when the grid is not reliable.

3 - Findings and Analysis

Data on challenges to renewable energy was aggregated to the policy or regulation framework unit level. Results from the literature review indicated that policy and regulation challenges to the development and adoption of electrical energy in the Kurdish Region could be summarized in three themes shown in Table 1.

Theme	Sub-theme
Renewable energy promotion policies	- Mandate renewable energy be allocated a fixed share of total generation - Subsidies, tax reliefs, loans, and grants to support renewable projects - Offer loan guarantee for renewable energy firms - Prioritize renewable energy access to the grid
Emissions reduction policies	- Set emissions reduction goals and milestones - Incentivize emissions reductions - Support credit to renewable energy firms
Power sector restructuring legal challenges	- Wholesale pricing restrictions - Prohibition of power generation by end-users - Monopolization of utility firms - Lack of net metering - Inconsistent rules and norms of interconnection to the grid

Table 1: Main themes in challenges to renewable energy in the Kurdish Region

3.1 Policy challenges

Government policy challenges facing the adoption of renewable energy occur at

(1) Eralp Ozil and others, 'Renewable Energy and Environmental Awareness and Opinions: A Survey of University Students in Canada, Romania, And Turkey' (2008) 5 International Journal of Green Energy.
(2) Ibid.
(3) Kalinga Jagoda and others, ibid.
(4) Fabian D. Musall and Onno Kuik, "Local acceptance of renewable energy—A case study from southeast Germany," Energy Policy 39, no. 6 (2011): doi:10.1016/j.enpol.2011.03.017.
(5) Ibid.

the renewable energy control level and emissions control level. At the renewable energy control level, there are three main sub-themes. First, renewable energies are not given a fixed capacity or load to service the whole day. Rather such plants would be brought to the grid in case of emergencies. This reduces the ability of renewable energy investors to recoup their costs. Government policy that prioritizes renewable energy to serve the baseload would help tremendously; secondly, the lack of government subsidies and tax breaks that makes renewable energy attractive to investors. As a new technology, renewable energy technologies are cost-intensive. Unless undertaken by state-owned firms, private sector investors are less likely to risk their money unless given tax breaks or government grants to help reduce the risk of losses; thirdly, the lack of financing for renewable energy firms is a key barrier. Since renewable energies are unattractive to investors seeking to make profits, only risk-loving individuals are likely to try. With no investors, however, financing becomes a problem. With the government offering no financing or loan guarantees to renewable energy firms, the likelihood of renewable energy development reduces dramatically.

From an emissions reduction standpoint, lack of government policies that penalize the use of unsustainable energy and rewards use of renewable energy is a key barrier to renewable energy development. First, the lack of emissions reduction goals and milestones is a key inhibitor of favourable government policies towards renewable energy. In line with the Kyoto protocol and Paris Agreement 2015, countries made a commitment to reduce their carbon footprint. With a plan on how to reduce emissions, investment in renewable sources of energy would come to light as a result. With no plan or commitment to the protocol, however, the government lack focuses on promoting renewable energy. Alike, taxing people for carbon emissions and using the money to find investment in renewable energies is required to support the industry.

3.2 Legal challenges

Form a legal standpoint, wholesale pricing restrictions where state-owned distribution and generation companies are used to restrict the sale of power in wholesale below a particular price reduces the competitiveness of renewable sources of energy. For instance, in some countries, a solar power plant is still required to price its power the same as a diesel power plant making it hard for the independent power plants to compete favourably. Secondly, the lack of clear and fair rules of access and connection to the grid is a key hindrance to the adoption and development of renewable energy. Where renewable sources of energy are made difficult to access the grid, the need to invest in the industry is eliminated. Lastly, regulation challenges that fail to support net metering and power generation by end-users is a key inhibitor of investment into renewable sources of energy.

