

تم اعتماد المجلة أكاديمياً من قبل وزارة التعليم العالي والبحث
العلمي في الإقليم بموجب الأمر الوزاري المرقم 9930 /9 في تاريخ

2021 /7 /27

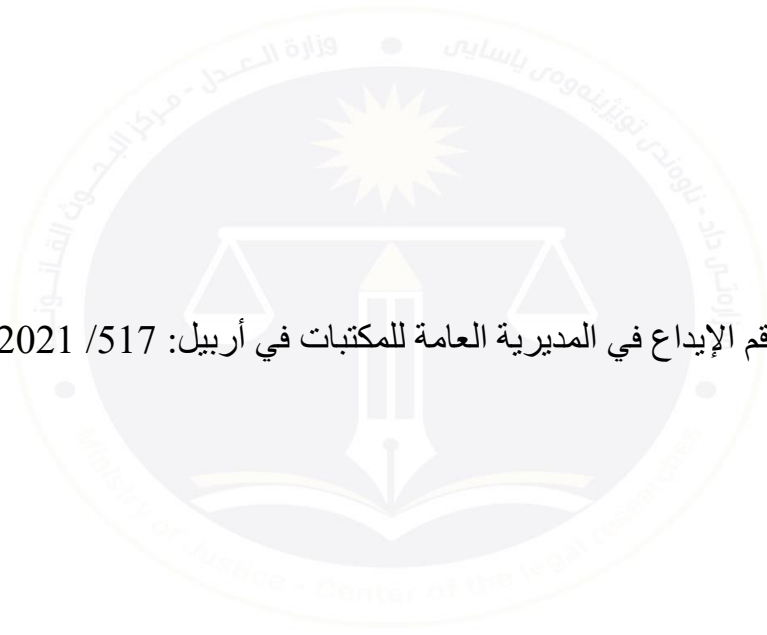


مَجَلَّةُ الْعَقْدِ الْاجْتِمَاعِيِّ

" گۆقاری گریبهستی کومه لایه تی "

" *Social Contract Journal* "

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



مَجَلَّةُ الْعَقْدِ الْأَخْتِيَارِيِّ

" گۆقاری گریبهستی کۆمه لایه تی "

" *Social Contract Journal* "

مجلة حقوقية علمية محكمة نصف سنوية، تُعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية باللغات العربية والكوردية والإنكليزية، تصدر عن مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان – العراق

" گۆقاریکی زانستی نیو سالی یه، له لایهن ناوهندی توژیینه وهی یاسایی له وهزاره تی دادی حکومه تی ههریمی کوردستان – عێراق ده رده چیت، که تایبه ته به بلاوکردنه وهی توژیینه وه و لیکۆلینه وهی یاسایی، به ههر سێ زمانه کانی عه ره بی، 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"

العدد الرابع / السنة الثانية / أكتوبر 2022

ژماره ی چوارم / سالی دووم / نوکتوبری 2022

Fourth issue/ second year/ October 2022



تصدر المجلة عن حكومة إقليم كردستان - العراق،
وزارة العدل، مركز البحوث القانونية

گۆقارهکه دهردهچیت لهحکومهتی ههریمی کوردستان - عێراق،
وهزارهتی داد - ناوهندی توێژینهوهی یاسایی

The journal is issued by the Kurdistan Regional Government-Iraq,
the Ministry of Justice - Legal Research Center

تُرسل جميع المراسلات على العنوان الآتي:
 إقليم كردستان - العراق - أربيل - شارع 60م / تقاطع فرانسوا
 ميتران - وزارة العدل - مركز البحوث القانونية "مجلة العقد
 الاجتماعي"

عنوان البريد الإلكتروني.

E-mail: clr.kurtdistan@gmail.com

prof.alahmed@gmail.com

prof.alahmed@clr.gov.krd

تُرسل جميع المراسلات إلى السيد رئيس التحرير



تطلب منشوراتنا من منشورات زين الحقوقية في بيروت - لبنان

الإدارة العامة:

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

www.zeinjuridique.com

00961 1 391 391

Email: wassim@zeinjuridique.com

00961 3 433 733







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 الغيث، 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 كردستان- 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 محمد حسن قاسم، عميد كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية - لبنان.
15. الأستاذ الدكتور محمد شلال العاني، أستاذ القانون الجنائي، جامعة الشارقة - الإمارات.
16. الأستاذ الدكتور منير منيروزمان، أستاذ القانون الدولي والأعمال، جامعة بورتسموت- المملكة المتحدة.
17. الأستاذ الدكتور هيثم حامد المصاروة، أستاذ القانون المدني، جامعة الملك عبد العزيز - السعودية.
18. الأستاذ الدكتور وليد الشناوي، أستاذ القانون العام، جامعة المنصورة - مصر.
19. الأستاذ الدكتور يان دي غروف، أستاذ القانون الدولي العام، كلية القانون، جامعة أنتفيرب، بلجيكا.

هيئة التحرير

رئيس التحرير

الأستاذ الدكتور

محمد سليمان الأحمد

كلية القانون - جامعة السليمانية/ رئيس مركز البحوث القانونية

سكرتير التحرير

الدكتور هادي مسلم يونس

المستشار الأقدم لمجلس شورى الإقليم

أعضاء هيئة التحرير

الأستاذ الدكتور

أميد صباح عثمان

رئيس ديوان مجلس وزراء الإقليم

الأستاذ الدكتور

عدنان إبراهيم سرحان

كلية القانون - جامعة الشارقة - الإمارات

الأستاذ الدكتور دانا عبد الكريم سعيد

عميد كلية القانون - جامعة السليمانية

الدكتور

خالد إبراهيم السليم

كلية القانون - جامعة سوران

الأستاذ الدكتور

عبد الكريم صالح عبد الكريم

كلية القانون - جامعة دهوك

إدارة التحرير:

الدكتور حسيب صالح إسماعيل

مدير الشؤون العلمية في وزارة التعليم العالي

كرمانج يونس عثمان

مستشار وزير العدل

الإشراف الفني:

توانا سامي عبد الرحمن

سكرتير مجلس مركز البحوث القانونية



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 كردستان 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 الورد إلى إيميل رئيس التحرير المجلة، وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في النسخة المرسله.
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- تنوع البحوث من حيث التخصص من حيث المنشأ كلما أمكن ذلك.

ج- التعليق على الأحكام القضائية:

تنشر المجلة التعليق على أحكام القضاء، إيماناً 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 حكماً نهائياً 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 بموضوعاتها بواحد أو أكثر من مجالات اهتمام المجلة، والتي انعقدت حديثاً في داخل إقليم كردستان أو العراق وخارجهما، ويراعى فيها:

- أن يغطي التقرير فعاليات 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 التقييمية 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 ومشملاً 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 مقابل 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، جزءاً 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

- 21 الافتتاحية كلمة الهيئة الاستشارية. ✍
- 23 كلمة هيئة التحرير. ✍
- البحوث باللغة العربية
- 27 مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير دراسة مقارنة
الدكتور فاضل الزهاوي
- 99 خيار المرسل في حذف الرسالة الإلكترونية من صندوق بريد المرسل إليه.
الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد
- العلاقة بين القانون والأخلاق في ظل النظرية الوضعية القانونية عند الفقيه (جون أوستن)
والبروفيسور (هارت) - دراسة تحليلية - 141
الأستاذ الدكتور شيرزاد عزيز سليمان
- 177 فلسفة «المواطنة العالمية» وإشكالياتها في إطار تطور المركز الدولي للفرد
الدكتور وسام نعمت إبراهيم السعدي
- 217 حماية الحقوق المدنية المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي
الأستاذ المساعد الدكتور وسام عبد محمد ظاهر
- 249 الحماية الدستورية الإجرائية لبدأ المساواة - دراسة تحليلية مقارنة -
الأستاذ المساعد الدكتور شالوا صباح عبدالرحمن ومحمد ناصح محمد أمين
- 301 مسؤولية متولي الرقابة دراسة مقارنة
الدكتور هوزان عبد المحسن عبد الله
- 339 دليل الإثبات التاسع (دراسة تأصيلية في القانون العراقي)
م.م. محمد سعيد السعداوي
- المقالات
- 367 سيرة أزمة قانون النفط والغاز - حقائق موثقة للتاريخ -
فرست أحمد عبد الله

التعليق على الأحكام القضائية

- تعليق على قرار حكم لمحكمة تمييز إقليم كردستان – العراق حول مسؤولية المساهم في الشركة المحدودة..... الأستاذ الدكتور دانا حمه باقي عبدالقادر 399
- تعليق على قرار محكمة التمييز المرقم 13/عقار /2012 مبدأ الحكم الأستاذ المساعد الدكتور زياد خلف عليوي 405
- تعليق على قرار قضائي ((عدول محكمة التمييز الاتحادية عن قراراتها بشأن الاستيلاء لأغراض عسكرية وأمنية)) علي صباح خضير 408
- إدراك الأذى النفسي كشرط لاستحقاق التعويض عن الضرر الأدبي نهاد منصور الناموس 418

ملخصات

الرسائل والأطراح الجامعية المجازة

- نظرية ترجيح السند الأفضل في تزامم الحقوق عبد الكريم صالح عبد الكريم 423
- تقنين الفقه الإسلامي في المعاملات المدنية (دراسة قانونية لمنهجية التقنين وتطبيقاته في نطاق الفعل الضار) عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي 431
- حماية رضا المستهلك بين حقه في الرجوع والتزام المزود بالإعلام: دراسة نقدية في إطار الأحكام الموضوعية لقانون حماية المستهلك الكويتي ميثم محمد تقي 443

البحوث باللغة الإنكليزية

- Consumers' Online Reviews A Critical Legal Issue for Consumers in the Era of Digital Marketing Iraqi Law and Modern Laws Compared and Contrasted17**
Dr. Nazar Ameen Mohammed.....

الافتتاحية

كلمة الهيئة الاستشارية

لا شك أن وحدة الثقافة من أهم أسس التقارب بين الأمم، وتتصدر الثقافة القانونية أهم أسباب توحيد الثقافة⁽¹⁾ فالثقافة القانونية تنغلغل في فكر وسلوك الناس بحيث تتقارب سبل التفكير ولغة التعبير.

ولقد كان القانون المصري الصادر في 1948 والقانون المدني العراقي الصادر في 1951 من أهم أسس توحيد الثقافة القانونية بين البلدين، وكونا معا نموذجا لتوحيد الثقافة عامة والقانونية خاصة للعديد من الدول.

وتبرز أهمية دور الثقافة القانونية في المادة الأولى من القانون المدني العراقي والتي تجعل من مصادر القانون التي يسترشد بها القضاء والفقهاء في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية. فالتقارب يجد أساسه في وحدة الثقافة القانونية وليس فقط في مجرد تشابه أو تقارب النصوص.

ومن منابع القانون المدني المصري الفقه الإسلامي. ومع هذا يوضح السنهوري أن القانون المدني المصري لا يزال يمثل الثقافة المدنية الغربية لا الثقافة القانونية الإسلامية. أما القانون المدني العراقي فهو قانون " حديث يتلاقى فيه الفقه الإسلامي والقوانين الغربية الحديثة جنباً إلى جنب بقدر متساو في الكم والكيف..

ولقد كان للقانونين المصري والعراقي أكبر الأثر في امتداد الثقافة القانونية العربية إلى العديد من البلاد العربية وفي مقدمتها القانون المدني الأردني والاماراتي والعماني وغيرهم حيث يتلاقى الفقه الإسلامي والقوانين الغربية بقدر يختلف من دولة إلى أخرى

(1) عبد الرازق السنهوري، القانون المدني العربي مجلة القضاء العراقية 1962 ونشرت هذه المقالة كذلك في عدد خاص من مجلة القانون والاقتصاد التي تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1992 ج 2 ص 487 إلى 510.

بحسب ظروفها⁽¹⁾.

ولقد تبلورت وحدة الثقافة القانونية في لغة أحكام القضاء وفي كتابات الفقه وفي مقدمتها المجالات القانونية العربية.

وتقوم المجالات القانونية العربية بدور قاطرة نشر الثقافة القانونية العربية عبر البلدان العربية، وذلك من خلال نشر الأبحاث القانونية المقارنة، والتي تبرز دور النص التشريعي في الحياة والواقع العملي لكل دولة. وهذا النشر يؤدي بدوره إلى تدعيم الثقافة القانونية بين هذه البلاد وتوحيد القانون بصفة خاصة.

وميلاد مجلة العقد الاجتماعي يعتبر حدثاً علمياً هاماً من حيث تدعيم نشر الثقافة القانونية المقارنة مما يثرى العلم ويطور البحث العلمي.

الأستاذ الدكتور

حسام الدين كامل الأهواني

كلية الحقوق - جامعة عين شمس - مصر

(1) بحثنا بعنوان: تطوير الدراسة المعاصرة للفقه الإسلامي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس عدد يناير 1992 السنة 37 العدد الأول ص 131 إلى 160.

كلمة هيئة التحرير

بعد إصدارها لخمسة أعداد، تمضي مجلة العقد الاجتماعي في مسيرتها نحو تدشين هذا العدد، (العدد الرابع)، إذ تم نشر الأعداد الثلاثة الأولى، تبعتها نشر عددتين خاصين، أولهما العدد الخاص 2021، والذي اختص بنشر أبحاث المؤتمر العلمي الدولي الأول لمركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان العراق، تحت شعار: "تطوير أجهزة وزارة العدل، طموح الحقوقيين جميعاً" الذي انعقد في خريف عام 2021، فضلاً عن وقائع الطاولة المستديرة الأولى حول: "مدى مواكبة قانون التجارة النافذ لعام 1984 للواقع التجاري في العراق وإقليم كردستان" التي تمّ عقدها في مبنى الوزارة في أربيل في 2021/4/5. أما العدد الخاص 2022، فقد تمّ فيه نشر أبحاث المؤتمر العلمي الدولي الثاني لمركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان العراق، تحت شعار: "حقوق الأطباء وواجباتهم في ميزان العدل، من واقع تجربة جائحة كورونا"، الذي انعقد في ربيع عام 2022.

أما هذا العدد الذي بين يدي القارئ الكريم، فقد تضمّن أبحاثاً متنوعة، من مناشئ مختلفة، وتخصّصات متعدّدة، إذ عرض لموضوعات غاية في الأهمية، بين مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير، وخيار المرسل في حذف الرسالة الإلكترونية من صندوق بريد المرسل إليه، عبر مواقع التواصل الاجتماعي، وتطرّق أيضاً للحماية القانونية للحقوق المدنية على هذه المواقع، وتضمن العدد كذلك مسؤولية متولي الرقابة، والدليل التاسع في الإثبات، ووقف خصومة التحكيم؛ ثم عرج بساط المعرفة على الولوج في أجواء الفلسفة، فتضمن العدد بحثاً عن العلاقة بين القانون والأخلاق في ظل النظرية القانونية الوضعية عند الفقيه "جون أوستن" والبروفيسور "هارت"، وفلسفة المواطنة العالمية وإشكالياتها في إطار تطور المركز الدولي للفرد، ثم انتقل البساط إلى عالم القانون العام ليطلع على الحماية الدستورية الإجرائية لمبدأ المساواة، واختص في هذا العدد بحث في القانون الجنائي ليركز حديثه حول التنظيم القانوني لجريمة انتهاك جمالية المدن في التشريعات العراقية. كما تضمن العدد مقالاً تاريخياً للسيد وزير العدل في حكومة إقليم كردستان

العراق، انصب على سرد وتحليل أزمة قانون النفط والغاز، مثبتاً حقائق للتاريخ. كما أضاف العدد الرابع إلى مضامين المجلة تعليقات قضائية غاية في الأهمية، وعروض لمواضيع أطاريح ورسائل جامعية تمت مناقشتها في جامعات متنوعة. وقد ختمت المجلة هذا العدد ببحث باللغة الإنكليزية عن مراجعات المستهلك الإلكترونية. إن التنوع بالأبحاث يوفر مساحة جيدة لرغبات القراء والباحثين، ويحقق للدراسات القانونية مراجع جديدة، تنصب سياسة هيئة التحرير لجعلها في متناول أيدي الباحثين في كافة بقاع الأرض. وفي غضون السنة والنصف على عمر المجلة، استطاع مركز البحوث القانونية أن يُصدّر ستة أعداد لها، أربعة أعداد تسلسلية، وعددين خاصين، والفضل يعود لله تعالى وللجهود المخلصة التي ساندت أعمال المركز، ولا سيما الإسناد الداعم بلا حدود لحكومة إقليم كردستان العراق، وبمباركة وتشجيع منقطع النظير من لدن السيد وزير العدل. كل الشكر والتقدير لكل هذه الجهود التي ساهمت في الارتقاء بأعمال المركز، وعلى رأسها إصداره لمجلة العقد الاجتماعي.

البروفيسور الدكتور

محمد سليمان الأحمد

رئيس التحرير

البحوث باللغة العربية
تؤيِّزُنيْه وه كان به زمانى عه ره بى
Researches in Arabic



مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير^(*) دراسة مقارنة

"بهرپرسياريتي كؤمپانياي فرؤكه واني له دواكه وتنه كه"

تويژينه وهيه كي بهراوردكارى

The Liability of Air Carrier for Delay

الدكتور فاضل الزهاوي^(**)

أستاذ القانون التجاري المشارك

ورئيس قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة البحرين سابقاً.

د. فاضل محمد صالح الزهاوي

پروفيسورى ياريدهدر له ياساى بازرگانى

پيشتر بهرپرسى بهشى ياساى تايبهت له كؤليژى ياسا له زانكوى بهررين.

Dr Fadhil H.Salih

Associate professor

Former Head of Private Law Department in College of Law-University
of Bahrain

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/2/27،

تاريخ قبول النشر: 2022/4/10

(**) fadelalzahawi@hotmail.com



مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير دراسة مقارنة

الدكتور فاضل الزهاوي

أستاذ القانون التجاري المشارك

ورئيس قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة البحرين سابقاً.

الكلمات المفتاحية:

التأخير - الضرر - مسؤولية الناقل الجوي - منع الصعود إلى الطائرة - إلغاء الرحلة - اتفاقية مونتريال 1999- أطراف الدعوى - المسؤولية المحدودة - دفع المسؤولية.

كليه ووشه:

دواكهوتن - زيان - بهرپرسياريتي گويزهروهوي ناسماني - ريگريگردن لهسواربووني فروكه - ههلوهمشاندهوهي گهشت - ريگكهوتننامهي مونتريال 1999- لايههكاني داواكه - بهرپرسياريتي سنووردار - داني بهرپرسياريتي.

key words: Delay - damage - liability of the air carrier- Denied Boarding - Flight Cancellation - Montreal convention 1999- Parties to the lawsuit - limited liability - exclusion of liability

مقدمة

يختار عادة من يروم السفر ومرسل البضاعة النقل الجوي باعتباره في عصرنا أهم وأسرع وسيلة مواصلات سواء بين الدول المختلفة وحتى داخل الدولة الواحدة في بعض الدول. فالمواصلات بصورة عامة تعتبر أمراً حيوياً للنمو الاقتصادي وتحسين نوعية الحياة وتزداد معها الحاجة إلى استعمال الطائرة في مجال النقل. ويرجع سبب الإقبال المتزايد لاستعمال الطائرة كوسيلة نقل إلى سرعتها الفائقة والتي تقرب المسافات إلى بعضها لدرجة سبقت جميع وسائل النقل الأخرى وجعلتها متخلفة ورائها. إضافة إلى تقلص المخاطر الجوية إلى الحد الذي أصبح السفر بالطائرة يتم بأمان يفوق بكثير استخدام وسائل النقل الأخرى وبخاصة السيارة.

وبالمقارنة مع أشكال النقل الأخرى، ساهم الطيران بشكل أكبر نحو تقصير وقت

السفر. السبب الوحيد الأكثر أهمية لاختيار طائرة كوسيلة النقل، بغض النظر عما إذا كان لنقل الركاب أو البضائع، هو توفير الوقت. حيث يسعى الراكب والشاحن الجوي عادة في إتمام عملية النقل بالسرعة الممكنة وقد يكون اختياره للنقل الجوي لتحقيق هذا المرام وبالمنظر إلى أن الوقت هو عامل حاسم في اختيار النقل الجوي، فإن تأخير الرحلة الجوية يمكن أن يؤدي إلى قدر كبير من الضرر.

لذلك نرى إن اتفاقية مونتريال 1999 وقانون الطيران العراقي أكدا مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الناشئ عن التأخير في نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع بطريق الجو (المادة 19 من اتفاقية مونتريال). وبذلك أقرتا بتأثير التأخير في نقل الراكب وأمتعته أو البضاعة في الموعد المتفق عليه بين طرفي عقد النقل أو بإعلانات الناقل على مسؤولية الناقل الجوي، ذلك لأن راغبي السفر ومرسلي البضاعة بالجو ينشدون الوصول في الوقت المحدد في عصر أصبحت السرعة من أهم مظاهر هو مع ذلك، بسبب الطابع المبهم للمادة 19، فقد ثبت أن تطبيقها لم يكن بعيدا كليا عن أي مشكلة في الممارسة العملية. وتبرز التحديات التي تواجه توحيد قانون الطيران الدولي الخاص مع مراعاة الاجتهادات القضائية التي فسرت المصطلحات الغامضة في المادة 19 مثل "التأخير"، "النقل عن طريق الجو" و"الضرر" فهناك عدة مشاكل تبرز أثناء دعوى المسؤولية التي تقام على الناقل الجوي من بينها ما هو المقصود بالتأخير؟ فهل يشمل منع ركوب الراكب إلى الطائرة أو إلغاء الرحلة من جانب الناقل؟ وهل تقتصر مسؤولية الناقل عن التأخير عن الفترة التي تستغرقها الرحلة عادة أم تمتد إلى الفترة التي تسبق بدء الرحلة؟ وهل مجرد التأخير يستوجب تقرير مسؤولية الناقل أم أن يتعين وقوع ضرر نجم عن التأخير؟ وأي نوع من الضرر موجب للمسؤولية هل الضرر المادي أم يمكن أن تمتد المسؤولية لتشمل الضرر النفسي أيضاً؟ وإذا ما توفرت شروط المسؤولية فهل الناقل يلزم بدفع التعويض الكامل عن الأضرار الناتجة عن التأخير أم هناك حدود لمسؤوليته؟ وهل بإمكانه التمسك بحدود المسؤولية في جميع الأحوال؟ ومن له الحق في المطالبة بالتعويض؟ يسعى هذا البحث لتناول دراسة هذه المشاكل مستعرضا لآراء شراح القانون والاجتهادات القضائية في العديد من الدول بهذا الصدد.

وتكتسب دراسة هذه الموضوعات أهمية لأن عددا كبيرا من مستخدمي النقل الجوي يواجهون مشكلة التأخير. وعلى الرغم من أن الاتحاد الدولي للنقل الجوي IATA وضع

أنظمة فيما يخص التأخير، تقرر فيها على ضرورة التزام الناقل بان يبذل أقصى جهد لنقل الركاب وأمتعته بالسرعة المعقولة. غير ان هذه الأنظمة لم تلزم الناقل الالتزام بالأوقات المحددة في مواعيد الرحلات بصورة كاملة في جميع الأوقات عندما قررت الأوقات الواردة في تذاكر السفر (مستند النقل) والجداول الزمنية للرحلات لا يمكن ضمانها. ومن وجهة نظر الناقلين الجويين فإن العدد المتزايد من الأنظمة المختلفة لحماية المستهلك في حالات التأخير والإلغاء والحرمان من الصعود إلى الطائرة يخلق عبئا ماليا كبيرا على قطاع الطيران. ووفقا للاتحاد الدولي للنقل الجوي (إلياتا)، فإن "تزايد نظم حقوق الركاب المستقلة يمكن أن يكلف شركات الطيران لغاية 12 مليار دولار بحلول عام 2017"⁽¹⁾. وقد اخترنا اعتماد المنهج التحليلي والمقارن لدراسة موضوع بحثنا بغية التوصل إلى الحلول التوفيقية. وسناقش موضوعات هذا البحث في مبحثين مستقلين على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية التأخير في عقد النقل الجوي

المطلب الأول: تعريف التأخير

المطلب الثاني: التمييز بين التأخير وما يشته به

المبحث الثاني: أحكام المسؤولية الناجمة عن التأخير في عقد النقل الجوي

المطلب الأول: شروط انعقاد مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير.

المطلب الثاني: أطراف دعوى المسؤولية في دعوى التعويض عن التأخير.

المطلب الثالث: المسؤولية المحدودة للناقل الجوي عن التأخير.

المطلب الرابع: سبل دفع المسؤولية في حالة التأخير.

(1) اتحاد النقل الجوي الدولي، الاستعراض السنوي لعام 2015، الاجتماع العام الحادي والسبعون (حزيران / يونيه 2015)، على شبكة الإنترنت: الاتحاد الدولي للنقل الجوي <http://www.iata.org/about/Documents/iata-annual-review-2015.pdf>

المبحث الأول

ماهية التأخير في عقد النقل الجوي

قررت اتفاقية مونتريال 1999 وقانون الطيران العراقي⁽¹⁾ مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الناشئ عن التأخير في نقل الركاب وأمتعته والبضائع، غير ان كلا من الاتفاقية والقانون العراقي لم يحددا مفهوم "التأخير" كما وإنهما لم يوضحا فيما إذا كان هذا المصطلح يشمل إلغاء الرحلة أو رفض الصعود إلى الطائرة أو عدم تنفيذ عقد النقل من جانب الناقل. ونحاول بيان ماهية التأخير وتوضيح فيما إذا كان هذا المصطلح يشمل "الإلغاء" أو "رفض الصعود إلى الطائرة" "denied boarding" في ثلاثة مطالب على النحو الآتي: النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف التأخير

التأخير لغة يعني التأجيل والإبطاء والإرجاء والتسويق وضد التقديم⁽²⁾، واصطلاحا فيما يخص النقل الجوي هو أن يؤخر الناقل الجوي الراكب أو الأمتعة أو السلع ويوصلهما في وقت غير الوقت المحدد مسبقا من قبلها وباتفاق طرفي عقد النقل الجوي، أو أنه يعني تأجيل النقل إلى وقت لاحق، أو أن الناقل لم يبلغ الراكب أو السلع الجهة المقصودة إلا بعد فوات الأوان أو تأجيل وقت أداء النقل وعدم أدائه في وقته. وقبل إجراء تحليل للقواعد التي تنظم التأخير في النقل الجوي، من المهم الأخذ في الاعتبار الأسباب المحتملة للتأخيرات. ويتأثر السفر الجوي بشدة بظروف الأرصاد الجوية التي يمكن أن تؤدي إلى إغلاق المطار بوجه الحركة الجوية أو تحويل رحلة إلى مطار بديل لحين تحسن الظروف الجوية⁽³⁾. ويمكن أن تعزى أسباب هامة أخرى إلى عطل

(1) لم ينضم العراق لحد الآن إلى اتفاقية مونتريال لسنة 1999 ورغم أن معظم دول العالم انضمت إليها ونرى وجوب الانضمام إليها نظرا لأهميتها وعدم تخلف العراق عن الدول الأخرى في هذا المضمار

(2) www.alburak.net وقاموس البراق، منشور على موقع www.almaany.com

(3) Enrique Mapelli Y Lopez, Air Carrier's Liability in Cases of Delay, McGill Annals of Air and Space Law

معدات الطائرة، والتي عادة ما يؤدي إلى تصليح أو فحص أو ازدحام الحركة الجوية وكذلك تصحيح عيوب في العملية الإدارية للرحلات أي: التحقق من الأمتعة والتحقق من الأشخاص.⁽¹⁾ مثال آخر للتأخير يمكن أن يحصل عندما يتعين على الناقل أن ينتظر رحلة أخرى والتي يجب أن تربط مع الرحلة المزمع القيام بها وتلقي عدد معين من الركاب. ومن جانبنا نتفق مع وجهة نظر مايبلي⁽²⁾ في أن أي محاولة ممنهجة للأسباب المحتملة للتأخير يمكن اعتبارها غير ناجحة نظرا للخصائص الفريدة لكل حالة تأخير على حدة.

وكما ذكر آنفا، أن المادة 19 من اتفاقية مونتريال لعام 1999 وكذلك نظام اتفاقية وارسو لعام 1929 نصتا على أن الناقل هو المسؤول عن الضرر الناجم عن التأخير في نقل الركاب عن طريق الجو. ومع ذلك، فلا اتفاقية وارسو ولا اتفاقية مونتريال قد قدمت تعريفا لمصطلح التأخير. واستبعدت محاولة إدراج تعريف التأخير في اتفاقية مونتريال ليترك المصطلح ليكون محلا لتفسير المحاكم على أساس كل حالة على حدة. ومن وجهة نظر سزاك Szakal فإن إدخال تعريف للتأخير كان سيؤدي إلى مزيد من الإرباك لأن التعريف قد يؤدي إلى مزيد من غموض المصطلح.⁽³⁾

وبذلك فإن اتفاقية مونتريال لم تحدد مفهوم "التأخير" حيث ترك واضعوا الاتفاقية عمدا مفهوم التأخير مفتوحا، والمشكلة الرئيسية عند المادة 19 من اتفاقية مونتريال هي النطاق المادي لمصطلح "التأخير". فلم يوضح مؤتمر مونتريال لعام 1999 معنى "التأخير"، أو ما إذا كان يشمل "الإلغاء" أو "رفض الصعود إلى الطائرة" "denied boarding" .. وبعد مراجعة تاريخ ومحاضر جلسات صياغة اتفاقية مونتريال، لاحظت محكمة محلية في الولايات المتحدة أن "واضعي اتفاقية مونتريال كانوا على علم بصعوبة تحديد التأخير، وكانوا على استعداد لترك تحديد ما يشكل ولا يشكل تأخيرا إلى المحاكم الوطنية"⁽⁴⁾.

. وقد تم كل من Shawcross و Beaumont التفسير الآتي للتأخير: "من المسلم بان الجواب

←

(1976) p. 112

(1) Ibid. p. 113-114

(2) Ibid. p. 115

(3) Arpad Szakal, Air Carrier's Liability in Cases of Delay, (Leiden). p. 4

(4) Weiss, supra note 10, at 368; انظر أيضا Diederiks-Verschuur, I H. P. "The Liability for Delay in Air Transport" (2001) 26 Air & Space L 300 [Diederiks-Verschuur, "Liability for Delay"], at 175.

يمكن إيجاده في النظام القانوني الانجلوسكسوني *the common law rule* بأنه، في غياب أي اتفاق صريح، يكون الناقل ملزمة فقط بتنفيذ النقل في غضون فترة زمنية معقولة (...).⁽¹⁾ وفقا لذلك، التأخير يعني العجز عن استكمال النقل في وقت معقول⁽¹⁾. وبحسب تفسير بومونت، الذي يحاول تعريف التأخير استنادا إلى النظام القانوني الانجلوسكسوني، أن الاتفاق الصريح هو شرط مسبق لتأسيس مسؤولية الناقلين الجويين عن التأخير. تم تطبيق النظام القانوني الانجلوسكسوني على النقل جوا في قضية *Panalpina International Transport Ltd ضد Densil Underwear*. وفي هذه القضية رأت المحكمة أنه عند التأخير في تسليم الشحنة، والذي أدى إلى ضياع تجارة والتسويق الخاص بعيد الميلاد، كان التأخير غير معقولا في هذه الظروف⁽²⁾.

بيد أنه يجب التشديد على أن موقف النظام القانوني الانجلوسكسوني لا يتطابق مع الموقف المنصوص عليه في المادة 19 من اتفاقية مونتريال. والسبب في ذلك هو أنه في النظام القانوني الانجلوسكسوني، الناقل غير مسؤول عن تأخير غير ناجم عن أي خرق للواجب الذي يقع على عاتقه⁽³⁾. أفضل مثل لبيان الفرق بين النظام القانوني الانجلوسكسوني والمواد ذات الصلة من اتفاقية مونتريال هو في قضية *Jean -Baptiste* ضد *Air Int* شركة طيران إنتير⁽⁴⁾. ففي هذه القضية نظرت المحكمة في كل من حالات التأخير، ووجدت أن جميع أسباب التأخير، التي أدرجتها شركة الطيران، كانت مبررة بصورة كافية. وفي قضية *Abnett* أبنت ضد الخطوط الجوية البريطانية⁽⁵⁾ الرحلة من لندن إلى الكويت- ثم كوالا لومبور تم احتجاز الطائرة من قبل القوات العراقية في الكويت، ونتيجة لذلك لم تتمكن المدعية من البلوغ إلى جهة الوصول، بل كانت عليها العودة إلى لندن. وانها استندت في دعواها على المادة 19 من اتفاقية وارسو ولكن تم إغفال دعواها لأنه لم يكن هناك أي شيء في وقائع القضية كان من شأنه أن يشير بأن "التأخير" قد حدث.

ورؤية شاوكروس وبومونت على ما يشكل تأخيرا قد تأثر بصياغة البند 9 من شروط

(1) Shawcross and Beaumont: Air Law VII [1002]

(2) 1981] 1 Lloyd's Rep 187 (QBD)

(3) Shawcross and Beaumont: Air Law VII [1002]

(4) 1990] 44 RFDA 219.

(5) 1994] 1 ASLR 1 (Outer House)

النقل لاتحاد النقل الجوي الدولي IATA الاياتا. حيث استفاد واضعو وثيقة إلياتا من حقيقة أنه بموجب النظام القانوني الانجلوسكسوني، الناقل غير مسؤول عن التأخير غير ناجم عن أي إخلال للواجبات الذي تقع على عاتقه. وتنص البند 9 من وثيقة إلياتا على ما يلي: "يتعهد الناقل باستخدام أفضل الجهود المبذولة لنقل الركاب والأمتعة بالسرعة dispatch المعقولة. وإن الأوقات المعروضة في الجداول الزمنية أو في أي مكان آخر غير مضمونة ولا تشكل جزءا من هذا العقد". وفقا لذلك، فإن الناقلين غير ملزمين بأي مؤشر على الوقت الذي قدموه لإنجاز النقل. وبهذا فإن إلياتا ببساطة يزيل عنصر الوقت من العقد مما يحرم حق الراكب في توقع تنفيذ النقل في وقت محدد. ومن الواضح أن إلياتا يناقض حكم المادتين 19 و26 من اتفاقية مونتريال⁽¹⁾ لأنها تقصد إعفاء الناقل من المسؤولية عن التأخير الذي منع بالاتفاقيات الدولية.

وتملك المحاكم الوطنية الحرية بأن تقرر ما إذا كان الشرط التعاقدي صحيحا أو مخالفا لما هو منصوص عليه بالمواد ذات الصلة الواردة في الاتفاقية الدولية⁽²⁾. فعلى سبيل المثال، قضت المحكمة الاتحادية الألمانية Bundesgerichtshof The German ببطلان البند 9 من شروط النقل للإلياتا⁽³⁾.

ومن المهم وجود عقد صريح يحدد الوقت المحدد للنقل. وما دام النقل الجوي تنظم بواسطة علاقة عقدية يجب دائما إلقاء نظرة فاحصة على شروط عقد النقل من خلال - وثائق النقل - لتحديد ما إذا كان يشير إلى الوقت المحدد للرحيل والوصول. ففي نقل الركاب، فإن سندات النقل أو التذاكر الإلكترونية تشكل وجود عقد صريح. وتشير أوقات المغادرة والوصول المعروضة على التذاكر الإلكترونية إلى بداية ونهاية النقل. فبموجب عقد النقل الجوي فإن شركة الطيران قد وافقت على تنفيذ النقل في الوقت المحدد (ما بين الأوقات المبينة على تذكرة السفر أو مستند النقل). ولذلك، فإن أي تغيير غير معقول من

(1) المادة 26 من اتفاقية مونتريال تنص على أنه "كل بند يهدف إلى إعفاء الناقل من مسؤوليته أو إلى وضع حد أدنى من الحد المعين في هذه الاتفاقية يكون باطلا ولاغيا، ولكن بطلان هذا البند لا يترتب عليه بطلان العقد بأكمله، الذي يظل خاضعا لأحكام هذه الاتفاقية".

(2) Syllabus (Adv.) L. L. M Programme in International Air and Space Law p. 123, Institute of International Air and Space Law, University of Leiden.

(3) Szakal, op. cit. p. 5

أوقات المغادرة والوصول المبيّنة في ذلك العقد (تذكرة السفر أو مستند النقل) يمكن اعتباره كتأخير.

ويرى Szakal أن الناقل، ببساطة عن طريق ذكر الوقت على عقد النقل (أي: تذكرة السفر أو مستند النقل) يوافق على تنفيذ النقل في الوقت المحدد. ومن خلال بيان الإطار الزمني المحدد يخلق الناقل توقعات معينة لدى الراكب فيما يتعلق بالوقت المناسب (الوقت المحدد) لتنفيذ النقل. وعند فشل تأكيد مراعاة الوقت المتفق عليه (تغيير غير معقول في الوقت المحدد) يمكن أن يتحمل الناقل المسؤولية تلقائياً عن التأخير⁽¹⁾.

ويتعين التمييز بين التأخير وعدم التنفيذ. فإذا لم ينفذ عقد النقل على الإطلاق، بدلا من تنفيذه في وقت لاحق من الوقت الذي كان متوقعا، يبدو أن هناك اتفاقا عاما لدى كل من الأحكام القضائية وشرح القانون على أنه لا مجال لتطبيق المادة (19) من اتفاقية مونتريال لعام 1999، والمدعي يمكنه إقامة الدعوى لعدم تنفيذ عقد النقل وفقاً للقانون الوطني⁽²⁾. ويبدو أن الأعمال التحضيرية لاتفاقية وارسو 1929 تؤيد هذا التفسير. وتشير قراءة محضر المؤتمر الدولي الثاني المعني بقانون الطيران الخاص في وارسو إلى أن عدم التنفيذ الكلي لعقد النقل الجوي يقع خارج نطاق اتفاقية وارسو، لأن المندوبين شعروا بأن قضايا عدم حصول النقل كانت كافية ليقوم المدعون دعاويهم استنادا إلى قانونهم الوطني⁽³⁾. ومن ثم، فإن التقرير فيما إذا كانت الحالة أو الواقعة قد وصفت على النحو الملائم بأنه "تأخير في النقل" أو "عدم حصول النقل" أمر هام، لأن كلا الحالتين لهما نتائج قانونية مختلفة. فمن جهة، فإنه في حالة تأخير في النقل تم تنفيذ العقد، ولكن بطريقة غير

(1) المرجع نفسه.

(2) Weiss, supra note 10; Mullaney v Delta Air Lines, Inc. , 258 FRD 274 (SD NY 2009); Schmid, Ronald & Elmar Giumulla, eds. Montreal Convention (Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International, 2006) [Schmid, "Montreal Convention"], Article 19 at 35; Cotter, Christopher E. "Recent Case Law Addressing Three Contentious Issues in the Montreal Convention" (2012) 24: 4 Air & Space Lawyer 9; Dempsey, "Aviation Liability Law", supra note 35, at 630-631; Haanappel, Peter P. C. "The New EU Denied Boarding Compensation Regulation of 2004. " (2005) 54: 1 ZLW 22 [Haanappel, "New Regulation of 2004"], at 26-27.

(3) Robert C. , Horner & Didier Legrez. Second International Conference on Private Aeronautical Law Minutes (South Hackensack, N. J: Fred B. Rothman & Co. , 1975) at 76-77; see also Guerreri, Giuseppe "Overbooking, Overselling and Denial of Boarding" (1989) 16 Ann Air & Sp L 191 at 195; Dempsey & Johansson, "Montreal v Brussels", supra note 71 at 214; Wolgel v Mexicana Airlines, 821 F (2d) 442 (7th Cir 1987) [Wolgel], para 444.

ملائمة⁽¹⁾. ويتحمل الناقل الجوي مسؤولية افتراضية تصل إلى مبلغ الحد الأعلى المحدد في اتفاقية مونتريال البالغ 4 150 من وحدات حقوق السحب الخاصة أي حوالي 2213 دينار بحريني وذلك لخسارة اقتصادية قابلة للقياس الكمي وقع بسبب التأخر في النقل الدولي للركاب⁽²⁾. ومن ناحية أخرى، فإن مسؤولية الناقل الجوي عن عدم تنفيذ عقد النقل تحكمها الأحكام والشروط المتفق عليها في عقد النقل والقانون المحلي الواجب التطبيق. وهو خارج النطاق المادي لاتفاقية مونتريال، وبالتالي، مستبعد من حكم المادة 29 منها.

المطلب الثاني

التمييز بين التأخير وما يشته به

يثور تساؤل فيما إذا كان إلغاء الرحلة من جانب الناقل أو منع صعود الراكب إلى الطائرة يعتبران وفقاً للمادة 19 يعتبران تأخيراً أم عدم تنفيذاً لعقد النقل الجوي؟ وتعالج المادة 19 من اتفاقية مونتريال صراحة مسؤولية الناقل عن الضرر الناشئ عن "التأخير"، ولكن نظراً لعدم وجود تعريف للتأخير، ليس من الواضح ما إذا كان المصطلح يشمل أيضاً "إلغاء الرحلة" أو "الحرمان من الصعود إلى الطائرة"، أو ما إذا كان هاتين الواقعتين يتم احتسابهما ضمن عدم تنفيذ عقد النقل. وهناك درجة كبيرة من التباين في تفسير الاتفاقية بشأن هذه المسألة فيما بين الدول، وكما لاحظت إحدى المحاكم ببساطة بأنه، "لسوء الحظ، فإن القضايا لا تستطف مثل البط في صف واحد"⁽³⁾.

الفرع الأول

إلغاء الرحلة

وفي معظم الحالات، هناك خط فاصل واضح بين التأخير، وهو ما يشكل تأخيراً في تنفيذ عقد النقل، وإلغاء الرحلة، وهو ما يعادل عدم تنفيذ العقد⁽⁴⁾. وإذا لم ينفذ لناقل عقد النقل مطلقاً، بدلاً من تنفيذه في وقت لاحق، فلا يبدو أن اتفاقية مونتريال سيتم تطبيقه. ولا

(1) Diederiks-Verschoor, I H. P, Pablo M. Leon & M A. Butler. An Introduction to Air Law (Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International, 2012), at 176.

(2) Schmid, "Montreal Convention", supra note 78 Article 19 at 35

(3) Vumbaca v Terminal One Group Ass'n L. P. , 859 F Supp (2d) 343 (EDNY 2012).

(4) Dempsey, "Aviation Liability Law", supra note 35, at 630; Haanappel, "New Regulation of 2004", supra note 78 at 26-27.

تنشئ اتفاقيات القانون الجوي الدولي الخاصة سببا لإقامة الدعوى بموجبها عند الإخفاق في تنفيذ عقد النقل. ويجوز للمدعي أن يسعى لإقامة دعوى التعويض للإخلال بالعقد بموجب القانون الوطني، على الرغم من أن الضرر قد نشأ في مجال النقل الجوي الدولي. غير أنه بموجب القانون المحلي لا توجد عادة حدود للمسؤولية مماثلة لتلك المنصوص عليها في المادة 22 من اتفاقية مونتريال، وهناك احتمال أن يتعرض الناقل الجوي للمسؤولية غير المحدودة.

بيد أن هناك بعض المناطق الرمادية التي لا توجد فيها حدود واضحة بين التنفيذ المتأخر وعدم تنفيذ عقد النقل⁽¹⁾ وإذا ما تبع إلغاء حجز مقعد الراكب أن قدم إليه نقل بديل على طائرة أخرى، رأَت المحاكم أن تلك الحالات تقع ضمن نطاق المادة 19 من اتفاقية مونتريال، وأن أي دعاوى قانونية مستندة إلى القانون المحلي يمنع سماعها⁽²⁾.

في قضية *Paradis* باراديس ضد الخطوط الجوية الغانية⁽³⁾، تم إلغاء رحلة عودة المدعي من سيراليون إلى الولايات المتحدة. وقد طلب من المدعي ترتيب موعد لرحلة أخرى مع مكتب الناقل الجوي في يوم العمل التالي، لأنه لم تكن هناك رحلات أخرى تغادر في ذلك اليوم. وكان المدعي ومجموعته كانوا حريصين على العودة إلى الولايات المتحدة بسبب التزامات سابقة، والتي تضمنت الالتحاق بدورة مراجعة امتحان نقابة المحامين، لهذا فأنهم حجزوا على رحلة مع ناقل جوي آخر غادرت في الليلة ذاتها. ووجدت محكمة الدرجة الأولى District في الولايات المتحدة أن دعوى مخالفة العقد لقانون دولة المدعي كانت محظورة عن طريق اتفاقيات وارسو ومونتريال. وعلى الرغم

(1) Dempsey, "Aviation Liability Law", supra note 35, at 630; Dempsey & Johansson, "Montreal v Brussels", supra note 71 at 210.

(2) Aleksandra Puścińska, A fragmented legal regime of air carrier liability in international transportation of passenger: delay, cancellation, and denied boarding, a thesis submitted to McGill University (2016)p. 28

(3) *Paradis*, supra Montreal Conference Minutes, at 235. Jr George N. Tompkins. Liability Rules Applicable to International Air Transportation As Developed by the Courts in the United States: From Warsaw 1929 to Montreal 1999 (Austin, TX: Wolters Kluwer Law & Business, 2010) [Tompkins, "Liability Rules"], at 49-52; *Paradis v Ghana Airways Ltd.*, 348 F Supp (2d) 106, 111 (SD NY 2004), aff'd 194 Fed Appx 5 (2d Cir 2006). ("Article 29 of the Montreal Convention simply clarified the language of the Montreal Protocol's amendment to Article 24(1) of the Warsaw Convention.") [Paradis]; GPO, Convention for International Carriage by Air: Message from the President of the United States Transmitting the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, Done at Montreal, May 28, 1999 (Washington: US GPO 2000), online <<https://www.congress.gov/106/cdoc/tdoc45/CDOC-106tdoc45.pdf>> at 30.

من أن الرحلة تم إلغائها، رأت المحكمة أن المدعي "لم يمنح الناقل الجوي فرصة لتنفيذ التزاماته المتبقية بموجب العقد" وأنه "لا يمكن للراكب أن يحول إلى شركة طيران أخرى بمجرد التأخير في عدم التنفيذ التعاقدية عن طريق اختيار يتيح له الحصول على مزيد من الوقت الدقيق للنقل⁽¹⁾".

ورأت محكمة الدرجة الأولى District في الولايات المتحدة في: دعوى عقد تأجير الطائرة النيجيرية لرحلة⁽²⁾، أن إلغاء رحلة المستأجر، والذي لم يوفر الناقل وسيلة بديلة، لم يكن تأخيراً وفقاً للمادة 19 من اتفاقية مونتريال، بل كان عدم تنفيذ كلي لعقد النقل. وبناء على ذلك، فإن الدعوى المقامة على النقل تقع في نطاق القانون الداخلي للدولة وبذلك فهي خارج نطاق اتفاقية مونتريال، ومستبعدة من الخضوع لأحكامها. واستناداً إلى استعراض شامل للقضايا القانونية السابقة، حددت المحكمة ثلاثة أنواع من الظروف التي فضلت استنتاج التوصل إلى تطبيق التأخير الوارد في المادة 19 بدلاً من عدم التنفيذ: (1) وفر الناقل الجوي للمدعي في نهاية المطاف واسطة نقل؛ (2) "المدعي أمن واسطة نقل بديلة دون انتظار لمعرفة ما إذا كانت شركة الطيران المدعى عليه سيقوم بنقله"، أو "3 رفض المدعون عرض رحلة لاحقة"⁽³⁾.

وفي قضية Mullaney مولاني ضد شركة الخطوط الجوية دلتا⁽⁴⁾ تم إلغاء رحلة العودة للراكب بسبب إضراب الموظفين، وأقام الراكب دعوى استناداً إلى قانون حماية المستهلك في نيويورك، وإلغاء تعهد ملزم من قبل شركة دلتا والإثراء غير العادل من جانبها. ورأت محكمة الدرجة الأولى الأميركية أن الإلغاء يشكل مخالفة للعقد بسبب عدم التنفيذ، بدلاً من التأخير، ومن ثم فإنه غير خاضع لأحكام اتفاقية مونتريال. وقد أشارت المحكمة في قضية مولاني إلى أنه "عندما تضيف الوقائع الواردة في الشكوى ما يصل إلى عدم التنفيذ، بدلاً من مجرد التأخير، فإن الاتفاقية لا تمنع إقامة دعاوى على أسس أخرى"⁽⁵⁾. وقد ميزت المحكمة القضايا السابقة التي حصل فيها المسافرون على رحلة بديلة مع

(1) المرجع نفسه

(2) 87 In re: Nigeria Charter Flight Contract Litigation 520 F Supp (2d) 447 (EDNY, 2007)

(3) المرجع نفسه

(4) Mullaney v Delta Air Lines, Inc. , 258 FRD 274 (SD NY 2009) [Mullaney].

(5) المرجع نفسه

شركات طيران أخرى دون السماح للناقل للتخفيف من مخالفة العقد عن طريق نقل الركاب في رحلة لاحقة. في قضية مولاني، انتظر المدعي لمدة ثلاثة أيام قبل حجز تذكرة مع ناقل آخر، وبعد ذلك كانت رحلات دلتا لا تزال متوقفة بسبب الإضراب المستمر⁽¹⁾. وثمة حالة رفض الصعود إلى الطائرة، يتم فيها تنفيذ الرحلة ولكن الراكب الذي تم رفض صعوده إلى الطائرة ولا يتم نقله. وبالتالي، فإن رفض الصعود إلى الطائرة يعادل عدم تنفيذ (مخالفة القانون) عقد النقل من جانب الناقل والتي لم تتناولها الاتفاقيات الدولية⁽²⁾. ومن جهة أخرى فإن التأخير في تنفيذ الرحلة هو مخالفة قانونية ويتم تغطيته عن طريق المادة 19 من اتفاقية مونتريال، ومن المهم الإشارة إلى أنه، وفقاً لنصوص اتفاقية مونتريال، فإنها تتعامل حصراً مع التأخير عند الوصول وليس مع التأخير عند المغادرة⁽³⁾. سابقاً، وفي عام 1976، أشار السيد Powell باول في قضية نادر ضد الطيران الغيني، أن الحجوزات الفائضة المتممة للرحلات الجوية هي "ممارسة شائعة تتم المواظبة عليها"⁽⁴⁾ "المقعد على الرحلة لا يمكن جرده inventoried؛ فهو سلعة قابلة للتلف. ولذلك، فإن الناقلين الجويين حريصين على ملء المقاعد فبخلاف ذلك تكون تلك المقاعد فارغة، لأنه بمجرد أن تقلع الطائرة، فإن أية مقاعد غير مملوءة هي مقاعد فاسدة spoiled".⁽⁵⁾

ويلاحظ أن اللائحة التنفيذية رقم 21 لسنة 2013 لقانون الطيران المدني البحريني وضعت حلولاً لحالة إلغاء الرحلة في المادة 49 منها وذلك عندما أوجبت على المشغل الجوي - بقدر الإمكان - إبلاغ المسافر بإلغاء الرحلات قبل موعد الرحلة بوقت كاف، وذلك وفقاً للضوابط التالية:

أولاً: الإخطار بالرحلة قبل أو بأقل من 14 يوم من السفر:

أ. إذا أخطر المشغل الجوي المسافر بإلغاء الرحلة قبل أربعة عشر يوماً من التاريخ المحدد للسفر، يتم إعفاء المشغل الجوي من متطلبات الرعاية والمساندة والتعويض، على

(1) Puścińska, op. cit. p. 30

(2) P. P. C. Haanappel: The EU Denied Boarding Compensation Regulation of 2004, 54(1) Zeitschrift für Luft- und Weltraumsrecht p. 26, (2005)

(3) Puścińska, op. cit. p. 3

(4) Nader v Allegheny Airlines, Inc., 426 US 290, 96 S Ct 1978, 48 L Ed (2d) 643 (1976).

(5) Dempsey, Paul Stephen & Laurence E. Gesell. Airline Management: Strategies for the 21st Century (Chandler, AZ: Coast Aire Publishing, 2012) at 59

أن يلتزم المشغل الجوي بإعادة قيمة التذاكر للمسافر المعني.
 ب. إذا أخطر المشغل الجوي المسافر بإلغاء الرحلة قبل التاريخ المحدد للسفر بأقل من أربعة عشر يوماً، يتعين على المشغل الجوي أن يختير المسافر بين إيجاد رحلة بديلة أو إعادة قيمة التذكرة لكامل الرحلة أو للجزء المتبقي من الرحلة.
 حالة اختيار المسافر لرحلة بديلة:

عند اختيار المسافر لرحلة بديلة عن الرحلة التي تم إلغاؤها وفقاً للبند (ب) من هذه الفقرة وترتب على ذلك امتداد إقامة المسافر لمدة إضافية حتى موعد الرحلة البديلة، يتحمل المشغل الجوي تكاليف إقامة ووجبات المسافر عن المدة الإضافية حتى موعد السفر الجديد. (فقرة ج).

ثانياً: حالة إلغاء الرحلة أنياً:

في حالة إلغاء الرحلة بسبب ظروف آنية أثناء تواجد المسافر في المطار، واختيار المسافر لرحلة بديلة للتي تم إلغاؤها، فإنه يتم التعامل مع المسافر وفقاً للضوابط التالية:
 أ. إذا كان السفر على درجة أعلى لذات المشغل الجوي أو على مشغل جوي آخر، يتحمل المشغل الجوي قيمة فارق التكلفة، إذا كانت تكلفة السفر على الرحلة البديلة أعلى من تكلفتها على ذات المشغل الجوي.

ب. إذا كان السفر على ذات المشغل الجوي أو على مشغل جوي آخر على درجة سفر أدنى، يعرض المشغل الجوي المسافر بما يعادل كامل فارق التكلفة أو خمسمائة وحدة حقوق سحب خاصة (أي حوالي 265 دينار بحريني) أيهما أعلى. (الفقرة 3 من المادة 49 من اللائحة)

التعويض عن طريق تذكرة سفر مفتوحة:

أجازت المادة 49 من اللائحة أن يكون التعويض من خلال إصدار تذاكر سفر مفتوحة الوجهة مستحقة الاستخدام خلال عام من تاريخ إصدارها، شريطة موافقة المسافر على ذلك.

ثالثاً: إلغاء التعاقد من طرف المسافر:

إذا قرر المسافر بمحض إرادته أن يلغي التعاقد مع المشغل الجوي بسبب إلغاء الرحلة، فعلى المشغل الجوي أن يقوم بإرجاع كامل قيمة التذكرة للمسافر.
 ضرورة إخطار المسافر بتأخير الرحلة:

يجب على المشغل الجوي أن يعمل بقدر الإمكان على إخطار المسافر بتأخر الرحلة قبل وقت كاف من الوقت الأصلي المقرر للمغادرة، ويجب أن يشمل الإخطار على الوقت الجديد المحدد للإقلاع.. (ف4 من م 50 من اللائحة)

في حالة عدم إعلان المشغل الجوي عن الموعد الجديد المحدد للإقلاع، فإنه يتعين عليه -علاوة على أشكال الرعاية التي يجب عليه تقديمها- أن يقوم بتعويض المسافر بمبلغ خمس عشرة وحدة حقوق سحب خاصة (حوالي 7 950 دينار بحريني) عن كل ساعة تأخير، وبما لا يتجاوز مائة وحدة حقوق سحب خاصة.. (ف5 من م 50 من اللائحة) توفير الرعاية للركاب عند حصول التأخير:

يجب على المشغل الجوي عند حصول تأخير في موعد إقلاع الرحلة أثناء وجود المسافرين في مرافق المطار أن يقوم بتوفير أشكال الرعاية التالية للمسافرين:
أ. المرطبات، اعتباراً من بداية الساعة الأولى من الوقت الأصلي المحدد للمغادرة.
ب. وجبة ساخنة، إذا كانت مدة التأخير المحتملة ثلاث ساعات فأكثر من الوقت الأصلي المحدد للمغادرة.

ج. سكن فندقي، إذا كانت مدة التأخير المحتملة تتجاوز ثماني ساعات من الوقت الأصلي المحدد للمغادرة.. (ف6 من م 50 من اللائحة)
باستثناء ما ورد في البند (أ) من الفقرة (6) من هذه المادة، للمسافر الحق في أن يختار بين خدمات الرعاية المنصوص عليها في بقية بنود ذات الفقرة وبين أن يتم تعويضه عنها كالتالي:

أ. ما يعادل خمس عشرة وحدة حقوق سحب خاصة بدلاً من الوجبة الساخنة، إذا كانت مدة التأخير المحتملة تتجاوز ثلاث ساعات من الوقت الأصلي المحدد للمغادرة.
ب. ما يعادل خمسين وحدة حقوق سحب خاصة (حوالي 26 500 دينار بحريني) بدلاً من السكن الفندقي، إذا كانت مدة التأخير المحتملة تتجاوز ثماني ساعات من الوقت الأصلي المحدد للمغادرة.. (ف7 من م 50 من اللائحة)

رابعاً: تأخر الرحلة قبل وجود المسافرين في مرافق المطار:

عند تأخر الرحلة قبل وجود المسافرين في مرافق المطار، أوجب الفقرة 10 من م 50 من اللائحة على المشغل الجوي أن يتحمل تكاليف تمديد الإقامة الفندقية للمسافر حتى موعد الإقلاع الجديد، على ألا تتجاوز مسؤولية المشغل الجوي خمسين وحدة حقوق

سحب خاصة، وبشرط أن يقدم المسافر ما يثبت تحمله لهذه التكاليف.
 خامساً: تأخر الرحلة أو احتمال تأخرها لمدة تزيد على ثماني ساعات:
 عند تأخر الرحلة أو احتمال تأخرها لمدة تزيد على ثماني ساعات، يحق للمسافر مطالبة المشغل الجوي بمعاملة الرحلة على أنها رحلة ملغاة وتنطبق عليها أحكام إلغاء الرحلات الواردة في المادة (49) من هذه اللائحة.. (ف12 من م 50 من اللائحة)
 في حالة تأخر الرحلة لأكثر من ثماني (8) ساعات عن الموعد المحتمل للوصول المعلن عنه من قبل المشغل الجوي، يتعين على المشغل الجوي أن يقوم بتعويض المسافر بمبلغ عشر وحدات حقوق سحب خاصة عن كل ساعة تأخير، وبما لا يتجاوز مائة وحدة حقوق سحب خاصة، ولا يعتبر هذا التعويض بديلاً عن تقديم أشكال الرعاية المفروضة بمقتضى هذه اللائحة.. (ف13 من م 50 من اللائحة)

الفرع الثاني

منع الصعود إلى الطائرة

من أجل إبراز أهمية التأخير فإنه من الحيوي إقامة العلاقة بين التأخير، ومنع الصعود إلى متن الطائرة. وتتعامل قواعد اتفاقية مونتريال حصراً مع مخالفة قواعد الاتفاقية مما يشير إلى التنفيذ الخاطئ وغير الكافي للنقل.

ويتيح الحجز الفائض للرحلة للناقلين الجويين ضمان تحميلاً على عدد من الركاب وتعويض خسائر الإيرادات بسبب عدد من الركاب المتغيبين 'no-show' passengers⁽¹⁾ والتغيرات أو الإلغاءات في اللحظة الأخيرة. وفي حين أن منع الصعود إلى الطائرة هو الأكثر شيوعاً نتيجة الحجز الفائض المتعمد، ويمكن أن يحدث أيضاً بسبب خطأ تقني في نظام الحجز لدى الناقل الجوي⁽²⁾، أو لأسباب تتعلق بالسلامة والتشغيل، مثل تغيير سعة الطائرة بسبب قضية تقنية فيها، حيث يتعين أن تستبدل الطائرة التي كانت معدة لتنفيذ الرحلة مع طائرة أخرى بديلة ذات سعة أقل⁽³⁾.

(1) الراكب المتغيب هو الشخص الذي حجز مقعداً على الرحلة ولكنه وبدون إخطار الناقل الجوي قام بإلغاء رحلته أو 'no-show' passengers. تأجيلها لم يتم بتقديم نفسه للرحلة. انظر: Puścińska, op. cit.: p. 31

(2) Schmid "Montreal Convention", supra note 78, Article 19 at 33.

(3) Puścińska, op. cit.: p. 31

إن وجود وطبيعة ومدى مسؤولية الناقل الجوي بموجب اتفاقية مونتريال حول المنع من الصعود إلى الطائرة غير واضح. وفي حين أن العديد من المحاكم الوطنية وجدت أن المنع من الصعود إلى الطائرة يعادل عدم تنفيذ عقد النقل في مواجهة ذلك الراكب، ومن ثم فهو يقع خارج نطاق الاتفاقيات الدولية⁽¹⁾.

وفقاً لرأي Goldhirsch غولدهيرش، فإن الولايات المتحدة هي النظام القضائي الوحيد الذي لم تصنف فيه المحاكم بشكل متعمد منع الصعود إلى الطائرة باعتبارها إما تأخيراً وفقاً للمادة 19 من اتفاقية مونتريال أو عدم تنفيذ العقد النقل، وبالتالي وضعه خارج نطاق الاتفاقيات الدولية⁽²⁾.

وفي قضية Wolgel ولجيل ضد الطيران المكسيكي⁽³⁾، خلصت الدائرة السابعة لمحكمة الاستئناف الأميركية إلى أن الحرمان من الصعود إلى الطائرة يعادل عدم التنفيذ الكلي لعقد النقل وأنه غير مشمول بالمادة 19 من اتفاقية وارسو (تعادلها المادة 19 من اتفاقية مونتريال).

والدائرة الثانية لمحكمة الاستئناف الأميركية في قضية King ضد الخطوط الجوية الأميركية⁽⁴⁾، رفضت بشكل حاسم في هذه القضية الاعتراف بالنتائج التي توصلت إليها المحكمة الابتدائية. فقد خلصت محكمة الدرجة الأولى في هذه القضية إلى أنه استناداً إلى قرارات سابقة وجدت أن المادة 19 من اتفاقية وارسو (تعادلها المادة 19 من اتفاقية مونتريال). تنطبق على الدعاوى التي "صدم" فيها الركاب، وإن ادعاء المدعي في قضية Kingpre-empted 1 يمنع سماعها بموجب اتفاقية وارسو⁽⁵⁾. ورأت الدائرة الثانية لمحكمة الاستئناف الأميركية أنه لم يكن من الضروري اعتبار المادة 19 بأنها تخول المدعي بإقامة الدعوى. في قضية فايس Weiss⁽⁶⁾ حذت المحكمة المحلية الأميركية حذو قرار الدائرة السابعة لمحكمة الاستئناف الأميركية في قضية ولجيل Wolgel. واستعرضت المحكمة

(1) Puścińska, op. cit.: p. 31

(2) Lawrence B. Goldhirsch. The Warsaw Convention Annotated: A Legal Handbook (The Hague, the Netherlands: Kluwer Law International, 2000) [Goldhirsch, "Warsaw Convention"], at 109

(3) Guerrerri, Giuseppe "Overbooking, Overselling and Denial of Boarding" (1989) 16 Ann Air & Sp at 109

(4) King v American Airlines Inc. , 284 F (3d) 352 (2nd Cir 2002).

(5) King v American Airlines Inc. , 146 F Supp (2d) 159 (ND NY 2001), aff'd 284 F (3d) 352 (2nd Cir 2002).

(6) Puścińska, op. cit.: p. 32

محضر جلسات اتفاقية مونتريال 1999، مشيرة إلى أن واضعي الاتفاقية تركوا مسألة تعريف التأخير للمحاكم الوطنية. ولاحظت بعد ذلك أن "الفقه الأكاديمي تشير إلى أن المحاكم التي تعاملت مع هذه المسألة في بلدان أخرى موقعة على اتفاقية مونتريال قد قبلت بشكل موحد تقريبا أن منع صعود الراكب إلى الطائرة يشكل عدم تنفيذ للعقد يمكن معالجته وفقا للقانون المحلي وليس بموجب وقوع حالة التأخير الذي توفر له الاتفاقية معالجة خاصة⁽¹⁾". وبناء على ذلك، رأيت محكمة في قضية فايس أن حرمان الراكب من الصعود إلى الطائرة غير مشمولة بالمادة 19 من اتفاقية مونتريال.

وعالجت المحكمة الابتدائية الأميركية في قضية *Igwe* إيغو ضد Northwest Airlines طيران نورث ويست⁽²⁾ الانقسام بين القرارات في قضية *Paradis* باراديس من جهة، *Weiss and Wolgel* وفايس وولجيل من جهة أخرى. ولاحظت المحكمة أن الاعتبار الرئيسي في القضايا السابقة هو ما إذا كان الناقل الجوي قد وفر للمدعي وسائل نقل بديلة معقولة وأن الراكب في قضية وولجيل لم يتلق لا وسيلة بديلة للنقل أو أي تعويض⁽³⁾. ورأت المحكمة أن الوقائع في قضية إيغو كانت مماثلة لتلك الموجودة في قضية باراديس، لأن المدعين فشلوا في الحضور في المطار وتقديم أنفسهم في الوقت المحدد لتأكيد الحجز *check-in* ، و"تصرفوا على عجل للغاية في رفض العروض التصالحية المقدمة من قبل شركة *KLM* ليتمكنوا من إقامة الدعوى بعدم التنفيذ الكلي للعقد من قبل شركة الطيران⁽⁴⁾. ولذلك، فإن المحكمة استنتجت بأنه بناءً على وقائع القضية إن طعن المدعين لمنعهم من الصعود إلى الطائرة كان يقتصر على تطبيق المادة 19 من اتفاقية مونتريال ووفقا لذلك فإن الدعاوى وفقا لقانون الولاية هي مستبعدة *pre-empted*.

الخلاصة من النظرة العامة في الدول المنضمة إلى اتفاقية مونتريال يبدو أن منع

(1) Puścińska, op. cit.: p. 32

(2) *Igwe v Northwest Airlines, Inc.*, 2007 WL 43811 (SD Tex 2007) [Igwe]; DeMay, Jonathan E. "Recent Developments in Aviation Law" (2008) 73: 2 J Air L & Com 131, at 226; Tompkins, "Liability Rules", supra note 60, at 58; Tompkins, Jr George N. "Bumping' - Denied Boarding - and Article 19 of the Montreal Convention" (2007) 32: 3 Air & Space L 231.

(3) *Igwe*, supra. الهامش السابق 3.

(4) المرجع نفسه

الصعود إلى الطائرة يشكل عدم التنفيذ الكلي لعقد النقل، بعض المحاكم في الولايات المتحدة وجدت بأن المادة 19 من اتفاقية مونتريال ستطبق على القضايا المتضمنة منع الصعود إلى الطائرة عندما وفر الناقل نقلاً بديلاً. من خلال هذا التفسير، فإن المحاكم الأمريكية تهدف إلى حماية الناقل الذي نفذ عقد النقل، ولو في وقت مناسب، عن طريق توفير تنفيذ بديل، بتأويل المادة 19 من اتفاقية مونتريال لتشمل على وجه الخصوص منع صعود الراكب إلى الطائرة، فإن المحاكم أكدت بأن الناقل الجوي هو يتمتع بحماية من احتمال المسؤولية غير المحدودة وفقاً للقانون الداخلي وأنه بإمكانه يسلك جميع الإجراءات الدفاعية المعقولة.⁽¹⁾

وعالجت المادة 48 من اللائحة التنفيذية رقم 21 لسنة 2013 لقانون الطيران البحريني حالة الحجز الفائض على الرحلة والذي بسببه يعجز المشغل الجوي عن تنفيذ التزامه بنقل المسافر وبالتالي يرفض صعود أي مسافر إلى الطائرة وذلك عندما لزم المشغل الجوي بما يلي:

1. الإعلان بشكل بارز عن سياسة تنظيم الحجز الفائض المتبعة من قبله وإعلام المسافرين بها عند قيامهم بإجراءات السفر، سواء كان ذلك من خلال الاتصال الهاتفي أو على الموقع الإلكتروني للمشغل الجوي أو في مكاتب وكاونترات المبيعات والسفر في المطار(الفقرة 4 منها).
2. وإذا ما وجد المشغل الجوي مقاعد بديلة على ذات الرحلة على درجة أعلى من الدرجة المتفق عليها مع المسافر، فإنه يجب على المشغل الجوي ترقية الدرجة إلى الدرجة الأعلى دون فرض دفع الفرق في السعر على المسافر(الفقرة 5 منها).
3. وعند عدم وجود مقاعد بديلة على الدرجة الأعلى، فإنه يمكن للمشغل الجوي الإعلان عن طلب ركاب متطوعين للتنازل عن مقاعدهم مقابل عرض يقدم من المشغل الجوي(الفقرة 6 منها).
4. في حالة رفض المشغل الجوي سفر أي مسافر بسبب عدم وجود متطوعين للتنازل عن مقاعدهم أو بسبب عدم كفاية المتطوعين، يجب على المشغل الجوي القيام فوراً بتقديم الرعاية والعناية والمساندة والتعويض اللازم للمسافر، حسب الآليات التالية:

(1) Puścińska, op. cit.: p. 33

أ. تقديم معلومات وافية للمسافر عن حقوقه عند رفض السفر بسبب سياسة تنظيم الحجز الفائض، بطريقة مكتوبة وواضحة وأن يقدم له الإرشاد اللازم بهذا الشأن.
ب. في حال توفر مقاعد على الدرجة الأدنى لذات الرحلة، يجب على المشغل الجوي أن يخطر المسافر المعني بتوفر المقاعد البديلة على الدرجة الأدنى وفقاً للبند (ج) من هذه الفقرة.

ج. مع عدم الإخلال بأحكام الفقرة (5) والبند (ب) من الفقرة (7) من هذه المادة، يجب على المشغل الجوي أن يتيح للمسافر حق الاختيار بين أن يقوم بالسفر على رحلة أخرى لذات المشغل الجوي أو على رحلة خاصة بمشغل جوي آخر على أن يتحمل المشغل الجوي فارق تكلفة السفر إن وجد.

د. إذا قرر المسافر الانتظار حتى الرحلة التالية للمشغل الجوي أو كانت أقرب رحلة بديلة تتطلب الانتظار من ساعة إلى ثماني ساعات في المطار، يجب على المشغل الجوي تمكين المسافر من استخدام صالات الاستضافة إذا كانت متوفرة في المطار.

هـ. لا يعد تنزيل الدرجة على ذات الرحلة بسبب سياسة تنظيم الحجز الفائض رفضاً للسفر، ويجب على المشغل الجوي أن يقوم بتعويض المسافر عن كامل فرق السعر بين درجة السفر الأصلية وبين الدرجة التي تم السفر عليها للجزء الذي تم تنزيل الدرجة عليه من الرحلة.

و. في حالة رفض سفر المسافر المواصل على رحلة من نقطة الوصول إلى وجهات أخرى، يجب على المشغل الجوي ضمان وصول المسافر إلى المقصد النهائي في أقرب وقت بأقل مدة تأخير ممكنة سواء على مشغلين جويين آخرين أو على درجة سفر أعلى، مع تحمل المشغل الجوي لفارق تكلفة السفر إن وجد، ويجب على المسافر أن يقدم ما يثبت موصلته من نقطة الوصول (الفقرة 7 منها).

حالات حرمان المسافر من الحصول على تعويض رغم منع صعوده إلى الطائرة بسبب الحجز الفائض على الرحلة:

إذا رفض المسافر سفره بسبب سياسة تنظيم الحجز الفائض على الرحلة فإنه لا يستحق تعويضاً في الحالات التالية:

أ. إذا لم يلتزم المسافر بعقد النقل أو بأحكام التعرفة المتعلقة بالتذاكر وتأكيد الحجز وبالحضور إلى المطار قبل وقت كاف لإنهاء إجراءات السفر حسب سياسة المشغل

الجوي.

ب. إذا قام المشغل الجوي بتوفير رحلة مشابهة إلى المقصد النهائي للمسافر خلال ثمان ساعات من وقت الإقلاع الأصلي (الفقرة 8 منها).
وأوجب الفقرة 9 من المادة أعلاه على المشغل الجوي بسداد قيمة التعويض للمسافر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ ثبوت حق المسافر في التعويض أو صدور قرار من شؤون الطيران المدني بحق المسافر في التعويض، ويتم تعويض المسافر بما يعادل خمسين وحدة حقوق سحب خاصة (إي حوالي 500 26 دينار بحريني) عن كل يوم تأخير في سداد قيمة التعويض.



المبحث الثاني

أحكام المسؤولية الناجمة عن التأخير في عقد النقل الجوي

تمهيد:

بمقتضى المادة 19 من اتفاقية مونتريال وكذلك قانون الطيران المدني البحريني رقم (14) لسنة 2013⁽¹⁾ يكون الناقل الجوي مسؤولاً عن الضرر الناشئ عن التأخير في نقل الركاب وأمتعته والبضائع. غير ان هذه المسؤولية لا تتقرر بمجرد التأخير وإنما يتعين توفر شروط معينة، وإذا ما تحققت هذه الشروط فيتعين تحديد من هو الدعي والدعى عليه في دعوى المسؤولية عن التأخير، وكذلك فإن مسؤولية الناقل ليست مطلقة لتغطي التعويض عن جميع الأضرار الناشئة عن التأخير في جميع الأحوال وإنما هي محددة بمبلغ معين، كما وإن الناقل الجوي متاح له سبل دفع المسؤولية في حالة التأخير في نقل الأشخاص أو البضائع. وسنوضح هذه المسائل في أربعة مطالب مستقلة على النحو الآتي:

المطلب الأول: شروط انعقاد مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير.

المطلب الثاني: أطراف دعوى المسؤولية في دعوى التعويض عن التأخير.

المطلب الثالث: المسؤولية المحدودة للناقل الجوي عن التأخير.

المطلب الرابع: سبل دفع المسؤولية في حالة التأخير.

المطلب الأول

شروط انعقاد مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير

يسعى الراكب والشاحن الجوي عادة في إتمام عملية النقل بالسرعة الممكنة وقد يكون اختياره للطائرة كوسيلة نقل لتحقيق هذا المرام. وبالنظر إلى أن الوقت هو عامل

(1) وتعتبر اتفاقية مونتريال لسنة 1999 جزءاً من القانون البحريني وفقاً للمادتين 4 و108 من قانون الطيران المدني البحريني لسنة 2013 اللتين نصتا على تطبيق أحكام اتفاقية مونتريال 1999، وأية اتفاقيات أو معاهدات أخرى تنظيم إليها أو تصادق عليها الدولة على النقل الجوي، كما تسري أحكام هذا القانون، على كل أنشطة الطيران المدني، وذلك بما لا يتعارض مع أحكام هذه الاتفاقيات.، مما يعني أن الأحكام الموضوعية لمسؤولية الناقل الجوي تكون واحدة بالنسبة للقاضي البحريني في النقل الدولي.

حاسم في اختيار النقل الجوي، فإن تأخير الرحلة الجوية يمكن أن يؤدي إلى قدر كبير من الضرر. لذلك نرى إن اتفاقية مونتريال 1999 أكدت مسؤولية النقل الجوي عن الضرر الناشئ عن التأخير في تنفيذ عقد النقل الجوي، حيث قضت المادة (19) منها على أنه " يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير في نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع بطريق الجو ". وبذلك أقرت الاتفاقية بتأثير التأخير في نقل الركاب وأمتعته أو البضاعة في الموعد المتفق عليه بين طرفي عقد النقل أو بإعلانات الناقل على مسؤولية الناقل الجوي، ذلك لأن راغبي السفر ومرسلي البضاعة بالجو ينشدون الوصول في الوقت المحدد في عصر أصبحت السرعة من أهم مظاهره.

وتشبه مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير مسؤوليته عن الضرر الذي ينشأ في حالة وفاة الركاب أو إصابته وعن تلف الأمتعة والبضائع. ووضع الاتحاد الدولي للنقل الجوي IATA أنظمة فيما يخص التأخير، طالبت فيها من الناقل بان يبذل أقصى جهد لنقل الركاب وأمتعته بالسرعة المعقولة. غير ان هذه الأنظمة لم تلزم الناقل الالتزام بالأوقات المحددة في مواعيد الرحلات بصورة كاملة في جميع الأوقات عندما قررت الأوقات الواردة في تذاكر السفر (مستند النقل) والجداول الزمنية للرحلات لا يمكن ضمانها. غير أن مسؤولية الناقل عن التأخير وفقاً لاتفاقية مونتريال ليست مسؤولية مطلقة تتحقق بمجرد وقوع التأخير وإنما هي مسؤولية عقدية يكون خطأ الناقل فيه مفترضا ما لم يقيم بدفع المسؤولية عنه إذا أثبت أنه وتابعوه ووكلاؤه قد اتخذوا كل التدابير المعقولة اللازمة لتفادي الضرر أو أنه استحاله عليه أو عليهم اتخاذها (المادة 19 من اتفاقية مونتريال لسنة 1999).

ويتضح من هذا النص انه يلزم توافر شرطين لانعقاد مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير هما التأخير في النقل الجوي والغاني أن ينشأ ضرر يصيب الركاب أو مرسل البضاعة عن هذا التأخير.

وقبل الكلام عن هذين الشرطين من الضروري أن نشير أنه يتعين لتقرير مسؤولية الناقل الجوي وجود عقد نقل بينه وبين الركاب أو الركاب أو مرسل البضاعة وبخلافه لا مجال إلى تطبيق أحكام النقل الجوي على علاقة الطرفين وفيما يلي توضيح لهذه النقطة من خلال القضية الآتية:

أقام المدعى الدعوى على الخطوط الجوية العربية السعودية وسفريات القصيبي طلب

الحكم بإلزامهما بالتضامن والتضامم بأن يؤديا إليه مبلغ 25000 دينار بحريني تعويضاً عن الأضرار التي لحقت به وذلك تأسيساً على أنه - وباعتباره مقاول لحملات الحج والعمرة - أصدرت سفريات القصيبي له عدد 77 تذكرة على رحلات الخطوط الجوية السعودية ولدى وصول المسافرين إلى المطار الدمام فوجئ بعدم وجود مقاعد لهم على الرحلة المحددة بالتذكرة، فاضطر إلى إسكانهم بأحد الفنادق ثم استأجر حافلات لنقلهم فضلاً عن خسارته للمبالغ التي كان قد دفعها لنقلهم طبقاً للبرنامج الذي كان مخططاً لرحلتهم وما تحمله من وجبات طعام وبلغت جملة ما تكلفه (104) 14161 دينار بخلاف خصم المطعون ضده الثاني 10% من قيمة التذكرة فضلاً عن الأضرار المعنوية التي لحقت به فأقام الدعوى، أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق وبعد سماعها لشهود الطرفين حكمت بإلزام الخطوط الجوية السعودية بأداء مبلغ 15000 دينار والفوائد. استأنفت الأخيرة الحكم بالاستئناف رقم 1624 لسنة 2007 أمام محكمة الاستئناف العليا المدنية التي حكمت بتأييده. طعنت الخطوط الجوية السعودية في هذا الحكم بطريق التمييز بالطعن رقم 451 لسنة 2008 وبتاريخ 2009/5/11 قضيت محكمة التمييز بنقض الحكم المطعون فيه وأحالت القضية على المحكمة التي أصدرته لتحكم فيها من جديد. ذلك أن مؤد نص المادة 19 من اتفاقية وارسو للنقل الجوي أن مناط تحقق مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير في نقل المسافر هو وجود عقد نقل يربط بينهما - تذكرة السفر - فإذا لم يوجد هذا العقد لا تتحقق مسؤولية الناقل ولا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدث للمسافر، وكان الثابت بالأوراق - وعلى النحو سالف بيانه - أنه تم إلغاء تذاكر السفر التي اشترها الطاعن من سفريات القصيبي قبل ميعاد السفر بسبب خطأ الأخير وبالتالي فلا يوجد عقد نقل يربط بين الطاعن الخطوط الجوية السعودية فلا تكون مسؤولة عن الضرر المدعى به ويضحى النعي في هذا الخصوص على غير أساس.⁽¹⁾

ونبحث فيما يلي شرطي التأخير والضرر في فرعين مستقلين على النحو الآتي:

الفرع الأول: التأخير في نقل الركاب أو البضائع.

(1) الطعن 2011/499 تاريخ الحكم 2003/11/19 مع ملاحظة استناد محكمة التمييز البحرينية في حكمها على نص مادة في اتفاقية وارسو 1929 رغم انها كانت ملغية منذ انضمام البحرين بتاريخ 20 ديسمبر 2000 إلى اتفاقية مونتريال 1999.

الفرع الثاني: الضرر الناشئ عن التأخير.

الفرع الأول

التأخير في نقل الركاب أو البضائع

يشترط لتقرير مسؤولية الناقل الجوي حصول تأخير في عملية نقل الركاب وأمتعته أو البضاعة. وبالنظر لعدم تحديد مفهوم التأخير في الاتفاقية فإن تحديد هذا المفهوم ومداه وحالته متروك للقاضي الذي ينظر في النزاع يقدره حسب ظروف كل نقل مسترشدا بما هو متعارف عليه في مثل ظروف ذلك النقل المعروض أمامه.

ويمكن أن يكون مرد التأخير أسباب عديدة، وقد قام الأستاذ Drion بتلخيص عدد منها فيما يخص نقل الركاب كالاتي: الإخفاق في عمل الحجز اللازم أو عمل الحجز مرتين لذات المقعد أو تأخير مغادرة الطائرة، تأجيل الرحلة، إعطاء معلومات خاطئة للركاب حول وقت المغادرة، الإخفاق في التوقيت في المكان الذي يجب أن ينزل الراكب، التحويل أو إضافة إمكان للوقوف غير مذكورة في جدول الرحلة. والأمثلة على التأخيرات المؤثرة على الأمتعة والبضائع هي:

الإخفاق في عمل الحجز المتفق عليه أو القصور في توفير الأماكن، الفشل في وضع الأمتعة أو البضائع على متن الطائرة، شحن الأمتعة أو البضائع في الطائرة غير صحيحة، التحويل، الإخفاق في تفريغ الأمتعة والبضائع، وضع الوثائق المرفقة بصورة غير صحيحة على البضائع والتي هي جوهرية للتسليم المنظم.⁽¹⁾

وقد أثير تساؤل فيما إذا كان التأخير الموجب لمسؤولية الناقل الجوي يشمل فقط التأخير عن الميعاد المحدد للنقل أم انه يتسع ويتضمن هذا الميعاد والفترة التي تسبق وتلحق عملية النقل، ذهب رأي إلى تفسير التأخير الوارد في المادة (19) من اتفاقية وارسو (1929) وتقابلها المادة (19) من اتفاقية مونتريال سنة 1999) بأنه هو التأخير الذي يحدث في الفترة ما بين قيام الطائرة من مطار القيام لحين وصولها إلى المقصد النهائي، أي حصر التأخير بالفترة التي يستغرقها عملية النقل فقط.⁽²⁾ وهذا يعني استبعاد سريان حكم المادة (19) من الاتفاقية

(1) H. Drion, Limitation of Liabilities in International Air Law thesis Leiden (The Netherlands, 1954), para. 181 See also R. Schmid, 'Which are the duties of an air carrier who does not execute an air carriage contract as agreed', Air Law, Vol. XV (1990), pp. 102-104.

(2) Houtre, la responsabilité civile dans les transports aériens intérieurs et internationaux, ←

عن التأخير الذي يسبق أو يلحق عملية النقل.

غير أن الرأي الغالب في الفقه يفسر نص المادة (19) من اتفاقية مونتريال تفسيراً واسعاً لكي يكون لهذا النص جدوى وفاعلية. حيث تتقرر مسؤولية الناقل عن التأخير الذي يقع أثناء عملية النقل وبمناسبتها. وعلى ذلك لا تقتصر فترة التأخير على عملية النقل ذاتها، ويوجد الرأي الأخير مبرراً قوياً له في نقل البضاعة لما في تأخير وصولها من مخاطر جلية. والتعريف المحدد الذي قدمته اتفاقية مونتريال لسنة 1999 لفترة النقل الجوي يجعله ممكن الاعتماد عليه لحساب فترة التأخير، حيث عرفت تلك الفترة بأنها تتضمن المدة التي تكون خلالها الأمتعة أو البضائع في حراسة الناقل سواء أكان ذلك في مطار أو على متن الطائرة أو في حالة الهبوط في المطار أو خارج مطار في أي مكان (المادتين 17 و18). فوفقاً لهذا المفهوم لاحتساب مدة التأخير يكون هناك تأخير موجب للمسؤولية إذا امتنع الناقل عن تنفيذ عقد النقل سواء بتأجيل الرحلة أو إلغائها أو إلغاء المقعد المحجوز للراكب أو الإحجام عن حجز المقعد أو المكان اللازم للبضاعة أو عدم الهبوط في المحطة الجوية التي اتفق على الهبوط فيها أثناء الرحلة.

وإذا كان الناقل الجوي بموجب المادة 19 من اتفاقية مونتريال مسؤول عن الأضرار الناجمة عن التأخير في النقل عن طريق الجو، إلا إن الفترة الزمنية التي يمكن خلالها أن يتحمل الناقل المسؤولية غير واضح في تلك المادة. لذلك حاول عدد من الأكاديميين تقديم النظريات الثلاثة الرئيسية التالية لبيان هذه الفترة:

أولاً: النظرية الأولى:

التفسير الضيق قدم من قبل Goedhuis⁽¹⁾ غودهويس الذي خلص إلى أن "التأخير في النقل الجوي" يشير فقط إلى التأخير الذي يحدث حين تكون الركاب والأمتعة محمولين جواً فعلياً. واستند غودهويس في استنتاجه على حقيقة أن المادة 19 من اتفاقية واسو (وتقابلها المادة (19) من اتفاقية مونتريال سنة 1999) لم تضع أية حدود على فترة المسؤولية. ووفقاً لهذا التفسير، فإن الحالات الوحيدة التي سيتم تغطيتها هي تلك التي

←

أشار إليه د. عاطف محمد الفقي، تطور مسؤولية الناقل الجوي وفقاً these.paris 1940.p. 85K

لاتفاقية مونتريال، 2004، ص134

(1) D. Goedhuis: La Convention de Varsovie, La Haye, (1933), pp. 166, 170-171

تكون على الطائرة أن تطير إلى مطار بديل بسبب سوء الأحوال الجوية. وستستبعد الحالات التي يحدث فيها تأخير قبل إقلاع الطائرة. لتوضيح المشكلة، يتعين ذكر قضيتين حيث حصل فيهما التأخير قبل أن توضع الشحنة على متن الطائرة. ففي قضية بارت Bart ضد الخطوط الجوية الهندية الغربية البريطانية⁽¹⁾. كان التأخير يرجع إلى حقيقة أن الشحنة لم تشحن إلى متن الطائرة في الوقت المحدد. مثال آخر هو قضية Ste National Air France ستي ناتيونال إير فرنس ضد Sté Arlab⁽²⁾ حيث كان هناك تأخير لمدة ثلاثة أسابيع في تحميل الشحنة ووضعها على متن الطائرة. وعلى النهج نفسه ذهب رأي إلى تفسير التأخير الوارد في المادة (19) من اتفاقية وارسو 1929 (تقابلها المادة 19 من اتفاقية مونتريال سنة 1999) بأنه هو التأخير الذي يحدث في الفترة ما بين قيام الطائرة من مطار القيام لحين وصولها إلى المقصد النهائي، أي حصر التأخير بالفترة التي يستغرقها عملية النقل فقط.⁽³⁾ وهذا يعني استبعاد سريان حكم المادة (19) من الاتفاقية عن التأخير الذي يسبق أو يلحق عملية النقل.

وبالإمكان توجيه انتقاد إلى هذه النظرية ذلك لأنها إذا طبقت في الممارسة العملية فإن الناقل لن يكون مسؤولاً في معظم الحالات. ويمكن القول بأن مجرد تقديم اقتراح بأن فترة مسؤولية الناقل تقتصر على الوقت الفاصل بين الصعود والإنزال - سيؤدي أيضاً إلى تفسير ضيق تافه لعبارة التأخير. وكانت المفاجأة في قضية راسل جونز Russell Jones ضد الخطوط الجوية البريطانية⁽⁴⁾ عندما قدمت حجة وفقاً للنظرية الضيقة المذكورة أعلاه، تم رفضها آلياً تقريباً من قبل المحكمة. ومن المسلم به أن النظرية الضيقة لا يمكن أن يؤخذ بنظر الاعتبار بسبب ذلك التخفيض غير المقبول لنطاق مسؤولية الناقل⁽⁵⁾.

ثانياً: النظرية الثانية:

النظرية الثانية التي تم تطويرها في هذا المجال نذكرها أيضاً بإيجاز. وفقاً لـ *Georgette*

(1) 1967] 1 Lloyd's Rep 239 (Guyana CA)

(2) 1983] Aix-en-Provence CA, 29 November, 39 RFDA 478

(3) Houtre, la responsabilite civil dans les transports aeriens interieurs et internationaux, these, paris 1940, p. 85K

أشار إليه د. عاطف محمد الفقي، تطور مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية مونتريال، 2004،

(4) Case No. CH 714259

(5) Puścińska, op. cit.: p. 6

Miller's لجورجيت ميلر إن مسؤولية النقل الجوي في حالات إلغاء الرحلات الجوية أو تأجيلها حتى لو لم تبدأ عملية الصعود إلى الطائرة هي مثار النقاش والجدل⁽¹⁾. في قضية Robert-Houdin روبرت هوديند *Panair do Brasil* هذه النظرية تم قبولها. القضية كانت تتعلق براكب الذي بسبب التأخير لم يظهر في عرض مسرحي الذي كان يجب أن يدفع مقابل مالي له. وفقا لقرار المحكمة تم تعويض الراكب عن جميع المصروفات التي صرفها بينما كان ينتظر للرحلة المقبلة وكذلك حقه في استرداد الأجور التي كان قد يتلقاها للمشاركة في العرض المسرحي. ويبدو أن النظرية تقترح ضرورة التمييز بين الحالات التي تم إرشاد الراكب فيها بالتأخير قبل مغادرته إلى المطار وتلك التي تم الإعلان عن التأخير في صالة المغادرة في المطار. ومن المسلم به أن هذه النظرية غامضة إلى حد ما ويبدو أن فيها تناقض مباشر مع فكرة أن النقل عن طريق الجو يبدأ عندما يتم تأكيد حجز الراكب checked-in⁽²⁾. وهذا بالطبع أحد الأسباب التي دعت إلى عدم حصولها على دعم على نطاق واسع وسبب أن النظرية الثالثة هي على وشك أن تكتسب أهمية أكثر.

ثالثا: النظرية الثالثة:

وتؤيد النظرية الثالثة الاقتراح القائل بأن المادة 19 من اتفاقية وارسو واتفاقية مونتريال التي تتعامل مع المسؤولية عن التأخير يجب أن تقرأ جنبا إلى جنب مع المواد 17 و18 و22 و24 من اتفاقية وارسو في حالة البضائع المسجلة، والفقرتين 4 و5 من المادة 18 من اتفاقية وارسو والفقرتين 3 و4 من المادة 18 من اتفاقية مونتريال اللتين تقدمان التعريف التالي لفترة النقل جوا: بالفقرة 4 تنص على أن النقل الجوي بالمعنى المقصود في الفقرات السابقة من هذه المادة يتضمن المدة التي تكون خلالها الأمتعة أو البضائع في حراسة الناقل سواء أكان ذلك في مطار أو على متن الطائرة أو في أي مكان في حالة الهبوط خارج أحد المطارات.

أما الفقرة 5 فتقضي على أنه لا تتضمن مدة النقل الجوي أي نقل بري أو بحري أو نهري يحدث خارج مطار ومع ذلك إذا حدث مثل هذا النقل تنفيذاً لعقد النقل الجوي بقصد الشحن أو التسليم أو النقل من طائرة إلى أخرى فإن أي ضرر يحدث يفترض انه قد

(1) Miller, Georgette: Liability in international air transport Deventer: Kluwer Law International, 1977 pp. 159-160

(2) تأكيد حجز هو الوقت الذي يقوم الناقل بقبول الراكب للنقل.

نجم عن واقعة حدثت خلال النقل الجوي ما لم يثبت عكس ذلك.

وتحدد المادة 18 أعلاه صراحة فترة النقل جوا وفقا للحكم المقتبس، النقل عن طريق الجو يشمل الوقت بعد وصول البضائع إلى المطار موفرا إطارا وقتيا أكثر اتساعا وبالتالي أكثر قبولا من النظرية الثانية. وفقا للنظرية الثالثة في حالة الأمتعة المسجلة أو البضائع فإن التأخير في النقل عن طريق الجو في المادة 19 يعني التأخير خلال الفترة المذكورة في المادة 18 من اتفاقية وارسو واتفاقية مونتريال⁽¹⁾.

وعالجت المادة 17 من اتفاقية وارسو واتفاقية مونتريال التأخير في حالة الركاب. هذه المادة لا تقدم تعريفا صريحا لفترة النقل جوا مثل المادة 18 في حالة البضائع. والمادة تشير إلى الحادثة التي تحدث "على متن الطائرة أو أثناء أي عملية من عمليات صعود الركاب أو نزولهم". بناء على ذلك، في حالة الركاب فإن التأخير في النقل عن طريق الجو في المادة 19 يعني التأخير خلال الفترة المذكورة في المادة 17 أي على متن الطائرة أو أثناء أي عملية من عمليات صعود الركاب أو نزولهم" - ويدعي شاوكروس وبومونت أن النظرية المذكورة أعلاه تدعمها المادة 24 من اتفاقية مونتريال التي تسري حدود المسؤولية المنصوص عليها في المادة 22 من الاتفاقية على الحالات المشمولة بالمواد 17 و18 و19 دون أن تشير إلى أن فترة النقل جوا في حالة المادة 19 تختلف عن تلك المحددة للمطالبة بموجب إحدى المواد الأخرى⁽²⁾.

وفكرة أن المادة 18 من اتفاقية مونتريال والمتعلقة بالأمتعة والبضائع يمكن تطبيقها في حالة الركاب تم تبنيها من قبل محكمة أميركية في قضية برونواसर Brunwasser ضد شركة خطوط النقل العالمية⁽³⁾. في هذه القضية تم إخطار الركاب حول تغيير جدول الرحلات (مما أدى إلى إلغاء الرحلة) قبل أشهر من التاريخ المحدد للمغادرة ولكن مع ذلك أقام المدعى دعوى للمطالبة بالتعويض عن الاضرار استنادا إلى المادة 19 من اتفاقية وارسو. ورأت المحكمة الأميركية أنه حتى في حالة الركاب، فإن التعريف الوارد في المادة 18 من الاتفاقية (الخاصة بالبضائع) "لنقل الجوي" يمكن تطبيقها على حد سواء على المادة 19.

(1) Shawcross and Beaumont: Air Law VII [1007]

(2) Shawcross and Beaumont: Air Law VII [1007]

(3) 541 F. Supp. 1338, 1982 U. S. Dist; 17 Av. Cas. (CCH) P17, 723

وهكذا فإن الرأي الغالب في الفقه - والذي تؤيده من جانبنا - يفسر نص المادة (19) من اتفاقية وارسو 1929 (تقابلها المادة 19 من اتفاقية مونتريال) تفسيراً واسعاً لكي يكون لهذا النص جدوى وفاعلية. حيث تتقرر مسؤولية الناقل عن التأخير الذي يقع أثناء علمية النقل وبمناسبتها. وعلى ذلك لا تقتصر فترة التأخير على علمية النقل ذاتها، ويوجد الرأي الأخير مبرراً قوياً له في نقل البضاعة لما في تأخير وصولها من مخاطر جلية. والتعريف المحدد الذي قدمته اتفاقية مونتريال لسنة 1999 لفترة النقل الجوي يجعله ممكن الاعتماد عليه لحساب فترة التأخير، حيث عرفت تلك الفترة بأنها تتضمن المدة التي تكون خلالها الأمتعة أو البضائع في حراسة الناقل سواء أكان ذلك في مطار أو على متن الطائرة أو في حالة الهبوط في المطار أو خارج مطار في أي مكان (المادتين 17 و18). فوفقاً لهذا المفهوم لاحتساب مدة التأخير يكون هناك تأخير موجب للمسؤولية إذا امتنع الناقل عن تنفيذ عقد النقل سواء بتأجيل الرحلة أو إلغائها أو إلغاء المقعد المحجوز للراكب أو الإحجام عن حجز المقعد أو المكان اللازم للبضاعة أو عدم الهبوط في المحطة الجوية التي اتفق على الهبوط فيها أثناء الرحلة.

الفرع الثاني

حصول ضرر للراكب أو مرسل البضاعة

لا يكفي لانعقاد مسؤولية الناقل الجوي حصول التأخير المجرد في تنفيذ عقد النقل الجوي وإنما يجب أن يحصل ضرر للراكب أو مرسل البضاعة نتيجة لهذا التأخير وذلك طبقاً للمادة (19) من اتفاقية مونتريال التي تنص على أنه " يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير". ومن أمثلة تحقق الضرر من جراء التأخير حرمان المسافر من الحضور في الموعد المحدد لمناقشة رسالة دكتوراه أو لأداء امتحان أو إجراء مقابلة مع جهة رسمية أو شركة بقصد التعاقد معها أو الدخول في مناقصة، أو لأداء مناسك الحج، أو التأخير في إيصال مريض لإجراء عملية جراحية عاجلة مما يترتب عليه وفاته، أو التأخير في وصول بضاعة موسمية في الأيام التي تشتد الطلب عليها، مما يترتب كساد سوقها أو تلفها. وبما أن اتفاقية مونتريال ساكتة فيما يتعلق بقياس حجم الأضرار الناجمة عن التأخير، وترك المسألة لتقررها المحكمة المختصة التي أحيلت إليها القضية. يحدد قانون القاضي

الشروط التي يمكن بموجبها التعويض عن الأضرار الناجمة عن التأخير⁽¹⁾ ومن هذه الشروط:

الشرط الأول هو نشوء ضرر قابل للتعويض. ومن الأمثلة الجيدة عن الأضرار الممكن وقوعها تكلفة الإقامة في الفندق، والنقل من وإلى المطار والغذاء الذي قد لا يكون ضروريا إذا لم يكن التأخير قد حدث. ويتعين على صاحب الدعوى إثبات واقعة الخسارة⁽²⁾. وحالما تم إثبات ذلك وأقيم الدليل على أن الضرر الذي حدث كان بسبب التأخير، فهناك مسؤولية قانونية على الناقل الجوي على أساس المادة 19 من اتفاقية مونتريال⁽³⁾. ووردت الإشارة بوضوح في المادة 19 من اتفاقية مونتريال أن التعويض هو على الأرجح الخسارة الناشئة عن التأخير. والخسارة الناشئة هي نتيجة مباشرة للتأخير. ولذلك فمن الأهمية بمكان أن ننشئ علاقة السببية بين التأخير والأضرار. ويجب على المدعي أن يثبت أن الضرر الذي لحق به يرتبط ارتباطا مباشرا بالتأخير.