Conclusion and recommendations

4.1 Conclusion

The purpose of the paper is to investigate legal and policy barriers to the development of renewable energy in the Kurdish Region. Due to limited research into issues affecting the region, research on key challenges affecting the region's ability to exploit renewable energy is non-existent. Consequently, the current research leveraged a qualitative study to explore challenges in different countries and generalize them in the context of the Kurdish Region. Such an approach will provide the basis for further development of the quantitative study to assess the truthfulness of the recommended framework. The research relied on a review of literature review to bring to light renewable energy promotion policy challenges, emissions reduction policy challenges, power sector restructuring legal challenges likely to inhibit the adoption of renewable energy in the Kurdish Region.

4.2 Recommendations

In line with findings, the research offers key recommendations that would help improve the development of renewable sources of energy in the Kurdistan Region. First, the government ought to prioritize investing the revenue from oil to invest in sustainable energy projects to help meet the current energy deficit. Such an approach will see the government prioritize the use of renewable sources of energy to service the debt load. The approach will help shift the attitude to favour the use of renewable sources to service the load. Secondly, emissions tax should be introduced to help change the attitudes towards the use of unsustainable sources of power. For instance, companies emitting too much carbon dioxide should be required to set reduction milestones upon which they pay the government a fine if the milestones are not met. Lastly, the paper proposes the overhaul of regulation of the power sector to support the end-user to produce their own power in addition to supporting net metering to help convert homes with solar into micro-grids.

References

Al-Din, Salar, Dusko Kuzovic, and Maryam Iranfar. "Renewable energy strategies to overcome power shortage in the Kurdistan Region of Iraq." *Industrija* 45, no. 2 (2017), 7-21. doi:10.5937/industrija45-12770.

Abolhosseini SA Heshmati, 'The Main Support Mechanisms to Finance Renewable Energy Development' (2014) 40 Renewable and Sustainable Energy Reviews

Bevrani H, A GhoshG Ledwich, 'Renewable Energy Sources and Frequency Regulation: Survey And New Perspectives' (2010) 4 IET Renewable Power Generation

Barton, J. P., & Infield, D. G. (2004). Energy storage and its use with intermittent renewable energy. *IEEE transactions on energy conversion*, *19*(2), 441-448.

Boyle, Godfrey. "Renewable energy." *Renewable Energy, by Edited by Godfrey Boyle, pp. 456. Oxford University Press, May 2004. ISBN-10: 0199261784. ISBN-13: 9780199261789* (2004): 456.

Cherni J Kentish, 'Renewable Energy Policy and Electricity Market Reforms in China' (2007) 35 Energy Policy

Deshmukh, M. K., & Deshmukh, S. S. (2008). Modelling of hybrid renewable energy systems. *Renewable and sustainable energy reviews*, *12*(1), 235-249.

Dincer, I. (2000). Renewable energy and sustainable development: a crucial review. *Renewable and sustainable energy reviews*, *4*(2), 157-175.

Doris E and others, 'State of the States 2009: Renewable Energy Development and the Role of Policy'

Evans, Annette, Vladimir Strezov, and Tim J. Evans. "Assessment of sustainability indicators for renewable energy technologies." *Renewable and sustainable energy reviews* 13, no. 5 (2009): 1082-1088.

Jagoda K and others, 'Development and Commercialization of Renewable Energy Technologies in Canada: An Innovation System Perspective' (2011) 36 Renewable Energy

Johansson, T. B., Kelly, H., Reddy, A. K., & Williams, R. H. (1993). Renewable energy: sources for fuels and electricity.

Kostakis IE Sardianou, 'Which Factors Affect the Willingness of Tourists to Pay for Renewable Energy?' (2012) 38 Renewable Energy

Kareem, Yaseen. H. "Energy sources and utilization in Iraqi Kurdistan region." *Kurdistan region ministry of electricity*, 2012, 5-22. Accessed December 9, 2019. https://eneken.ieej.or.jp/data/4502.pdf.