ففي قضية تتضمن نقل سلع، بما فيها أجهزة صوتية وضوئية وأدوات موسيقية والتي كانت ترافق الحفلة الموسيقية في طريقها إلى المدينة التي تم فيها التأخير، تحمل الناقل المسؤولية عن التأخير، أضيف إلى حقيقة أن إحدى الرزم قد ضاعت كليا مما أثر بوضوح على نجاح رحلة الفنانة وسبب لها قدرا معينا من الضرر.⁽⁴⁾

وفي قضية أخرى قامت الشركة المعمارية Engeli, Pahud and Bigar باعداد مخطط مجسم من أجل تقديمه لمنافسة إعادة اعمار مدينة أزمير التركية. وكانت الشركة الخطوط الجوية السويسرية تولت مسؤولية نقل المخطط والذي لم يتم تسليمه في الوقت المحدد للدخول في المنافسة، لذا أصبح المخطط غير ذي فائدة. أصرت المدعية بان الطيران السويسري ارتكبت إهمالا جسيما، وطالبت بالتعويض عن ضياع ساعات اعداد المخطط وفوات إمكانية الحصول على الجائزة الأولى وضياعه فرصة إبرام العقد مع مدينة ازمير

- (1) Miller, Georgette: Liability in international air transport Deventer: Kluwer Law International, 1977 p. 160
- (2) Elmar Giumulla, Ronald Schmid (ed.) Montreal Convention Commentary, The Hague, Kluwer Law International, 2006 (analyses of the liability of delay p. 2 - Art. 19)
- (3) Miller, Georgette: Liability in international air transport Deventer: Kluwer Law International, 1977 p. 160
- (4) UTA v. Blain, Air-Mer International, Lufthansa, Cour d'Appel de Paris(5e Ch.), 6 January 1977; (1977) RFDA 181; Schoner's case law digest, Air Law, Vol. III (1978), pp. 127 and 129.

لإعادة اعمار المدينة إضافة إلى الاضرار المعنوية التي لحقت بسمعتها. دفع الطيران السويسري بأنه اتخذ كافة التدابير الضرورية لمنع حصول التأخير وان كل ما حصل كان سوى فهم وخطأ بسيط. وبما ان اتفاقية وارسو تم التصديق عليها من قبل سويسرا ولم يتم التصديق عليها من قبل تركيا، لذلك فقد حكمت محكمة جنيف بأنه ليس هناك نقل دولي وفقا لتعريف الوارد لهذا النقل في اتفاقية وارسو، بناء عليه يجب أن يتم الحكم في القضية وفقا للقانون السويسري. وحكمت على المدعى عليه بان يدفع 20. 000 فرنك سويسري إضافة إلى الفوائد ومصاريف الدعوى إلى المدعية.⁽¹⁾

وقد صدر حكم مثير يخصص الأمتعة في القضية الآتية:

كانت مجموعة من عشاق الأوبرا تسافر بشكل منتظم إلى الخارج لحضور عروض من قبل فنانيين على مستوى عال. وأخذ هؤلاء العشاق للموسيقى ملابسهم الرسمية وملابس السهرة معهم لكي يحضروا المسرح بالزي المناسب. ومع ذلك فقد تأخر وصولا حقائبهم، نجم عنه إحراج موقفهم واضطرابهم إلى الذهاب للمسرح بالملابس العادية. وعند رفعهم دعوى التعويض دفع الناقل بان اتفاقية وارسو تضع على عاتقهم فقط المسؤولية لتحاول نقل الأمتعة على ذات الرحلة التي يسافر فيها الراكب دون أن تلزمهم بتنفيذ ذلك. غير ان المحكمة وجدت بان عقد النقل تضمن تعهدا بنقل أمتعة المدعين في نفس رحلتهم. بناء عليه حكمت المحكمة الهولندية على الناقل (طيران KLM) بتحمل مسؤولية الإخلال بتعهده بان يدفع 5000 خلدن هولندي (حوالي 2500 دولار) لصاحب كل حقيبة لم تصل في الموعد المحدد.⁽²⁾ ومن الملاحظ ان طيران KLM فور هذا الحكم قام بتعديل بنود عقد النقل على نحو يعلن فيه الناقل انه سوف يبذل جهده لنقل الأمتعة على رحلة الراكب.

في قضية سيد ضد الخطوط الجوية ترانس مديترانيان حملت المحكمة الناقل المسؤولية لأن الخسارة التي تكبدها المدعي أدت إلى فقدانه لأعمال وتجارة عيد الميلاد. وفي قضية باريت Barrett ضد الخطوط الجوية المتحدة⁽³⁾ United Airlines كما تم

(1) Engeli et al. v. Swissair, Tribunal de Ire Instance de Geneve (Switzerland), 8 March 1955; (1955) RFDA 335.

(2) Oprea Select v. KLM Royal Dutch Airlines, District Court of Haarlem (The Netherland), 1 August 2000.

(3) 31 No 92 C 5578 (ND, III, 1994) 1994, WL 419637

التأكيد أن المادة 19 من اتفاقية وارسو لا تنشئ سببا لإقامة الدعوى عن الاضرار النفسية أو العاطفية التي تلحق الركاب بسبب التأخير. وفي قضية لي Lee ضد الخطوط الجوية الأميركية⁽¹⁾ خلصت محكمة الاستئناف الدورية الأميركية إلى أن المطالبة بالتعويض عن المضايقة وضياع العطلة كان مجرد دعوى عن الألم النفسي، غير قابلة للتعويض وفقا لأحكام الاتفاقية.

وتظهر القضايا المذكورة أعلاه اتجاه القضاء بتفسير ضيق ل "الضرر" بموجب المادة 19 من الاتفاقية الدولية. ويمكن الاستنتاج أنه في معظم القضايا إن الشخص الذي يثبت بأنه لحق به ضرر مباشر ناجم عن التأخير هم فقط أولئك الذين سينجحون. ولا يبدو أن المادة 19 تسري على حالات الأضرار غير المباشرة، وبالتالي فإن إثبات العلاقة السببية بين التأخير والأضرار أمر لا مفر منه⁽²⁾.

ففي قضية حكمت محكمة التمييز البحرينية بان " القاصر طالب بمدارس المعارف الحديثة وانه كان محمدا لامتحانه يوم 2005/8/29 وقد ترتب على تأخره في الوصول إلى البحرين ضرر تمثل في حرمانه من دخول الامتحان وإذا قضى الحكم المطعون فيه بتعويضه عن هذا فإنه لا يكون قد خالف القانون"⁽³⁾. وفي قضية أخرى رفعت الراكبة الدعوى على الطيران القطري طالبت فيها به بتعويض قدرة 1200 دينار بحريني وتذكرة سفر بديلة إضافة إلى الفوائد القانونية بسبب تأخير طائرة المدعى عليه عن الإقلاع من مطار البحرين متجهة إلى الصين مرورا بدولة قطر وقيام المدعى عليه بترتيب رحلة أخرى متجهة إلى الصين من خلال الخطوط الجوية الكورية مرورا بأكثر من دولة الامر الذي أدى إلى وصولها متأخرة فلم تجد قطارا تستقله من المطار إلى جامعتها فوصلت إليها متأخرة كما واصابها الخوف والفرع إضافة إلى استئجار سيارة خاصة. وبجلسة 2014/9/23 قضت محكمة أول درجة بحرينية برفض الدعوى. غير ان محكمة الاستئناف بتاريخ 2015/12/26 قضت بإلغاء حكم المحكمة وإلزام الطيران القطري بان تؤدي إلى الراكبة مبلغ ستمائة دينار بحريني لثبوت واقعة تأخير الراكبة عن الوصول إلى غايتها المتفق عليها مع الشركة وثبوت خطأ بشركة الطيران ثم حصول اضرار للراكبة المتمثلة بوصولها إلى بلد مجهول

(1) 355 F 3d 386 (5th Circuit, 2004), 29 Avi 18,426

(2) Puścińska, op. cit.: p. 9

(3) الطعن 2011/499

جغرافيا في وقت متأخر من الليل واستقلالها سيارة خاصة لتصل إلى محل دراستها وما كبدها من أضرار مادية ونفسية.

قضية أخرى تتخلص وقائعها بقيام راكبين برفع الدعوى على الطيران القطري بسبب رفض الأخير بتمكين الراكبة الثانية من صعود الطائرة معللا ذلك بقيامه بحجز مقاعد أكثر من طاقة الطائرة. وحكمت المحكمة الصغرى المدنية البحرينية في حكم لها بتاريخ 2015/6/11 بإلزام الناقل الجوي بدفع تعويض قدره 4800 دينار للمدعين جبرا للضرر. ويلاحظ بان المحكمة في حكمها هذا قد استندت إلى المواد 158 و161 و162 من القانون المدني والمادة 18 من اتفاقية وارسو. ويعد ذلك مخالفة صريحة للتشريع البحريني، ذلك لأن مملكة البحرين انضمت إلى اتفاقية مونتريال سنة 2000 والتي ألغت اتفاقية وارسو 1929 وحلت محلها، كذلك فإن المحكمة أغفلت بان مسؤولية الناقل عن التأخير محددة بمبلغ 4150 وحدة حقوق سحب خاصة أي حوالى 2207 دينار بحريني عن كل راكب ولا يجوز كقاعدة عامة أن يحكم بتعويض يتجاوز ذلك.

ووفقا للفقرة 13 من المادة 50 من اللائحة التنفيذية رقم 21 لسنة 2013 لقانون الطيران البحريني في حالة تأخر الرحلة لأكثر من (8) ساعات عن المعد المحتمل للوصول المعلن عنه، يتعين على المشغل الجوي أن يقوم بتعويض المسافر بمبلغ عشر وحدات سحب خاصة عن كل ساعة تأخير، وبما لا يتجاوز مائة وحدة سحب خاصة. اما إذا لم يحصل أي ضرر فلا مجال للحكم بالتعويض. ففي قضية أخرى أقيمت امام المحكمة الكبرى المدنية البحرينية أقام الراكب دعوى على الطيران القطري وطالب بالتعويض عن الاضرار المادية والمعنوية التي لحق به بسبب رفض الناقل صعوده للطائرة في موعد الإقلاع بتاريخ 2013/8/30 واعطائه تذكرة بديلة للسفر بتاريخ 2013/9/21. وقررت المحكمة بتاريخ 2015/9/29 رفض الدعوى لأن عدم تمكن الراكب من الصعود إلى الطائرة كان بسبب تأخره عن الحضور في بوابة الصعود للطائرة حيث حضر بعد إقفال باب الطائرة وان المدعى عليها لم ترتكب خطأ من جانبها.

قضية أخرى حكمت فيها المحكمة الصغرى المدنية البحرينية بتاريخ 2014/3/12 برفض دعوى المدعيات على الطيران القطري والتي طالبا فيها بالتعويض لهما بمبلغ 500 دينار بحريني بسبب تأخر الطائرة المتوجه من مطار البحرين إلى ميلان واستندت المحكمة في حكمها إلى ان المدعى عليها اتخذت كافة التدبير اللازمة لتفادي الضرر بان قامت

بتسليم المدعيات بطاقة الدخول إلى طائرة أخرى متوجهة إلى زيوريخ ومن ثم إلى بلد المقصد ميلان. وفي قضية Rousseff سنة 1979 والتي فيها تم لغاء مقعد الراكب من رحلة في نقطة توقف، فإن المحكمة منع سماع الدعوى لأن الناقل رتب له نقله إلى مكان الوصول على متن طائرة أخرى خلال أقل من ساعتين من الوقت المحدد حسب جدول مواعيد الوصول.⁽¹⁾

وفي قضية أخرى اقام مدعيان دعوى ضد طيران الخليج طالبا بإلزامه. بان يؤدي لهما مبلغ 5000 دينار بحريني عن الضرر الذي لحق بهما جراء تأخير رحلتها لمدة أكثر من خمس ساعات وعدم وصول أمتعتهم إلى المطار المقصود. غير أن المحكمة الصغرى المدنية (3) البحرينية حكمت بتاريخ 2012/12/23 برفض الدعوى لأن المدعى عليه قد وفرت للمدعين رحلة بذات اليوم للتوجه إلى القاهرة وسعى بإرسال حقائبهم بعد يومين من وصولهما إلى مقر اقامتها الا ان المدعى الأول رفض ذلك ولم يثبت المدعين الاضرار التي حدثت لهما⁽²⁾.

ويمكن أن يوضح المثال الآتي عن المادتين 19 و20 من اتفاقية وارسو(الخاصتين بالتأخير) وتقابلهما المادة 19 مونتريال 1999. حيث قام مجموعة من الطلاب باستئجار سيارة من ألمانيا من السيد Wucher pfennig للقيام بجوله عبر إيطاليا. وقرب مدينة فلورنسا تعطلت قطعة من محرك السيارة. وقام على اثر بإعطاء تعليمات إلى الخطوط الجوية الاسكندنافية SAS بنقل قطعة الغيار إلى روما. واكد SAS بان القطعة ستكون في مكان الوصول في اليوم التالي ظهراً. قامت الجمارك الإيطالية بإبقاء قطعة الغيار لديها لبعض الوقت مسببا تأخير تسليمها. بناء عليه طلب الطلاب من مؤجر السيارة إرسال قطعة غيار أخرى والتي وصلت دون تأخير. وتم إعادة القطعة الأولى إلى مؤجر السيارة مع الطلب منه بدفع أجرة النقل البالغ 26. 54 مارك ألماني. رفض المؤجر الدفع وطلب تحميل الناقل المسؤولية عن التأخير.

قررت المحكمة الجزئية Amtsgericht الألمانية بان طيران SAS يجب أن لا تطالب

(1) Rousseff v. Western Airlines, US District Court, Central District of California, 22 March 1976; 13 Avi 18,391; Schoner's case law digest, Air Law, Vol. II (1977), p. 231. Cf. the decision of the Bundesgerichtshof (Federal Republic of Germany), 28 September 1978;(1979)ZLW 134; Air Law, Vol. IV (1979),p. 111(refusal of carriage due to overbooking).

(2) الدعوى المرقمة 9/3608/2009/02

بدفع الأجرة لأن الضرر الناجم عن التأخير يدخل في مبلغ أجرة النقل، وكان على SAS أن تبلغ الجمارك الإيطالية عن القضية الطارئة. قام SAS بالطعن في القرار أمام المحكمة العليا. كانت محكمة مقاطعة هامبورغ على رأي بأنه ليس هناك تأخير وفقاً للمادة 19 من الاتفاقية لأنه لم يكن هناك وقت محدد تم الاتفاق عليه والذي خلاله كان يتعين إكمال النقل. وان الطيران SAS اتخذ كل التدابير الضرورية والمطلوبة وفقاً للمادة 20 من الاتفاقية لذلك فإنه لا يتحمل أية مسؤولية.⁽¹⁾

قضية أخرى عرضت على القضاء البريطاني تم التركيز على المادتين 19 و20 من اتفاقية وارسو (وتقابلها المادة 19 من اتفاقية مونتريال 1999) كانت كما يلي: السيد Russell Jones سعى إلى جبر الاضرار عندما فقد رحلة الربط والاتحاق برحلة في طائرة أخرى وتخريب عطلته كلياً بسبب ذلك. وكان السبب وراء هذا الموقف البغيض تأخير رحلته من مدينة مانشستر إلى كاريبيان لمدة خمس ساعات. عرضت القضية أولاً على التحكيم الذي اعفى الناقل من المسؤولية على أساس الشروط الواردة في العقد. أخذ المدعى القضية إلى المحكمة الوطنية التي كان حكمها عكس قرار التحكيم. حيث قررت المحكمة بان نظام الاتفاقية هو واضح، فالمادة 19 منها جعلت الناقل مسؤولاً عن الاضرار الناجمة عن التأخير، لكن المادة 20 منها تعفى الناقل من المسؤولية إذا أثبت أنه وتابعه اتخذ كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر، أو كان من المستحيل عليهم اتخاذ مثل هذه التدابير. وكذلك فيما تخص صياغة المادة 23 من اتفاقية وارسو فإنها واضحة بان أي نص ورد في العقد يعفى الناقل من المسؤولية يكون باطلاً ولا يمكن التمسك به. وتم إعادة القضية إلى محكم آخر لدراستها من جديد. وهذا الأمر متشابك ذلك بأنه على الراكب أن يثبت الضرر الذي لحق به، والناقل يثبت بان فعل ما بوسعه لتجنب الضرر. هذه القضية - والتي هي غير ملزمة للمحاكم البريطانية الأخرى - يبدو ضمناً ان الناقل ليس عليه فقط فعل كل ما في وسعه لتجنب التأخير وإنما عليه فعل كل شيء لمنع وقوع الضرر. ويمكن، على ذلك، إرشاد الناقل دائماً في مثل هذه الحالات أن يوفر البديل بإيجاد نقل مناسب للراكب بواسطة شركة طيران أخرى في حالة التأخير الذي قد ينجم عنه الاضرار.⁽²⁾

(1) SAS v. Wucherpennig, Landgericht Hamburg, 6 April 1955; (1955)ZfL 226;(1955) 1 JALC 352. See on the subject of carriage of cargo, J. L. Magdedelenat, Le Fret Aerien(1979).

(2) Russell Jones v. Britannia Airways, Chester County Court, 5 november 1998.

وهذا ما قامت به الخطوط الجوية التركية مع كاتب هذه السطور في شهر فبراير 2013. حيث كان متفقا أن تنقله الخطوط التركية من أمستردام إلى البحرين عبر استنبول. فعندما تأخرت الطائرة عن التحليق من مطار أمستردام نحو استنبول أكثر من ساعة، قام كاتب السطور بإبلاغ ممثل الطيران التركي بأنه لو تأخر أكثر من ذلك فلا يستطيع اللحاق بالطائرة التركية التي تغادر استنبول إلى البحرين. وقام ممثل الشركة التركية على الفور بحجز مقعد له على طيران KLM المتجه إلى البحرين في اليوم نفسه وبذلك استطاع الناقل تفادي حصول أي ضرر قد ينجم عن التأخير.

وتعد قضية Heerfur مع الخطوط الملكية الهولندية KLM بمثابة مثال على تأثير أنظمة الاياتا IATA والتي تعد بمثابة قواعد مكملة لاتفاقية وارسو (وبعدها مونتريال). وتضمنت القضية شحن حيوانات منك حية والتي وصلت في حالة سيئة بسبب التأخير في نقلها. أقام صاحبها Heerfur دعوى تعويض، فحكمت محكمة الاستئناف الهولندية بأنه يتبين من بند رقم 5 من شروط العقد⁽¹⁾ والمطبوعة على ظهر وثيقة الشحن الجوي بأنه ليست هناك نقطة محددة بالزمن في الوثيقة خاصة تم الاتفاق عليها لعملية النقل وان KLM لم تكن مقيدة برحلة محددة، إضافة إلى ذلك أن تصرفات KLM كانت متسقة مع تنفيذ النقل بحسن نية، بناء عليه ليس هناك إمكانية لاية مسؤولية عن التأخير⁽²⁾.

وفي قضية Rouseff سنة 1979 والتي فيها تم إزاحة مقعد الراكب من رحلة في نقطة توقف، فإن المحكمة منع سماع الدعوى لأن الناقل رتب له نقله إلى مكان الوصول على متن طائرة أخرى خلال أقل من ساعتين من الوقت المحدد حسب جدول مواعيد الوصول⁽³⁾.

ويلاحظ بأن المادة 19 من الاتفاقية لم تحدد نوع الاضرار التي توجب مسؤولية الناقل

- (1) IATA Conditions of Contract Relating to Air Waybills (IATA Resolution 600-B). There exist similar Conditions of Contract Relating to Passenger Tickets (IATA Resolution 275-R). See for the text of both sets of Conditions, Shawcross and Beaumont, Air Law (1977), Vol. 2 (1981), pp. D-21-D-33.
- (2) Heerfur v. KLM Royal Dutch Airlines, Court of The Hague (The Netherlands), 8 March 1962; Nederlandse Jurisprudentie (NJ), (1963), p. 115 et seq.
- (3) Rouseff v. Western Airlines, US District Court, Central District of California, 22 March 1976; 13 Avi 18,391; Schoner's case law digest, Air Law, Vol. II (1977), p. 231. Cf. the decision of the Bundesgerichtshof (Federal Republic of Germany), 28 September 1978; (1979) ZLW 134; Air Law, Vol. IV (1979), p. 111 (refusal of carriage due to overbooking).

والتعويض عنها. غير أن الرأي استقر على أن هذا الموضوع متروك للقاضي الذي ينظر في القضية، ويسترشد في التوصل إلى حكمه بنصوص العقد المبرم بين الطرفين والعرف السائد وقواعد العدالة.

وإذا ما توفر شروط انعقاد مسؤولية الناقل الجوي فيثور التساؤل بشأن المدعي الذي يحق له المطالبة بالتعويض عند تقرير مسؤولية الناقل الجوي. ونحاول في الفقرة اللاحقة الإجابة على هذا التساؤل مع التركيز على إمكانية أن يكون غير الراكب أو مرسل البضاعة مدعياً ضد الناقل الجوي.

المطلب الثالث

أطراف دعوى المسؤولية في دعوى التعويض عن التأخير

يثور التساؤل بشأن من له الحق في إقامة دعوى التعويض عند تحقق شروط انعقاد مسؤولية الناقل الجوي، سيما أنه لا المادة 19 من اتفاقية مونتريال ولا أي حكم آخر من أحكام الاتفاقية نص على بيان من يحق له المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن التأخير. وهذا ما يتطلب منا توضيحه إضافة إلى بيان الشخص الذي يمكن توجيه الدعوى ضده لمطالبته بالتعويض. حيث من المعلوم أنه تقتصر أطراف دعوى المسؤولية على الراكب أو ورثته أو مرسل البضاعة كمدعي والناقل الجوي كمدعي عليه وتتناول فيما يلي طرفي دعوى المسؤولية:

الفرع الأول

المدعي

يكون الراكب في العادة هو المدعي في دعوى المسؤولية على الناقل الجوي في عقد نقل الأشخاص في حالة التأخير. أما فيما يخص دعاوى المسؤولية على الناقل في حالة النقل الجوي للبضائع، فإن المدعي يكون مرسل البضاعة أو المرسل إليه الوارد ذكرهما في وثيقة الشحن الجوي. حيث يجوز لأي واحد منهما رفع دعوى المسؤولية وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية. أما إذا خلت وثيقة الشحن الجوي من ذكرهما فيكون بإمكانهم إقامة الدعوى على الناقل على أساس المسؤولية التقصيرية مع مراعاة المادة 29 من الاتفاقية والمذكورة أعلاه.

من حيث المبدأ الشريك التعاقدى (سواء الراكب أو المرسل) مع الناقل الجوي لديه حق المثل أمام المحكمة لإقامة الدعوى على الناقل. وإذا كان واضحاً من المادة 19 من اتفاقية مونتريال لعام 1999 أن "الناقل مسؤول عن الضرر الناجم عن تأخير نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع جواً"، ولكنها أقل وضوحاً تجاه من سيكون الناقل مسؤولاً في حالة تأخير الركاب - هل تجاه الراكب فقط أم أيضاً تجاه أطراف أخرى الذين قد يلحق بهم الضرر؟

في دعوى أقامها أحد الأشخاص ضد الطيران الأوروبي *Air Europa* تقرر بأنه لا صلة لمن دفع للتذكرة بالدعوى، فالراكب نفسه هو الذي لديه الحق في إقامة الدعوى ضد الناقل الجوي⁽¹⁾. فيما يتعلق بالحالات التي تم فيها شراء تذكرة السفر من قبل شخص غير الراكب نفسه، مع وجود مصلحة في وصول الراكب في الموعد المحدد القاعدة التالية تم تبنيها في قضية الشركة الباكستانية للفنون والترفيه ضد شركة الخطوط الجوية الدولية. وتتعلق القضية بشركة نظمت فعاليات الحفلة الترفيهية. وضعت هذه الشركة برنامجاً بموجبه يشارك في إحدى فعالياته فنانى الأداء الذين كانوا ركاباً بموجب تذاكر التي تم شراؤها من قبل الشركة التي كانت لها مصلحة في وصول فنانى الأداء في الوقت المناسب. ورأت المحكمة أن الشركة التي تنظم فعاليات الحفلة الترفيهية يحق لها رفع دعوى قضائية كطرف في عقد النقل بناءً على مصلحتها بوصول شركائها التجاريين في الوقت المناسب⁽²⁾.

ويقول شوكروس وبومونت Shawcross and Beaumont أنه نتيجة للمصطلحات العامة للمادة 19 فيما يتعلق بشخص المدعى، من الناحية الفعلية أي شخص بإمكانه أن يثبت أنه قد لحق به ضرر نتيجة لتأخير الركاب أو الأمتعة أو البضائع، له الحق بأن يقيم الدعوى بموجب الاتفاقية الدولية حتى ولو كان الضرر غير متوقعا من قبل المدعى عليه أو كانت نتيجة بعيدة عن التأخير⁽³⁾.

وعكس هذا الرأي يرى Puścińska أنه من الواضح أن ما سبق لم يقصده واضعوا الاتفاقية لأن ذلك سيكون من شأنه خلق عدد غير معقول من المدعين المحتملين⁽⁴⁾.

(1) Cour de Cass, 27 June 2006) (2006) 60 FRDA 426.

(2) 660 NYS 2d 741 (App Div, 1997) 25 Avi 18, 464

(3) Shawcross and Beaumont: Air Law VII [1009]

(4) Puścińska, op. cit.: p. 10

فالقرار في دعوى فاسالو وكليير *Vasallo and Clare* ضد الخطوط الجوية الكندية يدعم الرأي القائل بأن الغير الذي أصابه الضرر نتيجة التأخير لا يمكن أن يكون ضمن تفكير أطراف عقد النقل وليس لديهم الخيار للحصول على التعويض⁽¹⁾.

وفي حكم صدر في 17 فبراير 2016، أكدت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي مسؤولية الناقل الجوي في حالة تأخير الركاب - ليس تجاه الركاب فقط وإنما أيضاً تجاه أطراف أخرى الذين قد يلحق بهم الضرر.

فقد قررت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي في استجابة لطلب الحكم الابتدائي من المحكمة العليا الليتوانية في قضية C-429/14 المرفوعة على الخطوط الجوية البلطيقية من جانب دائرة التحقيق الخاصة للجمهورية الليتوانية، بأن اتفاقية مونتريال كانت ينبغي أن تفسر بمعنى أن الناقل الذي أبرم عقد نقل مع صاحب عمل لأشخاص يحملون كركاب يكون مسؤولاً تجاه صاحب العمل عن الضرر الناجم عن تأخير النقل الجوي لهؤلاء الركاب.

وتتلخص وقائع هذه القضية أن دائرة التحقيق الخاصة للجمهورية الليتوانية رفعت دعوى ضد طيران البلطيق للمطالبة بتسديد مبلغ يعادل حوالي 338 يورو دفعتها الدائرة المذكورة إلى اثنين من ممثليها فيما يتعلق بنفقات السفر واشتراكات الضمان الاجتماعي، حسبما يقتضيه القانون الليتواني، على ضوء التأخير الذي عانى منه الممثلين في السفر لمهمة للدائرة المذكورة.. فقد اشترت الدائرة المذكورة تذاكر لممثليها للسفر من مدينة فيلنيوس إلى باكو عبر ريغا وموسكو، على طيران البلطيق أولاً ثم وأخيراً على طيران ناقل آخر. وأدى وصول الرحلة متأخرة إلى موسكو إلى فقدان إمكانية الربط مع الرحلة المتوجهة باكو، وقيام شركة طيران البلطيق بوضع الممثلين على متن طائرة أخرى والتي وصلت إلى باكو في اليوم التالي.

ورأت المحكمة الابتدائية أن طيران البلطيق كان مسؤولاً عن دفع المبلغ المطالب به من قبل الدائرة المذكورة. واستأنف طيران البلطيق الحكم لدى المحكمة العليا، بحجة أنه بموجب المادة 19 من اتفاقية مونتريال، يمكن تحميل الناقل المسؤولية فقط تجاه الركاب أنفسهم وليس تجاه أشخاص آخرين، ولا سيما عندما لا يكونون أشخاصاً طبيعيين ومن

(1) 1963) 38 DLR (2d) 383.

ثم ليسوا مستهلكين.

وقررت المحكمة العليا في ليتوانيا أن تحيل إلى محكمة العدل للاتحاد الأوروبي التساؤل فيما إذا كان المواد 19 و22 و29 من اتفاقية مونتريال ينبغي فهمها على أنها تعني أن الناقل الجوي مسؤول أمام أطراف ثالثة، من جملتهم، صاحب عمل الركاب، الشخص القانوني، الذي أبرمت معه معاملة للنقل الدولي لركاب، بسبب الأضرار التي سببها تأخر الرحلة، على الحساب النفقات التي تكبدها صاحب العمل.

استدلال محكمة العدل للاتحاد الأوروبي:

وبدأت المحكمة بالإشارة إلى أنه كنتيجة للمادة 31 من اتفاقية فيينا، يجب أن تفسر المعاهدة الدولية وفقاً للمعنى العادي الذي يعطى لمصطلحاتها في سياقها وفي ضوء هدفها وغرضها.

وفيما يتعلق بالمعنى العادي للحكم المعني، وجدت المحكمة بأنه، حيث تشير المادة 19 إلى "أي ضرر ناجم عن التأخير..."، ولا تحدد من قد يكون قد تعرض لهذا الضرر، على الرغم من أنه لا ينص صراحة على ذلك، فإنه يفسح المجال ليُفسر على أنه لا ينطبق فقط على الأضرار التي لحقت بالركاب أنفسهم ولكن أيضاً على الضرر الذي لحق بصاحب العمل..

ثم فتشت المحكمة فيما إذا كان هذا التفسير مدعماً بالسياق والأهداف، وخلصت إلى الاستناد إلى الأسباب التالية لحكمها:

توجد اتفاقية مونتريال في ستة نسخ من اللغات الأصلية (الفرنسية والإنكليزية والعربية والصينية والإسبانية والروسية). على الرغم من أن نسخة اللغة الفرنسية في المادة 22 (1) تقيّد مفهوم الضرر الناجم عن التأخير بالإضرار "لكل راكب"، تختلف النسخ الإنكليزية والإسبانية والروسية، من حيث أنها تشير إلى الأضرار الناجمة عن التأخير، دون تقيّد الضرر بتلك التي يلحق بالركاب.

والفقرة 1 من المادة الأولى من الاتفاقية، التي تحدد نطاق تطبيقها، تنص على أنها "تطبق على كافة النقل الدولي للأشخاص أو الأمتعة أو البضائع التي تنفذ بواسطة الطائرات...". وفي حين أنها لا تحدد الأشخاص الذين يحتفظون بخدمات الناقل الجوي لهذه الأغراض، فإنه ينبغي تفسيرها في ضوء التلاوة الثالثة في الديباجة، التي ذكرت "أهمية ضمان حماية مصالح المستهلكين على الصعيد النقل الدولي بالطائرة"، والمستهلكون

لمثل هذه الأغراض ليسوا بالضرورة نفس الركاب ويمكن أن تشمل الأشخاص الذين ليسوا مسافرين. وبالنظر إلى هذا الهدف، لا يمكن تفسيرها للفقرة 1 من المادة الأولى على أنها تستبعد مستهلكين للنقل الدولي بالطائرة، على الرغم من أنهم قد لا يكونوا ركاباً. وتقييم عدد من أحكام الاتفاقية (منها مثلاً الفقرة 2 من المادة الأولى التي تشير إلى "الاتفاق بين الأطراف" والفقرة 5 من المادة 3، التي تنص على أن عدم امتثال الناقل لشروط التذاكر لا يؤثر على وجود أو صحة عقد النقل، المادة 25 التي تنص على أنه يجوز للناقل أن يشترط خضوع عقد النقل لحدود مسؤولية أعلى من الحدود المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، والفقرة 1 من المادة 33 التي تنص أن واحد من الاختصاصات القضائية المتاحة هو محكمة محل إقامة الناقل أو محكمة المكان الذي لديه فيه مركز أعمال تم بواسطته إبرام العقد الرابط بين مسؤولية الناقل وعقد النقل، وهي ليست ذا صلة بهذه الأغراض سواء كان الطرف الآخر في ذلك العقد راكباً أم لم يكن كذلك. وأخيراً، أشارت المحكمة إلى أنه بالنظر إلى الحكم الوارد في الفقرة 1 من المادة 22 بخصوص التحديد النقدي لمسؤولية الناقل لكل راكب، فإن مبلغ مسؤولية الناقل لغير الركاب فيما يتعلق بتأخير الركاب لا يمكن أن يتجاوز "مجموع مبالغ التعويض التي يجوز الحصول عليها من هذا الناقل لجميع الركاب إذا رفعوا دعاوى فردية"⁽¹⁾. ومن جانبنا نرى صحة ما ذهب إليه محكمة العدل للاتحاد الأوروبي ذلك لأنه يتفق مع مضمون المادة 19 من اتفاقية مونتريال التي تنص على مسؤولية الناقل عن الضرر الناشئ عن التأخير دون أن يقصر هذا الضرر على الراكب نفسه.

الفرع الثاني

المدعى عليه

تقام دعوى المسؤولية في الأصل على الناقل الجوي حيث أن صياغة المادة 19 من اتفاقية مونتريال تنص على وجه التحديد أن دعوى التعويض عن الأضرار موجهة ضد الناقل الجوي. غير أن بعض الإشكالات قد تبرز في حالة وجود ناقل متعاقد وناقل فعلي أو الناقلين المتتابعين أو وفاة الناقل إلى جانب الرجوع على تابع أو وكيل الناقل وفيما يلي

(1) John Balfour, Tom van der Wijngaart, 'Montreal Convention: To Whom Is the Carrier Liable in the Event of Delay?' (2016) 41 Air and Space Law, Issue 6, pp. 511-515

تفصيل ذلك:

أولاً: حالة الناقل المتعاقد والناقل الفعلي:

عالجت المادة 39 من اتفاقية مونتريال 1999 حالة إبرام عقد النقل من قبل الناقل المتعاقد مع راكب أو مرسل وقيام ناقل فعلي بمقتضى ترخيص من الناقل الفعلي، بتنفيذ كل أو جزء من النقل، دون أن يكون بالنسبة لهذا لجزء ناقلاً متتابعاً. وفي هذه الحالة فإن المادة (45) من اتفاقية مونتريال أجازت إقامة دعوى التعويض، حسب اختيار المدعى (الراكب أو المرسل إليه) على الناقل الفعلي أو الناقل المتعاقد أو عليهما معاً متضامنين أو منفردين. وإذا أقيمت الدعوى ضد واحد من الناقلين، يحق إدخال الناقل الآخر في الدعوى، على أن تخضع الإجراءات والآثار المترتبة على ذلك لقانون المحكمة التي تتولى نظر الدعوى.

ثانياً: حالة الناقلين المتتابعين:

وفقاً للمادة 36 من الاتفاقية الناقل الجوي المتتابع يمكن أيضاً أن يعتبر كمدعى عليه، إذا كان يقبل الركاب أو البضائع أو الأمتعة.⁽¹⁾ وإذا قام بالنقل عدد من الناقلين المتتابعين فإن اتفاقية مونتريال تضمنت أحكاماً خاصة بإقامة دعوى التعويض على هؤلاء الناقلين، حيث فرقت هذه الأحكام بين الدعوى في نقل الركاب ونقل الأمتعة والبضائع: ففيما يتعلق بنقل الركاب فإن الأصل، لا يحق للراكب أو لأي شخص يستمد منه حقه في التعويض، الرجوع إلا على الناقل الذي تولي النقل ووقع خلاله التأخير. غير أنه من الجائز إقامة الدعوى على الناقل الأول إذا أخذ على عاتقه المسؤولية عن الرحلة بأكملها بموجب اتفاق صريح، حتى ولو حصل الضرر في مرحلة توليها ناقل لاحق له (ف 2 من م 36).

أما في حالة نقل الأمتعة والبضائع فإن الفقرة 3 من المادة 36 من الاتفاقية أقرت بحق الراكب أو المرسل إقامة الدعوى على الناقل الأول، كما وأقرت بحق الراكب أو المرسل إليه صاحب الحق في استلام إقامة الدعوى على الناقل الأخير. فضلاً عن ذلك، لكل من الراكب والمرسل والمرسل إليه الحق في الرجوع على الناقل الذي تولي مرحلة النقل التي

(1) Elmar Giumulla, Ronald Schmid (ed.) Montreal Convention Commentary, The Hague, Kluwer Law International, 2006 (analyses of the liability of delay p. 2 - Art. 19)

وقع خلالها التأخير. ويكون هؤلاء الناقلون مسؤولون بالتضامن تجاه الراكب أو المرسل أو المرسل إليه.

ويلاحظ بأنه في حالة نقل يتم من قبل عدد من الناقلين المتتابعين، فإن كل ناقل سيعتبر كواحد من أطراف عقد النقل إلى المدى الذي كان العقد يتعامل مع الجزء من النقل الذي نفذ تحت رعايته.

ويمكن القول بان مجمل المشاكل التي تنشأ في الحالة التي يتم النقل من قبل ناقلين متتابعين يتعلق ب: أ - العلاقة بين الناقلين في حالة إحلال ناقل محل ناقل آخر، يعنى عندما يعهد عملية النقل بناقل لم يرد اسمه في عقد النقل، ب - العلاقات بين الناقلين والركاب وأصحاب الشحنات.⁽¹⁾

ثالثاً: حالة وفاة الناقل:

على الرغم من الناقل في عقود النقل الجوية هو شركة للطيران الا أن اتفاقية مونتريال في المادة 32 منها عالجت حالة وفاة الناقل الجوي إذا كان شخصاً طبيعياً حيث نصت على أنه " في حالة وفاة الشخص الذي تقع عليه المسؤولية، يجوز أن تقام دعوى التعويض، وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية، ضد أصحاب الحقوق الشرعيين في تركته". وإذا أقيمت الدعوى على ورثة الناقل المتوفى فإن لهؤلاء الحق في الاستفادة من أحكام تحديد المسؤولية المقررة في الاتفاقية⁽²⁾.

رابعاً: الرجوع على تابعي الناقل:

والمشكلة التي قد تنشأ فيما يتعلق بالمدعى عليهم في الدعوى هي مسألة تابعي ووكلاء الناقل الجوي. ووفقاً للمبدأ المقبول عالمياً، فإن مصطلح " التابعين والوكلاء "يتعلق حصراً بالأشخاص الذين يعملون لدى الناقل الجوي بناءً على عقد العمل. وفقاً للمادة 1/30 من اتفاقية مونتريال يجوز رفع دعوى على تابعي الناقل أو وكيله. وإذا رفعت

(1) See, e. g. , Connaught Laboratories v. Air Canada; Aerolineas Nacionales de Ecuador, third party, Ontario High Court of Justice, 10 October 1978; Air, Vol. 15, p. 17,705; Air Law, Vol V (1980), p. 37 (claims against and between successive carriers). Cf. also the United Nations Convention on International Multimodal Transport, signed on 24 May 1980. See G. F. Fitzgerald, 'The Un Convention on Multimodal Transport of Good (1980). Discussions of the Operations of Pick-up and Delivery with Particular Attention to the Air Mode', Air Law, Vol. VII (1982), pp. 202-214.

(2) د. هاني دويدار، قانون الطيران التجاري، دار الجامعة الجديد للنشر، 1994، ص 264.

الدعوى على هذا التابع فله الحق في الاستفادة من شروط وحدود المسؤولية التي يحق للناقل ذاته الاستناد إليها بمقتضى الاتفاقية، شريطة أن يثبت أنه تصرف في نطاق ممارسته لوظيفته

فالمعيار الأكثر أهمية الذي يتعين أن يتحقق هو أن يكون تابع أو وكيل للناقل قد تصرف في نطاق ممارسته لوظيفته المسندة إليه من الناقل الجوي. وقد انعكس هذا المبدأ في قضية كريسبو *Crespo* ضد الخطوط الجوية الشرقية حيث لم تحمل المحكمة المسؤولية على عاتق الناقل الجوي عن قيام ضابط شرطة بالاعتداء الجسدي على أحد الركاب لأن الضابط لم يتصرف بهدف إنجاز العقد للناقل الجوي. وبناء على ذلك، فإن ضابط شرطة لم يعمل مباشرة للناقل الجوي⁽¹⁾. ومن المهم جدا التأكيد على أن تنفيذ المهام الموكلة إلي "تابعي ووكلاء الناقل" يخدم تنفيذ عقد النقل الجوي⁽²⁾ وإذا رفعت الدعوى على كل من الناقل الجوي وتابع الناقل فيجب أن لا يتجاوز مجموع التعويضات التي يمكن الحصول عليها منهما الحد الأقصى المقرر في الاتفاقية (م 2/30).

ويلاحظ بأن المادة 43 من اتفاقية مونتريال 1999 قد تضمنت حكماً شبيهاً لحكم الفقرة 1 من المادة 30 من الاتفاقية والتي نصت على أنه "فيما يتعلق بالنقل الذي يقوم به الناقل الفعلي، فإن كل تابع أو وكيل لهذا الناقل أو للناقل المتعاقد، إذا ما أثبت أنه قد تصرف في نطاق ممارسته لوظيفته، يحق له الاستفادة من شروط حدود المسؤولية المقررة بمقتضى هذه الاتفاقية للناقل الذي يتبعه أو يعمل وكيلاً له، إلا إذا ثبت أنه تصرف بطريقة تحول دون الاستناد إلى حدود المسؤولية وفقاً لهذه الاتفاقية".

إن غياب هذه الشروط المقيدة من شأنها أن يخلق قدراً كبيراً من الغموض فيما يخص شخص المدعى عليه في الحالات المعقدة لوكيل الناقل. ويذكر أن تطبيق الشروط والمتطلبات المذكورة أعلاه، يخدم الغرض من تقييد "دائرة" المدعى عليهم المحتملين فيما يتعلق بتابعي ووكلاء الناقل الجوي.

(1) Superior Court of Puerto Rico, 1981, 16 Avi 18,059

(2) Elmar Giumulla, Ronald Schmid (ed.) Montreal Convention Commentary, The Hague, Kluwer Law International, 2006 (analyses of the liability of delay p. 27 - Art. 19)

المطلب الثالث

المسؤولية المحدودة للناقل الجوي عن التأخير

منذ أن بدأت ممارسة التجارة عن طريق الجو على متن الطائرات تم إدراك أن النقل بالجو هو عمل محفوف بالمخاطر بالنسبة للناقل الجوي. فالناقلون الجويون مسؤولون عن الأضرار التي تصيب الركاب وأمتعتهم وعن فقدانها وكذلك التي تصيب الشحنة وعن فقدانها. كما وأن هناك مخاطر جمة تنجم عن التصرفات غير المتوقعة من قائد الطائرة أو طاقمها والتي تصدر بعيدا عن سيطرة الناقل الجوي. وقد تصل المبالغ التي تقرر على عاتق الناقل الجوي نتيجة حاث جوي إلى أحجام كبيرة في شكل تعويضات تدفع إلى المتضررين من الركاب أو الأشخاص الذين يستمدون منهم حقوقهم والشاحنين. وقد يؤدي تقرير لمسؤولية الناقل الجوي بدفع تلك المبالغ إلى عجزه عن الدفع وبالتالي تقرير إفلاسه وتوقفه عن نشاطه الجوي.

لهذه الأسباب وللحيلولة دون توقف نشاط الملاحة الجوية التجارية الحيوي ولضمان عدم تعرض الناقل الجوي للانهايار، فإن الدول قد عقدت اتفاقيات دولية بهدف توحيد أحكام تحديد مسؤولية الناقل الجوي.

وقد بدأ تقرير مبدأ تحديد المسؤولية في اتفاقية وارسو عام 1929، حيث تمتع الناقلون الجويون بموجبها بالعديد من التحديدات من المسؤولية في الدعاوى المتعلقة بالنقل الجوي ثم صدر بروتوكول لاهاي عام 1955 بموجبه تم زيادة الحد الأقصى للتعويض الذي يلتزم به الناقل الجوي تعديلات أخرى لاتفاقية وارسو سيما في المواد المتعلقة بالحد الأقصى لمسؤولية الناقل وفقاً لبروتوكول جواتيمالا عام 1971 ثم بروتوكول مونتريال عام 1975 ثم جاءت اتفاقية مونتريال عام 1999 أقرت مبدأ تحديد مسؤولية الناقل الجوي ووجدت الأحكام المتعلقة بتحديد الحد الأقصى للتعويض وحلت محل اتفاقية وارسو والبروتوكولات المكملة والمعدلة لها.

إذا انعقدت مسؤولية الناقل الجوي بالتعويض عن الأضرار الحاصلة للركاب أو أمتعتهم أو للبضاعة وعجز الناقل عن دفع المسؤولية عنه أو التخفيف منها بالاستناد إلى أحد الأسباب المقررة لذلك، فيفترض أن الناقل الجوي وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية أن يدفع التعويض الكامل عن جميع الأضرار الحاصلة. غير أن الأمر يجري خلافا لهذا

الأصل حيث لا يلتزم في جميع الأحوال بدفع كل مبلغ التعويض في حالة التأخير وإنما يلتزم بدفع التعويض في الحدود القصوى لمسؤوليته والمقررة في اتفاقية مونتريال. وقد قدمت تبريرات عديدة لتقرير حق تحديد مسؤولية الناقل الجوي وعدم إلزامه بدفع التعويضات التي نشأت على عاتقه بصورة كاملة في جميع الأحوال ومن بين هذه التبريرات أن هذه الحدود للمسؤولية إنما وضعت من أجل حماية مرفق النقل الجوي واستمرار أداء نشاطه على النطاق العالمي. إضافة إلى وجوب تقديم كل تشجيع للناقلين الجويين للاستمرار في عملهم، ذلك لأن الكسب بالطائرة يعد مهنة فيها طابع مغامرة يجب تشجيعها لمصلحة نمو وازدهار التجارة الدولية. وإذا كان الأشخاص الذين هم على استعداد للمغامرة بما يملكونه من رأس مال يعلمون بانهم سوف يجابهون التعويض للمسؤولية غير المحدودة، فإنهم غالباً ما يرون بانهم قد وضعوا في ظرف قدم تم فيه التقييد على القوة الدافعة لروحيتهم المغامرة ولم تتح لها الفرصة لازدهارها، وهذا مما يدعو إلى تفهم فكرة تحديد مسؤولية الناقل الجوي.

الحد الأقصى للتعويض عن التأخير وفقاً لاتفاقية مونتريال 1999:

تناولت المادتين 21 و22 من اتفاقية مونتريال 1999 حدود المسؤولية حيث بينتا الحدود القصوى للمسؤولية، وكيفية حساب هذه الحدود وذلك على الوجه الآتي:

أولاً - الحدود القصوى للتعويض:

يكون تحديد مسؤولية الناقل الجوي حسب نوع وطبيعة الضرر وحجمه على النحو الآتي:

1. الحد الأعلى للتعويض عن التأخير في نقل الركاب:

تكون مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الناتج عن التأخير في نقل الركاب محددة بمبلغ 4150 وحدة حقوق سحب خاصة (المادة 221/ من اتفاقية مونتريال) (أي ما يعادل حوالي 5725 دولار بحر أميركي) عن كل راكب. ويعتبر مبلغ 4150 وحدة حقوق سحب خاصة الحد الأقصى لمسؤولية الناقل الجوي في حالة التأخير، أي أن القاضي لا يجوز - كقاعدة عامة - أن يحكم بتعويض يجاوز هذا المبلغ. إلا ان ذلك لا يعني أن على القاضي أن يحكم دائماً بهذا المبلغ، ذلك لأنه يملك سلطة تقديره بأن يحكم بأقل من هذا المبلغ إذا رأى بأن الضرر الذي أصاب الركاب نتيجة التأخير لا يستحق مبلغ الحد الأقصى في الاتفاقية.

ففي قضية رفع أحد الركاب دعوى على شركة طيران الخليج طلب الحكم بإلزامها بأن تؤدي له ثلاثة آلاف دينار والفوائد تعويضاً عما لحقه من أضرار مادية ومعنوية نتيجة تأخر وصول طائرتها التي سافر عليها من صنعاء إلى البحرين بتاريخ 19/12/1999 عن طريق ابوظبي حيث تعطلت في مطارها فلم تصل إلى البحرين إلا في الساعة 4:30 من مساء اليوم التالي. حكمت المحكمة بإلزام المدعي عليها بدفع مبلغ ألف دينار والفائدة بواقع 7% من تاريخ رفع الدعوى. فاستأنفت الحكم بالاستئناف رقم 2001/339 طالبة إلغاء فيما زاد عن مبلغ 200 دولار أميركي تعادل 75 ديناراً تراه التعويض المناسب لجبر الضرر. وحكمت المحكمة الاستئنافية بتعديل الحكم بجعل المبلغ المقضي به ثلثمائة دينار بدلاً من ألف دينار وفي الاستئناف الفرعي برفضه. فطعن المدعي في هذا الحكم بطريق التمييز. وحكمت محكمة التمييز البحرينية بأنه "وضعت اتفاقية وارسو⁽¹⁾ حداً أقصى للتعويض المستحق للمسافر في حالة إخلال الناقل بالتزامات وليس ثمة ما يحول دون إلزامه بتعويض أقل يتناسب مع مقدار الضرر. لما كان ذلك وكان الضرر المادي الموجب للتعويض هو الإخلال بمصلحة مالية للمضرور ويشترط أن يكون محققاً وكان تحصيل وقوعه وتحديد التعويض المستحق هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع دون تعقيب عليها متى كان تقديرها سائغاً لا ياباه المنطق بالسليم. وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن الطاعن لم يقدم دليلاً على إصابته بضرر مادي نتيجة التأخير في نقله يستوجب التعويض عنه وقضت له بما قدرته من تعويض مناسب لجبر الضرر المعنوي الذي لحقه وكان هذا الذي خلص إليه الحكم استخلاصاً سائغاً ومقبولاً ويتفق مع حقيقة الثابت بالأوراق فإن النعي عليه بخالفه القانون أو الخطأ في تطبيقه يكون غير صحيح.

وحيث أنه لما تقدم بتعين رفض الطعن وإلزام الطاعنة بالمصاريف ومصادرة الكفالة⁽²⁾. كررت محكمة التمييز البحرينية في حكم آخر مماثل المبدأ ذاته عندما قررت بأنه " فقد وضعت اتفاقية وارسو حداً أقصى للتعويض المستحق للمسافر في حالة إخلال الناقل

(1) الغريب أن محكمة التمييز بينت حكمها تطبيقاً لاتفاقية وارسو 1929 رغم ان اتفاقية مونتريال عام 1999 حلت محلها من تاريخ انضمام البحرين إليها سنة 2000.

(2) الطعن 2002/127 بتاريخ 2003/1/27.

بالتزاماته وليس فيها ما يحول دون الحكم بتعويض أقل يتناسب مع مقدرا الضرر⁽¹⁾. وفي قضية أخرى رفع أحد الركاب الدعوى على شركة طيران الخليج طلب الحكم بإلزامها بأن يؤدي له مبلغ خمسة آلاف دينار بسبب قيام الشركة بتأجيل سفره إلى اليوم التالي للميعاد المحدد مما أدى إلى عدم تمكنه من الحضور في مراسم زواج أخيه في السودان والذي كان الغرض من سفره مما الحق به أضررا أدبيا. حكمت المحكمة برفض الدعوى فاستأنف الحكم بالاستئناف رقم 2008/1698 وحكمت المحكمة الكبرى الاستئنافية بإلغائه وإلزام طيران الخليج بأن تودي للراكب خمسمائة دينار وفائدته بواقع 3% من تاريخ رفع الدعوى. فطعن في هذا الحكم بالتمييز وحكمت محكمة التمييز البحرينية في القضية بقولها " انه لما كان من المقرر بنص المادة 19 من اتفاقية وارسو واجبة التطبيق فإن مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير في نقل المسافرين عن الميعاد المعين في تذكرة السفر بناء على خطأ مفترض فب جانبه لا يعفيه منها الا إذا أثبت أنه وتابعوه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لمنع وقوع الضرر أو كان يستحيل ذلك أو يثبت حصول الضرر نتيجة خطأ المسافرين... وكان الحكم المطعون فيه قد بني قضاءه على ما خلص عليه صحيحا وان الطاعنة لم تقدم ما يدل على انها وتابعيها اتخذوا التدابير اللازمة لمنع تأخير السفر أو أنه هو الذي تسبب بخطئه في احداث ما لحقه من ضرر أدبي يتمثل فيما عاناه نفسيا نتيجة يأخر سفره وعدم لحاقه بمراسم عقد قران شقيقه بما تحقق به مسؤوليتها عن تعويضه فإنه يكون قد التزم في قضائه صحيح القانون بأسباب سائغة⁽²⁾.

غير أن الناقل يحرم من التمسك بهذا التحديد وبالتالي يلزم بدفع مبلغ التعويض كله حتى ولو تجاوز الحد الأقصى المقرر لمسؤوليته في الاتفاقية في حال تمكن الراكب المضرور من إثبات أن الضرر قد نتج عن فعل أو امتناع من جانب الناقل أو تابعة أو وكلائه، بقصد احداث ضرر، أو برعونة مقرونة بإدراك أن ضررا سينجم عن ذلك في

(1) الطعن 2003/138 بتاريخ 2004/4/12 ونفس ملاحظة الهامش السابق بخصوص تطبيق أحكام اتفاقية وارسو رغم حلول اتفاقية مونتريال محلها منذ 1999.

(2) الطعن 2099-467 بتاريخ 2009-5-24 ويؤخذ على هذا الحكم أن المحاكم البحرينية طبقت اتفاقية وارسو بعد مرور تسع سنوات على إلغائها وحلول اتفاقية مونتريال 1999 محلها وتصديق البحرين عليها منذ سنة 2000.

الغالب (ف 5 من المادة 22 من الاتفاقية). وهذا يعني أن الحد الأقصى للالتزامات المنصوص عليها في الفقرة 1 من المادة 22 من اتفاقية مونتريال يمكن تجاوزها. إلا أن الفقرة 5 من تلك المادة اشترطت في حالة وقوع الفعل أو الامتناع من أحد التابعين أو الوكلاء، إثبات ان هذا التابع كان يتصرف في نطاق ممارسته لوظيفته. ويلاحظ بأنه في معظم الحالات يكاد يكون من المستحيل على الراكب أن يثبت سوء سلوك المتعمد من جانب الناقل لتجنب حدود المسؤولية. الراكب هو ليس فقط فيوضع (أو ليس في حوزته معلومات كافية) ليكون قادرا على إثبات سوء السلوك المتعمد. إن قضية كوهين *Cohen* ضد *Varig* يمكن أن تكون مثالا جيدا لإظهار أنه على الرغم من سوء تصرفه المتعمد لم يتقرر مسؤولية الناقل عن الألم النفسي للراكب الناجم عن تأخر الأمتعة⁽¹⁾.

مشكلة الإقرار فيما إذا كان المعيار الموضوعي أو الشخصي يجب أن يطبق لقياس مناسب لفعل أو امتناع الناقل أو تابعيه قد تم برعونة مقرونة بإدراك ان ضرراً سينجم، قد صدر به قرار من محكمة فرنسية لمصلحة المعيار الموضوعي. وقد أكد الفقه والقضاء في العديد من البلدان بان هذا التفسير هو مخالف لتأريخ المادة 25 من اتفاقية وارسو وكذلك لمقاصد واضعي الاتفاقية.⁽²⁾

و توفر المادة 25 من اتفاقية مونتريال وسيلة بديلة للتغلب على حد المسؤولية المذكورة أعلاه. ووفقا لحكم هذه المادة يجوز للناقل أن يشترط خضوع عقد النقل لحدود مسؤولية أعلى من الحدود المنصوص عليها في هذه الاتفاقية أو أنه لا يخضع لأي حدود للمسؤولية. حيث يمكن أن يؤدي اتفاق طرفي عقد النقل إلى جعله أسهل للمسافر للتغلب على حدود المسؤولية. وهذا الوسيلة قد تكون الطريقة الوحيدة الممكنة للركاب لكسر أو لتجاوز حدود المسؤولية.

2. الحد الأقصى للتعويض في حالة نقل الأمتعة:

تكون مسؤولية الناقل الجوي في حالة تلف الأمتعة المسجلة أو غير المسجلة أو ضياعها أو تعييبها أو تأخيرها محددة بمبلغ 1.000 وحدة حقوق سحب خاصة (أي ما يعادل 053 دينار بحريني) عن كل راكب (الفقرة 2 من المادة 22 من الاتفاقية).

(1) 405 N. Y. S. 2d 44 (App Div. 1978)

(2) انظر *Swiss bank Corp. v. Air Canada*, Federal Court of Canada, Trial Division, 22 October 1981.

1981; *Annals of Air and Space Law*, Vol. VII (1982), pp. 533 – 538

ويلاحظ بأن مبلغ 1000 وحدة حقوق سحب خاصة هو الحد الأقصى لمسؤولية الناقل الجوي عن الديون الناشئة عن فقدان الأمتعة أو تلفها أو تعييبها أو تأخيرها، بمعنى ان القاضي - كقاعدة عامة - لا يجوز له أن يحكم على الناقل بدفع تعويض يجاوز مبلغ الحد الأقصى، دون أن يعني ذلك أن عليه يحكم في جميع الأحوال يدفع ذلك المبلغ ذلك لأن القاضي يحق له أن يحكم بتعويض أقل من ذلك الحد الأقصى المقرر في الاتفاقية. ففي قضية رفع أحد الركاب الدعوى على شركة طيران الخليج طلب بإلزامها بأن تؤدي له مبلغ ألفين دينار تعويضا له عما لحقه من ضرر نتيجة فقد حقيبته المسلمة لها في رحلة سفره على طائرتها من مطار ابوظبي إلى مطار برج العرب بمصر في يوم 2003/8/11. وحكمت محكمة التمييز البحرينية بأنه "لما كانت الفقرة ج من المادة 22 من اتفاقية وارسو لسنة 1929 المستبدلة ببروتوكول جواتمالا لسنة 1971 قد حددت مسؤولية الناقل عن ضياع الأمتعة بمبلغ خمسة عشر ألف فرنك لكل راكب. فقد وضعت بذلك حدا أقصى للتعويض الذي يحصل عليه المضرار فلا يمتنع الاتفاق على تعويض أقل وكانت الطاعنة قد تمسكت في دفاعها بما هو ثابت بتذكرة سفر المطعون ضده من تحديد مسؤوليتها عن ضياع الأمتعة بعشرين دولار أميركي عن كل كيلو جرام، فلا تلتزم بما يزيد عن أربعمئة دولار باعتبار أن وزن الحقيبة الضائعة كان عشرين كيلوغرام.⁽¹⁾ ويلاحظ بان هذا الحكم باطل وفقا للمادتين 2/22 و26 من اتفاقية مونتريال 1999 النافذة في البحرين ذلك لأن المادة 2/22 حددت الحد الأقصى مسؤولية الناقل الجوي على الأضرار التي تصيب الأمتعة بمبلغ 1000 وحدة حقوق سحب خاصة أي ما يعادل 532 دينار بحريني تقريبا. وكذلك فإن المادة 26 تفضي بأنه " كل بند بهدف.. إلى وضع حد أدنى من الحد المعين في هذه الاتفاقية يكون باطلا ولاغيا. "

ويلاحظ أن محكمة التمييز البحرينية قد عدلت عن خطئها هذا في حكم لها صدرت بتاريخ 19 يناير 2015. تتلخص وقائع الدعوى ان قيام أحد الركاب الدعوى على طيران الخليج طالب بإلزامها بأن تؤدي له مبلغ 5000 دينار نتيجة فقد حقيبته. حكمت المحكمة

(1) الطعن 2007/447 مع ملاحظة هامش السابق بخصوص صدور اتفاقية مونتريال 1999 وعدم انتباه محكمة التمييز لإلغاء اتفاقية وارسو وسريان أحكام اتفاقية مونتريال منذ تصديق البحرين عليها سنة 2000.

الصغرى برفض الدعوى تم استئناف الحكم امام المحكمة الكبرى والتي حكمت أن تؤدي طيران الخليج مبلغ يعادل 15000 فرنك بالدينار البحريني تم الطعن في الحكم وحكمت محكمة التمييز " أن اتفاقية مونتريال لعام 1999 هي الواجبة التطبيق في عقد النقل المبرم بين طرفي التداعي وإذ وضعت الاتفاقية حداً أقصى للتعويض للمسافر في حالة إخلال الناقل بالتزاماته بشأن نقل الأمتعة وفقاً لنص المادة 2/22 منها والتي تضمنت أنه عند نقل الأمتعة تكون مسؤولية الناقل في حالة تلفها أو ضياعها... محددة بمبلغ 1000 وحدة حقوق سحب خاصة عن كل راكب، وقد خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتعويض المطعون ضده وفقاً لأحكام اتفاقية وارسو لسنة 1929 والمعدلة ببروتوكول جواتيمالا لسنة 1971 بمبلغ يعادل خمسة عشر ألف فرنك بالدينار البحريني فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يعيبه ويجب نقضه والإحالة "

غير أن الناقل لا يستطيع أن يتمسك بهذا الحد الأقصى المقرر له في الاتفاقية وبالتالي يلزم بدفع التعويض عن الأضرار التي تصيب الأمتعة بصورة كاملة مهما بلغ قيمتها، إذا ما أثبت المضرور أن الضرر قد نتج عن فعل أو امتناع من جانب الناقل أو تابعيه أو وكلائه، بقصد إحداث الضرر أو برعونة مصاحبة بإدراك ان ضرراً سينجم عن ذلك في الغالب (ف 5 من المادة 22 من الاتفاقية).

وفي قضية تمييز قضت المحكمة العليا لمدينة نيويورك بان رفض الناقل الجوي بإنزال أمتعة راكبين، وشحنها خطأً على متن طائرة أخرى مع أمتعة لركاب آخرين الذين استمروا في رحلتهم على متن تلك الطائرة، يشكل سوء تصرف متعمد في منطوق اتفاقية وارسو.⁽¹⁾ ويتعين على المشغل الجوي أن يقوم بتعويض المسافر عن تأخر الأمتعة الخاصة به خلال واحد وعشرين يوماً من تاريخ إخطار المسافر بتأخر أمتعته وفقاً للإجراءات المتبعة. أما في حالة تلف الأمتعة الخاصة به على المشغل الجوي أن يقوم بتعويض المسافر خلال أربعة عشر يوماً من تاريخ اعتبار الأمتعة تالفة وفقاً لإجراءات المشغل الجوي. (الفقرتين 5 و6 من المادة 53 من اللائحة التنفيذية رقم 21 لسنة 2013 لقانون الطيران البحريني)

(1) Cohen v. VArig Airlines, NY Supreme Court, Appellate Division, 2 May 1978; 15 Avi 17,112; Schoner's case law digest, Air Law, Vol. IV (1979), p. 228. See also kupferman Pakistan Airlines, Civil Court of the City of New York, 27 March 1981; 16 Avi 17,443.

تقديم بيان خاص عن الأمتعة:

وإذا ما قام الراكب عند تسليم الأمتعة المسجلة إلى الناقل، بتقديم بيان خاص عن الأمتعة وضح فيه مصلحته في تسليمها عند نقطة المقصد كأن يذكر في بيانه أن أمتعته عبارة عن سبائك ذهب قيمتها ربع مليون دينار أو لوحات فنية أو تحف اثرية قيمتها 300 ألف دينار ويقصد بذلك حمل الناقل على بذل ما في وسعه للعناية بها، وقد يدفع الراكب مبلغ أجر إضافي إذا اقتضى الامر. ففي هذه الحالة لا يستطيع الناقل التمسك بالحد الأقصى لمسؤوليته والمقرر في الاتفاقية، حيث يكون ملزماً بدفع المبلغ الذي أعلنه الراكب. وهذا ما أكدته أيضاً المادة 53/ 8 من اللائحة التنفيذية لقانون الطيران بنصها على أنه " إذا رغب المسافر في رفع قيمة التعويض المنصوص عليه (والبالغة ألفاً ومائة واحداً وثلاثين وحدة حقوق سحب خاصة) بسبب احتواء الأمتعة الخاصة به على متعلقات ثمينة، فمن الواجب عليه أن يفصح للمشغل الجوي عن المتعلقات الثمينة عند فحص الأمتعة وأن يثبت ذلك على النماذج المعدة لهذا الغرض من قبل المشغل الجوي".

غير أن المبلغ المعلن من قبل الراكب لقيمة الأمتعة يعتبر قرينة على علم الناقل بها ورضائه بزيادة حدود مسؤوليته لدفعها كاملة. ولكن الاتفاقية اعتبرت هذه القرينة بسيطة حيث أجازت للناقل دحضها إذا أثبت بان هذا المبلغ المحدد لقيمة الأمتعة يفوق مصلحة الراكب الفعلية في استلام الأمتعة عند نقطة المقصد (ف 2 من المادة 22 من الاتفاقية).

3. الحد الأقصى للتعويض في حالة التأخير في نقل البضائع:

تكون مسؤولية الناقل الجوي في حالة تأخير البضائع محددة بمبلغ (17) وحدة حقوق سحب خاصة (أي حوالي 9 دنانير بحريني) عن كل كيلوغرام من البضائع (م 3/22). غير أنه يلاحظ بان المحكمة الصغرى المدنية البحرينية في إحدى القضايا الحديثة المعروضة امامها قد حكمت بخلاف ذلك.

خلاصة القضية أن المدعية أقامت الدعوى على الخطوط الجوية التلاندية طالبت فيها بمبلغ خمسة آلاف دينار تعويضا عن الاضرار المادية والأدبية التي لحقت بها جراء كسر مقتنيات خزفية تزن مائة كيلو غرام والخاصة بزواج نجلها أثناء نقلها من بانكوك إلى البحرين. وقد أصدرت المحكمة الصغرى المدنية البحرينية قرارها بتاريخ 2014/9/30 بإلزام المدعى عليها بان تؤدي للمدعية مبلغ 1433 دينار تعويضا ماديا ومعنويا. واستندت المحكمة في قرارها بالإضافة إلى أحكام القانون المدني إلى المادة 1/17 و 4 و 5 من

اتفاقية وارسو 1929.

ويلاحظ بان هذا الحكم شابه عيب لأنه لم يستند إلى اتفاقية مونتريال 1999 والتي انضمت إليها البحرين سنة 2000. فبموجب المادة 17 من الاتفاقية الأخيرة فإن مسؤولية الناقل في حالة تلف البضائع أو تعييبها محددة بمبلغ 17 وحدة حقوق سحب خاصة (أي حوالي 9 دنانير بحرينية) عن كل كيلو غرام من البضائع. وما دام وزن الشحنة من هذه الدعوى كان مائة كيلو غرام فإن الحد الأقصى لمسؤولية الناقل الجوي هو حاصل ضرب 9 في 100 ويساوي 900 دينار فقط.

القضية الأخرى التي تم التركيز على سوء التصرف من جانب الناقل هي قضية *Quimica v. Danzas*. هنا إحدى الرزم التي من المزمع نقلها من برشلونة إلى موسكو ذهبت بخطأ إلى مكان آخر. طلب الناقل تحديد مسؤوليته عن الضرر الحاصل، المرسل إليه حاول تخطي تحديد المسؤولية بزعم سوء تصرف المتعمد من جانب الناقل. قررت المحكمة العليا بان المحكمة الأدنى حكمت بصورة صحيحة ذلك لأنه لم يكن هناك أي سوء تصرف متعمد في هذه القضية من طرف الناقل. وإنما كان هناك فقط واقعة الإهمال، وان طيران *Danzas* عملياً لم يسبب في الضياع ولا كان الضياع الفعلي متوقفاً إذا أخذ الوقائع المادية بنظر الاعتبار.⁽¹⁾

وهناك العديد من قرارات المحاكم تتضمن تفسير المادة 25 من اتفاقية وارسو (والمتعلقة بحرمان الناقل من الإعفاء من المسؤولية إذا كان الضرر ناشئاً عن التدليس). ففي قضية تتعلق بسرقة سبائك ذهب في منطقة حجز الكمارك لوكالات النقل في المطار، ونشأ خطأ غير مبرر نتيجة لتحقيقات الشرطة التي تمت بعد شكوى الناقل بان الوكيل لا يمكن أن يكون غافلاً عن خطر عرض البضاعة في الليل والذي كان عليه المحافظة عليها بأمان. والخزانة لم يتم حراستها بشكل كافي، لذا عرضت البضاعة لتكون من السهل الوصول إليه من جانب السراق. لهذا يجب على الوكيل أن يكون على دراية كاملة بأنه في مثل هذه الظروف فإن تصرفاته ولا مبالاته كانتا متهورتين وأن هناك احتمال بأن الضرر نشأ عنهما.⁽²⁾

(1) *Esteve Quimitime, SA v. Danzas SA Es Panola, Tribunal Supremo (Sala de Ciril) 6June 1998. No. 625/1998.*
 (2) *Cie. Le Languedoc and 57 other insurance companies v. Soc. Hernu- Peron et al. , Courd'Appel de Paris (5e Ch.), 17 November 1975; (1976) RFDA 109; Schoner's case*

←

أما في حالة تلف أو ضياع أو تعيب أو تأخير جزء من البضائع فإن اتفاقية مونتريال في المادة 4/22 منها ميزت بين حالتين:

الأولى إذا كان هذا الضرر الجزئي لا يؤثر على قيمة طرود أخرى تغطيها وثيقة الشحن الجوي، وفيها يكون الوزن الكلي للطرود أو الطرود الذي لحق به الضرر هو وحده الذي يؤخذ في الاعتبار لتعيين حدود المسؤولية الناقل والتعويض الذي يدفعه. والثانية إذا كان الضرر الذي يلحق بالبضائع يؤثر على قيمة طرود أخرى تغطيها وثيقة الشحن الجوي، فإن هذا الوزن الكلي لهذا الطرد أو الطرود يجب أن يؤخذ في الاعتبار أيضاً عند تعيين حدود المسؤولية وتحديد قيمة التعويض.

إعلان المصلحة في تسليم البضاعة المسجلة:

إذا قام المرسل عند تسليم الطرد إلى الناقل، بتقديم بيان خاص عن البضاعة وضع فيه مصلحته في تسليمه عند نقطة المقصد، كان يذكر في بيانه الخاص أن طرده عبارة عن جهاز طبي حديث قيمته مائتي ألف دينار لكي يجعل الناقل يهتم به ويحافظ عليه قدر استطاعته، وقد يدفع المرسل مبلغ أجر إضافي إذا اقتضى الأمر ذلك. وفي هذه الحالة فإن الناقل لا يكون بإمكانه التمسك بالحد الأقصى المقرر لمسؤوليته في الاتفاقية وإنما ملزم بدفع المبلغ الذي أعلنه المرسل وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، حتى ولو زادت قيمته عن الحد الأقصى الذي حددته الفقرة 3 من المادة 22 من الاتفاقية.

ويؤسس عدم تحديد مسؤولية الناقل الجوي في هذا الغرض أن الناقل على علم قبل الشحن بالخطر الذي يقبله عندما يتعهد بنقل بضاعة يعلم جنسها وقيمتها. وبذلك فيكون بإمكان الناقل التأمين على مسؤوليته وإضافة مصروفات التأمين إلى أجرة النقل.

وقد اعتبرت الفقرة 3 من الاتفاقية البيان المعلن من قبل المرسل بشأن الطرد صحيحاً لكي تقلل من إمكانية النزاع حول قيمة الطرد عند تقرير التعويض عن تلفه أو ضياعه أو تعيبه أو تأخيره. غير أن هذه القرينة بسيطة حيث يستطيع الناقل الجوي إثبات عكسها بتقديم أدلة على أن المبلغ المعلن عنه يفوق مصلحة المرسل الفعلية في استلام الطرد عند نقطة المقصد ويجوز إثبات ذلك بكل طرق الإثبات في مواجهة المرسل والمرسل إليه.

←

law digest, Air Law, Vol. II (1977), p. 114. See also the decision of the Bundesgerichtshof (Federal Republic of Germany), 16 February 1979; (1980) ZLW 55; Air Law, Vol. VI (1981). P. 97 (banknotes stolen from an unlocked locker during the transportation).

ويمكن أن يتحول إعلان قيمة البضاعة أحيانا ليكون مهماً جداً، كما يظهر من القضية الآتية التي تتضمن شحنة من البضائع نقلت من قبل طيران بان أمريكان من أمستردام إلى جوهانسبرغ. واحتوت هذه الشحنة الخاصة على نماذج للقبعات. وبدلاً من أن تصل الشحنة إلى جوهانسبرغ بتاريخ 15 مارس 1951 حسب موعد الرحلة، فإن البضاعة لم تصل حتى 2 أبريل لأنها أرسلت بالخطأ إلى مكان آخر ثم أعيدت إلى أمستردام، ولم يكن هناك الإعلان عن تحديد قيمة البضاعة من جانب المرسل، غير أن المدعى طالب بالتعويض عن الأضرار بمبلغ 10.000 خلدن (حوالي 5000 دولار)، بحجة انه فاته صفقة تجارية مهمة بسبب هذا التأخير. برأت الشركة بان أمريكان نفسها وتمسكت بتطبيق المسؤولية المحدودة المقررة في اتفاقية وارسو. اتهم المدعى الناقل بالإهمال الجسيم. ومع ذلك حكمت محكمة أمستردام، بأنه عند غياب الإعلان عن قيمة البضاعة من قبل الشاحن فإنه لا يكفي مجرد حث المرسل للناقل بالتسريع لتسليم البضاعة للحكم بالإهمال الجسيم من جانب الناقل وتقرير المسؤولية غير المحدودة، وعليه حكمت المحكمة على الناقل بدفع التعويض ضمن حدود المسؤولية المقررة في الاتفاقية.⁽¹⁾

وكان مثال آخر حول إعلان القيمة عندما قررت المحكمة العليا الهولندية سنة 1978 في حكم مهم لها في قضية التي فيها قام عامل ألماني مستخدم لدى شركة KLM بسرقة صندوق تحتوي على معدن البلاتين. وكان هناك الإعلان عن قيمة الشحنة من قبل المرسل، حيث نقضت المحكمة العليا قرار المحكمة الابتدائية، وحكمت بان الإعلان عن قيمة البضاعة يؤدي إلى عدم سريان مبدأ تحديد مسؤولية الناقل وفقاً للمادة 22 من الاتفاقية، وان الناقل وجد مسؤولاً بسبب التدليس وفقاً للمادة 25 من الاتفاقية.⁽²⁾

ثانياً: إجراءات تحديد المسؤولية:

يعتبر تحديد المسؤولية حكماً قرره اتفاقية مونتريال 1999 وقانون الطيران المدني البحري للناقل الجوي وتابعيه، لهذا فهو مقرر بحكم القانون، ومطلوب من القاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه دون حاجة إلى وجوب تمسك أصحاب الحق به لكي يستطيع

-
- (1) Amstelha adenbriek v. Pan-American World Airways Court of Amsterdam (The Netherlands), 3 January 1953; IATA ACLR, No. 14. See on this subject I. H. Ph. de Rode – Verschoor, 'Laresponsabilite' du transporteur pour retard', (1957)20 RGA 253-265.
- (2) Insurance Company of North America v. KLM Royal Dutch Airlines, Supreme Court (The Netherlands), 6 January 1978; Air Law, Vol. III(1978), p. 123.

القاضي تطبيقه. وقد صرحت بذلك المادة 22 من اتفاقية مونتريال بهذا الشأن عندما نصت على أن مسؤولية الناقل تكون محدودة بالمبالغ المحددة فيها.

وخلى كل من الاتفاقية أو القانون الطيران البحريني من نص يحدد للناقل الجوي أسلوباً معيناً ينبغي اتباعه في التمسك بتحديد المسؤولية إذا لم يقرره القاضي من تلقاء نفسه. لهذا من الجائز التمسك بتحديد المسؤولية في صورة دفع في دعوى أقامها راكب أو شاحن. كما ولم يبين الاتفاقية وقانون الطيران البحريني تاريخاً محدداً للتمسك بتحديد المسؤولية، ذلك لأن المادة 22 من الاتفاقية اقتضت على إيراد عبارة عامة مفادها " في حالة الضرر الناتج عن نقل الركاب... تكون مسؤولية الناقل محدودة بمبلغ 4150 وحدة سحب خاصة (الفقرة 1 منها) دون أية إشارة إلى طريقة التمسك بتحديد المسؤولية أو وقته. لهذا فيمكن التمسك به عند بدء الدعوى أو في أي مرحلة تكون عليها الدعوى المرفوعة من الدائنين، بل يجوز التمسك به بعد صدور حكم نهائي في الدعوى.

ثالثاً: كيفية حساب الحد الأقصى للتعويض

1. تحويل وحدة حقوق السحب الخاصة إلى العملات الوطنية: بينت المادة (23) من اتفاقية مونتريال كيفية تحويل وحدة حقوق السحب الخاصة إلى عملات وطنية في الدول المتعاقدة. حيث نصت بأنه يتم هذا التحويل، عند التقاضي، وفقاً لقيمة تلك العملات مقومة بوحدات السحب الخاصة يوم صدور الحكم بالتعويض. وبعد ذلك أقامت التفرقة بين ثلاثة مجموعات من الدول فيما يخص بكيفية التحويل على النحو الآتي:

المجموعة الأولى: الدول الأعضاء في صندوق الدولي، ومن بينها، مملكة البحرين، وتحسب قيمة العملة الوطنية لهذه الدولة مقومة بوحدات حقوق السحب الخاصة، وفقاً لطريقة التقويم التي يطبقها صندوق النقد الدولي بالنسبة لعملياته ومعاملاته السارية يوم صدور الحكم.

المجموعة الثانية: الدول غير الأعضاء في صندوق النقد الدولي والتي تسمح قوانينها بحساب قيمة عملتها الوطنية مقومة بوحدات حقوق السحب الخاصة، وتحسب عملتها الوطنية بوحدات حقوق السحب الخاصة وفقاً للطريقة التي تحددها كل دولة (ف 1 من المادة 23). وبناء عليه يجب على الدول الأطراف في الاتفاقية عند إيداعها وثيقة التصديق أو القبول أو الموافقة أو الانضمام للاتفاقية أن تبلغ جهة الإيداع بطريقة الحساب التي تود تطبيقها في حساب عملتها الوطنية وكذلك عند إجراء أي تغيير في طريقة الحساب أو

نتائجه (فقرة 3 من المادة 23).

المجموعة الثالثة: الدولة التي ليست عضو في صندوق النقد الدولي والتي لا تجيز قوانينها بحساب قيمة عملتها الوطنية السحب مقومة بوحدات حقوق الخاصة. يجوز لها أن تحدد مسؤولية الناقل في حالة وفاة الراكب أو تعرضه لإصابة جسدية بمبلغ 1. 500. 000 وحدة نقدية عن كل راكب. وفي حالة الضرر الناشئ عن التأخير في نقل الركاب بمبلغ يعادل 62. 500 وحدة نقدية عن كل راكب وفي حالة الضرر الذي ينشأ للأمتعة بمبلغ يعادل 15. 000 وحدة نقدية عن كل راكب. وفي حالة الضرر الذي ينشأ للبضائع أو تأخيرها بمبلغ يعادل 250 وحدة نقدية عن كل كيلو غرام من البضائع (الفقرة 2 من المادة 23).

وحددت الفقرة 3 من المادة 23 من الاتفاقية قيمة الوحدة النقدية حيث ذكرت بأنها تعادل 65. 5 مليغرام من الذهب عيار 900 بالألف. كما وأجازت تحويل هذه المبالغ إلى العملة الوطنية طبقاً لقانون الدولة المعنية (ف 3 م 23).

2. الترخيص للمحكمة أن تستبعد تكاليف الدعوى من نطاق الحد الأقصى للمسؤولية: بمقتضى الفقرة السادسة من المادة 23 من اتفاقية مونتريال عام 1999 يجوز لمحاكم الدول التي لا تجيز قوانينها بالحكم بتكاليف ونفقات التقاضي الأخرى التي تكبدها المدعى استقلالاً عن مبلغ التعويض، من أن تقضي في الدعاوى المقامة امامها حول مسؤولية الناقل بالإضافة إلى مبلغ التعويض بمبلغ يوازي كل أو بعض تكاليف الدعوى ونفقات التقاضي الأخرى التي تكبدها المدعي، بما فيها الفوائد، حتى ولو نجم عن زيادة المبالغ المحكوم بها عند الحد الأقصى للمسؤولية. غير أن هذا الحكم لا يسري إذا كان مبلغ التعويض المحكوم به، لا يزيد عن المبلغ الذي عرضه الناقل كتابياً على المدعي، خلال مدة ستة أشهر من تاريخ الحدث الذي سبب الضرر أو قبل رفع الدعوى إذا رفعت في تاريخ لاحق لتلك المدة.

المطلب الرابع

سبل دفع المسؤولية في ظل اتفاقية مونتريال 1999

يتناول هذا المطلب الدفوع التي قد يستخدمها الناقل لإعفاء نفسه من المسؤولية. المواد ذات الصلة التي سيتم تحليلها توفر الدفاع الموضوعي للناقل مادام أنها تدفع عنه المسؤولية المفترضة عن الأضرار التي حصلت خلال النقل الجوي. أقرت اتفاقية مونتريال

1999 بمسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير في نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع (م 19). وذلك عندما نصت على أنه " يكون الناقل مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير... " وهذا يعني أن الاتفاقية اعتبرت مسؤولية الناقل عن الضرر الناشئ عن التأخير في النقل مسؤولية شخصية مبنية على الخطأ المفترض. غير أن الناقل لا يمكن أن يكون مسؤولاً عن جميع حالات التأخير. ذلك لأن الاتفاقية أجازت للناقل الجوي أن يعفي نفسه من المسؤولية في حالتين نخصص لكل حالة فرعاً مستقلاً على النحو الآتي:

الفرع الأول الحالة الأولى

إذا استطاع الناقل إثبات أنه اتخذ هو وتابعوه ووكلائه كافة التدابير المعقولة اللازمة لتفادي الضرر أو انه استحال عليه أو عليهم اتخاذ مثل هذه التدابير فإنه يعفى من المسؤولية بموجب نص الجملة الثانية من المادة 19 أعلاه.

وفي معظم الحالات، يتحمل الناقلون المسؤولية لأن مهمتهم لإثبات أنهم فعلوا كل ما هو ضروري لتجنب احتمال التأخير هو ما يشكل تحدياً. في جميع الحالات فإن المهمة الصعبة من تقديم الدليل للإعفاء من المسؤولية يبقى على كاهل الناقل الجوي.

ومن الضروري أن نلاحظ أن هذا الإثبات من الإعفاء من المسؤولية تستخدم لتكون قابلة للتطبيق على جميع أحكام المسؤولية⁽¹⁾، إلا أنه بموجب اتفاقية مونتريال، فإن إثبات الإعفاء من المسؤولية لا ينطبق في حالة وفاة الراكب أو إصابته وفي حالة فقدان الأمتعة (الفقرة 1 و 2 من المادة 17 من اتفاقية مونتريال). فبموجب هذه الاتفاقية فإن إثبات الإعفاء من المسؤولية (كما هو محدد في الجملة الثانية من المادة 19)، لا يمكن استخدامها إلا في حالة الخسائر التي تعزى إلى التأخير أثناء نقل الركاب والأمتعة⁽²⁾.

ومن التغييرات الهامة التي قدمتها اتفاقية مونتريال بهذا الخصوص أن الناقل لم يعد مطالباً لإثبات أنه قد اتخذت جميع التدابير اللازمة لتجنب حدوث الضرر كما كان عليه الحال وفقاً لاتفاقية وارسو 1929، ولكن الآن عليه أن يثبت فقط أنه اتخذ هو وتابعوه

(1) من اتفاقية مونتريال. المواد 17 و 18 و 19.

(2) Elmar Giumulla, Ronald Schmid (ed.) Montreal Convention Commentary, The Hague, Kluwer Law International, 2006 (analyses of the liability of delay p. 12 - Art. 19)

ووكلائه كافة التدابير المعقولة اللازمة لتفادي الضرر. وفي قضية تشيشو لم *Chisholm* ضد الخطوط الجوية البريطانية الأوروبية حكم بأن الناقل لم يكن مسؤولاً عن الإصابة الشخصية التي لحقت بإحدى الركبات عندما غادرت مقعده إخلالاً وقوع اضطراب. وقد حذر مستخدمو الناقل الركاب بأن لا يتركوا مقاعدهم وربط أحزمة الأمان، وبالتالي تم اتخاذ العناية المعقولة⁽¹⁾. في المقابل، في قضية جولدمان *Goldman* ضد الخطوط الجوية التايلاندية الدولية. اعتبر أن كافة التدابير اللازمة تعني كافة التدابير المعقولة اللازمة⁽²⁾. وتم تبني التفسير نفسه في كندا وألمانيا والولايات المتحدة⁽³⁾.

بسبب الصياغة الغامضة للمادة 19 فإن تعيين ما هي التدابير المعقولة، ليس سهلاً. وإنه من المقبول عموماً أن المشغل الجوي يجب أن يفي بأعلى المعايير الممكنة عندما يتعلق الأمر بالسلامة العامة والنظام. وفقاً لجيمولا / شميد *Giemulla/Schmid* هذا يعني أن الناقل الجوي ملزم بالامتثال لجميع الأحكام القانونية والتنظيمية مثل لوائح منظمة الطيران الدولي المدني ICAO والاتحاد الأوروبي وأولئك الناقلين الجويين الذين يفشلون في الامتثال لتلك الأحكام التنظيمية لا يحق له أن يعفي نفسه وفقاً للجملة الثانية من المادة 19 من اتفاقية مونتريال⁽⁴⁾. ثمة عدد قليل جداً من الحالات التي يمكن للناقل فيها أن يعفي نفسه دون قدر معتبر من الصعوبات. والمثال الجيد على هذه الظروف الإشكالية سيكون المشهد الذي يعزى فيه التأخير إلى راكب غير منضبط والذي يجب على الناقل التعامل معه (أي: منعه من الصعود إلى الطائرة). في حالة القوة القاهرة فإن غير الممكن تجنب وقوع الخسائر. في تلك الحالات فإن الناقل حتى ولو اتخذ جميع التدابير المعقولة فإنه لم يكن قادراً على تجنب وقوع الخسارة⁽⁵⁾. وخير مثال على القوة القاهرة هو ضربة غير متوقعة للطير.

الجملة الثانية من المادة 19 من اتفاقية مونتريال تنص أيضاً أنه إذا لم يتمكن الناقل أن يظهر أنه اتخذ كافة الإجراءات الضرورية المعقولة فإنه سيعتبر قد أفلح إذا تمكن من إثبات أنه كان من المستحيل عليه أن يتخذ مثل هذه التدابير. قضية باربوني *Barboni* ضد

(1) 1963] 1 Lloyd's Rep 626

(2) 1983] 1 WLR 1186, CA

(3) Puścińska, op. cit.: p. 12

(4) Elmar Giemulla, Ronald Schmid, op. cit. p14

(5) Ibid. (analyses of the liability of delay p. 15 - Art. 19)

الخطوط الجوية الفرنسية المتعلقة بإصابة راكب حين انزلاقه أسفل أبواب النجاة خلال إجلاء الطائرة. كما كان من المستحيل على الناقل اتخاذ تدابير وقائية لتجنب الإصابة لذلك تقرر بأن الناقل لم يكن مسؤولاً عنها⁽¹⁾.

ويذكر بأن التغيير الذي أدخل في صياغة المادة 19 من اتفاقية مونتريال قد ساعد الناقلين الجويين مساعدة هائلة على الرغم من الشروط المنصوص عليها في الجملة الثانية من المادة 19 للإعفاء من المسؤولية لا تزال صارمة. ويرجع ذلك إلى حقيقة أن الناقل لا يزال عليه أن يثبت بأن كل شيء كان سليماً فيما يتعلق بتشغيل الطائرة والمسائل ذات الصلة. وبشكل أكثر تحديداً يحتاج الناقل لأن يثبت امتثاله لكافة الأنظمة الدولية للسلامة ومعايير الأمان. ويرى Puścińska أن تغيير صياغة المادة (باستخدام تعبير التدابير المعقولة بدلاً من التدابير الضرورية الذي استخدمته اتفاقية وارسو) قد أسهم إسهاماً كبيراً نحو جعل وضعية الناقل أيسر قليلاً عندما يتعلق الأمر بتقديم أدلة على الإعفاء من المسؤولية. فكلمة "معقولة" تمنح مساحة أكبر للمحاججة من كلمة الضرورية. من خلال تغيير هذا التعبير، فإن الناقلين الجويين سيكونون على الأقل في وضع أفضل من أن يثبتوا أنهم في الواقع اتخذوا كافة التدابير لتجنب احتمال التأخير. والحالة بالطبع ستكون مختلفة تماماً إذا كان يكفي للناقل أن يثبت أنه بذل كل ما في وسعه لتقليل الخسارة عند حدوث التأخير. في هذه الحالة فإن الصياغة المتشددة مثل الكلمة "الضرورة" ستكون مبررة⁽²⁾.

الفرع الثاني

الحلّة الثانية

إذا استطاع الناقل إثبات أن الضرر قد نجم عن إهمال أو خطأ أو امتناع الشخص المطالب بالتعويض، أو الشخص الذي يستمد منه حقوقه (م 20 من الاتفاقية). ومن أمثلة إهمال أو خطأ أو امتناع المطالب بالتعويض عدم الحصول على تأشير الدولة التي يروم السفر إليها. فإذا منع الراكب من قبل سلطات المطار دخول تلك الدولة فإنه يتحمل الضرر الناتج عن ذلك ولا يتحمل الناقل أية مسؤولية. ففي قضية رفع مدعيان دعوى على وكالة الخليج الدولية للسفر وشركة طيران الخليج بأن يدفعاً لهما بالتضام

(1) Paris, 12 May 1982) (1982) 36 RFDA 355

(2) Puścińska, op. cit.: p. 14

مبلغ ستة آلاف دينار والفوائد قائلين إنهما حجزاً بواسطة المطعون ضدها الأولى تذكرتي سفر من البحرين إلى الأردن والعودة على طائرة المطعون ضدها الثانية، ولدى وصولهما إلى مطار عمان فوجئاً برفض دخول الطاعنة الثانية إلى الأردن لعدم حصولها على تأشيرة دخول مسبقة باعتبارها إيرانية الجنسية وهي زوجة الطاعن الأول فاضطر للعودة معها إلى البحرين ولم يتم بإنجاز المهمة التي سافر من أجلها. حكمت محكمة التمييز البحرينية "بأن التزامات الناقل المترتبة على عقد نقل الأشخاص تنحصر في التزامه بنقل المسافر سالماً إلى جهة الوصول في الميعاد المقرر دون تأخير فإذا أخل بهذا الالتزام كان مسؤولاً عن تعويض الأضرار الناتجة عن ذلك ولا يسأل عن أي ضرر قد يلحق المسافر لا يكون ناشئاً عن تنفيذ عقد النقل. وكان البين من البند العاشر من شروط عقد النقل التي تضمنتها تذكرة السفر الصادرة من المطعون ضدها الأولى التزام المسافر بالتقيد بأنظمة السفر الحكومية وأن يبرز وثائق الخروج والدخول والوثائق الأخرى المطلوبة. فإن الحكم المطعون فيه إذ خلص إلى عدم مسؤولية المطعون ضدهما عن تعويض الضرر الذي لحق الطاعنين نتيجة عدم السماح بدخول الطاعنة الثانية إلى الأردن بعد وصولهما إليه لعدم حصولها على تأشيرة دخول مسبقة بناء على عدم وجود أي التزام عليهما في هذا الشأن بما يكفي لحمل قضائه برفض الدعوى فإنه يكون قد التزم صحيح القانون".⁽¹⁾ ويلاحظ على هذا الحكم بأن محكمة التمييز أسست قرارها برفض دعوى المدعين على أن المدعى عليهما نفذتا التزامهما الأساسي والوحيد بموجب عقد النقل الجوي وهو نقل الركاب إلى جهة الوصول سالمين دون تأخير. مما يعني معه تبرئه ذمتهم من أية مسؤولية تجاه الركاب ورغم أن قرار المحكمة يعتبر صحيحاً من حيث النتيجة إلا أنه جانب الصواب من حيث الأساس الذي بني عليه الحكم. وكان الصحيح أن تعتمد المحكمة في حكمها لتبرئه ذمة الناقل الجوي على الفقرة (ب) من المادة 20 من اتفاقية مونتريال 1999 المذكورة أعلاه.

ومن أمثلة وجود خلل كامل في الأمتعة وإهمال الشخص المطالب بالتعويض القضية الآتية حول تأخير الأمتعة: سافر الراكب من ولاية آسكا إلى فرانكفورت في ألمانيا، جلب معه رزمة من سمك السلمون المجمد وسلمت إلى الناقل كأمتعة مسجلة. وبسبب التأخير لمدة يومين فقد تعفنت السلمون وقت استلام الراكب الرزمة في الآخر حكمت المحكمة

(1) الطعن رقم 2003/148 بتاريخ 2004/4/12 الحكم غير منشور

الألمانية بان الناقل له الحق بالإعفاء من المسؤولية عن الضرر الناشئ للبضائع القابلة للتلف الناجم عن التأخير.⁽¹⁾

اتضح لنا مما تقدم بأن اتفاقية مونتريال 1999 فيما يخص بالإعفاء الناقل من المسؤولية سواء عن الضرر ينشأ للراكب أو الأمتعة أو للبضائع بسبب التأخير، قد أقرت في المادة 20 سبباً عاماً للإعفاء تسري على كل أحكام المسؤولية في تلك الحالات. حيث نصت على أنه إذا ثبت النقل أن الضرر قد نجم عن أو اسهم في حدوثه، إهمال أو خطأ أو امتناع الشخصي المطالب بالتعويض، أو الشخص الذي يستمد منه حقوقه، يعفي الناقل كلياً أو جزئياً من مسؤوليته بقدر ما يكون هذا الإهمال أو الخطأ أو الامتناع قد سبب الضرر أو اسهم في حدوثه.



(1) Amtsgericht Frankfurt, 10 November 1995; 1996 TranpR 348; Air and Space Law, Vol. XXIII (1998), pp. 39-40.

الخاتمة

حاول هذا البحث تسليط الضوء بعض المشاكل التي تواجه المسافرين أو مرسلي ومستلمي البضائع بالطائرة في سياق مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير. والأمر الذي أدى إلى بروز هذه المشاكل هو النصوص الغامضة لعدد من مواد اتفاقية مونتريال التي عالجت مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير. فعلى الرغم من أن هذه الاتفاقية أقرت بوضوح مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الناجم عن تأخير الركاب أو الأمتعة أو البضائع إلا أنها خلّت من بيان ماهية التأخير، وهل يتسع ليشمل حالات شبيهة بالتأخير كعدم تنفيذ عقد النقل من طرف الناقل أو إلغاء الرحلة أو تأجيلها أو منع صعود الركاب إلى الطائرة، وكذلك لم تتحدد الاتفاقية المقصود بالضرر الذي يصيب الركاب فهل يقتصر على الضرر البدني أم يمكن أن يمتد إلى الضرر النفسي أو المعنوي أم هل يقتصر على الضرر المباشر أم يمكن أن يمتد ويشمل الضرر غير المباشر أيضاً. وهذا ما دفعنا إلى البحث عن الأحكام القضائية ذات الصلة الصادرة في العديد من محاكم في الدول المختلفة لبيان الحلول التي توصل إليها بشأن المصطلحات الغامضة الواردة في اتفاقية مونتريال. وعلى الرغم من أنه كان على المحاكم أن تواجه بعض المشاكل الخطيرة عند تفسير المادة 19 من الاتفاقية إلا إنه مع ذلك فإن المحاكم ربما تكون مؤهلة بأن تقدم أفضل الحلول في هذا المجال. إضافة إلى ذلك فإن الاتفاقية لم توضح من يكون صاحب الحق في المطالبة بالتعويض عند توفر شروط مسؤولية الناقل الجوي في حالة تأخير الركاب، فهل يقتصر هذا الحق على الركاب نفسه أم يكمن أن يشمل طرف آخر لحق به ضرر جراء تأخير الركاب؟ تصدى القضاء أيضاً لهذه المسألة المهمة ووجد لها حلاً منطقياً يتفق مع تفسير منطوق نص المادة 19 من الاتفاقية الدولية وفقاً للمعنى العادي الذي يعطى لمصطلحاتها في سياقها وفي ضوء هدفها وغرضها.

النتائج:

1. خلّت اتفاقية مونتريال 1999 وكذلك قانون الطيران المدني العراقي من تعريف محدد لمصطلح التأخير وحسناً فعلاً، لأن من شأن تقديم تعريف له تعقيد المسألة، لهذا فالأفضل ترك هذا الأمر للقضاء بهذا الخصوص لكي يقوم بممارسة دوره حسب ظروف

كل قضية على حدة. وهناك حالتين متشابهتين للتأخير وهما منع صعود الراكب إلى الطائرة أو إلغاء الرحلة أو عدم تنفيذ عقد النقل من جانب الناقل لم تشيرا إليهما اتفاقية مونتريال وفسرهما القضاء بانهما لا يدخلان ضمن نطاق التأخير.

2. وترتب عن إحجام اتفاقية مونتريال عن بيان المقصود بالتأخير ظهور آراء مختلفة حول ما إذا كان مسؤولية الناقل عن التأخير تقتصر عن الفترة التي تستغرقها الرحلة عادة أم تمتد إلى الفترة التي تسبق بدء الرحلة وحسب الرأي الراجح فإن التأخير يحصل عندما يكون الراكب على متن الطائرة أو أثناء عملية من عمليات صعود الراكب أو نزولهم من الطائرة.

3. إذا كان كل من اتفاقية مونتريال 1999 وقانون الطيران المدني البحريني أقرتا بتأثير التأخير في نقل الراكب والبضائع، إلا إنهما لم يرتبا عليه أي اثر إلا إذا نجم عنه ضرر. غير انهما لم يبينا نوع الضرر الموجب للمسؤولية، هل هو الضرر المباشر فقط أم الضرر غير المباشر أيضاً، وهل هو الضرر المادي أم الضرر النفسي أو المعني أيضاً. وأدى هذا الأمر إلى ترك المجال مفتوحاً ليبيدي رأيه فيه في العديد من الأحكام التي عرضناها.

4. تضمنت اللائحة التنفيذية لقانون الطيران المدني البحريني حلول عملية مفصلة تمت فيها مراعاة مصلحة الراكب في حالة التأخير أو إلغاء الرحلة أو منع الراكب من الصعود إلى الطائرة، ومن شأن هذه الحلول ممارسة الضغط على الناقل لتقليل حالات التأخير إلى أدنى حد ممكن.

5. وإذا كان واضحاً من المادة 19 من اتفاقية مونتريال لعام 1999 أن "الناقل مسؤول عن الضرر الناجم عن تأخير نقل الراكب أو الأمتعة أو البضائع جواً"، ولكنها أقل وضوحاً تجاه من سيكون الناقل مسؤولاً في حالة تأخير الراكب - هل تجاه الراكب فقط أم أيضاً تجاه أطراف أخرى الذين قد يلحق بهم الضرر؟ أقرت أكدت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي مسؤولية الناقل الجوي في حالة تأخير الراكب - ليس تجاه الراكب فقط إنما أيضاً تجاه أطراف أخرى الذين قد يلحق بهم الضرر. حيث قررت بأن اتفاقية مونتريال كانت ينبغي أن تفسر بمعنى أن الناقل الذي أبرم عقد نقل مع صاحب عمل لأشخاص يحملون كركاب يكون مسؤولاً تجاه صاحب العمل عن الضرر الناجم عن تأخير النقل الجوي لهؤلاء الراكب.

التوصيات:

1. تضمين قانون الطيران المدني العراقي نصا يقضي بان التأخير في النقل الجوي يشمل الفترة التي تستغرقها الرحلة عادة والفترة التي تسبق بدء الرحلة أي عندما يكون الراكب على متن الطائرة أو أثناء عملية من عمليات صعود الركاب أو نزولهم من الطائرة.
2. تضمين قانون الطيران المدني العراقي نصا يقضي بمسؤولية الناقل الجوي مسؤولية الناقل الجوي في حالة تأخير الركاب - ليس تجاه الراكب فقط إنما أيضاً تجاه أطراف أخرى الذين قد يلحق بهم الضرر.
- 3: ضرورة انضمام العراق إلى اتفاقية مونتريال لسنة 1999 والتي انضمت إليها لحد الآن 197 دولة.



المراجع

- د. عاطف محمد الفقى، تطور مسؤولية الناقل الجوي وفقا لاتفاقية مونتريال، 2004
- د. هاني دويدار، قانون الطيران التجاري، دار الجامعة الجديد للنشر، 1994
- Aleksandra Puścińska , A fragmented legal regime of air carrier liability in international transportation of passenger: delay, cancellation, and denied boarding, a thesis submitted to McGill University (2016)
- Arpad Szakal, *Air Carrier's Liability in Cases of Delay*, (Leiden).
- Christopher E. "Recent Case Law Addressing Three Contentious Issues in the Montreal Convention" (2012) 24: 4 Air & Space Lawyer9.
- Diederiks-Verschoor, I H. P. "The Liability for Delay in Air Transport" (2001)
- Diederiks-Verschoor, I H. P, Pablo M. Leon & M A. Butler. *An Introduction to Air Law* (Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International, 2012
- Dempsey, "Aviation Liability Law", *supra* note 35, at 630; Haanappel, "New Regulation of 2004",
- Dempsey, Paul Stephen & Laurence E. Gesell. *Airline Management: Strategies for the 21st Century* (Chandler, AZ: Coast Aire Publishing, 2012)
- H. Drion, Limitation of Liabilities in International Air Law thesis Leiden (The Netherlands, 1954)
- DeMay, Jonathan E. "Recent Developments in Aviation Law" (2008)
- Enrique Mapelli Y Lopez, *Air Carrier's Liability in Cases of Delay*, McGill Annals of Air and Space Law (1976).
- Elmar Giemulla, Ronald Schmid (ed.) *Montreal Convention Commentary*, The Hague, Kluwer Law International, 2006
- D. Goedhuis: *La Convention de Varsovie*, La Haye, (1933).
- Guerreri, Giuseppe "Overbooking, Overselling and Denial of Boarding" (1989) 16 Ann Air & Sp L 191 .
- Haanappel, Peter P. C. "The New EU Denied Boarding Compensation Regulation of 2004. " (2005)
- Robert C. , Horner & Didier Legrez. *Second International Conference on Private Aeronautical Law Minutes* (South Hackensack, N. J: Fred B. Rothman & Co. , 1975)
- Lawrence B. Goldhirsch. *The Warsaw Convention Annotated: A Legal Handbook* (The Hague, the Netherlands: Kluwer Law International, 2000)
- Miller, Georgette: *Liability in international air transport* Deventer: Kluwer Law International, 1977
- John Balfour, Tom van der Wijngaart, 'Montreal Convention: To Whom Is

the Carrier Liable in the Event of Delay? (2016).

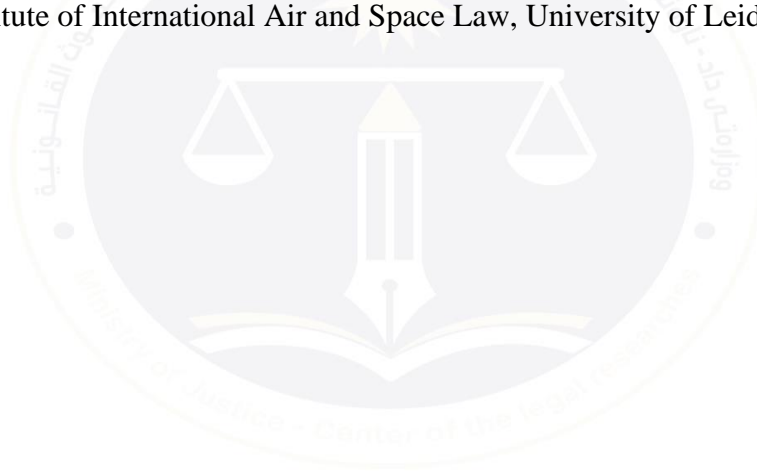
Jr George N. Tompkins. *Liability Rules Applicable to International Air Transportation As Developed by the Courts in the United States: From Warsaw 1929 to Montreal 1999* (Austin, TX: Wolters Kluwer Law & Business, 2010)

Schmid, Ronald & Elmar Giemulla, eds. *Montreal Convention* (Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International, 2006).

I. H. Ph. de Rode – Verschoor, 'Laresponsabilite' du transporteur pour retard', (1957).

R. Schmid, 'Which are the duties of an air carrier who does not execute an air carriage contract as agreed', *Air Law*, Vol. XV (1990)

Syllabus (Adv.) L. L. M Programme in International Air and Space Law p. 123, Institute of International Air and Space Law, University of Leiden .



الملخص

يعتبر موضوع تأخير الركاب وأمتعتهم والبضائع في النقل الجوي من الموضوعات المهمة في النقل الجوي لذلك حظي باهتمام كبير في اتفاقية مونتريال 1999 وقانون الطيران المدني العراقي رقم 148 لسنة 1974. يتطلب ذلك بيان ماهية التأخير بالمعنى الدقيق لغة واصطلاحاً في رأي الفقهاء والقضاء نظراً لخلو الاتفاقية والقانون المذكورين من تعريف محدد له. كما وتم بيان الحالات المماثلة للتأخير وهي إلغاء الرحلة ومنع الصعود إلى الطائرة حيث تبين إنهما يماثلان حالة عدم التنفيذ لعقد النقل الجوي. كما ويترب على التأخير أثر مهم في النقل الجوي إذا رافقه ضرر للراكب أو صاحب الحق في استلام البضاعة المرسلة وهو انعقاد مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير إذا ما تحقق شروطها سيما الضرر الناشئ عن التأخير وكذلك يتعين معرفة أطراف دعوى التعويض عن المسؤولية الناجمة عن التأخير، بالإضافة إلى المسؤولية المحدودة للناقل الجوي عن التأخير وسبل دفع المسؤولية من جانب الناقل الجوي في حالة حصول التأخير.

پوخته

پرسی دواختنی سهرنشینان و جانناکانیان و کهلوپهلهکانیان له گواستنیهوهی ئاسمانیدا یهکیکه له پرسه گرنهگهکانی گواستنیهوهی ئاسمانی، بویه له ریکههوتننامههی مۆنتریال له سالی 1999 و یاسای فرۆکههوانی شارستانی عیراقی ژماره 148 ی سالی 1974 گرنهگهیهکی زۆری پیدرا، ئەمەش پێویستی به روونکردنهوهی ههیه سروشتی دواکهوتن به مانا و زمان و زاراهوی توند له بۆچوونی زانایان و دهسهلاتی دادوهری بههۆی نهبوونی ئەو ریکههوتن و یاسایهیی که پێشتر باسمان کرد له پیناسهیهکی دیاریکراوی بۆی. ههروهها حالته هاشیوهکانی دواکهوتن روونکرانهوه، ئەوانیش ههلوهشاندهوهی گهشتهکان و رهتکردنهوهی سواربوون، چونکه دهركهوت که ئەوان هاوتای حالتهی جیههجهینهکردنی گرنهستهی گواستنیهوهی ئاسمانی بوون. ههروهها دواکهوتنهکه کاریگهرییهکی گرنهگی لهسهر گواستنیهوهی ئاسمانی ههیه ئەگهر زیان به سهرنشینهکه یان خاوهن مافی وهگرنتی کالاً نێردراوهکانی لهگهڵدا بیت، ئەمەش بانگهێشتکردنی بهرپرسیاریتی کۆمپانیای فرۆکههوانیه بۆ دواکهوتنهکه ئەگهر مهرجهکانی جیههجهی بکریت، به تایبتهی ئەو زیانانهی که له دواکهوتنهکهوه سه رههلهدهن، ههروهها لایهنهکانی داواکاری قهرهبووکردنهوه بۆ ئەو بهرپرسیاریتییهی که له ئەنجامی دواکهوتنهکهوه دروست بووه دهبیت بزانیته، جگه لهوهش بۆ بهرپرسیاریتی سنوورداری کۆمپانیای فرۆکههوانی بۆ دواکهوتنهکه و رینگاکی پیدانی بهرپرسیاریتییهکه لهسهر ئەو بهشهی کهشتهی ههنگری ئاسمانی له ئەگهری دواکهوتن.

Abstract

The issue of delaying of passengers, their luggage and goods is an important issue in air transport so it has received great attention in the Convention of Montreal 1999 and the Civil Aviation Law of Iraq No 148 /1974. This requires a statement of the nature of the delay in the strict provisions of language and standard in the opinion of jurists and jurisprudence due to the absence of the Convention and the law mentioned from a specific definition. As well as dealing with similar cases of delay, namely, the cancellation of the passengers and the prevention of boarding the aircraft, which were found to be similar to the non-implementation of the air transport contract.

The delay has an important impact on air transport if it is accompanied by damage to passenger or the consinee, it is the air carrier's liability for delays if its conditions are met, in particular the damage caused by the delay, as well as parties to the claim for delay liability, as well as the carrier's limited liability for delays and ways of denial of liability by the air carrier in the case of Delay.

خيار المرسل في حذف الرسالة الإلكترونية من صندوق بريد المرسل إليه^(*)

بژاردهى سرينه وهى نامهى ئه ليكترونى بۆ نيرهه له سندوقى پؤستهى وهرگر

The sender's option to delete the electronic message
From the addressee's mailbox

الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد^(**)

أستاذ القانون المدني - كلية القانون - جامعة السليمانية

پروفيسور دكتور

موحهمه سولهيمان نههمهه

پروفيسورى ياساى شارستانى كۆليژى ياسا - زانكوى سليمانى

Prof. Dr Mohammed Sulaiman Al-Ahmed

Professor of Civil Law - College of Law - University of Sulaymaniyah

تاريخ قبول النشر: 2022/7/3.

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/5/30.

(**) prof. alahmed@gmail.com



خيار المرسل في حذف الرسالة الإلكترونية من صندوق بريد المرسل إليه

الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون المدني – كلية القانون – جامعة السليمانية

الكلمات المفتاحية:

الرسالة الإلكترونية، المرسل، المرسل إليه، حذف الرسالة، صندوق البريد، الشرط، الأجل.

كليه ووشه:

نامهى ئهليكترونى، نيزهه، وهرگر، سرينهوهى نامه، صندوقى پوسته، مهرج، مؤلته (وچان).

Key words: email, the electronic message, sender, addressee, delete message, mailbox, condition, term.

مقدمة

انتشرت وسائل التواصل الاجتماعي بين الناس بشكل ملفت للنظر، إذ أخذت تُشكّل صورة الأداة المعبّرة عن آراء الناس وما يلوج في خواطرهم، كما أنها حلّت محل التواصل المادي بينهم بمناسبة أو بغير مناسبة، وقد ألفت جائحة كورونا، من جهتها، بظلالها ووسّعت استخدام هذه الوسائل للتواصل بين أفراد المجتمع. وعادة ما يكون التواصل بين مستخدمي البرامج التي تمثل أدوات لهذا النوع من التواصل، عبر برامج وتطبيقات معدة لهذا الغرض، كالتساب والفايبر والماسنجر، والرسائل التي يتداولها نشطاء الوسائل الأخرى، كالانستغرام والايمو واليوتيوم وما إلى ذلك من تطبيقات. وقد حلت هذه الرسائل، بلا شك، محل الرسائل البريدية، بشكل كلي أو جزئي، بل أنها حلت -في كثير من الأحيان- محل البريد الإلكتروني "الإيميل".

وفيما يتعلق بدخول الموضوع في نطاق القانون، فإننا بدلاً من أن نتكلم اليوم عن الحقوق المتعلقة بالرسالة العادية، ندير حديثنا إلى تلك المتعلقة بالرسالة الإلكترونية، فهي الأكثر رواجاً إن لم نقل أنها باتت الشغل الشاغل اليومي، والأداة الفاعلة لنقل الأخبار والمعلومات والآراء وتبادل الأفكار، بل أضحت وسيلة للتسلية، وأداة للتعبير عن

الاتجاهات والمواقف.

وفيما يتعلق بتحديد نطاق البحث، فإنه يبحث في جزئية محددة تتصل بالرسالة الإلكترونية، بعيداً عما يمكن أن تتمخض منه من إساءة تعدُّ في نظر القانون جريمة معاقب عليها، كما أنه يخرج من نطاق بحثنا تلك الأحكام الموضوعية المتصلة بالتجارة الإلكترونية وبتكوين العقد الإلكتروني، التي نظمتها قواعد قانون الأونسترال النموذجي الصادر من الأمم المتحدة عام 1996، مع الأخذ بعين الاعتبار أن ما أطلقنا عليه بعبارة رسالة إلكترونية لا نعني فقط البريد الإلكتروني "الإيميل"، بل نقصد بها أيضاً رسائل المحادثة في صندوق "chat" وفي صندوق الدردشة "inbox" في جميع وسائل التواصل الاجتماعي الحديثة، كالتساب والفايبر والمانسجر والأنستغرام والتليغرام وغيرها. وقد أطلقنا عليها رسالة إلكترونية لتشمل كل ذلك.

وعادة ما تتيح هذه البرامج للشخص المرسل إمكانية حذف رسالته، ليس من صندوق بريده، فهذا أمر مسلّم به، بل من صندوق بريد المرسل إليه، بعدما أصبحت في متناول الرؤية عنده، أو قد يكون قد قرأها، إن كانت نصية، أو سمعها، إن كانت صوتية، أو شاهدها، إن كانت رسالة فيديو، وقد يصل الأمر إلى المنازعة بين الطرفين المرسل والمرسل إليه، إذ قد يرى الأخير أن هذه الرسالة أضحت ملكاً له، فهي قد دخلت في صندوق بريده، وقد وصلت إلى علمه، وليس من حق المرسل - حسب اعتقاده - أن يحذفها.

إلا أن الخاصية التي أتاحتها هذه التطبيقات للمرسل في إمكانية حذف الرسالة، ومعرفة المرسل إليه المسبقة بشروط استخدام التطبيق، قد يعطي الحق للأول في حذف رسائله من صندوق بريد الثاني، لكن إلى أي حد يقف هذا الحق أو الخيار؟ وما هي حدوده وآثاره؟ هذا ما يشكل محور دراستنا في هذا البحث.

وقد اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي، ومدى إمكان تطبيق القواعد العامة في القانون المدني على هذه الحالة الخاصة بوسائل التواصل الاجتماعي الإلكترونية، ومدى قياسها على الحقوق المتعلقة بالرسالة العادية.

وقد ارتأينا أن نقسم البحث إلى المبحثين الآتيين:

- المبحث الأول: الرسالة الإلكترونية وحقوق طرفيها.
 - المبحث الثاني: حدود خيار المرسل في حذف الرسالة الإلكترونية وآثاره.
- وسنهي البحث بخاتمة تتضمن ملخصاً لأهم نتائج البحث.

المبحث الأول

الرسالة الإلكترونية وحقوق طرفيها

نتناول في هذا المبحث ماهية الرسالة الإلكترونية وحقوق طرفيها المرسل والمرسل إليه، وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: ماهية الرسالة الإلكترونية وتنوع تطبيقاتها.
المطلب الثاني: حقوق المرسل والمرسل إليه في الرسالة الإلكترونية.

المطلب الأول

ماهية الرسالة الإلكترونية وتنوع تطبيقاتها

سنبحث في هذا المطلب ماهية الرسالة الإلكترونية وتطبيقاتها المتنوعة، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: ماهية الرسالة الإلكترونية.
الفرع الثاني: تطبيقات الرسالة الإلكترونية.

الفرع الأول

ماهية الرسالة الإلكترونية

الرسالة الإلكترونية هي كالرسالة العادية، يوجهها شخص إلى شخص آخر، يسمى الأول المرسل، ويدعى الثاني المرسل إليه، لكنها تتم عبر وسيلة إلكترونية تؤثر على شكل وطريقة توصيلها، فضلاً عن الوقت الذي تستغرقه في الوصول، فقياساً إلى الرسالة العادية، ومدى دقة إسنادها إلى المرسل بشكل حتمي، الأمر قد يتعلق بالتوقيع، لكن حقيقتها لا تختلف عن حقيقة الرسالة العادية. ولهذا لا غنى عن بيان حقيقة الرسالة بشكل عام، ثم توضيح ما يميز الرسالة الإلكترونية عن العادية، لكي نصل إلى وضع تعريف مُحكم للرسالة الإلكترونية. وهذا ما سنتناوله في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: تعريف الرسالة بوجه عام.
المقصد الثاني: تعريف الرسالة الإلكترونية بوجه خاص.

المقصد الأول: تعريف الرسالة بوجه عام

الرسالة تكون في العادة خطاب أو مستند مكتوب يبعث به شخص إلى آخر، ينقل إليه فيه خبراً أو فكرة أو يُنهي إليه أمراً. وقد يقوم بإيصالها رسول، أو يقوم بذلك مكتب البريد كما هو الغالب، وقد يسلمها الشخص مباشرة إلى صاحبه كما لو كان هذا أصم فيجري التفاهم معه بالكتابة. وليس من الضروري أن تكون الرسالة ورقة مغلقة، فقد تكون ورقة مفتوحة، أو بطاقة بريد، أو أصل برقية، أو نحو ذلك⁽¹⁾، أو جزء قصير من المعلومات التي تقدمها إلى أي شخص عندما لا يمكنك التحدث إليه مباشرة⁽²⁾، ويطلق على الرسالة العادية أيضاً لفظة الخطاب، وهي قد تتضمن إبرام عقد بين المرسل والمرسل إليه⁽³⁾، فتشير موضوع التعاقد بين غائبين المنظمة أحكامه في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، على اعتبار أن التعاقد قد تم بين غائبين من حيث الزمان والمكان⁽⁴⁾.

وتفترض الرسالة وجود مرسل ومرسل إليه، وقد تختلف مسمياتهما، فقانون الأونسترال النموذجي الصادر من الأمم المتحدة يُسمي المرسل بمنشئ رسالة البيانات، والقانون العراقي يسميه الموقع، كما أن قانون الأونسترال النموذجي يسمي المرسل إليه بالمستلم، كما يسمي الرسالة الإلكترونية برسالة البيانات، لكن ينبغي أن يدل كل من مسمى المرسل ومسمى المرسل إليه على الشخصين اللذين نشأت بينهما علاقة كأطراف للرسالة الإلكترونية، فلا يشمل مفهومهما الوسيط الإلكتروني⁽⁵⁾. وخاصية الرسالة أنها

(1) لاحظ: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 8، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون ذكر سنة نشر)، ص 437. الأستاذ مختار القاضي، حق المؤلف، الكتاب الثاني، 1959، ص 59. جرجس سلوان ونعمة سلوان، الكتب البريدية أمام القضاء، بحث منشور في مجلة العدل اللبنانية، السنة 4، العدد الرابع، 1970، ص 93.

(2) لاحظ: cambridge dictionary، على الرابط التالي:

<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/message>. تاريخ الزيارة: 2022/6/17.

(3) لاحظ: الأستاذ أحمد نشأت بك، رسالة الإثبات، ج 1، مطبعة الاعتماد بمصر، 1950، ص 332.

(4) لاحظ: المادة (87) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، ولاحظ أيضاً: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص 62.

(5) عرفت الفقرة (هـ) من المادة (2) من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996، الوسيط الإلكتروني بقولها: (يُراد بمصطلح "الوسيط" فيما يتعلق برسالة بيانات معينة، الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر، بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه).

ليست ورقة مكتوبة فحسب، بل هي أيضاً تنقل فكر المرسل إلى المرسل إليه، فتسجل فيها فكرة تتصل بشخص آخر. ومن هنا تنوعت الحقوق التي تتعلق بالرسالة⁽¹⁾.

المقصد الثاني: تعريف الرسالة الإلكترونية بوجه خاص

كي تُعرف الرسالة الإلكترونية بوجه خاص، لا بد أولاً من توضيح الفروق الجوهرية بينها وبين الرسالة العادية، وتحديد أوجه الاختلاف بينهما ستحدد خصائص الرسالة الإلكترونية المميزة لها، تمهيداً لوضع تعريف خاص بها:

- أولاً: تمييز الرسالة الإلكترونية من الرسالة العادية:

الرسالة العادية تكتب على دعامة ورقية، في حين أن الرسالة الإلكترونية تكتب على مستند إلكتروني.

كما أن الرسالة العادية تتضمن توقيعاً مادياً من المرسل، في حين أن الرسالة الإلكترونية، لا تتضمن توقيعاً، بل ما يشير إلى نسبة الرسالة إلى المرسل، أو ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني، أو أن دلالة معينة عرّفت الطرفين ببعضهما، كالربط برقم الجوال أو الموبايل، كما أن التيقن من هوية المرسل يتم عبر عنوان بروتوكول الإنترنت "IP address"⁽²⁾ للجهاز الذي يستخدمه.

كما أن الرسالة الإلكترونية، لا يشكل فيها الزمن عنصراً جوهرياً، كما في الرسالة العادية، فضلاً عن إمكانيات خاصة للرسالة تفرزها التطبيقات الذكية، ومنها خاصية حذف الرسالة. وتتناول هذه الأمور تباعاً:

أ- المستند الإلكتروني: عرفت الفقرة (عاشراً) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012، المستندات الإلكترونية بأنها: ((المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل إلكترونية بما في ذلك تبادل البيانات إلكترونياً أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ويحمل توقيعاً إلكترونياً)). إذن فالمستند الإلكتروني هو دعامة

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج8، مرجع سابق، ص438. د. عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، دار الثقافة، عمان، 2001، ص123.

(2) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد ود. عبد الكريم صالح عبد الكريم، البعد الحقوقي لعنوان بروتوكول الإنترنت "IP address" وتأثيره على الخصوصية، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 8، العدد 4، العدد التسلسلي 32، 2020، ص289.

إلكترونية يكتب عليها المرسل بواسطة جهاز كمبيوتر أو لاب توب أو تابلت أو آيباد أو موبايل أو أي جهاز يوفر خدمة إدخال الكلمات وتحويلها إلى نصوص بأية لغة كانت، بحيث يمكن تأطيرها لتصبح ملفاً إلكترونياً قابلاً للنقل⁽¹⁾. والمقصود في النقل هنا ليس النقل المادي بدعامات مادية، بل النقل الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت⁽²⁾، ولهذا لا تعد رسالة إلكترونية الرسالة المحفوظة في سيدي، يتم نقله باليد إلى المرسل إليه، فالمهم في الرسالة الإلكترونية أن تكون إلكترونية في مستندها ونقلها أيضاً⁽³⁾.

ب- التوقيع أو البصمة الإلكترونية: في مقابل وجود التوقيع العادي والمادي على الرسالة العادية، ولاختلاف الدعامة التي تدون عليها كل من الرسالتين، فإن الرسالة الإلكترونية تكون ممضية من قبل صاحبها بتوقيع إلكتروني⁽⁴⁾. وهذا التوقيع -بحسب المادة (2) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية⁽⁵⁾- هو عبارة عن بيانات بشكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، ويجوز أن تُستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، وليان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في هذه الرسالة. وعرفه قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي، بأن: (التوقيع الإلكتروني: علامة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها وله طابع متفرد يدل على نسبه إلى الموقع

(1) لمزيد من التفصيل، لاحظ: محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 37.

(2) شبكة الإنترنت هي استرجاع المعلومات الشبكية والنص الشعبي لإنشاء نظام معلومات عالمي سهل ولكنه قوي. ويهدف إلى السماح بمشاركة المعلومات داخل مجموعة منتشرة دولياً من المستخدمين، وإنشاء ونشر المعلومات من قبل مجموعات الدعم. (للتفاصيل أكثر لاحظ: Berners-Lee, Tim, et al. "The world-wide web." Communications of the ACM 37. 8 (1994): p 76.)

(3) والنقل يتم عبر شبكة الإنترنت، كونها شبكة الاتصال بين الطرفين، إذ بها يتم النقل وتبادل المعلومات، عبر الخدمات والتطبيقات التي توفرها هذه الشبكة. (لاحظ: د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت، بيروت، 2000، ط 1، ص 55).

(4) لاحظ: عمر حسن المؤمني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، 2003، ص 47.

(5) الذي تم اعتماده في 5 تموز 2001. (لاحظ: د. عبد الفتاح مراد، شرح قوانين التوقيع الإلكتروني في مصر والدول العربية، (دون ذكر ناشر ومكان وزمان النشر)، ص 54).

ويكون معتمداً من جهة التصديق⁽¹⁾.

ت- **عصر الزمن:** من أبرز نقاط الاختلاف بين الرسائل العادية والإلكترونية، السرعة التي يتم بها إرسال واستلام الرسالة الإلكترونية قياساً بالرسالة العادية التي تستغرق وقتاً طويلاً مع اختلاف مكان كل من المرسل والمرسل إليه، إذ يمكن أن تنتقل الرسالة الإلكترونية بدون أن تستغرق وقتاً يذكر، إذ أضحت وسيلة لنقل الخبر فور وقوعه، وذلك بفضل ما أتاحتها شبكة الإنترنت من سرعة في تداول المعلومات.

ث- **أسلوب المحادثة:** إذ تُجرى عملية تبادل الرسائل الإلكترونية بأسلوب المحادثة (الشات)، إذ بعد كل من الطرفين مرسلًا ومرسل إليه في الوقت نفسه، بالنسبة إلى المحادثة ككل، وهذا غير متحقق في الرسائل العادية⁽²⁾.

ج- **إمكانية حذف الرسالة الإلكترونية:** تتميز الرسالة الإلكترونية بخصائص عديدة لا تتصف بها الرسالة العادية، فضلاً عن خصائص عديدة للرسالة الإلكترونية⁽³⁾، تتيح الكثير

(1) جهة التصديق: الشخص المعنوي المرخص له إصدار شهادات تصديق التوقيع الإلكتروني وفق أحكام هذا القانون. (المادة 15/1 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي).

(2) وكان أسلوب المحادثة قد بدأ بأسلوب غير مباشر عبر الإيميلات المتعددة، أو أسلوب القوائم البريدية، حيث يسمح البريد الإلكتروني بتوجيه الرسالة ذاتها إلى عدد غير محدد من المشتركين، أي إلى "قائمة" منهم في الوقت ذاته. في هذه الحالة تسمى هذه الخدمة "اللوائح أو القوائم البريدية" Listes de diffusion أو Mailing lists. وهي تسمح بتوزيع رسالة "إلكترونية" واحدة على مئات أو آلاف الأشخاص في الوقت ذاته، بمجرد أن يكون هؤلاء حائزين على عناوين بريدية إلكترونية خاصة بكل منهم. إن مبدأ عمل القوائم البريدية بسيط جداً، ويمكن مقارنته بمفهوم النسخ الكربونية Carbon copy الشائعة الاستعمال في مجال الأعمال: كل رسالة ترسل بواسطة البريد الإلكتروني تصل أوتوماتيكياً إلى العناوين الإلكترونية لجميع المستخدمين المدرجين في القائمة. وكل مستخدم لشبكة الإنترنت يمكنه أن يخلق قائمة بريدية خاصة به. وتستخدم اللوائح أو القوائم البريدية في الغالب من قبل مجموعات من مستخدمي شبكة الإنترنت الذين يرغبون بتبادل المعلومات والأفكار حول موضوع محدد. كما تستخدم أيضاً من قبل الشركات والمؤسسات التجارية والدعائية لغايات الترويج والدعاية للخدمات أو للسلع. (لاحظ لمزيد من التفصيل: د. طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص 56).

(3) ومن هذه الخصائص إمكانية إرسال الرسالة إلى عدة مستلمين، والسماح بتخزين المعلومات، ومن ثم أقل تكلفة مع تمتعها بالسرعة وغير ذلك. للتفاصيل أكثر لاحظ: <https://ar.warbletoncouncil>.

من التطبيقات الخاصة بوسائل التواصل الاجتماعي الإلكترونية، لمرسل الرسالة إمكانية حذفها من صندوق البريد الإلكتروني للمرسل إليه، وذلك حسب مساحة تلك المكنة التي يتيحها كل تطبيق للمرسل، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في الرسالة العادية، فهي بمجرد خروجها من يد المرسل، ووصولها إلى مكتب البريد أو يد الرسول أو الوسيط، أو وصلت يد المرسل إليه، امتنع عليه سحبها أو حذفها.

- ثانياً: خصائص الرسالة الإلكترونية وتحديد مفهومها:

تشكل أوجه الاختلاف بين الرسالة العادية والرسالة الإلكترونية أبرز خصائص الرسالة الإلكترونية، فهي:

- 1- تتم بوساطة أداة إلكترونية، دون استخدام الورق في تدوينها.
- 2- كما أنها لا تحتوي على توقيع عادي مادي ينسب للمرسل، بل على دلالة أو بصمة أشبه ما تكون بتوقيع إلكتروني، تدل على نسبتها لشخص المرسل. كما أن حساب المرسل في التطبيق الإلكتروني، المرتبط باستخدام جهاز معين لديه عنوان "IP address" هو ما يدل على هوية المرسل، فحساب المستخدم يدل على هويته، فكل حساب في تطبيقات مواقع التواصل الاجتماعي يكون خاصاً بمالكه، وبذلك الرسالة المرسلة من حساب (س) دالة على أن (س) هو من أرسلها، ومع ذلك، قد يحصل أحياناً اختراق للحساب، فيقوم المخترق بإرسال رسالة باسم وحساب شخص آخر، مما تترتب عليه إشكاليات حقوقية عديدة⁽¹⁾.
- 3- إنها تتم بلا أي حساب للزمن، إلا في حالة واحدة هي انقطاع خدمة الإنترنت عن أحد طرفي الرسالة، فهنا سيحسب للزمن حساباً بلا شك.
- 4- إن فيها من خاصيات تمكن المرسل من خيارات عديدة ما كانت تتيحها له الرسالة العادية، وأهمها: أسلوب المحادثة، والإرسال لعدة أشخاص، والمحادثات الجماعية عبر الكروبات، وأيضاً الخاصية المتاحة للمرسل في حذف الرسالة من صندوق بريد المرسل إليه.
- 5- إنها لا تقتصر على وسيلة واحدة للتعبير عنها، بل يمكن أن تعتمد على وسائل

←

www.org/ventajas-desventajas-correo-electronico-5273. تاريخ الزيارة: 2022/6/17.

(1) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد ود. عبد الكريم صالح عبد الكريم، بحثهما سبق ذكره، ص 296.

كثيرة، كالكتابة والصوت والصورة معاً والوسائط المتعددة⁽¹⁾ وغيرها.

6- حتى أن الكتابة فيها ليست كالكتابة في الرسالة العادية، إذ تكون عبر حروف أو رموز أو أي شكل يتم تدوينه على دعامة غير ورقية، وقد عرفت الفقرة (خامساً) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني العراقي، الكتابة الألكترونية، بأنها: ((كل حرف أو رقم أو رمز أو أية علامة أخرى تثبت على وسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك والفهم)).

7- كما أن الرسالة الإلكترونية تختلف عن الرسالة العادية من حيث جوهر الحقوق المتصلة بها، فحق الملكية المادية الذي يتمتع به المرسل إليه في الرسالة العادية هو مختلف عن ذلك الذي يتمتع به المرسل إليه في الرسالة الإلكترونية، وكذا الحال بالنسبة لكل الحقوق، كحق السرية والحق في الإثبات وحق الملكية الفكرية.

لذا يمكن تعريف الرسالة الإلكترونية بأنها: ((تعبير، أيّاً كان شكله، بوسيلة إلكترونية

(1) يخلط البعض بين مفهومي الوسائط المتعددة وشبكة الإنترنت، على الرغم من الاختلاف بينهما، فلم يرتبط ميلاد الوسائط المتعددة بشبكة الإنترنت، بل ولد مفهوم الوسائط المتعددة *Multme'dia* في العام 1987 مع ظهور الأسطوانات الليزرية CD-Rom. ويمكن تعريفه بأنه "ناقل" *Vecteur* معلوماتي جديد يجمع في الوقت ذاته الصوت والصورة الثابتة أو المتحركة والنصوص والأحرف والبيانات، الوافدة بدورها من وسائط أو وسائل مختلفة. لكن الخاصية الرئيسية للوسائط المتعددة وفق المعنى الذي تتلقفه هذه التكنولوجيا اليوم، هي التفاعلية *L' Interactivite*. ويرى البعض أن اجتماع وسائط إعلامية متعددة ضمن قاعدة واحدة لا يؤلف بحد ذاته مفهوماً جديداً. فالكتب مثلاً تحوي الصور والنصوص. وكذلك الأفلام التي تضم الصور والصوت والنصوص... الخ. لكن الطابع الخلاق لعمل الوسائط المتعددة هو في التفاعلية فيما بين مختلف المعطيات إلى يتكون منها هذا العمل، وذلك بفضل تقنية "وصلات النصوص الفائقة" *Liens hypertexts* التي تسمح بالتوغل في عمق عمل الوسائط المتعددة، عبر الانتقال بين موضوع وآخر وبين صورة وأخرى وبين نص وآخر، ضمن إطار "شجراني" (أو شبيه بالشجرة *Arborescente*). وقد ساهم نمو وتطور تقنية الوسائط المتعددة لا سيما من خلال نظام الويب العالمي Web الذي يعتمد بشكل أساسي عليها، في نمو وتطور شبكة الإنترنت والعكس بالعكس. لكن هذا التداخل الوثيق بين الوسائط المتعددة وبين الشبكات أدى إلى الخلط أحياناً بين الاثنين، بأن أخذ البعض يستخدم تسمية الوسائط المتعددة للدلالة على شبكة الإنترنت والعكس بالعكس. (لاحظ: د. طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص 51. وأيضاً: صفاء شكور عباس، الحماية المدنية للمحتوى الإبداعي في الوسائط المتعددة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة السليمانية، 2021، (غير منشورة)، ص 14).

يرسله المرسل إلى المرسل إليه عبر أداة تطبيق إلكترونية، بريد إلكتروني أو أحد تطبيقات وسائل التواصل الاجتماعي، لنقل معلومة أو فكرة أو خبر أو أي شيء يصلح للإعلام به)). وقد أطلق المشرع العراقي لفظة المُوَقَّع على المرسل، وعرفه في الفقرة (سادس عشر) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني بأنه: ((الموقع - الشخص الطبيعي أو المعنوي الحائز على بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني الذي يوقع على المستند الإلكتروني. ويوقع عن نفسه أو عن ينيبه أو يمثله قانوناً)). أما المرسل إليه فعرفته الفقرة (سابع عشر) من المادة ذاتها من القانون نفسه، بأنه: ((الشخص الذي يرسل له المستند الإلكتروني بوسيلة إلكترونية)).

الفرع الثاني

تطبيقات الرسالة الإلكترونية

تم الرسالة الإلكترونية عبر تطبيقات متعددة، نذكرها تباعاً:

أولاً: الإيميل (البريد الإلكتروني): في بداية ظهورها، كانت خدمة الإيميل، هي المجدد لمفهوم الرسالة الإلكترونية، إذ كانت الخدمة الأكثر استعمالاً من قبل مستخدمي شبكة الإنترنت، يتيح البريد الإلكتروني للحائزين على عنوان بريدي إلكتروني بأن يتصلوا فيما بينهم وفق الطريقة ذاتها التي تتم بطريقة المراسلة البريدية التقليدية. يتيح البريد الإلكتروني إمكانية توجيه الرسائل "الإلكترونية" من وإلى العلب البريدية الإلكترونية العائدة إلى كل من المرسل والمرسل إليه الموصولين بشبكة الإنترنت⁽¹⁾. والإيميل خدمة وليس تطبيق من التطبيقات الإلكترونية، تتم عبره عمليات التراسل بين الأطراف، وهو أول خدمة حلت محل البريد العادي.

وبتركيز أكثر، فإن الإيميل هو خدمة بريد إلكتروني بكلف شبه مجانية تستند إلى الويب توفر للمستخدمين مساحة تخزينية تبلغ غيغابايت للرسائل وتوفر القدرة على

(1) عملياً، يرسل مستخدم شبكة الإنترنت بريده "إلكترونياً" إلى ملقم البريد الإلكتروني Mail server لدى مورد خدمات الاتصال المشترك معه الذي يتولى "تمريره" في الشبكة بطريقة الترانزيت إلى "ملقم البريد الإلكتروني" Mail server لدى مورد خدمات الاتصال مانح الاشتراك إلى المرسل إليه. ومن هذا الملقم يصل البريد أخيراً إلى مقصده أي إلى المرسل إليه. (لاحظ: د. طوني ميشال عيسى، مرجع سابق، ص 55).

البحث عن رسائل محددة⁽¹⁾.

- ثانياً: الواتساب: هو تطبيق مراسلة فورية عبر الأنظمة الأساسية يسمح لمستخدمي iPhone و BlackBerry و Android و Windows Phone و Nokia الذكي بتبادل الرسائل النصية والصورة والفيديو والرسائل الصوتية مجاناً⁽²⁾.

- ثالثاً: الفايبر: هو تطبيق VoIP والمراسلة الفورية مع إمكانات عبر الأنظمة الأساسية التي تتيح للمستخدمين تبادل مكالمات الصوت والفيديو والملصقات والمحادثات الجماعية والرسائل الصوتية والمرئية الفورية⁽³⁾.

- رابعاً: الماسنجر: WhatsApp Messenger هو تطبيق مراسلة فورية عبر الأنظمة الأساسية يسمح لمستخدمي iPhone و BlackBerry و Android و Windows Phone و Nokia الذكي بتبادل الرسائل النصية والصور والفيديو والرسائل الصوتية مجاناً، أما Facebook Messenger هو تطبيق جوال يتيح الدردشة والاتصالات الصوتية والمرئية بين الرسائل المستندة إلى الويب والهواتف الذكية على Facebook⁽⁴⁾.

- خامساً: رسائل التطبيقات الأخرى: وأهمها:

أ- بريد الانستغرام: هي خدمة مشاركة الصور والشبكات الاجتماعية. يمكن للمستخدمين التقاط صور أو مقاطع فيديو قصيرة ومشاركتها مع متابعيهم. يمكن أيضاً مشاركة منشورات Instagram على الشبكات الاجتماعية الأخرى، مثل Facebook

(1) للتفاصيل أكثر لاحظ: <https://www.techtarget.com/whatis/definition/Gmail>. تاريخ الزيارة: 2022/6/17

(2) للتفاصيل أكثر لاحظ:

<https://www.techtarget.com/searchmobilecomputing/definition/WhatsApp>. تاريخ الزيارة: 2022/6/17

(3) للتفاصيل أكثر لاحظ:

<https://www.techtarget.com/searchmobilecomputing/definition/WhatsApp>. تاريخ الزيارة: 2022/6/17

(4) للتفاصيل أكثر لاحظ:

<https://www.techtarget.com/whatis/definition/Facebook-Messenger>. تاريخ الزيارة: 2022/6/17

وFlickr وTwitter⁽¹⁾.

ب- بريد السناپ شات: هي عبارة عن منصة وسائط اجتماعية تتيح للمستخدمين إرسال الصور ومقاطع الفيديو والنص مع فترة زمنية محددة للمستقبلات لعرض المحتوى قبل أن يصبح المتلقي غير قابل للوصول بشكل دائم⁽²⁾.

ت- بريد الايمو: غالبًا ما يتم استخدامه على وسائل التواصل الاجتماعي وفي الدردشات لتوفير الوقت والمساحة في المشاركات، وعادة ما يتم استخدامه قبل أن يقدم شخص ما وجهة نظره الفريدة حول موضوع ما. ويعد استخدام IMO في النصوص طريقة رائعة لتوفير الوقت والمكان عند التعبير عن رأيك حقًا⁽³⁾.

ث- البوتيم: التطبيق مجاني للتنزيل والاستخدام ويتيح الدردشة بأمان مع جهات الاتصال الخاصة بالمستخدم باستعمال بعض الموارد⁽⁴⁾.

ج- التوك توك: هو تطبيق مشاركة فيديو قصير العمر مشهور جدًا بين المراهقين حول العالم. يستخدم المستخدمون هذا التطبيق بشكل أساسي لتسجيل أنفسهم وتسويق مهاراتهم، وفيه خدمة للمراسلة⁽⁵⁾.

ح- التليغرام: هو تطبيق مراسلة عبر الإنترنت يعمل تمامًا مثل تطبيقات المراسلة الشائعة WhatsApp وFacebook Messenger. هذا يعني أنه يمكنك استخدامه لإرسال رسائل إلى أصدقائك عند الاتصال بشبكة Wi-Fi أو بيانات هاتفك المحمول. Telegram قائم على السحابة ويدعي أنه يعطي الأولوية للأمان والسرعة، مما يجعله بديلاً جيداً

(1) للتفاصيل أكثر لاحظ: <https://www.computerhope.com/jargon/i/instagram.htm>. تاريخ الزيارة: 2022/176.

(2) Vaterlaus, J. Mitchell, et al. "Snapchat is more personal": An exploratory study on Snapchat behaviors and young adult interpersonal relationships. " Computers in Human Behavior 62 (2016): p 594

(3) للتفاصيل أكثر لاحظ: <https://www.dailydot.com/unclick/what-does-imo-mean>. تاريخ الزيارة: 2022/6/17.

(4) للتفاصيل أكثر لاحظ:

<https://botim-unblocked-video-call-and-voice-call.en.softonic.com/iphone>. تاريخ الزيارة: 2022/6/17.

(5) للتفاصيل أكثر لاحظ: <https://www.arimetrics.com/en/digital-glossary/tiktok>. تاريخ الزيارة: 2022/6/17.

لتطبيقات المراسلة الشائعة الأخرى. تم إطلاق الخدمة في عام 2013، ومنذ ذلك الحين وصلت إلى 200 مليون مستخدم نشط شهرياً⁽¹⁾.

خ- تطبيقات مستخدمة أخرى مثل سكيل: يعد تطبيق Signal برنامجاً مجانياً ومفتوح المصدر لأنظمة تشغيل اندرويد و iOS وأنظمة تشغيل كمبيوتر سطح المكتب. وكما يعتمد "سيكل" على نظام التشفير من الطرف إلى الطرف، مما يسمح للمستخدمين باستعمال التشفير لإرسال الرسائل النصية والجماعية، وكذلك الرسائل التي تتضمن الصور والفيديو وإجراء محادثات هاتفية مشفرة بين مستخدمي تطبيق Signal⁽²⁾.

المطلب الثاني

حقوق المرسل والمرسل إليه في الرسالة الإلكترونية

تقترب الرسالة الإلكترونية من الرسالة العادية في الحقوق المتعلقة بها، مع اختلاف ملحوظ في بعضها، فمنها ما هو خالص للمرسل ومنها ما هو خاص للمرسل إليه، ومنها ما يشترك كلاهما فيه نتناولهما في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الحقوق المستقلة للمرسل والمرسل إليه في الرسالة الإلكترونية.

الفرع الثاني: الحقوق المشتركة في الرسالة الإلكترونية.

الفرع الأول

الحقوق المستقلة للمرسل والمرسل إليه في الرسالة الإلكترونية

إذ أن هناك حقوق للمرسل على الرسالة الإلكترونية، وأخرى للمرسل إليه، نعالجها في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: حقوق المرسل في الرسالة الإلكترونية.

المقصد الثاني: حقوق المرسل إليه في الرسالة الإلكترونية.

(1) للتفاصيل أكثر لاحظ: <https://justaskthales.com/en/telegram-different-messaging-apps>

تاريخ الزيارة: 2022/6/17.

(2) للتفاصيل أكثر لاحظ:

تاريخ <https://al-ain.com/amp/article/what-signal-elon-musk-dorsey-recommend-it>

الزيارة: 2022/6/17.

المقصد الأول: حقوق المرسل في الرسالة الإلكترونية

يمكن حصر حقوق المرسل في حقين هما:

- حق الإمكان القانوني.

- حق الملكية الفكرية.

نتناولهما تباعاً:

- أولاً: حق الإمكان القانوني: لما كانت الرسالة الإلكترونية ملكاً للمرسل، ما دامت في حوزته، لم يطلقها للإرسال، أو يُطلع الغير عليها، فإن بإمكانه أن يمارس شتى حقوقه عليها، من قبيل أن يرسلها لمن يشاء، أو يذيعها أو ينشرها عبر وسائل التواصل الاجتماعي، بشرط عدم مساسها بحقوق الآخرين؛ ويظهر هذا الحق جلياً عندما يكون المرسل في وضع شخص موجه إليه طلب أو سؤال، أو يُنتظر منه موقفاً لأمر أو حدث معين، فهو إن كتب رسالته، يكون بالخيار أن يُمكن المرسل إليه من مشاهدتها أو يقتصر الأمر على عدم إبداء أي موقف، ومهما كان تفسير هذا الموقف السلبي للمرسل، إلا أنه يدخل ضمن خياراته القانونية، ما لم يكن مجبراً على الإجابة والرد لأسباب يستلزمها القانون.

ويثور الجدل فيما لو أعطي المرسل وقتاً محدداً للإجابة، دون إن يجاب، فما هو معنى سكوته، أهو موافقة أم رفض؟ وما الأصل في ذلك؟
في الحقيقة أن القانون تعامل مع موقف الساكت عن إبداء الرغبة أو عدمها في مواضع أهمها موضعين هما:

أ/ السكوت يُعدُّ قبولاً إذا كان في معرض الحاجة إلى البيان، حيث نصت المادة (81) من القانون المدني العراقي على أنه: ((1- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قولاً)).

ب/ السكوت يُعدُّ رفضاً إذا كان التصريح بالرضا واجباً؛ ومن تطبيقات هذه الحالة ما نصت عليه المادة (340) من القانون المدني العراقي بشأن موافقة المحال له (الدائن) على حوالة الدين المنعقدة بين المحيل والمحال عليه، حيث نصت على أنه: ((1- الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له. 2- وإذا قام المحيل أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له وحدد له أجلاً معقولاً لقبول الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة)).

أما ما يتعلق بالأصل العام للسكوت، وفي جميع الحالات، فهو بمثابة العدم لأي موقف إيجابي، أي كأن العرض أو الطلب أو السؤال لم يصل إلى علم من وجه إليه العرض أو الطلب أو السؤال، فالمبدأ العام يدور دوماً حول عدم إسناد القول إلى الساكت. ويبقى هذا الأصل قائماً مع وجود تطبيقات تتيح لمقدم العرض أو الطلب أو السؤال أن يعلم أن الموجه إليه (المرسل إليه) قد علم أو قرأ الرسالة، وهذا ما يحدث في تطبيق الواتساب إذ يوفر هذا التطبيق خاصية الخطين الأزرقين للدلالة على أن المرسل إليه اطلع على الرسالة.

- ثانياً: حق الملكية الفكرية: عادة ما تتضمن الرسالة قولاً أو شعراً أو صوراً أو مقاطع منقولة من الغير، ويقوم المرسل إليه بإعادة إرسالها ثانية إلى آخرين، إلا أن بعض الرسائل قد تتضمن إبداعاً من خلق المرسل، كقصيدة قام بتأليفها أو شعراً تولى نظمها، أو أي فكرة ابتكرها، وأحياناً تتضمن الرسالة وسائط متعددة أبداع المرسل في إنتاجها، أو أنه أرسل أمراً لا يجوز أن ينتسب لغيره، وكان المرسل إليه مطلعاً عليه بهذه الرسالة المرسله من قبل المرسل، وليس عبر أداة أخرى، فهنا يكون من حق المرسل في مواجهة المرسل إليه أن يحتفظ بملكيتة الفكرية ويدافع عنها، إذ سيكون مشمولاً بالحماية متى توافرت شروطها. ويُطلق على هذا الحق في عرف الفقه بحق الأبوة⁽¹⁾.

وقد يتعارض هذا الحق مع حق الملكية المادية للرسالة بعد دخولها صندوق بريد المرسل إليه، إذ تكون الرسالة ملكاً للمرسل إليه، وقد عالجت المادة (37) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (3) لسنة 1971 (المعدّل) هذا الموقف، على الرغم من أنها قصدت الرسالة العادية، حيث جاء فيها: ((للمؤلف وحده الحق في نشر رسائله، ولكن لا يجوز مباشرة هذا الحق دون إذن المرسل إليه إذا كان من شأن النشر أن يلحق به ضرراً)). وهذا النص يمكن تطبيقه على الرسالة الإلكترونية، ولا سيما إن كانت في صيغة محادثات، إذ يتعلق الأمر بالطرفين، فلكل منهما ملكية فكرية عليها ينبغي حمايتها، وقد تكون شائعة بينهما، مما يتطلب موافقتهما معا على النشر، كما يمكن تطبيق النص كذلك بالنسبة للرسالة الإلكترونية المنفردة المرسله من المرسل إلى المرسل إليه عبر التطبيقات

(1) لاحظ: د. أشرف جابر سيد، الجوانب القانونية لمواقع التواصل الاجتماعي، دار النهضة العربية، 2013، ص 150.

الإلكترونية الحديثة المتاحة، كالإيميل ورسائل الفايبر والواتساب والمانسجر وغيرها، فإنه لا يجوز للمرسل أن ينشر رسائله إلا بإذن من المرسل إليه، متى كان النشر ضاراً بالأخير، ويشمل النشر هنا كل الوسائل التي تتيح للجمهور الاطلاع على المنشور، وخاصة وسائل التواصل الاجتماعي.

المقصد الثاني: حقوق المرسل إليه في الرسالة الإلكترونية

- أولاً: حق الملكية المادية (المطلق)⁽¹⁾: يظهر هذا الحق في الرسالة العادية بشكل بارز يفوق تصور وجوده في الرسالة الإلكترونية، وتترتب على انتقال ملكية الرسالة العادية من المرسل إلى المرسل إليه بالتسلم نتائج قانونية عديدة وضّحها الفقه⁽²⁾. إلا أن هذا الحق يخضع بعض الشيء الرسالة الإلكترونية من حيث مديات هذه الملكية، ومحلها، فمتى يصبح المرسل إليه مالكا للرسالة الإلكترونية؟ وكيف يكون مالكا؟ وهل من مترتبات قانونية على ذلك؟

إن المرسل إليه يكون مالكا للرسالة الإلكترونية من وقت دخولها صندوق بريده الإلكتروني، ولا يشترط اطلاعه عليها كي يكون مالكا لها، مع الأخذ بعين الاعتبار المناقشات اللاحقة في البحث بشأن خاصية حذف الرسالة من صندوق بريده من قبل المرسل ومدى تأثيره أو تأثره في ملكية المرسل إليه للرسالة الإلكترونية.

والملكية هنا تأتي بمعنى العائدية، أي بالمعنى العام للملكية، إذ يصعب إضفاء الطابع المالي للرسالة الإلكترونية بصفة مادية، ما لم تكن محتوية على معلومات لها قيمة مالية، إنما المقصود هو استئثار المرسل إليه باستعمالها دون غيره. أما ما تتضمنه الرسالة الإلكترونية من معلومات تُقيم بالمال، فإن الأمر يحكمه مدى وجود اتفاق بين المرسل والمرسل إليه على ملكية هذه المعلومات للمرسل إليه ومدى جواز التصرف بها، وهذا ما قد يكون أحد أهم أسباب الخصومة بين الطرفين، لا سيما في خاصية حذف المرسل لرسالته الإلكترونية التي تتضمن مثل هذه المعلومات من صندوق بريد المرسل إليه.

(1) استخدمنا مصطلح (المطلق) دلالة على المعنى الواسع لحق الملكية الذي لا ينحصر في ملكية الأعيان أو الأشياء المادية، بل يشمل كل ما يعود للشخص بحيث يعطيه الحق في استعماله واستغلاله والتصرف به، كملكية الدائن لحقه الشخصي، وملكية المعلومات، وغير ذلك.

(2) الأستاذ السنهوري، مرجع سابق، ص 439.

ويترتب على عدّ المرسل إليه مالكاً للرسالة الإلكترونية، ممارسة كل سلطات المالك عليها، من استعمال واستغلال وتصرف، إذ له أن يقرأها ويطلع غيره عليها، مادياً أو إلكترونياً، ما لم تكن الرسالة ذات طابع سري، وله أن يستغلها بجميع أوجه الاستغلال المشروعة، ما لم يقيدته اتفاق أو شرط من المرسل، كما له أن يتصرف بالرسالة مادياً بحذفها، أو قانونياً ببيعها متى كانت خالصة له وقابلة للبيع، أو تقديمها كمستند قانوني يترتب عليه فقد السيطرة عليها، أو خروجها من حوزة بريده الإلكتروني، متى أتاح القانون له ذلك.

- ثانياً: الاقتناء وإعادة الإرسال: اقتناء الرسالة والاحتفاظ بها لمدة غير محددة، هو حق خالص للمرسل إليه، كما أن له إعادة إرسالها إذا لم تحتو على أمور سرية تخص غيره، أو احتوت على موضوعات يمنع القانون الترويج لها أو نشرها، إذ يعد الإرسال إلى الغير بمثابة النشر، وإن كان برسائل خاصة بين اثنين، متى كان الموضوع غير قابل للإفصاح به إلى الغير. وقد تلجأ بعض التطبيقات إلى تقييد إعادة الإرسال، فمثلاً كان تطبيق واتساب يسمح بإعادة الإرسال إلى عشرين شخصاً قبل سنين مضت، ثم قيده بخمسة أشخاص فقط، ثم بواحد إذا كان موضوع الرسالة يتعلق بمنع انتشار الأخبار الكاذبة، بحيث لن يكون بإمكان الشخص إعادة إرسال الرسالة لأكثر من شخص أو مجموعة واحدة فقط في كل مرة، تهدف هذه السياسة من التطبيق إلى منع انتشار الأخبار الكاذبة على منصتها، كما وتمت إضافة ميزة إعادة توجيه أو إرسال الرسائل في تطبيق واتس آب خلال بداية سنة 2019، بعدها تم تحديد عدد الأشخاص أو المجموعات التي يسمح للشخص بإعادة توجيه الرسائل إليها في 5 أشخاص فقط⁽¹⁾.

(1) للتفاصيل أكثر لاحظ:

<https://www.teechbeats.com/%D%8A%5D%8B%9D%8A%7D%8AF%D%8A9-%D%8AA%D%88%9D%8AC%D8%9A%D87%9-%D%8B%1D%8B%3D%8A%7D%8A%6D84%9-%D%8A%7D%84%9D%88%9D%8A%7D%8AA%D%8B%3D%8A%7D%8A8-%D%84%9D%85%9D%8B%1D%8A9-%D%88%9D%8A%7D%8AD%D%8AF%D%8A9/amp/>. تاريخ الزيارة: 2022/6/17.

الفرع الثاني

الحقوق المشتركة في الرسالة الإلكترونية

وهذه الحقوق تكون لكل من المرسل والمرسل إليه على السواء، وهي على نوعين، نعالجها في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: الحق في السرية.

المقصد الثاني: الحق في الإثبات.

المقصد الأول: الحق في السرية

بشكل عام فإن وسائل التواصل الاجتماعي بما تحتويها من رسائل إلكترونية تشكل تحدياً كبيراً لمسألة السرية،⁽¹⁾ إذ قد تحتوي الرسالة الإلكترونية بعض الأسرار التي لا يجوز الكشف عنها، لكن هذا الحق وإن كان من الممكن أن يكون لكلا طرفي الرسالة، لا سيما إذا تحولت الرسالة إلى محادثات، فإن هذا الحق أقرب إلى المرسل الذي صاغ أو صنع رسالته الإلكترونية وقام بنفسه بإرسالها إلى المرسل إليه بشكل خاص له. وهنا يثور التساؤل عن المعيار الذي بموجبه يتم إطلاق طابع السرية على الرسالة، وعن أساس هذا الحق؟؟

كان الفقه التقليدي يتبنى فكرة الميثاق الضمني بين المرسل والمرسل إليه لإضفاء السرية على الرسالة العادية⁽²⁾، لكن الأمر مختلف بالنسبة للرسالة الإلكترونية، لسببين:

1- إن الرسالة الإلكترونية عادة ما تتم عبر محادثات بين الطرفين، فيكون كلاهما مرسلًا ومرسلًا إليه في المحادثة، لكن لكل رسالة على حدة اتصاف خاص للطرفين، إلا أن السرية تكمن في التفاعلات الحاصلة بين المرسل والمرسل إليه، وهذا ما جعل هذا الحق متعلقًا بكليهما.

2- إن إمكانية الاطلاع على الرسالة الإلكترونية من قبل طرف ثالث أقوى بكثير من إمكانية الاطلاع على نظيرتها العادية، لذا فإن المعايير قد تختلف هنا بعض الشيء. ولما كان للمرسل إليه الحق في ملكية الرسالة وإعادة إرسالها، فإنه لا بد من تحديد

(1) Sangeeta Kumari, and Shailendra Singh, A Critical Analysis of Privacy and Security on Social Media (2015) Fifth International Conference on Communication Systems and Network Technologies, 602.

(2) لاحظ: الأستاذ السنهوري، ج8، مرجع سابق، ص441.

المعيار الذي سيقيد حق المرسل إليه هنا اعتماداً على كون الرسالة سرية ؛ مما يعني أن السرية ليست أصلاً في الرسالة، فمتى تعد الرسالة سرية ؟
 اتُّكأ الفقه على معيارين للسرية، أحدهما شخصي والآخر موضوعي، إذ يعتمد المعيار الشخصي على نية المرسل والمرسل إليه في جعل الرسالة سرية، أما المعيار الموضوعي فيعتمد على عوامل عدة كظروف التراسل وموضوعه وحالة التخاطب بين الطرفين⁽¹⁾، كأن تكون الرسالة متصلة بأمور ذات طابع خاص، شخصي أو عائلي، أو متصلة بأسرار مهنة أو تجارة، أو تتحدث عن ابتكار أو اختراع، فكل هذه العوامل تساهم في إضفاء الطابع السري على الرسالة الإلكترونية.

وفي رأبي، ومن خلال ما تنتجه طبيعة المخاطبات الإلكترونية عبر التطبيقات المتعددة، فإن هذه المخاطبات تكون عامة أو خاصة، عامة عندما تكون في صيغة (كومنت) أو تعليق أو شرح، يتاح للجميع قراءته أو مشاهدته أو الاطلاع عليه؛ أما إذا كانت المخاطبات خاصة، فإن الأصل فيها أنها سرية أعمالاً بالمعيارين معا: فهي سرية لأن نية المتحدثين فيها انصرفت إلى جعلها كذلك عبر اختيارهم القنوات الخاصة للتراسل، كما أن ظروف الحال والموضوعات المطروحة تخلع على الرسالة طابعها السري، ولا يصطدم هذا بملكية الرسالة التي تمنح صاحبها إعادة الإرسال، إذ هو يستطيع فعل ذلك متى تعلق الأمر به وحده، ولا يستطيع فعل ذلك إن اتصل بذلك حق الغير، كالحق في الملكية الفكرية والحق في السرية. ولهذا ذهب الأستاذ "جوسران" إلى أن الحق في السرية يستمد من طبيعة الرسالة ذاته، فالرسالة في طبيعتها لا تنشأ لكي تُذاع، وإن إفشاء ما تحويه يحول دون الغرض الذي أعدت له، ويعُدُّ إساءة لاستعمال حق الملكية يستوجب التعويض⁽²⁾.

المقصد الثاني: الحق في الإثبات

الرسالة، سواء أكانت عادية أم إلكترونية، هي مستند غير معد للإثبات مسبقاً، إذ لا يتوافر في معده الحرص ذاته في تنظيم سندات الإثبات المعدة مسبقاً لإثبات أية واقعة تعد

(1) للتفصيل لاحظ: الأستاذ السنهوري، ج8، مرجع سابق، ص 441. د. عباس العبودي، مرجع سابق، ص135.

(2) أشار إلى هذا الرأي الأستاذ مختار القاضي، مرجع سابق ص91.

مصرفاً مهماً لحق يتنازع عليه طرفي العلاقة، ويجب أخذ ذلك بعين الاعتبار، إلا أن المشرع العراقي في قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 (المعدّل)، لم يفعل ذلك، إذ نصت المادة (27) منه على أن: ((أولاً: تكون للرسائل الموقع عليها حجية السندات العادية من حيث الإثبات))⁽¹⁾، هذا بالنسبة للرسالة العادية، أما الرسالة الإلكترونية، فلكونها مستند إلكتروني، فإن لها حجية المستند العادي متى ما توافرت شروط حددها القانون، حيث نصت المادة (13 - أولاً) من قانون التوقيع الإلكتروني العراقي على أنه: ((تكون للمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

أ - أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت.

ب - إمكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها به أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند إنشائها أو إرسالها أو تسلمها بما لا يقبل التعديل بالإضافة أو الحذف.

ج - أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشأها أو يتسلمها وتاريخ ووقت إرسالها وتسلمها.

ثانياً - لا تطبق الشروط المنصوص عليها في البند (أولاً) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للمستندات التي يكون القصد منها تسهيل إرسالها وتسلمها.

ثالثاً - يجوز للموقع أو المرسل إليه إثبات صحة المستند الإلكتروني بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً)).

(1) لاحظ، شرح هذه المادة: د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الإثبات، مطبعة الزمان، بغداد، 1997، ص 118.

المبحث الثاني

حدود خيار المرسل في حذف الرسالة وآثاره

يحصل أن تتضمن الرسالة الإلكترونية معلومات مهمة للمرسل إليه، كما لو كانت تتضمن أموراً تقرر له حقاً، أو تمنحه فرصة، أو وعداً، أو إقراراً، أو دليلاً لواقعة ما، ثم يقوم المرسل بحذف رسالته وهي في محتوى البريد الخاص بالمرسل إليه، سواء أطلع عليها الأخير أم لم يطلع عليها، مما قد يُشكل إهداراً بحقوقه في الاطلاع على محتويات بريده، سيما أنه يصبح مالكا للرسالة بمجرد دخولها في صندوق بريده. ومن ثم يُطرح التساؤل الآتي: ما هو حدود هذه الرخصة التي أتاحها التطبيقات، أو بعضها، للمرسل، وما هي آثارها؟ نتناول ذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: حدود خيار المرسل في الحذف.

المطلب الثاني: آثار خيار المرسل في الحذف.

المطلب الأول

حدود خيار المرسل في الحذف

إن المقصود من حق الحذف، هو المعنى العام للحق، إذ يدخل هذا في باب الخيارات التي تتيحها التطبيقات الحديثة لمستخدميها، ولا يأتي بمعنى الحق بحسب المفهوم الدارج له، أو الخاص به⁽¹⁾، حيث تمنح بعض التطبيقات للمستخدمين لها هذه الخاصية، فيكون المرسل بالخيار إن شاء حذف الرسالة بعد وصولها إلى صندوق بريد المرسل إليه في الوقت المتاح له، وإن شاء أبقاها، والمرسل لا يتمكن من حذف الرسالة إلا من خلال التطبيق الذي أتاح له ذلك، لذا فإن حدود الاستعمال لهذا الحق أو الخيار سيتصل بهذه الإتاحة، سواء ما تشكله من مصدر له، أو ما تحويه من موافقة مسبقة بشروط التطبيق من قبل المستخدم، مرسلًا كان أو مرسلًا إليه.

عليه سوف نقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: ما تتيحه التطبيقات من خاصية الحذف.

(1) لاحظ: مرفنا، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017، ص 381.

الفرع الثاني: القيد الزمني لحذف الرسالة أو المحادثة.

الفرع الأول

ما تتيحه التطبيقات من خاصية الحذف

خاصية الحذف رخصة بيد المرسل تتيحها غالبية التطبيقات، وقد يبدو أن هذه الخاصية هي التي تميز بعض التطبيقات لما توفره من أمان للمراسلين، وخاصة المرسل، ومن بين هذه التطبيقات تطبيق الـ(سناب شات)، إذ يلجأ إليه العشاق أو المراهقون الذين يتخوفون من مراقبة أهاليهم على محادثاتهم. وكما تتضح الصورة، سنتناول في هذا الفرع حقيقة ما تقدمه تطبيقات التواصل الاجتماعي من هذه الخدمة للمستخدمين من عدمه، وهذا ما سنعالجه في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: التطبيقات المقيّدة لخدمة الحذف.

المقصد الثاني: التطبيقات المطلقة لخدمة الحذف.

المقصد الأول: التطبيقات المقيّدة لخدمة الحذف

هناك تطبيقات لا تسمح للمرسل أن يلغي أو يحذف رسالته الإلكترونية، ما دامت أنها خرجت من جهازه ودخلت جهاز المرسل إليه، كالإيميل، وفي هذه التطبيقات ليس هناك مجال للحديث عن رخصة الحذف. أما التطبيقات أو البرامج التي أتاحت هذه الخدمة، لكن بقيود، برنامجي فايبر والواتساب، وهي من تطبيقات الدردشة الوحيدة التي تدعي أنها تحذف رسائلك من الخادم، وتخزن (Telegram) جميع الدردشات والوسائط على خدمتهم. ولا يتم تخزين المحادثات السرية على الخادم، ولكن يتم تخزين الوسائط السرية⁽¹⁾. أما في حالة (whatsapp) يلاحظ أنه تخزن الدردشات كل يوم في الساعة 3 صباحاً افتراضياً وهذا جزء من خاصية التطبيق وقوانينه⁽²⁾. لكن قيدها في مدة لا تتجاوز 24 ساعة أو 7 أيام أو 90 يوماً⁽³⁾، وسنحيل الحديث عن هذا القيد لاحقاً.

(1) Botha, Johnny, W. C. Vant, and Louise Leenen. "A comparison of chat applications in terms of security and privacy. " Proc. 18th Eur. Conf. Cyber Warfare Secur.. 2019. p 4, see also, Theodor Schnitzler, Christine Utz, and Florian M. Farke, Exploring user perceptions of deletion in mobile instant messaging applications (2020) (6) 1 Journal of Cybersecurity, 2.

(2) Faklaris, Cori, and Sara Anne Hook. "Oh, snap! The state of electronic discovery amid the rise of Snapchat, WhatsApp, Kik, and other mobile messaging apps. " (2016). P 8.

(3) للتفاصيل أكثر لاحظ: <https://rankiing.net/does-facebook-keep-your-deleted-messages>

المقصد الثاني: التطبيقات المطلقة لخدمة الحذف

أما التطبيقات التي أطلقت العنان لخاصية الحذف، فهما تطبيق آل (سناب شات) و(الأنستغرام)، إذ يستطيع المستخدم أن يحذف رسالته في أي وقت، حيث تم تصميم خوادم سناب شات بحيث تحذف جميع مقاطع سناب تلقائياً بعد أن يُشاهدها جميع المستقبلين. وضمّمت خوادم Snapchat بطريقة تجعلها تحذف جميع مقاطع Snap غير المفتوحة بعد 30 يوماً تلقائياً. كما ضمّمت خوادم Snapchat بطريقة تجعلها تحذف جميع مقاطع Snap غير المفتوحة والمرسلة إلى دردشة جماعية بعد 7 أيام تلقائياً⁽¹⁾. وكذلك أيضاً من أهم مميزات تطبيق (Instagram) هو الخصوصية والأمان التي يتمتع بها التطبيق حيث يسمح التطبيق بحذف الرسائل من الطرفين بشكل نهائي دون تقيد بالوقت⁽²⁾.

الفرع الثاني

القيود الزمني لحذف الرسالة أو المحادثة

ما هو القيد الزمني لحذف الرسالة أو المحادثة، وما هي أبعاده القانونية، سنعالج هذا الأمر في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول ماهية القيد الزمني لحذف الرسالة أو المحادثة

يقصد بالقيود الزمني تحديد وقت معين ينقضي معه خيار المرسل في حذف رسالته الإلكترونية، وهذا القيد توفره معظم التطبيقات كالتساب والفايبر، حيث تُلغى الرسالة من صندوق بريد المرسل إليه من قبل المرسل، وهذا ما قد يشكل مصدر إزعاجٍ للأخير، فيضطر إلى تصوير المحادثة عبر لقطة الشاشة، أو يقوم بإعادة إرسال الرسالة من جديد إلى شخص آخر أو إلى حساب ثانٍ له.

←

تاريخ الزيارة: 2022/6/17.

(1) للتفاصيل أكثر لاحظ: <https://support.snapchat.com/ar-AA/a/when-are-snaps-chats-deleted>.

تاريخ الزيارة: 2022/6/17.

(2) للتفاصيل أكثر لاحظ: <https://www.ngmisr.com/tech/%D8%A3%D9%87%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B7%D8%A8%D9%8A%D9%82%D8%A7%D8%A-%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%AF%D9%85%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%83%D9%88%D9%85%D9%8A%D8%A9-%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%85>.

تاريخ الزيارة: 2022/6/17.

هنا يثور التساؤل قانونياً عن الدور الذي يلعبه القيد الزمني في تحديد حق المرسل في الحذف، وحق المرسل إليه في اقتناء الرسالة وإعادة إرسالها من جديد، وهذا محور البعد القانوني من الحذف تعالجه في المقصد الآتي، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، ما هو غرض المرسل من حذف رسالته بعد ما أرسلها بكامل إرادته ورضاه؟

قد يكون غرض المرسل في حذف الرسالة، تحاشي أن يرى المرسل إليه عيب في الرسالة، سواء في الصياغة أو الطباعة، أو مدى مصداقية المعلومة التي أراد إخبار المرسل إليه بها، أو أن الرسالة ستشكل لوماً عليه أو دليلاً ضده، ومهما يكن الغرض، فإن حذف الرسالة يبقى تحت عنوان واحد هو رجوع المرسل عن إرسالها، لكننا، وفي ظل التطبيقات الإلكترونية الحديثة، لا يمكن أن نعد أنها لا تعد مرسله أصلاً، ذلك أنه عند حذف الرسالة يظهر لدى المرسل إليه ما يشير إلى الحذف من قبل المرسل فيصبح على معرفة محتوى الرسالة المحذوفة، ما لم يكن للمرسل إليه مصلحة في إظهارها، إذ يمكن إظهارها عبر استخدام الخبرة لدى المختصين بطرق معينة.

المقصد الثاني: الأبعاد القانونية لحذف الرسالة أو المحادثة ضمن القيد الزمني

ذكرنا أن الرسالة الإلكترونية تصبح ملكاً للمرسل إليه من وقت دخولها صندوق بريده، فهل يُعد الحذف من قبل المرسل اعتداءً على حق المرسل إليه هذا؟ على اعتبار أن بإمكان المرسل ألا يرسل رسالته أصلاً، فما الغرض من الحذف؟

لا شك أن شروط التطبيق الذي وافق عليه جميع المستخدمين الذين يكونون في أوضاع المرسلين والمرسل إليهم، هي أساس مشروعية استخدام هذه الخاصية بالنسبة لكل مرسل، لكن عليه ألا يتعسف في استخدامها فيلجأ إلى الحذف مراراً وتكراراً لإزعاج المرسل إليه أو استفزازه، والحقيقة أن التطبيقات الإلكترونية قد أعطت أدوات جزائية للمستخدمين في معاقبة بعضهم البعض عن إساءة استخدامها، إذ يلجأ هؤلاء إلى هذه العقوبات، بدلاً من اللجوء إلى الجهات الرسمية المختصة، التي يلجؤون إليها فقط عند وقوع مخالفة جسيمة أو حصول ضرر لا يجبره استخدام العقوبة الإلكترونية الخاصة بالتطبيق، كالحظر وإنهاء المتابعة وإلغاء الصداقة، وما إلى ذلك.

المطلب الثاني

آثار خيار المرسل في الحذف

يترتب على خاصية أو رخصة أو خيار حذف الرسالة الإلكترونية من صندوق بريد المرسل إليه مجموعة من الآثار القانونية تصيب الحقوق المتعلقة بالرسالة ذاتها لكل من طرفيها المرسل والمرسل إليه. ولا شك أن أي خلاف يحصل بين الطرفين أمام الإدارة أو القضاء، سيكون من المهم الاطلاع على محادثتهما التي يمكن الحصول عليها رغم الحذف⁽¹⁾، إذ يحتفظ بها التطبيق ويمكن الرجوع إليها في أي وقت، لا سيما في حالة وقوع جريمة، فلا مشكلة تذكر بالنسبة إلى الإثبات، إن احتفظت الشركة المصدرة للتطبيق بنسخة احتياطية للرسائل⁽²⁾.

لكن المشكلة تثار أكثر عن البحث عن ملكية الرسالة والسرية والملكية الفكرية، وهذا ما سنعالجه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: أثر حذف الرسالة على ملكيتها.

الفرع الثاني: أثر حذف الرسالة على سريتها وحجيتها في الإثبات.

(1) فمثلاً يحتفظ Facebook ببيانات المستخدم لمدة تصل إلى 90 يوماً بعد الحذف. أما وفي حالة لم يحذف المستخدم السجل بينه وبين مستخدم آخر بشكل نشط، تحتفظ التطبيقات بكامل المحادثات المتبادلة، والتي تمتد إلى سنوات ماضية، كما هو موجود هذه الخاصية في تطبيق Messenger، وبشكل عام تستطيع الشرطة استعادة الرسائل المحذوفة. إذا كان لدى الشرطة قضية يحتاجون فيها إلى الوصول إلى حساباتك الشخصية المحذوفة، عندئذٍ سيطلبون من القاضي توقيع مذكرة وتقديم ذلك إلى الشركة التي تمتلك التطبيق. تأسيساً على ذلك سيقوم بعد ذلك بالبحث في خوادهم وتقديم الرسائل. (للتفاصيل أكثر لاحظ: <https://rankiing.net/does-facebook-keep-your-deleted-messages/>. تاريخ الزيارة: 2022/6/17).

(2) وجدير بالذكر أن في تطبيق واتساب يمكنك استخدام خاصية "الحذف لدى الجميع" خلال أسبوع واحد فقط من إرسال الرسالة. (للتفاصيل أكثر لاحظ: <https://faq.whatsapp.com/android/chats/how-to-delete-messages/?lang=ar>. تاريخ الزيارة: 2022/6/17).

الفرع الأول

أثر حذف الرسالة على ملكيتها

ونتناول في هذا الفرع أثر استخدام خاصية حذف الرسالة الإلكترونية على ملكيتها المادية والفكرية، وفي المقصدين الآتين:

المقصد الأول: أثر حذف الرسالة الإلكترونية على ملكيتها المادية.

المقصد الثاني: أثر حذف الرسالة الإلكترونية على ملكيتها الفكرية.

المقصد الأول: أثر حذف الرسالة الإلكترونية على ملكيتها المادية.

ذكرنا أن الرسالة الإلكترونية تصبح ملكاً للمرسل إليه حال دخولها صندوق بريده، وهذه الملكية تتيح له إعادة إرسالها من جديد، حسب مشيئته، لكن حذفها من قبل المرسل إليه تقيد ملكيته عليها، صحيح أن ملكيته مقيدة أصلاً فيما لو احتوت الرسالة على سر للمرسل، أو فكرة يملكها الأخير، لكن عدم احتوائها على فكرة مبتكرة أو سر لا يقبل البوح، تجعل من ملكية المرسل إليه مقيدة أو مفوتة بالحذف.

وهنا يثور تساؤل حقوقي مرده، هل أن الرسالة تبقى على ملكية المرسل إلى أن تنقضي المدة التي يُتاح له فيها استخدام خاصية الحذف، ثم تنتقل بانقضاء هذه المدة إلى المرسل إليه: أم أنها تدخل في ملك المرسل إليه لكنها معلقة على شرط فاسخ هو استخدام الخيار؟ لا شك أن الأمر متعلق بالشرط والأجل، والفرق بينهما أنه، وإن كان كل منهما أمر مستقبلي، وكل منهما يكون واقفاً أو فاسخاً، إلا أن الشرط هو أمر غير محقق الوقوع، أما الأجل فهو أمر محقق الوقوع⁽¹⁾، كما أن الشرط تتعلق به كل الحقوق، بما فيها حق الملكية، لكن الأجل، وإن أمكن إضافته كصفة عارضة لكل الحقوق، لكنه لا يضاف إلى حق الملكية، لكونه الحق المالي الوحيد الذي يتصف بالأبدية⁽²⁾. ولكون ملكية الرسالة الإلكترونية هي ملكية بالمعنى العام، فلا يجوز إضافتها إلى المستقبل وقفاً أو فسخاً. لذا فإن الوصف المجاز لنا إطلاقه على التساؤل أعلاه، هو تعليق الملكية على شرط واقف أو فاسخ، وقد يكون هناك توجهين:

(1) لاحظ: الأستاذ السنهوري، الوسيط، ج 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون ذكر سنة نشر)، ص 131.

(2) لاحظ: المرجع السابق نفسه، ص 96.

التوجه الأول: إن الرسالة الإلكترونية تبقى على ملك المرسل لها، إلى حين انقضاء الحيز الزمني لاستخدام خيار الحذف، وهذا التوجه قد يؤدي إلى عدم استقرار ملكية الرسالة بين الطرفين، إذ أن بإمكان المرسل إليه إعادة إرسال الرسالة الإلكترونية ثانية إلى شخص آخر، ولن يتأثر هذا الإرسال إذا قام المرسل بحذف الرسالة من صندوق بريد المرسل إليه، وهذا يعني أن الرسالة ستبقى على ملكية المرسل إليه ولا يشكل موضوع الحذف إلا قيداً استثنائياً على هذه الملكية دون أن يكون شرطاً لأعمالها أو لنقضها.

التوجه الثاني: لأن الرسالة الإلكترونية مملوكة للمرسل إليه منذ لحظة دخولها إلى بريده الإلكتروني، لكنها مهددة بخطر الزوال، وتكون بهذا الوصف متى قام المرسل بحذفها من صندوق بريد المرسل إليه، وهذا بمعنى أن الرسالة الإلكترونية قد تأخذ أحد وصفين:

1- إما أنها مملوكة للمرسل إليه من تاريخ أو لحظة دخولها صندوق بريده، لكن من الممكن أن تُزاح عنه هذه الملكية عند حذف الرسالة، فإذا لم نحذف الرسالة، أو لم نحذفها المرسل، تبقى ملكيته مستقرة لها. وهنا لا يمكن أن نقول أن الملكية مضافة إلى أجل فاسخ، فهذا يخالف أبعديتها، وإن كانت بالمعنى العام لها، ولا يمكن أن نقول أنها مضافة إلى أجل واقف إذ تبدأ الملكية مع انقضاء الحيز الزمني المتاح لاستخدام رخصة الحذف، إذ هذا لا يتفق مع طبيعة الملكية، - كما قلنا - كما لا يمكن أن توصف الملكية أنها معلقة على شرط واقف هو شرط عدم استعمال خيار الحذف، بل هي ملكية معلقة على شرط فاسخ يتمثل في الحذف ذاته.

2- إنها مملوكة للمرسل إليه منذ لحظة دخولها صندوق بريده، لكنها مقيدة بقيد الحذف، ذلك أن هذا القيد لا يتم استخدامه إلا في حدود معينة، لذا لا يستقيم أن توصف الملكية بأمور نادرة، فالعبرة للغالب الشائع لا للنادر.

المقصد الثاني: أثر حذف الرسالة الإلكترونية على ملكيتها الفكرية

إن الملكية الفكرية للرسالة التي تحتوي على فكرة مبتكرة يحميها القانون، ترتبط بالمرسل ومدى ممارسة حقوقه عليها، لا سيما النشر؛ والنشر بالنسبة للرسالة الإلكترونية أيسر شأنًا من نظيرتها العادية التي تدون ورقياً، إذ يعد الإرسال وإعادة الإرسال بمثابة نشر للرسالة الإلكترونية، كما أن استعمالها ككومت أو تعليق عام هو نشر مؤكد لها. وهنا قد تثار تساؤلات عديدة، سيما أن الذي يملك النشر يملك الرجوع عنه.

الفرضية المتاحة في الأذهان هنا، أن المرسل أرسل رسالة فيها فكرة مبتكرة إلى

المرسل إليه، أخبره بها، ثم قام الأخير بإعادة إرسالها إلى حساب آخر له أو للغير، ثم قام المرسل بحذفها من صندوق بريد المرسل إليه، ضمن الحيز الزمني المتاح له؛ هل يعد الحذف رجوعاً له عن النشر؟

إن الرسالة إذا كانت سرية حكمتها القواعد التي تحكم سرية المراسلات، وإن كان فيها ما يعده أحد الطرفين سنداً للإثبات، حكمتها القواعد التي تحكم حجية السندات الإلكترونية في الإثبات، لكن خارج هذين الاحتمالين سيكون الأمر مختلفاً، إذ أن إعادة الإرسال من قبل المرسل إليه للرسالة قبل حذفها من المرسل، يعد نشرها لها، هنا نكون أمام حقين متنازعين، حق المرسل إليه في ملكية الرسالة ذاتها، وحق المرسل في ملكيتها الفكرية، وما يتبع هذا الحق من ممارسات أجاز له القانون القيام بها منها النشر والاستغلال المالي والسحب من النشر⁽¹⁾؛ وأرى أن التمييز بين حسن نية المرسل إليه وسوء نيته أمر تستوجبه العدالة، لا سيما أنه يملك الرسالة التي في صندوق بريده ولم يصرح له المرسل بسريتها أو أنها لم تكن سرية بحسب موضوعها، وأراد نشر الفكرة مشيراً بنسبتها إلى المرسل، فإنه يكون قد مارس حقه بلا شك، لكن إن كان له قصد في الإضرار بالمرسل أو الإيحاء للجمهور أن الفكرة له، فإن سوء نيته هنا يجعله تحت طائلة المسؤولية.

كما أن إعادة الإرسال من قبل المرسل إليه، قد يؤدي إلى استخدام الرسالة من قبل الغير، بحيث يمكن أن ينسب المصنف المبتكر في جوهرها إليه⁽²⁾، فيكون قد ساهم في الاعتداء على الملكية الفكرية للمرسل، وهذا الاعتداء يستوجب التعويض، فيما لو كان سيء النية.

الفرع الثاني

أثر حذف الرسالة على سريتها وحجيتها في الإثبات

نعالج هاتين المسألتين في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: أثر حذف الرسالة على سريتها.

المقصد الثاني: أثر حذف الرسالة على حجيتها في الإثبات.

(1) لاحظ: الأستاذ السنهوري، الوسيط، ج8، مرجع سابق، ص444.

(2) في تفصيلات هذه الإشكالات على مواقع التواصل الاجتماعي، لاحظ: د. أشرف جابر سيد، مرجع سابق، ص145.

المقصد الأول: أثر حذف الرسالة على سريتها

لا ريب أن حذف الرسالة يقضي على كل سرٍ فيها، لكن إطلاع المرسل إليه عليها قبل حذفها من قبل المرسل قد يوحي بدلالات عدة. إذ ماذا يُشكل الحذف من دلالة؟ وما يشكله من دلالة لكلا الطرفين؟ مسألتان تقبلان النقاش.

إن سرية المراسلات الخاصة أضححت اليوم من ضمن الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، كما يرى الجانب المستقر من الفقه⁽¹⁾، وإن كنت لا اتفق مع هذا التصوير، فهذه الحقوق لا تقبل النزول عنها، كما أنها لصيقة بشخص الإنسان، في حين أن السر يقبل النزول عنه، وبعض منه ليس لصيق بشخصية الإنسان، لكن، ولما كان السر هو ما لا يجوز الإفصاح عنه لأي شخص، أو أنه معلومة يفوض الشخص الاحتفاظ بها لنفسه فقط⁽²⁾، فإن قيام المرسل بحذف رسالته من صندوق بريد المرسل إليه قرينة على ثمة سر تضمنته الرسالة، لكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، إذ قد يكون الحذف بسبب وجود أخطاء إملائية في الصياغة أو أخطاء مطبعية، أو أن المعلومة خاطئة فأراد المرسل الرجوع عن إرسالها ومشاركتها مع الغير. لذا فإذا قام المرسل إليه بإعادة إرسال الرسالة الإلكترونية إلى شخص آخر، ثم قام المرسل بحذفها، فعليه أن يقوم هو أيضاً بحذفها من صندوق بريد المرسل إليهم، ما لم يكن الوقت المتاح للحذف قد أدركه.

إذن فدلالة الحذف تعطي انطباعاً بوجود قدر من الخصوصية في الرسالة الإلكترونية ينبغي احترامه من قبل المرسل إليه، والاحترام يكون بعدم نشر ما جاء في الرسالة، عبر إعادة إرسالها أو تمكين المستخدمين من الاطلاع عليها، فالخصوصية والعلائية لا تجتمعان. ويعدُّ في حكم العلانية، الإرسال إلى مجموعة من الأشخاص، عبر دردشات الكروبات على وسائل التواصل الاجتماعي، وكذلك التغريدة على تويتر والنشر على (الأنستغرام) أو النشر على صفحة (فيس بوك)، وهنا أشير إلى حكم يشير إلى الفرق بين الخصوصية والجانب العام لـ (فيس بوك)، فمعيار التمييز بين الطابع الخاص أو العام لصفحة (فيس بوك) يتصل بطبيعة إعدادات الخصوصية التي يختارها المستخدم لصفحته،

(1) الأستاذ السنهوري، الوسيط، ج8، مرجع سابق، ص443.

(2) لاحظ: خلف إبراهيم سليمان، المسؤولية المدنية عن إفشاء السر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2015، (غير منشورة)، ص13.

وأن الطابع الخاص لهذه الصفحة ينتفى، ومن ثم تتوافر العلانية، متى كانت إعدادات الخصوصية للصفحة تتيح لأي شخص دخولها⁽¹⁾.

(1) Cons. Purd'h. Boulogne-Billancourt 19 novembre 2010, n 09/00316

حكم AltenSir في 19 نوفمبر 2010 (وكان هذا الحكم قد صدر بمناسبة قيام شركة (AltenSir) بفصل ثلاثة (مهندسين) من مستخدميها لقيامهم "بالتحريض على التمرد على إدارة الشركة وتشويه سمعتها"، وعلى أثر ذلك أثر أحدهم التسوية الودية مع الشركة من خلال حائط صفحته على موقع (فيس بوك)، بينما اختار الآخران اللجوء إلى القضاء للطعن في قرار الفصل استناداً إلى أن ما تنسبه إليهما الشركة من خطأ جسيم وإخلال بالتزامهما بواجب الأمانة غير ذي محل لأن المناقشات والتعليقات التي تبادلها على موقع (فيس بوك) كانت في غير أوقات العمل (مساء يوم السبت)، كما أنها مناقشات خاصة تمت من خلال صفحة شخصية على الموقع لأحد المستخدمين بالشركة وغير متاح لجمهور مستخدمي الإنترنت الدخول إليها، وأخيراً فإن هذه التعليقات لم يكن القصد منها القدح في الشركة أو تشويه سمعتها، بل كانت على سبيل الطرفة والتندر. وفيما يتعلق بدليل الإثبات المستمد من التعليقات المنشورة على صفحة (فيس بوك)، استند المدعيان في طعنهما على قرار الفصل إلى أنه تأسس على تعليقاتهما المنشورة على صفحة شخصية غير متاحة لجمهور مستخدمي الإنترنت وهو ما يعد عملاً غير مشروع من الشركة باعتباره انتهاكاً لمبدأ سرية المراسلات وللحق في الخصوصية. وقد استدلت الطاعنان على هذه الخصوصية بأن الشركة قد حصلت على تعليقاتهما عن طريق أحد العاملين فيها ممن كانوا يستطيعون الدخول إلى تلك الصفحة (باعتباره صديقاً لأحد المسجلين على قائمة الأصدقاء في الصفحة) والذي قام بنسخ الحوار الذي تم بين الطاعنين وقدمه إلى الشركة المدعى عليها. وقد رفضت المحكمة هذا الطعن، استناداً إلى انتفاء الطابع الخاص للصفحة التي تضمنت العبارات المهيئة للشركة والمنسوبة إلى الطاعنين، وهو ما ثبت للمحكمة من خلال الرجوع إلى إعدادات الخصوصية لحساب منشئ الصفحة، والتي تبين منها أنه اختار أن يشاركه في صفحته "أصدقاءه وأصدقاء أصدقائه ses amis et leurs amis"، بما يعني أن الدخول للصفحة متاح، وبخاصة لزملائه من العاملين في الشركة، وللعاملين السابقين فيها، بل إن من بين قائمة الأصدقاء في الصفحة أشخاصاً من غير العاملين في الشركة، الأمر الذي يقطع بأن الدخول إلى هذه الصفحة قد تجاوز حدود الخصوصية. وبناء على هذا قضت المحكمة بأن "إنشاء الصفحة المشار إلى تضمينها تعليقات مهيئة يعد دليل إثبات مشروع من شأنه أن يبرر قرار الفصل"، ويتنفي معه ادعاء الطاعنين بانتهاك الشركة لحقهما في الحياة الخاصة من خلال حرية تبادل الآراء عبر مواقع التواصل الاجتماعي. وقد خلصت المحكمة إلى أن ما نسب إلى الطاعنين من تعليقات هو في الحقيقة تعليقات مهيئة des propos de'sobligeants لها صفة العلانية كان من شأنها الإساءة إلى سمعة الشركة والتشهير بها، ولا يمكن اعتبارها من قبيل المراسلات الخاصة التي لا يجوز الاطلاع

←

المقصد الثاني: أثر حذف الرسالة على حجيتها في الإثبات

قلنا أن حذف الرسالة من قبل المرسل من صندوق بريد المرسل إليه قرينة بسيطة على خصوصيتها أو سريتها، فلا يجوز للمرسل إليه استخدامها، إن هو استطاع تصويرها أو أعاد إرسالها لحساب آخر له أو لحسابات الغير، مهما كان هذا الاستخدام، وإن كان استخداماً أمام القضاء كدليل إثبات ضد المرسل، ما لم تكن له مصلحة في الاستخدام، كما لو كانت الرسالة الإلكترونية تتضمن اتفاقاً بينه وبين المرسل، أو التزاماً تعهد به هذا الأخير، أو مخالصة أو إقراراً أو نحو ذلك، أو احتوت الرسالة على تهديد أو ألفاظ يعدها القانون جريمة في حق المرسل إليه، فمن حقه استخدام الرسالة دليلاً لصالحه⁽¹⁾.

وغالباً ما يلتقط المرسل إليه لقطة الشاشة على الرسالة الإلكترونية، عندما يغلب عنده الشك بأن المرسل سيحذفها من صندوق بريده، ويكون لهذه الصورة حجية الصور للمستندات الإلكترونية في الإثبات، حيث نصت المادة (14) من قانون التوقيع الإلكتروني العراقي على أنه: ((تكون الصورة المنسوخة عن المستند الإلكتروني حائزة على صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

أولاً - أن تكون معلومات وبيانات الصورة المنسوخة متطابقة مع النسخة الأصلية
ثانياً - أن يكون المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني موجودين على الوسيلة الإلكترونية

ثالثاً - إمكانية حفظ وتخزين معلومات وبيانات الصورة المنسوخة بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة

رابعاً - إمكانية حفظ الصورة المنسوخة في الشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو تسلمت به النسخة الأصلية للمستند الإلكتروني.

خامساً - احتواء الصورة المنسوخة على المعلومات الدالة على الموقع والمتسلم وتاريخ ووقت الإرسال والتسلم)). كل هذا بشرط عدم انتهاك حقوق المرسل في الخصوصية والملكية الفكرية، في الحدود المرسومة قانوناً.

←

(عليها). نقلاً عن: د. أشرف جابر سيد، مرجع سابق، ص 155.

(1) لاحظ: د. أشرف جابر سيد، مرجع سابق، ص 152.

الخاتمة

من خلال البحث توصلنا إلى النتائج الآتية:

- 1- إن الخدمة التي تتيحها التطبيقات في وسائل التواصل الاجتماعي للمراسلة الإلكترونية، تختلف كثيراً، وبشكلٍ يخلق فجوة كبيرة من التطور التقني بين الرسالة الإلكترونية والرسالة العادية، ناجم عن استخدام شبكة الإنترنت التي اختصرت الكثير من الوقت، بين ما يعبر عنه المرسل في رسالته، وإطلاع المرسل إليه على رسالة الأول، إذ يتم بلحظات، وتتم معه خيارات عديدة، بوقتٍ وجيز، منها خيار حذف الرسالة.
- 2- وخيار الحذف خدمة متاحة لمرسل الرسالة الإلكترونية عبر تطبيقات معينة، أن يلغي رسالته من صندوق بريد المرسل إليه، بعد ما وصلت إلى الأخير وأصبحت في حوزته، خلال وقت محدد، كما هو الحال في تطبيق الواتساب وفايبر، أو بشكل غير مقيد بالوقت في بعض التطبيقات، كما في مراسلات الأنستغرام، أو يتم حذف الرسالة تلقائياً دون تدخل المرسل، خلال فترة زمنية معينة، كما في تطبيق السناب شات. وخيار الحذف، متى كان في مقدور المرسل استعماله، يخلق إشكالات كثيرة.
- 3- نظراً لكون الرسالة الإلكترونية تتعلق بها أربعة حقوق وهي: حق الملكية المادية، وحق الملكية الفكرية، والحق في السرية، والحق في الإثبات، فإن لخاصية الحذف تأثير على هذه الحقوق.
- 4- إن الرسالة الإلكترونية تدخل في ملكية المرسل إليه من وقت دخولها صندوق بريده، أو علبة الإلكترونية، ويبقى خيار الحذف قيداً تقنياً فحسب على هذه الملكية، ليس إلا، بدليل قدرة المرسل إليه في إعادة إرسال الرسالة قبل حذفها دون أن تحذف تبعاً للحذف الأول.
- 5- ولاحتمالية احتواء الرسالة على فكرة مبتكرة، تنسب ملكيتها إلى المرسل، فإن حذفها سيدل على عدم إعطاء الإذن للمرسل إليه بنشرها أو إعادة إرسالها.
- 6- ولما كان حذف الرسالة الإلكترونية من صندوق بريد المرسل إليه من قبل المرسل، قرينة على خصوصيتها وسريتها، وإن كانت قابلة لإثبات العكس، فعلى المرسل إليه أن يحترم هذه الخصوصية، ويسحب الرسالة بحذفها من صناديق بريد المرسل إليهم.

7- وللرسالة الإلكترونية حُجية في الإثبات، كونها مستنداً إلكترونياً، تتأثر بالحذف، إلا إذا كانت هناك نسخة تحتفظ بها الجهة المزودة بخدمة البرنامج.

8- إن التقنيات الحديثة، بما تملك من برامج وتطبيقات، لا حد لها ولا حصر، منها المشروعة ومنها غير المشروعة، أو التي تتضمن اعتداءً على ملاكها الأصليين، أتاحت لكثير ممن احترفوا التلاعب بها، أو كشف أسرارها، أن يتحايلوا عليها، لدرجة أن بعض المستخدمين أصبح بإمكانه التجاوز على القيد الزمني لحذف الرسالة عبر تلاعبه بالمواقيت وتجميد عملية تحديثها تلقائياً، عبر التحايل على الوقت، فيحذف أية رسالة، وبالتالي ستثار جميع الإشكالات القانونية التي يثيرها خيار حذف الرسالة، لكن الفرق أنه هنا لا يدخل ضمن الخيار القانوني المشروع، وفرضيات هذا الأمر متعددة تحتاج إلى أن يصدر تشريعاً متفق عليه، أو قانوناً نموذجياً، أو اتفاقية دولية، لمعالجة هذه الأمور التي قد تثير نزاعاً بين المرسل والمرسل إليه عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

المراجع

- الكتب:

- 1- أحمد نشأت بك، رسالة الإثبات، ج 1، مطبعة الاعتماد بمصر، 1950.
- 2- د. أشرف جابر سيد، الجوانب القانونية لمواقع التواصل الاجتماعي، دار النهضة العربية، 2013.
- 3- د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.
- 4- د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت، بيروت، 2000، ط1.
- 5- د. عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، دار الثقافة، عمّان، 2001.
- 6- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، أوصاف الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون ذكر سنة نشر).
- 7- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون ذكر سنة نشر).
- 8- د. عبد الفتاح مراد، شرح قوانين التوقيع الإلكتروني في مصر والدول العربية، (دون ذكر ناشر ومكان وزمان النشر).
- 9- د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الإثبات، مطبعة الزمان، بغداد، 1997.
- 10- عمر حسن المؤمني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، 2003.
- 11- محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 12- د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017.

13- مختار القاضي، حق المؤلف، الكتاب الثاني، القاهرة، 1959، ط1.

- الأبحاث والرسائل:

1- جرجس سلوان ونعمة سلوان، الكتب البريدية أمام القضاء، بحث منشور في مجلة العدل اللبنانية، السنة 4، العدد الرابع، 1970.

2- خلف إبراهيم سليمان، المسؤولية المدنية عن إفشاء السر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2015، (غير منشورة).

3- صفاء شكور عباس، الحماية المدنية للمحتوى الإبداعي في الوسائط المتعددة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة السليمانية، 2021، (غير منشورة).

4- د. محمد سليمان الأحمد ود. عبد الكريم صالح عبد الكريم، البعد الحقوقي لعنوان بروتوكول الإنترنت "IP address" وتأثيره على الخصوصية، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة 8، العدد 4، العدد التسلسلي 32، 2020.

- القوانين:

1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

2- قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.

3- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (3) لسنة 1971.

4- قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012.

5- قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية.

- المواقع الإلكترونية:

1- <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/message>.