Klass, D. L. (1998). *Biomass for renewable energy, fuels, and chemicals*. Elsevier.

Lewis J, 'The Evolving Role of Carbon Finance In Promoting Renewable Energy Development in China' (2010) 38 Energy Policy

Liserre, M., Sauter, T., & Hung, J. Y. (2010). Future energy systems: Integrating renewable energy sources into the smart power grid through industrial electronics. *IEEE industrial electronics magazine*, *4*(1), 18-37.

Lund, H. (2007). Renewable energy strategies for sustainable development. *Energy*, *32*(6), 912-919.

Musall, Fabian D., and Onno Kuik. "Local acceptance of renewable energy—A case study from southeast Germany." *Energy Policy* 39, no. 6 (2011), 3252-3260. doi:10.1016/j.enpol.2011.03.017.

Mirza U and others, 'Identifying and Addressing Barriers to Renewable Energy Development in Pakistan' (2009) 13 Renewable and Sustainable Energy Reviews

Nie P and others, 'Subsidies in Carbon Finance for Promoting Renewable Energy Development' (2016) 139 Journal of Cleaner Production

Ozil E and others, 'Renewable Energy and Environmental Awareness and Opinions: A Survey of University Students in Canada, Romania, And Turkey' (2008) 5 International Journal of Green Energy

Panwar, N. L., Kaushik, S. C., & Kothari, S. (2011). Role of renewable energy sources in environmental protection: A review. *Renewable and sustainable energy reviews*, *15*(3), 1513-1524.

Saunders, Mark N., Lewis, and Thornhill. *Research Methods for Business Students, 5/e*. Delhi: Pearson Education India, 2011.

Tan K, K LeeA Mohamed, 'Role of Energy Policy in Renewable Energy Accomplishment: The Case of Second-Generation Bioethanol' (2008) 36 Energy Policy

Tan K, K LeeA Mohamed, 'Role of Energy Policy in Renewable Energy Accomplishment: The Case of Second-Generation Bioethanol' (2008) 36 Energy Policy

Teleke, Sercan, Mesut E. Baran, Subhashish Bhattacharya, and Alex Q. Huang. "Rule-based control of battery energy storage for dispatching intermittent renewable sources." *IEEE Transactions on Sustainable Energy* 1, no. 3 (2010): 117-124.

Tükenmez ME Demireli, 'Renewable Energy Policy in Turkey with the New Legal Regulations' (2012) 39 Renewable Energy.

Turner, J. A. (1999). A realizable renewable energy future. *Science*, *285*(5428), 687-689.

Walker, G. and Devine-Wright, P., 2008. Community renewable energy: What should it mean?. *Energy Policy*, *36*(2), pp.497-500.

Yin, Robert K. "Case Study Research." *Organization Studies* 7, no. 1 (1986), 95-95. doi:10.1177/017084068600700114.

Zhao Z and others, 'Impacts of Renewable Energy Regulations on The Structure of Power Generation in China – A Critical Analysis' (2011) 36 Renewable Energy

Zhou KY Li, 'Carbon Finance and Carbon Market In China: Progress And Challenges' (2019) 214 Journal of Cleaner Production

Online sources

https://www.connect4climate.org/sites/default/files/files/publications/list-of-representatives-to-high-level-signature-ceremony.pdf

Abstract

The purpose of the paper is to investigate legal and policy barriers to the development of renewable energy in the Kurdish region. As of 2012, the region had a shortage of installed capacity totaling 0.9GW, therefore, forcing the region to import electricity from Turkey, Iraq, and Iran. The locality of the region, however, put into question why sustainable sources of energy, mainly solar has very little contribution towards the region's energy mix despite its potential not only to produce extremely affordable energy but also harness one of nature's most abundant source of energy. Therefore, investing in sustainable sources of power from sources such as wind and solar, therefore, is key to sustained energy efficiency. The current study is qualitative in nature leveraging a literature review approach to bring to light challenges that could be behind the limited use of renewable sources in the Kurdistan Region. The research identifies renewable energy promotion policies challenges, emissions reduction policies challenges, power sector restructuring legal challenges likely to inhibit the adoption of renewable energy in the Kurdish Region.