2- <https://ar.warbletoncouncil.org/ventajas-desventajas-correo-electronico-5273>

3- <https://www.techtargt.com/whatis/definition/Gmail>

4- <https://www.techtargt.com/searchmobilecomputing/definition/WhatsApp>

5- <https://www.techtargt.com/searchmobilecomputing/definition/WhatsApp>

6- <https://www.techtargt.com/whatis/definition/Facebook-Messenger>

7- <https://www.computerhope.com/jargon/i/instagram.htm>

8- <https://www.dailydot.com/unclick/what-does-imo-mean>

9- <https://botim-unblocked-video-call-and-voice-call.en.softonic.com/iphone>

- 10- <https://www.arimetrics.com/en/digital-glossary/tiktok>
- 11- <https://justaskthales.com/en/telegram-different-messaging-apps/>
- 12- <https://al-ain.com/amp/article/what-signal-elon-musk-dorsey-recommend-it>
- 13- <https://deletingsolutions.com/when-you-delete-a-content-on-social-media-site-will-it-be-gone-forever/>
- 14- <https://rankiing.net/does-facebook-keep-your-deleted-messages>
- 15- <https://faq.whatsapp.com/android/chats/how-to-delete-messages/?lang=ar>
- 16- <https://rankiing.net/does-facebook-keep-your-deleted-messages>
- 17- <https://support.snapchat.com/ar-AA/a/when-are-snaps-chats-deleted>
- 18- <https://rankiing.net/does-facebook-keep-your-deleted-messages>
- 19- <https://faq.whatsapp.com/android/chats/how-to-delete-messages/?lang=ar>.

- المراجع الأجنبية:

- 1- Berners-Lee, Tim, et al. "The world-wide web. " *Communications of the ACM* 37. 8 (1994).
- 2- Botha, Johnny, W. C. Vant, and Louise Leenen. "A comparison of chat applications in terms of security and privacy. " *Proc. 18th Eur. Conf. Cyber Warfare Secur..* 2019.
- 3- Faklaris, Cori, and Sara Anne Hook. "Oh, snap! The state of electronic discovery amid the rise of Snapchat, WhatsApp, Kik, and other mobile messaging apps. " (2016).
- 4- Sangeeta Kumari, and Shailendra Singh, A Critical Analysis of Privacy and Security on Social Media (2015) Fifth International Conference on Communication Systems and Network Technologies, 602.
- 5- Theodor Schnitzler, Christine Utz, and Florian M. Farke, Exploring user perceptions of deletion in mobile instant messaging applications (2020) (6) 1 Journal of Cybersecurity, 2.
- 6- Vaterlaus, J. Mitchell, et al. "'Snapchat is more personal': An exploratory study on Snapchat behaviors and young adult interpersonal relationships. " *Computers in Human Behavior* 62 (2016).

الملخص

الرسالة الإلكترونية تُطلق على كل محتوى يتم إرساله عبر شبكة إنترنت أو عبر خدمة تواصل أخرى من المرسل إلى المرسل إليه، كما تشمل المحادثات أيضاً، وهي تتم بواسطة أداة إلكترونية، دون استخدام الورق في تدوينها. فهي لا تحتوي على توقيع عادي مادي ينسب للمرسل، بل على توقيع إلكتروني، أو على دلالة أو بصمة تدل على نسبتها لشخص المرسل. كما إنها تتم بلا أي حساب للزمن، ذلك إن فيها من خاصيات تمكن المرسل من خيارات عديدة ما كانت تتيحها له الرسالة العادية، وأهمها: أسلوب المحادثة، والإرسال لعدة أشخاص، والمحادثات الجماعية عبر الكروبات، وأيضاً الخاصية المتاحة للمرسل في حذف الرسالة من صندوق بريد المرسل إليه. وتُعدُّ خاصية الحذف خياراً تتيحه بعض التطبيقات ولا تتيحه أخرى، ومنها ما يتيحه بلا قيد زمني، ومنها ما يتيحه بقيد زمني معين. إلا أن استخدام المرسل لهذا الخيار يؤثر على الحقوق المتعلقة بالرسالة الإلكترونية، كحق الملكية، أو عائدة الرسالة، وملكيته الفكرية، والحق في السرية والحق في الإثبات، وقسم من هذه الحقوق تكون مشتركة لكلا الطرفين، لا سيما في المحادثات، وقسم منها يستقل بها أحد طرفي الرسالة. وقد خرج البحث بنتائج أشارت إلى تلك الآثار المترتبة على استعمال المرسل لخيار الحذف على الحقوق المتعلقة بالرسالة الإلكترونية.

پوخته

نامه‌ی ئه‌لیکترۆنی به هه‌موو ئه‌و ناوه‌ڕۆکانه ده‌وتریت که ده‌نێردرین له رینگه‌ی تۆری ئینتەرنیت و خزمەتگوزاریه‌کانی دیکه‌یه‌یه‌وه‌ندی له نێر مه‌وه بۆ وه‌رگر، هه‌ره‌ها گه‌فتوگۆکان له‌خۆ ده‌گریت، که له رینگه‌ی هۆکارێکی ئه‌لیکترۆنیه‌وه ئه‌نجام ده‌درین، به‌بێ به‌کاره‌ینانی په‌ره له تۆمار کردنیدا. وه نیشانی ئاسایی و به‌رجه‌سته‌ی که ده‌دریته پال نێر مه‌ له خۆ ناگریت، به‌لکو نیشان و ئیمازی ئه‌لیکترۆنی، یاخود گوزارشت یاخود په‌نجه‌مۆریک که بدریته پال که‌سی نێر مه‌ له‌خۆ ده‌گریت. وه هه‌روه‌ها ئه‌نجام ده‌دریت به‌بێ هه‌یج جو‌ره له‌به‌ر چاوه‌گرتنیکی کات، ئه‌وه‌ش به‌هۆی بوونی هه‌ندیک تایبه‌تمه‌ندی به‌رده‌ستخراو که له نامه‌ی ئاسایی دا بوونی نی یه، له‌گرنگترینان:

شێوازی گه‌فتوگۆ، وه‌ناردن بۆ کۆمه‌له‌ که‌سیک، وه‌گه‌فتوگۆ به‌ شێوه‌ی کۆمه‌ل له رینگه‌ی گروپه‌کان، وه هه‌روه‌ها تایبه‌تمه‌ندیه‌کی به‌رده‌ست بۆ نێر مه‌ به‌ سرینه‌وه‌ی نامه له‌ سنووقی پۆسته‌ی وه‌رگر. تایبه‌تمه‌ندی سرینه‌وه به‌ بژارده‌یه‌ک داده‌نریت که هه‌ندیک له کارپێکه‌ره‌کان به‌رده‌ستیان خستوه و هه‌ندیکه‌ی دیکه‌یان نا، هه‌ندیکه‌یان به‌رده‌سته به‌بێ به‌ستنه‌وه‌ی به‌ ماوه‌یه‌کی دیاریکراو، وه هه‌ندیکه‌یان سنورداریان کردوه به‌ ماوه‌یه‌کی دیاریکراو. هه‌رچه‌نده به‌کاره‌ینانی ئه‌و بژارده‌یه له‌لایه‌ن نێر مه‌ وه کاریه‌گری له‌سه‌ر مافه‌کانی په‌یوه‌ست به‌ نامه‌ی ئه‌لیکترۆنی داده‌نریت، وه‌ک مافی خاوه‌نداریه‌تی، یاخود گه‌رانه‌وه‌ی نامه، و خاوه‌نداریه‌ته‌ فیکریه‌که‌ی، و ماف بۆ نه‌ینی و ماف بۆ سه‌لماندن، وه به‌شیک له‌و مافانه‌ هاوبه‌شه بۆ هه‌ردوو لایه‌ن، به‌تایبه‌تی له‌ گه‌فتوگۆدا، وه‌به‌شیکه‌ی دیکه‌یان تایبه‌ته به‌ یه‌کێک له‌ لایه‌نه‌کانی نامه‌که.

تویژینه‌وه‌که به‌کۆمه‌ڵێک ده‌ره‌نجام ده‌رچوووه که ئاماژهن بۆ ئه‌و کاریه‌گری و شۆینه‌وارانه‌ی که ده‌که‌ونه‌وه له ئه‌نجامی به‌کاره‌ینانی بژارده‌ی سرینه‌وه له لایه‌ن نێر مه‌ له‌سه‌ر ئه‌و مافانه‌ی په‌یوه‌ستن به‌ نامه‌ی ئه‌لیکترۆنی.

Abstract

An electronic message is defined as any content sent by sender to addressee over the Internet or through another communication service, and it includes conversations as well, and it carried out through an electronic tool, without using paper to write it down. In this way, it not involved with an ordinary physical signature attributed to the sender, but rather an electronic signature, or a sign or imprint indicating its affiliation with the person of the sender. It is also carried out without any calculation of time, as there features that enable the sender to have many options on offer to him by the normal message, the most important of which are: the conversation method, sending to several people, group conversations through groups, and also and most importantly the feature available to the sender to delete the message from the sender's mailbox mechanism.

The deletion feature is an option that some applications allow and others do not, including what is allowed without a time limit, and what allows it with a certain time limit. However, the sender's use of this option affects the rights related to the electronic message, such as the right of ownership, ownership of the message, its intellectual property, the right to confidentiality and the right to proof, and some of these rights are joint rights to both parties, especially in conversations, and some of them are independent to each party. The research came out with results that indicated those effects of the sender's use of the deletion option on the rights related to the electronic message.



العلاقة بين القانون والأخلاق في ظل النظرية الوضعية القانونية

عند الفقيه (جون أوسين) والبروفيسور (هارت) (*)
- دراسة تحليلية -

په یوه نډی نیوان یاسا و ږه وشت له سایه ی تیوری پوزه تیغیزمی یاسایی
له لایه ن زانای یاسایی (جون ئوستن) و پروفیسور (هارت) - لیکولینه وه یه کی
شیکاریه -
له لایه ن

The Relationship between Law and Morality in the Shade of Legal
Positivism of John Austin and Hart –An analytical Study-

الأستاذ الدكتور شيرزاد عزيز سليمان (**)

أستاذ القانون المدني

كلية العلوم الإسلامية، جامعة صلاح الدين - أربيل.

پ. د. شيرزاد عزيز سليمان

پروفیسوری له بواری یاسای شارستانی

کولتیری زانسته نیسلامیه کان - زانکوی سه لاهه ددین - هه ولیر

Prof. Sherzad Azeez Sulaiman,

Prof. Bsc. MA. , Ph. D. in Private Law, College of Islamic Sciences,
Salahaddin University- Erbil.

(*) تاریخ استلام البحث: 2021/10/6،

تاریخ قبول النشر: 2021/11/21

(**) sherzad.sulaiman@su.edu.krd



العلاقة بين القانون والأخلاق في ظل النظرية الوضعية القانونية
 عند الفقيه (جون أوستن) والبروفيسور (هارت)
 - دراسة تحليلية -

أ. د. شيرزاد عزيز سليمان

أستاذ القانون المدني

كلية العلوم الإسلامية، جامعة صلاح الدين - أربيل.

الكلمات المفتاحية:

الأخلاق، الوضعية القانونية، الالتزام، الفصل، العلاقة.

كليته ووشه:

رهوشت، پوزه تيفيزمي ياسايي، پابهندي، جياكر دنهوه، پهيوهندي.

Key words: Morality, Legal positivism, Obligation, Separation, Relationship.

المقدمة

في أغلب المجتمعات تأخذ الأخلاق حيزاً كبيراً في تنظيم العلاقات الاجتماعية، فهي إلى حد بعيد تتحكم في السلوك، وفي العلاقات القانونية، عليه فالقواعد القانونية تتأثر بشكل كبير بقواعد الأخلاق السائدة في المجتمع، ولكن رغم ذلك أنصار نظرية الوضعية القانونية تدعي الفصل بين القانون والأخلاق. وهذا ما دعانا إلى التفكير في هذا الموضوع وبيان موقف تلك النظرية من هذه المسألة تحت عنوان: (العلاقة بين القانون والأخلاق في ظل النظرية الوضعية القانونية عند الفقيه (جون أوستن) والبروفيسور (هارت)- دراسة تحليلية).

أهداف البحث ونطاقه:

يهدف هذا البحث إلى بيان علاقة القانون والأخلاق في ظل النظرية الوضعية القانونية، وبيان الجوانب المختلفة لتلك النظرية حول مسألة الفصل بين القانون والأخلاق، وهل يمكن للقانون أن يستغني عن المعايير الأخلاقية عند نشأته أو سريانه؟ ويحاول البحث في هذا المجال الإجابة على عدد من التساؤلات المتعلقة بهذا الموضوع منها: هل أن هناك علاقة ضرورية بين القانون والمعايير الأخلاقية؟ الا يمكن للقانون أن

يستغني عن الأخلاق؟ وما هي آراء الوضعية القانونية في ذلك؟ وما هي النقاط الجوهرية التي أتت بها النظرية الوضعية القانونية؟ للإجابة على هذه التساؤلات نركز على آراء الفقيه (جون أوستن) الذي يعتبر من المؤسسين لنظرية الوضعية القانونية التقليدية، والبروفيسور (هيربرت هارت) الذي قدم هذه النظرية في إصدار جديد والذي يمكن اعتباره من مؤسسي نظرية الوضعية القانونية الجديدة. كما ولا نغفل الإشارة إلى آراء ومناقشات المعارضين لهم.

أهمية البحث:

أهمية هذا البحث تظهر في أنه يتناول العلاقة بين القانون والأخلاق بنظرة فلسفية، ويحاول مناقشة الإشكاليات الفلسفية المتعلقة بهذا الجانب؟ وبيان مدى واقعية تلك النظرة الوضعية للقانون. وهذا قد يساعد في تحديد الجوانب السلبية والإيجابية عند التعامل مع القضايا القانونية بمعزل عن المعايير الأخلاقية، ونرجو أن يكون هذا البحث محاولة لإبراز المناقشات الفلسفية في هذا الجانب في الوقت الذي توجد القليل من البحوث باللغة العربية التي تناولت هذا الجانب عند الفقيه (أوستن) والبروفيسور (هارت)، كما ونرجو أن يكون هذا البحث إضافة إلى حقل المعرفة القانونية.

خطة البحث ومنهجيته:

يتخذ هذا البحث المنهج التحليلي الفلسفي في بيان علاقة القانون بالأخلاق في ظل النظرية الوضعية القانونية وفق خطة منهجية تضم مبحثين: تتقدمهما المقدمة والتمهيد وتنتهي بالخاتمة التي وردت فيها مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات.

تمهيد/ مراحل التحول إلى الوضعية القانونية

استلهم المذهب الوضعي في مرحلته الأولى علمياً من نجاح الثورة العلمية المعاصرة المبكرة من كوبرنيكوس (Copernicus) إلى نيوتن (Newton)، ففقهاء القرن الثامن عشر في أوروبا والقرن التاسع عشر في أمريكا انطلقوا نحو بناء طريقة قانونية لإظهار ان القانون له مكان مستقل في إطار العلوم الوضعية. وهو لا يمكن ويجب ان لا يصنف باللاهوتية أو السياسات أو الفلسفة أو الاقتصاد⁽¹⁾.

(1) John Witte Jr. , Law and Religion: The Challenges of Christian Jurisprudence, University of St. Thomas Law Journal, Vol. 2, Issue 2mm Article 14, (Pp. 439-452), Spring 2005, P. 440.

المرحلة الثانية للتحويل إلى الوضعية في القانون كانت فلسفية حيث عرفت بتسميات مختلفة كالوضعية القانونية (Legal Positivism)، والشكلية القانونية (Legal formalism)، والفقہ التحليلي (Analytical Jurisprudence)، حيث تظهر وكأنها تختزل موضوعات القانون إلى الجوهر الأساسي، بمعنى إذا كانت الفيزياء يمكن اختزالها في المادة في حال الحركة، والبايولوجيا في البقاء للأقوى، فبالأكيد من الممكن اختزال القانون في موضوع جوهري أيضا. فالفلسفة الوضعية تهدف إلى الوصول إلى الحقيقة عن طريق الملاحظة والاستقراء⁽¹⁾. فالوضعية في فقہ القانون وفلسفته تشتمل على الحركات والظواهر القانونية تبحثها بعيدا عن فكرة القانون الطبيعي والميتافيزيقيا بوجه عام وتربطها بواقع الحياة الاجتماعية وضرورتها⁽²⁾.

و نتيجة لتلك التأثيرات التي أحدثتها العلوم الطبيعية على القانون لم يعد القانون مجرد شيء تصوري يفرضه العقل، إنما هو ظاهرة طبيعية ملموسة يمكن الإقرار بوجودها في الزمان والمكان؛ ولهذا فهي تدرس كما تدرس الظواهر الطبيعية الأخرى، وبالطريقة التجريبية نفسها بعيدا عن الاعتبارات الميتافيزيقية أو الأخلاقية أو السياسية⁽³⁾. وخلاصة ذلك الفكر الوضعي تعتمد على اعتناق ثلاثة مبادئ رئيسية وهي: أولا/ القانون هو القانون الوضعي فحسب، أي القانون المطبق بالفعل، ثانيا/ القول بالفصل المطلق بين علم القانون وعلم الأخلاق، وثالثا/ الفصل بين القانون الوضعي والقانون التصوري، الذي يقصدون به القانون الطبيعي القائم على الأخلاق والميتافيزيقيا⁽⁴⁾. فقد أنكرت الفلسفة الوضعية كل تفكير ميتافيزيقي مسبق، واستبعدت البحث في الغايات القصوى والعلل الأولى ولم تعترف بغير الواقع المحسوس تعالجه بمناهج البحث التجريبي⁽⁵⁾.

(1) John Witte Jr. , Ibid, P. 441.

(2) حسن علي الذنون، فلسفة القانون، بغداد مطبعة العاني، ط1، 1975، ص65.

(3) ينظر للتفصيل: د. حسن علي الذنون، المصدر نفسه، ص64-92، ود. منذر الشاوي، الإنسان والقانون، (بغداد: الذاكرة للنشر والتوزيع، ط1، 2015)، ص ص471-501.

(4) د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية، 2017، ص85-86.

(5) حسن علي الذنون، فلسفة القانون، بغداد مطبعة العاني، ط1، 1975، ص65.

المبحث الأول

التعريف بالنظرية الوضعية القانونية ومدارسها

يعتبر الفقيه جون أوستن (John Austin) من المؤسسين لنظرية الوضعية القانونية⁽¹⁾، ولدواعي الاختصار سنذكر اسمه لاحقاً من هذا البحث بـ(أوستن)⁽²⁾، عليه نحاول تسليط الضوء على أسس ومفهوم نظريته فيما يأتي في المطلب الأول بشكل من التفصيل: وفي المطلب الثاني نتناول مفهوم البروفيسور هربرت ليونيل أدولفس هارت (Herbert Lionel Adolphus Hart)⁽³⁾ للوضعية القانونية، والذي لدواعي الاختصار أيضاً سنذكر اسمه لاحقاً من هذا البحث بـ(هارت).

(1) See: Martin P. Golding and William A. Edmundson, The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, Chapter 2, Brian H. Bix, Legal Positivism, Blackwell Publishing Ltd, 2006, P. 29.

(2) جون أوستن (John Austin) فقيه قانوني إنكليزي، ولد في عام 1790 عين أستاذاً للقانون في كلية لندن عقب تأسيسها، ثم تخلى عن التدريس عام 1834، وتولى عام 1836 منصب مفوض شؤون جزيرة مالطة، ثم انتقل إلى باريس وأقام فيها حتى عام 1848، وقد صاغ نظرية الوضعية القانونية من خلال محاضراته التي ألقاها في سنة 1832، وتوفي في عام 1859 عن عمر يناهز تسعا وستون عاماً، وقد تم طبع محاضراته تلك بناء على وصيته بعد وفاته. ينظر: إنسكلوبيديا بريطانيا (تاريخ آخر زيارة 2020/12/20) متاح على الإنترنت: <https://www.britannica.com/biography/John-Austin> وينظر كذلك:

John Austin, Lectures on Jurisprudence, the Philosophy of Positive Law, (New York: Henry Holt And Company, 1875), Pp. The introduction.

(3) هربرت ليونيل أدولفس هارت يختصر اسمه بالإنكليزية عادة بـ(H. L. A. Hart) من مواليد 1907 في مدينة هاغوريت، يوركشاير انكلترا، وهو محامي وأستاذ جامعي وفيلسوف، من المملكة المتحدة، وكان عضواً في الأكاديمية الأميركية للفنون والعلوم. ومن أشهر مؤلفاته التي صاغ فيها نظريته كان عن مفهوم القانون: والذي صدر لأول مرة في سنة 1961 وأعيد طباعته في سنة 1994. وقد عاش لمدة خمس وثمانون سنة حيث توفي في سنة 1992م في مدينة أوكسفورد. ينظر: إنسكلوبيديا بريطانيا، متاح على شبكة الإنترنت (تاريخ آخر زيارة 2020/12/20): <https://www.britannica.com/biography/H-L-A-Hart#ref324214>

المطلب الأول

مفهوم (أوستن) للوضعية القانونية وأسس نظريته

أنتجت الوضعية القانونية في أواسط القرن التاسع عشر من قبل (أوستن) في انكلترا، فهو من المفكرين الأوائل الذين قاموا بصياغة الوضعية القانونية بطريقة سستماتيكية. فهو يرى بأن القوانين هي قواعد وضعت من قبل السلطة العليا لإرشاد سلوك من هم دونهم⁽¹⁾. وهي أصناف من الأوامر: البعض منها تطلب أو تمنع الآتيان بفعل معين في ظرف معين، البعض الآخر تطلب أو تمنع نوعا عاما من الأفعال ليس مقيدا بظرف معين. وبما أن القوانين هي أوامر، فهي تفرض الواجبات على هؤلاء الذين يوجه اليهم. والواجب يعني أن الشخص مسؤول عن النتائج غير المرغوبة أي "العقوبات" والتي تنصرف إليه أو إلى العمل الذي يتعارض مع ما يتطلبه الأمر⁽²⁾.

وحيث أن القوانين هي أوامر عامة، فهي تفرض واجبا مستمرا للعمل بطريقة معينة، وليس ببساطة واجبا للآتيان بشيء معين في زمن معين. إذن وفقا لهذا المنطق فإن الأوامر التي توضع من قبل الإله للإنسان تشكل قانونا مقدسا؛ لأنها وضعت من قبل سلطة أعلى وهو الإله لترشد سلوك الإنسان الذي هو حتما دونه، عليه فإن مخالفة تلك القواعد من قبل الإنسان تجعله مسؤولا تحت طائلة العقاب على يد الإله⁽³⁾. بينما القواعد العامة التي توضع من قبل السلطات السياسية تشكل القانون الوضعي. والذي يخالف تلك القواعد يكون مسؤولا تحت طائلة العقاب على يد السلطة السياسية⁽⁴⁾.

بعض القواعد الموجودة في المجتمع ليست موضوعة من قبل السلطة السياسية بل تكون موضوعة من قبل سلطات عليا في منظمات خاصة على سبيل المثال في ناد، والبعض الآخر قد تكون موضوعة من قبل أي شخص ما عموما وهي تكون مفروضة من قبل الرأي العام. فهذا النوع من الأوامر تشكل معايير غير رسمية للسلوك، والذي يتوقع المجتمع من الأفراد الالتزام بها، حتى وإن كانت السلطات السياسية لا تعاقب الأشخاص بسبب خرقهم لهذه المعايير غير الرسمية فالناس لهم نظرة دونية نحو الأشخاص الذين

(1) See: John Austin, Lectures on Jurisprudence, the Philosophy of Positive Law, New York: Henry Holt And Company, 1875, P. 5.

(2) John Austin, Lectures on Jurisprudence, the Philosophy of Positive Law, Ibid, P. 63.

(3) John Austin, Lectures on Jurisprudence, the Philosophy of Positive Law, Ibid, P. 6.

(4) John Austin, Lectures on Jurisprudence, the Philosophy of Positive Law, Ibid, P. 63.

يقومون بانتهاكها⁽¹⁾. فالقاعدة التي تسود في المنظمات الخاصة أو النادي لا تعد جزءاً من القانون الوضعي، ف(أوستن) يضع هذه التصنيفات ضمن (الوضعية الأخلاقية)⁽²⁾.
وبما أن القانون الوضعي وضع وفرض من قبل السلطة العليا في المجتمع، فإن أوامرهما عموماً تطاع من قبل الناس في المجتمع في حين أن السلطة العليا هذه لا تطيع أية قوة أرضية أخرى عموماً⁽³⁾. ومن الأمور المهمة في نظرية (أوستن) للقانون هو أن السلطة العليا يعرف فقط من خلال مصطلح السلطة، وليس من خلال مصطلح العدل أو أية مفاهيم أخلاقية أخرى، فهو لا يؤمن بأن القوة (might) تصنع الحق بل إنه يؤمن بأن القوة (might) تصنع السيادة، والسيادة بالنتيجة تصنع القانون الوضعي، وهذا يعني أن القوة أيضاً تصنع القانون الوضعي⁽⁴⁾.

ويرى (أوستن) أن التفكير الواضح حول القانون يتطلب من الأشخاص أن يجعلوا في ذهنهم مجموعة من التمييزات. وأهمها هو مسألة التمييز بين كون قاعدة معينة هو جزء من القانون الوضعي، ومسألة فيما إذا هي قاعدة صالحة أو عادلة. حيث يتوجب عدم الخلط بين هذين السؤالين: الأول ما هو القانون؟ والسؤال الثاني هو ما يجب أن يكون عليه القانون؟ فالأول سؤال والثاني سؤال مختلف فكما يقول أوستن فإن: ((وجود القانون شيء وصلاحيته أو عدم صلاحيته شيء آخر، فيما يجب أن يكون القانون مريحا أو لا يكون وفق معيار مفترض هو مسألة أخرى))⁽⁵⁾.

ومن النتائج الأخرى لنظرية (أوستن) (هو عدم الاعتراف بوجود علاقة ضرورية بين النفاذ (عدم البطالان) القانوني والالتزام الأخلاقي، فالأمر العام (القانون) يعتمد فقط في صحته على صدوره من السلطة العليا، فإذا كان صادراً من السلطة العليا فهو قانون، والواقع أن السلطة العليا عندما تصدر أمراً فهذا لا يعني في حد ذاته أن هناك أي التزام أخلاقي؛ لأي شخص بأن يطيعه؛ لأنه وفق (أوستن) فإن مفهوم السيادة هو "مفهوم السلطة محضاً، وهو ليس مفهوماً أخلاقياً بأي اعتبار. والشخص المكلف بتطبيق القانون عليه

(1) John Austin, Lectures on Jurisprudence, the Philosophy of Positive Law, Ibid, P. 65.

(2) John Austin, Lectures on Jurisprudence, the Philosophy of Positive Law, Ibid, P. 63-64.

(3) Andrew Altman. Arguing about Law, An Introduction to Legal Philosophy, (Wadsworth Publishing Company, ITP an international Thomson Publishing Company. Year of Publishing, None). P. 50.

(4) Andrew Altman, Ibid, P. 51.

(5) John Austin. The Province of Jurisprudence Determined Being the first of a series of lecture, Op. Cit. , P. 278.

واجب بأن يطيع القانون الوضعي الموضوع من قبل السلطة العليا، ومثل هذا الواجب هو قانوني مجرد، وليس أخلاقياً. ويتطلب وجود الواجب وجود شخص مسؤول بنوع معين عن النتائج غير المرغوبة "أي يعاقب" على يد السلطة العليا بسبب تصرفه بشكل مناقض لأوامرها⁽¹⁾.

يحاول (أوستن) انتقاد القانون الطبيعي التقليدي⁽²⁾ إذ يقول: ((عندما نقول بأن القانون الإنساني الذي يتعارض مع القانون المقدس ليس ملزماً، هذا يعني أن نقول أنها ليست قوانين، وهو قول فارغ من المعنى، فأكثر القوانين سوءاً كانت ولا تزال تطبق على أنها قوانين في المحاكمات القضائية. إذا فكر شخص بعكس ذلك، وعمل بعكس بعض القواعد ولم يعتبرها قانوناً وضعياً فإن النظام القضائي حينها سوف يظهر عدم جدوى تسببها من خلال فرض العقوبة))⁽³⁾.

ويلاحظ أن (أوستن) لا ينفي وجود جميع العلاقات بين القانون الوضعي والأخلاق، فهو يرى أن الوضعية الأخلاقية مصدر مهم للقانون الوضعي، فالأمر العام للسلطة (القانون) غالباً ما يعكس قواعد الوضعية الأخلاقية، إضافة إلى أن كل ما هو إنساني يقف دون القانون المقدس الذي هو المعيار المطلق (ultimate standard) لحكم تصرفات الإنسان، فوفق (أوستن) لا يستطيع شخص أن يدعي شرعاً استثناءه من القانون الإلهي، حتى وإن كان ذلك الشخص هو السلطة العليا ذاته. غير أنه يؤكد على فصل الأخلاق عن القانون عند التنفيذ فصلاً تاماً. حيث يقر (أوستن) أن القانون عند نشأته يجب أن يكون متوافقاً تماماً مع قواعد الأخلاق المتمثلة بالقانون الإلهي؛ لأن القانون الإلهي هو القانون بمعناه الصحيح⁽⁴⁾ رغم أنه لا يقر في علاقة القانون بالأخلاق أن تكون الأخلاقية شرطاً ضرورياً للقانونية⁽⁵⁾. وهذا لا يستتبع القول بأن القانون الوضعي لا يبالي بالقضايا

(1) Andrew Altman, Op. Cit. , P. 51.

(2) تعتبر فكرة القانون الطبيعي يونانية المنشأ ولكن انتشاره وتأثيره القانوني فيما بعد كان بتأثير من الفقيه الروماني الشهير (شيشرون) وتم تطويره فيما بعد على يد فقهاء آخرين أمثال (توما الأكويني) و(كروسيوس) وغيرهم. ينظر: د. محمد سليمان الأحمد، المصدر السابق، ص 84-85.

(3) John Austin. The Province of Jurisprudence Determined Being the first of a series of lecture, Ibid, P. 279.

(4) John Austin. The Province of Jurisprudence Determined Being the first of a series of lecture, Op. Cit. , P. 279.

(5) See: William C. Starr, Op. Cit. , P. 674.

الأخلاقية، فالكثير من الوضعيين القانونيين ينتقدون القانون، ويقترحون وسائل لإصلاحه، وهذا بطبيعة الحال يحتوي التقييم أو الحكم الأخلاقي في صدد نشأة القانون⁽¹⁾. فالسلطة التشريعية لا يمكنه في نهاية الأمر التخلص من تلك المفاهيم التي ذكرناها؛ لأن أوامر السلطة العليا حسب تعبير (أوستن) تصدر بالاستناد إلى تلك المعايير؛ فالمرجع لا يمكنه التمييز بين الجيد والسيء عند إصداره القوانين الا من خلال تلك المعايير. وهذا يعني أن هالة الأخلاق تكون محاطة بالقانون الوضعي عند نشأته، ولكنه يستقل بحياته بعد وضعه لغاية انتهائه بالإلغاء أو التعديل، إذن القانون في حال ولادته يختلط بالمعايير الأخلاقية، وكذلك عند نهايته أيضا.

تعرضت نظرية (أوستن) إلى انتقادات كبيرة من قبل فقهاء القانون الطبيعي⁽²⁾، كما وأنها لم تسلم من انتقاد الفقهاء الوضعيين أيضاً وعلى رأسهم البروفيسور (هارت)، والذي نتناول جوانب من انتقاداته وآراءه في المطلب الآتي:

المطلب الثاني

مفهوم (هارت) للوضعية القانونية وأسس نظريته

أولاً: أسس مفهوم (هارت) للوضعية القانونية

نظرية (أوستن) كانت انطلاقة لكثير من المفكرين الوضعيين اللاحقين، ولكن لم يتفق الجميع حول منهجيته للوضعية، فقد توالى الانتقادات الموجهة إلى هذه النظرية من قبل الوضعيين أنفسهم، فقد وصف (هارت) فكرة (أوستن) عن أن القانون هو "أوامر السلطة العليا" بأنها فاشلة في مجالات تتعلق بمفاهيم مهمة في النظام القانوني. وهو يرى أن هناك أنواعاً معينة من القواعد القانونية ليس من الممكن فهمها كأوامر، فقواعد القانون الجنائي تلائم نموذج الأوامر إلى حد بعيد، لأنها تحرم أو تطلب نوعاً معيناً من السلوك، وتضع عقوبات لمن يقوم بخرق الممنوعات أو المطلوبات. ولكن (هارت) يدعي بأن هناك قواعد قانونية مختلفة جداً من حيث الطبيعة عن القانون الجنائي، عليه فإن البعض من القواعد القانونية لا تمنع ولا تطلب بل هي فقط تعطي الصلاحية للأفراد في ممارسة أعمال لولاها

(1) Raymond Wacks, Philosophy of law, (Oxford University Press. Inc. New York. 2006). P. 18.

(2) See: Martin P. Golding and William A. Edmundson, The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, Chapter1, Natural Law Theory, (Mark C. Murphy, Blackwell Publishing Ltd, 2006), P. 22.

لما كان بإمكانهم القيام بها⁽¹⁾. على سبيل المثال قواعد القانون المدني المتعلقة بالعقد تعطي الصلاحية للأشخاص بأن يدخلوا في اتفاق ملزم قانوناً، وبدونها فالأفراد لا يكون لهم صلاحية القيام بذلك، ولو أن الأشخاص يمكنهم الاتفاق مع بعضهم البعض حول أشياء معينة، ولكن هذه الاتفاقات لا تعد عقوداً ملزمة قانوناً بدون قواعد القانون المتعلقة بتنظيم العقود⁽²⁾.

يسمى (هارت) مثل هذه القواعد التي تعطي الصلاحية للأفراد بقواعد منح الصلاحية (Power Conferring Rules) مثل هذه القواعد لا تعطي الصلاحية للأشخاص الاعتياديين فقط بل تعطي للأشخاص العامة الرسمية أيضاً. عليه فإن قواعد منح الصلاحية تعطي القضاة الصلاحية رسمياً لتفسير القانون وتطبيقه، وتعطي الصلاحية للمشرعين بتشريع القانون وتغييره، وتعطي الصلاحية للسلطة التنفيذية على تنفيذ القانون⁽³⁾.

قد يكون (هارت) محقاً في هذا التصنيف، وقد لا يكون؛ لأن أنصار نظرية (أوستن) يمكنهم الرد على هذا الانتقاد حيث يرون أن مثل هذه الأمور من الممكن أيضاً تصنيفها ضمن أوامر السلطة العليا إذ أن الفشل - بنظرهم - في إتباع قواعد منح الصلاحية يؤدي بالنتيجة إلى نتائج غير مرغوبة (أي الجزاء). فالشخص الذي يريد الدخول في علاقة عقدية ملزمة؛ ولكنه يفشل في إتباع قواعد العقد الموضوعة والمفروضة من قبل السلطة العليا يجد بأن العقد لا يمكن تنفيذه في المحاكم. وبالتأكيد فإن الشخص الذي يقوم بإبرام العقد استناداً إلى قواعد العقد المفروضة من قبل السلطة العليا؛ ولكنه يقوم بخرق العقد سوف يجبر من قبل السلطة العليا على تحمل الجزاء القانوني المتمثل بتنفيذ العقد، أو دفع التعويض الذي يقابله⁽⁴⁾.

يرى (هارت) وآخرون بأن رفض السلطة العليا لإنفاذ الاتفاق (أي إبطاله) في الحقيقة لا يعتبر عقوبة، لكن إعطاء مفهوم واسع لنظرية (أوستن) حول العقوبة (Sanction) بحيث يشمل أي نوع من أنواع النتائج غير المرغوبة، تظهر رفض المحكمة لإنفاذ الاتفاق بين الطرفين المتعاقدين على أنها جزاء تجاه الطرف المقابل، حتى وإن لم تكن نظرية (أوستن) من البداية يذهب إلى هذا المدى فإن الفكرة الأساسية لنظرية (أوستن) حول الجزاء والذي

(1) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Op. Cit. , P. 79.

(2) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, P. 27.

(3) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, P. 28.

(4) See: Andrew Altman, Op. Cit. , P. 54.

هو الإبطال في هذه الحالة تكون سليمة⁽¹⁾.

يذهب هارت (من جانب آخر إلى أن نظرية (أوستن) تُشبه الحكومة برجل من العصابات الذين يفرضون على الناس قواعد إذا خالفوها تعرضوا للجزاء⁽²⁾. فعندما يطلب رجل العصابات من شخص أن يعطيه جميع ما لديه من المال والأفانه يقتله، لا يختلف عن السلطة الحاكمة التي تملي القواعد المقترنة بجزاء على الناس حول مسألة معينة. لذلك يرى (هارت) وجوب تبدل هذه الفكرة؛ لأن السلطة الحاكمة لا يمكن أن تكون بمثل رجل العصابات⁽³⁾.

على أية حال فإن ما جاء به (هارت) من أفكار بناءً على ما وجهه إلى نظرية (أوستن) حول مفهوم الوضعية القانونية تشكل نظرية الوضعية القانونية الجديدة والتي نشأت بثلاثة مراحل⁽⁴⁾:

1- مرحلة التأسيس / التي بدأت من أمريكا وبريطانيا من خلال نشر البحث الموسوم بـ(مفهوم القانون The Concept of Law) لـ(هارت) حيث بين فيه المبادئ الأساسية للوضعية القانونية الجديدة، وقد أنهى النزاع لاحقاً بين فقهاء الوضعيين الجدد من خلال التفسير المناسب لنبوءته.

2- مرحلة انتقادات رونالد دوركين (Dworkin) حول نظرية هارت الوضعية / إذ كان له دور كبير في تطوير النظرية الوضعية الجديدة، بسبب كثرة الرد عليه من قبل مناصري نظرية هارت⁽⁵⁾.

3- المرحلة الحالية / وهي التي بدأت في بداية السبعينات من القرن الماضي ومستمرة لحد الآن.

فوفق (هارت) فإن فكرة الالتزام القانوني يجب أن توضح على أساس فكرة القاعدة⁽⁶⁾. فالقاعدة تكون موجودة عندما يتصرف الناس أولاً بطريقة معينة، وثانياً يعتبر الانحراف عن

(1) Andrew Altman, Ibid, P. The Same.

(2) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Op. Cit. , P. 7.

(3) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, P. 6-7.

(4) Anthony J. Sebok, Legal Positivism In American Jurisprudence, Cambridge Studies In Philosophy And Law, Cambridge University Press, 1998, P. 268-269.

(5) ينظر للتفصيل حول آراء (دوركين) وخلافاته مع (هارت):

Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, (Bloomsbury Academic 2013), P. 4. Karlsson, Gial Victoria, "The legal philosophy of Ronald Dworkin. " (1977). (Masters Theses 1911 - February 2014. 2532). Available at: <https://scholarworks.umass.edu/theses/2532>

(6) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Op. Cit. , P. 12.

ذلك الطريق من التصرف كشيء قابل للنقد. والشرط الأول هو خارجي؛ لأنه يحتوي على سلوك ظاهري، وعلى العكس من ذلك فإن الشرط الثاني يعتبر داخلياً؛ لأنه يحتوي على الموقف الذي يتخذه الناس، فهم يعتقدون بأن خرق هذه القاعدة سبب لانتقاد الشخص الذي يخرقها. ويؤكد (هارت) على أن النظرة الداخلية جوهرية لوجود القاعدة، فبدونها تصرفات الإنسان قد تتبع نماذج أو تنظيمات معينة، ولكنها لا تعد قواعد يتبعونها. فالشخص يكون ملتزماً عندما يطبق عليه نوع معين من القاعدة، ويجب أن يكون هناك اتفاق كبير من حيث الضغط الاجتماعي لمسايرة القاعدة، ويجب أن يساعد في المحافظة على مفهوم ذات قيمة وأهمية للمجتمع، وفي بعض الأحيان يتطلب من الشخص أن يعمل بعكس مصلحته الشخصية. فكل المجتمعات لها قواعد تفرض التزامات، ولكن ليس كل المجتمعات لها قواعد قانونية، لأجل أن يكون هناك نظام قانوني يجب أن يكون للمجتمع نوع خاص من القواعد، والتي هي فوق القواعد التي تفرض الالتزامات وأعلى منها. بناءً على ذلك ينادي (هارت) بالتمييز بين نوعين من القواعد وهي القواعد الأساسية والقواعد الثانوية.

ثانياً/ التمييز بين القواعد الأساسية والقواعد الثانوية⁽¹⁾:

يجب أن يكون للنظام القانوني قاعدة تنبثق منها القواعد التي تفرض التزامات في المجتمع، (هارت) يسمي تلك القواعد بـ"قاعدة الاعتراف" لأنها تساعد الناس في التعرف على قواعد تحتها قابلة للأخذ بالحسبان، قاعدة الاعتراف تخدم وظيفة قيمة وهي المساعدة على تقليل عدم التأكديّة حول معرفة التزامات الناس في المجتمع، فالقواعد المنبثقة عن قواعد الاعتراف هي القواعد القانونية النافذة (الصحيحة) في المجتمع. هذا من جانب ومن جانب آخر يجب أن تكون للمجتمع قواعد تبين كيفية تغيير القواعد الصحيحة النافذة في المجتمع. هذه القواعد تساعد المجتمع على التكيف مع تغيير الشروط من خلال إمكانية إنهاء القواعد القديمة وإصدار قواعد جديدة. كما ويجب أن تكون للمجتمع قواعد تعطي صلاحية لأفراد معينين لتنفيذ وتطبيق القواعد القانونية في المجتمع، هذه القواعد تساعد المجتمع على ضمان فاعلية أكثر وأن الالتزامات المفروضة على أعضائها أخذت مجراها⁽²⁾.

(1) See for more: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, Pp. 79-91.

(2) See for more: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, P. The Same.

يسمي (هارت) هذه الأنواع الخاصة من القواعد بالقواعد الثانوية، وهي ليست ثانوية بسبب عدم أهميتها بل؛ لأنها لا يمكن أن توجد إلا إذا كانت هناك قواعد من نوع آخر، وهي بالتحديد القواعد التي تفرض الالتزامات، على هذا الأساس هو يسمي القواعد التي تفرض الالتزامات بـ"القواعد الأساسية" Primary Rules وعليه فإن (هارت) يرى بأن النظام القانوني هو نظام يقوم بجمع القواعد الأساسية والقواعد الثانوية معا⁽¹⁾.

وفي أي نظام قانوني فعال على الناس أن يستجيبوا مع القواعد القانونية الأساسية النافذة، والموظفون العموميون عليهم أن يقبلوا القواعد الثانوية والقواعد الرئيسية المعروفة بـ"قواعد الاعتراف" وهذا يعني أنه على الموظفين تبني نظرة داخلية عن القواعد الأساسية والثانوية، وعليهم أن يعتبروا الانحراف عن هذه القواعد شيئاً منتقداً. ولكن وفق ما يرى (هارت) فإن بقية الناس ليسوا بحاجة لأن يكون لهم نظرة داخلية تجاه القواعد الأساسية التي تنطبق عليهم، فهم بحاجة إلى الاستجابة مع هذه القواعد؛ لأنه ربما قد يستجيبون بسبب خوفهم من العقوبة التي قد تصيبهم. في مثل هذه الحالة فإن الناس عموماً سوف تفهم القواعد القانونية الأساسية على أنها مجرد أوامر مستندة إلى التهديد بالقوة ولا يعتبرون خرقها كشيء منتقد.

يقول (هارت) في حالة متطرفة واحدة النظام القانوني للقواعد الأساسية سوف يستجاب لها عند أغلب الناس نتيجة مجرد الخوف من العواقب، ولكنه يؤكد أنه حتى في مثل هذه الحالة المتطرفة فإنه من الممكن أن يعد نظاماً قانونياً أصيلاً⁽²⁾.

والمفتاح الذي يعتمد عليه (هارت) في تمييزه بين الحكومة التي تخضع للقواعد القانونية والحكومة المستبدة هي في أنها تستخدم القانون فيما يسر المجتمع. فنظرية (هارت) تطبق على الأول بينما نظرية (أوستن) تنطبق على الأخير، فالأولى ليست كرجل العصابات. حيث أنها تأمر بما يسرها دون قيد بينما الأخيرة هي كرجل العصابات⁽³⁾.

فعند (هارت) و(أوستن)، القانون الوضعي ينبثق بشكل مطلق من ممارسة السلطة من خلال وكيل أو وكلاء من الناس في المجتمع، وأن الاعتبارات الأخلاقية لا تنظم بالضرورة ولا تسيطر على الوكالة في ممارستها للسلطة⁽⁴⁾.

(1) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, P. 79.

(2) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, p. 37-38.

(3) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, P. 268-269.

(4) Andrew Altman, Op. Cit. , P. 57.

والاختلاف بين (هارت) و(أوستن) هو حول التساؤل عن الاعتبار القانوني، هل هو ينظم ويسيطر على مصدر القانون الوضعي؟ حيث يجيب (هارت) بالإيجاب، فقواعد القانون الوضعي ذاتها تعطي الصلاحية للأفراد لإصدار وتنفيذ وتطبيق القانون، ويوجه هؤلاء الأفراد إلى كيفية تنفيذ هذه المهمة. وهذه هي الوظيفة المهمة للقواعد الثانوية ل(هارت)، بينما كانت إجابة (أوستن) سلبية؛ لأن مصدر القانون الوضعي هو قوة السلطة عند (أوستن)، والتي تقف فوق جميع قواعد القانون الوضعي⁽¹⁾.

بالتأكيد فإن المجتمع يمكن أن تكون له سيادة تقف فوق القانون، وهو حرّ في أن يتصرف بشكل مستبد، ولكنه أيضاً من الممكن للمجتمع أن يكون له نوع مختلف جداً من الحكومة: كالحكومة التي تلتزم بالقواعد في تنظيمات القانون الوضعي، فمثل هذا المجتمع تكون له حكومة تحت سيادة القانون. وهو النظام القانوني لذلك النوع من الحكومة التي يصفها (هارت) في حسبانه للقانون كنظام يجمع بين القواعد الأساسية والقواعد الثانوية⁽²⁾.

من الممكن ل(هارت) أن يثبت بأن حكومته من القوانين لا تشبه رجال العصابات؛ لأن ممارساتها للسلطة منظم ومسيطر عليها من خلال القواعد الثانوية، بعكس نظرية أوامر السلطة العليا ل(أوستن) التي هي فوق القانون. فهو وفق اعتبارات مهمة يعد كرجل العصابات، فكلاهما يمارسان سلطة مستبدة⁽³⁾. ولكن ماذا بشأن خلاف (هارت) حول حكومته للقواعد الأساسية والثانوية. هل يمكن أن تفرض التزامات قانونية، في الوقت الذي لا يمكن لنظرية (أوستن) حول مفهوم القانون المتمثل بأوامر السلطة العامة ورجل العصابات أن تفرض أية التزامات؟

يستخدم (هارت) فكرة الالتزام القانوني ليرسم خطأً لعمل الحكومات بواسطة القواعد الثانوية من جانب، والحكومات المستبدة ورجال العصابات من الجانب الآخر. فالاختلاف يقع ببساطة في حيز سيادة القوة، فالحكومات لها مثل هذه السلطة ورجل العصابات ليس له، وهذا ما يبين لماذا الأول يمكنه أن يفرض الالتزام القانوني أما الأخير فلا.

(1) Andrew Altman, Ibid, P. 57.

(2) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Op. Cit. , Pp. 79-91.

(3) Andrew Altman, Op. Cit. , P. 57.

استجابة (هارت) سوف تكون باتجاه اعتبار رجل العصابات والحكومة المستبدة متتبعين إلى نفس الجهة من الخط، لأن كلاهما يمارسان قوة مستبدة، ولكن انتقاداته الوضعية سوف يزيل أهمية التحليل للالتزام القانوني فيما إذا السلطة مورست بطريقة مستبدة، أو بطريقة حكومة القواعد. وعلى أساس هذا الانتقاد الواقعة المهمة هي أن الحكومة فيما إذا هي مستبدة، أو منظمة بالقواعد لها السلطة السائدة، بينما رجل العصابات يفتقر إلى ذلك⁽¹⁾.

وقد أدت التعديلات الثلاث من قبل (هارت) على نظرية (أوستن) إلى نظريته عن القاعدة الاجتماعية، وهي ممارسة اجتماعية متظاهرة وموقف انتقادي وانعكاسي متشارك تجاه تلك الممارسة. هكذا أعاد (هارت) صياغة نظرية الوضعية القانونية حيث وضع نظرية القاعدة الاجتماعية محل نظرية أوامر السلطة العليا. ولكن رغم ذلك بحسب ما يذهب إليه البعض⁽²⁾ فإن رفض هارت لنظرية (أوستن) ترك نظريته حول الفصل بين القانون والأخلاق ونظريته حول مصادر القانون سليما⁽³⁾. بينما يرى دوركين (Dworkin) أن رفض (هارت) لنظرية أوامر السلطة العليا لا ينقذ الوضعية؛ لأن (هارت) استمر في التزامه تجاه نظرية الفصل بين القانون والأخلاق ومصادر القانون، وهذا ما جعل نظرية الوضعية القانونية غير مقبولة عند (دوركين) و، على حد قوله، يجب التخلي عنها⁽⁴⁾.

احتج (دوركين) بأنه من الخطأ أن ترى، كما ترى الوضعية، بأن جميع الأنظمة القانونية تمتلك معياراً أساسياً متعارفاً عليه لبيان المعايير التي تعد قانونية، والتي لا تعد كذلك. حيث يرى أن مثل هذه المعايير غير موجودة في الأنظمة المعقدة قانونياً، كتلك التي هي موجودة في بلد مثل الولايات المتحدة الأميركية وبريطانيا، فلا توجد في مثل هذه البلدان ما يمكن من التمييز القاطع بين المعايير القانونية، والمعايير الأخلاقية، كما تؤكد

(1) Andrew Altman, Op. Cit. , P. 58.

(2) Anthony J. Sebok, Op. Cit. , P. 271.

(3) لعل أهم حجة تحليلية لفرضية الانفصال الوضعية تقول بعدم وجود ارتباط مفهومي حكمي بين القانون والأخلاق، فكل من يؤمن بالمذهب الوضعي يتوجب عليه تبني هذه الفرضية لأنه بخلافه لا يمكنه أن يقول بعد هذا أن القانون يجب أن يعرف بمعزل عن الأخلاق. ينظر: روبرت الكسي، فلسفة القانون، تعريب د. كامل فريد السالك، بيروت لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2013، ص48-49.

(4) Ronald Dworkin, Op. Cit. , P. 65. Anthony J. Sebok, Ibid, p. 272.

عليها نظرية الوضعية القانونية. ويستأنف قوله ويقول: ((أنه من المعقول أن توجد بعض المعايير المشتركة المتعارفة عليها للقانون إذا ما نظرنا إلى القواعد القانونية البسيطة من الأنواع التي تظهر في التشريعات))⁽¹⁾. ولكن القانونيين والقضاة عند النظر في القضايا لا يعتمدون تلك المعايير فقط، بل يعتمدون على أنواع أخرى من المعايير أيضاً يصفها دوركين (Dworkin) بأنها مبادئ قانونية. فعندما يطبق القضاة المبادئ القانونية فإنهم لا يحكمون المعايير القانونية بل إنهم مجرد يمارسون سلطتهم التقديرية⁽²⁾.

ينتقد باحثون آخرون رأي (هارت) على غرار انتقادهم لرأي (أوستن) حول تشبيهه نظريته حول أوامر السلطة العليا برجل العصابات، فهو في الحالة المتطرفة التي سبقت الإشارة إليه لا يختلف كثيراً عن نظرية (أوستن) حول أوامر السلطة العليا. فالناس في هذه الفرضية يطيعون القانون بسبب خوفهم من العقاب، كما وأن الناس يطيعون رجل العصابات بسبب خوفهم من النتائج غير المرغوبة المتولدة عن عدم الطاعة، عليه فإن الحالتين لا تختلفان بشكل جوهري. فإذا كان رجل العصابات لا يستطيع خلق التزام من أي نوع فكذلك الحال بالنسبة لأوامر السلطة العليا في نظرية (هارت) حول فرضيته المتطرفة. هذا من جانب ومن جانب آخر، فإذا كانت الفرضية المتطرفة بإمكانها أن تخلق الالتزام فكذلك الحال بالنسبة لفرضية (أوستن) حول أوامر السلطة العليا، عليه فيبدو أن (هارت) وقع في معضلة، وعليه أن يعترف إما أن نظريته معيبة أو أن انتقاداته لنظرية (أوستن) غير صحيحة⁽³⁾.

ومن جانب آخر فإن نظرية الوضعية القانونية تدعي بأن إمكانية بعض الوكلاء على فرض التزامات قانونية ليست مسألة كيفية ممارسة السلطة، بعدالة أو بغير عدالة، نظمت من خلال القواعد الثانوية أو لم تنظم. بل أن المسألة تتعلق بمدى تمتع الوكيل أو الوكلاء لسلطة قيادة المجتمع. إلا أن المنتقدين أشاروا إلى أن المشكلة هي أن (هارت) لم يشرح أبداً بوضوح لماذا وجود الالتزام القانوني لا يعتمد ببساطة على من يقوم بفرض السلطة بل يعتمد على كيفية ممارسة السلطة⁽⁴⁾. بالتأكيد فإن فولدر (Fuller) له جواب وهو أن الالتزام الأصيل يجب أن يكون له قوة أخلاقية، وإن اطاعتها للمبادئ القانونية يعطي قوة

(1) Ronald Dworkin, Ibid, P. 65.

(2) Ronald Dworkin, Ibid, P. 65.

(3) Andrew Altman. OP. Cit. , P. 56.

(4) Andrew Altman, Ibid, P. 58.

أخلاقية لممارسة الحكومة لسلطتها⁽¹⁾. يرفض (هارت) جواب فوللر (Fuller) ولكن ليس له جواب خاص به. فعدم وجود الجواب عند (هارت) ربما يعتبر أحسن من أن يتخلى عن انتقاداته ل(أوستن) ومفهومه حول الالتزام ويعترف بأن السيادة الأوستينية شأنها شأن الحكومة التي تعمل من خلال القواعد الثانوية يمكنها إنشاء التزامات قانونية⁽²⁾.



- (1) Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, (New Haven and London, Yale University Press, 1964).
- (2) Andrew Altman, *Op. Cit.*, P. 58.

المبحث الثاني

موقف نظرية الوضعية القانونية من العلاقة بين القانون والأخلاق

نتناول هذا الموضوع في ثلاثة مطالب: في المطلب الأول نتحدث عن نظرية الفصل بين القانون والأخلاق، وفي المطلب الثاني نذكر نظرية الوضعية القانونية والالتزام الأخلاقي لإطاعة القانون وفي المطلب الثالث نبين علاقة الأخلاق بالمبادئ القانونية العامة وفق الآتي:

المطلب الأول

نظرية الفصل بين القانون والأخلاق

تبين لنا فيما سبق أن الوضعية القانونية التقليدية المتمثلة بنظرية (أوستن) والوضعية القانونية الجديدة المتمثلة بنظرية (هارت) متفقة حول مسألة الفصل بين القانون والأخلاق. فوفق (هارت) فإن الوضعية الأوستينية حول الفصل بين القانون الوضعي والأخلاق تبقى سليمة، غير أن مفهوم (أوستن) للقانون الوضعي حسبما يدعي (هارت) يحتاج إلى إصدار أساسي آخر، وهو يرى إمكانية إنقاذ نظريته من هذه المعضلة دون التخلي عن فكرة الوضعية حول الفصل بين القانون والأخلاق، أو التخلي عن رغبته في تمييز إصداره عن الوضعية التي أصدرها (أوستن)⁽¹⁾. ولكن رغم أن فوللر (Fuller) يرى أن انتقادات (هارت) صحيحة تجاه نظرية أوامر السلطة العليا لـ(أوستن)، إلا أنه يعتبر بأن نظرية (هارت) معيبة فيما يتعلق بفكرة الفصل بين القانون الوضعي والأخلاق؛ لأن هناك شيء اسمه الاندماج بين الاثنين⁽²⁾. فكما يبدو أن (هارت) وقع في تناقض عندما أصر على مسألة الفصل بين القانون والأخلاق في الوقت الذي استبدل نظرية أوامر السلطة العليا لـ(أوستن) بنظرية القاعدة الاجتماعية، فهو عمليا لم يتمكن من تحقيق الفصل التام بين القانون والأخلاق. والدليل على ذلك انقسام أنصار نظريته إلى اتجاهين: الاتجاه الأول الذي يركز على مفهوم (هارت) حول الفصل بين القانون والأخلاق، وهو يثبت بأن (هارت) يعترف بأن هناك في بعض الأنظمة القانونية أخلاق قد يكون شرطا للقانونية، أو المشروعية. هذا الاتجاه كان

(1) Andrew Altman, Ibid, P. 57.

(2) See for more: Lon L. Fuller, Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, (Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4 (Feb. , 1958), Pp. 630-672), P. 639.

يعرف بد(الوضعية القانونية الاندماجية أو التضمنية Incorporationism or inclusive legal positivism) والاتجاه الثاني الذي دافع عن مفهوم (هارت) حول الفصل بين القانون والأخلاق وأثبت أنه لا يمكن التفكير في أن الأخلاقية تكون شرطا للقانونية، وهذا الاتجاه كان يعرف بد(الوضعية القانونية الحصرية Exclusive legal positivism)⁽¹⁾.

ومن خلال الإطلاع على مؤلفه الشهير مفهوم القانون⁽²⁾ وتفحصه يتبين أن هناك العديد من المواضع التي لم يتمكن فيها (هارت) من تبرير بعض الحالات التي تتداخل فيها قواعد القانون والأخلاق⁽³⁾. وهو يرى بأن القانون والأخلاق بينهما علاقة متينة، فالأفراد يستخدمون لغة أخلاقية في شرح وتبرير أسباب وضع التشريع، إنفاذ القانون وتحكيمه⁽⁴⁾. بل والأكثر من ذلك فإن (هارت) يرى أن هناك حدا أدنى من محتوى نظرية القانون الطبيعي الذي يجب أن يتضمنه النظام القانوني (الوضعي) حيث يقول (هارت): ((نحن، حقيقة، نصر على أن في التقنيات الأخلاقية جميعا سوف تجد شكلا من تحريم استخدام العنف على الأشخاص والأشياء، ومتطلبات الصدق، ونزاهة التعامل، واحترام العهود. هذه الأشياء، تمنح فقط حقائق جوهرية معينة واضحة جدا حول طبيعة الإنسان، وخصائص العالم المحسوس. ومن الممكن رؤية واقع أنه من الجوهري إذا كان للبشر أن يعيشوا معًا بشكل مستمر على مقربة؛ وبالتالي سيكون من غير العادي إذا لم تكن القواعد التي تنص عليها كذلك في كل مكان مع المكانة، والأهمية الأخلاقية التي وصفناها. ويبدو واضحا أن التضحية بالمصلحة الشخصية التي تتطلبها هذه القواعد هي الثمن التي يجب دفعها في عالم مثل عالمنا للعيش مع الآخرين، والحماية التي يقدمونها هو الحد الأدنى الذي، لكائنات مثلنا، تجعل الحياة بدون الآخرين جديرة. هذه الحقائق البسيطة تشكل جوهر الحقيقة التي لا جدال فيها في مذهب القانون الطبيعي))⁽⁵⁾.

لكن يلاحظ أن نسخة (هارت) للقانون الطبيعي هي نسخة تجريبية فهو كان متأثرا

(1) See for more: Anthony J. Sebok, Op. Cit. , Pp. 267-307.

(2) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, United States, New York: Oxford University Press Inc. ,1994.

(3) See: William C. Starr, Law and Morality in H. L. A. Hart's Legal Philosophy, (67 Marq. L. Rev. 673, 1984). P. 683. Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol67/iss4/8>

(4) See: William C. Starr, Ibid, P. The same.

(5) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Op. Cit. , P. 176.

بـ(هوبز) و(هيوم) في هذا المجال فنظريته للقانون الطبيعي ليست مبنية على القانون الطبيعي التقليدي الذي يعتمد على ما وراء الطبيعة ونظرية المعرفة أو اللاهوت، والذي تجدها بطرق مختلفة عند الفلاسفة التقليديين أمثال (أرسطو) و(توما الأكويني) و(كانت) و(لوك)⁽¹⁾. بل تستند إلى نظرية الطبيعة البشرية التي تؤمن ببعض الحقائق البديهية، وهو يرى على سبيل المثال، أن إحدى الحقائق البديهية عن الطبيعة البشرية هي أن الغالبية العظمى من الكائنات البشرية ترغب في البقاء على قيد الحياة ؛ بعبارة أخرى، يفضلون العيش على الموت. فإذا أردنا البقاء على قيد الحياة، فمن الضروري أن يتم تطوير مجتمع يساعد على ضمان البقاء، وهو يرى أن هناك خمس سمات لحالة الإنسان تعمل أحياناً ضد البقاء، ويجب على النظام القانوني أن يأخذها بعين الاعتبار وهي⁽²⁾:

أولاً/ سمة الضعف البشري. يمكن أن يتضرر البشر، والأمر متروك للأنظمة القانونية لسن القوانين المناسبة لتحريم إيذاء أحدهم للآخر.

ثانياً/ يمكن لجميع البشر أن يكونوا متساوين نسبياً في القوة والذكاء حيث يمكنهم تشكيل تحالفات لهزيمة الخصوم. نتيجة لذلك على الإنسان أن يوفق بين رغباته وتسوية منازعاته بشكل سلمي. وهذا هو جوهر الالتزامين القانوني والأخلاقي، وقد عبر (هارت) عن هذا الرأي من خلال القول: ((حتى الأقوى يجب أن ينام في بعض الأوقات، وعندما ينام يفقد تفوقه مؤقتاً. هذه الوقائع فيما يخص المساواة التقريبية، أكثر من أي شيء آخر، تجعل ضرورة وجود نظام متبادل للتسامح والتوافق واضحاً، والذي هو أساس الالتزام القانوني والأخلاقي معا...))⁽³⁾.

ثالثاً/ يمتلك الإنسان في أفضل الأحوال إثارةً محدوداً. القانون والأخلاق كلاهما تجبرنا على النظر إلى ما وراء أنفسنا والعيش معاً بسلام مع الآخرين في المجتمع.

رابعاً/ مفهوم الموارد المحدودة يحكم أفعالنا، وبما أن الإنسان لا يستطيع الحصول على كل ما يريد. فالقانون يكون ضرورياً للفصل في دعاوى المنافسة، وكذلك لترسيخ مفهوم الملكية وتوفير الحماية لها. عليه فمن خلال القانون سيتمكن الشخص من الاحتفاظ بما يحق له امتلاكه قانونياً.

(1) William C. Starr, Ibid, P. 684.

(2) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Op. Cit. , P. 194-198.

(3) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, P. 195.

خامساً/ فكرة محدودية فهم الإرادة وقوتها مهمة لأي مجتمع. فالقانون يحميننا من الآخرين ومن أنفسنا من خلال الإطار القانوني للقهر. عليه فإن مفهوم الطريقة الأبوية⁽¹⁾ يعد أمراً مثيراً للجدل في الفلسفة القانونية المعاصرة؛ لأنها من المسائل التي تثير التساؤل حول الحق الأخلاقي للحكومة بأن تكون لها قوانين أبوية (paternalistic laws)، ولكن يبدو أن هارت (يسمح بدرجة معينة من القواعد الأبوية)⁽²⁾.

واختتم (هارت) المناقشة حول هذه السمات الخمس لحالة الإنسان من خلال قوله: ((أن البديهيات البسيطة التي ناقشناها لا تكشف فقط عن جوهر الحس السليم في نظرية القانون الطبيعي، بل هي ذات أهمية حيوية لفهم القانون والأخلاقيات، وهي تشرح لماذا التعريف لأساس الأشكال من هذا القبيل بمصطلحات رسمية بحتة، دون الرجوع إلى أي محتوى محدد أو احتياجات اجتماعية، أثبتت عدم كفايتها))⁽³⁾.

عليه فإن الادعاء بأن الوضعية القانونية تقرر أن القانون والأخلاق لا يتفاعلا مع بعضهما البعض وأن القانون لا يهتم بالأخلاق تحريف فادح للوضعية القانونية⁽⁴⁾. فقد أوضح (هارت) بعناية أن هناك علاقة وثيقة بين القانون والأخلاق، مؤكداً أن: ((القانون في كل دولة حديثة يظهر في ألف نقطة تأثير كل من الأخلاق الاجتماعية المقبولة والمثل الأخلاقية الأوسع، هذه التأثيرات تدخل في القانون إما بشكل مفاجئ وصريح من خلال التشريع، أو بصمت وتدرجياً من خلال العملية القضائية. في بعض الأنظمة، كما هو الحال في الولايات المتحدة، حيث تمزج المعايير النهائية لصحة القانون بشكل صريح مع مبادئ العدالة، أو القيم الأخلاقية الموضوعية. وفي أنظمة أخرى، كما في إنجلترا، حيث لا توجد قيود رسمية على اختصاص السلطة التشريعية العليا غير أن تشريعاتها قد لا

(1) الطريقة الأبوية (Paternalism) هي الفكرة التي من خلالها يجبر الشخص على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل على أساس أنه من مصلحته. والطريقة الأبوية لا تتعلق بمنع شخص من إيذاء الآخرين بل إنه متعلق بمنع إيذاء الشخص لنفسه. الأمثلة على قوانين الطريقة الأبوية هي التشريعات التي تتطلب من الشخص أن يلبس الخوذة عند ركوبه الدراجة النارية، أو يتطلب منه أن يرتبط حزام الأمان عند قيادة السيارة، أو يمنعه من السباحة في الشاطئ العام دون وجود حامي الحياة. ينظر:

.William C. Starr, Op. Cit. , P. 685-686

(2) H. L. A. Hart, Law, Liberty and Morality (1979);P. 13-33. Quoted from: William C. Starr, Ibid, P. 686.

(3) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Op. Cit. , P. 199.

(4) William C. Starr, Op. Cit. , P. 686.

تتضمن القليل من التدقيق الأخلاقي التي تؤكد على العدالة والأخلاقية⁽¹⁾. كما ويرى (هارت) أن الطرق التي تعكس الجوانب الأخلاقية في القانون غير محصورة ضمن القوانين النافذة، وهي لا تزال غير مدروسة بشكل كافٍ: وقد تكون التشريعات مجرد غلاف قانوني يتطلب من خلال شروطها الصريحة أن يتم ملؤها بمساعدة المبادئ الأخلاقية؛ وقد يكون نطاق العقود واجبة التنفيذ مقيدة بالإشارة إلى مفاهيم الأخلاق، ونزاهة التعامل؛ قد تكون المسؤولية عن كل من الأخطاء المدنية... معدلة حسب وجهات النظر السائدة عن المسؤولية الأخلاقية. لا يمكن لأحد من الوضعيين أن ينكر بأن هذه وقائع، أو أن استقرار الأنظمة القانونية يعتمد جزئياً على مثل هذه الأنواع من الاستجابة مع الأخلاق. ويستأنف (هارت) قوله: ((إذا كان هذا هو المقصود بالارتباط الضروري للقانون مع الأخلاق، فإن وجودها يجب أن يتم الإقرار بها))⁽²⁾. وهذا يدل على أن (هارت) يدرك العلاقة المتبادلة بين القانون والأخلاق عندما ينظر المرء إلى هذا المقطع والمقاطع الأخرى التي يمكن أن يستشهد بها في مؤلفه حول "مفهوم القانون"، فهو يرى أن القانون والأخلاق ذات صلة وثيقة. وهو يأخذ موضوع الأخلاق بجدية، فقد بين أن القانون والأخلاق متقاربان جداً. وهو يعترف بالعلاقة الضرورية بين القانون والأخلاق في مجالات أخرى غير التي ذكرنا منها: التفسير القضائي، والمبادئ القانونية والعدالة، وهذه تمثل الحد الأدنى من القانون الطبيعي والذي يجب أن يحتويها القانون الوضعي⁽³⁾.

فحسب ما يرى (هارت) فإن القاضي عند تطبيقه لقاعدة قانونية معينة يتوقع منه أن يقوم بذلك دون وقوعه تحت تأثير الإجحاف والمصلحة، أو النزوة⁽⁴⁾. وبما أن القانون هو أداة للرقابة الاجتماعية، فهذا يعني أن قواعد القانون يجب أن تفي بشروط معينة لتحقيق هذا الهدف بشكل صحيح. على سبيل المثال، قد يتوقع المواطنون بشكل معقول أن قواعد القانون لن تطبق بأثر رجعي، مبدأ الإنصاف هنا يتدخل. يجب أن يتمتع المواطنون بالقدرة والفرصة لإطاعة القانون. لذا فإن مبدأ العدالة الشكلية، ومبدأ الحياد ومبدأ الإنصاف كلها مبادئ يجب مراعاتها عند تطبيق القانون وهي تدخل في مفهوم (هارت) للقانون أيضاً.

(1) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Op. Cit. , Pp. 203-204.

(2) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, P. 204.

(3) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, P. 205-206. William C. Starr, Ibid, P. 681.

(4) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, P. 202.

و لكنه لا يريد أن يمضي في هذا الأمر إلى نهايته حيث لا يقر خضوع القانون للتقييم الأخلاقي، أو على حد تعبير (هارت) لا يكون الأخلاق شرطاً للقانونية⁽¹⁾. فلا يمكن استناداً إلى ما سبق أن توصف قاعدة قانونية على أنها غير عادلة ما دامت نافذة طبقاً للأصول القانونية، حيث يرى (هارت) بأن الأخلاق أمر ذات علاقة، لكنه ليس أمراً أخلاقياً قاطعاً. القوانين موجودة لأنها تستجيب لمعايير ضرورية لحكم اجتماعي معين. وعندما يسن القانون يظل خاضعاً للفحص الأخلاقي. وإذا كان القانون غير أخلاقي، يطفو التساؤل على السطح فيما إذا يجب أو لا يجب إطاعته؟ فعدد كبير من العوامل يجب أن تؤخذ بنظر الاعتبار فيما يتعلق بمسألة محددة. منها هل أن القانون غير أخلاقي بشكل فضيع؟ هل التغيير يكون من خلال المرور بالقنوات الرسمية؟ هل يدعم الآخرون عدم الإطاعة؟ هل هناك عقاب على عدم الإطاعة؟ فليس هناك حلول متفق عليها عالمياً. بمعنى أن شرط الأخلاقية للقانون بنظره يصطدم بالموضوعات السالفة ضمن نطاق الأخلاق ذاته مما يستعصي اللجوء إليه في الحالات المحددة. بعكس ما يذهب إليه فقهاء القانون الطبيعي حيث يرون عدم مشروعية القانون غير العادل بل واعتباره منعماً أساساً أي ليس قانوناً ما دامت تخالف قواعد القانون الطبيعي⁽²⁾. فالإرادة الإنسانية أعجز من أن تكتفي بنفسها وتستغني عن موجه مثالي تستهديه وتستلهمه، والقانون الطبيعي هو هذا الموجه المثالي وهو يفرض نفسه على إرادة المشرع والدولة فليست الدولة حرة في وضع القواعد القانونية على هواها وكما يحلو لها وإنما تلتزم باحترام هذا الموجه المثالي لأنها ليست إلا خادمة لفكرة العدالة وحامية لها⁽³⁾.

المطلب الثاني

نظرية الوضعية القانونية والالتزام الأخلاقي لإطاعة القانون

وفيما يتعلق بإنكار أصحاب النظرية الوضعية لوجود ما يسمى بالالتزام الأخلاقي لإطاعة القانون، بجانب حكم القاعدة القانونية التي تطبق في الواقع العملي وتفرض

(1) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Ibid, P. 205-206

(2) John Finnis, What is the Philosophy of Law?, For Rivista di Filosofia del Diritto no. 1, 2012, Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 12-67 P. 9. available at (Last visited 21/12/2020): <http://ssrn.com/abstract=2109921>

(3) حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص 187.

السلطات تنفيذها على المخاطبين به، رأي (هارت) يختلف عن الفقهاء غير الوضعيين، حيث يرى (هارت) بأنه ليس هناك اعتراف ضروري بوجود الالتزام الأخلاقي بإطاعة القانون⁽¹⁾. بينما يؤكد آخرون على خلاف الوضعية القانونية الاعتراف بوجوده⁽²⁾، حيث يقول فوللر (Fuller) في هذا الصدد: ((القانون باعتباره شيئاً يستحق الولاء، يجب أن يمثل إنجازاً بشرياً؛ لا يمكن أن يكون أمراً بسيطاً للسلطة أو نمطاً متكرراً يمكن تمييزه في سلوك مسؤولي الدولة. الاحترام الذي ندينه للقانون الإنساني يجب بالتأكيد أن يكون شيئاً مختلفاً عن الاحترام الذي نمحه لقانون الجاذبية. إذا كان للقوانين، حتى القوانين السيئة، دعوة إلى احترامنا لها، فيجب أن يمثل القانون اتجاهاً عاماً للجهد البشري يمكننا فهمه ووصفه، ويمكننا الموافقة عليه من حيث المبدأ حتى في اللحظة التي يبدو لنا فيها أننا نفقد علاماته))⁽³⁾.

أما (هارت) فهو يرى أنه يمكن للمرء أن ينظر إلى أمر قانوني من وجهتي نظر مختلفة. أولاً، هناك منظور خارجي. عندما ينظر المرء إلى أمر قانوني من وجهة نظر خارجية، يلاحظ المرء كيفية تصرف أعضاء المجتمع المختلف فيما يتعلق باحترام نظامهم القانوني. والمراقب هو خارج النظام القانوني، لذلك فعندما يلاحظ الشخص بأن الناس يطيعون القانون بانتظام، فمن الممكن تسجيل السلوكيات المنتظمة التي يمكن ملاحظتها. المراقب يكون في دور عالم الاجتماع، يسجل بإخلاص الأنماط السلوكية للأفراد في المجتمع. ومن المهم أن ندرك أن المراقب يمكنه أن يشرح ما يقوم به الأشخاص داخل النظام، ولكن لا يمكنه شرح سبب قيامهم بذلك. كما ويمكن له أن يلاحظ أن المواطنين يطيعون القانون، ولكن لا يمكنه أبداً التأكيد مما إذا كان المواطن يعتقد أن عليه التزاماً أخلاقياً بإطاعة ذلك القانون. يبدو الأمر كما لو أن المراقب ينظر إلى القانون من خلال مرآة ذات اتجاه واحد⁽⁴⁾.

وجهة النظر الداخلية يطبق من قبل من هو عضو في النظام القانوني، ويقبله كنظام

(1) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Op. Cit. , P. 157.

(2) See for more: Joseph Raz, About Morality and the Nature of Law, (American Journal of Jurisprudence, Vol. 48, P. 1, 2003). Pp. 4-11. Available at (last visited 19th December 2020): https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1497

(3) See for more: Lon L. Fuller, Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, (Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4, Feb. , 1958, Pp. 630-672), P. 632.

(4) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Op. Cit. , P. 89.

قانوني شرعي. وهي تختلف عن وجهة النظر الخارجية في أنه يعطي أحدهم الفرصة في أن يفهم لماذا يعتقد المواطنون بأن القانون يجب أن يطبق، ويكرر (هارت) بأنه ليس بالضرورة في تطبيق وجهة النظر الداخلية بأن أحدهم يطبع القانون لأسباب أخلاقية. فمن الواضح بأن أغلب الناس في بعض الأحيان يتوقفون عند علامات التوقف ليس بسبب كونه أمراً صائباً بل؛ لأنه قد يكون هناك شرطي بالقرب من المكان. رغم ذلك فإن النظام القانوني الأكثر استقراراً، وتنظيماً هو ذلك النظام الذي يطبق المواطنون، والموظفون العموميون فيه الوجهة النظر الداخلية لأسباب أخلاقية⁽¹⁾.

المطلب الثالث

علاقة الأخلاق بالمبادئ القانونية العامة

ذكرنا سابقاً أن (دوركين) ينكر بأن يتوافر في جميع الأنظمة القانونية معيار أساسي متعارف عليه لبيان المعايير التي تعد قانونية وتمييزها عن المعايير التي لا تعد كذلك. فقد يكون من المعقول أن توجد بعض المعايير المشتركة المتعارفة عليها للقانون ضمن القواعد القانونية البسيطة من الأنواع التي تظهر في التشريعات، غير أن القانونيين والقضاة عند النظر في القضايا لا يعتمدون تلك المعايير، بل يعتمدون أيضاً على أنواع أخرى من المعايير توصف بأنها مبادئ قانونية. فعندما يطبق القضاة المبادئ القانونية فإنهم لا يحكمون المعايير القانونية بل إنهم مجرد يمارسون سلطتهم التقديرية⁽²⁾. وهذا يعني أنه ليس من السهولة التمييز بين المبادئ القانونية والمبادئ الأخلاقية. هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن الأبعاد الأخلاقية تظهر جلياً في الكثير من تلك المبادئ التي لها تطبيقات كثيرة في القانون، والمؤكد أن القاضي لا يستطيع تطبيق تلك المبادئ دون الرجوع إلى القيم الأخلاقية الموجودة في المجتمع في الأماكن التي يصدر فيها الحكم القضائي، ومن أهمها مبدأ العدالة⁽³⁾، فرغم إقرار (هارت) لمفهوم العدالة إلا أنه عند تحليله هذا الموضوع يريد استبعاد الأخلاق والاعتماد على مفهوم شكلي للعدالة يتمثل بقاعدة: ((التعامل مع القضايا المشابهة بطريقة متشابهة، والتعامل مع القضايا المختلفة بطريقة مختلفة))⁽⁴⁾. إلا أنه

(1) See: William C. Starr, Op. cit. , P. 683.

(2) Ronald Dworkin, Op. Cit. , P. 65.

(3) حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص 196.

(4) See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Op. Cit. , P. 159.

تعرض للنقد حول هذا حيث نعت البعض⁽¹⁾ مفهومه للعدالة بأنه قاصر، فهو يصلح لتقرير الحقوق والالتزامات على المواطنين بالتساوي، مثل منع التمييز والمسائل الأخرى التي تدخل ضمن مفهوم العدالة التوزيعية، إلا أنه لا يمكن تطبيقه في حالات مثل تقدير التعويض الناشئ عن الأضرار مثلاً، فليس من الممكن الاعتماد على مبدأ واحد في شرح التطبيقات العديدة للعدالة وانتفاء العدالة؛ لذلك فلا يمكن حصر المسألة في مبدأ وحيد؛ لأن دراسة العدالة موضوع واسع ومهم، يبقى الكثير بعد ذلك المبدأ ل يتم إنجازها. عليه فإن دور البعد الأخلاقي في معالجة المسائل لا يستغنى عنه⁽²⁾.

فعلى القاضي أن يكمل "الفجوة" الموجودة في القانون أو النظام القانوني من خلال اجتهاده أو مساعيه في تطبيق النصوص القانونية أو تحديد مجملها بحيث تستغرق وقائع الحياة، موجدة لها الحلول العادلة⁽³⁾ التي بالتأكيد تتجاوز المبدأ الذي أتى به (هارت) في تحديده لمفهوم العدالة. فلم يعد للتشريع السلطان الجامع المانع الذي آمن به فقهاء مدرسة الشرح على المتون في مطلع القرن التاسع عشر⁽⁴⁾. فلا شك أن مجارات مدرسة الشرح على المتون يبدو أمراً مبالغاً فيه؛ لأن التمسك بالنص دون غيره لا يمكن أن يعطي حلولاً لكل المسائل التي تطرح على المشتغلين بالقانون نظراً لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية، وما يصاحبها من تطور حتمي في القانون⁽⁵⁾. ولا يخفى ما للتفسير الحرفي من نتائج سلبية في بعض الأحيان على تحقيق العدالة في مجال الأموال والالتزامات⁽⁶⁾ وتنفيذ إرادة المشرع في وضع القانون، لأن التفسير الحرفي قد يؤدي إلى الإخلال بالعدالة

(1) See for more: Robert S. Summers, Op. Cit. , Pp. 658-661.

(2) See for more: Robert S. Summers, Ibid, P. The same.

(3) ينظر: د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص 557-558.

(4) بالنسبة لهذه المدرسة إن النصوص التشريعية تتضمن كل القانون، بل إن القانون لا وجود له وإن ما يوجد، وبالتالي ما يكون موضوع عناية القانون واهتمامه هو التشريع فقط. ينظر أستاذنا د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، أبريل، كوردستان: مطبعة جامعة صلاح الدين - أبريل، ط2، 2006، ص 169-172، د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص 473.

(5) د. محمد شريف أحمد، المصدر نفسه، الصفحات نفسها، ود. منذر الشاوي، المصدر نفسه، ص 474.

(6) ينظر: د. محمد شريف أحمد، المصدر نفسه، ص 228، د. فايز محمد حسين، المصدر السابق، ص 238-239.

وبتلك الأهداف المبتغاة⁽¹⁾، فعلى القاضي أن يأخذ أهداف التشريع، وبنية النص بنظر الاعتبار، فالتفسير الحرفي ليس كافياً على الدوام لترجمة روح التشريع وتحقيق حكمته، فقد يؤدي ذلك في بعض الأحيان إلى الخروج عن المعنى المعقول ولا بد حينئذ من تجاوز المدلول الظاهري للألفاظ والغوص إلى المعنى العميق للقاعدة والإحاطة بروحها، ويسمى التفسير آنئذ بالتفسير العادل⁽²⁾.

ورغم إقرار (هارت) لحقيقة انتقال القاضي عند تفسيره للنص من التفسير الحرفي إلى فحوى النص بأنه يحتاج في ذلك إلى الولوج إلى نطاق الأخلاق، إلا أنه ينكر أن يكون بين القانون والأخلاق علاقة ضرورية في هذه الحالة رغم وضوح أهمية المبادئ الأخلاقية والعوامل الأخرى في عملية التفسير. ويحتج (هارت) بأن مراعاة هذه المبادئ الأخلاقية تظهر أهميتها على الأغلب عند انتهاك القانون وليس عند مراعاته⁽³⁾. وهذا ما يجعل فوللر (Fuller) مختلفاً مع (هارت) حيث أنه ينتقد الأخير على موقفه من تفسير النصوص القانونية؛ لأنه يعزل الغرض من النص وبنية عن عملية التفسير، ويعتمد الاستخدام الشائع (Common Usage) للعبارة. ويرى فوللر (Fuller) أن العبارات معناها لا تأتي بمفردها بل ترتبط بالجمل، والفقرات وعموم النص بأكمله إضافة إلى سياقاتها، فالنص يختلف باختلاف السياقات⁽⁴⁾.

بناء على ما سبق يبدو أن الوضعية القانونية قاصرة في ذاتها عن استيعاب هذا الفهم الواسع الذي يروج له المعارضين لنظرية الوضعية القانونية. لذا يجد الباحث في بلدان العالم المعاصر مجموعة من المحاولات التي تهدف إلى إثبات تراجع الوضعية القانونية أمام عاديات الزمان، فقد أثبت الاجتماعيون في العشرينات والثلاثينات من القرن الماضي (1920-1930) بأن طبيعة وهدف القانون والسياسات لا يمكن فهمها دون الرجوع إلى روح الناس وعصرهم. وفي الثلاثينات والأربعينات من القرن الماضي (1930-1940) حركة الفقهاء الواقعيين (The Legal Realist Movement) اعتبرت القرار القضائي

(1) See for more: Robert S. Summers, Op. Cit. , Pp. 654-655. See: H. L. A. Hart, The Concept of Law, Op. Cit. , P. 159-160.

(2) ينظر: د. محمد شريف أحمد، المصدر نفسه، ص 228.

(3) Slattery, Brian. "Three Concepts of Law: The Ambiguous Legacy of H. L. A. Hart. " (Saskatchewan Law Review 61. 2, 1998: Pp. 323-339). P. 334-338.

(4) See for more: Lon L. Fuller, Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4, Feb. , 1958, Pp. 630-672), Pp. 661-669.

انعكاسا للبيئة الاجتماعية⁽¹⁾. وحركة القانون الطبيعي المنتعش في الأربعينيات والخمسينيات استنتجت في أهوال هولوكوست هتلر وخروقات ستالين مخاطر في بناء النظام القانوني من غير وجود فحص وتوازن متعال⁽²⁾. وحركة حقوق الإنسان الدولية في الخمسينات والستينات ضغطت على القانون للتوجه بشكل مباشر أكثر نحو المصادر والعقوبات المدنية والسياسية والاجتماعية والثقافية والحقوق الاقتصادية⁽³⁾. ومنذ السبعينات بدأت المناهج التخصصية المتداخلة تدخل في خضم التربية القانونية، حيث أصبحت دراسة القانون مندمجة مع الفلسفة والاقتصاد، والطب والسياسات والاجتماع حتى وصل الأمر في الثمانينات والتسعينات في القرن الماضي إلى ظهور مناهج تخصصية متداخلة جديدة، فقد تزاوجت الدراسات القانونية مع الدراسات الانثروبولوجية والأدب والعلوم البيئية والدراسات الحضرية، دراسات المرأة والانكلو افريقية وغيرها، والاهم من ذلك أصبحت الدراسات القانونية تعيد توافقها مع الدراسات الدينية⁽⁴⁾. هذا رغم تواصل الجدل في هذا الصدد بعد ظهور الأفكار والتيارات التي تناقش الموضوعات في ظل الحداثة وما بعد الحداثة وارتباطاتها بالفكر القانوني⁽⁵⁾.

-
- (1) See for more: L. L. Fuller, American Legal Realism, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 82, No. 5, (429-462), March 1934, Pp. 453.
 - (2) John Witte, Jr. , Op. Cit. ,P. 442. Judah Murray, Natural Law and Legal Positivism in the Nuremberg Trials, A Senior Thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for graduation in the Honors Program Liberty University Spring 2014, P. 5.
 - (3) Jason M. Waite, Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives, 1998 BYU L. Rev. 681 (1998). Available at: <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1998/iss2/13>
 - (4) See fore more: John Witte, Jr. ,Op. Cit. ,P. 443.
 - (5) Litowitz, Douglas E. , "Postmodern Philosophy and Legal Thought" (1997). Dissertations. 3666. P. 1. Available at (Last visited 6-11-2021): https://ecommons.luc.edu/luc_diss/3666

الخاتمة

في ختام هذا البحث تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التي سنعرضها فيما يأتي في نقطتين:

أولاً/ النتائج:

توصل البحث إلى مجموعة من النتائج التي سنعرضها فيما يأتي:

- 1- أن العلاقة بين القانون والأخلاق متينة إلى درجة أن القول بالفصل بينهما يكون غير واقعي، كما وأنه يؤدي إلى تضييع الأهداف التي يسعى إليها القانون، عليه فإن النظرية الوضعية القانونية تبالغ إذا ما أصرت على الفصل التام بين القانون والأخلاق.
- 2- أتي (هارت) بإصدار جديد للوضعية القانونية حيث نفى رأي أوستن حول مفهوم القانون المرتبط بأوامر السلطة العليا، وأتى بمفهوم جديد يعتمد على التمييز بين القواعد الأساسية والقواعد الثانوية، واستتبع ذلك وضع نظرية القاعدة الاجتماعية محل نظرية أوامر السلطة العامة.
- 3- نظرية (أوستن) حول الوضعية القانونية تولدت عنها فكرة الفصل بين الأخلاق والقانون، في مراحل تنفيذ القانون، ويتفق معه (هارت) في ذلك حيث وصف تلك الفكرة لدى (أوستن) بأنها سليمة، رغم انتقادات عديدة وجهها إلى نظريته.
- 4- تعرض (هارت) إلى انتقادات فيما يتعلق بمسألة الفصل بين القانون والأخلاق، فهو عملياً لم يتمكن من تحقيق الفصل التام بينهما، ومن خلال الإطلاع على مؤلفه الشهير مفهوم القانون وتفحصه يتبين أن هناك العديد من المواضيع التي لم يتمكن فيها (هارت) من تبرير التداخل فيها بين قواعد القانون والأخلاق.
- 5- تقرر نظرية الوضعية القانونية بوجود التفاعل والتداخل في مراحل سن القانون أي نشأته وتعديله وإنهائه، عليه فإن الادعاء بأن الوضعية القانونية تقرر أن القانون والأخلاق لا يتفاعلا مع بعضهما البعض، وأن القانون لا يهتم بالأخلاق فيه مبالغة، وهو إطلاق بلا دليل، عليه فالحديث عن تلك العلاقة في ظل النظرية الوضعية القانونية تحتاج إلى تفصيل. فالكثير من الوضعيين القانونيين ينتقدون القانون، ويقترحون وسائل لإصلاحه، وهذا بطبيعة الحال يحتوي التقييم أو الحكم الأخلاقي.

6- قراءة الفقهاء الوضعيين مختلفة عن رأي المعارضين لهم فيما يتعلق بتفسير النصوص، حيث أنهم يميلون إلى الالتزام الحرفي بالنص أو الاعتماد على الاستخدام الشائع للعبارة، بينما يذهب الآخرون من التيار المعارض إلى التوسع في مفهوم النص، والاعتماد على فحوى النص.

7- قراءة الفقهاء الوضعيين لمفهوم العدالة يميل إلى التضييق من فهمه وحصره في المبدأ القائل: ((التعامل مع القضايا المشابهة بطريقة متشابهة، والتعامل مع القضايا المختلفة بطريقة مختلفة))، إلا أن الاتجاه المعارض يميل إلى تفسير أوسع ويرى عدم إمكانية استبعاد البعد الأخلاقي في ذلك.

8- هناك علاقة بين السلطة التقديرية للقاضي وبين الأبعاد الأخلاقية، لذلك فلا يمكن والحال هذا القول بإمكانية الفصل بين القانون والأخلاق عند ممارسة السلطة التقديرية للقاضي، كما ولا يمكن الاستغناء عن تطبيق تلك النصوص التي تحتاج إلى البعد الأخلاقي في تطبيقها دون تضرر المجتمع بشكل أو بآخر.

ثانياً/ التوصيات

استناداً إلى نتائج البحث نوصي السلطة التشريعية والقائمين على تطبيق القانون بما يأتي:

1- على السلطة التشريعية أن لا تنكر أو تتجاهل المعايير الأخلاقية عند تنظيمها للمسائل وإصدار التشريعات بصددتها، لأن ذلك يؤدي إلى صدور الاعتراضات الأخلاقية لا سيما إذا كانت تلك المعايير تناقض المبادئ والمبادئ الأخلاقية التي تمس عقيدة المجتمع أو حقوق الإنسان وتنتهكها بشكل فاضح، ففي هذه الحالة يجب أن تتوقع السلطة التشريعية التقييم الأخلاقي لذلك التشريع بل قد يصل الأمر إلى العصيان ورفض تطبيق القانون فتتولد مشاكل للسلطة التنفيذية أو القضائية في أرض الواقع.

2- على القضاء عند تفسير النصوص عدم الاقتصار على التمسك بحرفيتها خصوصاً في الحالات التي تؤدي إلى تجاهل المبادئ والمعايير الأخلاقية المتعلقة بتحقيق العدالة، لأن التفسير الحرفي قد يؤدي إلى الإخلال بالعدالة وبتلك الأهداف المبتغاة من التشريع، فعلى القاضي أن يأخذ تلك الأهداف، وبنية النص بنظر الاعتبار.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً/ المصادر العربية:

- 1- حسن علي الذنون، فلسفة القانون، بغداد مطبعة العاني، ط1، 1975.
- 2- روبرت الكسي، فلسفة القانون، تعريب د. كامل فريد السالك، بيروت لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2013.
- 3- د. فايز محمد حسين، تاريخ النظم القانونية، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010.
- 4- د. منذر الشاوي، الإنسان والقانون، بغداد: الذاكرة للنشر والتوزيع، ط1، 2015.
- 5- د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية، 2017.
- 6- د. محمد شريف أحمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، أربيل، كردستان: مطبعة جامعة صلاح الدين - أربيل، ط2، 2006.

ثانياً/ المصادر الأجنبية:

- 1- Andrew Altman. Arguing about Law, An Introduction to Legal Philosophy, Wadsworth Publishing Company, ITP an international Thomson Publishing Company. Year of Publishing, None .
- 2- Anthony J. Sebok, Legal Positivism in American Jurisprudence, Cambridge Studies In Philosophy and Law, Cambridge University Press, 1998 .
- 3- H. L. A. Hart, The Concept of Law, United States, New York: Oxford University Press Inc. ,1994 .
- 4- Jason M. Waite, Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives, 1998 BYU L. Rev. 681 (1998). Available at: <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol1998/iss2/13>
- 5- John Austin, Lectures on Jurisprudence, the Philosophy of Positive Law, (New York: Henry Holt And Company, 1875) .
- 6- John Finnis, What is the Philosophy of Law?)For Rivista di Filosofia del Diritto no. 1, 2012, Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 12-67 .)available at (Last visited 21\12\2020): <http://ssrn.com/abstract=2109921>
- 7- John Witte Jr. , Law and Religion: The Challenges of Christian

Jurisprudence, University of St. Thomas Law Journal, Vol. 2, Issue 2mm Article 14, (Pp. 439-452), Spring 2005,

8- Joseph Raz, About Morality and the Nature of Law, (American Journal of Jurisprudence, Vol. 48, P. 1, 2003). Available at (last visited 19th December 2020): https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1497

9- Judah Murray, Natural Law and Legal Positivism in the Nuremberg Trials, A Senior Thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for graduation in the Honors Program Liberty University Spring 2014 .

10- Karlsson, Gial Victoria, "The legal philosophy of Ronald Dworkin. " (1977). (Masters Theses 1911 - February 2014. 2532). Available at: <https://scholarworks.umass.edu/theses/2532>

11- Litowitz, Douglas E. , "Postmodern Philosophy and Legal Thought" (1997). Dissertations. 3666. Available at: https://ecommons.luc.edu/luc_diss/3666

12- Lon L. Fuller, Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, (Harvard Law Review, Vol. 71, No. 4 (Feb. , 1958), Pp. 630-672) .

13- Lon L. Fuller, American Legal Realism, (University of Pennsylvania Law Review, Vol. 82, No. 5, (429-462), March 1934).

14- Lon L. Fuller, The Morality of Law, New Haven and London, Yale University Press, 1964 .

15- Martin P. Golding and William A. Edmundson, The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, Chapter 2, Brian H. Bix, Legal Positivism, Blackwell Publishing Ltd, 2006 .

16- Raymond Wacks, Philosophy of law, Oxford University Press. Inc. New York. 2006 .

17- Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, (Bloomsbury Academic 2013)

Slattery, Brian. "Three Concepts of Law: The Ambiguous Legacy of H. L. A. Hart. " (Saskatchewan Law Review 61. 2 ,1998: Pp. 323-339)

18- William C. Starr, Law and Morality in H. L. A. Hart's Legal Philosophy, (67 Marq. L. Rev. 673, 1984). Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol67/iss4/8>

الملخص

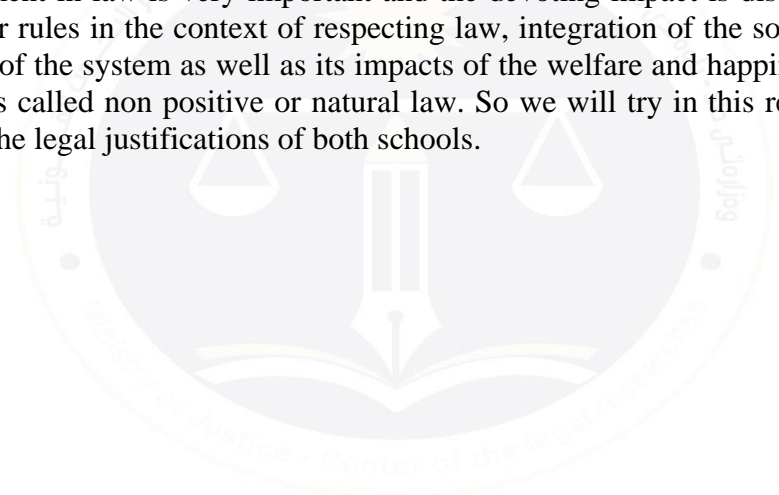
في أغلب المجتمعات تأخذ الأخلاق حيزا كبيرا في تنظيم العلاقات الاجتماعية، فهي إلى حد بعيد تتحكم في السلوك، وفي العلاقات القانونية، عليه فالقواعد القانونية تتأثر بشكل كبير بقواعد الأخلاق السائدة في المجتمع، ولكن رغم ذلك أنصار نظرية الوضعية القانونية تدعي الفصل بين القانون والأخلاق. عليه يهدف هذا البحث إلى بيان علاقة القانون والأخلاق في ظل النظرية الوضعية القانونية، وبيان الجوانب المختلفة لتلك النظرية حول مسألة الفصل بين القانون والأخلاق، أهمية هذا البحث تظهر في أنه يتناول العلاقة بين القانون والأخلاق بنظرة فلسفية، ويحاول مناقشة الإشكاليات الفلسفية المتعلقة بهذا الجانب وبيان مدى واقعية تلك النظرة الوضعية للقانون. ويتخذ هذا البحث المنهج التحليلي الفلسفي وفق خطة منهجية تضم مبحثين: تتقدمهما المقدمة والتمهيد وتنتهي بالخاتمة التي وردت فيها مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات.

پوخته

له زۆریه‌ی کۆمه‌لگاكان ره‌وشت پانتاییه‌کی گه‌وره له ریکه‌ستنی په‌یوه‌ندیه کۆمه‌لایه‌تیه‌کان داگیر ده‌کات، به‌ جۆریک کاربگه‌ری له‌سه‌ر ره‌فتاری مرۆقه‌کان ده‌بیت، به‌لام سه‌ره‌رای ئەمه لایه‌نگرانی تیۆری پۆزه‌فیتیزی یاسایی بانگێشتی داپرا‌نی یاسا له ره‌وشت ده‌کات، له‌م سۆنگه‌یه‌وه ئەم توێژینه‌وه‌یه ئامانجی ئەوه‌یه ئەم بابته له‌ روانگه‌ی تیۆری پۆزه‌تیفیزی یاسایی تاوتۆبکات وروونی بکاته‌وه، وگرنگی ئەم بابته له‌وه ده‌رده‌که‌وێت که لایه‌نه جۆراوجۆره‌کانی ئەم بابته له‌ روانگه‌ی فه‌لسه‌فیه‌وه گه‌نگه‌شه ده‌کات، و ئەو ئاسته‌نگه تیۆریه فه‌لسه‌فیه‌یه ده‌خاته روو که روو به‌ رووی ده‌بیته‌وه و ئەوه ده‌خاته روو که ئەم تیۆریه تاجه‌ند له‌گه‌ڵ واقع گونجاوه، و بۆ ئەم مه‌به‌سته رییازی شیکاری له‌ لیکۆلینه‌وه‌که به‌کارهاتووه به‌ پێی پلانیک که دوو ته‌وه‌ری سه‌ره‌کی له‌ خۆ ده‌گریت له‌ گه‌ڵ پێشه‌کیه‌ک و پێشباشنیک له‌ کۆتاییشدا گرنگترین ئەنجام و راسپارده خراونه‌ته روو.

Abstract

Morality in our societies inhabit a great role in regulating social relations. There is no doubt, it is to a great extent adjudicate the human conduct, this issue lead us to think about the relationship between the law and Morality, This research declares two main opposite directions in this regard: the New legal positivism school which reveal the separation between the law and Morality. While the other school is totally in opposite. It thinks that the Morality involvement in law is very important and the devoting impact is distinct from any other rules in the context of respecting law, integration of the society, and stability of the system as well as its impacts of the welfare and happiness. This School is called non positive or natural law. So we will try in this research to discuss the legal justifications of both schools.



فلسفة «المواطنة العالمية» وإشكالياتها في إطار تطور المركز الدولي للفرد^(*)

فهلسه فهى "هاولآتى جيهانى" و گيرو گرفتته كانى له چوارچيوه
گه شهسه ندنى ييگهى نيوده وله تى تاك

**The Philosophy Of "Global Citizenship" And Its Problems
Within The Development Of The International Poison For The Individual**

الدكتور وسام نعمت إبراهيم السعدي^(**)
أستاذ القانون الدولي العام المساعد
عميد كلية الحقوق / جامعة الموصل

دكتور. وسام نيعمهت ئيبراهيم سهعدى
پروفيسورى ياريددهر له ياساى نيوده وله تى
راگرى كولينزى ماف/ زانكوى موصل.

Dr. Wisam Nimat Ibrahim AL -Saadi
Associate Professor of International Law
Dean of the College of Law / University of Mosul

تاريخ قبول النشر: 2022/5/29.
wisamalsaad@uomosul. edu. iq^(**)

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/4/30،



فلسفة «المواطنة العالمية» وإشكالياتها في إطار تطور المركز الدولي للفرد

الدكتور وسام نعمت إبراهيم السعدي
أستاذ القانون الدولي العام المساعد
عميد كلية الحقوق / جامعة الموصل

الكلمات المفتاحية:

أشخاص القانون الدولي - التنظيم الدولي - القضايا العالمية - الفاعلين
من غير الدول

كليه ووشه:

كسه كانى ياساى نئوده و لهتى، رىخستنى نئوده و لهتى، بابته جيهانيه كان،
چالاكه كان بهدر له ده و له تان.

Key words: Subjects of international law - international organization - global issues - non-state actors

المقدمة

تكشف دراسات القانون الدولي المعاصر ان التطورات الكبيرة في إطار التعامل مع المركز الدولي للفرد قد نتج عنها طرح عدة مصطلحات للتعبير عن روية مستقبلية لمركز الفرد تتجاوز الصورة التقليدية التي رسمت له في أدبيات الفقهاء والباحثين المعاصرين، حتى أننا بتنا نشهد في الكثير من دراسات القانون الدولي نطالع عبارة " المواطن العالمي"، و" المواطنة العالمية"، و" المواطنة المعولمة"، وان هناك من ينظر إلى هذه المصطلحات على إنها مجرد شعارات أو أفكار أو تطلعات لدى البعض، لكن الغريب في الأمر ان المسألة ليست بهذا الشكل بل ان هذا المصطلح بدأت تتعامل معه المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، العالمية منها والإقليمية، واخذ خطاب تلك المؤسسات يتعامل مع هذا المفهوم والذي أخذ بالتكون بشكل تدريجي ليعبر عن مصطلح جديد له أبعاده وعناصره ومتطلباته، بل ان هذا المفهوم بات يرمز لفئة جديدة من الأطراف التي يتوجه إليها خطاب القاعدة الدولية، وكأننا بحاجة إلى التعامل مع البعد الفلسفي والفكري لهذا المصطلح والذي بات يؤشر لمجموعة كبيرة من المفاهيم الإنسانية التي تتخطى في إطارها الحدود الوطنية للدولة الواحدة.

من جانب آخر، فإن ضرورات تطور القانون الدولي أوجبت الحاجة الفعلية لأهمية ترسيخ مفهوم المواطنة العالمية والتعامل مع هذا المصطلح في أدبيات القانون الدولي، والمنطلق الأساس لهذا الموضوع يرجع إلى ان إحداث تغييرات هيكلية في إطار أشخاص القانون الدولي والفئات التي يخاطبها هذا القانون بأحكامه أوجد مساحة حقيقية من التعامل مع مخرجات التطور في إطار كل شخص من أشخاص هذا القانون، بالإضافة إلى انه كشف عن تطور كبير في مجال التعامل مع الفرد والانتقال بمركزه من مجرد مخاطب بقواعده من خلال دولته إلى أن يكون في مركز قادر فيه على أن يمارس دور محدد في أدوار القانون الدولي عبر منظومة القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي للهجرة، وتطور آليات مثوله أمام القضاء الدولي ووجود خطاب مباشر للقاعدة الدولية تجاهه، وتبلور حركات للمجتمع المدني العالمي التي تكشف عن مجموعات من الأفراد تنشط بمهام وأعمال ذات بعد عالمي وتمارس أنشطتها في إطار يتخطى البعد الوطني للدولة الواحدة ويعبر عن مظهر من مظاهر التضامن الدولي الإنساني خارج الأبعاد الوطنية للدولة، والاهم من ذلك أن تنال تلك الحركات ثقة المجتمع الدولي بمختلف مكوناته من دول ومنظمات دولية وشركات متعددة الجنسية.

أهداف البحث:

نسعى في بحثنا هذا إلى محاولة الوقوف على الأبعاد الفلسفية والفكرية التي طرحت على أساسها فكرة المواطنة العالمية والسعي من أجل تحليل هذا المصطلح والدخول إلى النطاق الذي يتم من خلاله إخضاع هذا الموضوع لقواعد القانون الدولي، وتحليل الصيغ التي تم من خلالها إعطاء الفرد أهمية بالغة في خطاب النصوص الدولية والتوجه نحو التعامل معه كأحد الأطراف الفاعلة والمؤثرة في مجال النظام القانون الدولي بحدود معينة وبأدوار محددة وبوسائل واضحة، ليتم الحديث في ذات الإطار عن مجموعة من التحديات التي تقف أمام هذه التجربة الرائدة وأمام المحاولات الرامية إلى النهوض بواقع الفرد وتطوير مجالات إسهامه في الحياة الدولية، وهنا تبرز مجموعة من التحديات المنطقية والواقعية والقانونية التي تطرح في إطار البحث.

أهمية البحث:

تتأتى أهمية هذا البحث في انه يحاول أن يدخل إلى مجالات الدراسة القانونية في إطار دراسات القانون الدولي موضوع على مستوى عالٍ من الأهمية له صداه وحضوره الكبير في الواقع الدولي، فاشراك الأفراد في التعامل مع الشأن العالمي ومحاولة التأسيس لفكرة المواطنة العالمية لم تعد أمراً نظرياً أو تصورات يطرحها البعض بين الحين والآخر بل ان العمل يجري في إطار منظومة القانون الدولي على التعامل مع هذا الأمر كحقيقة واقعية وان المجتمع الدولي ولسنوات عديدة قد وضع البناء المناسب لهذه الفكرة وباتت أكثر انطباقاً مع وجود مقومات حقيقية لإنفاذها وتحقيقها، بالمقابل ان هناك توجه عالمي كبير يدعم أن تكون هناك عدة أطراف فاعلة في إدارة القضايا العالمية والتعامل مع تحدياتها، وان طرح فكرة المواطنة العالمية ينمي الشعور بالشأن العالمي ويزيد من المزايا المتحققة من دخول الأفراد إلى الواقع الدولي باليات ووسائل لا تتعارض مع طبيعة التطورات الهيكلية في هذا القانون.

إشكالية البحث:

نعالج في هذا البحث إشكالية جوهرية تتمثل في مدى جاهزية القانون الدولي للتعامل مع فكرة المواطنة العالمية، وهل من مؤشرات حقيقية على إدخال هذا المصطلح في إطار أكثر تأطيراً في خطاب الوثائق والصكوك الدولية، بالمقابل هل ان المجتمع الدولي بات جاهزاً في الوقت الحاضر أكثر من أي وقت للتعامل مع "المواطنة العالمية"، والتي أخذت تتسلل بشكل تدريجي في العديد من الممارسات الدولية في تصديدها للكثير من القضايا العالمية، في ذات الأمر ثمة إشكاليات تقف حائلاً أمام التعامل الآمن والسليم مع هذا المصطلح، هذه الإشكاليات ان لم تحل ستبقى تشكل تحدي واقعي وفاعل لأي مجهودات تسعى من أجل ترسيخ هذا المصطلح والاعتراف به.

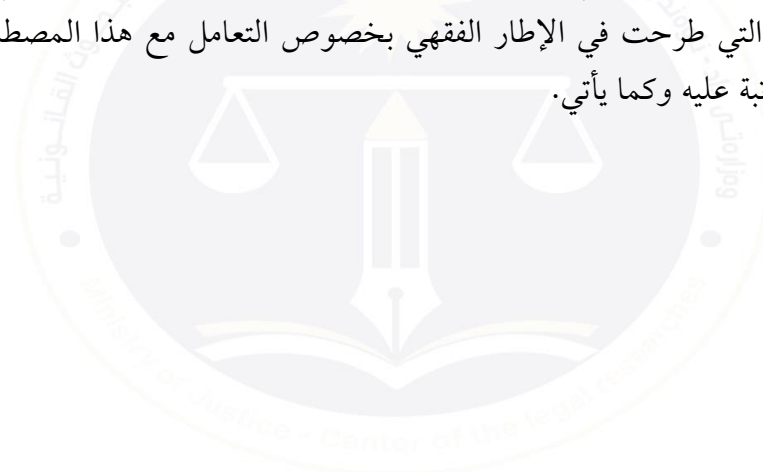
فرضية البحث:

انطلقنا في بحثنا هذا من فرضية مفادها ان التطور التدريجي في مركز الفرد و بروز دور الأطراف الفاعلة من غير الدول في المجتمع الدولي وتوجه الاتفاقيات الدولية إلى إشراك الأطراف غير الحكومية في قضايا حقوق الإنسان والبيئة والتنمية والهجرة ومعالجة

الأزمات العالمية، هذه المعطيات كانت سبباً كافياً لدخول مصطلح المواطنة العالمية في أدبيات القانون الدولي من أوسع أبوابها، وتخطيها في كثير من الأحيان المجالات النظرية إلى الواقع العملي الملموس.

هيكلية البحث:

من أجل الإحاطة بكل الإشكاليات الناشئة عن تبني مصطلح المواطنة العالمية والتعامل مع القضايا المرتبطة بها، سوف نقسم هذا البحث إلى مبحثين نخصص الأول للبحث في فلسفة المفهوم وأبعاده ومعطياته وخصائصه، ونخصص الثاني لمناقشة الإشكاليات التي طرحت في الإطار الفقهي بخصوص التعامل مع هذا المصطلح وقبوله والآثار المترتبة عليه وكما يأتي.



المبحث الأول

مفهوم المواطنة العالمية

المواطنة العالمية، مفهوم أثار الكثير من الخلاف حول مدلوله ومضمونه ومداه، وتباينت الآراء حول مدى قدرته على التعبير عن تطور في إطار القانون الدولي المعاصر وعن مدى إمكانية تقبل هذا المصطلح داخل ذلك القانون، وعبر عن حالة من الشعور بالانتماء إلى مجتمع عالمي يختلف بقيمه ومتطلباته ومظاهره عن المجتمع المحلي، ويكشف هذا المصطلح أيضاً عن ان هناك تنامي كبير في تطور الأدوار التي يقوم بها الفرد في مجال التعامل مع القضايا العالمية، وان ثمة هيكلية جديدة تكشف عنها الاتفاقيات والقرارات الدولية والإعلانات تميل نحو الاعتراف بهذا المصطلح وتبنيه في مجالات معينة والكشف عن إمكانية تطويره والاعتماد عليه في مجالات أوسع، ولكن الأمر يرتبط أيضاً بعناصر ومتطلبات جوهرية لا بد من أن تتوفر مسبقاً ليتم بعدها إطلاق المصطلح في أوسع نطاق والاعتراف به وبمساراته في مختلف الأنشطة والفعاليات القانونية الدولية. ومن أجل الإحاطة بكل الجوانب المتعلقة بمفهوم المواطنة العالمية سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين وكما يأتي:

المطلب الأول

تعريف المواطنة العالمية وخصائصها

ارتأينا مناقشة البعد الفلسفي لمصطلح المواطنة العالمية من خلال التعرض للمدلول الخاص بهذا المصطلح ومعرفة أين تتجه المدارس البحثية والفقهية في تحديد هذا المدلول، خاصة وان الفكرة لاتزال في طور البناء والنمو والتطور، وعندما نعالج مصطلح في مرحلة التشكيل والتكوين تكون هناك عدة اتجاهات وأبعاد في التعامل مع المفهوم والعناصر والخصائص، وبالتالي سنعرض لعدد من التعريفات التي قدمت بهذا الخصوص ونؤشر مدى استجابتها للبناء الكلي للمواطنة العالمية، ومدى إعطاء التعريفات للمعنى القانوني الدقيق وفق معطيات التطور في نظم القانون الدولي وتطور أشخاصه واتساع مدياته وتنوع آليات التعامل مع القضايا الدولية ببعديها العالمي والإقليمي.

الفرع الأول

تعريف المواطنة العالمية

حتى إنشاء منظمة الأمم المتحدة عام 1945 ودخول ميثاقها حيز التطبيق الفعلي، لم يكن مصطلح المواطنة العالمية معروف أو مطروح بأي شكل من الأشكال، حيث الموقف كان يرتبط بدول عانت من ويلات الحربين العالميتين والملايين من الضحايا واقتصاد عالمي مدمر، ودول تفكر بشكل منطقي في حل لأزمات عالمية خانقة تقف في مقدمتها الأزمات المتعلقة بإحلال السلام وحفظ الأمن والسلم الدوليين وتجنب الدول مخاطر وويلات الحروب وإشاعة مفاهيم القانون الدولي واحترام السيادة وتحريم استخدام القوة والتهديد باستخدامها وتسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية، وإشاعة الاحترام الكافي لحقوق الإنسان وحرياته، وبالتالي كانت منظمة الأمم المتحدة أمام تحديات عالمية كبيرة فلا بد لها من أن تملك أدواتها المناسبة لمجابهة تلك التحديات.

وتشير المواطنة العالمية لدى البعض إلى الحالة التي تعبر عن: " بروز إطار عالمي من العمل الطوعي المنظم الذي يقوده نشطاء وأفراد من دول مختلفة للتعبير عن نشاطات تتخطى البعد الوطني في إطار التعامل مع القضايا العالمية ذات الاهتمام المشترك وهذا العمل له تطبيقاته الواقعية في الميدان وله أسسه النظرية والفكرية والفلسفية"⁽¹⁾.

وفي نظم القانون الداخلي فإن المواطنة في مفهومها العام تشير إلى المواطنة في بعدها السياسي باعتبارها تكشف عن نموذج قانوني يكشف عن العضوية الكاملة في المجتمع السياسي القائم داخل الدولة، وبين نوعية المواطنة والتي تشير إلى حدود مشاركة الفرد في ذلك المجتمع⁽²⁾، ويتضمن بناء المواطنة ثلاث عناصر أو مكونات أساسية وهي، العنصر المدني والمتمثل بالحقوق والحريات والذي يتضمن الحرية الفردية، وحرية التعبير والاعتقاد والفكر والوجدان، وحق التملك، والحق في العدالة، وتوفير الضمانات القانونية للفرد أما القضاء الوطني. والعنصر السياسي والذي يعني الحق في المشاركة في الحياة

(1) H. Anheier, M. Glasius, M. Kaldor and F. Holland(2004), Global Civil Society 2004–2005, London: Sage, 2004. P54.

(2) J. Brodie, 'Introduction(2004): Globalization and Citizenship beyond the Nation State', Citizenship Studies 8 (4): p.. 323.
See Also: L. Amooore ,(2005), The Global Resistance Reader, London: Routledge, 2005. p. 32.

السياسية بوصف المواطن عنصراً فاعلاً في السلطة السياسية، من خلال البرلمان. والعنصر الاجتماعي يعني تمتع المواطن بخدمات الرفاهية الاجتماعية وإشباع لحقوقه الاقتصادية، والتي تتضمن التعليم، وحسن الرعاية الصحية، وتميل الاتجاهات الفكرية المعاصرة إلى دمج هذه المكونات الثلاث في مصطلح له صدى يتجاوز الإبعاد المحلية ليعبر عن اتجاه عالمي وأسلوب لتحقيق الرفاهية وحماية الحقوق والوصول إلى المشاركة في الشأن العالمي من خلال استخدام مصطلح المواطنة العالمية.⁽¹⁾

وان هذا المصطلح وان كان حديث نسبياً إلا انه في الواقع العملي يرجع إلى الكثير من الآراء الفكرية والتنظيرات التي أطلقها البعض من الباحثين والتي دعت إلى إمكانية تصور وجود المواطنين في وضع يكون لديهم القدرة على التعامل مع الأزمات العالمية وإبداء آرائهم والتأثير في القضايا العالمية بطريقة معينة، وقد تكون الأفكار الأولى وليدة الدعوات الرامية إلى حماية الأجانب من رعايا الدول ومنع التمييز وبحقهم وضمن تمتعهم بمقدار معين من الحماية وصولاً إلى الاعتراف بمنظومة حقوق الإنسان وحرياته على المستوى العالمي، وبالتالي فإن هناك الكثير من العمل في إطار حركة الدفاع عن المواطنة العالمية قد بذلت للوصول إلى صياغة المفهوم الحديث لهذا المصطلح.⁽²⁾

ويتم في إطار خطاب الوثائق الدولية استخدام العديد من المفردات التي تعزز من فكرة المواطنة العالمية ولكن عادة ما يكون استخدام المصطلح من قبل بعض الوثائق بأسلوب يتسم بالغموض وعدم استخدام العبارة الواضحة أو التعبير الدقيق من قبيل مصطلح "شركاء في عالم واحد"، "المسؤولية المشتركة عن حماية الكوكب"، "المسؤولية التضامنية لأبناء الجنس البشري"، "الالتزام القانوني من قبل الجميع في تأمين الحماية"، أو استخدام مصطلحات أكثر تعبيراً عن المواطنة العالمية مثل "يجب علينا تعزيز إنشاء حكومة عالمية" أو أن تستخدم مصطلح "المواطن العالمي" أو المواطنة العالمية بشكل مباشر وبأسلوب صريح.⁽³⁾

(1) E. Jirgen Habermas,(1994), Citizenship and National Identity, in THE CONDITION OF CITIZENSHIP 20, 22 (Bart van Steenberg ed. , 1994), p312.

Kim Rubenstein, Citizenship in Australia: Unscrambling Its Meaning, 20 MELB. U. L. REv. 503, 527 (1995), p21.

(2) James Tully,(2014), On Global Citizenship ,James Tully in Dialogue, Bloomsbury Academic, First published 2014, p3.

(3) Nelly P. Stromquist,(2009), Theorizing Global Citizenship: Discourses, Challenges, and Implications for Education, International Journal of Education democracy Vol 2, No. 1,

ولقد ارتبط مفهوم المواطنة ارتباطاً وثيقاً بالوطنية إلا أن عصر العولمة فرض نوعاً جديداً من المواطنة وهي المواطنة العالمية التي تتجاوز حدود جنسيته وبلده إلى فضاء أعم وأرحب. وتنظر المواطنة العالمية إلى كوكب الأرض باعتباره وطناً للجميع، يجب المحافظة عليه وصيانة موارده، ثم تنظر المواطنة العالمية إلى الناس جميعاً باعتبارهم من أسرة واحدة تحترم بعضها البعض وتتعايش بسلام في إطار من التسامح والتفاهم. وتتألف المواطنة العالمية وفق لتصور البعض من ممارسات طوعية موجهة نحو حقوق الإنسان، والعدالة الاجتماعية، وحماية البيئة على المستوى المحلي والإقليمي والعالمي. خلافاً للمواطنة القومية، ولا تشير المواطنة العالمية إلى أي مركز قانوني أو ولاء لشكل فعلي من أشكال الحكم.⁽¹⁾

أما المواطن العالمي فهو " الشخص الطبيعي الذي يملك القدرة على فهم وإدراك القضايا ذات الاهتمام العالمي المشترك، ويكون قادراً على لعب دور فاعل في مجال التأثير في الآخرين لجعل الكوكب أكثر أمناً واستقراراً واستدامة".⁽²⁾

وان المواطنة العالمية تشير أيضاً "إلى التعاون الذي يتم بين الأفراد على مستوى يمتد إلى مديات خارج الحدود الوطنية للدولة وخارج المفاهيم التقليدية للهوية الوطنية وفق منطلقات إشاعة المسؤولية المشتركة عن تحقيق الرفاهية للعالم بأسره".⁽³⁾

وهناك من الباحثين من حاول أن يضع محددات معينة لمفهوم المواطنة العالمية وحدد متطلبات من شأن العمل بها أن يساهم في توسيع مفهوم المواطنة العالمية، وهذا المصطلح يجب أن يتضمن الخصائص الثمانية التالية⁽⁴⁾:

- (1) القدرة على النظر إلى المشكلات والتعامل معها كعضو في مجتمع عالمي ؛
- (2) القدرة على العمل مع الآخرين بطريقة تعاونية وتحمل المسؤولية عن أدوار

←

June, 2009, p7.

- (1) D. Held and A. McGrew(2003), The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate, 2nd edn, Cambridge: Polity, 2003;p. 87.
See Also: C. McKinnon and I. Hampsher -Monk, (2000), The Demands of Citizenship, London: Continuum, 2000.
- (2) Nussbaum, M. (2006). Frontiers of justice. Disability, nationality, species membership. Cambridge, MA: Harvard University Press. p212.
- (3) Global Citizenship Whitepaper about an emerging concept, Melton Foundation, March 2021, p 15.
- (4) Cogan, J. (1997). Multidimensional citizenship: Education policy for the twenty-first century. Tokyo: Sasakawa Peace Foundation, p78.

وواجبات الفرد؛

- (3) القدرة على فهم الاختلافات الثقافية وقبولها والتسامح معها؛
- (4) القدرة على التفكير بطريقة نقدية ومنهجية؛
- (5) الرغبة في حل النزاع بطريقة غير عنيفة؛
- (6) الرغبة في تغيير أسلوب الفرد وعاداته الاستهلاكية لحماية البيئة؛
- (7) القدرة على أن تكون حساساً تجاه حقوق الإنسان والدفاع عنها؛
- (8) الرغبة والقدرة على المشاركة في السياسة على المستويات المحلية والوطنية والدولية.

أما عن المواطنة المعولمة فهو مصطلح مستحدث يصف إنساناً يستطيع التفاعل على مستوى عالمي مع أي شخص مهما اختلفت ثقافته وموطنه، وانتشر استعمال المصطلح مع تزايد الوعي حول العولمة وانتقلت هوية الإنسان من منظور وطني ضيق، إلى مفهوم واسع يتخطى البعد الوطني⁽¹⁾. ومن المهارات التي على المواطن المعولم أن يتصف بها هي: مهارات المشاركة المدنية والفعالية السياسية، واحترام التنوع، والقدرة على التوفيق بين الصراعات والتوصل إلى توافق في الآراء من خلال وسائل سلمية، بما في ذلك المناقشات والمداوولات والمفاوضات ودعم القضايا ذات الاهتمام العالمي⁽²⁾.

باعتقادنا ان فلسفة المواطنة العالمية في منظور المدرسة المعاصرة من فقهاء القانون الدولي تتأتى من ان القانون الدولي لم يعد قانون الدول، وان الفرد الذي شهد في الآونة الأخيرة تطور كبير في مراكزه أصبح أكثر جاهزية للشراكة العالمية على مستوى القضايا والموضوعات التي باتت تطرح من قبل المؤتمرات العالمية وأصبح من الواجب الاعتراف له بممارسة بعض المهام كونه أصبح يمتلك أدوات العمل التي تتخطى الحدود الوطنية الضيقة وان أنماط الفهم التقليدي لدور الفرد الذي يكون مادة للقانون الداخلي فقط وانه لا يقدر على فعل شيء خارج حدود دولته، هذه الفكرة لم تعد تنال قبول غالبية الفقهاء والمختصين.

- (1) Grotenhuis, R. (2016). Nation-building: Sovereignty and citizenship. In Nation-Building as Necessary Effort in Fragile States, Amsterdam University Press. (pp. 59–72). <https://doi.org/10.2307/j.ctt1gr7d8r.7> data access: 6- 4-2022
- (2) E. Levtova,; , T. Johnson, D. Schipperl,; K Funk. (2011). Decision making for globalization. Journal of Political Science Education, 7 (3), p. 245.

والمواطنة العالمية في تقديرنا هي مجموعة من القيم الإنسانية والمفاهيم القانونية المعاصرة والقواعد الإطارية الناجمة عن تطور مركزية الفرد في القانون الدولي المعاصر والمترتبة عن وجوده في ظل نظام قانوني يعترف بمصطلحات تعبر عن اهتمام عابر للنطاق المحلي والوطني والإقليمي ويمتد إلى مستوى عالمي ليعزز شعور الفرد بانتمائه لمجتمع عالمي متماسك من خلال تفعيل قيم الانتماء والمشاركة الفاعلة والديمقراطية والتسامح والتعايش السلمي والعدالة الاجتماعية التي تؤثر الإطار القانوني الناشئ عن الحقوق والواجبات التي تفرض في إطار الاتفاقيات الدولية والتي تتخطى في خطابها ومجالاتها الأبعاد الوطنية الضيقة.

ويشير مصطلح "المواطنة العالمية" باعتقادنا إلى مجموعة من القضايا الجوهرية ذات الاهتمام العالمي التي لم يعد التعامل معها من اختصاص الأشخاص التقليديين للقانون الدولي كالدول والمنظمات الدولية، بل ان الأمر يرتبط بمجموعة من القضايا ذات الأهمية السياسية والأمنية مثل مسائل السلم ونبذ الحرب واستخدام القوة المسلحة في تسوية المنازعات المسلحة، ويمكن أن يتعداها إلى مسائل أخرى ذات طابع اقتصادي واجتماعي وثقافي مثل الوعي الصحي والاجتماعي وحماية البيئة ومكافحة الجريمة الدولية والاهتمام بقضايا الحوكمة والإدارة الرشيدة ومكافحة الفساد ونبذ التطرف واحترام الحقوق والحريات وتحقيق التنمية الاقتصادية، وتلبية متطلبات التنمية المستدامة، وإنماء روح التعايش السلمي وتحقيق العدالة الانتقالية وتعزيز قيم التعددية والاعتماد المتبادل، وترسيخ مفاهيم الديمقراطية وسيادة القانون.

وفي تقديرنا ان القانون الدولي بات مطالبا في الوقت الحاضر في أن يكون مستعدا للاعترافات بالشراكات الحقيقية والفاعلة من الفاعلين الجدد من الحركات والهيئات والمكونات التي تملك تأثيرها الحقيقي في القرار الدولي ولها ثقلها الكبير في مواجهة الدول أو المنظمات الدولية الحكومية، ومن هذا المنطلق فإن الدول والأشخاص الرئيسيين للقانون الدولي عليهم احترام التحول الحقيقي في مكانة الفرد وعليهم أن يحترموا مخرجات الاعتراف بقانون حقوق إنسان عالمي نجح في أن يرسخ مفاهيم العالمية على حساب الخصوصيات الثانوية والفرعية وان من نتائج هذا الأمر أن يستقبل القانون الدولي وأشخاصه فكرة المواطنة العالمية بالمزيد من القبول والتفهم لضرورتها في منظور معاصر يحتاج فيه ذلك القانون إلى الاعتراف بأدبيات عالمية المصالح المحمية

وعالمية الهموم المشتركة وجاهزية الفرد في استقبال خطاب القاعدة الدولية والامتثال لها والتعامل معها ببعيد يتخطى الحدود الوطنية الضيقة، وان ذلك الفرد بات أكثر تحراً من القيود الوطنية ومن متطلبات السيادة لأنه يشعر بان له منظومة من الحقوق التي يكتسبها باعتباره عضواً في دولة هي جزء من نظام قانوني يعمل في إطار تنظيمات دولية عالمية، وان خطاب الوثائق العالمية بات هو الأكثر شيوعاً في مجالات القانون الدولي والتنظيم الدولي المعاصر.

الفرع الثاني

خصائص المواطنة العالمية

في منظور التصورات السابقة لمصطلح المواطنة العالمية، وفي حدود ما تشترك حوله العديد من الأبحاث والدراسات القانونية ذات الشأن، يمكننا أن نحدد مجموعة من الخصائص المميزة لهذا المصطلح والتي يمكن تحديدها بإيجاز بما يأتي:

1. المواطنة العالمية مصطلح حديث في أدبيات القانون الدولي نمت وتطور في إطار تنامي

المركز القانوني للفرد في إطار المجتمع الدولي، وحصول الفرد على مركز قانوني خاص يجعله قادراً على ممارسة الحقوق وتحمل الالتزامات وفق مجموعة من القواعد القانونية الدولية التي باتت ترتب له مكانة لا نظير لها في أي منظومة قانونية تتخطى الإطار الوطني للدولة.

2. المواطنة العالمية مصطلح لم تكتمل معالمه القانونية الدقيقة بعد⁽¹⁾، بل ان هناك

الكثير من العناصر العامة والقواعد المنظمة لهذا المصطلح قد استقرت ومنها ما هو في طريقه للاستقرار، ولعل إشاعة استخدام المصطلح وكثرة تداوله من قبل الهيئات والمنظمات الدولية، ووجود حالة من الاعتراف بأبعاد قانونية للمصطلح والتعامل مع آثاره ونتائجه، هذه المؤشرات تجعلنا نقر بان هذا المصطلح يتخطى حدود التنظيرات والأطر الفلسفية ليدخل في الواقع الميداني إلى مجال الحياة الدولية ليعزز الثقة من مركزية الفرد في علاقات القانون الدولي.

3. مصطلح المواطنة العالمية يؤثر لفاعلين جدد في إطار قانون العلاقات الدولية، هذا

الفاعل يتجسد في الإطار الخاص بالفرد كمصطلح له مدلولاته القانونية في القانون

(1) Global Citizenship Whitepaper about an emerging concept, Op- Cit , p 17.

الدولي، ويتجسد في الإطار المنظم من خلال حركة المجتمع المدني العالمي وما تمثله هذه الحركة من تيار حقيقي مؤثر في القرار الدولي وقادر على تغيير السياسات وتوجيه صناعات القرار بالاتجاه الذي يدعم تحقيق الأهداف العالمية في ظل إشاعة قيم المواطنة والديمقراطية والحقوق والحريات وترسخ قيم القرية الكونية والعالم المعولم والمجتمع الإنساني المرتبط بروابط إنسانية ومشاركات تمثل عنصر قوة وتعزيز للوحدات والمكونات التي يضمها.

4. المواطنة العالمية تكشف عن علاقات جديدة ما بين الأفراد وبين القضايا ذات

الشأن العالمي، حيث ان الأفراد أصبحوا في منظور المواطنة العالمية مطالبين باتخاذ الكثير من الإجراءات والقيام بالعديد من المهام والواجبات ليعبروا عن انخراطهم بأعمال غير تقليدية كانت في الماضي مهام تقوم بأدائها الدول أو المنظمات الدولية الحكومية أو غير الحكومية، وتنامي الدور العالمي للفرد جاء في مرحلة من تطور نظم القانون الدولي أصبحت بموجبها أكثر قدرة على استقبال الفرد والتعامل معه وإفساح المهام أمامه للعمل والمبادرة والمشاركة وتحديد أدوار متعددة للأفراد يكون بموجبها شركاء فاعلين مع باقي الأطراف في تحقيق الأهداف العالمية.

5. المواطنة العالمية لا تلغي البعد الوطني للمواطنة في مدلولها المتعارف عليه، فالقانون

الدولي بات يتعامل مع الفرد في منظور مزدوج، حيث ينظر إليه باعتباره أحد رعايا القانون الداخلي ويسري عليه النظام القانوني الوطني والذي يحكم شؤونه القانونية المختلفة ويكون المشرع الوطني صاحب اليد الطولى في تنظيم المراكز القانونية للأفراد داخلياً ما لم يتعارض الأمر مع التزامات الدولة ذات الطابع الدولي، في المقابل فإن القانون الدولي الذي يرتب للفرد وضعاً دولياً خاصاً في مجال بعض نصوصه التي تجعله أحد رعايا هذا القانون بشكل مباشر ومعني بخطابه وينشئ له مراكز قانونية مميزة ويكون فيها أكثر قدرة على تلبية متطلبات خطاب القاعدة الدولية والامثال لأحكامها.

المطلب الثاني

التطور البنوي لفكرة المواطنة العالمية

تمثل فكرة المواطنة في مفهومها العام تطور حقيقي في منظور فكرة الدولة وجزء من النتائج المترتبة على الاعتراف بالدولة القومية وان يكون لكل دولة سيادتها على إقليمها

وسكانها وان يكون لها نظامها السياسي المستقل، وبالتالي الاعتراف بوجود المواطنة وبتائجها هي صورة من صور تطور الفكر القانوني الإنساني، وهي تعني أيضاً ان هناك مواطن يدين بالولاء لدولة بعينها ويشعر للانتماء إليها ويعمل من أجل تحقيق مصالحها، هذه المعطيات المميزة التي تنبع من أساس وجوه فكرة المواطنة إذا ما أريد أن يتم تطبيقها على المستوى العالمي بفرض وتصور ومشاعر تنسجم مع البعد العالمي وتتخطى البعد الوطني سترك الكثير من النتائج الإيجابية في مجال الشعور بالهم العالمي والسعي من أجل تحقيق مصالح وغايات ذات طابع عالمي تتخطى الاهتمامات الضيقة والأبعاد الوطنية المحدودة.

ان التطور الحقيقي في إطار ترسيخ مفهوم المواطنة العالمية يرتبط بالتطور الكبير الذي حصل في إطار فكرة السيادة الوطنية وإعادة النظر بشكل كامل بالمدلول الويستفالي للسيادة⁽¹⁾، فالسيادة المطلقة والدولة السيدة وعدم تقييد السيادة باتت من الأفكار التي لا تتناسب مع واقع القانون الدولي والتنظيم الدولي المعاصر، وان ميثاق الأمم المتحدة قد تشكل على فكرة التوفيق ما بين السيادة الوطنية وتلبية متطلبات الميثاق في حفظ الأمن والسلم الدوليين وتحقيق مقاصد الأمم المتحدة وأهدافها، ثم ان الأمر أصبح أكثر تغيراً في إطار التطورات المتسارعة في القانون الدولي وبشكل خاص في العقد الأخير من القرن العشرين، وبروز مصطلح العولمة وطرح أفكار حول تدويل السيادة والتعامل مع السيادة الوطنية بمفاهيم تجعلها أكثر انسجاماً مع متطلبات تحقيق فاعلية قواعد القانون الدولي، وبالتالي أصبحت الكثير من الدول تدرك هذه الحقيقة وتتعامل مع التزاماتها الدولية تجاه الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة على هذا الأساس، فلم تعد هناك أي حصانات قانونية تحت مسمى السيادة لأي دولة تنتهك أحكام الحماية المقررة بموجب القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الجنائي والقانون الدولي للبيئة والقانون الدولي الاقتصادي وغيرها⁽²⁾.

- (1) LINKLATER, A. (1996). Citizenship and Sovereignty in the Post-Westphalian State. *European Journal of International Relations*, 2(1), 77-103. <https://doi.org/10.1177/1354066196002001003> data access: 7- 4-2022
- (2) Iris Marion Yocng , (1999). 'Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship. *Eihic*. 5. 1999, Vol. 6. p 261
See: Anne Phillips,(1992) , *Democracy and Difference: Some Problems for Feminist Theory*, 1992, *The Political Quarterly*, p. 79.

ونرى أيضاً ان المدخل الأول لفكرة المواطنة العالمية يتجسد فيما ورد في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة في الكلمات الافتتاحية التي جاءت فيه بقوله " نحن شعوب الأمم المتحدة"⁽¹⁾، والواضح ان واضعي الميثاق حاولوا إبراز البعد الحقيقي للشعوب التي تضم المواطنين، في محاولة للفت النظر إلى ان الأمم المتحدة تقييم في الاعتبار المدلول الحقيقي للمواطن المكون للشعوب التي تمثلها الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، وبالتالي حاولت ديباجة الميثاق أن تبتعد عن الإطار التقليدي في التعامل مع الدول الأعضاء داخل المنظمة بتوجيه الخطاب إلى الشعوب باعتبارها القوة الأكثر وضوحاً في التعبير عن واقع الدول الأعضاء وتكشف عن رغباتها وتطلعاتها في نبذ الحرب وتحقيق التنمية وإشاعة قيم التسامح والسلام وحماية الحقوق والحريات. والملاحظ ان النص الوارد في الديباجة استخدم مصطلحات معبرة عن الشعوب مثل استخدام " أن ننقذ" و"ان نبين"، " أن ندفع"، و" وفي سبيل هذه الغايات اعزمتنا"، هذه المصطلحات تكشف عن خطاب يعبر عن شعوب تضم مجموعة من الأفراد في إبراز حقيقي لدور خاص للمواطنة العالمية والتي تعبر في صيغتها الحديثة عن ذات المحتوى الحقيقي لخطاب ديباجة ميثاق الأمم المتحدة التي ركزت على تجاوز المفهوم التقليدي للدولة والانتقال إلى صاحب السيادة في الدولة وهو الشعب فاخترت مخاطبته بأسلوب جماعي يعبر عن جميع شعوب الأمم المتحدة التي ينبغي لها أن تستعد للمهام والوظائف العالمية للمنظمة الدولية.

كما ورد في الديباجة أيضاً الحديث عن حقوق الإنسان بصيغة (شعوب الأمم المتحدة)، حيث نصت على ((إن شعوب الأمم المتحدة قد عقدت العزم على الإعلان عن إيمانها في الحقوق الأساسية للإنسان وفي كرامته وقيمه الإنسانية الأدمية، وفي المساواة بين حقوق الرجل والمرأة)) من بين أهداف ومبادئ الأمم المتحدة يمكن إن تقرأ في

(1) حيث نصت ديباجة ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945 على ما يأتي: " نحن شعوب الأمم المتحدة وقد إلينا على أنفسنا، أن ننقذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب التي في خلال جيل واحد جلبت على الإنسانية مرتين أحزاناً يعجز عنها الوصف، وأن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية، وأن نبين الأحوال التي يمكن في ظلها تحقيق العدالة واحترام الالتزامات الناشئة عن المعاهدات وغيرها من مصادر القانون الدولي، وأن ندفع بالبرقي الاجتماعي قدماً، وأن نرفع مستوى الحياة في جو من الحرية أفسح.

الفقرة الثامنة من المادة الأولى: ((بغية تحقيق التعاون الدولي في معالجة المشاكل الدولية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية، يتعين تنمية وتشجيع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع، بدون تمييز بين الجنس أو النوع أو اللغة أو الدين)). ووردت الفكرة ذاتها في المادة (55) من الميثاق، وطبقاً للمادة (56) تعهدت الدول الأعضاء في الميثاق لحماية تلك الحقوق وصيانتها، ووفقاً للمادة (13) من الميثاق أجرت الجمعية العمومية للأمم المتحدة دراسات وقدمت توصيات ومقترحات لتسهيل الحصول على حقوق الإنسان والحريات الأساسية، ووفقاً للمادتين (62 و68) للمجلس الاقتصادي والاجتماعي في الأمم المتحدة أن ينشئ لجنة خاصة لتشجيع تطبيق هذه الحقوق والحريات العامة واحترامها، فضلاً عن المادة (76) الخاصة بنظام الوصاية الدولية والتي تضمنت نفس الفكرة في مجال حماية الحقوق والحريات.⁽¹⁾

ويمكن أن نعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الوثيقة الأكثر فاعلية في التعبير عن المواطنة العالمية، حيث نجد ان هذا الإعلان قد نظر إلى الفرد الذي يثبت له بمقتضى القانون الدولي حقوق يتكفل ذلك القانون بحمايتها والحفاظ عليها، هذا الفرد يهتم به هذا القانون ويحرص على توفير الحقوق الجوهرية التي لا غنى عنها والتي تلتزم الدول بالعمل على احترامها والامثال لها، فالإعلان العالمي كوثيقة قانونية دولية ارسى النواة الأولى لفكرة وجود مواطن يحظى بعناية القانون الدولي على المستوى العالمي، وان هذا الفرد يمثل المادة الجوهرية بنصوص حمايتها مختلفة في إطارها ومدلولها ومداهها، تشكل تلك النصوص وحدة قانونية باتجاه الاعتراف بأوضاع قانونية دولية جديدة له تمثل منعطف جديد في تاريخ القانون الدولي وفي معطيات التنظيم الدولي، وهو البعد الفلسفي الأكبر لطرح فكرة المواطن العالمي الذي تحميه النصوص الدولية والذي يلتزم بقواعد دولية أخرى من قبيل ما ورد لاحقاً من إعلان واتفاقيات وصكوك دولية.

وتطور مفهوم المواطنة العالمية بشكل تدريجي تبعاً لتطور مفهوم العالمية في القانون الدولي والتنظيم الدولي المعاصر، فبعيداً عن فكرة الحكومة العالمية وعن أنصارها وتنظيراتها الفلسفية، نجد ان مفهوم العالمية قد شهد تطور كبير في إطار منظومة القيم

(1) Zenon Stavrinides, (1999), Human rights obligations under the United Nations charter, The International Journal of Human Rights, 3: 2,p. 38-48, DOI: 10.1080/13642989908406807.

والثقافات ما بين المجتمعات المختلفة وان الكثير من القضايا ذات الاهتمام العالمي المشترك باتت تؤثر لمناطق عمل مشتركة ما بين الجميع وان الأسلوب الأمثل للتعامل معها في إطار منطقي وواقعي لا بد أن يتم من خلال إشراك الجميع في التعامل معها من خلال إشاعة فكرة ان المواطنين والدول شركاء في حماية وإنقاذ الكوكب من المخاطر الناجمة عن الأزمات العالمية الخانقة، وبالتالي لا بد من أن يتولد شعور بان المسؤوليات المشتركة عن تحقيق التنمية والقضاء على الفقر وحماية البيئة وإنقاذ المجتمعات من مخاطر الجريمة الدولية والجريمة المنظمة والقضاء على الإرهاب والحد من مخاطر الأسلحة النووية وأسلحة الدمار الشامل وحماية البيئة وإنقاذ المناخ من مخاطر التلوث والتصحر والجفاف، هذا الموضوع باتت تتصدى لها روابط وحركات ومنظمات وهيئات تعبر عن تضامن عالمي تجاه تلك القضايا من خلال حركات منظمة على المستوى العالمي عبر ما يصطلح على تسميته بالمجتمع المدني العالمي أو بطرق أخرى تكشف عن تنامي الشعور من قبل الأفراد في داخل دول العالم بأهمية العناية بالشأن العالمي والدفاع عن القضايا العالمية بطرق مختلفة.

وإذا كانت هناك أسباب أخرى تقف وراء تطور المواطنة العالمية في إطار القانون الدولي فإن شيوع فكرة العولمة ودخولها بقوة في إطار مختلف مجالات الحياة الدولية وما بدأت تمثله من تنامي لدور الفرد في علاقات القانون الدولي⁽¹⁾ وبروز مجتمع المصالح الاقتصادية ممثلة بالشركات المتعددة القوميات وتنامي ظاهرة المجتمع المدني العالمي وتزايد عدد المنظمات الدولية غير الحكومية، وتزايد فاعلية الحركات المدافعة عن حقوق الإنسان وتشكيل الجمعيات والاتحادات والروابط للدفاع عن البيئة وإشراك القطاع الخاص مع الدولة في أهداف التنمية المستدامة، وتزايد نشاط الأفراد على المستوى العالمي في قيادة الحركات المناهضة للعولمة والمدافعة عن حقوق الإنسان وحرياته وتنامي فكرة الحقوق الجماعية وتعاضم أهميتها وتعبيرها عن منطلق للحقوق التضامنية التي تركز حالة من حالات الشعور بالتضامن العالمي لمواجهة الأخطار المشتركة التي تهدد امن المجتمع الإنساني بأسره والتي قد تشكل تهديد للأمن والسلام الدوليين.

(1) J. Childs, J. , & Cutler, J. (1993). Global visions: Beyond the new world order. Boston: South End Press. P. 76.

ويرتبط أيضاً في تطور فكرة المواطنة العالمية التطور الكبير الذي تحقق في إطار وسائل التقدم التكنولوجي وما شهده العالم من وحدة في المشهد الثقافي والإعلامي وفي انتشار وسائل التواصل التكنولوجي ومنها وسائل التواصل الاجتماعي وما تمثله من وسيلة من وسائل الاندماج والتقارب ما بين مختلف الشعوب والمجتمعات ومختلف الدول وأصبح من السهولة بمكان التعبير عن الآراء تجاه بعض القضايا وبات من المتيسر على الأفراد تنسيق التعاون وإقامة الحملات وتحويل أي مسألة إلى رأي عام عالمي، وبالتالي فإن ثورة تكنولوجيا المعلومات وما ارتبط بها من دخول أدوات تقنية أسهمت في تقريب العالم وتحويل التواصل بين دوله إلى امر متاح للجميع ومتوفر وبأبسط الجهود والإمكانات، ما عزز من فرص ترسيخ مفهوم المواطنة العالمية، وتمكين الأفراد من التعامل مع الموضوعات التي تهتم الشأن العالمي، ويدخل هؤلاء بعمل منظم من أجل دعم جهود المنظمات الدولية الحكومية والدول في مسعاها لإيجاد حل لكل قضية من القضايا العالمية.

ومن المنطلقات الجوهرية التي أثرت في دعم فكرة المواطنة العالمية بتقديرنا بروز دور المنظمات الدولية غير الحكومية وقدرتها على أن تبرهن للدول والمنظمات الدولية الحكومية على أنها قادرة على التعامل مع الشأن العالمي وان تدخل كشريك حقيقي وفاعل في العمل المشترك جنباً إلى جنب مع الدول والمنظمات الدولية، بل ان خطاب الكثير من الصكوك الدولية والوثائق الموجه لحماية حقوق الإنسان والبيئة والمناخ والتنمية وغيرها أخذ يركز بقوة على دور هذه المنظمات، وهذه المنظمات تعبر بشكل أو باخر عن حركة تعاون دولي للأفراد يتخطى الحدود الوطنية، لأنها تضم بين جنبها أفراد واتحادات وروابط ونقابات ونشطاء يعمل هؤلاء في إطار العمل الطوعي في المجالات الإغاثية أو الإنسانية أو التوعوية أو التثقيفية وتشكل عنصر حقيق في التأثير على صناع القرار بدعوتهم إلى اتخاذ إجراءات معينة أو اتباع نهج معين بخصوص القضايا العالمية، وتتمتع أغلب تلك المنظمات ذات التأثير الكبير على الشأن العالمي بمركز استشاري لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي وتشارك في حضور الاجتماع والمناقشات داخل الجمعية العامة وداخل مجلس حقوق الإنسان وداخل المجلس الاقتصادي والاجتماعي وتقدم المقترحات وتعترض على بعض التقارير الحكومية وتعرض تقاريرها التي تكشف عن حالات الانتهاك أو عدم الامتثال لقواعد القانون الدولي الواجب تطبيقها واحترامها،

وتشارك في حضور المؤتمرات العالمية وتوجه إليها الدعوات وتشارك في نقاشاتها وتعرض لبعض المقترحات والمعالجات للموضوعات التي تطرحها. كل ما تقدم بات يدعم من فكرة تخطي النشاط الفردي للإطار المحلي والوطني الضيق إلى مديات عالمية يكون فيها الفرد قادراً على تحقيق متطلبات المواطنة العالمية.

وأخيراً نعتقد أن نجاح تجارب للتعاون الدولي ذات الطابع الحكومي فيما بين الدول على المستوى العالمي في إطار عمل منظمة الأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة والمنظمات الدولية الإقليمية وبشكل خاص تجربة الاتحاد الأوروبي ومدى نجاح هذا الاتحاد من التعبير عن نموذج لمنظمة دولية يعيش الأفراد في إطارها في نطاق مؤسسة تتيح لهم إطار واسع في التعامل مع الشأن الدولي والعالمي المرتبط بالاتحاد، هذا النجاح في إطار عمل المؤسسات العالمية والاتحاد الأوروبي، شكل عامل أساسي في تشجيع فرص الدفع قدماً باتجاه دعم فكرة المواطنة العالمية، فبالمقدار الذي تقوم به حكومات الدول بالعمل فيما بينها لتحقيق العمل المشترك تتأتى فرص أكبر للأنشطة الفردية وللمبادرات الخاصة في أن تبرز وتتقدم وتمارس دورها الفعال في مجال تكريس معنى المواطنة العالمية، وبالقدر الذي تتحقق فيه النجاحات في إطار عمل المنظمات الدولية الحكومية في الموضوعات ذات الاهتمام العالمي وتحقق المزيد من النجاحات في إطار عمل الكيانات من غير الدول خاصة منها تلك التي تعبر عن مظهر من مظاهر المواطنة العالمية.

المبحث الثاني

الإشكاليات الجوهرية الناشئة عن المواطنة العالمية

إن الإشكاليات التي تنشئ عن طرح فكرة المواطنة العالمية كثيرة ومعقدة، وهي تختلف باختلاف الجوانب التي يجري من خلالها التعامل مع هذا المفهوم، وبالرغم من ان المواطنة العالمية تكشف عن فكرة حديثة نسبياً وان هناك اعتراف متزايد بوجودها وأهميتها، إلا ان التعامل الدولي مع مخرجات هذه الفكرة كشف عن وجود تحديات جوهرية في مدى إمكانية التوفيق ما بينها وبين السيادة الوطنية للدولة، ومدى إمكانية إيجاد الموائمة والتوافق مع المواطنة في مدلولها الوطني وما يرتبط بهذا الخصوص من معطيات التعامل مع الجنسية والمواطن، والمشكلات المتعلقة بإمكانية الاعتراف بكل التصورات التي تنطوي عليها المواطنة العالمية وحدود تأثيرها في طبيعة الالتزامات الدولية، ومدى التأثير في الهوية الوطنية للدولة، بالإضافة إلى العديد من التحديات الأخرى التي تبرز في مجال التعامل مع هذا الموضوع، وسنأتي على مناقشة هذه التحديات في مطلبين وكما يأتي:

المطلب الأول

الإشكاليات الناشئة عن السيادة ورابطة الجنسية

لا تزال قواعد القانون الدولي تعترف لكل دولة بالسيادة الوطنية وتتعامل مع نتائجها في كل المجالات وبضمنها ما يرتبط بالإطار الإرادي للدول وقدرتها على الدخول في الالتزامات الدولية والاعتراف بمبدأ نسبية الآثار الناشئة عن المعاهدات الدولية وامتلاك الدول للحق في استبعاد تطبيق بعض القواعد القانونية الدولية بالية التحفظ على المعاهدات⁽¹⁾، وغيرها من الصور التي تجعل واقعية القانون الدولي قائمة على أساس من التعامل مع السيادة الوطنية بأبعاد وحدود معينة تنسجم مع الواقع الدولي المعاصر، وفي الوقت ذاته نجد ان الاعتراف بوجود أنماط من الالتزامات الدولية التي لا تكون هناك للإرادة دور في مجال التعامل معها ومن قبيل ذلك وجود الالتزامات الدولية في مواجهة

(1) LINKLATER, ANDREW,(1996). "Citizenship and Sovereignty in the Post-Westphalian State. " European Journal of International Relations 2, no. 1 (March 1996): p. 77. <https://doi.org/10.1177/1354066196002001003> data access: 17- 4-2022

الكافة والاعتراف بالقواعد الدولية الآمرة وغيرها من القواعد الدولية التي تتعلق بالشأن العالمي من قبيل متطلبات حفظ الأمن والسلم الدوليين والموضوعات المتعلقة بحماية الكوكب من مخاطر الأسلحة النووية وأسلحة الدمار الشامل والحماية الدولية للمناخ والبيئة.

وبالتالي بات القانون الدولي مطالب بان يحقق شيء من التوازن ما بين المذهب الإرادي والمذهب الموضوعي في إطار تحديد الأساس القانوني للالتزامات الدولية وان يتعامل مع تحديات جديدة لم يكن لها مثل في السنوات الأولى لنشأة منظمة الأمم المتحدة⁽¹⁾، فسيادة الدولة على أراضيها امر مفروغ منه وان القانون الدولي يكفل لتلك السيادة مظاهر الصيانة والحماية بالقدر الذي تكون فيه تلك الدولة محافظة على مبادئ ذلك القانون وتعمل في إطار قواعده، ثم أن تلك الدول التي ارتضت بإرادتها أن تكون جزء من القواعد الدولية المعاصرة التي تعترف بالفرد وتطور مركزه وتقييم له ذاتية في إطار ما يمكن أن يقوم به من أفعال لها تأثيرها المباشر أو غير المباشر في القضايا الدولية، فإنها يجب أن تبدي الكثير من المرونة في مجال التعامل مع مصطلح السيادة وان تكفل لمواطنيها ما يلزم من التسهيلات لتمكينهم من المشاركة في إدارة الشأن العالمي جنباً إلى جنب مع قطاعات العمل الرسمي والحكومي للدول وللمنظمات الدولية الحكومية، أي ان الدولة ينبغي لها ان لا تجعل من السيادة الوطنية قيد أو عائق يحول دون تبلور فكرة المواطنة العالمية وتحقيق أهدافها. لأن المواطنة العالمية تعكس حقيقة ما ينبغي أن يتم تحقيقه من قبل الدول في مجال ضمان الالتزام بالقواعد الدولية ذات الشأن بالإنسان باعتبار مواطن أو أجنبي، كونه بات محور أساسي لفروع مهمة للقانون الدولي العام، فهو يتمتع بمركزية جوهرية في القانون الدولي لحقوق الإنسان، وهو المحمي بقوة في القانون الدولي الإنساني، وهو من يمكن أن يكون جاني أو مجنى عليه في القانون الدولي الجنائي، وهو من سيكون المستفيد من القانون الدولي البيئي وهو من يشارك في تحقيق برامج التنمية التي ينظمها القانون الدولي للتنمية، وهم من تتحرك قواعد الحماية لإنصافه في القانون الدولي للهجرة أو القانون الدولي للجوء. فالدولة وهيئاتها ومؤسساتها باتت

(1) Grotenhuis, R. (2016). Nation-building: Sovereignty and citizenship. In Nation-Building as Necessary Effort in Fragile States , Amsterdam University Press. (pp. 60). <https://doi.org/10.2307/j.ctt1gr7d8r.7> data access: 13- 4-2022

وسائل تتحرك من أجل تحقيق الأهداف المرجوة من تلك القوانين والتي يكون الفرد المركز الجوهري فيها وهو المستهدف والمخاطب بالكثير من أحكامها وبالتالي ليس من المنطقي أن يكون الفرد في وضع يصبح فيه أكثر تحراً من قيود السيادة ليحقق المزيد من المكاسب لصالح المواطنة العالمية؟

وفي ذات المنظور كيف يتم التعامل مع الوقائع التي تكون فيها الدولة متمسكة فيها بفكرة السيادة بالمفهوم التقليدي الذي تدعي فيه لنفسها الحق المطلق في معاملة كل من يتواجد فوق إقليمها وفقاً لقوانينها التي تراها مناسبة وان كانت مخالفة لقواعد القانون الدولي، وعندها سوف نجد ان مثل تلك الدول ستعيش في عزلة عن العالم وتكون في منظور المجتمع الدولي المتمدن ابعده عن إمكانية الامتثال للقواعد الدولية المعدة بالأصل لدولة لا تتمتع الا بمقدار محدود من السيادة⁽¹⁾، ويكفي وجودها وعضويتها في إطار منظمة الأمم المتحدة واعترافها بقواعد ميثاقها الدولي أن تكون تلك الدولة في وضع قانوني يسمح لها أن تكون جزء من الفاعلين في إقامة المواطنة العالمية وتهيئة الظروف المناسبة لإقامتها، وبالتالي ليس لها أن تتمسك بسيادتها لمواجهة محاولات الاعتراف بأفكار تدويل السيادة الوطنية في بعض المجالات ووجود تغييرات جوهرية في طبيعة العلاقة القائمة ما بين الدولة والأفراد المتواجدين فوق إقليمها سواء أكانوا مواطنين أم أجانب، بل ان الأمر يحتاج أحياناً أن تستعد تلك الدول لتكون في منظور تطورات أكبر في المشهد الدولي مع تطور تجارب بعض المنظمات الدولية كالاتحاد الأوروبي والتعامل مع دول الاتحاد باعتبارها تشكل تجربة تجعلها أقرب إلى الدولة الاتحادية مع وجود آليات تجعل مواطني الاتحاد في مركز واحد يكفل لهم ذات الحقوق في أي مكان وجدوا من هذا الاتحاد وكأن الأمر يتعلق بمواطن يخضع لقوانين داخلية في دولته، وبالتالي تجربة كتجربة الاتحاد الأوروبي جديدة بالمراجعة والاهتمام في مجال التحول الجذري في مفاهيم السيادة وقيمها في مواجهة التعامل مع فكرة المواطنة والمركز القانوني للفرد داخلياً وخارجياً.

وإذا كانت المواطنة العالمية تشير إلى محاولة لإشاعة فكرة المواطن العالمي، والتعامل مع الإنسان الذي يدرك بشكل حقيقي الحياة الدولية ومستوياتها وتعقيداتها ويتابع

(1) Berberoglu, B. (Ed.). (2005). Globalization and change: The transformation of global capitalism. New York: Lexington Books. Brecher, p213.

ما يثار بالشأن العالمي من تحديات على مستوى الوقائع والأحداث والتطورات ويدرك بعمق ان الدول على اختلاف أشكالها وأنماطها وهيئاتها هي وسيلة نحو تحقيق المقاصد والأهداف العالمية وان الموضوعات ذات الاهتمام الإنساني المشترك لم تبقى حكراً على العلاقات القائمة ما بين الهيئات والمنظمات الحكومية والدول، بل ان الفرد معني بطريقة وبأخرى أن يباشر شيء من المسؤوليات داخل دولته أو خارجها ليكون فاعلاً في الشأن الدولي وفي النطاق الذي ينسجم مع دوره ومبادراته وقدراته.⁽¹⁾

ومن هذا المنطلق نجد بأنه لم تعد الجنسية والانتماء الوطني لهوية معينة قيماً يحول دون الانطلاق باتجاه العالمية، بل أصبحت رابطة الجنسية تؤشر لمجالات محددة من المسؤوليات والحقوق التي تثبت للمواطن تجاه دولته، وهي تنشأ التزامات قانونية وحقوق واضحة ومحددة، لكنها في المقابل ومع إشاعة قيم ومبادئ قانون حقوق الإنسان ومع دخول غالبية الدول إلى الاتفاقيات والمواثيق الدولية الخاصة بالحقوق والحريات بات الإنسان يتمتع بحقوق جوهرية عالمية يستمدّها تارة من قوانين دولته ويستمدّها تارة أخرى من الاتفاقيات والمواثيق الدولية، فالفرد خارج حدود دولته عندما كان يعامل في السابق كأجنبي ولا يتمتع إلا بإطار ضيق من الحقوق، لم يعد ينظر إليه كذلك في المنظور الدولي المعاصر، لأنه يمثل شخص محمي قانوناً يتمتع بذات القواعد الحمائية الخاصة بالوطنين وان الحقوق التي تثبت له لا تختلف عن تلك التي تثبت للوطنين باستثناء طائفة محدودة من الحقوق السياسية وما يفرض عليه من قيود بخصوص مراعاة قوانين الإقامة والتنقل.

وباعتقادنا ان هذا التطور الكبير في مجال تعامل نظم القانون الدولي المعاصر مع الفرد في مجال الجنسية وأحكامها وإحاطة الفرد أينما وجد وفي أي جزء من أجزاء الكرة الأرضية بقواعد تحميه في وجوده وحياته وكرامته وحرية ومعتقداته وفكره ووجدانه وتؤمن له الحق في الصحة وعدم الاعتداء على السلامة الجسدية وتجريم التعذيب وتوفير الضمانات القانونية له في مرحلة القبض والتوقيف والتحقيق والمحاكمة وإعادة المحاكمة وتنفيذ الأحكام القضائية، وتعترف له بالحق في العمل والضمان الاجتماعي وتفرض عليه الحفاظ على البيئة وتكفل له الحصول على المعلومة وتعترف له بالحق في الحصول على

(1) Berta Esperanza Hernández-Truyol, (2005), Globalized Citizenship: Sovereignty, Security and Soul, 50 Vill. L. Rev. 1009, available at <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/516>, p 1009. data access: 10- 4-2022

الحقيقة، وتقر له بالحق في المشاركة في الشأن العالمي بمجهوده الفردي عبر المبادرات الفردية أو بمجهود جماعي عبر مؤسسات ومنظمات غير حكومية. وبهذا الخصوص يركز الكثير من المختصين على ان التطورات الكبيرة في مجال حركة حقوق الإنسان كانت عنصرا أساسيا في طرح فكرة المواطنة العالمية وأسهمت في التأثير بشكل كبير في البعد القانوني لمصطلح الجنسية، وان التوسع في طرح المواطنة المعولمة والدفاع عن ان المواطنة يجب أن يشارك فيها الجميع داخل حدود الدولة وخارجها لضمان المساواة في الحقوق ونبدأ أي مظهر من مظاهر التمييز على أساس الجنس أو اللون أو العرق أو الانتماء الاثني أو القومي، فالمواطن في منظور قانون حقوق الإنسان يكون في وضع قد لا يكون فيه بحاجة إلى التشبث بفكرة الجنسية ليكتسب حقوق ويتحمل الالتزامات، وبالتالي يقدم أنصار هذا الطرح اتجاه يطالب بإضعاف رابطة الجنسية والاستغناء عنها بفكرة أوسع تجعل الأفراد جميعهم في وضع متساوي ومتكافئ في مجال التعامل مع قوانين حقوق الإنسان.⁽¹⁾

وهناك من يجري بعض المقاربات بخصوص الارتباط الكبير ما بين قانون حقوق الإنسان والمواطنة العالمية والجنسية من خلال تتبع ما تمارسه الدولة في ظل الظروف الاستثنائية التي تمر بها من خلال محاولة تقييد بعض الحقوق والحريات ضمن معطيات حفظ الأمن والحفاظ على الاستقرار الداخلي وتحقيق المصلحة العامة، إلا ان الدول رغم ذلك تبقى مقيدة باحترام ذلك القدر الأساسي من الحقوق والحريات والتي يجب احترامها والحفاظ عليها بالنسبة للأفراد المتواجدين فوق إقليمها باعتبارهم أفراد محمين بقوانين حقوق الإنسان الدولية، وان أي مساس بتلك الحقوق سوف يجعل تلك الدولة تحت طائلة أحكام القانون الدولي وفقا لقواعد المسؤولية الدولية ذات الصلة.⁽²⁾

وان من متطلبات الاستعداد الحقيقي للتعامل الفاعل مع قيم القانون الدولي لحقوق الإنسان وتحويل قواعده إلى قواعد قابلة للتطبيق تستوجب أن يتم التسليم من قبل الدول والأطراف الفاعلة بحتمية الاعتراف بوجود المواطنة العالمية باعتبارها ضمانا حقيقية

-
- (1) Claire M. Dickerson,(2021), The Recognition of the Individual: A Human Rights Perspective for International Commerce, in moral imperialism , supra note 69, at 151 (discussing how norm of indifference facilitates human rights abuses).
- (2) (: L. Oppenheim, (1973), Reprinted in INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS Louis B. Sohn& Thomas Buergenthal eds, 1973, p76.

لا احترام ذلك القانون وباعتبارها متطلب جوهري لتبرير إنفاذ قواعد ذلك القانون داخل الدول، من جهة أخرى ان من متطلبات الشعور بالمسؤولية بقضايا حقوق الإنسان تفعيل مظاهر الانتماء للمواطنة العالمية وإيجاد أفراد ونخب وحركات تؤمن بحقوق الإنسان وتدافع عنها وتكون ضامنة لمقاومة أي اتجاه داخلي يتجه نحو انتهاكها أو الاعتداء عليها، وان النضالات السابقة لحركات حقوق الإنسان كافية للتعبير عن حركة عالمية تسعى من أجل توفير الحماية المناسبة لقواعد أساسية تدرج ضمن فرع مهم وحديث ومتطور من فروع القانون الدولي العام.⁽¹⁾

المطلب الثاني

الإشكاليات الناشئة عن إنفاذ وتطبيق فكرة " المواطنة العالمية "

ان حداثة المصطلح بالنسبة للمواطنة العالمية وعدم الانتهاء من إقرار مفهوم واضح ومحدد له وما يرافق هذا الأمر من تحديات قانونية، يجعل المتعاملين مع هذه الموضوع أمام إشكاليات جوهرية نابعة من طبيعة العناصر التكوينية له والآثار القانونية المترتبة عليه والتحديات المرتبطة بالتأثير في الهوية الثقافية الوطنية والمعوقات الأخرى التي يطرحها البعض معبراً عن مسائل ينبغي علاجها بشكل مناسب لتكون هذه الفكرة أكثر نضوجاً وأكثر استقراراً، ويمكن أن نعرض لمجموعة من هذه الإشكاليات وكما يأتي:

أولاً: الإشكاليات المتعلقة بالاعتراف بالمواطنة العالمية:

بالقدر الذي يبدو الكثير من الأطراف متفائلين بإمكانية التسليم بالمواطنة العالمية والاعتراف لها بالوجود والقدرة على العمل وإمكانية التكيف واتخاذ ما يلزم لمواجهة التحديات، تطراً إشكاليات جوهرية وواقعية ناشئة عن واقعية القانون الدولي في التعامل مع أشخاصه والمخاطبين بأحكامه، وبعيداً عن مدى تمتع الفرد بالشخصية القانونية الدولية الخاصة، ومن خلال تسليم الفقه الدولي بإمكانية التعامل مع ان القانون الدولي يرتب له مركز دولي خاص به يجعله معني بخطاب القاعدة الدولية بشكل مباشر، إلا انه ينتقد البعض فكرة المواطنة العالمية ويتعامل معها باعتبارها أقرب لأفكار مستقبلية وانها لا تمثل سوى طموح أو رغبة في تحقيق حالة مثالية لم يكتب لها أن تتحقق في الوقت

(1) John A. Maxwell & James J. (1994), HUMAN RIGHTS IN WESTERN CIVILIZATION: 1600 TO THE PRESENT SECOND EDITION 2nd Edition. Friedberg eds, 1994, p 119.

الحاضر، ومن هذا المنطلق لا يمكن بحسب هؤلاء الاعتراف بأصل الفكرة⁽¹⁾، وان وجود بعض النشاطات الفردية التي يقوم بها نشطاء أو فاعلين دوليين ليس بكافي للحديث عن المواطنة العالمية، فالمواطنة العالمية تحمل تحدي حقيقي يتمثل في إنها تعبر عن حالة هدم فعلي للمواطنة في مدلولها القومي، وانها تقود إلى نتائج غير منطقية من حيث خضوع الأفراد لنظام قانوني محدد قابل للتطبيق، ثم ان القانون الدولي قائم على أساس فكرة احترام النظم القانونية الوطنية وحماية مقتضيات الاستقرار القانوني في كل دولة، وان السيادة التي تبني عليها الأسس الجوهرية للالتزام الدول بإرادتها لا تزال تكشف عن تأثير واضح وحقيقي في الأوساط المختلفة، بل ان الدول التي كانت رائدة في دعم فكرة العالمية تجدها تعترف بالسيادة الوطنية وتؤكد ان خطاباتها ينبغي ان لا تفهم على إنها تمثل دعوة لإلغاء السيادة أو التجاوز عليها، والأمر لديها لا يعدوا أن يكون مجرد طرح تصورات حول إمكانية تصور إخراج قضايا بعينها ومحاولتها إعطائها بعداً عالمياً وإمكانية مشاركة الأفراد في هذه القضايا في حدود معينة وبما لا يتعارض من جوهر فكرة السيادة الوطنية.⁽²⁾

ثانياً: الإشكاليات المتعلقة بطبيعة التعامل مع الالتزامات الدولية:

ان الإطار العام لنظرية الالتزامات في القانون الدولي لا يزال يتعامل مع أحكام الالتزامات الدولية في منظور الشخصية الدولية، وبالتالي فإن أشخاص القانون الدولي هم من يملك القدرة على تنفيذ الالتزامات الدولية التي مصدرها القانون الاتفاقي أو العرفي، فالدولة والمنظمات الدولية تعتبر وفقاً لهذا الاتجاه الأقدر على التعامل مع الالتزامات الدولية وتخضع لقواعد المسؤولية الدولية وتحمل التبعات القانونية الناشئة عن العمل غير المشروع أو عن الإخلال بالالتزامات الدولية، في حين ان الفرد لا يملك الشخصية القانونية الدولية التي تؤهله لذلك، وبالتالي فإن المواطنة العالمية قد تكون منهجاً للحديث عن نشاطات وممارسات فردية على المستوى العالمي أساسه الشعور بالرغبة في تحقيق مصالح عليا تهتم البشرية بأسرها، إلا أنها بالمقابل لا يمكن أن تكون منطلقاً لتحويل الفرد إلى شخص دولي يخضع لا حكام المسؤولية الدولية.

(1) Nigel Dower (2000) The Idea of Global Citizenship - A Sympathetic Assessment, Global Society, 14: 4, 553-567, DOI: 10. 1080/713669060..

(2) Appiah, K. A. (2006). Global citizenship. Fordham L. Rev ,Vol. 4, p 75.

وإذا كان الأمر يرتبط بأحكام المسؤولية الدولية التقليدية في صورتها العامة المعتادة في القانون الدولي العام، إلا أن الأمر قد اختلف بشكل جذري بعد إقرار أحكام المسؤولية الجنائية الفردية، وأصبح بالإمكان إخضاع الأفراد لأخطر أنواع المسؤولية وأكثرها قسوة وصرامة وهي المسؤولية الجنائية الفردية وذلك من خلال تحريك هذه المسؤولية أمام القضاء الدولي كالمحكمة الجنائية الدولية فيما لو نسب إليه ارتكاب جريمة دولية مثل جريمة إبادة الجنس البشري وجريمة العدوان والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب، وقد شهدت التجارب الدولية ثراء في هذا المجال من خلال إنشاء المحاكم الجنائية الخاصة والمحاكم الجنائية المدولة والمحكمة الجنائية الدولية، وهذا الأمر اسهم في إبراز موضوع المسؤولية الجنائية الفردية، مما اثر بشكل جوهري في طبيعة مركز الفرد في منظور أحكام القانون الدولي العام وبشكل خاص في منظور نظرية الالتزامات الدولية والقانون الدولي الجنائي.⁽¹⁾

ثالثاً: الإشكاليات المتعلقة بالطبيعة النخبوية للقائمين على تطبيق المواطنة العالمية:

يشخص البعض ان فكرة المواطنة العالمية لاتزال فكرة محدودة التداول وانها تشير إلى أفكار تلقى قبولا لدى بعض النخب وان هذه الفكرة لا تكاد تكون معروفة لدى غالبية الأشخاص، مما يؤثر في جاهزيتها وقدرتها على أن تحتل مكانة متميزة في إطار خطاب الهيئات والمنظمات الدولية، بل ان الأمر لا يعدوا مساحة الأفكار والمناقشات الفكرية لدى مجموعة من النخب ولا وجود أي واقع مادي ملموس لهذه الفكرة، فالمؤمنون بالفكرة من حقهم أن يدافعوا عنها وان يقدموا الحجج والبراهين لدعم صحة وجهات نظرهم، لكن الأمر بحاجة إلى تحويل تلك الأفكار إلى واقع عملي ملموس.⁽²⁾

ونعتقد ان الطبيعة النخبوية ليست سببا كافيا لانتقاد المواطنة العالمية، لأن النشاط على المستوى العالمي تمكنوا وخلال سنوات طويلة من العمل المنظم من أن تكون لديهم القدرة على الوصول إلى مختلف الفئات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والتحرك من خلال قطاعات واسعة داخل المجتمعات المحلية لضمان الدفاع عن وجهات نظرهم وتحويل القضايا التي يطرحونها إلى قضايا ذات اهتمام مشترك والتأثير في القرارات

- (1) Wiasm N. Ibraheem Al-Saady. "The Philosophy of Soft Law and Its Problems in Contemporary International Law". Regional Studies Journal (RSJ), 16, 52, 2022, 175-218. doi: 10.33899/regs.2022.173483
- (2) Global Citizenship Whitepaper about an emerging concept, Op- Cit , p 17.

الجوهرية التي تتعلق بالمواقف الرسمية للدول تجاه الموضوعات التي تستهدفها الحركات الممثلة عن فكرة المواطنة العالمية.

رابعاً: الإشكاليات المتعلقة بالهوية الثقافية وتحدي الخصوصية الثقافية الوطنية:

ويشير البعض الإشكاليات المتعلقة بمدى قدرة الفرد الذي يكون جزء من المواطنة العالمية في التوفيق ما بين الهوية الوطنية وما تمثله من خصوصيات قيمة وثقافية واجتماعية ودينية وبين خطاب المواطنة العالمية وما يشكله هذا الخطاب من محاولة إلغاء الخصوصيات الثقافية والاجتماعية لمجتمعات الدول والخشية من أن يتم التأثير على مناهج التربية والتعليم والنظم الاجتماعية والأخلاقية ليتم إلغاء الكثير من الهويات الثقافية التي تملك الكثير من الثراء والقدرة على التطوير واستبدالها بمنظومات عالمية لا تراعي التنوع والتعدد والتباين في المفاهيم والقيم والأعراف والتقاليد، فالمناهج العالمية في مجال المواطنة العالمية، ليس لها أن تلغي الثراء الثقافي واللغوي والمعرفي والاجتماعي للثقافات المحلية.⁽¹⁾

ومن الملاحظ ان موضوع الخصوصية الثقافية والهوية الوطنية والحفاظ على الطابع المميز لكل مجتمع محلي يعد أحد الموضوعات التي احتلت مجالاً كبيراً من المفاوضات والمباحثات ما بين الدول والمنظمات الدولية في محاولة لإيجاد تطمينات كافية بان التنظيم الدولي للموضوعات المختلفة التي يشملها خطاب الوثائق والاتفاقيات الدولية العالمية ينبغي أن يراعي هذه الخصوصيات وان لا يتجاهل حماية التنوع والتعدد الثقافي والاجتماعي، وهذا الأمر يجب أن يكون حاضراً في أي دعوى تنادي بإحلال المواطنة العالمية محل المواطنة بالمفهوم الداخلي، فهنا لا بد من أن تكون هناك ضمانات كافية تكفل عدم المساس بالهويات الثقافية للمجتمعات الوطنية والمحلية وبما يضمن الحفاظ على التنوع والتعدد والثراء وبما يكفل التعبير عن صيانة الخصوصية الاجتماعية والثقافية لشعوب تلك الدول.

خامساً: الإشكاليات الأخرى المرتبطة بالمواطنة العالمية:

1. الإشكاليات المتعلقة بإيجاد النموذج الخاص بالمواطن العالمي، بسبب شيوع النظرة الفردية وعدم إمكانية التحول إلى مجتمعات أفرادها لا تنظر بنظرة خاصة لقيم تحقيق

(1) Global Citizenship Whitepaper about an emerging concept, Op- Cit , p 17-18.

المنافع والأرباح والسعي من أجل تغليب المصالح الفردية الضيقة على أي اعتبار، وبالتالي سيكون أمراً غير يسير أن يتم إيجاد الفرد الذي يؤمن بالقيم العالمية ويضحي من أجلها، وسيكون أمام المدافعين عن المواطنة العالمية المزيد من الوقت من أجل تشكيل الفهم الحقيقي بالقضايا ذات الاهتمام المشترك والتي يجب أن تغلب الأفكار الفردية والرغبات الخاصة فيها لحساب القيم العالمية والهموم المشتركة التي تعني الجميع.⁽¹⁾

2. الإشكاليات المتعلقة بمدى شيوع الفكر الديمقراطي المعزز للمواطنة العالمية: حيث

أسهمت الديمقراطيات الحديثة في إشاعة فكرة المواطنة العالمية وأخذت الكثير من الدول تتعامل مع ظاهرة الهجرة إلى أراضيها (مثل استراليا وكندا) بأنها تجسيد لفكرة المواطنة العالمية، واعتبرت ان قدوم الأجانب إلى أراضيها وحصولهم على جنسيتها يرتبط بالشعور الذي يتولد لدى هؤلاء ان المواطن الأمثل لهم هو المواطن الذي يحترم وجودهم ويوفر لهم سبل الحياة الكريمة، وبالتالي فإذا كانت المواطنة هي شعور بالانتماء إلى وطن والحرص على مصالحه، فإن هذا الشعور يكون في منظور عالمي أوسع في مجتمع دولي تشيع فيه قيم الديمقراطية، والتي تكون ضامنة للأفراد لحقوقهم المدنية والسياسية ولحقوقهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لكن ثمة تحدي حقيقي بالنسبة لشيوع الفكر الديمقراطي في كثير من الدول والتي لاتزال تعيش في ظل أنظمة حكم غير ديمقراطية مما يؤثر سلباً على فرص تبني فكرة المواطنة العالمية.⁽²⁾

3. تحلي بعض الدول الكبرى عن الكثير من القضايا العالمية: من التحديات الأخرى ما

يرتبط بان هناك من حاول الربط ما بين المواطنة العالمية وانتهاء القطبية الثنائية وبروز الولايات المتحدة في إطار المجتمع الدولي، حيث كانت تيارات العولمة وأدواتها وآلياتها

(1) Abbott. (2006). Global citizenship. Retrieved May 20, 2007, from http://www.abbott.com/global/url/content/en_US/40.10.20.20/general_content_0053.htm data access: 10-4-2022

Arneil, B. (2006). Global citizenship and empire. Retrieved May, 20, 2007, from http://www.earlylearning.ubc.ca/sc2/papers/BarbaraArneil_Global-Citizenship-and-Empire-CPSA-2006.pdf data access: 19-4-2022

Arnot, M. (2006). Freedom's children: A gender perspective on the education of the learner-citizen. *International review of education*, 52: 67-87

(2) Held, D. (1999). The transformation of political community: Rethinking democracy in the context of globalization. In I. Shapiro & C. Cordon (Eds.), *Democracy's edges*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 53-88.

Young, I. (2000). *Inclusion and democracy*. New York: Oxford University Press.

Tam, H. (2001). The community roots of citizenship. In B. Crick (Ed.), *Citizen: Towards a citizenship culture*. Oxford: Blackwell Publishers, pp. 123-131.

أحد وسائل إشاعة هذه الفكرة، لكن ما حدث في الواقع ان الإدارة الأميركية رفضت الامتثال لاتفاقية كيوتو ولم تنظم للمحكمة الجنائية الدولية وكذلك بالنسبة لمواقفها لمعاهدة الحضر الشامل للتجارب، والموقف من الحروب التي شنت خلال الفترة اللاحقة على انهيار الاتحاد السوفيتي، وغير ذلك من التصرفات التي أضرت كثيرا في مفهوم المواطنة العالمية.⁽¹⁾



(1) Sidhu, R. (2007). GATS and the new developmentalism: Governing transnational education. *comparative Education Review*, 51(2): p. 227.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحث الجوانب المتعلقة بفلسفة المواطنة العالمية وإشكالياتها في إطار تطور المركز الدولي للفرد، نخلص إلى مجموعة من النتائج والمقترحات وكما يأتي:

النتائج:

1. المواطنة العالمية فكرة متقدمة في إطار الطرح الفكري والتنظيري، وهي تشير إلى اتجاه المجتمع الدولي المعاصر إلى التعامل مع أفق أوسع في مجال إشراك مواطني الدول في عمليات التنظيم والتطوير والتأسيس لتعاون دولي من نوع خاص يكون الأطراف الفاعلة فيه هم الأفراد أنفسهم ليعبروا عن مجتمع عالمية يتخطى الحدود الوطنية الضيقة ويكون أكثر انسجاماً وتناسقاً مع تعدد المهام وتنوعها في إطار النظام الدولي المعاصر، وهذا يقتضي أن تكون هناك أرضية مناسبة للتعامل مع مخرجات هذا المصطلح.
2. المواطنة العالمية مفهوم له دلالاته الواقعية في القانون الدولي المعاصر، ولعلّ دلالات هذا المصطلح هي ابعده من فكرة لم تكتمل أو محاولة لبلورة مفاهيم مقبولة من قبل الدول والمنظمات الدولية، بل هي تشير إلى ولادة شريك جديد في الشأن العالمي لديه أدواته ووسائله وله القدرة على التحرك الفاعل والمستمر على موضوعات تشغل الاهتمام الدولي والتي لطالما كانت محل اهتمام المؤتمرات العالمية لتكون نواة للراي العام العالمي القادر على حشد ملايين الأشخاص ومن مختلف الدول للتعبير عن تضامن واسع وعن شعور عالمي موحد تجاه القضايا الجوهرية ذات الارتباط العميق بالواقع الدولي وتحدياته.
3. المواطنة العالمية وان تباينت التسميات إلا ان التطبيق الواقعي لها ثابت، وبالتالي ليس هناك ما يحول في الوقت الحاضر من أن يتم الاعتراف بالمفاهيم الأساسية لهذا المصطلح وإعطاء المفهوم الدلالات المنطقية التي تكشف عن الولوج بالشأن العالمي وعن المزيد من الاهتمام والعمل المشترك في تنظيم قضايا متعددة ومتنوعة ويكون هناك الكثير من التطبيقات الميدانية عن مشاركة نوعية وكمية للأفراد في التأثير في المسائل العالمية وعبر برامج وخطوات متعددة لتحقيق أهداف العمل المشترك في عالم يؤمن بالتشاركية والتعاون والعمل لتحقيق مستقبل أفضل للكون تحت عنوان المصير المشترك

والمستقبل المشترك للبشرية.

4. المواطنة العالمية تجربة تبشر بمنظور جديد للتعامل مع الفاعلين من غير الدول، وهذا التعامل يجعل من الفاعلين من غير الدول أطراف لها مراكز قانونية دولية في مجالات مختلفة أو أطراف يبحث القانون الدولي المعاصر لهم عن تأطير قانوني للمكانة التي يشغلونها وتحاول الكثير من القواعد القانونية أن تخضعهم لأحكامها وان تنشئ لهم أوضاع قانونية مميزة تنسجم مع مكانتهم ومع الأدوار التي تناط بهم ومع المنظور المستقبلي الذي ينظر فيه من خلاله لهذه الكيانات الفاعلة والمؤثرة في المجتمع الدولي.

5. خطاب المنظمات الدولية العالمية كالأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة ينطلق في الوقت الحاضر من التعامل مع مخرجات المواطنة العالمية، وباعتقادنا فإن هذه المنظمات هي خير من يقيم هذه التجربة ويدرك أهميتها ويمارس دوره في توجيه النتائج والمخرجات في الوجهة الطبيعية التي تنسجم مع تطور نظم القانون الدولي المعاصر ومرونته وقدرته على إدماج فاعلين وأطراف جديدة تلعب دور حقيقي في مجال تحقيق الأهداف المشتركة والارتقاء بالواقع المفترض للتعاون الدولي في الإطار غير الحكومي وغير الرسمي وغير التقليدي، ليؤسس لمجتمع عالمي أبعاده العالم بأسره ومواطنيه يتمتعون بثقافة عالمية تصبغ عليهم هوية عالمية لا تتقاطع كلياً مع الهوية الوطنية والانتماء الوطني لمجتمع وقيم وتقاليده محلية، كون العالمية تمثل العامل المشترك فيما بينهم وبين الآخرين من مختلف الدول، هؤلاء يدركون ان العالم بأسره هو الموطن المفترض الذي ينتمون إليه، وان القضايا العالمية هي المجال الذي ينشط هؤلاء في العمل على تحقيقها وبلوغ الأهداف السامية التي ترتبط بها.

6. الدول مطالبة باحترام مصطلح المواطنة العالمية والتعامل معه كحقيقة واقعية دون المساس بالمدلول الوطني للمواطنة، ونحن نعتقد ان التعامل الحالي من قبل المنظمات الدولية مع المواطنة العالمية يتم من خلال إقامة التوازن مع المواطنة على المستوى المحلي، وهنا لا بد من عدم إنكار المواطنة بمدلولها الداخلي وان أي منطلق للترويج للمواطنة العالمية ينبغي أن ينطلق من فكرة التكاملية ما بين المصطلح الداخلي للمواطنة والمواطنة العالمية، والتكامل هنا قائم على أساس من الاعتراف بالأول والتعامل مع مراحل التطور التي تحققت والأيمان بان مجموعة المواطنين الداخلية إذا ما تم التعامل معها في الإطار الداخلي على أنها مترابط ومتداخلة ومنصهرة في إطار واحد سينتج عنها

مواطنة عالمية لها ذاتيتها وخصائصها وطبيعتها وأثارها القانونية دولياً.

7. المواطنة العالمية عامل استقرار وتطور للقانون الدولي المعاصر، فهذا البناء الضخم من الامتداد في الاهتمام بالشأن العالمي وتحويل ملايين الأفراد إلى كتلة بشرية ضخمة تدافع عن تلك القضايا وتتحرك لمناصرتها وتعمل بوعي وشعور بالمسؤولية المشتركة، يعزز من فكرة التعاون العالمي الذي بنيت على أساسه كل النظريات الحاكمة لعمل المنظمات العالمية الحكومية كالأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة، وكلما حاول القانون الدولي أن يضيف المزيد من المزايا على وجود الفرد في النظام الدولي المعاصر، كلما اتسعت دائرة التطور لهذا القانون.

8. المواطنة العالمية امتلكت من عناصر التواصل والاستمرار ما يكفي، وهي تجربة حيوية وممارسة تتسم بالتنوع والثراء وهي تتيح المزيد من الفرص نحو إدارة الملفات ذات الاهتمام العالمي بطريقة أكثر ديمقراطية وإطار تشاركي وبحدود متميزة عن أي تجربة سابقة للعمل المشترك في الإطار التقليدي للهيئات والمنظمات الدولية والدول.

المقترحات:

1. على الجمعية العامة أن تطرح المصطلح في أروقة المؤتمرات العالمية بإطار أوسع، وان تتبنى طرح المسألة بشكل منظم وان تتوصل إلى إقرار عقد دولي للمواطنة العالمية، وصياغة الإعلان العالمي للمواطنة العالمية، وان تعمل من أجل تضمين الاتفاقيات الدولية المقبلة المزيد من النصوص التي تمنح للفاعلين في هذه الحركة حق المبادرة والعمل والإدارة للملفات الشائكة وان ينعقد لهذه الحركات "حركات المواطنة العالمية"، الاختصاص في المسائل التي تكون فيها هي صاحبة القرار والقادرة على المبادرة والعمل والتواصل.

2. لا بد للقضاء الدولي أن يكون له موقف واضح ومحدد من المواطنة العالمية، ونعول كثيراً على دور القضاء الدولي في أن يتدخل ويقول كلمته في مجال التأسيس لنظرية واضحة المعالم للمواطنة العالمية وهنا سيكون للقضاء الدولي دوره في الاعتراف بالمقومات العامة لهذه النظرية وإسباغ الطابع القانوني على الكثير من الأفكار التي تؤمن بها الأسرة الدولية وتتعامل معها المنظمات الدولية باعتبارها منهج عمل، وهذا سيعزز من تدخل القضاء الدولي لصالح المواطنة العالمية، وسيكون للقضاء الدولي قدم السبق في هذا المجال.

3. على مجلس حقوق الإنسان بذل المزيد في مجال التثقيف بالمواطنة العالمية، ومعه في هذا المجال مختلف الأجهزة الرقابية والتثقيفية في قضايا حقوق الإنسان والتي ليس لها أن تكون بعيدة عن المواطنة العالمية، لأن التمثيل الحقيقي لقانون عالمي لحقوق الإنسان يساوي بالمحصلة فكرة المواطنة العالمية.

4. على الدول العمل من أجل دعم مجهودات منظمة اليونسكو لدعم مجهودات في نشر ثقافة المواطنة العالمية، وهنا نركز بشدة على مناهج التربية على المواطنة العالمية ونشر القيم التي تدعم هذه المواطنة وترسيخ مفاهيمها وبلورة المعطيات الأساسية التي تؤشر لوجودها وتحفز الآخرين على الاعتراف بها والاعتماد عليها في مختلف المسارات المتعلقة بتطور الحياة الدولية وتنوع مشكلاتها وتعدد الفاعلين فيها وتنامي دور الأطراف غير الحكومية وقدرتهم على السير قدما باتجاه خدمة القضايا الدولية ذات الطابع العالمي.

5. تشجيع الدراسات القانونية المتخصصة بهذا المجال، وفي هذا الإطار ندعو إلى تكريس المزيد من الجهد البحثي لدراسة المواطنة العالمية دراسة قانونية في منظور تنظيمي وتأطيري وفكري، ونعتقد ان الموضوع في إطار الدراسات في الفقه الغربي قد بلغ درجة من الكمال تجعله محورا لدراسات متخصصة في القانون الدولي على مستوى رسائل ماجستير أو أطاريح دكتوراه.

6. على مؤسسات المجتمع المدني العالمي أن تدعم كل المحاولات التي تعمل من أجل تعزيز فكرة المواطنة العالمية، وبطبيعة الحال سيكون جهد هذه المؤسسات أكثر تعبيراً وأكثر دقة في التعامل مع هذا الموضوع، لأنها ولدت من رحم فكرة المواطنة العالمية ولأنها من تعرف بشكل واضح أهميتها ومن يدرك قدرتها في التأثير ومن يملك القدرة على الارتقاء بها وتطويرها على المستوى النظيري أو على مستوى الواقع العملي.

References

1. Abbott. (2006). Global citizenship. Retrieved May 20, 2007, from http://www.abbott.com/global/url/content/en_US/40.10.20.20/general_content_0053.htm
2. Anne Phillips,(1992) Democracy and Difference: Some Problems for Feminist Theory, 1992, The Political Quarterly.
3. Appiah, K. A. (2006). Global citizenship. Fordham L. Rev. , 75, 2375.
4. Arneil, B. (2006). Global citizenship and empire. Retrieved May, 20, 2007, from http://www.earlylearning.ubc.ca/sc2/papers/BarbaraArneil_Global-Citizenship-and-Empire-CPSA-2006.pdf
5. Arnot, M. (2006). Freedom's children: A gender perspective on the education of the learner-citizen. International review of education.
6. Berberoglu, B. (Ed.). (2005). Globalization and change: The transformation of global capitalism. New York: Lexington Books. Brecher.
7. Berta Esperanza Hernández-Truyol,(2005), Globalized Citizenship: Sovereignty, Security and Soul, 50 Vill. L. Rev. 1009 (2005), available at <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/516>, p 1009.
8. C. McKinnon and I. Hampsher -Monk, eds,(2000), The Demands of Citizenship, London: Continuum, 2000.
9. Claire M. Dickerson, The Recognition of the Individual: A Human Rights Perspective for International Commerce, in MORAL IMPERIALISM, supra note 69, at 151 (discussing how norm of indifference facilitates human rights abuses).
10. Cogan, J. (1997). Multidimensional citizenship: Education policy for the twenty-first century. Tokyo: Sasakawa Peace Foundation.
11. D. Held and A. McGrew, eds,(2003) The Global Transformations Reader: An Introduction to the Globalization Debate, 2nd edn, Cambridge: Polity, 2003.
12. e Jürgen Habermas, Citizenship and National Identity, in THE CONDITION OF CITIZENSHIP 20, 22 (Bart van Steenberg ed. , 1994).
13. E. Levtova, , T, Johnson, D. Schipperl,; K Funk. (2011). Decision making for globalization. Journal of Political Science Education, 7 (3).
14. Global Citizenship Whitepaper about an emerging concept, Melton Foundation, March 2021.
15. Grotenhuis, R. (2016). Nation-building: Sovereignty and citizenship. In Nation-Building as Necessary Effort in Fragile States (pp. 59–72). Amsterdam University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctt1gr7d8r>. 7
16. H. Anheier, M. Glasius, M. Kaldor and F. Holland,(2004) Global Civil Society 2004–2005, London: Sage, 2004
17. Held, D. (1999). The transformation of political community: Rethinking democracy in the context of globalization. In I. Shapiro & C.

- Cordon (Eds.), *Democracy's edges*. Cambridge: Cambridge University Press.
18. Iris Marion Yocng. (1999) 'Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship. *Eihic*. 5. 1999. Vol. 6.
 19. J. Brodie, 'Introduction: Globalization and Citizenship beyond the Nation State', *Citizenship Studies* 8 (4), 2004.
 20. J. , Childs, J. , & Cutler, J. (Eds.). (1993). *Global visions: Beyond the new world order*. Boston: South End Press.
 21. James Tully,(2014) *On Global Citizenship* ,James Tully in *Dialogue*, Bloomsbury Academic, First published 2014.
 22. John A. Maxwell & James J. (1994) *HUMAN RIGHTS IN WESTERN CIVILIZATION: 1600 TO THE PRESENT* SECOND EDITION 2nd Edition. Friedberg eds, 1994.
 23. Kim Rubenstein,(1995), *Citizenship in Australia: Unscrambling Its Meaning*, 20 MELB. U. L. REv. 503, 527 (1995).
 24. L. Amooore, eds,(2005) *The Global Resistance Reader*, London: Routledge, 2005.
 25. L. Oppenheim,(1973), reprinted in *INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS* Louis B. Sohn & Thomas Buergenthal eds. , 1973.
 26. LINKLATER, A. (1996). *Citizenship and Sovereignty in the Post-Westphalian State*. *European Journal of International Relations*, 2(1), 77–103. <https://doi.org/10.1177/1354066196002001003>
 27. LINKLATER, ANDREW. "Citizenship and Sovereignty in the Post-Westphalian State. (1996), " *European Journal of International Relations* 2, no. 1 (March 1996): <https://doi.org/10.1177/1354066196002001003>
 28. Nelly P. Stromquist,(2009), *Theorizing Global Citizenship: Discourses, Challenges, and Implications for Education*, *International Journal of Education democracy* Vol 2, No. 1, June, 2009.
 29. Nigel Dower (2000) *The Idea of Global Citizenship - A Sympathetic Assessment*, *Global Society*, 14: 4, 553-567, DOI: 10.1080/713669060.
 30. Nussbaum, M. (2006). *Frontiers of justice. Disability, nationality, species membership*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
 31. Sidhu, R. (2007). *GATS and the new developmentalism: Governing transnational education*. *comparative Education Review*, 51(2).
 32. Tam, H. (2001). *The community roots of citizenship*. In B. Crick (Ed.), *Citizen: Towards a citizenship culture*. Oxford: Blackwell Publishers.
 33. Wiasm N. Ibraheem Al-Saady. (2022) "The Philosophy of Soft Law and Its Problems in Contemporary International Law". *Regional Studies Journal (RSJ)*, 16, 52, 2022, 175-218. doi: 10.33899/regs.2022.173483.
 34. Young, I. (2000). *Inclusion and democracy*. New York: Oxford University Press.
 35. Zenon Stavrinides (1999) *Human rights obligations under the United Nations charter*, *The International Journal of Human Rights*, 3: 2, 38-48, DOI: 10.1080/13642989908406807.

الملخص

تفرض التطورات الجوهرية في إطار فروع القانون الدولي المعاصر، والاتساع الكبير في مجال التعامل مع القضايا ذات الاهتمام العالمي المشترك، قيام أشخاص القانون الدولي والفاعلين من غير الدول بالعمل معا من أجل تحقيق مقاصد التنظيم الدولي في حفظ الأمن والسلم الدوليين وتطوير المجالات الخاصة بخدمة الحياة الإنسانية في إطار ينسجم مع التغير في الأدوار الجوهرية التي كانت تناط لكل من الدول والمنظمات الدولية الحكومية، وأهمية الاعتراف بان هناك نمو حقيقي لفكرة المواطنة العالمية وان هناك من الالتزامات القانونية الدولية ما يصعب تحقيقها إلا من خلال التعامل مع هذه الفكرة ونتائجها وآثارها والتي تعبر عن تطور كبير في المركز القانوني الدولي للفرد وقدرته على أن يكون جزء من الأطراف المكلفين بنفاذ قواعد القانون الدولي بطرق معينة وبحدود تتناسب مع المكانة التي يتمتع بها في الواقع الدولي القائم، في ذات الوقت هناك الكثير من المشكلات المتعلقة بمصطلح المواطنة العالمية ومضمونه وعناصره وتطوره التاريخي ومدى رسوخه في التنظيم الدولي وحدود نجاحه في التعبير عن حالة من التضامن العالمي تجاه القضايا العالمية ذات الاهتمام الأبرز من قبل المنظمات الدولية العالمية كالأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة والمنظمات الإقليمية كالاتحاد الأوروبي، وثمة إشكاليات أخرى ترتبط بمفاهيم السيادة الوطنية والجنسية والهوية الثقافية الوطنية والخضوع للقانون الداخلي، وعدد آخر من التحديات التي لاتزال تطرح من قبل الفقه الدولي في مجال التعامل مع هذا الموضوع للوصول إلى انضاج تجربة واضحة فيما يخص الإقرار بوجوده وطبيعته وآثاره القانونية.

Abstract

The fundamental developments within the framework of the branches of contemporary international law, and the great expansion in the field of dealing with issues of common global concern, require the persons of international law and non-state actors to work together in order to achieve the purposes of the international organization in maintaining international peace and security and developing areas related to serving human life in A framework in line with the change in the fundamental roles that were assigned to each of the states and intergovernmental organizations, And the importance of recognizing that there is a real growth of the idea of **global citizenship** and that there are international legal obligations that are difficult to achieve except by dealing with this idea and its results and effects, which express a great development in the international legal status of the individual and his ability to be part of the parties charged with enforcing the rules of international law in various ways certain and within limits commensurate with the position it enjoys in the existing international reality, At the same time, there are many problems related to the term global citizenship, its content and elements, its historical development, the extent of its consolidation in the international organization, and the limits of its success in expressing a state of global solidarity towards global issues of most prominent concern by global international organizations such as the United Nations and its specialized agencies and regional organizations such as the European Union. Other problems related to the concepts of national sovereignty, nationality, national cultural identity, submission to internal law, and a number of other challenges that are still posed by international jurisprudence in dealing with this issue to reach the maturity of a clear experience regarding the recognition of its existence, nature and legal effects .