الملخص

الغرض من هذه الدراسة هو البحث في العوائق القانونية والسياسية لتطوير الطاقة المتجددة في إقليم كردستان. اعتبارا من عام 2012 ، كانت المنطقة تعاني من نقص في القدرة الإنتاجية يبلغ إجماليها 0.9 جيجاواط ، مما أجبر المنطقة على استيراد الكهرباء من تركيا والعراق وإيران. ومع ذلك ، فإن موقع المنطقة يطرح تساؤلات حول سبب مساهمة مصادر الطاقة المستدامة ، وخاصة الطاقة الشمسية ، بشكل ضئيل للغاية في مزيج الطاقة في الإقليم على الرغم من إمكاناتها ليس فقط لإنتاج طاقة ميسورة التكلفة للغاية ولكن أيضا لتسخير أحد مصادر الطاقة الأكثر وفرة في الطبيعة. لذلك ، فإن الاستثمار في مصادر الطاقة المستدامة من مصادر مثل الرياح والطاقة الشمسية ، هو مفتاح لكفاءة الطاقة المستدامة. الدراسة الحالية نوعية بطبيعتها تستفيد من نهج مراجعة الدراسات السابقة لتسليط الضوء على التحديات التي قد تكون وراء الاستخدام المحدود للمصادر المتجددة في إقليم كردستان. يحدد البحث تحديات سياسات تعزيز الطاقة المتجددة ، تحديات سياسات خفض الانبعاثات ، إعادة هيكلة قطاع الطاقة ، التحديات القانونية التي من المحتمل أن تمنع اعتماد الطاقة المتجددة في إقليم كردستان.

پوختە

ئامانجی ئەو وەرەقەیە لێکۆڵینەوە بوو لە بەربەستە یاسایی و سیاسییەکان بۆ گەشەپێدانی وزەی نوێلە هەرێمی کوردستان لە ساڵی 2012 وە هەرێم کەمی ی هەیە لە دامەزراندن توانای بە گشتی 0.9 GWە، بۆیە هەرێم ناچار دەکات کارەبا لە تورکیا، عێراق هاوردە بکات وە ئێران بەڵام ناوخۆیی هەرێم، خستویانتە ژێر پرسیارەوە کە بۆچی سەرچاوە بەردەوامەکانی بەشێوەیەکی سەرەکی خۆر بەشدارییەکی زۆر کەمی هەیە بەرەو تێکەڵەی وزەی هەرێمەکە سەرەڕای شاراوە نەک تەنها بۆ بەرهەمهێنانی وزەی زۆر هەرزان بەڵکو هەروەها توانای زیاتر لە سروشت سەرچاوەی وزە زۆر بوو بۆیە وەبەرهێنان لە سەرچاوە بەردەوامەکانی هێز لە سەرچاوەکانەوە وەک با و خۆر، بۆیە کگمێکە بۆ بەردەوامی بە توانای وزە.

خوێندنی ئێستا ئەوەیە چۆنیەتی لە سروشتدا بەکارهێنانی پێداچوونەوەی ئەدەب بۆ هێنانە پێشی بەرهنگارییە سووکەکان کە

دەکرێت لە پشت بەکارهێنانی سنورداری سەرچاوە نوێکراوەکان بێت لە کوردستان توێژینەوەکە سیاسەتەکانی بەرزکردنەوەی وزەی نوێ، سیاسەتی کەمکردنەوەی دەرکردن دەپارێزێت بەرهنگارییەکان، کەرتی هێز بەرهنگاری یاسایی دەنوێنێ بۆ ئەوەی رێگری بکات لە بەهاکردنی وزە لە هەرێمی کوردستان.