حماية الحقوق المدنية المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي^(*)

پاراستنى مافه مهده نبييه كان له سؤشبال ميديا بلاوده كرئته وه"

ثاماده كارى

Civil rights protection posted on social media

الأستاذ المساعد الدكتور وسام عبد محمد ظاهر^(**)

كلية الحقوق - جامعة تكريت

پروفيسورى يار يدهدر

د. ويسام عهبد محمد زاهير

فاكهلتى ياسا - زانكوى تكريت

Associate Professor Dr

Wissam Abd Mohammad dahir

Faculty of Law - Tikrit University

(*) تاريخ استلام البحث: 2021/9/26،

تاريخ قبول النشر: 2021/10/20

(**) wisamwisam665@yahoo.com



حماية الحقوق المدنية المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي

الأستاذ المساعد الدكتور وسام عبد محمد ظاهر

كلية الحقوق - جامعة تكريت

الكلمات المفتاحية:

حماية , الحقوق , المدنية , المنشورة , مواقع التواصل

كليه ووشه:

پاراستن، ماف، مهدهنى، بلاوكراره، سايتهكانى توركردن.

Key words: Protection, rights, civil, publication, websites

مقدمة

إن الإلمام بدراسة حماية الحقوق المدنية المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي يتطلب عرض مقدمة عن الموضوع على النحو الآتي:

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث:

ان دراسة حماية الحقوق المدنية المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي لها أهمية كبيرة في حياتنا الاجتماعية، ولا غرابة في ذلك لما تشكّله من نقطة ارتكاز لا غنى عنها، ولما تحمله من مبادئ يجدر بكل باحث الخوض في محتواها والتطرق إلى أحكامها لينهل منها معرفة التشريع والحماية لها، ذلك لحدائثة التطور في الأفكار التي نراها في تسارع يومي فيكون لها اثر بالغ عمّا سبقها في جميع الحقوق الموجودة عبر مواقع التواصل الاجتماعي، وان هذه المصنفات قد يكون المشرع المدني وفر لها الحماية وقد يكون الأمر عكس ذلك مما يلزم القاضي أن يطبق القواعد العامة.

ولقد أدى تطور حركة النهضة العلمية في القرون الأخيرة إلى الصور والمشورات الأخرى كاللقب والخ... على وسائل تقنية وتكنولوجية حديثة لتساهم في نشرها إذ لم تكن هذه الوسائل مستخدمة من قبل في هذا المجال، كاستخدام الفيس بوك، وشبكة اليوتيوب، وغيرها من وسائل نشر المعلومات على الوسائل الفضائية، وقد استخدمت هذه الوسائل بغية تحقيق المراقبة التجارية ونتج عنها حقوقاً أطلق عليها حقوق الملكية الفكرية الأدبية والفنية وسميت بذلك لأنها حصيلة الجهد الذهني والفكري التي بذلها مخترعوها، فلذلك لجأت دول العالم المختلفة إلى سن تشريعات وطنية وأخرى عالمية

لغرض حماية تلك الحقوق بقواعد قانونية تختلف من قطر لآخر ذلك لمنع الغير من استقلال تلك الحقوق إلا بإذن منتجها، وهذا ما جعل الباحث يقف على حقيقة تلك الحماية من حيث الشكل والمضمون في التشريع المدني العراقي الخاص بحماية الحقوق المنشورة عبر وسائل الإنترنت بغية الوصول إلى الحلول المنطقية التي تفيد ذلك.

ثانياً: إشكالية الدراسة:

أن موضوع البحث يثير العديد من التساؤلات التي نحاول أن نجد لها حلا في بحثنا هذا ولعل أهم هذه التساؤلات هي: هل استطاع المشرع المدني مواكبة التطورات التي حصلت في المجال العلمي التكنولوجي لتحقيق الحماية المدنية الفعالة والخاصة بالمصنفات المنشورة عبر وسائل التواصل الاجتماعي؟ وما هو الأساس الذي يمكن أن يستند إليه في حماية هذا الحق؟ وهل أن النصوص المدنية كافية لتوفير لحماية المنشور المعتدى عليه وإزالة الضرر الذي نال صاحبه؟ لذلك فإن هذه التساؤلات تقتضي وقفة تتطلب البحث والتحليل من أجل التوصل إلى الإجابة الشافية الوافية.

ثالثاً: منهجية الدراسة ونطاقها:

تم إعداد الدراسة باعتماد المنهج التحليلي في القانون المدني العراقي والتشريعات الخاصة مع الاستئناس في موقف القضاء كلما دعت الضرورة لذلك، أما بالنسبة لنطاق البحث فسيقتصر على الحماية المدنية دون الخوض في نطاق القانون العام والمسؤولية الجنائية.

رابعاً: هيكلية الدراسة:

يقتضي الإلمام بموضوع حماية الحقوق المدنية المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي والإحاطة بإطاره العام دراسة هذا الموضوع واعتماده بموجب خطة تتكون من مبحثين وخاتمة تتضمن استنتاجات توصيات.

المبحث الأول: ماهية الحقوق المنشورة على موقع التواصل الاجتماعي

المبحث الثاني: أثر المسؤولية المدنية الناجمة عن المساس بالحقوق المنشورة على مواقع

التواصل الاجتماعي

المبحث الأول

ماهية الحقوق المنشورة على موقع التواصل الاجتماعي

تعد الحقوق المدنية من أهم الحقوق التي ينبغي على المشرع حمايتها، وتتسم الحقوق المدنية بكونها من الحقوق الحديثة العهد مقارنة بأقسام الحقوق الأخرى كالحقوق العينية وحقوق الأسرة ولغرض بيان المقصود بهذه الحقوق فقد اجتهد الفقه لإعطائها المدلول الصحيح والتعريف المناسب، وستقوم بدورنا ببيان أهم التعريفات التي قيلت بصدد الحقوق المدنية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين الأول نتناول فيه مفهوم الحقوق المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي، والثاني نخصصه لدراسة أركان المساس بالحقوق المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي

المطلب الأول

مفهوم الحقوق المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي

لا شك في أن الحقوق التي يتم نشرها على مواقع التواصل الاجتماعي هي مشكلة العصر، إذ أن سوح القضاء قد تزايدت فيها النزاعات مقارنة بالمنازعات التقليدية. ولقد عرف القانون المدني العراقي الحق العيني في الفقرة الأولى من المادة "67" بأنه "سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين" كما عرف الحق الشخصي بموجب الفقرة الأولى من المادة "69" منه بأنه "رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل" وهذا الحقان من الحقوق المالية أما حقوق الأسرة فهي الحقوق غير المالية وتعرف بأنها "الحقوق الناشئة عن علاقات الأسرة والتي تنحدر من الزواج كحقوق الزوجية أو من القرابة كحق الوالد على ولده"⁽¹⁾.

ويبدو لنا من التعريفات التي ذكرها المشرع المدني العراقي بان المشرع قد عرف الحق العيني وحق الأسرة والحقوق المالية ولكن لم يعرف الحقوق المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي والتي يكون من ضمنها الحق في الاسم واللقب حيث نصت الفقرة

(1) د. بيرك فارس حقوق الشخصية وحمايتها المدنية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص4.

الأولى من المادة "40" من القانون المدني العراقي على أن "يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده بحكم القانون"

وقد يواجه المستخدمون لمواقع التواصل الاجتماعي ومتابعي الأخبار عبر المواقع الإلكترونية والشبكات الاجتماعية العديد من الانتهاكات لصورهم وألقابهم، ومع تزايد وانتشار المواقع واعتماد المستخدمين على الإنترنت وتطبيقاته في الحصول على الخبر، تزايد عدد الصور والألقاب الملفقة والتي يتم استخدامها بغير موضوعها وسياقها مما يثير جدلاً قضائياً واجتماعياً ينبغي أن يعالج لتحقيق الاستقرار الإلكتروني في مواقع التواصل الاجتماعي والذي أصبح جزءاً لا يتجزأ من حياتنا اليومية إذ بفضل مواقع التواصل أصبح العالم هذا اليوم قرية صغيرة يمكن لمستخدمي الإنترنت أن يتلقوا أخبار العالم الجنوبي من الكرة الأرضية وهم في شمالها.

ولكن هذه النعمة يجب أن تصان وتوفر لها الحماية المدنية الكفيلة بها ليعاقب بالضمان كل من تسول له نفسه بمتابعة حساب الآخرين ومحاولة ابتزازهم ونشر صورهم على غير حقيقتها وقد نص المشرع المدني العراقي على حماية اللقب بموجب المادة "41" من ذات القانون بان "لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر ومن انتحل لقبه أن يطلب وقف هذا التعرض وان يطلب التعويض إذا لحقه ضرر من ذلك".

ونحن نجد في النص أعلاه أن المشرع المدني العراقي لم ينص على الاسم إنما على اللقب فقط إذ كان الأجدر به أن يجمع بين اللقب والاسم في النص أعلاه.

وقد عرف الفقه الحقوق الشخصية التي يلزم حمايتها وعدم المساس بها بأنها "سلطات مقررّة للشخص ابتغاء تمكينه من الانتفاع بنفسه، بقواه البدنية والفكرية وحماية هذه القوى" يظهر بوضوح من خلال هذا التعريف الاعتراف بحقوق شخصية الإنسان المادية والمعنوية وتوفير الحماية لها، ولكن هذا التعريف عدّ حقوق الشخصية "سلطات مقررّة للشخص" وبهذا يقترب مفهومها بصورة كبيرة من مفهوم الحق العيني كما عرفت حقوق الشخصية بأنها "الحقوق التي تثبت للفرد باعتباره إنساناً وهي تستهدف حماية كيانه ومقوماته سواء من الناحية المادية أم من الناحية المعنوية"⁽¹⁾.

ويلاحظ على كلا التعريفين السابقين أنهما لم يشيرا إلى أمر جوهري يتعلق بحقوق

(1) د. حسام الدين كامل الأهواني، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص148.

الشخص المنشورة على الإنترنت كما لاحظنا حد اطلاقنا على المؤلفات الفقهية والتشريعية بعدم وجود تعريف للحقوق المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي ويمكن لنا تعريفها متواضعين بأنها " مجموعة الصور والمنشورات التي تحتوي على الاسم واللقب , والنقد المباح على صفحات الغير المشاركين في مواقع التواصل الاجتماعي "

المطلب الثاني

أركان المساس بالحقوق المنشور على مواقع التواصل الاجتماعي

عند التعرض لمضمون الحق في الصورة أو اللقب المنشورين على مواقع التواصل الاجتماعي يعطي لصاحبه الحق في الاعتراض على نشرها، وبما أن هذا الحق يثبت للشخص فمن باب أولى ثبوته عندما يتم التلاعب والتحرير بالصورة الأصلية لأن ذلك يجعل الشخص يبدو في وضع يخالف ما عليه حقيقة ويترتب على ذلك نشوء المسؤولية المدنية ويشترط أن تتوفر ثلاثة عناصر لقيامها هما "الخطأ، والضرر، والعلاقة سببية بين الخطأ والضرر"، وقد يكون مصدرها هو العمل غير المشروع الذي ارتكبه محرف الاسم أو اللقب أو الصورة , وهنا تكون المسؤولية تقصيرية لا عقدية كون المسؤولية العقدية تنشئ عن عقد وليس للعقد وجود في هذا الأمر، إنما الشخص الذي صدر عنه الخطأ هو من فعله ويجب عليه إصلاح ذلك الضرر الحاصل وهذا ما يجعلنا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نبين في الأول الخطأ في تحريف الصورة أو اللقب المنشورين على مواقع التواصل الاجتماعي، والثاني نبين فيه الضرر الناشئ عن تحريف الصورة أو اللقب المنشورين على مواقع التواصل الاجتماعي.

الفرع الأول

الخطأ في تحريف الصورة أو اللقب المنشورين على مواقع التواصل الاجتماعي

يقصد بالتعدي تجاوز الشخص الحدود التي يجب الالتزام بها في سلوكه، أي هو انحراف في السلوك سواء أكان الانحراف متعمداً أم غير متعمداً، والانحراف المتعمد هو ما يقترن بقصد الإضرار بالغير، أما الانحراف غير المتعمد فهو ما يصدر من الشخص عن إهمال وتقصير، ويستعان بمعيار موضوعي لتحديد الانحراف وليس بمعيار شخصي، ويراد بالمعيار الشخصي النظر إلى الشخص الذي تعدى على الصورة أو اللقب ذاته أي الذي

وقع منه الفعل الضار لمعرفة ما إذا كان فعله يُعدّ تعدياً أو انحرافاً في السلوك، وهذا المعيار يحاسب فيه الشخص الذي تعدى على الصورة أو اللقب الذي يتميز باليقظة والتبصر على اتفه انحراف في سلوكه ولا يحاسب الشخص الذي يكون دون المستوى العادي في اليقظة والتبصر إلا عن انحراف بارز في السلوك، وهذا المعيار معيب؛ لأنه يتطلب تحليل شخصية المعتدي وبنفس الوقت مجحف بحق المتضرر والمتعدي الذي يكون شديد اليقظة والتبصر؛ لأنه يهدر حق المتضرر إذا كان المتعدي قليل اليقظة والتبصر، ويحاسب المتعدي شديد اليقظة والتبصر على اتفه انحراف في سلوكه، أما المعيار الموضوعي فهو قياس انحراف المتعدي بسلوك شخص عادي محاط بنفس ظروف المتعدي ودون النظر إلى صفات المتعدي سواء أكان شديد اليقظة والتبصر أم كان قليل اليقظة والتبصر⁽¹⁾. وقد أخذ كل من المشرع العراقي بالمعيار الأخير وحسنا فعل المشرع المدني العراقي.

ويتحقق العنصر المادي في الاعتداء على الصورة أو اللقب في موقع التواصل الاجتماعي حال القيام بالأفعال الآتية:

أولاً: سحب الصورة من موقع التواصل دون موافقة صاحبها:

تم عملية سحب الصورة من موقع التواصل الاجتماعي دون موافقة صاحبها ورضاه وهذا ما يعد مساساً بالحق الشخص في صورته مما يعطيه الحق في الاعتراض على ذلك وطلب الحماية القانونية لحقه، ويبدو لنا أن القيام بعمل صورة مجسمة للشخص (كالتمثال) يدخل في ظل هذه الأفعال أيضاً وذلك إذا ما تم دون رضا الشخص وموافقته، فبالرغم من اختلاف الأفعال من التقاط ورسم ونحت فإن النتيجة هي واحدة تتمثل بالمساس بحقه في تمييز ذاته عن الغير بما له من مظهر متميز وهيئة خاصة، ويسري هذا القول أيضاً على الصور المستخرجة عن طريق جهاز الحاسوب والذي يسمح بما يمتاز به من تقنيات عالية بالقيام بعمل صورة للشخص كتلك الملتقطة بواسطة الكاميرا، بل تفوقها أحياناً من حيث الوضوح والقدرة على إدخال التعديلات والإضافات عليها. وقد كان للتطور العلمي أثرٌ بالغٌ في تحديث أساليب التصوير وتحويلها وانعكس

(1) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2008، ص216.

ذلك بصورة خاصة على تقنية الكاميرات الفوتوغرافية، فمن المعلوم أن قدرة الكاميرا على التقاط الصور وبتفاصيل مميزة يعتمد على قطر عدسة الكاميرا واستناداً إلى ذلك يمكن صنع الكاميرا⁽¹⁾.

ثانياً: المساس بالصورة بتحويلها وتغيير مضمونها:

في الكثير من الأحيان يقوم شخص معين بنشر صورته على مواقع التواصل الاجتماعي ويقوم شخص ما بسحبها وتحويلها وهذا يعد من أخطر صور المساس بالحق في الصورة لأن تغيير موضوع الصورة وجعله يخالف الحقيقة بما يسيء للشخص يعد مساساً بهذا الحق، كما لو ترتب على ذلك وضع الشخص موضع الطعن فيه أو جعله محلاً للاتهام والتشكيك في نزاهته وسمعته مما يؤثر سلباً على مركزه الاجتماعي دون ارتكابه لذنوب يذكر.

يطلق على التحويل في التسجيل المرئي أو المسموع بـ (المونتاج) والذي هو "عملية يقصد بها تعديل تسجيل سواء كان مرئياً "صورة فوتوغرافية أو سينمائية" أم سمعياً "بواسطة أجهزة مغناطيسية" لتحويلها بالإضافة أو بالإلغاء أو بالقطع محدثاً أثراً متقطعاً أو ممزجاً مع تسجيل آخر أما المونتاج والذي يتضمن تعديلاً في الصورة فقط فيراد به "اختيار وتجميع المناظر ووصل بعضهما في بعض في جميع مراحلها"⁽²⁾.

وللاستئناس في موقف القضاء الفرنسي فإن قضية نزاع بشأن المونتاج والتي تشمل الصور الثابتة "كالفوتوغرافية" والمتحركة "كالتلفزيونية" معاً، ففي مجال الصور الثابتة فإن أول قضية عرضت على القضاء فيما يخص المونتاج في سنة 1899، حيث قامت جريدة فرنسية اسمها "قرن من الزمان" "Sicle" بنشر مجموعة صور لأشخاص خياليين لا وجود لهم مع تعليقات فنية أسطورية وذلك في أحد ملحقاتها وتحت اسم "أكاذيب التصوير" وكانت إحدى هذه الصور تمثل دوق "يوزس" برفقة أحد الصحفيين المعروفين آنذاك اسمه "آرثر ماير" وكان الصحفي واقفاً خلف الدوقة الجالسة ويده اليمنى قد وضعت

(1) د. صالح جواد كاظم، عن التكنولوجيا الحديثة والسرية الشخصية، مجلة دراسات عربية، العدد (8)،

السنة (11)، حزيران، 1975، ص 30.

(2) ممدوح خليل بحر، ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983. ص 403 وما بعدها.

بطريقة توحى بأنها تلامس كتفها، وقد اعترضت الدوقة على ذلك التصرف أمام محكمة استئناف باريس والتي صدر عنها الحكم الآتي: "إذا كان عنوان العدد يبين أن المقصود بالمناظر أنها تركيبية فوتوغرافية خيالية فلا يبقى إلا أن الجريدة قد أرادت السخرية وعدم الاعتبار للدوقة. وان نشر صورتها قد حدث ليس فقط بدون موافقتها ولكن بقصد سيء، وان الواقعة حتى بالنسبة للتركيب الذي يقرب أشخاص غرباء أحدهما من الآخر في مجموعة واحدة في موقف بدون تكلف يعتبر في حد ذاته إهانة وان كل جسامه الموضوع تتركز في الرسم الذي يصاحب صورتها"⁽¹⁾، يتبين من هذا الحكم أن المحكمة قد أقرت حق المدعية في صورتها وذلك لنشرها دون موافقتها كما أنها أيدت المدعية في دعواها بالرغم من أن الجريدة قد نشرت الصورة في ملحق عنوانه أكاذيب التصوير ذلك لكي تبين للقراء أن الصور المنشورة في هذا الملحق ليست حقيقية وإنما هي نوع من التفنن في مجال التصوير بتجميع المناظر المتفرقة في صورة واحدة، ورغم ذلك الإيضاح فإن المحكمة اعتبرت نشر هذه الصورة هو عمل غير مشروع فمن باب أولى الحكم بعدم مشروعية النشر الذي يراد من ورائه الإيهام والتضليل دفعاً للاعتقاد بصحة مضمون الصورة ومطابقتها للواقع، وتلا ذلك العديد من القرارات الصادرة من المحاكم الفرنسية تحمي الحق في الصورة من المساس به بطريق المونتاج.

وتعزيزاً لما تقدم فقد نص المشرع المدني العراقي بموجب المادة "202" بان "كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر " وكذلك نصت المادة "204" من ذات القانون بان " كل تعد يصيب الغير باي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض " وان الاحتمالين السابقين الذكر في النقطة "ا، ب" من أعلاه هما كثيران الوقوع والانتشار على مواقع التواصل الاجتماعي وان قاضي الموضوع يلزم بان يطبق القواعد العامة لعدم وجود نص خاص بمثل هكذا نزاعات.

(1) نقلاً عن بيرك فارس حسين، المرجع السابق، ص 17.

الفرع الثاني

الضرر الناشئ عن تحريف الصورة أو اللقب المنشورين على مواقع التواصل الاجتماعي

هو ما يلحقه المعتدي من أضرار بالغير⁽¹⁾، أو هو الأذى الذي يلحقه من قام بتحريف الصورة أو اللقب بالشخص الذي له موقع الإلكتروني⁽²⁾، مما يترتب على ذلك العمل الصادر من المعتدي المساس بحق للمتجاوز عليه، كالتجاوز على صورة شخص معين أو الإتلاف مما يؤدي إلى التأثير على مركزه المالي وإخلال بمكاسبه وذمته المالية، من خلال ابتزاز المعتدي لشخصية صاحب الصورة، أو قد يكون الضرر أدبياً عندما يصيب شخص ما في حق أو مصلحة غير مالية، كالمساس بالعواطف والمشاعر أو السمعة، فالضرر الأدبي هو الأذى الذي يصيب الإنسان في الجسم أو الشرف أو العاطفة، أو لمجرد الاعتداء على حق أيا كان⁽³⁾.

ومن خلال ما تقدم يمكن لنا أن نقسم الضرر الناشئ عن تحريف الصورة أو اللقب المنشورين على مواقع التواصل الاجتماعي.

أ - الضرر المادي:

هو الضرر الذي يلحقه المعتدي بالغير في مصلحة ذات القيمة المالية⁽⁴⁾، أو هو الخسارة التي يلحقها المعتدي بالغير في ماله كإتلاف ماله أو تفويت صفقة تجارية عليه من خلال الإساءة لصورة أو لقبه على مواقع التواصل الاجتماعي مثال ذلك شخص لديه محل تجاري كبير يغطي احتياجات محافظة كامله، ويقوم شخص آخر بنشر صور له على مواقع التواصل الاجتماعي عارياً يتهمه بالتحرش الجنسي مع الفتيات الزبائن مما يجبر

(1) ينظر قريباً من هذا المعنى د. محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال نقل الدم، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص114.

(2) د. بيرك فارس حسين، المرجع السابق، ص18.

(3) حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، ط1، مطبعة العلوم، القاهرة، 1957، ص110.

(4) د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص115.

الشخص غلق محله التجاري لمدة من الزمن لحين تفنيد التهمة وإظهار الحق⁽¹⁾، وقد نص المشرع العراقي على الضرر المادي في المادة (186) من القانون المدني⁽²⁾.

ب - الضرر الأدبي:

هو الضرر الذي يحدثه المعتدي على صاحب الصورة أو اللقب في عواطفه أو في أحاسيسه أو في مشاعره أو في كرامته أو في شرفه أو هو الضرر الذي سبب للمعتدى عليه آلاماً نفسية أو جسمانية⁽³⁾، أو هو عبارة عن الألم والحزن الذي يحدثه المعتدي والذي يصيب الكيان المعنوي للإنسان سواء أكان ناجماً عن أضرار جسدية سببت الألم، أو عند المساس بالشعور والعاطفة والشرف والكرامة، وكل ما يتعلق بالنواحي الأدبية، كإيذاء السمعة والاعتداء على حقوق الأسرة أو معتقدات الشخص الدينية من خلال تزييف حقائق صورة ما أو نسب معين⁽⁴⁾، وفي المجال الضرر الأدبي يتمثل الضرر في مساس المعتدي عليه وألحاق الأذى به مثل الآلام النفسية والجسمانية نتيجة لتشوه الصورة، ونشرها عبر مواقع التواصل الاجتماعي مما يصيب صاحب الصورة ضرراً في سمعته وشرفه وشعوره مثل السب والقذف والانتقادات الباطلة والمزيفة التي يتلقاها من عند الغير على مواقع التواصل الاجتماعي.

وقد نص المشرع العراقي على الضرر الأدبي في المادة "205" حيث نصت على "... الضرر الأدبي هو كل تعد على الغير في حرته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن التعويض".

- (1) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، المرجع السابق، 212.
- (2) نصت المادة (202) من القانون المدني العراقي المعدل على (كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويض من احدث الضرر).
- (3) فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص241.
- (4) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون العراقي، دراسة مقارنة، ط1، بغداد، 1991، ص261.

الفرع الثالث

العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

العلاقة السببية "هي تلك الرابطة التي تربط الخطأ بالضرر رابطة بنتيجة أي تجعل الضرر نتيجة للخطأ، بمعنى آخر إنها تعني إثبات الضرر الذي أصاب المتضرر كان سببه خطأ المدعى عليه وإن الخطأ المذكور هو الذي أحدث الضرر وهي ركن من أركان المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أم تقصيرية"⁽¹⁾ ويجب التنويه إلى أمر مهم وهو استبعاد المسؤولية العقدية من نطاق البحث كونها لا تقع في مجاله.

وتعدّ العلاقة السببية هي جوهر المسؤولية المدنية والركن الثالث من أركان المسؤولية المدنية للمعتدي على الصورة المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي، إذ يجب أن توجد علاقة سببية بين الخطأ والضرر الذي أصاب المتضرر تجعل الضرر نتيجة للخطأ، وتتفني مسؤولية المعتدي على الصورة أو اللقب إذا انتفت الرابطة السببية بين خطأ المتجاوز على الصورة والضرر ان كان قد حدث ولا مجال لتطبيق أحكام السبب الأجنبي والتطرق لصوره المبررة لإعفاء المتجاوز على الصورة أو اللقب فليس من الممكن أن تحدث قوة قاهرة تجعل شخصا ما يتجاوز على صورة شخص آخر منشوره على مواقع التواصل الاجتماعي فهذه الحالة مستبعدة جدا ومستحيلة الوقوع⁽²⁾. وقد نص القانون المدني العراقي في المادة "207/ف" على العلاقة السببية حيث نص "تقدر المحكمة التعويض بجميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع"

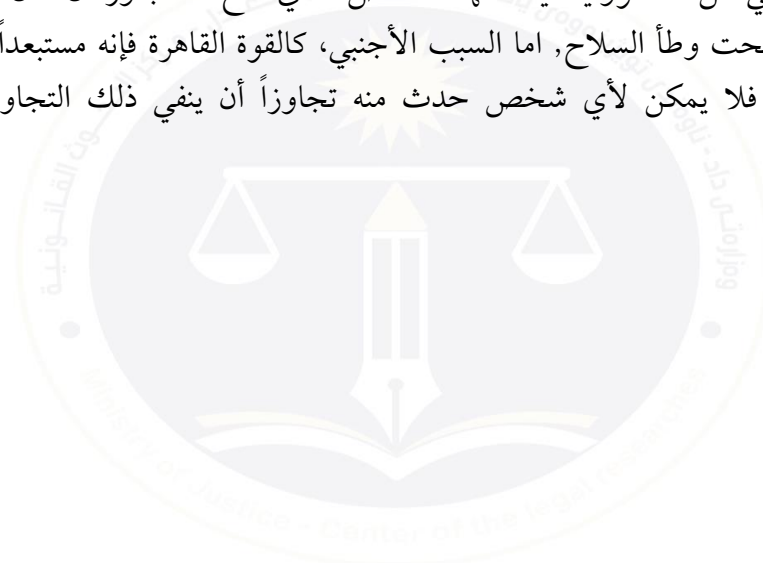
أما إثبات العلاقة السببية بين خطأ المعتدي والضرر يقع على عاتق المتضرر لأنه صاحب المصلحة في هذا الإثبات ويجوز له إثبات ذلك بكل طرق الإثبات⁽³⁾، وهذا لا

(1) د. حسن علي الذنون، الوجيز في النظرة العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص248.

(2) ينظر قريباً من هذا المعنى د. كامل عبد السميع محمود، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص376.

(3) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار

يعني إنه كلما توفر الخطأ والضرر توفرت العلاقة السببية بينهما، ويمكن للمعتدي على الصورة في الوقت ذاته أن ينفي تحقق العلاقة السببية بين خطئه والضرر الواقع بأكثر من طريق، كأن يثبت المتجاوز بعد تحقق الضرر إن الخطأ الناتج لم يكن خطئه بل خطأ الغير. ويُعدّ فعل الغير سبباً أجنبياً إذا أثبت المتجاوز إن الضرر نتج عن خطأ شخص أجنبي عنه يستغرق خطئه، وإذا نجح المتجاوز في إثبات ذلك يكون قد افلح بنفي العلاقة السببية، وبالتالي أعفي من المسؤولية لئتحملها الشخص الذي دفع المتجاوز ان كان قد حصل ذلك بإكراه تحت وطأ السلاح، اما السبب الأجنبي، كالقوة القاهرة فإنه مستبعداً تماماً من هذه الواقعة فلا يمكن لأي شخص حدث منه تجاوزاً أن ينفي ذلك التجاوز بالسبب الأجنبي.



النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1979، ص24.

المبحث الثاني

اثر المسؤولية المدنية الناجمة عن المساس بالحقوق المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي

إن اثر المساس بالحقوق المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي بنوعها هو التعويض، فالمسؤولية هي ما تقوم الا على الإخلال بواجب قانوني وهو الأضرار بالغير، والتعويض هو جزاء مسؤولية المتجاوز لجبر الضرر الذي ألحقه بالغير، أي الحكم أو الأثر الذي يترتب عليه مسؤولية المتجاوز، فإذا توفرت أركان المسؤولية المدنية الثلاث تحققت مسؤولية الشخص الذي تلاعب بالاسم أو بالصورة الشخصية المنشورة على موقع التواصل الاجتماعي، ويترتب على هذا الفعل تعويض، نتيجة لقيام المتجاوز بالتجاوز على صورة غيره مما يجب عليه أن يدفع التعويض للمتضرر لجبر الضرر الذي لحقه⁽¹⁾، وقد نص القانون المدني العراقي على ذلك بموجب المادة "204" بان " كل تعدد يصيب الغير بأي ضرر آخر..... يستوجب التعويض".

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول التعويض عن الأضرار التي يسببها المتجاوز على الحق المنشور على وسائل التواصل الاجتماعي، وفي المطلب الثاني نتناول تقدير التعويض المتجاوز.

المطلب الأول

التعويض عن الأضرار التي سببها المتجاوز على الحق المنشور على وسائل التواصل الاجتماعي

يُعدّ التعويض جزاء مسؤولية المتجاوز المدنية لجبر الضرر الذي ألحقه بالمتضرر، حيث هناك التزام قانوني سابق يقع على عاتقه وهو التزام بعدم الأضرار بالغير، كما إن كيفية رفع الضرر تختلف فيما إذا كان الضرر الذي أحدثه المتجاوز مادياً أو أدبياً، ولأجل رفع الضرر فإن القانون لم يحدد التعويض بنوع واحد بل هناك عدة أنواع للتعويض، ولا

(1) د. عزيزة الشريف، مسؤولية السلطة العامة وموظفيها، قضاء التعويض، ط1، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 2011، ص430.

مساغ للقول بان الضرر الذي سوف يلحق المضرور يكون ماديا مباشراً إنما يكون الضرر في هذا الجانب هو ضرراً أدبياً ولكن يترتب عليه أضرار أخرى منه الضرر المادي لذا سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول التعويض الذي يدفعه المتجاوز نتيجة تجاوزه على الحق المنشور

ونتناول في الفرع الثاني نطاق إلزام المتجاوز على المنشور بدفع التعويض، ونتناول في الفرع الثالث نوع التعويض الذي يدفعه المتجاوز على المنشور وكما يلي:

الفرع الأول

التعويض الذي يدفعه المتجاوز نتيجة تجاوزه على المنشور

التعويض هو وسيلة القضاء لإزالة الضرر أو التخفيف منه، أي هو الجزاء العام عند قيام مسؤولية المتجاوز بالإساءة على الحق المنشور على موقع التواصل الاجتماعي لجبر الضرر الذي ألحقه بالغير، والتعويض يفرض عادة على من يحرف الصورة أو الاسم أو يعلق سلباً على منشور ما، ويتعين على القاضي إلزام المتجاوز على المنشور الإلكتروني بأن يعرض المتضرر الذي لحقه ضرر من جراء فعله الضار⁽¹⁾، سواء أكان المتجاوز قد فعل ذلك بصفته الشخصية أم بصفته التبعية لجهة أخرى، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة "204" بقولها "كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر... يستوجب التعويض"، وهذا يعني إن القانون المدني العراقي يتضمن مبدأ عاماً في التعويض مفاده إن أي خطأ يصيب الغير بالضرر، يلزم فاعله بدفع التعويض، أي إن التعويض يتبع الضرر.⁽²⁾

الفرع الثاني

نطاق إلزام المتجاوز على المنشور بدفع التعويض

إن نطاق التعويض الذي يقضى به للمتضرر في مسؤولية المتجاوز بالإساءة على مواقع التواصل يشمل ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب في المسؤولية التقصيرية، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة "207/ف1" إذ جاء فيه بان

(1) د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، دار المعارف، مصر، 1962. ص399.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، المرجع السابق، ص167.

"تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع"، كما إن القضاء العراقي استقر في قضاءه⁽¹⁾ على تقدير التعويض المستحق في المسؤولية التقصيرية باعتماد عناصر التعويض والمحددة بتعويض المتضرر عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية.

الفرع الثالث

نوع التعويض الذي يدفعه المتجاوز على المنشور

نصت المادة "209" من القانون المدني العراقي على "1. تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً، ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً. 2. ويقدر التعويض بالنقد على إنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض"

ويتضح من النص أعلاه بأن هناك أكثر من طريق لتعويض المتضرر من جراء فعل قيام الغير بالتجاوز المتمثل بالإساءة إلى اللقب أو الصورة، فقد يكون بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر ويسمى بالتعويض العيني، أو يكون بمقابل أو الأمر بأداء عمل معين أو رد المثل في المثليات، وسوف نستبعد نوع التعويض العيني كونه ليس له محل وجود من الناحية العملية إذ ليس من المصدق أن يقوم المتجاوز بإعادة الحال إلى ما كان عليه ذلك لأن التجاوز على الصورة أو اللقب يختلف عن هدم البناء أو حرق بضاعة لكي يقوم المتجاوز بإعادتها إلى صاحبها، فالمسألة في هذا الجانب تدور حول ضرر أدبي كبير لا يمكن إصلاحه حتى بالمال كون المتضرر الذي وقع على منشوره الخطأ قدر نال الضرر سمعته التي تمثل كيانه العظيم والذي استطاع أن يعمره منذ الآباء والأجداد، فأى تعويض يجبر ذلك الضرر مهما بلغ قدره ولكن قد يخفف من شدته مثاله التعويض غير النقدي المتمثل بحذف المنشور المسيء أو تعديل الصورة إلى حالتها الأولى، ونشر اعتذار على

(1) قرار محكمة التمييز رقم 102 الهيئة الاستئنافية / 2017 في 2017/1/5 (القرار غير منشور).

مواقع التواصل الاجتماعي لتخفيف ألم المتضرر نفسياً، وبعد التنويه المقدم⁽¹⁾. سوف نبين نوع التعويض بمقابل كونه الأنسب لحالة المتضرر الذي وقع عليه الضرر نتيجة إساءة الغير المتمثل بتحريف الصورة أو اللقب على الإنترنت، وكما يلي:

أولاً: التعويض بمقابل:

رغم إن التعويض العيني هو من أكثر طرق التعويض تناسباً لجبر الضرر، لكن يصعب في أحيان كثيرة الحكم بالتعويض العيني لجبر الضرر الذي ألحقه المتجاوز الذي أوقعه بالمتضرر نتيجة إساءة بالمنشور على مواقع التواصل الاجتماعي، لذا تحكم المحكمة بنوع آخر من التعويض وهو ما يطلق عليه التعويض بمقابل، والتعويض بمقابل يكون إما تعويضاً غير نقدياً كأن يحكم بأداء عمل معين أو أن يكون تعويضاً نقدياً كأن يحكم بدفع مبلغ من النقود، لذا سوف نبين كل نوع وكما يلي:

1 - التعويض غير النقدي:

هو عبارة عن أداء أمر معين على سبيل التعويض للمتضرر، إذ يُعدّ هذا التعويض وسيلة مناسبة لجبر الضرر وخصوصاً إذا كان الضرر أدبياً، كالأضرار التي يلحقها المتجاوز على منشور شخص معين على مواقع التواصل الاجتماعي كما لو قام بقذف أو سب أو تشهير أو تهديد شخص ما دون وجه حق أو تجاوز حدود النقد المباح؛ لأنه من جانب، لا يمكن عادة رفع الأضرار عن طريق التعويض العيني، ومن جانب آخر، قد لا يجذب المتضرر أحياناً التعويض النقدي باعتبار إنه يقلل من مكانته واعتباره بين الناس. وصور التعويض غير النقدي كثيرة ولم تأت على سبيل الحصر في القانون، ومنها الحكم بأحقية المدعي "المتضرر" ونشر الرد والاعتذار للمتضرر أمام الإعلام أو في مكان عام أو على الملأ إلا إن أهم صورة من صور التعويض غير النقدي هي نشر الحكم عن طريق اللصق أو نشره في إحدى الجرائد، كأن يحكم القاضي في دعاوى والقذف المقامة على المتجاوز بنشر الحكم القاضي بإدانته في الصحف والجرائد، إذ يكون هذا النشر تعويضاً عن الضرر الأدبي الذي أصاب المتضرر⁽²⁾. وإن هذا الإجراء على الرغم من إنه يُعدّ في الأصل

(1) د. سعدون العامري تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1982، ص 149.

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر، ص 967.

عقوبة، جاء في قانون العقوبات العراقي ضمن العقوبات التكميلية بالنسبة لبعض أنواع الجنايات، وكذلك بالنسبة لبعض جرائم القذف والسب أو الإهانة التي ترتكب بإحدى وسائل النشر⁽¹⁾، إلا إنه يسمح به أيضاً للتعويض مدنياً تفسيراً لما جاء في نص الفقرة الثانية من المادة "209" من القانون المدني العراقي التي نصت على "... يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر... أن تحكم بأداء امر معين...". كما نص القانون المدني العراقي في الفقرة الثانية من المادة "209" على صور التعويض غير النقدي بقولها "ويقدر التعويض بالنقد على إنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض"، فالصورة الأولى هي الأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه كالحكم بسحب الصورة من جميع المواقع التي نشرتها أو تعديل المنشور على الصفحة التي اساء له المتجاوز وهذا امر غير منطقي كون الصورة أو المنشور قد يُسرب وينشر من صفحات أخرى مما يصبح الضرر هنا أكثر وكبير للغاية، اما الصورة الثانية وهي الحكم بأداء أمر معين كنشر حكم بإدانة المتجاوز وتعليق صور من الحكم على المواقع المخصصة أو تقديم اعتذار للمتضرر عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي وقد أضاف المشرع العراقي صورة ثالثة في نفس الموضوع وهي رد المثل في المثليات كالحكم على المتجاوز بالإساءة برد مال للشخص مثل المال الذي أتلفه مثال ذلك أحياناً قد يتلف مال المتضرر عند عدم قيامه بالخروج من الدار للخرج الذي سوف يناله من المجتمع فقد يمكث المتضرر في داره لأيام عدة لحين إيجاد حلا للنزاع مما قد يؤدي مكوثه في داره إلى إتلاف بضاعة له إذا كان بقالاً أو صاحب مول تجاري، ونحن نرى إن كل الصور التي قمنا بطرحها تشكل أهمية كبيرة لا جدوى من تركها إنما يجب أخذها بجد.

2 - التعويض النقدي:

يُعدّ التعويض النقدي نوعاً من أنواع التعويض بمقابل، إذ يُعدّ الأصل في المسؤولية التقصيرية؛ لأن أغلب الأضرار التي يلحقها المتجاوز على المنشور الموجود على موقع

(1) نصت المادة "102" من قانون العقوبات العراقي المعدل على "للمحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب الادعاء العام أن تأمر بنشر الحكم النهائي الصادر بالإدانة في الجناية ولها، بناء على طلب المجني عليه، أن تأمر بنشر الحكم النهائي الصادر بالإدانة في جريمة قذف أو سب أو اهانة ارتكبت بإحدى وسائل النشر....."

التواصل الاجتماعي بالمتضرر سواء أكانت مادية أم أدبية يمكن تقويمها بالنقود⁽¹⁾، إذ نصت المادة "209" من القانون المدني العراقي على "ويقدر التعويض بالنقد على إنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر... " وهذا يعني إنه يتعين على المحكمة في كل الأحوال الحكم بالتعويض النقدي لجبر الضرر الذي ألحقه المتجاوز بالمتضرر، بل حتى في الأحوال التي تحكم بالتعويض العيني أو التعويض غير النقدي إذ ارتأت فإنها تستطيع أن تحكم بالتعويض النقدي أيضاً كونه مبرر لحل ذلك النزاع⁽²⁾. كما استقر الرأي لدى الفقهاء بأن التعويض النقدي إذا لم يؤدي إلى جبر الضرر الأدبي بصورة كاملة، فإنه يؤدي إلى التخفيف منه⁽³⁾.

المطلب الثاني

تقدير التعويض الذي يدفعه المتجاوز نتيجة تجاوزه على المنشور

بيننا سابقاً إن التعويض في مسؤولية المتجاوز على الصورة أو اللقب المنشورين على مواقع التواصل الاجتماعي يشمل الضرر المباشر سواء أكان مادياً أم أدبياً، وسواء أكان متوقعاً أم غير متوقعاً في مجال المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾، وقد بينا إن التعويض هو الجزء المقرر لمسؤولية المتجاوز بالإساءة مدنياً، ولكي يؤدي هذا الجزء وظيفته وجب أن يكون كاملاً لكي يرضى المتضرر على الأقل، ويمكن القول بأنه أصبح من المسلم به الآن وجوب تعويض كافة عناصر الضرر، وأن يكون سريعاً فالمتضرر لا يهتم في النهاية إلا حصوله على تعويض لجبر الضرر. ومن خلال ما تقدم، سوف نبين في هذا المطلب تقدير

(1) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون العراقي، دراسة مقارنة، ط1، بغداد، 1991، ص374.

(2) محمد إبراهيم شريف، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1989، ص238.

(3) ينظر د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في أحكام التمييز في قانون المرافعات المدنية، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1991، ص32.

(4) نص المادة (169/2ف) من القانون المدني العراقي على (فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت).

التعويض ووقته، وذلك بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول كيفية تقدير التعويض الذي يدفعه المتجاوز على المنشور وتناول في الفرع الثاني وقت تقدير التعويض، وكما يلي:

الفرع الأول

كيفية تقدير التعويض الذي يدفعه المتجاوز على المنشور

إن تعويض الضرر الناتج عن قيام المتجاوز على الحق المنشور على الإنترنت يخضع لذات القواعد العامة التي تحكم تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، وإن القاعدة في تقدير التعويض إنه يقدر بقدر ما لحق المتجاوز على حقه المنشور على موقع التواصل من ضرر وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون ذلك الضرر نتيجة طبيعية لعمل المتجاوز غير المشروع، وهذا ما نصت عليه المادة "207/ف1" من القانون المدني العراقي بقولها "تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع..."

إلا إنه في كثير من الأحيان قد يصعب على المحكمة تقدير التعويض، خصوصاً إذا كان الضرر الأدبي الناجم عن المسؤولية ممكن أن يتفاقم مستقبلاً، كما هو الحال عند تقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن القذف والسب والتشهير والتهديد دون وجه حق أو تحريف الصورة التي قام بأخذها أحد المشاركين بمواقع التواصل الاجتماعي على شكل سكرين وكرر نشرها في المستقبل، إذ قد لا يتييسر للمحكمة تقدير التعويض تقديراً نهائياً وقت النطق بالحكم، ويكون ذلك في حالة الحالات التي تتفاقم، فعندئذ تقضي المحكمة بتعويض مؤقت وتحتفظ للمتضرر بحقه في أن يطالب به خلال مدة معينة بإعادة النظر في قيمة التعويض، عندما يكون الضرر قد وصل إلى مرحلته الأخيرة⁽¹⁾. ويجب أن يكون طالب التعويض شخص طبيعي، وليس معنوي وبهذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها (إن المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي يكون من حق الأشخاص الطبيعية وليس المعنوية)⁽²⁾. كما إن تقدير التعويض يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة

(1) د. عدنان السرحان د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات" دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص511.

(2) القرار 165/الهيئة المدنية منقول/2010 في 21/12/2010/القرار مشار إليه في كتاب المختار في قضاء

الموضوع، دون أن يخضع لرقابة محكمة التمييز، باعتبار إن تقدير التعويض من المسائل الموضوعية التي تختص بها محكمة الموضوع دون معقب، إنما هذا لمحكمة الموضوع لا تكون خاضعة بشكل مطلق لرقابة محكمة التمييز، إذ إن لمحكمة التمييز سلطة الرقابة على محاكم الموضوع فيما يتعلق بالمسائل القانونية لتقدير التعويض⁽¹⁾، كما لمحكمة الموضوع أن تستعين بالخبراء لتقدير التعويض وهي غير ملزمة بأراء الخبراء، لكن عليها أن تبين الأسباب إن قضت بخلاف رأيهم.

ويثار التساؤل هل لجسامة خطأ المتجاوز على المنشور الموجود على موقع التواصل الاجتماعي تأثير في تقدير مبلغ التعويض؟ وهل الحالة المالية للمتجاوز تأثيراً في تقدير التعويض؟ وهل المركز المالي والاجتماعي للمتضرر له تأثيراً في تقدير التعويض؟ هناك من يرى بأن العوامل المتعلقة بالمتجاوز والظروف المحيطة به لا تدخل في حساب القاضي عند تقدير التعويض⁽²⁾، فضلاً عن ذلك نحن لا نجد في القانون المدني العراقي أية إشارة إلى ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار جسامة خطأ المتجاوز أو الظروف الملازمة بصورة عامة في تقدير التعويض، كما إن الحالة المالية للمتجاوز لا تؤثر عند تقدير القاضي للتعويض⁽³⁾. وإن كان هناك جانباً من الفقه يرى بضرورة مراعاة الظروف الشخصية للمتجاوز على المنشور الإلكتروني ولا سيما ظروفه المالية عند تقدير التعويض⁽⁴⁾، كما إننا لا نجد في القانون المدني العراقي نص يقضي بضرورة الأخذ بنظر اعتبار المركز المالي والاجتماعي للمتضرر عند تقدير التعويض، إلا إن جانباً من الفقه يرى ضرورة الأخذ بنظر اعتبار المركز المالي والاجتماعي للمتضرر عند تقدير التعويض

←

محكمة التمييز الاتحادية، ج1، القسم المدني، إعداد القاضي لفته هامل العجيلي، بغداد، 2011، ص81، وقرار متاح على الموقع الإلكتروني: <http://www.iraqja.iq/ethadai:php> أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا. آخر زيارة في 2017/5/11.

- (1) د. عامر عاشور عبدالله، المسؤولية المدنية الناجمة عن إساءة استعمال أجهزة الاتصال الحديثة، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسة، المجلد1، العدد3، 2011، ص10.
- (2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق. ص971.
- (3) د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون العراقي، دراسة مقارنة، ط1، بغداد، 1991، ص378.
- (4) د. عامر عاشور عبدالله، المصدر نفسه أعلاه، ص10.

له⁽¹⁾. وحسناً فعل المشرع العراقي في هذا الجانب إذ ليس من المنصف أن يقلل قاضي الموضوع نسبة التعويض إذا ادعى المتجاوز على المنشور الإلكتروني بان ليس لديه من الأموال ما تكفيه لدفع التعويض، أو قد يرى القاضي بان المتجاوز عليه حالته المادية ميسوره، فيحكم بتعويض اقل، فهذا أيضاً لا يتلاءم مع قواعد العدالة، إذ ليس من المنطقي أن يأخذ القاضي بالميول وراء هذه المنعطفات التي قد تكون في كثير من الأحيان مضللة، إنما يجب على القاضي الحياد في ذلك والحكم على موضوع التجاوز بشكل دقيق ليتسنى له أحقاق الحق وجبر الضرر الذي وقع على المتضرر.

الفرع الثاني

وقت تقدير التعويض

إن وقت تقدير الضرر يكون له أهمية خاصة عند تقدير التعويض عنه، وذلك لاختلاف قيم الأشياء وتدهور القيمة الشرائية للنقود من وقت لآخر، وإذا كان الحق في التعويض أي الحق في إصلاح الضرر ينشأ متى اكتملت أركان المسؤولية المدنية للمتجاوز الذي وقع منه الضرر على منشور شخص معين من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وبصفة خاصة منذ وقوع الضرر، إلا إن هذا الحق بالتعويض لا يتحدد إلا بصدور الحكم، إذ يجب أن يتم التعويض وفقاً لما وصل إليه الضرر يوم صدور الحكم، سواء اشتد الضرر أم خف في هذا الوقت عن حالته يوم وقوعه من المتجاوز وبما إن وقت تقدير التعويض يتعلق بالضرر الذي أصاب المتضرر؛ لأن هذا الضرر قد يكون متغيراً⁽²⁾، وقد لا يتيسر للمحكمة تعيينه

(1) جليل حسن الساعدي، الظروف الملازمة للضرر وتأثيرها على تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد 11، العدد 1، 1994، ص 30.

(2) الضرر المتغير: هو الضرر الذي لا يحتفظ بذاتيته وقيمه ويكون عرضة للزيادة والنقصان بعد وقوعه، حيث هناك صورتان للضرر المتغير، الصورة الأولى: أن يطرأ على الضرر ذاته بما يؤثر في العناصر المكونة له، فيختلف قدره سواء بالزيادة أو النقصان مما كان عليه وقت وقوعه، وهذا هو التغير الذاتي للضرر إذ يوصف بأنه تغير في مقدار الضرر، أما الصورة الثانية: هو أن لا يتغير الضرر بذاته فيظل بعناصره منذ وقوعه ولا يتفاقم أو ينقص بعد ذلك، لكن يطرأ التغير على قيمته معبراً عنها بالنقد فتختلف قيمته النقدية انخفاً أو ارتفاعاً عما كانت عليه وقت وقوعه بسبب تغير القوة الشرائية للنقود لأسباب اقتصادية عامة، للمزيد ينظر د. سليمان مرقس، الفعل الضار، ط 2، دار النشر ←

عند النطق بالحكم، وهذا الموضوع محل خلاف فقهي، فهناك رأيان، الأول ذهب إلى القول بأن العمل غير المشروع الصادر عن المتجاوز على منشور الغير هو الذي أنشأ الحكم بالتعويض وليس الحكم عليه، وبالتالي فإن وقت تقدير التعويض يستند إلى وقت وقوع الضرر⁽¹⁾، أما الرأي الثاني: فذهب إلى القول بأن حكم القضاء كاشفاً للحق بالتعويض وليس منشئاً له، وإلى حين صدور الحكم يكون الحق بالتعويض غير محدد المقدار، فالحكم هو الذي يحدد مقداره، أي إن وقت تقدير التعويض هو وقت صدور الحكم مع مراعاة الظروف والمستجدات التي صاحبت الضرر من لحظة وقوعه إلى حين صدور الحكم⁽²⁾، ونحن نرى إن الرأي الثاني هو الأفضل؛ لأن الضرر قد يتغير بين وقت وقوعه وقت صدور الحكم بالتعويض.

وقد يتعذر على القاضي تقدير التعويض بصورة نهائية وقت الحكم به، فأجاز له القانون أن يترك لصاحب الحق المتضرر من الغير بسبب تحريفه للمنشور الإلكتروني حق في المطالبة بإعادة النظر في تقدير التعويض خلال مدة معقولة، وهذا ما نصت عليه المادة "208" من القانون المدني العراقي بقولها "إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر في التقدير".

إذن الضرر الذي يحدثه المتجاوز على منشور الغير في كثير من الأحيان لا يبقى على نفس الحالة التي كان عليها وقت صدور الحكم، فقد يتغير بمرور الزمن زيادة أو نقصاناً، مثال ذلك قد يتم سحب الصورة من أشخاص عدة ويتم مستقبلاً إضافة تشويهات لها أو تحريفها عن حقيقتها بشكل أكبر.

أما تقدير مبلغ التعويض فيتم عن طريق القضاء وله الاستعانة برأي الخبير عند الضرورة في المسائل التي تتطلب خبرة فنية، فإذا ما أصاب المتضرر ضرراً من جراء

←

للجامعات المصرية، مصر، 1956، ص149.

(1) د. أحمد الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص168.

(2) مهدي نعيم حسن الحلقي، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة ديالى، المجلد3، العدد1، 2014، ص20.

المتجاوز الذي وقعت منه الإساءة، وتحققت أركان المسؤولية فتنهض مسؤولية المتجاوز الذي أصاب المتضرر بالضرر الذي وقع منه، حيث يأتي دور القاضي لتقدير جسامته الضرر الذي ألحقه المتجاوز بالمتضرر، ومن ثم تقدير التعويض عنه، إذ إن الأصل في التعويض الذي يستحقه المتضرر في هذه الحالة أن يكون قضائياً.



الخاتمة

في ختام دراسة موضوع حماية الحقوق المدنية المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي الاجتماعي لا بد من بيان النتائج التي تم التوصل إليها والتوصيات الهامة المتعلقة بالموضوع. أولاً. النتائج:

- 1- تتمتع الشخصية الطبيعية بحقوق منها حق النشر على مواقع التواصل الاجتماعي تثبت لأي فرد ولمجرد كونه إنساناً يلزم حماية هذه الحقوق من اعتداء الأفراد الآخرين سواء كان الاعتداء تقليدياً أو إلكترونياً.
- 2- تتميز حقوق النشر على مواقع التواصل بخصوصيات معينة وتشكل ضرورة كبيرة لاستقرار حياة الإنسان والعيش بهدوء وسكينة.
- 3- أن هناك قيوداً ترد على حقوق المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي وان سحب الصورة دون موافقة صاحبها أو تحريفها لغير شكلها الحقيقي يشكل انتهاك لصاحب الصورة.
- 4- لم نجد أن المشرع المدني العراقي قد خصص قواعد معينة لحل النزاع الذي يقع على المنشور الإلكتروني إنما يطبق على قاضي الموضوع القواعد العامة في مثل هذه النزاعات.

ثانياً. التوصيات:

- 1- تعديل نص المادة (41) من القانون المدني العراقي بالشكل الآتي:
"لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بلا مبرر ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق أن يطلب وقف هذا التعرض مع التعويض إذا لحقه ضرر من ذلك".
- 2- معالجة النقص التشريعي في القانون المدني العراقي والمتمثل بعدم إيراد نص يتم بمقتضاه تعريف الحقوق المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي وتوفير الحماية لها بشكل خاص.
- 3- ندعوا المشرع العراقي لتشريع قانون مدني خاص يحكم النزاعات المدنية الإلكترونية في كافة ثنائيا كونها تختلف عن النزاعات التقليدية من حيث شكل المنازعة وإثباتها وقصد المعتدي.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب القانونية

- 1- أحمد الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- 2- أنور سلطان، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، دار المعارف، مصر، 1962.
- 3- بريك فارس حقوق الشخصية وحمايتها المدنية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 4- حسام الدين كامل الأهواني، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975.
- 5- حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، ط1، مطبعة العلوم، القاهرة، 1957.
- 6- حسن علي الذنون، الوجيز في النظرة العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 7- سعدون العامري تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1982.
- 8- سليمان مرقس، الفعل الضار، ط2، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1956.
- 9- عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة نشر.
- 10- عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في أحكام التمييز في قانون المرافعات المدنية، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، 1991.
- 11- عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2008.
- 12- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1979.

- 13- عدنان السرحان د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات" دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 14- عزيزة الشريف، مسؤولية السلطة العامة وموظفيها، قضاء التعويض، ط1، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 2011.
- 15- فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
- 16- كامل عبد السميع محمود، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 17- محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
- 18- محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال نقل الدم، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
- 19- ممدوح خليل بحر، ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
- 20- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون العراقي، دراسة مقارنة، ط1، بغداد، 1991.

ثانياً: الرسائل

- 1- محمد إبراهيم شريف، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1989.

ثالثاً: البحوث

- 1- مهدي نعيم حسن الحلقي، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة ديالى، المجلد3، العدد1، 2014.
- 2- صالح جواد كاظم، عن التكنولوجيا الحديثة والسرية الشخصية، مجلة دراسات عربية، العدد (8)، السنة (11)، حزيران، 1975.
- 3- عامر عاشور عبدالله، المسؤولية المدنية الناجمة عن إساءة استعمال أجهزة الاتصال الحديثة، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسة، المجلد1، العدد3، 2011.

4- جليل حسن الساعدي، الظروف الملازمة للضرر وتأثيرها على تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد، المجلد 11، العدد 1، 1994.

رابعاً: القرارات القضائية

- 1- القرار 165/الهيئة المدنية منقول/2010 في 21/12/2010 القرار مشار إليه في كتاب المختار في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، ج 1، القسم المدني، إعداد القاضي لفته هامل العجيلي، بغداد، 2011
- 2- قرار متاح على الموقع الإلكتروني: [http: www.iraqja. iq/ethadai: php](http://www.iraqja.iq/ethadai.php) أحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا. آخر زيارة في 11/5/2017.
- 3- قرار محكمة التمييز رقم 102 الهيئة الاستئنافية / 2017 في 5/1/2017 (القرار غير منشور).

الملخص

ان دراسة حماية الحقوق المدنية المنشورة على مواقع التواصل الاجتماعي لها أهمية كبيرة في حياتنا الاجتماعية، ولا غرابة في ذلك لما تشكّله من نقطة ارتكاز لا غنى عنها، ولما تحمله من مبادئ يجدر بكل باحث الخوض في محتواها والتطرق إلى أحكامها لينهل منها معرفة التشريع والحماية لها، ذلك لحدثة التطور في الأفكار التي نراها في تسارع يومي فيكون لها اثر بالغ عمّا سبقها في جميع الحقوق الموجودة عبر مواقع التواصل الاجتماعي، وقد عمدنا إلى دراسة الحق المدني ومفهومه ثم أركان المساس به وأخيراً تناولنا دراسة المسؤولية المدنية المترتبة على المتجاوز على المنشور عبر مواقع التواصل الاجتماعي ووجد الباحث أن التعويض هو السبيل الأجدر لحل على الرغم من عجزه عن جبر الضرر الناشئ الضرر الأدبي ولكن يعد وسيلة ترضية نفسية لمن وقع الضرر على حقه. ثم توصل الباحث إلى توصيات ونتائج.

پوخته

ليکۆلینهوه له پاراستی مافه مهدهنیهکان که له توره کۆمه لایهتییهکان بلاوده کریتیهوه، گرنگییهکی زوری ههیه له زیانی کۆمه لایهتیماندا، و سهیر نییه که بنه مایهکی حاشاهه لانه گر پیکده هینیت، به هۆی ئه و بنه مایانهی که هه لیده گریت، پویسته هه مو توێژهریک له ناوه رۆکه کهیدا قول ببیتیهوه که ئاماژه به برکه کانی دهکات بو به دهسته پێانی زانیاری له سه ر یاسادانان و پاراستی. ئه مهش ده گهریتیهوه بو تازه یی په ر مپیدانی بیرۆکه کان که له خیرابوونی رۆژانه دا ده ببینین، و کاریگه ری قولی له سه ر هه مو ئه و مافانه هه یه که له ریگه ی توره کۆمه لایه تییه کانه وه هه ن توێژهریک بو ده رکه وتوه که قه ره بوو کردنه وه گونجاوترین ریگایه بو چاره سه رکردن، سه ره رای نه توانینی چاک کردنه وه ی ئه و زیانانه ی که له زیانه کانی ئه خلاقیه وه سه ره ه لده دن، به لام به ئامرازیکی ره زامه ندی ده روونی داده نریت بو ئه و که سه ی که تووشی زیانه که بووه. پاشان توێژهر گه یشته راسپارده و ئه نجام.



Abstract

The study of the protection of civil rights published on social media sites is of great importance in our social life, and this is not surprising because of the indispensable anchor point, and because of its principles, each researcher should delve into its content and address its provisions to make it easier for them to know the legislation and protect it, This is because of the modernity of the development in the ideas that we see in daily acceleration so it has a great impact on all the rights that exist through social media sites, and we studied the civil right and its concept and then the pillars of prejudice and finally addressed the study of civil responsibility resulting from the abuser of the publication through social media and the researcher found that compensation is the best way to solve despite its inability to redress the damage arising literary damage but is a means of psychological satisfaction to those who have suffered the harm On his right. Then the researcher came up with recommendations and results.

الحماية الدستورية الإجرائية لبدأ المساواة^(*)

- دراسة تحليلية مقارنة -

پاراستنى دهستورى ريكارى بؤ بنه ماى يه كسانى

- تويژينه وه به كه شيكارى به راوردكارى يه -

"Procedural constitutional protection of the principle of equality"

- - Comparative Analytical Study

الأستاذ المساعد الدكتور شالو صباح عبدالرحمن^(**)

أستاذ مساعد في كلية القانون بجامعة السليمانية

أستاذ مساعد محاضر في كلية القانون بجامعة جيهان - السليمانية

محمد ناصح محمد أمين^(***)

طالب دراسات عليا - مرحلة ماجستير - كلية القانون - جامعة السليمانية

پ. ی. د. شالو صباح عبدالرحمن

پروفیسوری یاریده ده ره له کولێژی یاسا - زانکوی سلیمانی

پروفیسوری یاریده ده ره ی وانه بیژ له کولێژی یاسا - زانکوی جيهان - سلیمانی

موحه مهده ناصح موحه مهده نه مین

خوینکاری خویندنی بالآ - قوناعی ماستهر - کولێژی یاسا - زانکوی سلیمانی

تاریخ قبول النشر: 2022/7/5.

(*) تاریخ استلام البحث: 2022/6/5،

(**) shalaw.abdulrahman@univsul.edu.iq

(***) muhammadaminmuhammadnasih@gmail.com

D. shalaw sabah abdulrahman

Assistant Professor at the College of Law, University of Sulaymaniyah
Assistant Professor Lecturer at the Faculty of Law at Cihan University -
Sulaymaniyah

Mohammed Nasih M. Amin

Postgraduate Student - Master's Degree - College of Law - University of
Sulaymaniyah



الحماية الدستورية الإجرائية لمبدأ المساواة

- دراسة تحليلية مقارنة -

أ.م.د. شالاو صباح عبدالرحمن

أستاذ مساعد في كلية القانون بجامعة السليمانية

أستاذ مساعد محاضر في كلية القانون بجامعة جيهان - السليمانية

محمد ناصح محمد أمين

طالب دراسات عليا - مرحلة ماجستير - كلية القانون - جامعة السليمانية

الكلمات المفتاحية:

مبدأ المساواة، مبدأ أصل البراءة، حق الدفاع، الحق في الخصوصية، السرعة في التحقيق والمحاكمة، حماية الكرامة الإنسانية، مبدأ العلانية، حظر إنشاء المحاكم الاستثنائية.

كليه ووشه:

بنهماي يهكساني، بنهماي له بنهرهتدا بي تاواني يه، مافي بهرگريكردن، مافي تاييهتمهنديهتي، خيرايي له ليكولينهوه و دادگاينهر، پاراستني شكوي مروفايهتي، بنهماي ناشكرايي، قهدهغهكردي دروستكردي دادگاي نائاسايي.

Key words: the principle of equality, the principle of the principle of innocence, the right of defense, the right to privacy, speedy investigation and trial, protection of human dignity, the principle of publicity, prohibition of the establishment of exceptional courts.

المقدمة

مازالَت المساواة من الغايات السامية التي تدعو إليها المجتمعات المتحضرة لتحقيق العدالة بين الأفراد في المجتمع. كما أن المساواة هي ضمير الإنسانية والمبادئ الحاكمة والحقوق الراسخة في حياة الشعوب والأفراد، قامت من أجلها الثورات، كما وقد أثبتت الخبرة الإنسانية على مر العصور أن سلامة المجتمع وقوته والمواطنة الصالحة فيه، لا وجود لها في غياب المساواة. وذلك لأنها تعد من قيمة كبرى وهامة في المجتمعات

الإنسانية، فضلاً عن ارتباطها بتطور هذه المجتمعات، فضلاً على ارتباطها بالديمقراطية وسيادة القانون والعدالة. كما لا تحقق النصوص القانونية غايتها مادامت لا تطبق على قدم المساواة، سواء أكانت النصوص منظمة للعلاقات بين الأفراد لوحدها أم بينهم وبين الدولة أو إحدى مؤسساتها أو هيئاتها. وتبدو العلاقة بين مبدأ المساواة والقانون الجنائي في تحقيق العدالة وحماية الاستقرار الاجتماعي من خلال حماية المصالح المشتركة وتوفير الأمان للأفراد بشكل متساوٍ دون تفرقة. انطلاقاً من هذا برز مبدأ المساواة أمام قانون الجنائي كأحد مظاهر المساواة أمام القانون.

أهمية البحث

مما لا شك فيه، تتوقف قيمة أي عمل علمي على مقدار ما يمكن أن يضيفه من فهم وتحليل للقضايا موضوعه، أو حتى التنبيه إليها وإثارة الاهتمام بها، وعليه فإن مبدأ المساواة هو حجر الأساس تمتع الأفراد بجميع أنواع الحقوق والحريات، فضلاً عن أن مبدأ المساواة أمام القانون الجنائي جزء لا يتجزأ من المساواة أمام القانون، تأسيساً على ذلك قد يتسم بأهمية بالغة سواء من الناحية الموضوعية أم الإجرائية. ولا مناص من القول إن وجود الحماية الدستورية له قبل الحماية القانونية أمر قد يوحي أن تأثير هذا النوع من المساواة على حقوق الأفراد وحرياتهم دون غيره، يحتاج الوقوف عليها وذلك لإكسابها بالقيمة الدستورية. لذا ستساعد هذه الدراسة في تطوير صور الحماية الإجرائية لمبدأ المساواة بشكل عام.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة هذا البحث في مدى اهتمام النصوص الدستورية بمبدأ المساواة من الناحية الإجرائية، إلى جانب اهتمامها به من الناحية الموضوعية، من هنا يمكن أن نطرح مشكلة دراستنا هذه من خلال التساؤلات التالية: هل ينص الدستور على حماية مبدأ المساواة بشكل عام؟ وهل يتضمن الدستور نصوصاً بشأن الناحية الإجرائية لحماية مبدأ المساواة؟ وهل ينص المشرع الدستوري على صور هذه الحماية الإجرائية لمبدأ المساواة؟. فهذه الأسئلة بحاجة إلى الإجابة عليها وسنحاول من خلال هذا البحث الوصول إلى إجابات هذه الأسئلة من ناحية بغرض إبراز أهمية مبدأ المساواة وحمايته من الناحية الإجرائية.

أهداف البحث

يهدف البحث إلى تحديد الإشكاليات والعقبات التي تواجه تطبيق صور الحماية الإجرائية لمبدأ المساواة، ومحاولة تحديد الثغرات التي تطل صور الحماية عند التطبيق، ومن ثم وضع الحلول المناسبة لهذه الإشكاليات وسد تلك الثغرات، مع بيان سبل تطور تلك الصور.

فرضية البحث

تدور فرضية هذا البحث في تجسيد وترسيخ صور حماية الدستورية الإجرائية لمبدأ المساواة، بحيث تصبح صور الحماية هذه داعماً لمبدأ المساواة، ومن ثم تؤدي إلى إبراز دور الدستور في حماية مبدأ المساواة بشكل عام، ومن الناحية الإجرائية بشكل خاص.

نطاق البحث

يشمل نطاق هذا البحث دراسة مبدأ المساواة بشكل عام، ومن ثم يكون محصوراً من الناحية الموضوعية بدراسة صور الحماية الإجرائية لهذا المبدأ في الدستور، وخاصة مبدأ المساواة في القانون الجنائي. على هذا الأساس تكون هذه الدراسة ذات طابع دستوري، وعليه قد قصرنا نطاقها على دستور جمهورية العراق لعام 2005 مقارنة مع دستور كل من الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وجمهورية مصر العربية.

منهجية البحث

اعتمدنا في كتابة هذا البحث على منهجين اثنين، المنهج التحليلي وذلك من خلال عرض وتحليل مفهوم مبدأ المساواة وطبيعته وأسس حمايته الدستورية بشكل عام، وتحليل صور الحماية الإجرائية لمبدأ المساواة في الدستور بشكل خاص. واعتمدنا أيضاً في كتابة هذا البحث على المنهج المقارن، وذلك بالتطرق إلى دساتير كل من الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وجمهورية مصر العربية.

هيكلية البحث

لغرض دراسة موضوع البحث قسمنا البحث فضلاً عن مقدمته إلى مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول لمفهوم مبدأ المساواة وطبيعته، أما المبحث الثاني سنخصصه لأسس الحماية الدستورية لمبدأ المساواة وصورها الإجرائية، وفي الخاتمة سندرج أهم الاستنتاجات والمقترحات التي سنتوصل إليها من خلال هذا البحث.

المبحث الأول

مفهوم مبدأ المساواة وطبيعته

تمهيد وتقسيم:

على الرغم من أن مبدأ المساواة يعد من المبادئ العامة في القانون، مع وضوح معالمه، لكن في الوقت نفسه فإن اختلاف وجهات النظر حول جوهره من الأمور الحتمية، وذلك مع بقاء مبدأ المساواة على طبيعته، ولمعرفة مفهوم مبدأ المساواة وطبيعته، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في المطلب الأول مفهوم مبدأ المساواة، بينما سنخصص المطلب الثاني لطبيعة مبدأ المساواة.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ المساواة

أولاً/ مبدأ المساواة لغة

المبدأ: اسمٌ ظُرِفَ مِنْ "بَدَأَ"، وَيُجْمَعُ عَلَى "مِبَادئٍ"، وهو في الأصل مكان البداية في الشيء، أو زمانه، فمبدأ الشيء: أوله، ومادته التي يتكوّن منها، كالطّين مبدأ الإنسان؛ كما قال تعالى: ﴿وَبَدَأَ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ طِينٍ﴾ السجدة: 7، أو مادته التي يتركّب منها، كما نقول: الحروف مبدأ الكلام، ومبادئ العلم، أو الخلق، أو الدستور، أو القانون: "قواعده الأساسية التي يقوم عليها، ولا يخرج عنها"⁽¹⁾.

المساواة تعني المماثلة والمعادلة، يقال: ساواه؛ أي: مائله وعادلّه.

وساوى بينهما: جعلهما يتماثلان ويتعادلان. ويقال: استوى الشئان وتساويا: تماثلا، وتعادلا، وتشابها⁽²⁾.

(1) ابن سيدة، المخصص، مجلد1، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1996م، ص505؛ وأحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام هارون، مجلد1، طبعة دار الكتب العلمية، إيران، دون سنة النشر، ص212؛ وفيروز آبادي، القاموس المحيط، باب الهمزة - فصل الباء، مجلد1، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2003، ص35؛ ومعجم اللغة العربية، المعجم الوسيط، مجلد1، الطبعة الثانية، المكتبة الإسلامية، دون مكان وسنة النشر، ص42.

(2) ابن منظور، لسان العرب، مادة: سوا، مجلد14، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009،

←

وهذا لا يساويه؛ أي: لا يعادله، وفلان وفلان سواء؛ أي: متساويان. فالمساواة في اللغة: هي المماثلة بين الشئيين، والمعادلة بينهما، فيا تُراد المماثلة والمعادلة فيه بين اثنين أو أكثر.

ثانياً/ مبدأ المساواة اصطلاحاً

نظراً لأساسية مبدأ المساواة وعالميته أدرجته جميع الإعلانات والمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان⁽¹⁾، ونادى به عدد من الفلاسفة والمفكرين، ومن نصت عليه الدساتير في غالبية الدول⁽²⁾.

ويعد مبدأ المساواة من المبادئ العامة للقانون، ويرتكز على أساس من الفلسفة السياسية للديمقراطية باعتبار أن الحرية لا توجد أصلاً ما لم تكن متاحة لجميع الأفراد، فلا ديمقراطية بغير حرية، ولذلك يستخدم مبدأ المساواة لتطبيق جميع القواعد المتعلقة بالحقوق والحرريات. فهو يعد مبدأ وسيطاً لتطبيق جميع هذه القواعد. وكذلك يجب أن تخضع الحقوق والحرريات العامة له، لأنه مبدأ جوهري وأساسي، وفقاً للرأي الغالب في

ص 408؛ ومحمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مادة: س و، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1967، ص 36.

(1) تنص المادة (1) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 على أنه "يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة والحقوق، وقد وهبوا عقلاً وضميراً، وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء"؛ وتنص المادة (2) من الإعلان الأميركي لحقوق وواجبات الإنسان لعام 1948 على مبدأ المساواة بأن "كل الأشخاص متساوون أمام القانون، ولهم الحقوق والواجبات الثابتة في هذا الإعلان دون تمييز بسبب السلالة أو الجنس أو اللغة أو العقيدة أو أي عامل آخر"؛ وتنص المادة (2/2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966، على أن "2- تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بضمان ممارسة الحقوق المدونة في الاتفاقية الحالية بدون تمييز من أي نوع سواء كان ذلك بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الديانة أو الرأي السياسي أو غيره أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو بسبب الملكية أو صفة الولادة أو غيرها"، والمادة (1/2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، وأيضاً أكدت عليه إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لعام 1967 في مقدمته.

(2) د. شورش حسن عمر ود. خاموش عمر عبدالله، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- جامعة بغداد، المجلد 32، العدد 2، 2017، ص 100.

الفقه المعاصر إذ يعد مبدأ المساواة حجر الزاوية لكل الحريات، فإذا إنهار مبدأ المساواة انهارت معه الحريات العامة، فبدون مساواة تصبح الحرية عديمة الجدوى، حيث أن عدم المساواة يفرغ الحرية من مضمونها الحقيقي⁽¹⁾. ولذلك يعتبر هذا المبدأ أحد دعائم الدولة القانونية، على أساس أن سيادة القانون لا تعلق ما لم يطبق بشكل مساو. وتأسيساً على ذلك فإن إقرار هذا المبدأ لا يقوم على نص صريح واضح في القانون باعتباره جزءاً مفترضاً في النظام القانوني في الدولة القانونية، ومن ثم فإنه يتمتع بالقيمة الدستورية سواء بناء على نص صريح في صلب الوثيقة الدستورية، أو باستنباطه ضمناً من مواد التي تعتنق النظام الديمقراطي ومبدأ سيادة القانون⁽²⁾.

إلا أنه على الرغم من وضوح معالم هذا المبدأ، فإن اختلاف وجهات النظر للمذاهب السياسية حول جوهره موضوع لا شك فيه، ذلك أن المساواة التي يقرها المذهب الفردي، هي المساواة أمام القانون أي المساواة القانونية، ومفاد ذلك أن يكون الأفراد متساوين جميعاً في حماية القانون لهم من جهة، ومن جهة ثانية أنهم جميعاً يتساوون في التكاليف أمام القانون، وذلك دون ما اعتبار إلى عوامل الجنس أو اللون أو الدين أو العقيدة أو الثروة، وبهذا يكون مبدأ المساواة تماماً كالحريات العامة في نظر فلسفة المذهب الفردي. لا يستلزم تدخلاً إيجابياً من الدولة، بل يكون التزام الدولة سلبياً إزاء الأفراد جميعهم على قدم المساواة. أما مبدأ المساواة - في نظر فلسفة المذهب الاشتراكي، فيقوم على تقريب التفاوت بين الأفراد وتحقيق تكافؤ الفرص لهم جميعاً، فهو يتطلب تدخلاً إيجابياً من الدولة لكي يتحول مبدأ المساواة من كونه مقرر في نصوص جامدة وصماء إلى مبدأ مساواة محسوس، ومع ذلك فإن المساواة في هذه الفلسفة مساواة نسبية لأنها من صنع

(1) وجدير بالذكر أن مفهوم مبدأ المساواة في دساتير الدول يختلف من نظام إلى آخر، بحيث أن الدول الديمقراطية منها كالولايات المتحدة الأميركية يرون أن المساواة من جانبها تكون عائقاً تجاه الإبداع الحر وكبح لنشاط الأفراد، لذلك فالحرية أجدر من أن تراعى من المساواة. للتفصيل أكثر ينظر: د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 414.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق - القاهرة، مصر، 2000، ص 113؛ ود. جمال صالح عبدالحليم، مبدأ المساواة في القانون الجنائي - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة طنطا، مصر، 2015، ص 19.

البشر⁽¹⁾.

تأسيساً على ذلك فإن مبدأ المساواة في نطاقه الدستوري يهدف إلى إزالة كل التمييز بين الأفراد من حيث العرق والجنس والدين والانتماء والعقيدة والثقافة من جهة، ومن جهة ثانية يهدف إلى تثبيت أركان العدل لدى الأفراد سواء بينهم أو في مواجهة الدولة بكافة أجهزتها⁽²⁾.

ويتميز هذا المبدأ بأنه وسيلة واضحة لإقرار الحماية القانونية المتشابهة، ولا يقتصر نطاق تطبيقه فقط على الحقوق والحريات المنصوص عليها في وثيقة الدستور، بل يمتد نطاق تطبيقه إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية وبما يحقق المصلحة العامة⁽³⁾.

وعليه فالدساتير المعاصرة تهتم اهتماماً خاصاً بمبدأ المساواة بالتأكيد عليه بين الأفراد في الحقوق والحريات دون التفرقة بينهم على أساس الجنس أو الأصل أو العقيدة أو اللغة، لأن الأفراد كلهم متساوون في الحقوق والحريات العامة والتكاليف والأعباء العامة، بمعنى آخر أن يكون القانون واحداً بالنسبة لجميع الأشخاص الذين ينتمون إلى مراكز متماثلة⁽⁴⁾.

ولتوضيح ذلك فإن مبدأ المساواة لا يعني المساواة بالقدرات الذهنية أو العضلية أو المالية بين الأفراد، بل يقصد به أن الأفراد متساوون بالكرامة وبالصفة الإنسانية، أو بمعنى آخر يقصد به المساواة أمام القانون أو الحماية المتساوية التي يؤمنها القانون لكل الناس على وجه العموم، والمساواة في الحقوق والواجبات داخل المجتمع⁽⁵⁾. نلاحظ أنه قد ربط

(1) د. شحاتة أبو زيد شحاتة، مبدأ المساواة في الدساتير العربية في دائرة الحقوق والواجبات العامة وتطبيقاته القضائية، مكتبة الكتب العربي، دون مكان النشر، 2001، ص 31.

(2) د. يوسف حاشي، مصدر سابق، ص 415.

(3) د. حامد راشد، دور المحكمة الدستورية في إقرار مبادئ العدالة الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 262.

(4) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 314.

(5) د. محمد سعيد مجذوب، النظرية العامة لحقوق الإنسان تطور الحقوق والحريات العامة والآليات القانونية لحمايتها، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2014، ص 131.

مبدأ المساواة بتوفير الحماية القانونية المتساوية له، من خلال عمومية وتجريد القواعد القانونية، ويعتبر المساواة وعدم التمييز هما وجهان لعملة واحدة، فعندما يكون هناك تمييز يكون هناك انتهاك صارم لمبدأ المساواة، والعكس صحيح أيضاً⁽¹⁾، إذا كان التمييز قد أصبح صعب الحدوث عملياً بين الأفراد على أساس الجنس أو اللغة أو الأصل أو الدين أو العقيدة، فإن هذا التمييز كثيراً ما يقوم من حيث الواقع على أساس آخر ألا وهو الاعتبار الشخصي، فيحدث أن يتميز إنسان عن غيره ويحصل على ما ليس من حقه أو يفلت من أداء واجبه بسبب صلة خاصة تربطه بأصحاب السلطة أو بأشخاص معينين، سواء تمثلت هذه الصلة في قرابة أو صداقة أو محاباة أو مصلحة مادية ومعنوية، كما يحدث ألا يحصل الفرد على حقوقه القانونية بسبب ضعف قدرته أو قلة حيلته، ويجب أن تقوم المساواة ليس بين المواطنين في دولة فحسب، وإنما كذلك بينهم وبين الأجانب، ما عدا الحقوق والواجبات ذات طابع السياسي والمتعلقة بالانتماء إلى جنسية دولة معينة، مثل حق الانتخاب وواجب أداء الخدمة العسكرية⁽²⁾.

وعليه تعتبر (المساواة أمام القانون الجنائي) تجسيداً حقيقياً لمساواة أمام القانون، باعتبار أن المساواة أمام القانون الجنائي نتيجة حتمية للمساواة أمام القانون، وفضلاً على ذلك تستمد قوتها منها، لأنها تعد فرعاً من فروع القانون، وبذلك تعني تطبيق النصوص العقابية على جميع الأفراد دون تمييز بينهم، فصفة الشخص والمركز الذي يشغله في الحياة الاجتماعية ليس لها أي اعتبار ما دامت جريمته موجهة ضد مصالح الشعب وحقوق المواطنين وحررياتهم، غير أن المساواة في العقوبة لا تتنافى مع تفريدها الذي يراعى فيه درجة المسؤولية وظروف الجاني من جهة، وتتيح السلطة التقديرية للقاضي لتحديد العقوبة لكل مجرم التي يرى انها تناسب مع ظروفه من جهة أخرى، وهنا تتطلب المساواة أن تكون المساواة واقعية وليست الشكلية، ومن ثم فإن التناسب يجب أن يتوافر في مجال السياسة الجنائية، لأنه يعد خطوة أساسية وبالغ الأهمية في سبيل تحقيق المساواة في القانون الجنائي، وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الدستوري يشارك في تثبيت معالم هذا

(1) د. فيصل الشنطاوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، 1998، ص 255.

(2) د. صالح أحمد الفرجاني، مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون - جامعة طرابلس، العدد 6، 2015، ص 230.

النوع من المساواة، وذلك من خلال الرقابة على التناسب⁽¹⁾.
 باستقراء ما تقدم ذكره، أن مبدأ المساواة هو المساواة في المعاملة القانونية بين أصحاب المراكز القانونية المتشابهة دون التفرقة على أساس الجنس أو الأصل أو اللون أو العقيدة أو الدين أو الوضع الاقتصادي أو المركز الاجتماعي، وعدم المساواة في المعاملة القانونية لأصحاب المراكز القانونية المتنوعة أو المختلفة دون اللجوء إلى خلاف ذلك إلا إذا اقتضت ضرورة حتمية أو مصلحة قانونية ذلك.

المطلب الثاني

طبيعة مبدأ المساواة

ومما لا يدع مجالاً للريب أن الحقوق والحريات العامة ذات طبيعة مزدوجة، أي أنها حق للفرد وحق للجماعة، لكن يبقى الاختلاف فيما بينها في مدى اقتراب هذه الحقوق أو تلك الحريات من هذه الطبيعة، لذا ويمكن القول إن مبدأ المساواة لا يخرج عن هذا الإطار من حيث طبيعته المزدوجة، وله بعدين أساسيين، فالبعد الخاص فيه يتجسد في شقين متكاملين⁽²⁾:

الأول: هو حق الفرد الممتاز في ألا يتلقى معاملة متماثلة مع غيره ممن لا يشاطرونه ذات الامتياز، بصرف النظر عن صفاته التكوينية أو الذاتية وسائر العناصر.
 الثاني: يتعلق بحق الأفراد ذوي المراكز القانونية المتشابهة أو المتماثلة والحالات أو الظروف الواحدة في تلقي ذات المعاملة وبنفس الطريقة.
 وأما البعد العام فإنه يتعلق بأن مبدأ المساواة هو أخطر الحقوق جميعاً وأكثرها تأثيراً وأوسعها مجالاً في بناء مجتمع قوي وحماية استقراره⁽³⁾.
 تأسيساً على ذلك فإن ازدواجية طبيعة مبدأ المساواة تلقي الضوء على أنها ليس مبدأ

(1) عبد الحسين صباح صيوان الحسون، موسوعة نصوص التجريم والعقاب، الجزء الأول، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية - بغداد، العراق، 2013، ص 62 - 64؛ ود. شورش حسن عمر ود. خاموش عمر عبدالله، مصدر سابق، ص 105 - 106.

(2) د. حسام فرحات أبو يوسف، الحماية الدستورية للحق في المساواة - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 107.

(3) د. حسام فرحات أبو يوسف، مصدر سابق، ص 107 - 109.

مطلقاً، ومن المتفق عليه فقهاً واجتهاداً، أنه لا يمكن إضفاء صفة الإطلاق على أي مبدأ دستوري، لأن الواقع التطبيقي يفرض علينا التسليم بتصنيف المجتمع إلى مجموعات مختلفة وشرائح متنوعة، إن على المستوى الاجتماعي أو المهني أو الثقافي أو الصحي، وهذا لا يعني أن عدم الإطلاقية لهذا المبدأ، فقد أصبح محكوماً فقط بتقدير المشرع، أو السلطة صاحبة الصلاحية بإقرار النصوص التنظيمية، بل هنالك ضوابط محددة ومتفق عليها وإجماع من قبل الفقه الدستوري، اختصرها بعض الفقهاء بالتناسب والعقلانية والإنصاف⁽¹⁾، وعليه أنه من الممكن من خلال نص قانوني خاص خرق مبدأ المساواة، في حين نتحقق من وجود أسباب عقلانية متأتية عن طبيعة الأشياء فضلاً عن طبيعة مبدأ المساواة، لأنه بالأخير إن ما يحسم الإقرار بخرق هذا المبدأ هي التوجهات التي ينتهجها المشرع في سبيل تحقيق العدالة وتكون قائمة على تمايز ظاهري جدي يؤخذ بعين الاعتبار من قبل المشرع، أو بمعنى آخر لا يمكن أن يقبل التمايز في المعاملة إلا إذا كان مدعوماً أو مقترناً بتبريرات موضوعية وعقلانية مبنية على التناسب في ذات الوقت، وتكون مرتبطة بمبادئ ومتعلقة بقواعد أخرى ذات قيمة دستورية⁽²⁾.

(1) ويقصد بالعقلانية هي أن يحكمها المنطق أو العقل السليم وهذا بالمعنى الدارج، أو تتمثل في وجود علاقة معقولة بين القانون والهدف منه، ووجود مصلحة مشروعة مسموح بها دستورياً تمثل الغاية أو الهدف، على هذا الأساس يقوم المشرع بالتمايز وفق القانون، وبهذا تكون العقلانية مرادفة للتناسب، حيث أن فكرة المعقولية أو التناسب تمثل في الموازنة بين مصلحة مشروعة والحماية المقررة لها، إن عدم وجود المصلحة تؤدي إلى اللامعقولية أو الإخلال بالتناسب، أما المقصود بالموضوعية، أي يجب أن يستند ذلك التمايز على أسس داخل القانون ولا يتجزأ منه، بحيث تخلق فكرة المعقولية لدى المشرع. كما أن الإنصاف يكمن في عدم التحيز تجاه شخص أو فئة أو شريحة معينة على حساب الآخرين.

(2) د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس، لبنان، 2002، ص 398 - 401، وكذلك اعتمد القاضي الدستوري في ألمانيا وفرنسا على هذه المنهجية، لتخطيط رسم الاستراتيجية القانونية لفهم أن مبدأ المساواة ليس مبدأ مطلقاً، وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الدستوري المصري صار يعتمد على المنهجية التي تركز على أن المساواة ليس مبدأ مطلقاً، عندما قرر أن التمايز في القانون مقبول ومباح حينما يعتمد على تبريرات وأسس موضوعية وعقلانية ومناسبة، كما أشارت المحكمة الدستورية المصرية في أحد أحكامها عدم التمييز بين أفراد طائفة واحدة أو فئة معينة إذا تشابهت أو تماثلت مراكزهم القانونية، ومن

←

ومن ذلك تقتضي طبيعة مبدأ المساواة ضرورة وضع إطار محدد للسلطة التقديرية للقاضي الدستوري حيال تقييم مبدأ المساواة، لأن هذه السلطة ليست مطلقة، إذا كانت كذلك فيترتب على الإطلاقية خلل كبير في الديمقراطية، كما أن هذه الإطلاقية غير ممكنة في الواقع، وبذلك فإن القاضي الدستوري لا يعمل داخل فضاء منعزل عن غيره، لهذا ينبغي عليه أن يأخذ بعين الاعتبار تأثير الأجواء السياسية والاجتماعية والرأي العام والمستجدات السائدة، بدوره القاضي الدستوري هو العين الساهرة على التطور الذي يطال النصوص المتعلقة بمبدأ المساواة بفعل تلك التأثيرات، بحيث لا يخرج تفسير هذه النصوص عن المنطق القانوني الذي وضعت من أجله⁽¹⁾.

ومن نافلة القول أن من غير الممكن ترجيح بُعد من أبعاد مبدأ المساواة على الآخر، فكلاهما امتداداً لآخر، وهذا القول مرجعه هي أن المساواة تصنف من الحقوق، ومن

←
الممكن أن نستنتج بمفهوم المخالفة لهذا الحكم، يجوز التمييز بين الأفراد إذا تباينت ظروفهم أو حالاتهم أو مراكزهم القانونية، وأكدت المحكمة الدستورية المصرية في جملة من قراراتها، ومنها القضية رقم 42 لسنة 16 قضائية دستورية، جلسة 20 مايو سنة 1995، نشر بالجريدة الرسمية العدد رقم 23 بتاريخ 1995/6/8، حيث قضت بأن "يقيم النص المطعون فيه، في مجال مواجهة الاتهام الجنائي، تمييز لا يستند على أسس موضوعية، بين من عناهم من القاذفين في حق القائم بالعمل العام، وبين غيرهم من المتهمين ومن ثم يكون هذا التمييز تحكيمياً ومنهياً عنه دستورياً". كذلك أما بخصوص المنهجية المتبعة في القضاء الدستوري العراقي الذي يكمن في المحكمة الاتحادية العليا، هي البقاء على فكرة عدم الإطلاقية لمبدأ المساواة، والتمايز بين فئة وأخرى على أسس عقلانية ومناسبة وفي ذات الوقت موضوعية، وهذا ما درجت تلك المحكمة على إيرادها بشكل متواتر في قراراتها، ومنها القرار رقم 121/اتحادية/2018 في 2018/11/13، حيث جاء في مضمونه بأن مركز المحامي حين إجراء محاكمته انضباطياً أمام مجلس النقابة لا يتشابه مع مركز مواطن عادي يحاكم أمام محكمة جزائية وإن المادة 112 من قانون المحاماة التي تطبق عند خرق أحد المحامين للسلوك المهني حين إجراء محاكمته انضباطياً، قد راعت خصوصية عمل المحامين وخصوصية شخص المحامي. للتفاصيل أكثر ينظر: د. عبد الفتاح مراد، شرح الحريات العامة وتطبيقات المحاكم بشأنها، دون الطبع وسنة النشر، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ص 584؛ والموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية، الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية <https://www.iraqfsc.iq/index-ar.php>. تاريخ الزيارة: 2022/6/6.

(1) د. أمين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص ص 402 - 404.

الحقوق تندرج تحت الحقوق الشخصية، وبذلك لها تأثيرات واسعة وصارمة على الفلسفة السائدة في المجتمع والقيم والمصالح الشائعة فيه، وتؤثر مباشرة على حياة الفرد والجماعة، وعلى التمتع بالحقوق والحريات وتحقيق العدالة الاجتماعية، ولذلك ينبغي أن تراعى هذه الطبيعة المزدوجة للمساواة عند الأخذ بها من طرف المشرع وقت سن التشريعات وتطبيقها، والرقابة عليها من قبل القاضي الدستوري.



المبحث الثاني

أسس الحماية الدستورية لمبدأ المساواة وصورها الإجرائية

تمهيد وتقسيم:

يمكننا الوصول إلى حماية مبدأ المساواة وبلورته، بالوقوف على أسس هذه الحماية من الناحية الدستورية بشكل عام، ومن الناحية الإجرائية بشكل خاص، ومن ثم بيان صور تلك الحماية الإجرائية في صلب الدستور. ولأجل عرض ذلك سنتناول أسس الحماية الدستورية لمبدأ المساواة، ثم سنبحث عن صور الحماية الدستورية الإجرائية لهذا المبدأ، وذلك في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

أسس الحماية الدستورية لمبدأ المساواة

تمهيد وتقسيم:

الحماية الدستورية هي أحد صور الحماية القانونية في معناها العام، وإن كان يميزها اتصالها بالدستور وبالقضاء الدستوري، فالأول هو القانون الأعلى في الدولة، والذي يستقر على قمة الهرم القانوني في البلاد، بما يرسى من القواعد والأصول والمبادئ الحاكمة في مجالات الحياة المختلفة، والثاني يتجسد في المحكمة الدستورية، رغم اختلاف أسمائها من دولة إلى أخرى، بما تقوم به من ضبط ورد المشرع إلى مبادئ الدستور وضوابطه وحدوده إذا حاد عنها. وعليه فإن الحماية الدستورية هي "الضمان الدستوري لحق أو حرية ما، بالنص عليها في صلب الوثيقة الدستورية أو بإقرار القضاء الدستوري لها، مع كفالة رد الاعتداء على هذا الحق أو الحرية حال وقوعه"⁽¹⁾.

ومن الضروري وجود الضمانات الدستورية لكفالة مبدأ المساواة وحمايته من الانتهاكات والخروقات التي تمسه، حيث أن هذا المبدأ تستند إليه جميع الحقوق والحريات، وعليه فإن مبدأ المساواة وسيلة مباشرة لتمتع الأفراد بالحقوق والحريات ولتقرير أجدر أنواع الحماية المتماثلة للمواطنين في المجتمع. عليه سنتناول هذا المطلب

(1) د. حسام فرحات أبو يوسف، مصدر سابق، ص ص 2 - 3.

ثلاثة فروع، نبحث في الأول منه وجود الدستور، وأما الفرع الثاني فسنخصصه لمبدأ تدرج القواعد القانونية، فيما نتناول في الفرع الثالث الرقابة.

الفرع الأول

وجود الدستور للدولة

فالدستور هو مجموعة القواعد التي تبين نظام وشكل الحكم في الدولة وعلاقته بالمواطنين وتبين وضع السلطات العامة فيها وكيفية ممارسة هذه السلطات لوظائفها وحدود اختصاص كل منها وتحدد الحقوق والواجبات الأفراد، إذ أن هذا التحديد يعتبر بمثابة قيد على سلطان الدولة⁽¹⁾. فلذلك يعتبر وجود الدستور في الدولة ضماناً عامة للحقوق والحريات بشكل عام، وخاصة مبدأ المساواة، وهذا من خلال النص عليه داخل وثيقة الدستور، فعلى سبيل المثال أن إعلان استقلال أمريكا لعام 1776، تضمن العديد من التجديدات والمبادئ، ومن أهمها أشار إلى إن جميع البشر خلقوا متساوين، وأنهم وهبوا من خالقهم حقوق غير قابلة للتصرف، من بين هذه الحقوق حق الحياة والحرية والسعي وراء السعادة، ومن جهة أخرى هذه الوثيقة كانت عرضة للتعديلات إن زادت على (27) كما ورد في دستور الولايات المتحدة الأمريكية، وقد تناولت تلك التعديلات قضايا متعددة التي كانت داعمة لمبدأ المساواة، منها تجريم العبودية، وتمكين النساء من حق الاقتراع، وضمن حماية حقوق التصويت⁽²⁾.

وقد أشار دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1778 وتعديلاته في أكثر من موضع

(1) د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص 450؛ ود. شهاب أحمد عبدالله، دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ المساواة - دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 3، الجزء 2، العدد 2، السنة 3، 2019، ص 86.

(2) وثيقة إعلان استقلال أمريكا عام 1776، منشور على الموقع الإلكتروني الآتي:

<https://www.aljazeera.net/amp/encyclopedia/events/2015/12/25/%D9%88%D8%AB%D9%8A%D9%82%D8%A9-%D8%A5%D8%B9%D9%84%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D9%82%D9%84%D8%A7%D9%84-%D8%A3%D9%85%D9%8A%D8%B1%D9%83%D8%A7-%D8%B9%D8%A7%D9%85-1776>

تاريخ الزيارة: 2022/6/7.

إلى مبدأ المساواة والتأكيد عليه، ومنها أن مواطني كل ولاية من الولايات المتحدة الأمريكية يتمتعون بجميع المزايا والحصانات المقررة، حيث نص على أنه "لمواطني كل ولاية حق التمتع بجميع المزايا والحصانات التي يتمتع بها المواطنون في مختلف الولايات"⁽¹⁾. وكما أقر بضمأن عام لمبدأ المساواة أمام القانون، ولا يحق لأي شخص أن ينزع هذا الحق من غيره، وتأكيداً على الحماية المتساوية للمواطنين وإدراجها مع حق الحياة والحرية، نظراً لأهميتها البالغة، حيث نصت الفقرة الأولى من التعديل الرابع عشر على أنه "يعتبر جميع الأشخاص المولودين في الولايات المتحدة أو الحاملين لجنسيتها والخاضعين لسلطانها من مواطني الولايات المتحدة ومواطني الولاية التي يقيمون فيها. ولا يجوز لأية ولاية أن تضع أو تطبق أي قانون ينتقص من امتيازات أو حصانات مواطني الولايات المتحدة. كما لا يجوز لأية ولاية أن تحرم أي شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون مراعاة الإجراءات القانونية الأصولية، ولا أن تحرم أي شخص خاضع لسلطانها من المساواة في حماية القانون".

وبعد عدة تعديلات وخاصة في التعديل التاسع عشر للدستور الأميركي لعام 1920، استقر المشرع الدستوري على اعترافه بالمساواة بين الرجل والمرأة في حق الاقتراع، عندما نص على أنه "لا يجوز للولايات المتحدة ولا لأية ولاية فيها حرمان مواطني الولايات المتحدة حق الانتخاب، أو الانتقاص لهم من هذا الحق بسبب الجنس".

وتعتبر فرنسا من أوائل الدول التي أرست مبدأ المساواة في هذا المضمار. فقد حرصت الدولة الفرنسية منذ قيامها على اعتناق مبدأ المساواة في المجالات كافة، فأوردته في صلب إعلانات الحقوق التي أصدرها ثوار الثورة الفرنسية، ثم أدرجته في دساتيرها المتعاقبة. ففي الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1789⁽²⁾، والذي يعد جزءاً من الدستور الفرنسي، أكد على أن المساواة تعد من الحقوق الطبيعية للإنسان، ولا يجوز التمييز أو التفرقة إلا على أساس المنفعة العامة، حيث نص الإعلان على أنه "يولد الناس أحراراً ومتساوين في الحقوق وبيقون كذلك. والاختلافات الاجتماعية لا يمكن أن تقوم

(1) المادة (2/4) من دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1778.

(2) وحيث أن الثالث أن المجلس الدستوري الفرنسي أقرت بدسترة جميع الحقوق والحريات الواردة في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789، منها المساواة أمام القانون التي تنص المادة (1) منه، وهذا من خلال قراره الصادر في عام 1971.

إلا على أساس المنفعة العامة"⁽¹⁾.

بعد ذلك أشار إلى مشاركة المواطنين في صياغة القانون بطريق مباشر أو غير مباشر بواسطة ممثليهم، والحق في المساواة في تقلد الوظائف العامة، حينما نص على أنه "ان القانون هو التعبير عن الإرادة العامة، ولكل المواطنين الحق في أن يساهموا مباشرة أو بواسطة ممثليهم في صياغته. ويجب أن يكون واحداً للجميع في حالتي الحماية والعقاب. بما أن جميع المواطنين متساوون في نظره فهم مقبولون في كل المناصب والوظائف العامة كل بحسب كفاءاته ودون أي تمييز آخر سوى ذلك المرتكز على فضائلهم ومواهبهم"⁽²⁾.

كما تضمن دستور فرنسا الصادر عام 1958 الإطار العام لمبدأ المساواة، ونص على أن "فرنسا جمهورية لا تتجزأ، علمانية، ديمقراطية، اجتماعية، وهي تضمن المساواة أمام القانون لجميع المواطنين دون تمييز بسبب الأصل، أو الجنس، أو الدين"⁽³⁾، وأيضاً يواجه هذا الدستور التمييز بين الجنسين في التمتع بالحقوق السياسية والمدنية، عندما نص على أن "يعتبر ناخبين جميع المواطنين الفرنسيين البالغين سن الرشد من الجنسين والمتمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية، وذلك بالشروط المنصوص عليها في القانون"⁽⁴⁾. وجدير بالذكر أن تعظيم مبدأ المساواة وتمجيده في الدستور الفرنسي لا يقف في النصوص داخل وثيقة الدستورية فقط، بل وصل إلى أن جعل شعار الجمهورية الفرنسية مقترناً به، ألا وهو "الحرية والمساواة والإخاء".

مما لا شك فيه أن المساواة التي يدعو إليها الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789، هي المساواة القانونية، بمعنى أن خطاب القانون يوجه للجميع دون ما تمييز. وتلك هي الحقيقة التي استقرت في فكر رجال الثورة الفرنسية، وتناقلتها دساتيرها. كما أن الحقوق الأساسية في فرنسا تحظى بالحماية القانونية ولو لم يرد بشأنها نص دستوري، ومن قبيل ذلك الحق في أمن الأشخاص والأموال، وكما استخلص القضاء بعض الحقوق الأساسية من خلال المبادئ العامة للقانون، ومن قبيل

(1) المادة (1) من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789.

(2) وذلك في المادة (6) من الإعلان نفسه أعلاه.

(3) المادة (2) من دستور فرنسا الصادر عام 1958.

(4) وذلك في المادة (1/3) من الدستور نفسه أعلاه.

ذلك الحق في المساواة⁽¹⁾.

وباستقراء دستور مصر الصادر عام 2014، يتبين منه أنه أشار إلى ضمان عام لمبدأ المساواة في الحقوق والواجبات دون أي تمييز، كما ورد في ديباجته. وقد كفل هذا الدستور مبدأ المساواة بين المواطنين وتكافؤ الفرص من خلال تكبيل السيادة بالشعب والوحدة الوطنية بهذا المبدأ، ومن ثم تشجيع الدولة والتزامها بكل ما هو تراه ملائماً لصون سيادة الشعب ووحدتها، كما نص على أنه "السيادة للشعب وحده، يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات، ويصون وحدته الوطنية التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، وذلك على الوجه المبين في الدستور"⁽²⁾، ونص على أنه "تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، دون تمييز"⁽³⁾. ومن زاوية أخرى أقر هذا الدستور بأن الدولة تجب عليها أن تكفل تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كما نص على أنه "تكفل الدولة تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفقاً لأحكام هذا الدستور..."⁽⁴⁾، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الدستور لا يخلو من الإشارة إلى حق المساواة في الأجر لنفس العمل والمساواة في التوظيف في الخدمة المدنية، كما نص على أن "العمل حق، وواجب، وشرف تكفله الدولة، ولا يجوز إلزام أي مواطن بالعمل جبراً، إلا بمقتضى القانون، ولأداء خدمة عامة، لمدة محددة، وبمقابل عادل، ودون إخلال بالحقوق الأساسية للمكلفين بالعمل"⁽⁵⁾، ونص على أن "الوظائف العامة حق للمواطنين على أساس الكفاءة، ودون محاباة أو وساطة..."⁽⁶⁾.

ولم يكتف هذا الدستور فقط بتلك الحماية، بل شمل أيضاً تقرير الحماية الدستورية لمبدأ المساواة بغض النظر عن الجنس، واللون، والعرق، وبلد المنشأ، والدين، والعقيدة

(1) د. شحاتة أبو زيد شحاتة، مصدر سابق، ص 206.

(2) المادة (4) من دستور مصر الصادر عام 2014.

(3) المادة (9) من الدستور نفسه أعلاه.

(4) المادة (11) من الدستور نفسه أعلاه.

(5) المادة (12) من الدستور نفسه أعلاه.

(6) المادة (14) من الدستور نفسه أعلاه.

أو المعتقد، والحالة الاجتماعية، والحزب السياسي، ولذوي الإعاقات، وتجريم التمييز والحض على الكراهية، حيث نص على أن¹ - المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي، أو لأي سبب آخر. 2- التمييز والحض على الكراهية جريمة، يعاقب عليها القانون. 3- تلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز، وينظم القانون إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض⁽¹⁾.

نرى أن المشرع الدستوري في مصر أصاب عندما لزم الدولة باتخاذ التدابير الكافية للقضاء على كافة أشكال التمييز بين المواطنين على أساس الجنس أو اللون أو العقيدة أو الأصل أو اللغة... إلخ، من خلال إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض، لأن وجود مفوضية مستقلة معنية بهذا العمل تقصر جهودها لمواجهة كافة أشكال التمييز، فضلاً عما تقدم فإن تنظيم عمل هذه المفوضية بقانون خاص، يوحى بأفضل أنواع الحماية لمبدأ المساواة.

ولا يفوتنا أن ننوه، إن دستور جمهورية العراق لعام 2005، أقر بالمساواة القانونية النسبية وكفلها، عندما نص على أن "العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي"⁽²⁾. ومن تطبيقات هذا النوع من المساواة فإن المشرع الدستوري قد لزم الدولة بأن تأخذ بمبدأ تكافؤ الفرص بين المواطنين دون تمييز بينهم، ولا يجوز العمل بخلاف ذلك، كما نص على أن "تكافؤ الفرص مكفول لجميع العراقيين وتكفل الدولة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك"⁽³⁾.

وتماشياً مع ما تم ذكره فإن الدستور العراقي يحمي ويصون حق التقاضي على قدم المساواة للمواطنين، كما نص دستور جمهورية العراق لعام 2005 على أن "ثالثاً: - التقاضي حق مصون ومكفول للجميع"⁽⁴⁾، وكذلك فقد أعلن هذا الدستور تمسكه

(1) المادة (53) من الدستور نفسه أعلاه.

(2) المادة (14) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(3) المادة (16) من الدستور نفسه أعلاه.

(4) المادة (19/ثالثاً) من الدستور نفسه أعلاه.

بالاعتراف بالمساواة بين الرجل والمرأة في التمتع بالحقوق السياسية، ويكفل تلك المساواة حينما يفسح المجال لمشاركة النساء في الشؤون العامة من جهة، ومن جهة أخرى ممارسة حق التصويت والانتخاب والترشيح فيما يتعلق بأمر السياسة، كما صرح بها الدستور، ونص على أن "للمواطنين رجالاً ونساءً، حق المشاركة في الشؤون العامة، والتمتع بالحقوق السياسية، بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح"⁽¹⁾. وعلاوة على ذلك يكفل التعليم المجاني للمواطنين حيث نص على أن "ثانياً: - التعليم المجاني حق لكل العراقيين في مختلف مراحلهم"⁽²⁾، من هنا لا بد من التأكيد على أن المشرع الدستوري العراقي لم يهمل تنظيم المساواة في تولي الوظيفة العامة وحمايتها، حيث أقرها ومن ثم يعهد تنظيمها وحمايتها إلى مجلس الخدمة العامة الاتحادي، عندما أشار إلى أنه "يؤسس مجلس، يسمى مجلس الخدمة العامة الاتحادي، يتولى تنظيم شؤون الوظيفة العامة الاتحادية، بما فيها التعيين والترقية، وينظم تكوينه واختصاصاته بقانون"⁽³⁾.

الفرع الثاني

مبدأ تدرج القواعد القانونية

يعني خضوع القاعدة القانونية الأدنى للقاعدة القانونية الأعلى موضوعاً وشكلاً، أو هو إلزام الحكام باحترام تدرج القواعد القانونية، حيث أن الدستور في الدولة يمثل القانون الأعلى، لذا على الحكام أو المخول بممارسة السلطة أياً نوعها التشريعية والتنفيذية والقضائية واجب احترامه وتطبيق أحكامه وفق هذا التدرج⁽⁴⁾.

وهذا يقودنا إلى التطرق إلى موضوع أساسي آخر، ألا وهو السمو الموضوعي للقواعد الدستورية، يتحقق هذا السمو للدستور في كافة الدساتير سواء أكانت عرفية أم مكتوبة أم مرنة أم جامدة، لأنه يظهر في مضمون القاعدة الدستورية والأخيرة هي العمود الفقري لأي نشاط قانوني، والمصدر الأساسي لشرعية أعمال السلطات في الدولة، وبهذا

(1) المادة (20) من الدستور نفسه أعلاه.

(2) المادة (34/ثانياً) من الدستور نفسه أعلاه.

(3) المادة (107) من الدستور نفسه أعلاه.

(4) د. شالو صباح عبدالرحمن، تدرج القواعد الدستورية دراسة تحليلية مقارنة للدساتير العراقية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة السليمانية، 2018، ص 26.

فإن تلك القواعد بمضمونها، ترسم الإطار القانوني للدولة. ومن نتائج السمو الموضوعي هي اتساع نطاق المشروعية، أي اتساع نطاق خضوع الدولة بجميع سلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية ومؤسساتها وهيئاتها وتصرفاتها للقانون الدستوري، من هنا يعد الدستور القانون الأعلى في الدولة، ويحتل أعلى مرتبة في قمة الهرم القانوني، لذلك فإن الدستور هو الضمانة الأولى لخضوع الدولة للقانون. وتأسيساً على ذلك مبدأ المساواة هو من المبادئ الدستورية العامة التي نص عليها الدستور في مضمونها، بمعنى آخر السمو الموضوعي يغطي مبدأ المساواة، نظراً لدستوريته ووجوده في صلب الوثيقة الدستورية. وعليه فإن الحكم بعدم دستورية قانون معين أو جزءاً منه لانتهاكه وخرقه لمبدأ المساواة، يقع تحت تأثير السمو الموضوعي وبالنهاية المساس بمبدأ الشرعية الدستورية⁽¹⁾.

ويتبين لنا من مطالعة دستور جمهورية العراق لعام 2005، وخاصة المواد المتعلقة بمبدأ المساواة، أن المشرع الدستوري قد اعتمد ثلاثة مصادر للتشريع، ينبغي على السلطة التشريعية احترامها عند سن التشريعات، ففي النهاية سيكون القانون مشوباً بعيب مخالفة قواعد الدستور، وهذه المصادر هي ثوابت الإسلام ومبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات الأساسية، والزم نفسه بها ابتداءً، عندما نص على أن "الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساسي للتشريع:

أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام.

ب- لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية.

ج- لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور"⁽²⁾.

يلاحظ أن تلك المصادر للتشريع جميعها متساوية من حيث المرتبة، ولذلك ينبغي على السلطة التشريعية أن تراعيها جميعاً في ذات الوقت عند سن القوانين، بحيث عدم مراعات واحد منها سيؤدي إلى عيب مخالفة قواعد الدستور. لكن على المستوى النظري تثار إشكالية، حول مدى إمكانية سن قانون أو قاعدة قانونية متعلقة بمبدأ المساواة من

(1) د. أمين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص ص 77 - 78؛ وهديل محمد حسن المياحي، العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة النهرين، العراق، 2015، ص 159.

(2) المادة (2) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

قبيل السلطة التشريعية، مع مراعاة تلك المصادر الثلاثة معاً؟ إلى جانب أن مبدأ المساواة يعد من الركائز الأساسية للديمقراطية ويصنف من الحقوق الطبيعية للإنسان ولصيقة بذاته كما ذكرناه سابقاً. لكن مبدأ المساواة هنا يدور مضمونه حول تحقيق العدالة وهذا من خلال المساواة القانونية النسبية. أما الأصل في الشريعة الإسلامية هي تطبيق العدل بين سائر بني البشر. لكن يبقى التساؤل المطروح حول جمع هذه المفاهيم عند سن قانون واحد.

نرى أن الشريعة الإسلامية دعت إلى تحقيق المساواة بين البشر جميعاً دونما فرق بينهم إلا بالتقوى، والتقوى هو شيء غير محسوس ويتعلق بالجانب المعنوي للإنسان، أي علاقة العابد بمعبوده، فمعيار هذا التمييز لا يوجد عند الإنسان حتى يعتمد عليه في الحياة الطبيعية، والدليل على ذلك في القرآن الكريم، قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾. الحجرات: 13، وفي السنة النبوية، قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد، وإن أباكم واحد، ألا لا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا لأحمر على أسود، ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى..."⁽¹⁾.

تأسيساً على ما سبق أن المساواة سماتها واحدة في النظام الديمقراطي والشريعة الإسلامية، لكن كيفية تطبيقها وتنظيمها يختلف من نظام إلى آخر، ومن زمان لزمان آخر، ومن مكان لمكان آخر، وبالإضافة إلى أن مفهوم العدالة أشمل وأعم من من العدل، بحيث أن العدل يدخل في ضمن العدالة، بناءً على ذلك فقد نص النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر بموجب الأمر الملكي تاريخ الأول من آذار 1992، على حق المساواة بشكل غير مباشر.

الفرع الثالث

الرقابة

هناك نوعان من الرقابة: الأول الرقابة على دستورية القوانين؛ والثاني الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، فالأول يقسم إلى الرقابة الوقائية أو كما تسمى السياسية التي تتم قبل

(1) رواه الإمام أحمد في مسنده بسند صحيح، برقم (23489).

إصدار القانون وصيرورته قابلاً للتنفيذ، وذلك عن طريق لجنة أو مجلس معين، والثاني الرقابة القضائية التي تمارس بواسطة جهات القضاء المختصة، وتتخذ هذه الرقابة صورتين هما الامتناع والإلغاء. والرقابة على أعمال الإدارة وتكون من خلال رقابة بواسطة هيئة قضائية أو ما يسمى القضاء الإداري الذي يقتضي مبدأ الشرعية أو كما يطلق عليه مبدأ سيادة القانون عن طريق مراقبة أعمال الإدارة ومدى مطابقتها للقانون، فهذه الرقابة التي تمارسها المحكمة بغاية تحقيق هدفين اثنين، أولهما يكمن في توفير الحماية للمواطنين، وثانيهما يتجلى في ضمان احترام الإدارة لمبدأ المشروعية من خلال إلغاء التصرفات المخالفة للقانون أو التعويض عنها أو كليهما⁽¹⁾.

المطلب الثاني

صور الحماية الدستورية الإجرائية لمبدأ المساواة

تمهيد وتقسيم:

تنطبق مبدأ المساواة على الوجه السليم والهادف إلى تحقيق العدالة، لا بد أن تتوفر حماية إجرائية لتحقيق هذا الهدف، ولكي يطبق مبدأ المساواة في جانبه الموضوعي يجب أن يتحقق التوازن اللازم بين المتهم وبين ممثل السلطة العامة المتمثلة بالدولة، انطلاقاً من هذا فإن التحقيق والمحاكمة يعدان من أهم المراحل التي تتسم بالخطورة، لكونهما الأكثر تماساً مع الحقوق والحريات، فلذلك قد يهتم بهما الدستور اهتماماً كبيراً، وبناءً على ذلك سنخصص هذا المطلب للكلام عن صور الحماية الإجرائية المنصوص عليها داخل الدستور في جميع مراحل الدعوى الجنائية، وذلك من خلال ثمانية فروع على التوالي.

الفرع الأول

مبدأ أصل البراءة

الأصل في المتهم البراءة وهو يشير إلى حالة مؤقتة محاطة بالغموض التي يمر بها المتهم، قبل أن تتأكد براءته مما هو منسوب إليه وقبل أن يتم التحقق من إدانته. ويعتبر هذا الأصل من أساسيات الإجراءات الجنائية في النظم الديمقراطية، وذلك لجعله من

(1) د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق، ص ص 186 - 188؛ ود. شهاب أحمد عبدالله، مصدر سابق، ص 87.

مفترضات المحاكمة المنصفة⁽¹⁾. وإن ضمان الحرية الشخصية للمتهم يستلزم هذا المبدأ الأساسي الذي من مقتضاه إن كل متهم بجريمة مهما كانت جسامة جريمته يجب على السلطات العامة أن تعامله بوصفه شخص بريء إلى أن تثبت إدانته بموجب حكم قضائي بات⁽²⁾، فالأساس الدستوري لهذا المبدأ في فرنسا قد أشار إليه المشرع الدستوري في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789، وذلك بالتأكيد على أهميته كضمانة لحماية الحرية الفردية، عندما نص على أن "الأفراد كلهم أبرياء إلى أن تثبت إدانتهم، وإذا حتمت الضرورة القبض على أي شخص فإن القانون يمنع بشدة استخدام العنف مع السجن أو المعتقل"⁽³⁾، وأيضاً قد أخذ المشرع الدستوري المصري بهذا المبدأ في صلب الدستور، وذلك عندما نص على أن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه..."⁽⁴⁾.

والمشرع الدستوري العراقي قد أكد على هذا المبدأ المهم في دستور جمهورية العراق لعام 2005، واعتبره من المرتكزات الأساسية لحماية الحريات الفردية، فضلاً عن أن المشرع الدستوري العراقي قد سار على نهج الصحيح عند الأخذ بالاستثناء عليه، ففي النهاية هذا الاستثناء أيضاً ضماناً أخرى لحماية مبدأ الأصل في البراءة، وذلك عندما نص بأن "المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية عادلة، ولا يحاكم المتهم عن التهمة ذاتها مرة أخرى بعد الإفراج عنه إلا إذا ظهرت أدلة جديدة"⁽⁵⁾. وفي نفس السياق، قد أشارت المحكمة الاتحادية العليا العراقية إلى هذا المبدأ، واستوجبت على من يدعى العكس تقديم الدليل، وذلك عندما تنص بأنه "الأصل براءة الذمة وعلى من يدعى العكس تقديم الدليل..."⁽⁶⁾.

- (1) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص 591.
- (2) د. ماجد نجم عيدان الجبوري، الشرعية الدستورية للقانون الجنائي - دراسة مقارنة في الدستورين العراقي والباقاري، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية - جامعة كركوك، المجلد 4، العدد 13، 2015، ص 254.
- (3) المادة (9) من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789.
- (4) وذلك في المادة (96) من دستور مصر الصادر عام 2014.
- (5) المادة (19/خامساً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.
- (6) قرار رقم 104/ اتحادية / تمييز/ 2013 في 2013/3/7؛ منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية، مصدر سابق، تاريخ الزيارة: 2022/6/7.

ومن جانبنا نرى بأن مبدأ أصل البراءة ضماناً دستورية هامة قررها الدستور للمتهم بشكل متساوٍ، لحماية الحريات الفردية، وبدخلها تراعي العدالة، وذلك بالتوازن بين المصلحة العامة المتمثلة بحماية الحريات الفردية للمجتمع عموماً، وإخضاع جميع المجرمين للعقاب، وبين المصلحة الخاصة المتمثلة بحماية الفرد من التعسف والاستبداد، وذلك بالإقرار بعدم صحة أي إجراءات ماسة بالفرد دون مراعاة القواعد المقررة قانوناً. على هذا الأساس يتجسد دور هذا الصور من الحماية الإجرائية لمبدأ المساواة.

الفرع الثاني

حق الدفاع

من المقرر أن للإجراءات الجنائية خطورة لا تقل بحال عن خطورة قواعد التجريم، لأنها تمس الأفراد وحرياتهم. والحد من هذه الإجراءات ليست أمراً سهلاً، لأنه يجب الموازنة عن طريق التوفيق بين مصلحتين متعارضتين هما مصلحة الجماعة ومصلحة المتهم، بحيث تقتضي الأولى سرعة القصاص من المجرم حتى يحدث العقاب أثره، في حين تقتضي الثانية التأني لإظهار براءته، وخاصة والأصل في الأمر هو البراءة حتى يثبت عكسها⁽¹⁾. وفي هذا الإطار يعتبر هذا الحق من الركائز الجوهرية للمحاكمة المنصفة؛ لأنه يرتبط بأكثر من حق من الحقوق الدستورية؛ منها ما يتعلق بأصل البراءة، ولهذا السبب، فإن احترام حق الدفاع يعتبر ضماناً هاماً وأساسياً للعدالة، أو بمعنى آخر لا تقوم العدالة مع إهدار حق الدفاع⁽²⁾. ومع ذلك فإن هذا الحق يستلزم توفير عدد من الضمانات الأخرى التي تؤكد عليه وتصونه من المساس وتمكنه من أدائه على أفضل صورة ومنها حق المتهم في الإحاطة بالتهمة الموجهة إليه، وحق المتهم في إبداء أقواله بحرية، وحق المتهم بتبنيها من المحكمة في حالة تعديل التهمة الموجه إليه، والمساواة بين الدفاع والاتهام، وحقه في استجابته، وحقه في أن يكون آخر من يتكلم، وحقه في السكوت والامتناع عن أداء أي إفادة، وحقه حتى في الكذب لدفع التهمة عنه⁽³⁾.

(1) د. محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع - عمان، 2003، ص 198.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص 739.

(3) د. ماجد نجم عيدان الجبوري، مصدر سابق، ص 257.

ونلاحظ أن كثير من دساتير العالم أشارت إلى حق الدفاع، سواء أكان صراحة أم ضمناً، فمثلاً على الرغم من أن المشرع الدستوري لم ينص على هذا الحق صراحة في دستور فرنسا الصادر عام 1958، لكن تم استنباطه من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789، لكون حق الدفاع هو من نتائج أصل البراءة المنصوص عليه في هذا الإعلان، وذلك عندما نص على أن "الأفراد كلهم أبرياء إلى أن تثبت إدانتهم، وإذا حتمت الضرورة القبض على أي شخص فإن القانون يمنع بشدة استخدام العنف مع السجين أو المعتقل"⁽¹⁾.

وأما المشرع الدستوري المصري خلافاً لما كان عليه المشرع الدستوري الفرنسي، فقد صرح بهذا الحق بالنص في صلب دستور مصر الصادر عام 2014، ومن ثم ربطه بحق الاستعانة بمحام، وذلك عندما نص على أن "حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول. واستقلال المحاماة وحماية حقوقها ضمان لكفالة حق الدفاع. ويضمن القانون لغير القادرين مالياً وسائل اللجوء إلى القضاء، والدفاع عن حقوقهم"⁽²⁾.

أما المشرع الدستوري العراقي فقد سلك مسلكاً محموداً عندما دمج عبارة "حق الدفاع" بعبارة "مقدس"، في دستور جمهورية العراق لعام 2005، وبذلك قد أظهر أهميته الدستورية، ومن ثم أقر هذا الحق في جميع مراحل الدعوى الجنائية، وذلك عندما نص على أن "حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة"⁽³⁾. ومن ثم قد أشار إلى حق آخر لصيقة بحق الدفاع، وهو حق الاستعانة بمحام، وذلك عندما نص على أن "تتدب المحكمة محامياً للدفاع عن المتهم بجناية أو جنحة لمن ليس له محام يدافع عنه، وعلى نفقة الدولة"⁽⁴⁾. وفي نفس السياق أشار المشرع إلى ضمانات معادلة لحق الدفاع، وهي جزء لا يتجزأ منه، ألا وهو الحق في المعاملة العادلة في جميع الإجراءات القضائية والإدارية، وذلك عندما نص على أن "لكل فرد الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية"⁽⁵⁾.

(1) المادة (9) من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789.

(2) المادة (98) من دستور مصر الصادر عام 2014.

(3) المادة (19/رابعاً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(4) المادة (19/حادي عشر) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(5) المادة (19/سادساً) من الدستور نفسه أعلاه.

ونرى بأن انتداب المحامي لمن ليس له المحام حتى يدافع عنه، سواء أكان بسبب عجزه أو خوفه من العقوبة أو ضعف قدرته المالية، فإن الدولة قد توفر له المحامي على نفقتها في مصر والعراق، وهذا أيضاً يحقق المساواة بين جميع الطبقات في المجتمع سواء أكان المتهم غنياً أم فقيراً، وذلك للدفاع عنهم من قبل المحامي كجزء من حق الدفاع. وفي الوقت نفسه فإن المشرع الدستوري العراقي كان أدق من نظيره المصري في الإشارة إلى حق الدفاع، وذلك بتأكيد على قدسيته ومكفوليته في جميع مراحل الدعوى الجنائية. يتضح ما تقدم، أنه على الرغم من أن المتهم هو المستفيد الأول من تقرير حق الدفاع، وذلك لأن حريته تكون عرضة للمساس والتقييد في جميع مراحل الدعوى الجنائية، فإن حق الدفاع هو وسيلة فعالة للمتهم حتى يدافع عن نفسه، كما هو وسيلة كافية لتحقيق المساواة بين أطراف الدعوى الجنائية عند مواجهة السلطات العامة المتمثلة بالمحكمة.

الفرع الثالث

حماية الحق في الخصوصية

على المستوى الإجرائي إن الدعوى الجنائية بمراحلها المختلفة تتخذ فيها الكثير من الإجراءات القانونية والتي قد يمس بعضها حقوق الناس وحياتهم وحرمة مساكنهم، منها ما يتعلق بالحق في الخصوصية، وجدير بالذكر إن المشرع الفرنسي في دستور فرنسا الصادر عام 1958، لم يضع نصاً خاصاً يتعلق بممارسة الحريات الفردية ومنها الحق في الخصوصية، بل أحال تلك المسألة إلى الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789، حيث جاء فيه "... تكفل السلطة القضائية، باعتبارها حامية الحرية الفردية، احترام هذا المبدأ وفق الشروط المنصوص عليها في القانون"⁽¹⁾، وهذا يعني أن الدستور الفرنسي قد وضع المبدأ، وترك التفاصيل للقانون العادي، دون أن يذكر الشروط والضوابط الرئيسية الواجب على المشرع العادي مراعاتها⁽²⁾.

أما المشرع الدستوري المصري فقد أورد نصاً صريحاً حول كفالة الحق في الخصوصية، مع إحالة تنظيمه إلى المشرع العادي على وفق شروط محددة، وذلك عندما

(1) المادة (66) من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789.

(2) د. جاسم خريط خلف، معالجات في جديد القانون الجنائي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية - بيروت، 2017، ص 16.

اشترط دستور مصر الصادر عام 2014، لدخول المسكن وتفتيشه أولاً أن يكون هناك أمر قضائي صادر بالتفتيش، وثانياً أن يكون هذا الأمر مسبباً، وثالثاً تحديد المكان وتوقيت التفتيش والغرض منه، ورابعاً وجوب تنبيه من في المنازل قبل دخولها أو تفتيشها، حيث نص على أن "للمنازل حرمة، وفيما عدا حالات الخطر، أو الاستغاثة لا يجوز دخولها، ولا تفتيشها، ولا مراقبتها أو التنصت عليها إلا بأمر قضائي مسبب، يحدد المكان، والتوقيت، والغرض منه، وذلك كله في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية التي ينص عليها، ويجب تنبيه من في المنازل عند دخولها أو تفتيشها، وإطلاعهم على الأمر الصادر في هذا الشأن"⁽¹⁾. وكما هو الحال أيضاً بالنسبة لسرية المراسلات والاتصالات، حيث لا يجوز مصادرة البرقية والمراسلات البريدية والإلكترونية والمحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال، ولا الاطلاع عليها، ولا مراقبتها إلا في الأحوال التي بينها القانون، وفق ما أشار إليه الدستور⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع الدستوري العراقي في دستور جمهورية العراق لعام 2005، فقد اکتفى بذكر مبدأ الحق في الخصوصية ومن ثم إحالة تنظيمه إلى المشرع العادي، وذلك من دون وضع الشروط وتحديد الضوابط التي ينبغي على المشرع العادي أن يلتزم بها عند تنظيمه لمبدأ الحق في الخصوصية، فقط أشار إلى أن هذا الحق لا يتعارض مع حقوق الآخرين والآداب العامة، وذلك عندما نص على أن "لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية، بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين، والآداب العامة"⁽³⁾. كما نص الدستور العراقي على أن "حرمة المساكن مصونة، ولا يجوز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها إلا بقرار قضائي، ووفقاً للقانون"⁽⁴⁾، وعلى الرغم من أن حرمة المسكن من أهم صور الحق في الخصوصية، لكن المشرع الدستوري العراقي لم يتدخل لتنظيمه من خلال وضع الضوابط والشروط لتقيده، فقط اکتفى بإحالة هذا القيد إلى المشرع العادي من خلال القانون. وكان من الأفضل أن تكفل للمساكن ضمانات خاصة تتمثل في عدم جواز اتخاذ أي إجراء يمس حرمتها وخصوصيتها إلا بمقتضى أمر قضائي صادر من جهة مختصة على

(1) المادة (58) من دستور مصر الصادر عام 2014.

(2) المادة (57) من الدستور نفسه أعلاه.

(3) المادة (17/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(4) المادة (17/ثانياً) من الدستور نفسه أعلاه.

أن يكون هذا الأمر مسيئاً⁽¹⁾.

ويلاحظ أيضاً أن الدستور العراقي قد سلك نفس المسلك عند تقييده لأحد أهم صور الحق في الخصوصية، ألا وهي حرية الاتصالات والمراسلات، وذلك عندما نص على أن "حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والإلكترونية وغيرها مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها، أو الكشف عنها، إلا لضرورة قانونية وأمنية، وبقرار قضائي"⁽²⁾. وفي النتيجة فإن هذا النص لم يوجب الرجوع إلى أحكام القانون في حالة انتهاك سريتها، وإنما أجاز ذلك لوجود ضرورة قانونية وأمنية وبقرار قضائي. نعتقد أن هذا أكثر غموضاً للنص، فما هي الضرورة القانونية؟ وما هي الضرورة الأمنية؟ وهذا يفسح المجال أمام السلطات أن تفسر ذلك تفسيراً واسعاً مما يجعل سرية الاتصالات والمراسلات تحت رحمة اجتهاد رجال الأمن، وأن إضافة قرار قضائي لا يشكل حماية لازمة وكافية لتلك السرية.

يتضح ما تقدم، فإن تدخل المشرع الدستوري بحماية الحق في الخصوصية أمر قد ينعكس إيجاباً على حماية الحريات الفردية، وذلك من خلال ربطه لتقييد تلك الحريات بأمر قضائي صادر من جهة مختصة وفي الوقت نفسه مسبب ولمدة محددة، على الرغم من أن هذا التدخل هو ضمانته غير مباشرة لحماية مبدأ المساواة، وذلك من خلال عدم انتهاكها من قبل السلطات العامة دون مبرر معقول، ومن ثم تجنّب هذا الحق من اختلاطه بالغرض الشخصي أو تعسف السلطة، وهذا يستوجب أن يتمتع جميع الأفراد بهذا الحق دون تمييز أو تفرقة بينهم.

الفرع الرابع

السرعة في التحقيق والمحاكمة

إن السرعة خاصة ضرورية في الإجراءات الجنائية في جميع مراحل الدعوى الجنائية منها مرحلتى التحقيق والمحاكمة، من خلال سرعة عرض أوراق القضية على القاضي في مرحلة التحقيق حتى لا يبقى مصير الشخص معلماً، وكذلك الحال بالنسبة إلى مرحلة

(1) د. جاسم خريط خلف، مصدر سابق، ص 17.

(2) المادة (40) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

المحاكمة حتى لا يبقى الشخص في حالة قلق وارتباك والتوتر. وبناءً على ذلك فقد قرر المشرع الدستوري مبدأ السرعة في مرحلتي الدعوى الجنائية، مع الالتزام بالضمانات الأخرى المقررة للمتهم.

وعلى الرغم من أن المشرع الدستوري الفرنسي لم يذكر مبدأ السرعة بنص صراحة في دستور فرنسا الصادر عام 1958، أو في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789. لكن هذا الأمر لا يسد الباب أمامنا باستنباطه من فحوى الإعلان⁽¹⁾، وذلك أن مبدأ أصل البراءة يحتاج إلى السرعة في إثبات براءة الشخص من التهم الموجهة إليه، ومن مفهوم المخالفة فإن كل التباطؤ في الإجراءات المقررة في مرحلتي التحقيق والمحاكمة قد يمس براءة المتهم، وبالتالي لا يستقر مركزه القانوني ومصيره يبقى مجهولاً.

أما المشرع الدستوري المصري في دستور مصر الصادر عام 2014 فقد تبناه سرعة التحقيق لكنه غفل عن سرعة المحاكمة، وذلك عندما نص على أن "الحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تمس، وفيما عدا حالة التلبس، لا يجوز القبض على أحد، أو تفتيشه، أو حبسه، أو تقييد حريته بأي قيد إلا بأمر قضائي مسبب يستلزمه التحقيق... وأن يقدم إلى سلطة التحقيق خلال أربع وعشرين ساعة من وقت تقييد حريته..."⁽²⁾، فهذا النص يتضمن ضرورة ألا يبقى المتهم على ذمة التحقيق لفترة طويلة، وإنه من الضروري أن تعرض أوراقه على سلطة التحقيق خلال مدة أقصاها "أربعة وعشرين ساعة" من تاريخ القبض على ذلك المتهم، وهذا يدل على حرص المشرع الدستوري المصري على ضرورة الإسراع في التحقيق مع المتهم وحسم مصيره فيما يتعلق بالتهمة المنسوبة إليه.

أما المشرع الدستوري العراقي في دستور جمهورية العراق لعام 2005، أيضاً تأكد على ضرورة عدم إبقاء المتهم في مركز غير مستقر، والسرعة في التحقيق مع المتهم وحسم مصيره من التهمة المنسوبة إليه، وذلك بعرض أوراق التحقيق الابتدائي على القاضي المختص خلال مدة محددة لا تتجاوز أقصاها "أربعة وعشرين ساعة" من حين القبض على المتهم، وفي الوقت نفسه فالمشرع الدستوري العراقي قد حصن هذه الضمانة

(1) وذلك بالتمعن في نص المادة (9) وفي الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789، عندما نص على أن "الأفراد كلهم أبرياء إلى أن تثبت إدانتهم، وإذا حتمت الضرورة القبض على أي شخص فإن القانون يمنع بشدة استخدام العنف مع السجين أو المعتقل".

(2) المادة (54) من دستور مصر الصادر عام 2014.

للمتهم خلافاً لنظيره المصري بالنص على عدم جواز تمديد هذه المدة أكثر من مرة واحدة وللمدة ذاتها، وذلك عندما نص على أن "تعرض أوراق التحقيق الابتدائي على القاضي المختص خلال مدة لا تتجاوز أربعاً وعشرين ساعة من حين القبض على المتهم، ولا يجوز تمديدتها إلا مرة واحدة وللمدة ذاتها"⁽¹⁾.

ويلاحظ أنه على الرغم من أن الدساتير قد أغفلت السرعة في المحاكمة، لكن هذا لا يعني عدم إحاطة المشرع الدستوري بها، ومن ثم عدم الالتزام بها على المستوى التطبيقي. بل إن السرعة في مرحلتي التحقيق والمحاكمة إضافة إلى أنها تعد دعامة لتطبيق مبدأ المساواة بجانب صحة تلك الإجراءات الواردة فيهما، فإن هاتين المرحلتين كلاهما تكمل إحداهما إلا أن، بحيث أن السرعة في التحقيق لا تصل إلى غايتها، إلا بإتمامها في مرحلة المحاكمة والالتزام بها.

الفرع الخامس

مبدأ العلانية في جلسات المحاكمة

ينال هذا المبدأ قيمة دستورية، فمن خلال هذا المبدأ يتضح لأطراف النزاع التزاماتهم وحقوقهم في المحكمة الجارية لاستخدامه لضمان محاكمة قانونية عادلة. وبعبارة أخرى، فإن الطابع العلني لإجراءات المحاكمة هو وسيلة الرقابة لفاعلية العدالة، على هذا الأساس يعد مبدأ العلانية ضمان عدم الشك في استقلالية القضاء وحياد القضاة بواسطة الجمهور⁽²⁾. لكن يقتضي هذا المبدأ أن يرد عليه استثناءات، وذلك مراعاة للمصلحة العامة، وتقدير تلك الحالات متروك للمحكمة ذاتها التي تنظر الدعوى، شريطة أن لا تكون تلك الاستثناءات مخالفة للنظام العام أو الآداب، ويجب أن تكون تلك السرية في إجراءات المحاكمة بقرار من المحكمة ذاتها التي تنظر الدعوى أيضاً⁽³⁾. وتجدر الإشارة في جميع الأحوال يكون النطق بالحكم علانية.

ولا مناص من القول، بأن المشرع الدستوري الفرنسي فضلاً عن أنه لم يشير إلى هذا

(1) المادة (19/ثالث عشر) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(2) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق - القاهرة، 2002، ص 500.

(3) د. ماجد نجم عيدان الجبوري، مصدر سابق، ص 264.

المبدأ علناً صراحة في صلب دستور فرنسا الصادر عام 1958، إلا أن هذا المبدأ يعتبر من المبادئ القانونية وينص عليه، وأكثر شيوعاً في الدول التي تبنت الديمقراطية ومنها فرنسا. بخلاف المشرع الدستوري المصري في دستور مصر الصادر عام 2014، حيث أشار إلى علنية جلسات المحاكم، إلا إذا اقتضى النظام العام والآداب سريتها فللمحكمة أن تقر ذلك، وتجدر الإشارة أن عبارة النظام العام والآداب من المفاهيم الواسعة أو المرنة، وقد تحمل أكثر من تفسير واحد، لذلك وجودها في المادة يعد ثغرة فيها، حيث تسمح بالقاضي بالتدخل في علنية جلسات المحاكم. وفي جميع الأحوال يجب أن تكون جلسة النطق بالحكم علنية، حيث نص على أن "جلسات المحاكم علنية، إلا إذا قررت المحكمة سريتها مراعاة للنظام العام، أو الآداب، وفي جميع الأحوال يكون النطق بالحكم في جلسة علنية"⁽¹⁾.

وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الدستوري العراقي في دستور جمهورية العراق لعام 2005، قد سجل هذا المبدأ المهم في صلب الوثيقة الدستورية بنص صريح وواضح، وذلك عندما نص على أن "جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية"⁽²⁾، وانطلاقاً مما أشار إليها المشرع العراقي في هذه المادة بأنه لا مانع من جعل جلسات المحاكم سرية إذا قررت المحكمة، وعلى الرغم من أن هذه الحالات قد حددت بموجب القوانين العادية قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل، وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 المعدل، إلا أن مما يخشى منه من أن هذا الاستثناء قد يفسح المجال أمام المحكمة لتجاوز مبدأ العلانية تحت غطاء تبريرات كثيرة. استناداً إلى ما سبق، نرى بأن مبدأ العلانية في جلسات المحاكمة، ينصرف دوره إلى تعزيز الشعور بالمساواة لدى الأفراد، وذلك عند رؤيتهم لإجراءات المحكمة والحضور في جلساتها، حيث أن الأفراد يشعرون بالأمان والاستقرار في المجتمع من خلال خلق فكرة نفس التعامل معهم في المستقبل إذا حضروا أمام المحكمة سواء أكانوا مدعين أو مدعى عليهم أو غير ذلك.

(1) المادة (187) من دستور مصر الصادر عام 2014.

(2) المادة (19/سابعاً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

الفرع السادس حماية الكرامة الإنسانية

لا بد من الإشارة إلى أن الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789، له فضل سبق داخل النظم الوضعية، للأخذ بفكرة الكرامة الإنسانية، حيث نص على أنه "يولد الناس ويظلون أحراراً ومتساوين في الحقوق. ويمكن أن تستند الفروق الاجتماعية فقط إلى اعتبارات الصالح العام"⁽¹⁾، يتضح من هذا النص أن الكرامة الإنسانية ملازمة لكل الأفراد في المجتمع. وعلى الرغم من وجود هذه الإشارة الضمنية لفكرة الكرامة الإنسانية، لكنها لم تكن مقبولة على أساس المفهوم القانوني لهذه الفكرة. كم نص الإعلان على أن "الهدف من كل مجتمع سياسي هو المحافظة على الحقوق الطبيعية للإنسان والحقوق التي لا تسقط بالتقادم. وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمن ومقاومة الظلم"⁽²⁾، يلاحظ أن هذه المادة لم تعتبر الكرامة الإنسانية من حقوق الإنسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم، لكن هذا لا يعني أن الفكرة مستثناة من الإعلان، بل هي أشاره إلى المفهوم المعنوي لفكرة الكرامة الإنسانية وليس المفهوم القانوني لها⁽³⁾.

وجدير بالذكر أن المشرع الدستوري الفرنسي لم ينص على فكرة الكرامة الإنسانية صراحة في صلب دستور فرنسا الصادر عام 1958، بل اكتفى بالإشارة الموجودة في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789، والإشارة الواردة في ديباجة الدستور الصادر في 27 من تشرين الأول/أكتوبر عام 1946.

أما المشرع الدستوري المصري في دستور مصر الصادر عام 2014، فقد أشار إلى فكرة الكرامة الإنسانية وضرورة حمايتها في أكثر من موضع، ثم أكد على أهميتها من خلال توفير الحماية الدستورية لأشكال مختلفة لهذه الفكرة وضمائها، فالمشرع الدستوري المصري قد برز فكرة الكرامة الإنسانية في ديباجة دستور مصر الصادر عام 2014، وكما أشار إلى أن الكرامة الإنسانية حق لكل إنسان، ولا يجوز المساس بها بأي شكل من

(1) المادة (1) من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789.

(2) المادة (2) من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789.

(3) د. شريف يوسف حلمي خاطر، الحماية الدستورية للكرامة الإنسانية - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - مصر، العدد 50، 2011، ص 74.

الأشكال، وأيضاً أشار إلى التزام الدولة بحمايتها واحترامها، وذلك عندما نص على أن "الكرامة حق لكل إنسان، ولا يجوز المساس بها، وتلتزم الدولة باحترامها وحمايتها"⁽¹⁾، وارتباطاً بما سبق فإن المشرع حظر التعذيب ويعد من الجرائم التي لا تسقط بالتقادم حماية للكرامة الإنسانية، عندما نص على أن "التعذيب بجميع صورته وأشكاله، جريمة لا تسقط بالتقادم"⁽²⁾، كما حظر المعاملة القاسية مع المقبوض عليه أو المحبوس كأحد إجراءات الحماية لكرامة الإنسانية، وذلك عندما نص على أن "كل من يقبض عليه، أو يحبس، أو تقيد حريته تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامته، ولا يجوز تعذيبه، ولا ترهيبه، ولا إكراهه، ولا إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، ولا يكون حجزه..."⁽³⁾، كما كفل الكرامة الإنسانية من خلال كفالة الحق في المسكن الملائم والأمن والصحة، بما يحفظ الكرامة الإنسانية⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للمشرع الدستوري العراقي في دستور جمهورية العراق لعام 2005، فقد أشار صراحة وبشكل مباشر إلى الكرامة الإنسانية، عندما نص على أن "حرية الإنسان وكرامته مصونة"⁽⁵⁾، وبدوره قرر أجدر أنواع الضمانات لحمايتها، وذلك بواسطة عدم السماح بتوقيف أحد أو التحقيق معه إلا بموجب قرار قضائي، كما نص على أن "لا يجوز توقيف أحد أو التحقيق معه إلا بموجب قرار قضائي"⁽⁶⁾، وكما يحرم جميع أنواع التعذيب وأشكاله المختلفة، ويحظر المعاملة غير الإنسانية، ومن ثم عدم الأخذ بأي اعتراف انتزع بالإكراه أو التهديد أو التعذيب، كما منح للمتضرر حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابه وفقاً للقانون، وذلك عندما نص على أن "يحرم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الإنسانية، ولا عبرة بأي اعتراف انتزع بالإكراه أو التهديد أو التعذيب، وللمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي

(1) المادة (51) من دستور مصر الصادر عام 2014.

(2) المادة (52) من الدستور نفسه أعلاه.

(3) المادة (55) من الدستور نفسه أعلاه.

(4) المادة (78) من الدستور نفسه أعلاه.

(5) المادة (37/أولاً/أ) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(6) المادة (37/أولاً/ب) من الدستور نفسه أعلاه.

أصابه وفقاً للقانون"⁽¹⁾، وفي نفس الصدد حماية للكرامة الإنسانية قد يحظر الحجز، عندما نص على أن "يحظر الحجز"⁽²⁾، وعليه بعد ذلك تنصرف هذه الحماية للكرامة الإنسانية إلى المكان المخصص للحبس أو التوقيف، عندما نص على أن "لا يجوز الحبس أو التوقيف في غير الأماكن المخصصة لذلك وفقاً لقوانين السجون المشمولة بالرعاية الصحية والاجتماعية والخاضعة لسلطات الدولة"⁽³⁾. وتجدر الإشارة أن المشرع الدستوري العراقي قد مثل دوراً هاماً في حماية الكرامة الإنسانية في ظل التطورات الدولية التي تنادي بمجابهة السخرة والعبودية ومكافحة جميع أنواع التجارة المحرمة والمجرمة كالانتجار بالنساء والأطفال والجنس، حيث نص على أن "يحرم العمل القسري السخرة، والعبودية وتجارة العبيد الرقيق، ويحرم الانتجار بالنساء والأطفال، والانتجار بالجنس"⁽⁴⁾.

واستناداً إلى ما سبق، نرى ازدياد أهمية التمسك بمبدأ المساواة في حماية الكرامة الإنسانية، لأن هذا الحق يتعلق بجوهر الإنسانية، وأكثر عرضة للانتهاك من قبل السلطات العامة في الدولة، ويجب أن لا يميز بين الأفراد في التمتع الخاصة بالكرامة الإنسانية بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاجتماعي والاقتصادي، لأن بالنهاية هذا الحق يعتبر من الحقوق الطبيعية للإنسان والأفراد المتساوون في التمتع به.

الفرع السابع

حظر إنشاء المحاكم الاستثنائية

تختلف المحاكم الاستثنائية عن المحاكم العادية في أنها محاكم مؤقتة بظروف معينة. وعادة لا تنشأ بالقانون التي تنشأ به المحاكم العادية، ومن ثم لا تخضع هذه المحاكم لإجراءات المحاكمة العادية المقررة في هذه المحاكم، كما وتشكل عادة من غير القضاة. على الرغم من اشتراكها مع المحاكم العادية في تخصيصها بنظر جرائم من نوع معين أو

(1) المادة (37/أولاً/ج) م الدستور نفسه أعلاه.

(2) المادة (19/ثاني عشر/أ) من الدستور نفسه أعلاه.

(3) المادة (19/ثاني عشر/ب) من الدستور نفسه أعلاه.

(4) المادة (37/ثالثاً) من الدستور نفسه أعلاه.

محاكمة فئة خاصة من المتهمين⁽¹⁾. واختصاص هذه المحاكم الاستثنائية، فهو لا يسلب الولاية العامة للمحاكم الجنائية العادية، التي لها الولاية العامة، وتظل ولايتها هذه قائمة رغم تحديد المشرع وحده اختصاصاتها وعلى هذا الأساس فإن الحكم الصادر من محكمة استثنائية في دعوى ليست من نطاق اختصاصها، يعتبر هذا الحكم باطلاً لصدوره عن جهة لا ولاية عامة لها⁽²⁾.

فالمشرع الدستوري الفرنسي في دستور فرنسا الصادر عام 1958، لم يرد فيه النص صراحة على حظر إنشاء المحاكم الاستثنائية⁽³⁾، لكن من الممكن أن نستنبط هذا الأمر من خلال النص الوارد في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في 1789، عندما نص على أن "كل مجتمع ليس فيه أحكاماً لضمان الحقوق ولا يفصل بين السلطات هو مجتمع لا دستور له"⁽⁴⁾، من هذا المنطلق نرى بأن ضمان حقوق الإنسان هي النقطة الفارقة بين المجتمع الذي له دستور، ويميز بوجود أحكام لضمان الحقوق ويفصل بين السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وبين المجتمع الذي ليس له دستور ولا يوجد فيه أحكام لضمان الحقوق ولا يفصل بين السلطات، ومنها حق الدفاع في المحاكمة العادلة، وعلى خلاف ذلك فإن هذا الحق أكثر عرضة للإهدار في المحاكم الاستثنائية وذلك لطبيعتها القاسية بسبب نوعية الجرائم والمجرمين. وتماشياً مع ما تم ذكره فإن هذا الإهدار يتعارض مع تطبيق مبدأ المساواة، وذلك من خلال ضمانته هذا الحق للمتهم في المحاكم العادية خلافاً لما كان يجري في المحاكم الاستثنائية.

(1) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص 682.

(2) فتحي عبد الرضا الجوادى، تطور القضاء الجنائي العراقي، منشورات مركز البحوث القانونية 12، مطبعة وزارة العدل - بغداد، 1986، ص 85.

(3) يلاحظ بخصوص المحاكم الاستثنائية في فرنسا فقد صدر قانون الطوارئ في 1955/4/3 المعد بالقانون الصادر في 1955/8/7 وسمح بممارسة اختصاصات استثنائية من قبل القضاء العسكري أبان فترة الطوارئ، ثم صدر قانون 1963 وأنشأ محكمة أمن الدولة، لكن بعد ذلك بين أن هذه المحكمة قد أحاطها إهدار مبدأ المساواة من خلال انتهاك أهم ضمانته لتطبيقه ألا وهو حياد القضاء واستقلالته، فلهذا السبب تم إلغاء محكمة أمن الدولة بالقانون الصادر في 1981/8/4. للتفاصيل أكثر ينظر: د. جمال صالح عبد الحليم، مصدر سابق، ص 370.

(4) المادة (16) من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789.

أما في مصر⁽¹⁾، فالمشرع الدستوري المصري أشار صراحة إلى أن المحاكم الاستثنائية محظورة في صلب دستور مصر الصادر عام 2014، عندما نص على أن "... والمحاكم الاستثنائية محظورة"⁽²⁾.

وكذلك الحال بالنسبة للعراق⁽³⁾، فقد يحظر المشرع الدستوري العراقي إنشاء محاكم خاصة أو استثنائية أما في دستور جمهورية العراق لعام 2005، فإنه نص على أن "يحظر إنشاء محاكم خاصة أو استثنائية"⁽⁴⁾، ومع ذلك يبقى التساؤل حول مدى دستورية المحكمة الجنائية العراقية العليا⁽⁵⁾، لأن هذه المحكمة تقاضي رموز وأركان النظام

(1) في البداية وبموجب المرسوم بقانون رقم 344 سنة 1952 أنشأت المحكمة الخاصة بشأن جريمة الغدر، وأنشأ محكمة الثورة بالأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة في 16 سبتمبر سنة 1953. للتفاصيل أكثر ينظر: د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص 682.

(2) المادة (97) من دستور مصر الصادر عام 2014.

(3) وتجدر الإشارة إلى تاريخ العراق لا يخلو من المحاكم الاستثنائية أو الخاصة، وخاصة بعد 8/شباط/1963، منها محاكم أمن الدولة الأولى والثانية. وكما شهدت العراق إنشاء محاكم استثنائية أخرى بعد نجاح انقلاب 17/تموز/1968، ومن ثم في 1970 شكلت محكمة خاصة في قصر النهاية لمحاكمة بعض الأشخاص المعيّنين بأسمائهم، فهذه المحكمة لا تكفل أي الضمانات للمتهمين، فأحكامها تقتصر على الإعدام الفوري أو الإفراج في ساحة قصر النهاية. ثم بعد ذلك تشكلت محكمة الثورة، وأحيلت عليها القضايا التي لا يراد للقضاء العراقي العادي النظر فيها، والتي تجد السلطة أنها من القضايا الأمنية التي تخص أمن الدولة، وحددت اختصاصات هذه المحكمة بموجب قانون اختصاصات محكمة الثورة في النظر والفصل في الجرائم المحالة إليها رقم 150 لسنة 1990. للتفاصيل أكثر ينظر: زهير كاظم عبود، مقالة منشورة بعنوان "عواد حمد البندر" على الرابط التالي:

<https://m.ahewar.org/s.asp?aid=81734&r=0>

تاريخ الزيارة: 2022/6/7.

(4) المادة (95) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(5) وتجدر الإشارة أن المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ضد الإنسانية أنشأت بموجب القانون رقم 1 لسنة 2003 من قبل مجلس الحكم العراقي الذي أنشأته سلطة الائتلاف المؤقتة في 13/تموز/2003، فالمجلس هو المفوض بإنشاء المحكمة بموجب الأمر رقم 48 في كانون الأول 2003 الصادر من بول بريمر المدير الإداري لسلطة الائتلاف المؤقتة. ومن ثم انتقلت هذه المحكمة إلى مرحلة أخرى، وذلك بعد أن صدر القانون رقم 10 لسنة 2005، والذي من جانبه ألغى القانون

←

السياسي السابق، بهدف كشف الستار على الجرائم المرتكبة في العراق خلال فترة الحكم التي دامت لمدة 35 سنة. ولا مناص فإن المحكمة يهيمن عليها الطابع السياسي، ومن ثم إنشائها هو سلب الاختصاص من المحاكم الاعتيادية المتخصصة بمحاكمة المجرمين باختلاف مراكزهم القانونية والسياسية والاجتماعية، وباختلاف جسامه جريمتهم وخطورتهم الإجرامية، وفي الوقت نفسه تعارضه مع العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966⁽¹⁾، التي صادق عليه العراق عام 1971، كما أن قانونها يتعارض مع بعض الضمانات المقررة للمتهم في صلب الدستور سواء أكانت الموضوعية أم الإجرائية⁽²⁾.

وعلى خلاف ذلك، فإن من المعلوم أن هذه المحكمة نشأت بعد سقوط نظام الحكم في العراق سنة 2003، على هذا الأساس تعد جزءاً حقيقياً من إجراءات العدالة الانتقالية في العراق، التي تجمع بين الحق في معرفة الحقيقة والحق في العدالة والحق في التعويض و ضمانات عدم العودة إلى مآسي الماضي من جديد، وهو أمرٌ يتطلب مجموعة من الإصلاحات لإقامة دولة القانون، وذلك من خلال الجمع بين بين القانون ومبادئ العدل والإنصاف إلى جانب معطيات سياسية عديدة قد تغطي على القانون في بعض الظروف⁽³⁾.

←

المشار إليه سابقاً، وحل محلها هذا القانون الجديد. وجدير الذكر أن القانون رقم 10 لسنة 2005، صدر من الجمعية الوطنية المنتخبة من قبل الشعب العراقي في انتخابات 2005/1/30. وحيث أن الثابت إصدار هذا القانون الجديد لم يترتب عليه إلغاء القرارات والأوامر الصادرة بموجب قانون المحكمة القديم، حيث تنص المادة 38 من القانون الجديد على أنه "تكون جميع القرارات وأوامر الإجراءات التي صدرت في ظل القانون رقم 1 لسنة 2003 صحيحة وموافقة للقانون". للتفاصيل أكثر ينظر: د. محمد رشيد حسن، المحكمة الجنائية العراقية العليا دراسة في مبادئ العدالة، منشورات أكاديمية التوعية وتأهيل الكوادر، طبعت في مؤسسة حمدي للطباعة والنشر - السليمانية، 2012، ص ص 25 - 27.

- (1) مع نص المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.
- (2) المركز الدولي للعدالة الانتقالية، تقرير عن إنشاء المحكمة الجنائية العراقية العليا وأولى محاكماتها أكتوبر/تشرين الأول/2005، نيويورك، ص 10.
- (3) د. محمد بو سلطان، العدالة الانتقالية والقانون، بحث منشور في مجلة القانون، المجتمع والسلطة، تصدر عن مخبر القانون - جامعة وهران، الجزائر، رقم 2/2013، ص 9.

من هنا نذهب الرأي⁽¹⁾ الذي يعتقد بأن الهدف من إنشاء هذه المحكمة هو الوصول إلى الحقيقة من خلال عملية المقاضاة الجنائية إلى توثيق الأحداث المأساوية التي حصلت في العراق بمقاضاة المتهمين، وتوفيرها لضمانات حقوق الضحايا، من خلال مقاضاة المسؤولين عن الخروقات الجسيمة لحقوق الإنسان، وكذلك تحقيق الردع العام ومنع تكرار أحداث مماثلة في المستقبل، ومن ثم محاولة جادة نحو إنعاش القضاء الوطني وذلك من خلال دمجها لقواعد القانون الدولي الإنساني بالتشريع الجنائي العراقي، ويعتقد بأن الخطوات التي تم اللجوء إليها من المشرع العراقي في القانون رقم 10 لسنة 2003، عند تعديله لقانون تأسيس المحكمة رقم 1 لسنة 2003، بتغيير اسم المحكمة إلى "المحكمة الجنائية العراقية العليا"، لأن التسمية الأولى كانت تتعارض أيضاً مع دستور جمهورية العراق لعام 2005، عندما نص على أن "يحظر إنشاء محاكم خاصة أو استثنائية"⁽²⁾. ومن جانب آخر قد اكتسبت المحكمة شرعية وجودها من الدستور ذاته، وذلك حينما صرح بأن هذه المحكمة تستمر في أعمالها بوصفها هيئة قضائية مستقلة، عندما نص على أنه "تستمر المحكمة الجنائية العراقية العليا بأعمالها بوصفها هيئة قضائية مستقلة، بالنظر في جرائم النظام الدكتاتوري البائد ورموزه، ولمجلس النواب إلغاؤها بقانون، بعد إكمال أعمالها"⁽³⁾. وقضت المحكمة الاتحادية العليا بهذا التوجه في أحد قراراتها وأكدت على ذلك بأن "الدفع بعدم دستورية تشكيل المحكمة الجنائية العراقية العليا لا سند له من القانون"⁽⁴⁾.

والأمر يقتضي عدم الخلط في أنه ليس المقصود بالمحاكم الاستثنائية هي المحاكم الخاصة بفيئة معينة بذواتهم كمحكمة الأحداث، أو معينة بصفاتهم كمحكمة العسكرية، أو معينة بنوع الجريمة كمحكمة مناهضة العنف الأسري⁽⁵⁾، أو معينة بجسامة الجريمة

(1) للتفاصيل أكثر حول هذا الرأي ينظر: د. محمد رشيد حسن، المحكمة الجنائية العراقية العليا دراسة في مبادئ العدالة، مصدر سابق، ص 28 - 33.

(2) المادة (95) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(3) المادة (134) من الدستور نفسه أعلاه.

(4) قرار رقم 45/ اتحادية / 2008 في 2009/4/8؛ منشور على الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا في العراق، مصدر سابق، تاريخ الزيارة: 2022/5/12.

(5) وذلك في المادة (1/3) من قانون مناهضة العنف الأسري في إقليم كردستان - العراق رقم 8 لسنة 2011، عندما نص بأنه "تشكل محكمة مختصة بقضايا مناهضة العنف الأسري وفق قانون السلطة

كمحكمة الجنج أو الجنيات، فمثلاً المحكمة العسكرية هي محكمة خاصة، ولكنها تعد أكثر تحقيقاً للعدالة، بتحقيقها نسبية المساواة، وبعدم إهدارها الضمانات الأساسية لتطبيق مبدأ المساواة على الرغم من مراعاتها لطبيعة شخص المتهم، فهي من جهة تتمتع بالتخصيصية والاستقلالية والحيادية، ومن جهة أخرى لا يوجد في تشكيلها سوى ما يدعم ضمانات المتهم أمامها. تأسيساً على ذلك فقد قرر المشرع الدستوري العراقي في دستور جمهورية العراق لعام 2005، على تنظيم القضاء العسكري واختصاصات محاكمه والأشخاص المشمولين بالمحاكمة أمامه، وذلك عندما نص على أن "ينظم بقانون، القضاء العسكري، ويحدد اختصاص المحاكم العسكرية التي تقتصر على الجرائم ذات الطابع العسكري التي تقع من أفراد القوات المسلحة، وقوات الأمن، وفي الحدود التي يقررها القانون"⁽¹⁾.

يتضح ما تقدم بأن المحاكم الاستثنائية تشكل عامل الخطر على إهدار مبدأ المساواة، وذلك لعدم تركيز تلك المحاكم على تحقيق العدالة، ومن ثم تعتبر خروجاً على ضمانات القاضي الطبيعي، في حين يعد مبدأ القاضي الطبيعي كاملاً مبدئياً لاستقلال القضاء وحياده. ويعد هذا المبدأ نتيجة منطقية لمبدأ المساواة أمام القضاء، حيث يؤكد هذا المظهر على أن من المساواة أن يحاكم كل المواطنين في الدولة أمام قضاء واحد وهو القضاء الطبيعي⁽²⁾.

←

القضائية للإقليم رقم 23 لسنة 2007".

(1) وذلك في المادة (99) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(2) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ص 675 - 676؛ ود. جمال صالح عبد الحليم، مصدر سابق، ص 355.

الخاتمة

توصلنا في ختام هذا البحث إلى جملة من الاستنتاجات والاقتراحات، ومن أبرزها:

أولاً/ الاستنتاجات

1. يعد مبدأ المساواة من المبادئ الأساسية في الدول الديمقراطية، حيث يمثل هذا المبدأ لتطور الفكري الذي شهدت الدول المتمدينة، بعد مرورها بجملة من التغيرات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والثقافية.
2. على الرغم من أن المساواة تعد من الحقوق الطبيعية، لكنها مع ذلك تم الاعتراف بها أيضاً على الصعيد الدولي من إدخال هذا المبدأ والنص عليه والاعتراف به كما ورد في كثير من الاتفاقيات والمعاهدات ومع ذلك الإعلانات الدولية.
3. يعتبر مبدأ المساواة من المبادئ العامة للقانون، ويرتكز عليه جميع القواعد المتعلقة بالحقوق والحريات المتفرعة عن هذا المبدأ.
4. أن للقضاء الدستوري دور عظيم في حماية مبدأ المساواة، لأنه من المبادئ الدستورية المنصوص عليه في الوثيقة الدستورية. لذلك يقتضي من القضاء الدستوري حمايته واستبعاده عن أي خرق وانتهاك.
5. ليس بالضرورة أن ينص المشرع الدستوري على جميع صور الحماية الإجرائية المتمثلة بأصل البراءة وحق الدفاع وحماية الحق في الخصوصية وسرعة إجراءات المحاكمة وإلى آخره، ولكن نجد في غالبية الدساتير الحديثة نصوصاً متعلقة بهذه الحماية الإجرائية لمبدأ المساواة.
6. لم يخلو دستور جمهورية العراق لعام 2005 من الحماية الإجرائية لمبدأ المساواة، إذ نص صراحة على الأصل في البراءة وحق الدفاع وعلانية المحاكمة وحظر إنشاء المحاكم الاستثنائية.

ثانياً/ الاقتراحات

1. نقترح تعديل نص المادة (40) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، بحذف عبارة "إلا لضرورة قانونية وأمنية"، واستبداله بالصيغة الآتية (حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والإلكترونية وغيرها مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت

عليها، أو الكشف عنها، إلا بقرار قضائي مسبب ولمدة محددة وفقاً للأحوال التي يحددها القانون).

2. نقترح إضافة فقرة رابع عشر إلى المادة (19) من الدستور العراقي لتكون على النحو الآتي: (السرعة في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة).

3. نقترح تعديل المادة (19/سابعاً) من الدستور العراقي، ويحل محلها الصيغة الآتية (جلسات المحاكم علنية إلا إذا قررت المحكمة بقرار مسبب جعلها سرية).

4. في ظل تلك التطورات الدولية التي تنادي بأهمية مبدأ المساواة وأساسه الدستوري العميق، نقترح على المشرع العادي أن يقوم بسن قانون خاص بتدعيم مبدأ أصل البراءة، وذلك استجابة للمتطلبات الدولية والدستورية التي تؤكد على أهمية هذا المبدأ في مجال حماية الحريات الفردية. حرياً على ما ذهب إليه المشرع الفرنسي قانون تدعيم البراءة رقم 26 لسنة 2000.

5. نقترح على المشرع الجنائي إدخال نص صريح وواضح ومباشر في قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 المعدل، يمنع الاعتداء على مبدأ أصل البراءة، دون استبعاد أي شخص أو جهة من أحكامه، كرجال السلطة والصحفيين، ومن ثم إلغاء جميع النصوص التي تتعارض مع هذا المبدأ، وذلك من خلال عملية إصلاح تشريعي.

قائمة المصادر

أولاً/ المعاجم والقواميس

1. ابن سيده، المخصص، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1996م.
2. ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009.
3. أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبدالسلام هارون، طبعة دار الكتب العلمية، إيران، دون سنة النشر.
4. فيروز آبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2003.
5. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، المكتبة الإسلامية، دون مكان وسنة النشر.
6. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1967.

ثانياً/ الكتب

1. د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
2. د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، الطبعة الثانية، دار الشروق - القاهرة، مصر، 2000.
3. د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق - القاهرة، 2002.
4. د. أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس، لبنان، 2002.
5. د. جاسم خريبط خلف، معالجات في جديد القانون الجنائي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية - بيروت، 2017.
6. د. حامد راشد، دور المحكمة الدستورية في إقرار مبادئ العدالة الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

7. د. حسام فرحات أبو يوسف، الحماية الدستورية للحق في المساواة - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
8. د. حميد حنون خالد، حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري - بغداد، 2012.
9. د. شحاتة أبو زيد شحاتة، مبدأ المساواة في الدساتير العربية في دائرة الحقوق والواجبات العامة وتطبيقاته القضائية، مكتبة الكتب العربي، دون مكان النشر، 2001.
10. عبد الحسين صباح صيوان الحسون، موسوعة نصوص التجريم والعقاب، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية - بغداد، العراق، 2013.
11. د. عبد الفتاح مراد، شرح الحريات العامة وتطبيقات المحاكم بشأنها، دون الطبع وسنة النشر، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية.
12. فتحي عبد الرضا الجوادي، تطور القضاء الجنائي العراقي، منشورات مركز البحوث القانونية 12، مطبعة وزارة العدل - بغداد، 1986.
13. د. فيصل الشنطاوي، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، 1998.
14. كاثرين ايليوت، القانون الجزائري الفرنسي، ترجمة: د. حمزة محمد أبو عيسى ود. محمد سبلي الشبلي العتوم، الطبعة الأولى، دار الوائل للنشر والتوزيع - عمان، 2020.
15. د. محمد رشيد حسن، المحكمة الجنائية العراقية العليا دراسة في مبادئ العدالة، منشورات أكاديمية التوعية وتأهيل الكوادر، طبعت في مؤسسة حمدي للطباعة والنشر - السليمانية، 2012.
16. د. محمد سعيد مجذوب، النظرية العامة لحقوق الإنسان تطور الحقوق والحريات العامة والآليات القانونية لحمايتها، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2014.
17. د. محمد الطراونة، ضمانات حقوق الإنسان في الدعوى الجزائية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع - عمان، 2003.
18. د. نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.
19. د. يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

ثالثاً/ الأطاريح والبحوث العلمية

أ/ الأطاريح

1. د. جمال صالح عبدالحليم، مبدأ المساواة في القانون الجنائي - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة طنطا، مصر، 2015.
2. د. شالو صباح عبدالرحمن، تدرج القواعد الدستورية دراسة تحليلية مقارنة للدساتير العراقية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة السليمانية، 2018.
3. هديل محمد حسن المياحي، العدول في أحكام القضاء الدستوري في العراق - دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة النهرين، العراق، 2015.

ب/ البحوث العلمية

1. د. شريف يوسف حلمي خاطر، الحماية الدستورية للكرامة الإنسانية - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - مصر، العدد 50، 2011.
2. د. شهاب أحمد عبدالله، دور القضاء الدستوري في حماية مبدأ المساواة - دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 3، الجزء 2، العدد 2، السنة 3، 2019.
3. د. شورش حسن عمر ود. خاموش عمر عبدالله، الحق في المساواة وموقف القضاء الدستوري منه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، المجلد 32، العدد 2، 2017.
4. د. صالح أحمد الفرجاني، مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون - جامعة طرابلس، العدد 6، 2015.
5. د. ماجد نجم عيدان الجبوري، الشرعية الدستورية للقانون الجنائي - دراسة مقارنة في الدستورين العراقي والباغاري، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية - جامعة كركوك، المجلد 4، العدد 13، 2015.
6. د. محمد بو سلطان، العدالة الانتقالية والقانون، بحث منشور في مجلة القانون، المجتمع والسلطة، تصدر عن مخبر القانون - جامعة وهران، الجزائر، رقم 2/2013.

رابعاً/ الإعلانات والمواثيق والعهود الدولية

1. وثيقة إعلان استقلال أمريكا عام 1776، منشور على الموقع الإلكتروني الآتي:

<https://www.aljazeera.net/amp/encyclopedia/events/2015/12/25/%D9%88%D8%AB%D9%8A%D9%82%D8%A9-%D8%A5%D8%B9%D9%84%D8%A7%D9%86-%D8%A7%D8%B3%D8%AA%D9%82%D9%84%D8%A7%D9%84-%D8%A3%D9%85%D9%8A%D8%B1%D9%83%D8%A7-%D8%B9%D8%A7%D9%85-1776>

2. الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789.
3. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.
4. الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان لعام 1948.
5. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966.
6. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.
7. إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لعام 1967.

خامساً/ الدساتير والتشريعات أ/ الدساتير

1. دستور الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1778.
2. ديباجة دستور فرنسا الصادر في 27 من تشرين الأول/أكتوبر عام 1946.
3. دستور فرنسا الصادر عام 1958.
4. دستور جمهورية العراق لعام 2005.
5. دستور مصر الصادر عام 2014.

ب/ التشريعات

المرسوم بقانون رقم 344 سنة 1952 المحكمة الخاصة بشأن جريمة الغدر/ مصر.
الأمر الصادر من مجلس قيادة الثورة في 16 سبتمبر سنة 1953 بشأن محكمة الثورة / مصر.

- قانون المرافعات المدنية العراقية رقم 83 لسنة 1969 المعدل.
- قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 المعدل.
- قانون تدعيم البراءة الفرنسي رقم 26 لسنة 2000.

سادساً/ القرارات القضائية

1. قرار رقم 45/ اتحادية / 2008 في 2009/4/8؛ للمحكمة الاتحادية العليا العراقية.
2. قرار رقم 104/ اتحادية / تمييز/ 2013 في 2013/3/7؛ للمحكمة الاتحادية العليا

العراقية.

3. قرار رقم 121/اتحادية /2018 في 2018/11/13؛ للمحكمة الاتحادية العليا

العراقية.

4. قضية رقم 42 لسنة 16 قضائية دستورية، جلسة 20 مايو سنة 1995، نشر بالجريدة

الرسمية العدد رقم 23 بتاريخ 1995/6/8، قرار محكمة الدستورية المصرية.

سابعاً/ التقارير

1. المركز الدولي للعدالة الانتقالية، تقرير عن إنشاء المحكمة الجنائية العراقية العليا

وأولى محاكمتها أكتوبر/تشرين الأول/2005، نيويورك.

ثامناً/ المواقع الإلكترونية الرسمية

1. الموقع الرسمي للمحكمة الاتحادية العليا العراقية، العراقية <https://www.iraqfsc.iq/index-ar.php>

[.//www.iraqfsc.iq/index-ar.php](https://www.iraqfsc.iq/index-ar.php)

عاشراً/ المقالات

1. زهير كاظم عبود، مقالة منشورة بعنوان "عواد حمد البندر" على الرابط التالي:

<https://m.ahewar.org/s.asp?aid=0&r=81734>

الملخص

مما لا شك فيه أن مبدأ المساواة مر بمراحل عدة، وشهد جملة من التطورات الفكرية والفلسفية، وأشارت إليه معظم القوانين والتشريعات القديمة على مر العصور إلى جانب دعوة المدارس الفكرية والمذاهب الفلسفية إلى ترسيخه في النظام القانوني للدولة، كما ومن المعلوم أن مبدأ المساواة وجوده سابق على الدستور، لذلك لا يقف عند حد معين في تعامل الدستور معه، بل هو بدوره قد يخضع الدستور لحمايته وصيانته، ومن ثم التأكيد على أهميته وقدسيته من خلال نصوصه، وعلى الرغم من أن مبدأ المساواة يعد من أهم المبادئ الدستورية، لكن وجوده في صلب الدساتير قد لا يوفر الحماية الكافية له، بل هو في الوقت نفسه يحتاج إلى تحديد نوعية الحماية المقررة له سواء كانت الحماية دستورية أو قانونية، فإذا كانت الحماية دستورية فما هي صورها؟ وهل هي موضوعية أو إجرائية؟. تدور فكرة هذه الدراسة حول مفهوم مبدأ المساواة وطبيعته بشكل عام، والوقوف على أسس الحماية الدستورية لهذا المبدأ وصورها الإجرائية بشكل خاص.

پوخته

گومانی تیدانی یه که بنه‌مای یه‌کسانی به کۆمه‌ئیک قۆناغی زۆردا گوزهری کردوو، وه گه‌واهیدهری کۆمه‌ئیک په‌سه‌ندنی فیکری و فه‌لسه‌فی بووه، وه به درێزایی سه‌رده‌مه‌کان زۆریک له یاساکان و یاسا کۆنه‌کان ئاماژه‌یان پیکردوو له پال بانگه‌وازکردنی قوتابخانه فیکری و ریچکه فه‌لسه‌فیه‌کان بۆ چه‌سپاندنی له سیسته‌می یاسایی ده‌ولت دا، هه‌روه‌ک ئاشکرایه که بنه‌مای یه‌کسانی بوونی ده‌که‌وینه پیش بوونی ده‌ستور، له‌بهر ئه‌وه له سنوریکی دیاریکراودا بۆ مامه‌له‌کردنی ده‌ستور له‌گه‌ڵیدا ناوه‌ستیت، به‌کو به رۆله‌که‌ی ده‌ستور ملکه‌چ ده‌کات بۆ پاراستنی، وه پاشان جه‌ختکردنه‌وه له گرنگی و پیروزیه‌که‌ی له ریگه‌ی ده‌قه‌کانیه‌وه، سه‌رباری ئه‌وه‌ی بنه‌مای یه‌کسانی به یه‌کێک له گرنگترین بنه‌ما ده‌ستوریه‌کان داده‌نریت، به‌لام بوونی له‌ناو دووتویی ده‌ستوردا پارێزگاری پیوویستی بۆ دابین ناکات، به‌کو له هه‌مان کاتدا پیوویستی به دیاریکردنی جۆری پاراستنه بریار بۆلیدراوه‌که‌یه جا پاراستنی ده‌ستوری بێت یاخود یایی، ئه‌گه‌ر پاراستنه‌که ده‌ستوری بوو ئایا شیوه‌کانی چین؟ وه ئایا بابه‌تی یه یاخود ریکاری؟.

بیرۆکه‌ی ئه‌م توێژینه‌وه‌یه ده‌سوریته‌وه له ده‌وری واتای چه‌مکی بنه‌مای یه‌کسانی و سه‌روشته‌که‌ی به شیوه‌یه‌کی گشتی، و هه‌له‌وه‌سه‌ته‌کردن له‌سه‌ر بنچینه‌ی پاراستنی ده‌ستوری بۆ ئه‌م بنه‌مایه و شیوه ریکاریه‌کانی به شیوه‌یه‌کی تاییه‌ت.

Abstract

There is no doubt that the principle of equality has gone through several stages, and witnessed a number of intellectual and philosophical developments, and was referred to by most of the ancient laws and legislation throughout the ages, in addition to calling on schools of thought and philosophical schools to establish it in the legal system of the state. The constitution, therefore, does not stop at a certain limit in the constitution's dealings with it. Rather, it in turn may be subject to the constitution's protection and maintenance, thus emphasizing its importance and sanctity through its texts, and despite the fact that the principle of equality is one of the most important constitutional principles, its presence in the core of constitutions does not provide adequate protection, Rather, at the same time, he needs to determine the type of protection granted to him, whether the protection is constitutional or legal. If the protection is constitutional, what are its forms? Is it objective or procedural?

The idea of this study revolves around the concept and nature of the principle of equality in general, and the foundations of constitutional protection for this principle and its procedural forms in particular .



مسؤولية متولي الرقابة^(*)

دراسة مقارنة

به پرسیاریتی سه ریه رشتیار - لیكۆلینه وهیه کی به راوردکاری

The Liability for Others - A Comparative Study

الدكتور هوزان عبد المحسن عبد الله^(**)

محاضر في كلية القانون والعلاقات الدولية في الجامعة اللبنانية الفرنسية - أستاذ القانون المدني المساعد كلية القانون - جامعة صلاح الدين

د. هوزان عبد المحسن عبد الله

مامؤستا له فاكهلتى ياسا و پهيوه ندييه نيوده ولته تييه كان له زانكوى فه رهنسى لوبنانى -
پرو فيسورى ياريددهرى ياساى مهدهنى، فاكهلتى ياسا - زانكوى سه لاحهدين

Asst. Prof. Dr. Hozan Abdulmohsin Abdullah

Lecturer in the Department of Law, College of Law and International Relations, Lebanese French University, Erbil, Kurdistan Region, Iraq
Department of Civil Law, College of Law, Salahddin University, Erbil, Kurdistan Region, Iraq

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/2/25،

تاريخ قبول النشر: 2022/4/10

(**) hozan. abduallah@su. edu. krd



مسؤولية متولي الرقابة دراسة مقارنة

الدكتور هوزان عبد المحسن عبد الله

محاضر في كلية القانون والعلاقات الدولية في الجامعة اللبنانية الفرنسية – أستاذ القانون

المدني المساعد كلية القانون - جامعة صلاح الدين

الكلمات المفتاحية:

القانون المدني الفرنسي، المسؤولية المدنية، المبدأ العام للمسؤولية عن فعل الغير، القانون المدني العراقي

كليه ووشه:

ياساي شارستاني فهرانسي، بهرپرسياريتي شارستاني، بنهماي گشتي بهرپرسياريتي له بهرامبر كارهكاني نهواني تر، ياساي شارستاني عيراقى.

Key words: French civil law, Iraqi civil law. Civil liability, superm court, The general principle of the responsibility for others

مقدمة

أولاً: مدخل تعريفي: تعتبر المسؤولية التقصيرية من أكثر مسائل القانون المدني أهمية وأجدرها بالبحث والدراسة، وذلك لما تمتاز به من تطبيق عملي دائم ومستمر، ولارتباطها الوثيق بالحياة الاقتصادية والاجتماعية وبالتالي تطورت وفقاً لتطور هذا الفكر المتغير تبعاً لظروف الحياة. وفي ضوء ذلك جاء بحثنا حول مسؤولية متولي الرقابة " للمسؤولية عن فعل الغير في القانون المدني الفرنسي دراسة قانونية مقارنة " لتأصيل قواعد هذه المسؤولية من خلال تحليل هذا المبدأ الذي يستند عليه القانون الفرنسي وتحليل القرارات القضائية لمحكمة النقض الفرنسية.

ثانياً: أهمية هذه الدراسة: تكمن في كونها تسلط الضوء على قواعد القانون المدني الفرنسي والذي يختلف في العديد من نصوصه عن القانون المدني العراقي الذي يستمد أغلب أحكامه من التشريع الإسلامي. فقد يخرج القاصر من رعاية أبيه أو جده إلى رعاية

شخص آخر فتنقل الرقابة عليه تبعاً لذلك كما لو دخل القاصر مدرسة حيث يذهب التشريع والفقهاء والقضاء في فرنسا بأن الرقابة تنتقل من وليه إلى الشخص المشرف عليه، بينما لم ينص المشرع العراقي على ذلك.

ثالثاً. مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في الإجابة على التساؤلات الآتية: ما هو المبدأ العام لمسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الفرنسي؟ وما هو موقف القضاء في تحديد أساس المسؤولية عن فعل الغير؟ هل تنتقل مسؤولية متولى الرقابة عن فعل الصغير في القانون المدني العراقي من الأب أو الجد إلى المعلم أو المشرف عليه؟

رابعاً. منهجية البحث: وقد جاءت دراستنا لمسؤولية متولى الرقابة دراسة ليست فقط نظرية بل أيضاً تطبيقية انطلاقاً من تطبيقات القضاء الفرنسي والمصري والعراقي للمسؤولية عن فعل الغير مما يؤكد أهمية الموضوع.

خامساً. هيكلية البحث: قسمنا هذه الدراسة إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: المبدأ العام للمسؤولية عن فعل الغير في القانون المدني الفرنسي والقانون المقارن
المبحث الثاني: موقف القضاء الفرنسي والقانون المقارن من أساس المسؤولية عن فعل الغير

المبحث الأول

المبدأ العام للمسؤولية عن فعل الغير في القانون المدني الفرنسي والقانون المقارن.

لتسليط الضوء على الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الفرنسي والقانون المقارن، سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب وحسب الترتيب الآتي:

المطلب الأول: المبدأ العام لمسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الفرنسي والمصري.

المطلب الثاني: المبدأ العام لمسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني العراقي.

المطلب الثالث: النظريات الفقهية التي قيلت في أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه.

المطلب الأول

المبدأ العام لمسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الفرنسي والمصري.

نصت الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي المعدل لعام 2016 على انه "لا تقتصر مسؤولية الإنسان على تعويض الضرر الذي سببه فعله الخاص، وإنما يسأل كذلك عن الضرر الذي نشأ عن أفعال أولئك الأشخاص الذين يسأل عنهم أو عن الأشياء التي قد تكون تحت حراسته"⁽¹⁾.

اعتبرت محكمة النقض الفرنسية ومنذ عام 1930 أن نص الفقرة الأولى من المادة أعلاه تحتوي على مبدئين للمسؤولية التقصيرية وهما المسؤولية عن الأشياء والمسؤولية عن فعل الغير أيضاً، وقد أشار الفقه أيضاً إلى هذه الفكرة⁽²⁾ والتي تشير إلى إن قضاء

(1) L'alinéa 1er de l'article 1242 de code civil français dispose que: On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

قانون مرسوم رقم 131-2016 لتعديل القانون المدني الفرنسي والذي دخل حيز التنفيذ عام 2016 فسابقاً كانت المادة (1384) من القانون المدني الفرنسي الملغى تطبق على المسؤولية عن فعل الغير وحالياً تغير المادة إلى (1242) من القانون المدني الفرنسي.

(2) G. Viney. Traité de Droit civil. Les conditions de la responsabilité LG. D. J. 3éd 2006, ←

محكمة النقض الفرنسية استقر منذ عام 1919 على ان الخطأ المفترض الذي تفترضه الفقرة الأولى من المادة (1242) لا يسقط إلا بإقامة الدليل على توافر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، فلا يعفى المدعي عليه من المسؤولية الا بإثباته العكس، وهذا كان موقف محكمة النقض الفرنسية أيضاً في الحكم الذي أصدرته في قضية (جان دير Jean Heur)⁽¹⁾.

أما الفقيه سافتيه⁽²⁾ فيعتبر إن حارس الشيء لا يظل حارساً إذا هو عهد بهذا الشيء إلى شخص آخر يستخدمه لمصلحته الخاصة ويقول في مؤلفة المعروف عن المسؤولية المدنية " ليس من الضروري إن يكون المسؤول عن الإضرار التي يحدثها الشيء يستخدم أو يستعمل هذا الشيء استخداماً مباشراً وإنما هو ذلك الشخص الذي له اليد العليا على هذا الشيء والذي يفيد من عمله ومن استخدامه في الوقت نفسه"، وبذلك يجوز إلقاء عبء هذه المسؤولية الناجمة عن فعل هذا الشيء الذي تعود فائدة استعماله إلى المتبوع على عاتق تابعه، فالمتبوع مسؤولاً عن الإضرار التي يحدثها تابعه بالغير سواء أكانت ناجمة عن فعله الخاطئ أم كانت نابعة من فعل شيء كان المتبوع قد عهد به إليه، إذ يظل هذا الشيء تحت إدارة المتبوع وحراسته، واعتبر الفقيه سافتيه أيضاً، إن صياغة الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني تظهر لنا وبشكل غير مسبوق إن هناك ترابطاً واضحاً بين المسؤولية عن فعل الغير وبين المسؤولية عن الأشياء، حيث يمكن تطبيق الفقرة السالفة على الإضرار الناجمة عن المباني دون الإخلال بحكم المادة (1244) من القانون المدني الفرنسي والتي وتقضي "انه يسأل مالك البناء عن الأضرار التي تحدث من تهدمه متى كان هذا التهدم قد حدث نتيجة نقص في الصيانة أو عيب في البناء".

أما المادة (1243) من القانون المدني الفرنسي فتقضي " بأن مالك الحيوان ومن يستخدمه خلال فترة الاستخدام مسؤول عن الأضرار التي يحدثها الحيوان سواء بقي

←

n°789, p. 926 et s. DP. 1930, p. 57, Pal. 1930. 1. 393.

. د. حسن علي ذنون المبسوط في شرح القانون المدني. الجزء الخامس - المسؤولية عن

الأشياء. دار وائل للنشر طبعة عام 2006، ص 68.

(1) Cass civ , Chambres réunies, du 13 février 1930, Publié au bulletin.

(2) R. Savatier, La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre ? DH. 1933, ch, p. 81.

الحيوان تحت حراسته أو كان قد ضل". وهذا ما توصلت إليه أيضاً الفقيه هنري مازو⁽¹⁾ في مؤلفه المعنون في المسؤولية المدنية (Traité de Responsabilité civile) وذهب إلى القول إلى ان " الأشياء التي تحت الحراسة " يمكن تعريفها في نفس الوقت " بالأشخاص الذين يسأل عنهم" ويفهم من ذلك انه تبيين إن الجملتين لا تشكل إلا فقرة واحدة ألا وهي الفقرة الرابعة والتالية من المادة (1242)⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم، اعتبر القضاء الفرنسي ومنذ عام 1930 أن الفقرة الأولى من المادة (1242) تعتبر مبدأ عام للمسؤولية عن الأشياء، وعلى الرغم من إن واضعي النص لم يبنوا مثل ذلك ولكن بسبب تطور المجتمع وزيادة الحوادث في مجال المسؤولية المدنية مما أدى إلى ازدياد حاجاته إلى تطوير القانون في مجال المسؤولية التقصيرية وإلى ضرورة إيجاد أساس قانوني للمسؤولية عن الأشياء وللمسؤولية عن فعل الغير ومن أجل وضع الحلول اللازمة للمشكلات التي تواجه المحاكم حيث ذهبوا إلى القول " انه لو قبلنا بوجود مبدأ عام للمسؤولية عن فعل الغير سيكون امراً محرجاً إذ يجب في البداية تطبيق جميع الحالات الخاصة المنصوص عليها في الفقرة (4) من المادة (1242) وجميع هذه الحالات تخضع لقواعد مختلفة حيث من الصعب إيجاد قاسم مشترك فيما بينهم⁽³⁾.

نستنتج مما سبق، ان القضاء الفرنسي اعتبر الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني مبدأ عام للمسؤولية عن فعل الغير حيث لا يستطيع متولى الرقابة التخلص من المسؤولية الا بإثبات السبب الأجنبي.

أما بالنسبة لأساس المسؤولية عن متولى الرقابة في الفقرة الرابعة من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي، فنرى أنها تطرح مسألة الخطأ المفترض على عاتق الأم

(1) V. notamment, P. Esmein in Planiol et Ripert, t, VI, n° 626- G. Marty et Raynaud, les obligations, n° 420.

(2) تنص الفقرة الرابعة المادة (1384) من القانون المدني الفرنسي تنص على "يكون الأب والأم بما لهم من حق الرعاية، مسؤولين على سبيل التضامن عن الاضرار التي تنشأ عن فعل أولادهما القصر الذين يسكنون معهما".

(3) V. notamment M. Puech, L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle,- LGDJ, 1973, n° 121 à 128- P. Robert, Traité du droit des mineurs, n° 265 et s. - D. Layre, et la responsabilité du fait des mineurs, th. Dactyl. Paris I, 1983, p. 170 et s. - J. M. Lhuillier, et médico-sociaux, thèse dactyl. Poitiers, 1996, n° 109 et s...

د. حسن على ذنون المسبوط في شرح القانون المدني. الجزء الرابع- المسؤولية عن فعل الغير.

دار وائل للنشر طبعة عام 2006 ص 156.

والأب على وجه التضامن بخلاف المشرع العراقي الذي يلقي بالمسؤولية على متولي الرعاية (الأب ومن ثم الجد بعد وفاة الأول)⁽¹⁾، ونرى أيضاً ان الفقرة السالفة الذكر، تجعل مسؤولية الراعي تقوم على أساس خطأ مفترض في تربية الطفل وخطأ في رقابته، فعند وقوع الفعل الضار من الصغير يفترض التشريع الفرنسي انه كان هناك خطأ في رقابة الصغير، أي بما معناه ان الأبوين قد قصرا في رقابة وتربية الصغير (*faut de surveillance* et d'éducation).

اما بالنسبة لطرق التخلص من المسؤولية في الفقرة الرابعة من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي، فقط نصت الفقرة السالفة الذكر على انه إذا استطاع الأبوان إقامة الدليل على حسن رقابة الصغير وعدم تقصيرهما في هذا الواجب. فالسؤال الذي يطرح عما إذا كان المضرور يمكن أن يقيم دعواه على أساس التقصير في التربية؟ وعما إذا كان هذا الخطأ بدوره خطأ مفترضا شأنه في هذا شأن الخطأ في الرقابة؟ أم انه خطأ غير مفترض يتحتم على المضرور إقامة الدليل عليه طبقاً لأحكام القواعد العامة؟

كما يثور التساؤل عما إذا كان الصغير الذي صدر عنه العمل غير المشروع، قد ارتكبه في وقت كان رعاية شخص آخر اختاره الأبوان لذلك الاختيار اختياراً سليماً، فهل يظل الأبوان مسؤولين عن نتائج هذا الفعل إلى جانب مسؤولية هؤلاء الأشخاص الذين انتقلت إليهم الرقابة على هؤلاء الصغار أم ان مسؤوليتهما تختفي بقوة القانون لمجرد انتقال الرقابة منهما إلى الغير؟

أجاب الفقه⁽²⁾ على هذا التساؤل بالقول " ان الفقه التقليدي ذهب طوال القرن الماضي، والكثرة الغالبة من أحكام المحاكم الفرنسية حتى الآن إلى ان مسؤولية الأب تقوم على أساس افتراض إخلاله بواجب التربية والرقابة المترتبتين من السلطة الأبوية، أي انهم اعتبروا أساس هذه المسؤولية المفترضة مبنية على قرينة الخطأ المزدوج هو الخطأ في التربية وخطأ في الرقابة". ومن جانب آخر، في كثير من الأحيان يعهد الأبوين أطفالهم إلى شخص آخر لرعايتهم أثناء قضاء الوالدين إجازة أو عند الذهاب إلى العمل، فهل تنقل

(1) الفقرة الأولى من المادة (218) من القانون المدني العراقي تنص على انه 1- : يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير.

(2) Mireille Bacache, *Traité de droit civil: les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Tome 5, Economica, 4^e edition, 2021, p45.

السلطة الأبوية إلى هذا الشخص في هذه الحالة ؟ وهل يمكن مسالة هذا الشخص عند أحداث الصغير ضررا للغير؟

الجواب على هذا التساؤل هو بالنفي، حيث لا يعتبر سكن الولد مع جده الذي يقيم في دار قريبة من دار أبويه تيسيرا لانتقاله إلى المدرسة التي تقع على مسافة قصيرة من دار الجد، لا يعتبر سكن الولد مع جده في هذه الدار اختلافا حقيقيا للمسكن إذ يظل الأبوين مسؤولين عن أفعال ولدهما الضارة، لأنه لا يزال في هذه الحالة تحت إشرافهما ورعايتهما. ففي قضية لمحكمة النقض الفرنسية أصدرت فيها حكم بأن تغيب الأبوين عن المنزل تغيبا مؤقتا، لا يحول دون مساءلتهما عن أفعال ولدهما الضارة التي صدرت عنه خلال فترة تغييبهما، فالتغيب أو الغياب المؤقت عن المنزل ليس اختلافا حقيقيا للمسكن إذ لا يزال على الأبوين واجب الرقابة ورعاية ولديهما القاصر، وقضت بأن الانفصال الودي أو الفعلي لا يحول دون بقاء السلطة الأبوية التي ضمها القانون للأبوين في المادة (376)⁽¹⁾ من القانون المدني الفرنسي، وبناء على ذلك يظل الأبوين مسؤولين عن أفعال ولدهما طبقا للفقرة الرابعة من المادة (1242) من القانون المدني، بصرف النظر عما إذا كان هذا الولد يعيش مع أبيه أو مع امه، ذلك ان الفقرة الرابعة من المادة أعلاه ألفت المسؤولية على كل من الأب والأم وعلى سبيل التضامن، وكل ما في الأمر انه إذا كان الصغير يقيم مع امه، فإذا رجع المضرور على الأب فإن للأب الحق الرجوع على الأم بما دفعه للمضرور من تعويض إذا استطاع نفي الخطأ المفترض في جانبه، ويقال مثل هذا للام إذا كان الولد مقيما مع أبيه ودفعت هي التعويض، وفي غير هذه الحالة يتحمل كل من الأبوين نصف الضرر أو التعويض الذي دفع للمضرور على ما هو معروف في تضامن المدينين.

اما القانون المدني المصري فهو يلقي بهذه المسؤولية في الفقرة الأولى من المادة (173) على كل من يجب القانون أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة لسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية. وان الفقرة الثالثة منها تقرر إعفاء هذا المكلف بالرقابة من المسؤولية إذا استطاع إقامة الدليل على أنه قام بواجب الرقابة، أو استطاع إقامة الدليل على

(1) **Article 376 de code civil francais dispose que** "Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous.

أي بما معناها " ان السلطة الأبوية لا يمكن التنازل عنها أو لا يمكن أن تسقط بدون امر من المحكمة المختصة "

ان الضرر كان سيقع حتى لو قام بواجب العناية اللازمة. يتضح من النص السالف أعلاه، أن مسؤولية متولي الرعاية عن أفعال من هم تحت رعايته مسؤولية مبنية على خطأ مفترض في جانب متولي الرعاية، فعند تعرض المضرور لضرر جراء عمل غير مشروع صادر من القاصر، يستوجب على المضرور إثبات ذلك من أجل تقرير مسؤولية متولى الرعاية لأن القانون فرض عليه واجب الرقابة والرعاية، ومن جانب آخر يستطيع متولي الرعاية التخلص من المسؤولية إذا أثبت ان الفعل الضار الصادر من القاصر كان سيحدث مهما اتخذ من الاحتياطات⁽¹⁾.

نستنتج مما سبق ان أساس مسؤولية متولي الرقابة في القانون الفرنسي والمصري هو الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس حيث يستطيع متولي الرعاية (الأب أو الأم في القانون المدني الفرنسي، وكل من يحتاج إلى رقابة ورعاية في القانون المدني المصري) التخلص من المسؤولية بإثبات إن لم يقصر في الرقابة والتربية.

المطلب الثاني

المبدأ العام لمسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني العراقي

نصت المادة (218) من القانون المدني العراقي على انه "يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير، ويستطيع الأب أو الجد أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت انه قام بواجب الرقابة أو ان الضرر كان لا بد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب".

طبقاً للنص أعلاه اعتبره المشرع العراقي أن مسؤولية متولي الرقابة تقوم على أساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، وهو إخلال من تجب عليه الرقابة، بما ينبغي عليه من واجب القيام به فإذا صدر عن من هو تحت الرقابة عمل غير مشروع ألحق ضرراً بالغير، افترض القانون أن من وجبت عليه الرقابة قد قصر في واجبه، وأن تقصيره أدى إلى ارتكاب الصغير الفعل الضار، بصورة عامة يقع الخطأ المفترض على عاتق متولي الرقابة، وهو خطأ في الرقابة فإن الخطأ المفترض في جانب الأب أو الجد بعد وفاة الأب، إذا كان

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. الجزء الأول، مصادر الالتزام الطبعة الثالثة الجديدة. منشورات الحلبي 2009. ص 1136.

الصغير يقيم في كنفه، هو تقصير في رقابة الصغير أو إساءة تربيته أو هما معاً⁽¹⁾. ويلاحظ ان افتراض هذا الخطأ لا يقوم الا في العلاقة بين متولي الرقابة والمضروب، فهو افتراض قرره القانون لمصلحة المضروب تجاه متولي الرقابة، ولا يجوز أن يقوم ضد الشخص الخاضع للرقابة، ومن ثم لا يجوز للمضروب ولا لمتولي الرقابة أن يحتج به قبل الشخص الخاضع للرقابة، بل يجب للرجوع على هذا إثبات خطأ في جانبه⁽²⁾. ويلاحظ ان لا مانع من اجتماع هذه المسؤولية القائمة على خطأ مفترض والمسؤولية القائمة على خطأ واجب الإثبات، فيجوز للمضروب ان لا يعتمد على الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة، ويتقدم هو بالإثبات في جانبه، فيمنعه بذلك من نفي الخطأ المفترض، ومع ذلك فإن الخطأ المفترض في جانب متولي الرقابة، يبيح القانون نفيه من قبل المسؤول، فهو خطأ مفترض يقبل إثبات العكس، حيث يستطيع متولى الرقابة أن ينفي هذه القرينة بإثبات انه قام بما ينبغي عليه من واجب الرقابة والتربية وأنه اتخذ كل ما يجب عليه من احتياطات لمنع الصغير من الاضرار، إذا كان أباً أو جداً وهو المسؤول في القانون المدني العراقي، ويعتبر تقدير الأمور من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير القاضي دون رقابة محكمة التمييز على تقديره، كما يستطيع المسؤول نفي العلاقة السببية أن الضرر اللاحق بالغير لا علاقة له بالخطأ المفترض في جانبه، وذلك من خلال إثبات أن السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضروب أو خطأ الغير وبين الخطأ المفترض في جانبه، كأن يثبت ان الضرر وقع بصورة مفاجئة وعلى نحو لا يمكن توقعه أو تحاشيه.

ويذهب الدكتور السنهوري إلى القول انه لا مانع من اجتماع هذه المسؤولية ومسؤولية المتبوع عن التابع لأن اجتماع هاتين المسؤوليتين متحقق وفقاً لأحكام القانون العراقي بمقتضى نص المادتين (218 و219)، فإذا عمل قاصر في خدمة شخص وارتكب خطأ أضر بالغير، قام إلى جانب مسؤوليته القائمة على خطأ ثابت مسؤوليتان، الخطأ في

(1) د. عبدالمجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية بغداد طبعة 2007 ص 571. ويتبين من ذلك أن مسؤولية متولي الرقابة تقوم على خطأ شخصي في جانبه، فهي ليست مسؤولية عن الغير كمسؤولية المتبوع عن التابع، بل هي مسؤولية ذاتية قامت على خطأ شخصي افتراضاً ان متولي الرقابة قد ارتكبه فعلاً.

(2) وهذا ما لم يقيم في جانب الشخص الخاضع للرقابة خطأ مفترض من نوع آخر، كما لو كان يسوق السيارة فدعس أحد المارة..

كل منهما مفترض: مسؤولية والد القاصر وتقوم على خطأ مفترض افتراضا يقبل إثبات العكس كما رأينا، ومسؤولية المخدوم الذي يعمل القاصر في خدمته وتقوم في بعض الآراء على خطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، ويجوز للمضرور أن يرجع على كل من متولي الرقابة والمخدوم بكل التعويض، ومن دفع منهما التعويض رجع بنصفه على الآخر، وهذا كله دون الإخلال برجوع كل منهما على القاصر بما دفعه للمضرور⁽²⁾ طبقا لنص المادة (220)⁽¹⁾ من القانون المدني العراقي التي تقضي " للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه". أما إذا رجع على الصغير مميزا كان أو غير مميز، وتقاضى التعويض من ماله، فلا يحق للصغير الرجوع على الراعي بما دفع، لأن الخطأ الذي أوجب المساءلة هو خطأ الصغير لا خطأ الراعي، أما إذا رجع الصغير وكان غير مميز، وتعذر الحصول على التعويض العادل من ماله، جاز للمحكمة أن تلزم الولي الراعي وهو الأب أو الجد، بمبلغ التعويض على أن يكون لكل منهما حق الرجوع على الصغير بما دفع، وفقا لحكم الفقرة الثانية من المادة (191) من القانون المدني العراقي والتي تقضي " إذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر، ان كان صبيا غير مميزا أو مجنوننا جاز للمحكمة أن تلزم الوصي أو الولي أو القيم بمبلغ التعويض. على أن يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر". وهذا هو منحى المشرع المصري أيضا⁽²⁾.

يتضح مما سبق ان أساس مسؤولية متولي الرعاية في القانون المدني العراقي هو الخطأ المفترض في جانب الأب أو الجد بعد وفاة والده أو من تعينه المحكمة بعد وفاة الجد وهذا الخطأ قابل لإثبات العكس.

- (1) تقابل حكم المادة (175) من القانون المدني المصري والتي تنص على " للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولا عن تعويض الضرر".
- (2) مجموعة الأعمال التحضيرية. ج2 ص 4214-422. د. حسن على ذنون. المصدر السابق ص 231.. د. عبدالرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني مصدر سابق.. عبدالباقي البكري. محاضرات في المسؤولية عن عمل الغير. القيت على طلبة الدراسات العليا في القانون المدني سنة 1979. مطبوعة بالرونيو ص128

المطلب الثالث

النظريات الفقهية التي قيلت في أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه.

وضعت عدة نظريات في بيان الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه. واهم هذه النظريات هي الخطأ المفترض وتحمل التبعة والضمان والنيابة والحلول. أولاً: الخطأ المفترض (La faute présumée): هذا الرأي هو أقدم الآراء الخمس، حيث كان هذا الرأي التقليدي هو السائد إلى عهد قريب في فرنسا حيث اعتمد القضاء الفرنسي قديماً هذه الفكرة في العديد من أحكامه، وتعرض هذه الفكرة إلى انتقادات كثيرة، فتخلت عنه معظم المحاكم الفرنسية، ان القانون المدني الفرنسي الذي وضع في مطلع القرن التاسع عشر 1804، تأثر واضعيه إلى حد كبير بكتابات الفقيه المعروف بواتيه الذي عاش حياته كلها في القرن الثامن عشر (1699-1772).

ويرى أنصار هذه النظرية ان الخطأ هو أساس مسؤولية المتبوع في الرقابة أو الخطأ في الاختيار أو خطأ التوجيه أو خطأ فيها جميعاً. وهذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس. فالتابع إذا ارتكب خطأ كان المتبوع مسؤولاً عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائماً في جانب المتبوع، فأما أن يكون المتبوع قد قصر في اختيار تابعه أو قصر في الرقابة أو قصر في توجيهه وهذا التقصير نفترضه افتراضاً، ولا نقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر وقد أخذ بهذا الرأي، كثير من الفقهاء والمحاكم الفرنسية⁽¹⁾.

وقد تعرضت هذه النظرية للعديد من الانتقادات أهمها هي:

أ. لو كانت مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه أساسها افتراض الخطأ افتراضاً غير قابل

(1) د. عبدالرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. مصدر سابق ص 1178-1179. حيث جاء في الموجز فقرة 353 في هذا الصدد ما يأتي: "مسؤولية المتبوع عن تابعه، في الحدود التي بينها، مبنية على خطأ في التوجيه والرقابة وهو خطأ مفروض في جانب المتبوع لا يكلف المدعي بإثباته. وليس على هذا إلا أن يثبت خطأ التابع، فيفرض ان المتبوع قد قصر في توجيه تابعه أو في رقابته حتى ارتكب الخطأ. والخطأ المفروض في جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس. فلا يجوز للمتبوع أن يتخلص من المسؤولية بإثبات انه قد اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لتوجيه تابعه والرقابة على أعماله، كما يستطيع ذلك من يتولى رعاية شخص آخر فيما قدمناه". طلال الحاج. مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في القانون المدني اللبناني والأردني. المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان. طبعة عام 2003. ص 88.

لإثبات العكس لا يمكن للمتبوع أن يتخلص من المسؤولية بنفي العلاقة السببية بين خطأه والضرر الذي حصل وهذا الأمر لا يجيزه الفقهاء بالإجماع.

ب. لو كانت أساس مسؤولية المتبوع هو فكرة الخطأ المفترض لسقطت هذه المسؤولية عن المتبوع إذا كان غير مميز، فغير المميز لا يمكن تصور ارتكابه للخطأ وبالتالي لا يمكن تصور افتراض الخطأ في جانبه، هذا فضلا عن ان انعدام التمييز لدى المتبوع لا يمنع من مساءلته وان نائبة كالولي والوصي يقوم مقامه في الرقابة على التابع وتوجيهه.

ثانيا: نظرية تحمل التبعة (*L' idée de risque*): هذه الفكرة ليست جديدة حيث تمتد جذورها إلى القانون الروماني فلقد أقام الفقيه الروماني المعروف (البيان) مسؤولية صاحب السفينة عن أفعال تابعيه على فكرة تحمل التبعة. تقوم هذه النظرية على أساس تحمل التبعة من جانب المتبوع مقابل ما يستفيدة من نشاط تابعه إذ عليه أن يتحمل تبعه هذا النشاط تأسيسا على قاعدة الغرم بالغنم⁽¹⁾. ومن أهم مميزات هذا النظرية ما يلي⁽²⁾:

أ. لا تجيز للمتبوع التخلص من المسؤولية حتى لو أثبت انه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل الذي سبب الضرر وذلك لأن المسؤولية مبنية على تحمل التبعة ولا ترتفع بهذه الاستحالة، حيث يبقى المتبوع مسؤولا لأن يتحمل تبعه نشاط تابعه بعد انتفاعه بهذا النشاط.

ب. ان نظرية تحمل التبعة تجعل المتبوع مسؤولا ولو كان غير مميز، فهذا الأخير إذا كان لا يجوز قيام مسؤوليته على الخطأ فإنه يجوز قيامها على أساس تحمل التبعة. وقد بحث القانون المدني العراقي هذه الحالات للمسؤولية الخطأ في جانب التابع، فهذا النوع من المسؤولية لا يشترط الخطأ لتحقيقه. ولكن هذا الاعتراض محل نظر فاشترط الخطأ في جانب التابع إنما هو لتقرير مسؤوليته. فإذا تقررت هذه المسؤولية انتقلت إلى عاتق المتبوع على أساس الغرم بالغنم. ويمكن الرد على هذا الاعتراض بأن هذا الانتقال ليس نهائيا، فالمتبوع يرجع على التابع بما يدفعه من تعويض. وإذا كانت

(1) د. محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، بلا دار نشر طبعة 1985 ص 196. وكذلك، خليل جريح، النظرية العامة للموجبات، ج1، ط2، 1962، ص 241.

(2) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني.. مصدر سابق ص 1182-1183.

مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة لما كان له أن يرجع على التابع، لأنه إنما يتحمل نتيجة نشاط يستفيد منه هو، مع ان القانون يعطيه الحق في هذا الرجوع⁽¹⁾.

ثالثاً: نظرية الضمان (L'idée de la garantie): تذهب هذه النظرية إلى ان المتبوع يكفل التابع فيما يرتكبه من خطأ سبب ضرراً للغير، ما دام المتبوع يتمتع بحق الرقابة والتوجيه على التابع، وما دام الخطأ الذي يرتكبه التابع قد وقع منه في أثناء قيامه بعمله. ومصدر الكفالة هنا القانون لا الاتفاق. والمتبوع كفيل للتابع دون أن يكون له حق التجريد، فيجوز للمضروب أن يرجع للمتبوع قبل أن يرجع للتابع⁽²⁾. ويذهب الدكتور عبدالمجيد الحكيم إلى القول إلى ان مصدر مسؤولية المتبوع هو نص القانون. فالقانون كما نعلم مصدر من مصادر الالتزام. وقد قرر المشرع مسؤولية المتبوع مدفوعاً باعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي، وغايته من ذلك التيسير على المتضرر في الحصول على التعويض الذي أصابه، فالمتبوع أملاً (أي بما معناه أيسر حالاً من الناحية الاقتصادية) دائماً من التابع، ولكنه لم يحمله نهائياً مبلغ التعويض بل أجاز له الرجوع على التابع بما ضمنه.

رابعاً: نظرية النيابة (L'idée de la representation): فالتابع نائب عن المتبوع. والنيابة قانونية. فكما يلزم النائب الأصيل بما يقوم به من التصرفات القانونية في حدود نيابته، كذلك يلزم التابع لمتبوع بما يقوم به من أعمال مادية، أي ما يرتكبه من خطأ في حدود تبعيته. فالحدود التي ترسم نطاق مسؤولية المتبوع تفسر هنا أيضاً فكرة النيابة وتبررها، بشرط أن تتسع هذه الفكرة لتتناول التصرفات القانونية والأعمال المادية في وقت معاً.

خامساً: نظرية الحلول (L'idée de la solution): تقوم هذه النظرية على فكرة مؤداها ان التابع يحل محل المتبوع في أعماله بحيث يصبح التابع والمتبوع في حكم الشخص الواحد⁽³⁾. فإذا ارتكب التابع خطأ في الحدود المعروفة، فكأنما المتبوع هو الذي ارتكب

(1) د. عبدالمجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية بغداد طبعة 2007 ص 582.

(2) د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، فقرة 691، ص، 1184. انظر أيضاً ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية ط 4. ص 232-233.

(3) خليل جريح، النظرية العامة للموجبات ج 1. ط 2، 1962. بلا دار نشر. ص 242.

هذا الخطأ، أو نستطيع أن نقول ان التابع هو امتداد لشخصية المتبوع، فما يقترف التابع من خطأ يكون المتبوع هو الذي اقترفه. ويذهب الأستاذ السنهوري إلى القول من الواجب إضافة ان التابع يحل محل المتبوع في التمييز أيضا، فلو ارتكب خطأ وهو مميز وكان المتبوع غير مميز، انتقل تمييز التابع إلى المتبوع عن طريق الحلول فأصبح هذا مسؤولا كذلك.

تللك هي أهم النظريات الفقهية التي قيلت في أساس مسؤولية المتبوع. جديرا بالإشارة ان القانون المدني العراقي اعتبر ان أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه قائمة على الخطأ المفترض في جانب المتبوع ولكنه خطأ لا يقبل إثبات العكس. فيستطيع المتبوع نفي خطئه كما يستطيع الإفلات من المسؤولية بنفي العلاقة بين خطئه المفترض وبين الضرر الذي أصاب الغير بفعل تابعه. وقد خالف الفقه والقضاء الفرنسي والمصري هذا المبدأ الذي أخذ به المشرع العراقي حيث اجمع المشرعان على عدم جواز الإفلات من المسؤولية بنفي العلاقة السببية. ومن جانب آخر أوصى قانون الإصلاح النظام القانوني في العراق بإقامة المسؤولية على عنصر الضرر وتأسيسا على فكرة الضمان. بحيث يكون للمتبوع مسؤولا عن أفعال تابعه الضارة، وان جاز له على التابع إذا نشأ الضرر عن عمده أو خطئه الجسيم. وبهذا اتفقت هذه التوصية مع الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع في القانون الفرنسي والمصري. سبق ان راينا ان المادة 220 من القانون المدني العراقي والتي تقضي: " للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه"، حيث طبقا لهذه المادة إذا دفع المتبوع مبلغ التعويض كان له أن يرجع به على التابع. ولا حاجة بالمتبوع لا ثبات خطأ التابع لأن هذا الخطأ كان من خطأ مفترض في جانبه، كما إذا كان معلم مدرسة ولم يستطيع أن ينفي الخطأ المفترض في جانبه، في مثل هذه الحالة يكون على الحكومة (المتبوع) أن تقيم الدليل على خطأ المعلم، ذلك ان افتراض الخطأ إنما هو في علاقة التابع بالمتضرر لا في علاقة التابع بالمتبوع.

المبحث الثاني

موقف القضاء الفرنسي والقانون المقارن من أساس المسؤولية عن فعل الغير

ارتأينا أن نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب وكالاتي:
 المطلب الأول: التطور القضائي في فرنسا والقانون المقارن.
 المطلب الثاني: مسؤولية الجمعيات التعليمية والاجتماعية والتأهيلية والخدمات المعينة من قبل القاضي.
 المطلب الثالث: مسؤولية متولي الرقابة على أساس الخطأ المفترض غير قابل لا ثبات العكس.

المطلب الأول

التطور القضائي في فرنسا والقانون المقارن

أولاً موقف محكمة النقض الفرنسية (القضية BLIECK).

استمرت محكمة النقض الفرنسية حتى عام 1991، على الرأي الذي اتخذته في عام 1901⁽¹⁾، حيث كانت تفسر المادة (1242) من القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية عن فعل الغير تفسيراً حصرياً، فقد رفضت المحكمة وضع مبدأ عام للمسؤولية التقصيرية بالاستناد إلى الفقرة الأولى للمادة (1242)، ورفضت أيضاً توسيع نطاق المسؤولية عن فعل الغير، وخاصة عندما عرضت عليها أحد الدعاوي في 24/12/1976⁽²⁾، ففي هذه القضية "عهدت أم طفلها الفاصر إلى إحدى المؤسسات الاجتماعية لرعاية الأطفال، واستطاع هذا الصغير من أن يتخلص من رقابة المؤسسة ويهرب وعند محاولته الهروب قام بسرقة سيارة وإعطابها" وقد قامت المحكمة بناء على دعوى قدمها صاحب السيارة ضد دار رعاية الأطفال بإدانة هذه المؤسسة على أساس الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي، وعلى أساس إن المدعى عليه لم يثبت انه لم يستطيع منع الضرر، ولكن

(1) Req. , 21 oct. 1901, 1, p. 32. V. également, Crim. , 15 juin 1934, S. , 1935. I. 397, Gaz. Pal. , 1934. 2. 477. - Civ 2° , févr. 1956, D, p, 410, note Blanc, JCP, 1956. II. 9654, note R. Rodière.

(2) Civ 2° , 24 nov. 1976, D, 1977, p. 595, note C. LarroumetT

قرار المحكمة النقض حينها كان يرد الحكم لعدم وجود مبدأ عام للمسؤولية عن فعل الغير في ذلك الوقت. مما يعني عدم موافقة محكمة النقض الفرنسية على تأسيس مبدأ عام للمسؤولية عن فعل الغير، وأظهرت المحكمة باستمرار هذا العداء تجاه أي توسع في تحديد الأساس القانوني للسلطة الأبوية⁽¹⁾ وقد كانت الفقرة الرابعة من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها بقانون 4 حزيران 1970 تنص "على إن الأب وكذلك المرأة بعد وفاة زوجها، يسأل عن الضرر الذي يحدثه ولده القاصر المقيم معه"⁽²⁾ وبعد صدور القانون المذكور أشرك المشرع الأم مع زوجها في تحمل المسؤولية الناجمة عن أفعال أولادها القصر الذين سيشاركونها في السكن. حيث تنص المادة (1242) بعد التعديلات المشار إليها " لا تقتصر مسؤولية الإنسان على تعويض الضرر الذي سببه فعله الخاص، وإنما يسأل كذلك عن الضرر الذي نشأ عن أفعال أولئك الأشخاص الذين يسأل عنهم أو عن الأشياء التي قد تكون تحت حراسته".

وكان موقف محكمة النقض الفرنسية هو تجنب أي تطور في مجال البحث عن مبدأ عام للمسؤولية عن فعل الغير. وقد أخذت المحكمة هذا الاتجاه الحصري كجزء من مدني على أولئك لأشخاص الذين يخلون بواجب الرعاية لأولئك الأشخاص الضعفاء الذين وضعهم القانون في كنفهم وتحت رقابتهم، لهذا فإن كل محاولة لإيجاد مبدأ عام للمسؤولية عن فعل الغير وأخرجها من نطاق المسؤولية القائمة على فكرة الخطأ محاولة تنطوي على تنكر لإرادة المشرع وتجاهل لنيته وقصده.

ومن جانب آخر، قام قضاء مجلس الدولة الفرنسي في 19/10/1990 بتبني حلول جديدة تتعلق بالمسؤولية التقصيرية مما أثار اهتمام الفقهاء وإحدى تلك الحلول هي اعتراف المحكمة الإدارية العليا بمسؤولية السلطة العامة عن الضرر الذي سببه أحد الأطفال المودع لدى قسم الرعاية الاجتماعية بينما كان في عهدة والديه بالتبني وقد أقامت المحكمة بناء قرارها على أساس الخطأ المفترض وكان اتجاه المحكمة الإدارية مشابهها لاتجاه إحدى الدعاوي القضائية التي استندت إلى الفقرتين الرابعة والسادسة من المادة

- (1) V. par exemple, Crim. , 11 juin 1970, Gaz. Pal. , 1970, Gaz. 1970. 2. 146. -Civ 2° , 9 nov. 1971, D, 1972. J. 75 ; RTD civ. , 1972, p. 400, obs G. Durry. - Crim. , 9 mars 1972, D, 1972, p. 342. - Civ 2° , 29 avr. 1976, JCP, 1978. II. 18793, note N. Dejean de la Battie.
- (2) V. R Legeais, La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des dommages causés par les mineurs, Mélanges Marty, p. 775 et S. , n°9.

(1242) من القانون المدني⁽¹⁾.

وبعد هذا التطور القضائي والإداري في القانون الفرنسي ظهرت واقعة جديدة في القضاء الفرنسي غيرت منحى اتجاه محكمة النقض الفرنسية بخصوص تبني أساس جديد لمسؤولية متولي الرقابة، والذي نادى به منذ وقت طويل الفقهاء الفرنسيين إضافة إلى المحاكم الابتدائية، وأهم هذه القضايا هي القضية المتعلقة ب (بليك)، " حيث كان (BLIECK) شخصا مختلا عقليا⁽²⁾ مودع لدى أحد المركز التأهيل والمساعدة للمصابين بالعاهاات والأمراض العقلية وهذا المركز كان مركزا أهليا وجزء من جمعية خاصة متعدد الأغراض حيث عهد إليه القيام بالعديد من المهام الخاصة بإحداها بإزالة الغابات، ومن خلال قيام المركز بعمله في المساعدة في إزالة الغابات قام هذا الشخص بإشعال حريق في الغابات وهذا الحريق أدى إلى تدمير العديد من الهكتارات من الغابات مما سبب ضررا كبيرا لأصحاب هذه الغابات، وبالنتيجة رفع الضحايا دعوى قضائية أمام محكمة البداية تويل (Tulle) وكان دفع الضحايا ضد هذا المركز مبنيا على أساس المسؤولية في الخطأ في الرقابة، ثم قدم المركز التأهيلي طعنا لقرار محكمة تويل مستنده في طعنها إلى إن المركز يعطي قدرا من الحرية أثناء النهار للأشخاص تحت الرعاية وخلال هذه الفترة التي لم يكن للمركز القدرة على رقابة نشاط هؤلاء الأشخاص، ومع ذلك فإن محكمة استئناف ليموج (Limoges)، لم تنتكر لفكرة الخطأ في الرقابة ولم تؤكد في نفس الوقت ولكنها أدانت المركز التأهيلي على أساس الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي، واعتبر قرار محكمة الاستئناف سابقة قضائية في حد ذاته لأنه منذ زمن طويل كانت محكمة النقض الفرنسية تعتبر هذه الفقرة مبدأ عاما للمسؤولية عن الأشياء ولم تقبل أبدا بتفسيرها على أساس إن تكون مبدأ عاما للمسؤولية عن فعل الغير⁽³⁾.

وقد برر قاضي محكمة الاستئناف ليموج قراره هذا على أساس المخاطر الناشئة في

تنص الفقرة السادسة من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي ". ويسأل المعلمون وأصحاب

الحرف عن الاضرار التي يحدثها تلامذتهم أو صبيانهم ما داموا تحت إشرافهم.

- (1) CE Section 19 oct 1990, Ingremeanu, Rec. française droit adm. , 1991, p 691, commentaire P. Bon. V. sur cet arrêt, J. M. Lhullier, La responsabilité civile , administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux th. Poitiers. 1996 n° 190 et s.
- (2) Cour de Limoges, 23 mars 1989, Resp. civ. Et assur. , nov. 1989, Com. , n°361, obs. H. G.
- (3) G. Viney, op. cit. , n°790, p. 938 et s

وقت العمل عن طريق استخدام طرق حديثة للعلاج ومدى توافر بوليصة تأمين⁽¹⁾. وقد توقع قضاة محكمة استئناف ليموج إن قرارهم سوف يتعرض للنقض كغيره من القرارات التي كانت محكمة النقض الفرنسية تعارض تفسيرها وخاصة على أساس الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي، ولكن توقع محكمة الاستئناف لم يكن في محله فقد اجتمعت محكمة النقض الفرنسية بجلسة غير اعتيادية بطلب من الغرفة المدنية الثانية والتي في البداية نقضت بنفسها قرار محكمة ليموج وبعد ذلك النقض وافقت بنفسها على قرار محكمة ليموج وذلك بالاستناد إلى الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي كمبدأ عام للمسؤولية عن فعل الغير وكان ذلك أول مرة تعترف فيه محكمة النقض الفرنسية بالأخذ بهذا المعيار، وكانت نتيجة الاجتماع "حيث بعد التدقيق والمداولة بما إن المركز الذي كان يدار من قبل جمعية تعنى بمساعدة الأشخاص المصابين بالأمراض العقلية داخل بيئة محمية من المخاطر، وكان صاحب الفعل الضار الذي سبب الحريق يخضع لنظام ينطوي على الحرية الكاملة للحركة أثناء النهار... وكانت النتيجة إن المركز قد قبل المسؤولية عن تنظيم ومراقبة نزلائها على أساس دائم أي طول الليل والنهار... وقد قررت محكمة الاستئناف في ليموج إن المركز مسؤول عن الإضرار التي سببها الشاب المختل عقليا وطبقا للفقرة الأولى للمادة (1242) من القانون المدني وإلزام المركز بتعويض الضحايا عن الضرر الذي لحقهم". وقد شكلت هذه الواقعة سابقة قضائية مهمة في ما يتعلق في تعدد الحالات الخاصة للمسؤولية عن فعل الغير المنصوص عليها في الفقرة الرابعة وغيرها من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي.

ومن جانب آخر، فإن الحل الذي قدمته محكمة ليموج، جعلت من محكمة النقض مجتمعة بغرفتيها المدنية الأولى والثانية (L Assemblée Plenièr) أن تحدد عددا من الحالات التي توصلت إليها محكمة الاستئناف من أجل تطبيق الفقرة الأولى من المادة

(1) « Attendu que cette pratique(travail en milieu libre des handicapé manteaux) génératrice de risque, tant pour les biens que les personnes, se saurait avoir conséquence des dommages non réparables alors que le principe de l'indemnisation des victimes s'inscrit désormais dans l'éthique politique et sociale ; Attendu que c'est donc à bon droit que les victimes ... invoquent à titre principal les dispositions de l'art. 1384. al. 1^{er} qui énoncent le principe d'une présomption de responsabilité du fait des personnes dont on doit répondre ; ce qui correspond à la situation de l'appelante par rapport à l'auteur du dommage... ; qui aussi bien l'association concernée avait souscrit une assurance couvrant les risques inhérents à son activité ».

(1242) واعتباره مبدأ عاماً للمسؤولية عن فعل الغير⁽¹⁾.

وفيما يلي نذكر أهم الاستنتاجات لمحكمة التمييز " إن قاضي محكمة الاستئناف قد اتخذ قراره بشكل صحيح (A bon Droit) وكانت النتيجة أدانة الجمعية عن الأضرار التي سببها الشاب المختل عقلياً، على أساس الفقرة الأولى من المادة (1242) " ويرى قضاة محكمة النقض أولاً إن المركز الذي يعتبر جزءاً من الجمعية قد حدد شروط من أجل قبول الأشخاص المصابين بأمراض عقلية، وإحدى هذه الشروط هي أن يتحمل المركز مسؤوليته عن كافة المخاطر التي يسببها نزلاتها المعوقين، أي قبول المركز تحمل المسؤولية الكاملة (Acceptee) وثانياً يقوم المركز بتنظيم وإدارة شؤون حياة نزلاتها.. " ونستنتج من ذلك توافر هذه الشروط تؤدي بالنتيجة التي تطبق الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني⁽²⁾.

وقد ظهرت هذه الفكرة الجديدة في القانون الفرنسي التي تستند على " تنظيم والسيطرة وإدارة شؤون الأشخاص المعوقين " من قبل المراكز التأهيلية المعنية بهذا الموضوع (L organization et le controle de mode vie) وفكرة (L Organisation du mode de vie) أي بما معناه " الاهتمام بحياة الأشخاص المصابين بأمراض عقلية وتأهيلهم اجتماعياً لجعلهم أفراد صالحين (تتمتع هذه المراكز التي تعنى بهؤلاء الأشخاص بسلطة عليهم تشبه في حد ذاتها بالسلطة الأبوية (autorite parentale)⁽³⁾.

وإما عن فكرة (Controle mode de vie) يقصد بها (إدارة ورعاية ورقابة شؤون نزلاتها)⁽⁴⁾ وبشكل مباشر والسيطرة على نشاطاتهم التي يحبون ممارستها. وفقاً لذلك إن المركز قد قبل على عاتقه مهمة السيطرة والإدارة على هؤلاء الأشخاص المعاقين بشكل كامل وطول فتر التأهيل، وقد لاحظ ذلك أيضاً المعلقين على هذا القرار حيث أشاروا إلى ضرورة وضع استثناء على هذه القاعدة تستثني بعض الأشخاص وتجنّبهم عبء المسؤولية ومثل على ذلك حاضنات الرضيع⁽⁵⁾. كل هذه التوضيحات بشأن مهمة

(1) G. Viney. op. cit, n° 789-9, p. 940 et s.

(2) V. J. B. Donnier, th. Préc. , n°354.

(3) V. J. B. Donnier, th. Préc. , n°349 et 352.

(4) V. J. B. Donnier, th. Préc. , n°349 et 350.

(5) V. G. Viney « vers un élargissement de la catégorie des personnes dont répondre: la perte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'art. 1384 al, 1^{er} « », D. , 1991, ch. , p. 157, spécialement, p. 160, 161.

الجمعيات التي تعنى بالأشخاص المصابين بالأمراض العقلية تعتبر ضمانات حقيقية " التزام قانون" ناشئ عن التزام طوعي⁽¹⁾ بقبول نمط إدارة حياة هؤلاء الأشخاص بشكل مستمر (Permanence) طول فترة الإقامة في المركز.

واستنتاج آخر توصلت إليه محكمة النقض لعب دورا كبيرا في تفسير هذه الحالة وهي إن هؤلاء الأشخاص المعوقين والمصابين بأمراض عقلية يعيشون داخل مركز خاضع لنظام حماية وفي نفس الوقت يتمتعون بقدر من الحرية والحركة أثناء النهار، حيث استنتجت محكمة التمييز الفرنسية " بعد الإطلاع والتدقيق والمداولة إن هدف المركز هو استضافة الأشخاص المعوقين والمصابين بأمراض عقلية حيث يتمتع هؤلاء النزلاء ببيئة محمية وكان (بليك) خاضع لهذا النظام مع الحرية الكاملة أثناء النهار ". هذا التناقض بين فكرة الحماية والتمتع بقدر من الحرية التي دفعت على الأقل في إقرار جزء من هذا القرار. ونلاحظ إن فكرة الحماية لهؤلاء الأشخاص لأنهم يتمتعون بحالة عقلية وجسدية خاصة تستوجب حمايتهم⁽²⁾.

ثانيا: موقف القضاء في مصر والعراق من أساس المسؤولية عن فعل الغير⁽³⁾:

يتفق الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر على ان مسؤولية الشخص عن أفعال من هم تحت رعايته مسؤولية قائمة على خطأ مفترض في جانب من له الرعاية، وعلى ان الافتراض هنا افتراض بسيط قابل لإثبات العكس، وهذا ما ذهبت إليه الفقرة الثالثة من المادة (173) من القانون المدني المصري تقضي بأنه " ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت انه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية " وبمثل هذا تقضي الفقرة الثانية من المادة (218) من القانون المدني العراقي، وقد جاء في الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري حول الفقرة الثالثة للمادة (173) ما يلي " وأخيراً يقرر المشروع صراحة ان مسؤولية الشخص عن هم تحت رعايته أساسها قرينة الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، يفترض ابتداء أن الفعل الضار نشأ عن تقصير في الرقابة إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك. إذا أقيم الدليل على خطأ من وقع منه الفعل الضار ترتبت مسؤوليته وفقا

(1) V. J. B. Donnier, th. Préc. , n°354.

(2) V. J. B. Donnier, th. Préc. , n°356.

(3) د. حسن علي دنون، المبسوط في شرح القانون المدني ج4، مصدر سابق ص 186.

لأحكام القواعد العامة، أما من أنيطت به الرقابة عليه فيفترض خطؤه باعتبار انه قصر في أدائه واجب الرقابة. ولكن يجوز له، رغم ذلك أن ينقض هذه القرينة بإحدى وسيلتين: فأما أن يقيم الدليل على انتفاء الخطأ من ناحيته، بأن يثبت أنه قام بقضاء ما يوجبه عليه التزام الرقابة، وان خطأ من أحدث الضرر يرجع إلى سبب غير معلوم لا ينبغي أن يتحمل تبعته. أو أن يترك قرينة الخطأ قائمة ولكنة يعمد إلى نفي رابطة العلاقة السببية بين ذلك الخطأ المفترض وبين العمل الضار الذي اقترفه من هو تحت رقابته أو رعايته، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن مقتضى نص المادة(173) من القانون المدني يجعل الوالد مسؤولاً عن رقابة ولده القاصر الذي لم يبلغ خمس عشر سنة أو بلغها، وكان في كنف والده ويقيم من ذلك مسؤولية مفترضة في حق من وجبت عليه الرقابة تبقى إلى أن يبلغ سن الرشد مالم يقيم به حاجة تدعو إلى استمرار الرقابة عليه، أو إلى أن ينفصل في معيشة مستقلة وهي بالنسبة للوالد تقوم على قرينة الإخلال بواجب الرقابة وعلى افتراض أنه أساء تربية ولده أو على الأمرين معاً، على ان هذه المسؤولية المفترضة يمكن إثبات عكسها وعبء ذلك يقع على كاهل المسؤول الذي يجب لكي يتخلص من مسؤوليته طبقاً للفقرة الثالثة من المادة(173) من القانون المدني أن يثبت انه قام بواجب الرقابة أو يثبت ان الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف محكمة النقض المصرية من أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعة فإنه يتميز بالبروز والوضوح وعلى الرغم من ذلك فإن قرارات المحكمة المصرية قد تباينت بشأن الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية حيث اعتبرت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بأن أساس مسؤولية المتبوع هو الخطأ المفترض حيث قالت " من المقرر ان القانون المدني إذ نص الفقرة الأولى من المادة (174) على ان المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها، قد أقام هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس⁽²⁾.

(1) نقض جنائي في 14\5\1956 مجموعة أحكام النقض الجنائية 7 رقم 202 ص 718. د. عبدالرزاق السنهوري. الوسيط. ص 1138.

(2) عبدالمعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية \ الكتاب الأول، ج3، المسؤولية عن فعل الغير، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1977، ص 107 قاعدة رقم

أما في العراق فنحن أمام نصين مختلفين في الحكم بالنسبة لمسؤولية الشخص عمن من هم تحت رعايته وهاتين المادتين همل(191 و218)⁽¹⁾. فنص المادة (218) هي مسؤولية الراعي عمن هم تحت رعايته، وهي قائمة على فكرة الخطأ المفترض تقع بصفة أصلية وإجبارية في جانب الأب أو الجد الذي يتولى الإشراف على الصغير ورعايته، حيث يستطيع الأب أو الجد أن ينفي الخطأ عن نفسه أو بنفي السببية ويترتب عليها إلزام الأب أو الجد بالتعويض الكامل وفقا للقواعد العامة، في حين أن نص المادة (191) هي مسؤولية احتياطية لا علاقة لها بفكرة الخطأ الذي يعزى إلى من له الرعاية على الصغير أو من في حكمة (الولي أو الوصي أو القيم) وإنما هي مسؤولية قائمة على فكرة الضمان كما قررها فقهاء الشريعة الإسلامية، ويمكن تطبيق هذا النص على الأب أو الجد وهي مسؤولية غير قابلة لإثبات العكس، حيث في حالة تعذر الحصول على التعويض من أموال الصغير يجوز للمحكمة أن تلزم الولي أو الوصي أو القيم بمبلغ التعويض والذي تراعي المحكمة مركز الخصوم.

ومن جانب آخر، ان الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المتبوع في القانون العراقي هي فكرة الخطأ المفترض ولا مجال في القانون العراقي سوى الأخذ بهذه الفكرة، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (219) على ان المتبوع الذي ذكرته الفقرة الأولى من المادة يستطيع التخلص من المسؤولية إذا ما أقامه الدليل على انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر، أو إذا ما أقام الدليل على ان الضرر كان لا بد واقعا حتى لو انه بذل هذا القدر من العناية.

فالمشرع العراقي إذن يقيم مسؤولية أولئك المتبوعين على فكرة الخطأ المفترض

←

.1460

(1) حيث تنص المادة (191) على: 1. إذا اتلف صبي مميزا كان او غير مميز أو من في حكمهما مال غيره ألزمه الضمان من ماله. 2. وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر، ان كان صبيا غير مميزا أو مجنوناً... جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون الرجوع لهذا بما دفعه على من وقع منه الضرر. 3. عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لا بد للمحكمة أن تراعي مركز الخصوم" وتنص المادة 218 على " 1. يكون الأب ثم الجد ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير. 2. ويستطيع الأب أو الجد التخلص من المسؤولية إذا أثبت انه قام بواجب الرقابة أو ان الضرر كان لا بد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب".

يجعل من هذه القرينة بسيطة يستطيع المتبوع التخلص من هذه المسؤولية إذا هو أثبت أن بذل العناية التي ينبغي عليه بذلها للحيلولة دون وقوع الضرر، وان الضرر كان واقعا حتى لو بذل هذا القدر من العناية، هذا بالإضافة إلى أنه يستطيع التخلص من المسؤولية إذا أقام الدليل على أن ما حدث من ضرر إنما كان نتيجة سبب أجنبي (قوة قاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه)، ويقدر قاضي الموضوع الذي بذله المتبوع من العناية بمنع وقوع الضرر.

المطلب الثاني

مسؤولية الجمعيات التعليمية والاجتماعية والتأهيلية والخدمات المعينة من قبل

القاضي.

أكبر فئة يمكن أن تشملها الآن هي الجمعيات التعليمية⁽¹⁾ وخدمات التأهيل المؤسسي والاجتماعي التي تم تشكيلها من قبل محكمة الجنايات أو المحاكم المدنية لتقديم المساعدة التعليمية للقيام بمهمة المراقبة على الأطفال القصر، أو الذين يعانون من عجز أو عدم الكفاية الاجتماعية. بما أن الدعاوي القضائية في هذه النقطة قليلة للغاية⁽²⁾، وأنه من الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي، بالاستناد إلى الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني⁽³⁾، وافق على حل مماثل في 11 / 2 / 2005، أنه "عندما عهد قاصر لخدمة الحماية القضائية للشباب على أساس المواد (375)⁽⁴⁾ وما يليها من القانون المدني

(1) G. Viney, op. cit. , n° 789-16, p. 949 et s.

(2) V. crim. 4 janvier 1995 précité ; Civ, 2, 24 janvier 1996, Ball. Civ. II, n° 16, LPA, 14 juin 1996, note A. Batteur ; Crim. , 10 octobre 1996, Ball, crim, n° 357, D, 1997, p. 309, note M. Huyette, JCP, 1997, II, 22833, note F. Chabas ; Crim. , 26 mars 1997, 3 arrêts, Ball. Crim. , n°124 ; Crim. 15 juin 2000, Ball, crim. , n° 233 ; Civ, 2, 6 juin 2002 é arrêts, Ball, civ, II, n° 120 ; Civ, 2, 22 mai 2003, Ball, civ. , Ball, n° II, n° 157 ; Civ. 2, 7 mai 2003, D. 2003, p. 2256, note M. Huyette, Ball, civ, II, n° 129.

(3) لا تقتصر مسؤولية الإنسان على تعويض الضرر الذي سببه فعله الخاص، وإنما يسأل كذلك عن الضرر الذي نشأ عن أفعال أولئك الأشخاص الذين يسأل عنهم أو عن الأشياء التي قد تكون تحت حراسته".

(4) Si la santé ou la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger , ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par la justice à la requête des père ou mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié, ou du tuteur , du mineur lui-même ou du ministère public. le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel .

←

الفرنسي، المسؤولية دون خطأ للدولة قد تكون مسؤولية عن أي أضرار يسببه هؤلاء القصر للغير"، وان" مثل هذه المسؤولية لا تنشأ عن الممارسة الفعلية للمراقبة والسيطرة الفعلية، ولكن عن طريق السلطة القضائية وتنظيم لأسلوب حياة هؤلاء القصر، وهذه المسؤولية يحددها القاضي".

عموما ان المؤسسات التي يتم تحديد مسؤوليتها هي في الغالب أشخاص معنوية، لكن القاضي يستطيع أيضاً أن يضع الأطفال في رعاية شخص أو عائلة، ولكن المحكمة الجنائية، والدائرة المدنية الثانية لمحكمة النقض قد استخدمت صيغة أخرى ساوى من خلالها الأشخاص المعنوية والطبيعية وحددت لهما مهمة الرعاية والرقابة بصورة مستمرة ودائمة، وأي ضرر يسببه الأطفال أو الأشخاص الخاضعون تحت رعاية هذه المؤسسات يجعلها مسؤولة عن تعويض الغير لهذه الأضرار.

يتضح مما تقدم، ان محكمة النقض الفرنسية حددت موقفها من الجمعيات التعليمية والهيئات التأهيلية التي تعنى برعاية القصر والمعينة من قبل المحكمة وجعلتها مسؤولة على أساس الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي.

ومن جانب آخر، قضت المادة (120) من القانون المدني العراقي بأن "ولي الصغير أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة" ونصت المادة (27) من قانون رعاية القاصرين العراقي لسنة 1980 على ان ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة " ونصت المادة (34) من هذا القانون بأن "الوصي هو من يختاره الأب لرعاية شؤون ولده الصغير أو الجنين ثم من تنصبه المحكمة على أن تقترح الأم على غيرها وفق مصلحة الصغير فإن لم يوجد أحد منهما فتكون الوصاية لدار رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصيا".

يتضح مما تقدم ان لدار رعاية القاصرين مهمة رعاية ورقابة القاصرين بصورة

←

" أي بما معناه " إذا تعرضت صحة أو امن أو التعليم المدرسي للصغير للخطر، أو إذا كانت ظروف دراسة القاصر مهددة بالخطر بشكل لا يستطيع ممارسة الدراسة يستطيع الوصي أو المشرف على تربية القاصر أن يطلب من المحكمة وبموافقة الأبوين معا أو أحدهما، أو الولي أو الوصي الذي عينته المحكمة على القصر، حيث يقوم القاضي وبشكل استثنائي بناء على هذا الطلب بتعليق أو رفع السلطة الأبوية عن أحد الأبوين أو عن الوصي.

مستمرة ودائمة وهي جهة مخولة ومعينة من قبل القاضي لرعاية ورقابة الصغير واي ضرر يسببه هؤلاء القصر للغير تحدد مسؤولية هذه المؤسسة الاجتماعية على أساس المادة (191)⁽¹⁾ من القانون المدني العراقي باعتبار ان دار رعاية القاصرين وصي للصغير ومعين من قبل المحكمة لرعاية ورقابة الأطفال القصر.

المطلب الثالث

مسؤولية متولي الرقابة المبنية على أساس الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس

أشار الفقه الفرنسي⁽²⁾ وعلى رأسهم الأستاذة (G. Viney) في مؤلفها مقدمة في المسؤولية المدنية (Introduction à la responsabilité) حول سلطة الرقابة على الأشخاص فليس لها قاعدة قانونية ثابتة وتذهب إلى القول "أحيانا عندما يكون القاصر تحت رعاية ورقابة شخص آخر غير والديه، ويكون هذا الطفل القاصر في حضانة هذا الشخص بصفة طوعية أي وضع من قبل أهله بصفة مؤقتة وبدون أن تكون هنالك تدخل من قبل السلطات القضائية، وفي كثير من الأحيان يكون الجد والجددة هم من يتولون رعاية أحفادهم بصفة طوعية ولفترات محددة ومعينة أيضاً ويمكن أن يكونوا تحت رعاية أشخاص آخرون من العائلة مثلاً، وقد رفضت محكمة النقض إدانة هؤلاء الأشخاص (الذين يقومون برقابة ورعاية الأطفال القاصرون بصفة طوعية ومؤقتة) عند تعرض الغير لضرر على أساس الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي. وقد تبنت الدائرة المدنية لمحكمة النقض هذا الموقف في إحدى الدعاوي في 18/9/1996⁽³⁾.

وفي واقعة قضائية أخرى عندما كان أحد الأطفال في حضانة جدته وعمته يقضي عطلة أو إجازته المدرسية، حيث تسبب هذا الطفل بحادث سير عندما كان يلعب

(1) وإذا تعذر الحصول على التعويض من أموال من وقع منه الضرر، ان كان صبيا غير مميزا أو مجنوناً... جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض على أن يكون الرجوع لهذا بما دفعة على من وقع منه الضرر

(2) G. Viney, op. cit., n° 789-18, p. 951 et s.

(3) Bull. civ. , n° 217, Resp. civ et assur. , 1996, com. 376, JCP, 1996, IV, 2208, obs. M. -C. Lebreton , LPA, 24 févr. 1997, « Vers une interprétation restrictive de la jurisprudence Blicq ? », P. Jourdain, obs. RTD civ. , 1997, p. 436, D. , 1998, p. 118, note M. Rebourg. V. également, de façon plus implicite, Civ. 2, 25 janv. 1995, Bull. civ. , II, n° 29.

بدراجته الهوائية، وقد رفع المضرور دعويين الأولى ضد والدي الطفل واعلن مسؤوليتهما على أساس الفقرة (4) من المادة (1242) ودعوى أخرى ضد الجدة والعمة على أساس الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني، وقد استطاع أهل الطفل التخلص من المسؤولية وذلك عن طريق الدفع بشرط الرقابة حيث كان الطفل تحت عناية ورقابة جدته وعمته وقت الحادث وفي ذلك الوقت كان لهم القدرة على التخلص من المسؤولية عن طريق إثبات عدم تحقق شرط الرقابة، وقد أقرت المحكمة مسؤولية الجدة والعمة، ولكن قرار المحكمة نقض في الاستئناف لعدم تحقق شروط تطبيق الفقرة الأولى من المادة (1242). وقد ردت محكمة النقض الدعوى وإدانة الأبوين على أساس الفقرة (4) من المادة (1242) وذهبت إلى القول إلى أن فترة إقامة الطفل مع جدته وعمته كانت قصيرة وظروف تطبيق الفقرة (1) من المادة (1242) لم تتوفر أو تتحقق.

نستنتج إلى أن عندما تكون فترة إقامة الأطفال طويلة لدى الغير تستطيع المحكمة تطبيق الفقرة الأولى من المادة (1242) حيث أن أحد شروط تطبيق هذه الفقرة هي قيام الجدة والعمة بتنظيم وإدارة ورقابة حياة الطفل بصفة دائمة ويومية⁽¹⁾. وفي قضية أخرى في 8/2/2005، طفل عمرة 13 عاما تسبب بضرر للغير وكان يقيم في دار جدته منذ 12 عاما دون أن تكون لجدته أي سلطة أبوية ممنوحة لها من قبل الأبوين أو من قبل المحكمة ودون أن تكون لها حق الرعاية، وقد أقرت محكمة الاستئناف مسؤولية الجدة وليس مسؤولية الأبوين ولكن هذا القرار تم نقضه من قبل محكمة التمييز حيث أن الدائرة الجنائية لمحكمة التمييز حكمت بما يلي "الظروف التي أدت إلى وضع الطفل القاصر تحت رعاية جدته لم توفّر شرط المساكنة مع أبويه"، وقد ردت الدعوى على أساس الفقرة الرابعة من المادة (1242) ويوضح ذلك تحفظ المحكمة لتطبيق الفقرة الأولى من المادة (1242) بالنسبة للأشخاص الذين يتولون رعاية الأطفال القصر بطريقة طوعية.

ينضح مما تقدم ذكر إن المحاكم الفرنسية لم تقر مسؤولية الأشخاص الذين يرفعون الأطفال القصر بطريقة طوعية على أساس الفقرة الرابعة من المادة (1242). حيث يكون الأهل (الأب وإلام) مسؤولين في معظم الأحيان على أساس الفقرة الرابعة من المادة (1242) إذا كانت فترة الإقامة قصيرة لدى الغير.

(1) CA Montpellier, 7 déc. 1995, inédit, Jurisdata, n°034284 ; Civ. 2, 5 janvier 2004, Bull. civ. , II, n° 50.

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي، فلا يعتبر المساكنة شرطا لقيام مسؤولية الأب أو الجد عن فعل الغير كما تقرره الفقرة الأولى من المادة (218)⁽¹⁾ من القانون المدني، أو شرطا لمسألة الولي أو القيم أو الوصي عن أفعال الصبي المميز أو الغير مميز أو من في حكمهما كما تقضي بذلك المادة (219)⁽²⁾ ويتفق المشرع المصري مع نظيره العراقي في هذه المسألة⁽³⁾.



- (1) "يكون الأب ثم الجد ملزما بتعويض الضرر الذي يحدث الصغير".
- (2) تنص المادة 219 من القانون المدني العراقي على "الحكومة والبلديات والمؤسسات الأخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية مسؤولون عن الضرر ناشئا عن تعدد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم" ويستطيع المخدوم أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر أو ان الضرر كان لا بد واقعا حتى لو بذل هذه العناية".
- (3) تنص المادة 173 من القانون المدني المصري "1. كل من يجب عليه القانون أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو لسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز" 2. ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ الخامسة عشر أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته، وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة ما دام القاصر تحت اشراف المعلم أو القاصر، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت انه قام بواجب الرقابة أو أثبت ان الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

الخاتمة

من خلال دراستنا لمسؤولية متولي الرقابة في القانون المدني الفرنسي والقانون المقارن توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

1. أقرت محكمة النقض الفرنسية في 1991 أن الفقرة الأولى من المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي تعتبر مبدأ عام للمسؤولية عن فعل الغير (كما في المراكز التي تتمتع بعناية وحضانة الأطفال والتي تتمتع بقدرة كافية للسيطرة والسلطة، المراكز والجمعيات التي تأخذ على عاتقها مهمة الرقابة والعناية بالأشخاص القصر الخطرين أو المجرمين).
 2. ان أساس مسؤولية متولي الرقابة في القانون الفرنسي والمصري هو الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس حيث يستطيع متولي الرعاية (الأب أو الأم في القانون المدني الفرنسي، وكل من يحتاج إلى رقابة ورعاية في القانون المدني المصري) التخلص من المسؤولية بإثبات ان لم يقصر في الرقابة والتربية.
 3. ان أساس مسؤولية متولي الرعاية في القانون المدني العراقي هو الخطأ المفترض في جانب الأب أو الجد بعد وفاة والده أو من تعينه المحكمة بعد وفاة الجد وهذا الخطأ قابل لإثبات العكس.
 4. ان لدار رعاية القاصرين مهمة رعاية ورقابة القاصرين بصورة مستمرة ودائمة وهي جهة مخولة ومعينة من قبل القاضي لرعاية ورقابة الصغير واي ضرر يسببه هؤلاء القصر للغير تحدد مسؤولية هذه المؤسسة الاجتماعية على أساس المادة (191) من القانون المدني العراقي باعتبار ان دار رعاية القاصرين وصي للصغير ومعين من قبل المحكمة لرعاية ورقابة الأطفال القصر
 5. إن المحاكم الفرنسية لم تقر مسؤولية الأشخاص الذين يرعون الأطفال القصر بطريقة طوعية على أساس الفقرة الرابعة من المادة (1242). حيث يكون الأهل (الأب وإلام) مسؤولين في معظم الأحيان على أساس الفقرة الرابعة من المادة (1242) إذا كانت فترة الإقامة قصيرة لدى الغير.
- التوصيات:

1. نوصي المشرع العراقي بتقنين المادة (218) من القانون المدني العراقي وتبني نظام جديد لمسؤولية الشخص عمن هم تحت رعايته أسوة بقوانين أغلب الدول العربية، يقوم على أساس إلزام الأبوين (الأم والأب) عن الأضرار التي يحدثها أطفالهم الساكنون معهم، والمضي قدما كما فعل المشرع في بعض الدول العربية حيث تبناوا بشكل واضح موقف المشرع الفرنسي بالنسبة للمادة (1242).
2. نوصي اشتراط المشرع العراقي لشرط المساكنة وتحديد سن معين للصغير، ترتفع فيها مسؤولية الراعي عن أفعال الصغير إذا بلغها، وعدم حصر المسؤولية بالأب والجد بل حصرها على الأرجح بين الأم والأب كما فعل المشرع الفرنسي.
3. نوصي إقامة مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع على أساس عنصر الضرر وتأسيسا على فكرة الضمان.

المصادر

أولاً. الكتب والمراجع باللغة العربية

1. د. حسن علي ذنون المبسوط في شرح القانون المدني. الجزء الخامس- المسؤولية عن الأشياء. دار وائل للنشر طبعة عام 2006.
2. د. حسن علي ذنون المبسوط في شرح القانون المدني. الجزء الرابع- المسؤولية عن فعل الغير. دار وائل للنشر طبعة عام 2006.
3. خليل جريح، النظرية العامة للموجبات ج1. ط2، بلا دار نشر. 1962.
4. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. الجزء الأول، مصادر الالتزام الطبعة الثالثة الجديدة. منشورات الحلبي 2009.
5. عبدالباقي البكري. محاضرات في المسؤولية عن عمل الغير. القيت على طلبة الدراسات العليا في القانون المدني سنة 1979.
6. عبدالمجيد الحكيم، عبدا لباقي البكري، محمد طه بشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي. الجزء الأول في مصادر الالتزام. المكتبة الوطنية بغداد. ط 2009.
7. د. عبدالمجيد الحكيم. الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية بغداد طبعة 2007
8. عبدالمعین لطفی جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية \ الكتاب الأول، ج3، المسؤولية عن فعل الغير، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1977، ص 107 قاعدة رقم 1460.
9. القاضي طلال عجاج، المسؤولية عن فعل الغير في القانون الأردني واللبناني دراسة مقارنة. المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان 2003.
10. د. محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، بلا دار نشر طبعة 1985 ص 196. وكذلك، خليل جريح، النظرية العامة للموجبات، ج1، ط2، 1962، ص 241.

ثانياً. القوانين:

- القانون المدني العراقي. رقم 40 لسنة 1951.
القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980.

ثالثا. الكتب والمراجع باللغة الفرنسية:

II. Ouvrages généraux. Traités, Manuels et Cours de droit en langue française:

1. Code civil Français. Dalloz n 107 edition 2008.
2. Viney G. , Traité de Droit civil. *Les conditions de la responsabilité*. LG. D. J. 3éd 2006
3. Savatier R. , La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre ? DH. 1933.
4. Puech, L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle,- LGDJ, 1973, n° 121 à 128-
5. P. Robert, Traité du droit des mineurs, n° 265
6. Moreau- Margève, Une règle générale de responsabilité délictuelle du fait d'autrui en droit belge ? Mélanges Dalcq, Bruxelles, 1994.
7. LE Gali, Liability for persons under supervision, International Encyclopedia of Comparative law, vol. XI, Tort, ch. 3, notamment n° 18, 113.
8. R Legeais, La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des dommages causés par les mineurs, Mélanges Marty, p. 775 et S. , n°9.
9. P. Martaguet et P. Robert, La responsabilité des établissements de rééducation, D. , 1966, ch. , p. 17. -
10. J. Vincent, La responsabilité civile du fait des mineurs inadapés, D. , 1965, ch. , p. 201.
11. Flour J.. Aubert J. Luc. Savaux E. , Droit civil. Les obligations. Le fait juridique, 12éd 2007
12. P. Esmein in Planiol et Ripert, t, VI, n° 626- G. Marty et Raynaud, les obligations, n° 420.

رابعا. المقالات والمجلة المدنية للقانونية للقانون المدني الفرنسي:

:III) Articles de revues de droit privé

1. R. Legeais. Un article à surprises ou le nouvel essai de généraliser la responsabilité civile du fait d'autrui, D. , 1965, ch. , p. 131.
2. J. M. Lhuillier, et médico-sociaux, thèse dactyl. Poitiers, 1996, n° 109 et s.

خامساً. القرارات القضائية لمحكمة النقض الفرنسية (الدائرة المدنية والدائرة الجنائية).

VI) Arrêts rendus par la Cour de cassation (chambres civiles) et chambre criminelle

1. Crim. , 15 juin 1934, S. , 1935. I. 397, Gaz. Pal. , 1934. 2. 477. - Civ 2° , févr. 1956, D, p, 410, note Blanc, JCP, 1956. II. 9654, note R. Rodière.
2. Civ 2° , 24 nov. 1976, D, 1977, p. 595, note C. Larroumet
3. , Crim. , 11 juin 1970, Gaz. Pal. , 1970, Gaz. 1970. 2. 146.
4. -Civ 2° , 9 nov. 1971, D, 1972. J. 75 ; RTD civ. , 1972, p. 400, obs G. Durry. -

5. Crim. , 9 mars 1972, D, 1972, p. 342.
6. Civ 2°, 29 avr. 1976, JCP, 1978. II. 18793, note N. Dejean de la Battie.
7. J. M. Lhullier, La responsabilité civile , administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux these. Poitiers. 1996 n° 190 et s.
8. Com. , 9 mars 1972, D. , 1972, p. 342,
9. Civ 2° , 29 avr. 1976, JCP, 1978. II. 18793, note N. Dejean de la Batie.
10. Trib. Enfants Dijon, 27 févr. 1965, p. D, 1965, p. 439. -Gaz. Pal. , 1965I. 297. -obs. R. Rodière, RTD civ. , 1965, p. 652. - V. également
11. Trib. Enfants Poitiers, 22 mars 1965, Courjault, RTD san. Et soc. , 1966, p. 262. , note, E. Alfandri.
12. Cour de Limoges, 23 mars 1989, Resp. civ. Et assur. , nov. 1989, Com. , n°361, obs. H. G.
13. . - J. M Lhuillier., La responsabilité civil, administrative et pénale dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux, th. Poitiers, 1996, n°130 et s.
14. l'importance de conclusions pour l'interprétation de l'arrêt, I. Moreau-Margrève, art. préc. Mélanges , Dalaq, p. 440 et s.
15. Crim. , n° 124, 3 arrêt , JCP, 1997; II 22868, rapport, F. Desportes JCP, 1998, II, 10015, note M. Huyette, D. , 1998, Som.com. ,p. 201. obs, D. Mazeaud.
16. . Crim. 10 octobre 1996, Ball.
17. Crim. , n° 357, p. 309 note M. Huyette, JCP, 1997, II, 22833, note F. Chabas
18. Crim. , 26 mars 1997, 3 arrêt, Ball. Crim. , n° 124.
19. crim, 28 mars 2000, Ball. Crim. , 140
20. crim. 4 janvier 1995 précité
21. Civ, 2, 24 janvier 1996, Ball. Civ. II, n° 16, LPA, 14 juin 1996, note A. Batteur, ;
22. Crim. , 10 octobre 1996, Ball, crim, n° 357, D, 1997, p. 309, note M. Huyette, JCP, 1997, II, 22833, note F. Chabas ; Crim. , 26 mars 1997, 3 arrêts, Ball. Crim. , n°124 ; Crim. 15 juin 2000, Ball, crim. , n° 233 ; Civ, 2, 6 juin 2002 é arrêts, Ball, civ, II, n° 120 ;
23. Civ, 2, 22 mai 2003, Ball, civ. , Ball, n° II, n° 157 ; Civ. 2, 7 mai 2003, D. 2003, p. 2256, note M. Huyette, Ball, civ, II, n° 129.
24. Civ. 2, 25 février 1998, Ball. civ. , II, n° 62, D. , 1998, p. 315, Conclusion Kessous. JCP, 1998, II, 101149, note G. Viney, RTD civ. , 1998, p. 389, obs P. Jourdain, A. M. Gallouscanvion, « L'article 1384 al, 1^{er} et la responsabilité du fait d'autrui: un fardeau non transférable sur les épaules du tuteur ». , D. , 1998, ch, p. 240.
25. Crim. ,2, 28 mars 2000, Ball. Crim. , n° 140
26. CA Montpellier, 7 déc. 1995, inédit, Jurisdata, n°034284 ; Civ. 2, 5 janvier 2004.

الملخص

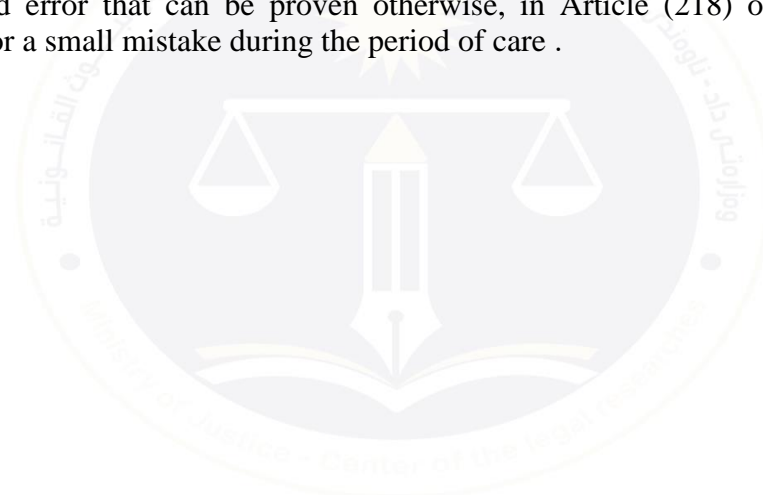
تطرقت هذه الدراسة , حول مسؤولية متولي الرقابة والتي عالجها المشرع الفرنسي في المادة (1242) من القانون المدني الفرنسي وذلك بعد جدل قضائي لمحكمة النقض الفرنسية انتهت بتقرير مبدأ عام لمسؤولية متولي الرقابة في عام 1991 وذلك من خلال القضية (BLICK), وعلى اثر ذلك تقررر مسؤولية متولي الرقابة (مراكز التأهيل والمساعدة للمصابين بالعاهات والأمراض العقلية) على أساس المسؤولية المطلقة التي لا يستطيع متولي الرقابة التخلص منها الا بإثبات السبب الأجنبي. أما القانون المدني العراقي اعتبر مسؤولية متولى الرقابة مبنية على أساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس وذلك في المادة (218) من القانون المدني وحدد الأب ومن بعده الجد مسؤولاً عن رعاية الصغير بخلاف القانون الفرنسي الذي جعل الأب والأم وفي المدرسة المعلم ومن تنتقل إليه واجب الرعاية مسؤولاً عن أخطأ الصغير أثناء فترة الرعاية.

پوخته

لهم تويزينه وهيهدا باس له بهرپرسياريتي كهسي چاودير دهكەين كه ياسادانهري فەرهنسي باسي كردوه له مادهي (1242) له ياساي شارستاني فەرهنسي نهوهش له دواي گفتوگويهكي زوري دادگاي نهفزي فەرهنسي كه كوتايي هات به داناي بهرپرسياريتي كهسي چاودير لهسالي 1991 له چوارچيوهي كيشه ي (BLICK) له روشنايي نهمه برياردا به بهرپرسياريتي كهسي چاودير له (بنكهكاي يارمهتيداني توشبوان به نهخوشي عهقلي و كهمنهendam) لهسهر بنهماي بهرپرسياريتي رهها كه كهسي چاودير ناتواني لبي رزگار بيت تنها لهحالهتيك نهگهر هوكاري دهرهكي ههبيت... بهلام ياساي شارستاني عيراقى واى داناوه كه بهرپرسياريتي كهسي چاودير لهسهر بنهماي ههلهيه كه دهكرئ پيچهوانهكهى نيسبات بكرت نهوهش له ماده (218) له ياساي شارستاني عيراقى وه باوكى ديارى كردوهو دواتر باپير وهك بهرپرس بؤ پاراستنى مندال به پيچهوانه ي ياساي فەرهنسي كه باوك و داىك و ماموستا له مهكتهب وه دواتر نهو كهسانه ي بهرپرسياريتي چاوديريان بؤ دهگوازينتهوه بهرپرس دهين له ههلهي مندال لهو كاتهي كه له چاوديري نهوان دان.

Abstract

This study dealt with the responsibility of the censor, which was dealt with by the French legislator in Article (1242) of the French Civil Code, after a judicial controversy by the French Court of Cassation. The responsibility of the supervisory supervisor (rehabilitation and assistance centers for people with disabilities and mental illnesses) on the basis of absolute responsibility that the supervisory supervisor cannot get rid of except by proving a foreign cause. As for the Iraqi civil law, the responsibility of the supervisor is not based on the presumed error that can be proven otherwise, in Article (218) of the Civil Code. For a small mistake during the period of care .





دليل الإثبات التاسع (*)
(دراسة تأصيلية في القانون العراقي)

"به لگه ی سه لماندنی نویه م"

(تویژینه وهیه کی بنچینه یی یه له یاسای عیراقی)

Evidence of Evidence IX
(An original study in Iraqi law)

م.م. محمد سعيد السعداوي (**)

كلية الإمام الكاظم (ع) للعلوم الإسلامية الجامعة / أقسام الديوانية

م.م. موحه مهدي سه عید سه عداوی

کۆلیژی زانکۆیی ئیمام کازم (سهلامی خواي له سه ربیبت)

بۆ زانسته ئیسلامیه کان / به شه کانی دیوانیه.

Ass. Lac. Muhammad Saeed Al-Saadawi

Imam Al-Kadhum College of Islamic Sciences, University / Diwaniyah
 Departments

(*) تاريخ استلام البحث: 2021/10/7،

تاريخ قبول النشر: 2021/11/21

(**) albdery@gmail.com



دليل الإثبات التاسع (دراسة تأصيلية في القانون العراقي)

م.م. محمد سعيد السعداوي

كلية الإمام الكاظم (ع) للعلوم الإسلامية الجامعة / أقسام الديوانية

الكلمات المفتاحية:

دليل، إثبات، قانون، استيضاح، محكمة.

كليه ووشه:

بهلگه، سهماندن، ياسا، روونكر دنهوه، دادگا

Key words: Evidence, Proof, Law, Clarification, Court.

المقدمة

تنص المادة (4/69) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 188 لسنة 1969 المعدل على ان: "للمحكمة أن تدعو أي شخص للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى". والنص يثير شجوناً قانونية؛ إجرائية وإثباتية، وجملة من أسئلة تُثار في مفهوم الاستيضاح بلحاظ؛ الفرق بين الدعوة والدعوى، والفرق بين الدليل والإجراء، أكان الاستيضاح دعوة أم دعوى، أم دعوة يُراد بها دعوى، أم انه دعوة أُجريت لخدمة دعوى، أم دعوى، أم جزء من دعوى، أم دليل يحسم دعوى. وقبل أن نمعن بالأسئلة وافترض أجوبة لها، لابد أن ننعّم النظر بالنص القانوني الناظم للاستيضاح أعلاه.

فالدعوى، طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء، والدعوى الحادثة هي الأخرى طلب شخص، لكنها تأتي طلباً عارضاً في دعوى قائمة بغية توسيع الأخيرة من جهة أشخاصها وموضوعها - ما دامتا تسيران بذات الاتجاه الموضوعي - ليكون الحكم في الأصلية بدخول الحادثة شاملاً لكل جوانب موضوعها.

وعلى مبادئ؛ ملكية الخصوم لدعاواهم، وحيادية القضاء، ومطلوبية المدني منه، يأتي القانون باستثناء يتمثل بدعوى حادثة تثيرها المحكمة - قُرت في الفقرتين (3 و4) من المادة (69) - حماية لحقوق الغير في الدعوى الأصل، واستفادة مما لديهم يساعدها في حسم النزاع في موضوعها.

غير ان هذا الخروج على القواعد الإجرائية التقليدية تعرض لانتقادات فقهية كثر، عابت عليه؛ التدخل في دعوى يملكها أطرافها، والزج بالقضاء فيها بما يجرح حياده

ويخشد فكرة (المطلوبية) المؤسس عليها القضاء المدني.

وإن تَنَزَّلنا وقبلنا إدخال (المَلَاك) في الدعاوى الخمسة في الفقرة (3) - باعتبار من خدمتها لأطراف الحق الموضوعي المُتَنَازع فيه في الدعوى خصوم تستند حقوقهم الإجرائية على حق فرعي أو جزئي أو لا تستند حتى - فإننا لا نرى في دعوة الغير للاستيضاح المنصوص عليها في الفقرة (4) ما يلبي أياً من متطلبات الدعوى الحادثة الإجرائية، سواء كانت مُثارة من الخصوم أو من القانون.

الا ان هذا لا يدعونا إلى تبني عدمية تلك الدعوى، إنما إلى توجيهها وجهة أخرى غير ما تبني بشأنها القانون، تكونت عقيدته لدينا من فحص النص المُقرَّر لها، والنصوص المتعلقة به أو المتداخلة معه، ومن العمل القضائي الذي وفر الوجه التطبيقي لما أشير إليه من نصوص.

وسنسى في بحثنا هذا للتعلم تحليلاً ومقارنة في فكرة دعوة الغير للاستيضاح المقررة في المادة (4/69) من قانون المرافعات، وندلف افقها التطبيقي لتكتمل لدينا الرؤية. وسيكون منا ذلك من خلال خطة رسمناها من مطلبيين، نبين في أولهما؛ فكرة الاستيضاح والإجراءات بشأنها وذلك في فرعين، ونعرض في ثانيهما للطبيعة القانونية للاستيضاح مما هو قائم فعلاً، وما الراجح فيه، في فرعين نخصص كل منها لشأن من الشأين. خاتمين ببيان أهم ما رشح لدينا من نتائج عن الموضوع، وما نراه من مقترحات توافقها وتحل إشكالاتها، حامدين المولى على ما وفق.

المطلب الأول

مفهوم الاستيضاح

تطورت النظرة القضائية للدعوى المدنية باتجاه إيجابي كُتب فيه للقاضي الناظر للدعوى دوراً يمكنه من حسمها، من خلال السماح له بدعوة أي شخص للاستيضاح منه عما يلزم لذلك الحسم. لذا فإن الوقوف على مفهوم الاستيضاح يستلزم التعرف على فكرته الأصل ومعالجتها الإجرائية، وهو ما سيكون منا في المطلبين التاليين:

الفرع الأول

فكرة الاستيضاح

انه من المعلوم ان الدعوى المدنية تقودها مجموعة من مبادئ إجرائية مستقرة، منها مبدأى: سيادة الخصوم، وحياد القاضي⁽¹⁾. فللخصوم وحدهم حق تسيير الدعوى باعتبار ملكيتهم لها، وعليهم يقع عبء إثباتها. ليقف منهم القاضي على الحياد، لا يساعدهم في إجراء أو دليل، بل ينتظره منهم، ليزن موقفهم بالقانون، ويبني عقيدته في نزاعهم بما قدموا أمامه من أدلة إثبات، فيحكم في خصومتهم. ومن حياد القاضي صنع لهم القانون ضماناً لعدالة حق الدفاع عن المصالح في الدعوى المدنية⁽²⁾، فالقاضي يتقيد في الفصل في النزاع بما عرضه عليه الخصوم⁽³⁾، حتى شُبهه بالآلة التي تنتج حكماً قانونياً مما قدم لها من مواد أولية واقعية⁽⁴⁾.

لكن تلك نظرة قُدمت فتغيرت، وخلافها وفر المشرع للقاضي مكنات تجعله إيجابياً

(1) أحمد هندي، سلطة الخصوم والمحكمة في اختصاص الغير، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، ص 123.

(2) محمد حاتم البيات، دور القاضي وسلطة المتقاضي في القضاء المدني القطري، بحث منشور في مجلة وزارة العدل، مركز الدراسات القانونية والقضائية، العدد 2، السنة 6، 2013، ص 9.

(3) أحمد صدقي محمود، اختصاص الغير في الخصومة في قانون المرافعات المصري والمقارن، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق في جامعة القاهرة، 1991، ص 133.

(4) إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج1، دون ناشر وسنة النشر، ص 595.

في الدعوى، وطالبه بالحيوية فيها وسيحاسبه عليها⁽¹⁾، لينقله من حياد سلمي إلى آخر إيجابي يتولى به توجيه وإدارة الخصومة المدنية⁽²⁾، اتفاقاً مع النظرة العصرية لها⁽³⁾. وبهذه النظرة بات بإمكان المحكمة أن تأمر بأي إجراء أو وسيلة قانونية من شأنها حسم النزاع أو المساعدة فيه⁽⁴⁾، ومنها إدخال الغير في الدعوى⁽⁵⁾، والذي يجد أساسه في حرص المحكمة - الذي يتطلبه القانون منها - على الوصول للحقيقة القانونية في الخصومة المعروضة أمامها⁽⁶⁾.

ليجيء حكم المادة (4/69) في سماحه "للمحكمة أن تدعو أي شخص للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى" تطبيقاً لما استجد من نظرة لحياد القاضي، فبالنظر الدقي للنص المبسوط نرى فيه مكنة إيجابية خاصة - متروك للمحكمة تقدير استخدامها- تساعد في إنهاء الخصومة⁽⁷⁾، ولا يقبل منها السهو عنها ما وفرت المأمول منها⁽⁸⁾، لذا نقضت محكمة التمييز الاتحادية حكماً لإغفاله مكنة الاستيضاح الموصلة لحسم سليم للدعوى⁽⁹⁾.

(1) آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني بالإثبات، ط1، الدار العربية للطباعة والنشر - بغداد، 1976، ص 236

(2) أحمد هندي، سلطة الخصوم، مصدر سابق، ص 130.

(3) أحمد صدقي محمود، مصدر سابق، ص 137.

(4) Bordeaux 31 Juill. Op. Cit. civ 14 Oct. 1959 Bull II. n 648. 421.

مشار إليه لدى أحمد صدقي محمود، المصدر السابق، ص 135.

(5) وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة 12، مطبعة جامعة عين شمس، 1976، ص 180.

(6) Civ. 22 Juill. 1968. Bull. N 218. 164.

مشار إليه لدى أحمد صدقي محمود، المصدر السابق، ص 141.

(7) آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص 242.

(8) انظر: الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي.

(9) إذ تقرر محكمة التمييز الاتحادية بقرارها ذي العدد 1078/ الهيئة الاستئنافية - منقول / 2011 والصادر بتاريخ 2011/8/21 والذي جاء فيه " كان على محكمة الاستئناف تلافى الخطأ الذي وقعت فيه محكمة البداءة برجوعها عن إدخال وزارة الداخلية شخصاً ثالثاً في الدعوى للاستيضاح منها عما يلزم لحسم الدعوى ". لفتة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، قسم ←

ونص المادة (4/69) المشار إليه آنفاً يمثل استكمالاً لأدوات التحقق والتثبت المتاحة للمحكمة في النزاع المطروح أمامها⁽¹⁾، فيوسع من هذه الإمكانيات متى كان أداء وظيفتها في الحسم يستلزم إدخال من كان من الغير عن الخصوم لديه ما يتعلق به موضوع الدعوى، ويمكنه المساعدة في الفصل فيه. بأن أتاح لها دعوة ذلك الغير أيا كان - بقوله (أي شخص)، وهو إطلاق في التعيين، دال على شموله للأشخاص طبيعية أو معنوية، خاصة أو عامة - عند تصورها بأنه سيمكنها من إنهاء الخصومة⁽²⁾. بيد أن تلك الدعوة ستكون بغاية الاستيضاح عما تراه لازماً لعبور بعض منعطفات التحقيق في النزاع⁽³⁾، لا بغاية الاختصاص. فلا يتحول المستوضح منه بتلك الدعوة إلى طرفا في الدعوى، ولا يكون له ارتباط بالحكم فيها، ودليل ذلك أن بإمكانه الاعتراض على الحكم الصادر في الدعوى التي دخلها اعتراض الغير متى توفرت شروطه⁽⁴⁾، ولا يحق له الطعن في الحكم بطرق الطعن المقررة لأطراف الدعوى⁽⁵⁾، ولا أي حق من حقوقهم الإجرائية، ولا تتأثر الدعوى

←

المرافعات المدنية، ج2، ط1، مطبعة الكتاب - بغداد، 2012، ص 81.

(1) قررت محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 3636/مدنية أولى/1998 في 1999/3/20، انه: "إذا وقع تعرض للمستأجر في منفعة المأجور من قبل الغير ونازع الأخير في صحة عقد الإيجار، فيتعين على المحكمة إدخال المؤجر شخصاً ثالثاً في الدعوى استكمالاً لتحقيقاتها". والمنشور في مجلة العدالة، العدد الأول لسنة 2001، الصادرة عن مديرية دار الكتب والنشر، بغداد، ص 108.

(2) للتفصيل انظر: الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969.

(3) حكمت التمييز الاتحادية بالعدد 4640/هيئة استئنافية عقار/2011، في 2011/11/28، بأنه: "يتعين على محكمة الاستئناف إدخال مديرية التسجيل العقاري المختصة شخصاً ثالثاً في الدعوى للاستيضاح منها عن كيفية الحالة المشار إليها في تقرير الخبير، وعلى ضوء ذلك تتخذ ما تراه مناسباً وفقاً للقانون"، قرار غير منشور.

(4) وكانت محكمة التمييز الاتحادية قد قررت في حكم لها برقم 374/مدنية ثانية - عقار/73 بتاريخ 1973/7/24 بان: "إدخال شخص في الدعوى من قبل المحكمة للاستيضاح منه عن أمور تساعد في حسم الدعوى لا يجعله خصماً، ولا يمنعه من تقديم اعتراض الغير على الحكم الصادر بتلك الدعوى". نقله: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز/ قسم المرافعات، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990، ص 318.

(5) وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بحكمها المرقم 243/مدنية رابعة/47 بتاريخ 1974/3/3: "ليس لمن دخل في الدعوى بصفة شخص ثالث للاستيضاح منه أن يطعن في الحكم الصادر فيها تمييزاً".

←

بحالاته الطارئة⁽¹⁾.

ويقرر المشرع الإجرائي للمحكمة في أي مرحلة من مراحل التقاضي الحق في أن تتخذ ما تراه من تحقيقات مادية، وان تدعو أي شخص لتقديم ورقة تحت يده أو للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى استناداً للمادة (4/69)⁽²⁾. فقد تتضمن الخصومة أمور يخفى على المحكمة كنهها ان كان بعلم الخصوم أو عدمه، يوصل انكشافها المحكمة إلى تحديد وفهم أوسع للنزاع موضوع الدعوى ليتسنى لها الحكم الأصح بخصوصها⁽³⁾. وهو ما قد يكون من شخص ليس طرفاً فيها، فلها أن تدخله فيها، باستدعائه لحضور المرافعة، فتستوضح منه عن تلك الأمور⁽⁴⁾، استقصاءً لحقائق النزاع واستنارة بها

←

نقله: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية قسم القضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، ص 319.

(1) قضت محكمة التمييز الاتحادية بعدد 413 /مدنية أولى/ 78 في 1979/12/9: (-) لا يحكم على الشخص الثالث الذي ادخل في الدعوى للاستيضاح عله وان فر بدين عليه لمدعي... ولا ينقطع السير في الدعوى بسبب وفاته وفقدانه أهلية الخصومة وزوال صفة من كان يتوجب أن يباشر الخصومة عنه وهنا فإن من تدعوه المحكمة للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى لا يعد نوعاً من أنواع تدخل أو دخول الشخص الثالث فلم يسمه القانون شخصاً ثالثاً، ولا يعد تدخله دعوى حادثة ولا يحكم له ولا عليه، ولو أقر بدين عليه للطرفين أو لاحدهما (0)، بل حتى لو أقر بنفس الدين موضوع الدعوى، الا إذا تم إدخاله في الدعوى شخصاً ثالثاً وقبلت المحكمة دخوله، كما قد لا يحكم له ولو أقر له الخصوم بدين له عليهم أو على أحدهم الا إذا طلب خصماً ولا يمنعه من تقديم اعتراض الغير على الحكم الصادر بتلك الدعوى". أشار اليه: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات، ص 318.

(2) إبراهيم عبد الوهاب الشبلي، قانون المرافعات المدنية، مطبعة بغداد، 1981، ص 13. كما قررت هذه الفكرة الأسباب الموجبة لقانوننا للمرافعات المدنية.

(3) ينظر على سبيل المثال: قرار محكمة استئناف النجف الاتحادية ذي العدد/571/ استئناف/2013 الصادر بتاريخ 2013/11/25. قرار غير منشور.

(4) صادق مهدي حيدر، مصدر سابق، ص 134. وجاء في قرار لمحكمة استئناف النجف الاتحادية ذي العدد/98/ استئناف/2013 والصادر بتاريخ 2013/12/30 والمتضمن "... وبناء على طلب وكيل المستأنف فإن المحكمة أدخلت المستأجر للعقار أعلاه (ك غ ع) شخصاً ثالثاً في الدعوى للاستيضاح منه، حيث ايد قيامه باستئجار ذلك العقار كما ايد عقود الإيجار المبرمة مع المستأنف

←

لعل ذلك ينتج حكماً ملائماً للعدل، إن لم يك مطابقاً⁽¹⁾. فإذا أجاب المستأجر (المدعى عليه) دعوى المؤجر بدين الأجرة بأنه غير مدين لسداده مبلغ الأجرة لزوجة المدعى (المؤجر)، فسيكون ضرورياً إدخال الزوجة للاستيضاح منها عن صحة ما أثاره المستأجر من دفع⁽²⁾.

الفرع الثاني إجراءات الاستيضاح

لم يبين القانون إجراءات دعوة المستوضح منه بتحديد خاص، ونظنه ترك أمرها إلى محكمة الموضوع بناء على قيامها بتبليغه بأمرها بإدخاله لسؤاله عما لديه يخص موضوع الخصومة من معلومات أو مستندات. لكننا نراه لم يحسن بإهماله تحديد تلك الإجراءات، فالمستوضح منه ليس طرفاً في الدعوى كي تبلغه المحكمة بالحضور للدفاع عن حقوقه فيها، ولا شاهداً كي يتبنى أحد أطراف الدعوى دعوته. فالأمر هنا مختلف، فالمستوضح منه لا طرفاً يهمه الحضور ويسعى له حتى إذا بُلغ بادر للتلبية، ولا شاهد يتولى الطرف

←

والمبرزة من وكيله للفترة من 2000/1/1 ولغاية 2010/12/30 كما ذكر الشخص الثالث بأنه اعلم اخوات المستأنف بتفاصيل إيجار العقار...". وينظر على سبيل المثال: قرار محكمة استئناف النجف الاتحادية بالعدد /477/ استئناف/2013 والصادر بتاريخ /6/10/2013. قرارات غير منشوره. وقرار لمحكمة استئناف بصرة بصفتها التمييزية بالعدد 91/90/ت/ب/2009 في 31/5/2009 على أنه " ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون حيث كان على المحكمة إدخال مديرية الوقف الشيعي في البصرة شخصاً ثالثاً في الدعوى لغرض الاستيضاح منه فيما إذا كان المدعي قد تم تعيينه متولياً على الوقف الخيري من عدمه حتى تصح خصومته في الدعوى...". نقله: جعفر كاظم المالكي وعبد السادة شهاب العبادي، قرارات محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية، ج2، البصرة -2012، ص 211.

- (1) وتطبيقاً لذلك نقضت محكمة التمييز الاتحادية قرار محكمة الاستئناف عند إدخالها الغير لغرض الخصومة وليس الاستيضاح. ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد 1448/الهيئة الاستئنافية/عقار/ 2008 في 26/6/2008، النشرة القضائية، العدد 3، لسنة 2008.
- (2) ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات قانون المرافعات المدنية العراقية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1970، ص 88.

الذي استشهد به - باختياره - إقناعه بالحضور، فهو أي الشاهد خيار من طلبه⁽¹⁾، إنما المستوضح منه خيار المحكمة وهي من تبلغه بالحضور وليس له دافع من مصلحة في الدعوى، فإن كان ما من يد من حضوره لتأثير ما يعلم في حسم الخصومة، فإن المحكمة تبلغه، لكننا نرى انه لا بد من إيضاح إلزامية أمرها - في النص المبحوث - لمن تدعوه، فإن لم يحضر استعانت بالصلاحيات المخولة لها في حكم المادة (17) من قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979، لإحضاره جبراً.

وعند حضور المستوضح منه، تسمع المحكمة أقواله وما لديه عن موضوع النزاع، وقد جرى العمل في المحاكم على ان لا يُحلف اليمين الا في بعض الأحوال التي تراها مهمة ودقيقة، لكون القضاء يتعامل معه على انه شخص ثالث في الدعوى لا شاهداً فيها. لكننا نعتقد ان ليس له مركز الشخص الثالث القانوني، وبالتالي ليس هناك مانع من القانون من تحليفه اليمين للاطمئنان لأقواله والتثبت منها. بل نراه إجراء واجب على المحكمة كما هي الحال مع الشاهد، إذ ان ما لدى المستوضح منه "لازم لحسم الدعوى"⁽²⁾. فليس من الجائز ترك ذلك الشخص يدلي بأقوال تحسم الدعوى لصالح أحد طرفيها بلا محاولة من تثبت. غير ان من يؤيدون تحليف اليمين⁽³⁾، يضعون للموافقة على إجراءاته شرطاً بان تفحص المحكمة ما يتصور من إجابة المستوضح منه على سؤالها قبلاً، لترى ما إذا كانت ستؤدي إلى ترتيب حقوق بدمته فلا يُحلف، وبخلافه يُحلف. لأن ذلك قد يجبره على الإدلاء بأقوال ضد مصلحته، أو على الحنث باليمين، وفي كلا الحالتين ضرر له. كأن تدعو المحكمة شقيق المدعي لتستوضح منه عن ادعاء المدعى عليه بأنه قد سلمه الدين موضوع الدعوى، فهنا لا يجوزون تحليفه اليمين، الحال الذي قد يترتب عليها الحكم عليه بالدين، إذا أدخل في الدعوى كشخصاً ثالثاً مختصماً لا مُستوضحاً منه. وهو رأي يُلاحظ عليه الانتقائية في التعامل مع الحالات المتصورة، وعدم التوجه السليم لاستجلاء الحقيقة، فهو يفترض احتمالية أن يأتي المستوضح منه بما يحسم الدعوى لصالح أحد الأطراف، لكنه

(1) الا انه في بعض الدعاوى المهمة يجوز للمحكمة إجبار الشاهد على الحضور مستخدمة الصلاحيات المخولة لها في حكم المادة (17) من قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979.

(2) انظر: عجز الفقرة (4) من المادة (69) من قانون المرافعات المدنية.

(3) رحيم حسن العكيلي، تدخل وإدخال ودعوة الغير في الدعاوى المدنية، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، 2008، ص260.

يطلب من المحكمة الأحكام عن أحقاق الحق والميل عنه خشية أن يلام أو يتضرر مخفيه. بينما إذا أقر المستوضح منه بحق بدمته لأحد الخصوم ، فإن القضاء يقطع بأن الإقرار يُشكل دعوى مستقلة لا بد للمُقر لمصلحته من إقامتها⁽¹⁾.

اما سبب هذا الوقوع بهذا المشكل نراه اعتبار المستوضح منه شخصا ثالثا أصلاً، وستصح الصورة إذا اعتبرنا مهمة المستوضح منه إثبات الدعوى، لا التدخل فيها. لكن السؤال المُثار هنا هو هل يُقبل من المستوضح منه أي قول أو مستند، أم لا بد من إثباته، وحينها من يكلف بالإثبات؛ أهو مُقدم القول أم من قُدم لصالحه من الخصوم باعتبارها هو من يتحمل عبء الإثبات في الخصومة أصلاً.

وحيث ان السؤال من شقين، فالإجابة ستكون كذلك؛ ففي شقها الأول؛ نؤكد ان لا يمكن قانونا ومنطقا أن تقبل المحكمة ما ادلى به المستوضح منه على عواهنه، سيما وانه سيُعتمد عليه في حسم النزاع بين الخصوم. فحرص المحكمة على إنتاج دعوة المستوضح منه لأغراضها القانونية والحقوقية يمنع من ذلك، وحينها لا بد من التثبت منه. وفي قضاء محكمة التمييز الاتحادية ما يؤيد ذلك، إذ أيدت محكمة الموضوع في عدم ترتيبها أثرا لأقوال المستوضح منه؛ كونها جاءت مجردة من الأدلة القانونية المعتمدة⁽²⁾.

ان القول ان كل المطلوب من المستوضح منه تقديم ما لديه من أقوال ومستندات، فإذا تمسك بها أحد الخصوم باعتبارها مصدقه أو منتجة لصالحه فعليه إثباتها، نراه امر لا يستقيم مع المنطق، إذ لو كان في يد ذاك الخصم ما يثبت أقوال المستوضح منه أصلاً،

(1) وقد ذهبت محكمة التمييز في قرارها ذي العدد 413 / مدنية أولى / 1978 والصادر بتاريخ 1978/9/12 إلى أن "... الشخص الثالث المميز عليه الثاني قد ادخل في الدعوى للاستيضاح منه، فلا يكون طرفا في الدعوى ولا يجوز الحكم عليه وإذا كان قد أقر بدين المميز عليه بدمته فإن هذا يكون موضوع دعوى مستقلة... ". مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة التاسعة 1978، ص 256.

(2) انظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1272 / استئنافية منقول / 2006 في 2007/3/17، والذي نص على: "ان محكمة الاستئناف أدخلت المدعو (ز، ع) شخصا ثالثا في الدعوى للاستيضاح... وتعذر حضوره غير انه أرسل رسالتين بواسطة الإنترنت ملخصها عدم علاقة المدعى عليه بالمبالغ المطالب بها ولم ترتب محكمة الموضوع عليها اثر على موضوع الدعوى كونها أقوال مجردة من الأدلة القانونية المعتمدة... ". نقله: رحيم حسن العكيلي، مصدر سابق ذكره، ص 260.

لكان قد ادعى بها هو وأثبتها بلا انتظار تحريك إثباتها بالاستيضاح. وبالتالي يكون في هذا الرأي إفراغ لإجراء الاستيضاح من مغزاه وغرضه، فيعود إجراء غير منتج ننزه القانون والمحكمة منه، بافتراض بعدهما عن هكذا إجراءات.

لذا ترى القضاء مدركا لما تقدم فيلجأ - في بعض الحالات المهمة - لتحليف المستوضح منه اليمين لتنبه لخطورة ما سيقول لتعلق حقوق الخصوم به، واستجوابه ومطالبته بالتدليل على صحة ما يقول ما أمكن، لتقرر بعدها حصول قناعتها به، وتعتبره دليلا من عدمها، فالقاضي ليس ملزما به، وله فيه كما له في بقية أدلة الإثبات، سلطة تقديرية⁽¹⁾.

ومن ثم تخرجه من الدعوى إذا انتهت من حاجتها إليه، باعتباره شخصا ثالثا داخلا في الدعوى. فقرار الإخراج من الدعوى حقيقته تنظيمية، وان كان لا يلبي متطلبات نظرية الدعوى الحادثة والشخص الثالث المبسوطة أحكامها قانونا. فتنظيم انصراف المستوضح منه عن الحضور في جلسات الدعوى القادمة يستدعي قرارا من المحكمة التي دعته وحضر بقرار منها وحاجة لها عنده، فهي من تقدر وقت انتهاء حاجتها إليه، لتقطع ارتباطه الذي أحدثته بالدعوى حينها. ولسنا نؤيد اعتباره بحكم الشاهد في مغادرة مرافعات الدعوى من تلقاء نفسها.

(1) انظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1272 / استئنافية منقول / 2006 في 2007/3/17، سابق الذكر.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للاستيضاح

تشير الطبيعة القانونية للاستيضاح المنظم في قانون المرافعات المدنية شجوناً لدينا، مصدرها رؤيتنا القائمة على عدم سلامة المرئي من طبيعة قانونية للاستيضاح تجعله إجراء قضائياً من بين إجراءات الدعوى استناداً للنصوص التي تناولته، وفي الوقت الذي تعاني تلك المعالجة من الارتباك، والذي تعدها إلى الأحكام الصادرة من القضاء بشأنه. لذا سنحاول بيان تلك النظرة المعروضة للاستيضاح، لنصل لتقرير الطبيعة القانونية الأصح له كما نرى، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

الطبيعة القانونية المتبناة للاستيضاح

يرى الفقه في الاستيضاح الذي نصت عليه المادة (4/69) تطبيقاً من تطبيقات الدعوى الحادثة ليتفق مع القضاء في ذلك، باختلافٍ عن تطبيقاتها الأخرى، فهو لا يكون بطلب المتدخل (المستوضح منه) كما تصف المادة (1/69)، ولا بطلب أطراف الدعوى (2/69)، وإنما بناء على أمر المحكمة⁽¹⁾. إلا أنه، وعلى الرغم من اتفاق شراح القانون والقضاء العراقيين على أن الدعوة للاستيضاح هي دعوى إدخال لشخص ثالث - بملاحظة ما يتصف به عن عمومها بما اسلفنا من أحكام إجرائية، باعتباره ليس بمركز الطرف في الدعوى وليس من الغير الذي له خصومة أو طلبات فيها-، فإن هناك رأي مخالف لهم⁽²⁾، يدعو إلى عكس ما يرون، ولا يقرهم على أن اختصاص الغير بأمر المحكمة من تطبيقات الدعوى الحادثة؛ فلا مشترك له معها، ولا يفعل فعل الدعوى الحادثة في الدعوى الأصل من تعديل نطاقها من حيث الأشخاص أو الموضوع، فضلاً عن مساسه بمبدأ الحياد⁽³⁾. وقد يحتج بعدم إطلاق القانون عليه مسمى (الشخص الثالث)، ولا عد إدخاله دعوى

(1) ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني - بغداد، 1973، ص 132.

(2) رحيم حسن العكيلي، مصدر سابق ذكره، ص 256 وما بعدها.

(3) هادي حسين الكعبي، مصدر سابق، ص 309.

حادثه، ولا يحكم له ولا عليه، وليس له أي مركز قانوني من الخصومة في الدعوى، ولا فيه توسع في الخصومة. لذا لا يحق له ما يحق لأطراف الدعوى ممن بدؤها أو دخلوا فيها.

وهو رأي نؤيد توجهه العام - في حدود الجزئية التي يناقشها من الموضوع، لا في طول ما نراه في الاستيضاح - ولكننا نلاحظ عليه؛ انه وان كان المستوضح منه لم يدخل أو يدخل في الدعوى كما الأشخاص الثالثة، فلا يمكن ان لا نعتبره شخصا ثالثا - وفق النص القانوني - لمجرد ان القانون لم يسمه كذلك، فنص الفقرات (2 و3) كما موضوعنا المنصوص عليه في الفقرة (4) من المادة (69) لم تسم من ذكرتهم أشخاصا ثالثة⁽¹⁾، ولا يمكننا قطع الفقرة من سياق الفقرات الأخرى للمادة ذاتها، ولا قطع المادة من سياق المواد المؤلفة لفصل واحد وبعنوان واحد. وهو ما كان من الرأي محل النقاش، إذ لم يعتبر الدعوة للاستيضاح دعوى حادثه، في حين ان النص عليها ورد في الباب الخامس من القانون والمعنون ب(الدعوى الحادثه). اما بقية ما ساقه من الحجج فلا يختص بها الاستيضاح فحسب، إنما هي واردة أيضاً في الأشخاص الذين تطلبت دعوتهم فيما يعرف بالدعاوى الخمسة⁽²⁾. وما يؤيدنا في ردنا هنا موقف قوانين كثر أخرى تتفق مع قانوننا في هذا الرأي.

وقد استعملت المادة (57) من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل⁽³⁾، الاستيضاح للأشخاص العامة بنصها: " للمحكمة... ، ولها كذلك أن تطلب من الجهات

(1) تنص المادة (69) من قانون المرافعات على ان: "2 - يجوز لكل خصم أن يطلب من المحكمة إدخال من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها أو لصيانة حقوق الطرفين أو أحدهما. 3 - على المحكمة دعوة الوديع والمودع والمستعير والمعيير والمستأجر والمؤجر والمرتهن والراهن والغاصب والمغصوب منه عند نظر دعوى الوديعة على الوديع والمستعار على المستعير والمأجور على المستأجر والمرهون على المرتهن والمغصوب على الغاصب. "

(2) انظر نص الفقرة (3) من المادة (69) الوارد في أعلاه.

(3) وتقابلها المادة (26) من قانون الإثبات المصري رقم (25) لسنة 1968 التي تنص على انه: (يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك في الأحوال التي تراها مناسبة مع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة).

الإدارية أن تقدم لديها من المعلومات والوثائق اللازمة للفصل في الدعوى متى رأت المحكمة إن ذلك لا يضر بمصلحة عامة". والاستيضاح مُدَلَّلٌ عليه في عبارة (المعلومات) والتي بتفريقها عن (الوثائق) تكون أقوال لا مستندات، كما كان في صدر المادة. في حين أن تقديم الدفاتر أو السندات أو الوثائق ليس من قبيل الاستيضاح، كونه يمثل أمر المحكمة للغير باطلاعها على ما تحت يده منها، ولا مساهمة منه شخصياً في الإثبات. بالتالي يكون الاستيضاح مقبول أو مطلوب هنا من الأشخاص المعنوية لا من الطبيعيين.

وهو ما نسجل عليه اعتراضنا، ونساءل عن مغزى التفريق بينهم، وعن المانع من الاستيضاح من الشخص الطبيعي. لنقطع ان لا منطوق يؤيد ذلك، ولا مانع قانوني أو إجرائي من المساواة بين الأشخاص فيه. فما عند الأشخاص المعنوية؛ دوائر الدولة أو شركات أو أمثالها، من معلومات لازمة لإثبات الادعاء بشأن الحقوق المتنازع عليها في الدعوى قد يتوفر لدى الأشخاص الطبيعيين، سيما في بعض الأمور الدقيقة أو المخفية أو العملية التي تخضع لسرية الأعمال أو سواها. فضلا عن ان قانون المرافعات جاء بذات الفكرة المستبعدة في النص المذكور في المادة (4/69).

بذات الحين الذي نستحسن التوسعة - قياساً على الاستيضاح في قانون المرافعات - التي جاءت بها المادة (57) بنصها: "للمحكمة أن تأمر أو تأذن بإدخال الغير". فقد اعتبرت ان الاستيضاح ممكن أن يرد بقرار من المحكمة تفعيلاً لدورها الإيجابي في الإثبات⁽¹⁾، أو بطلب من الخصوم. وإمكانية وقوع الاستيضاح بطلب أو مبادرة من أطراف الدعوى يجعل من مبدأ (تقديم دليل الإثبات عبء على عاتق الخصم) ينطبق عليه.

لذا نرى في الرأي القائل، ان دعوة شخص أجنبي عن الخصومة للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى هو أقرب لأن يكون نوع من أنواع إجراءات الإثبات، انه توجه وجهة سليمة بما يمم بالاستيضاح صوب الإثبات، لكننا نعتقد انه لم يضعه في مكانه القانوني الصحيح، إذ اختار له مكاناً وسطاً بين الإجراء والدليل، وَعَدَهُ أقرب إلى الأخير من الأول. وحيث لا مكاناً وسطاً كهذا، فالاستيضاح - وبحسم - لا بد أن يكتف دعوى حادثة أو

(1) تنص المادة (1) من قانون الإثبات العراقي على مبدأ: "توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة". وكذا تنص المادة (2) منه على: "إلزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته".

دليل إثبات، بالنظر للغرض منه واثره في الدعوى. فإن كان الاستيضاح بغاية توسيع نطاق الدعوى الموضوعي والشخصي ويترتب عليه اعتبار المستوضح منه شخصا ثالثا في الدعوى يرتبط بموضوعها ويتأثر بحكمها فهو دعوى حادثة. أما إذا كانت دعوته في الدعوى بهدف استكمال قناعة المحكمة بصحة ادعاءات أحد الطرفين بما يدلي به من حقائق، ومساعدتها في الفصل في الحق محل النزاع فهو دليل إثبات. ونرى ان لعبارة النص "اللازم لحسم الدعوى" دوراً حاسماً في هذا الشأن، فهي تثبت للمحكمة إيجابية في ميدان الإثبات، وتقرر للاستيضاح دور إثباتياً في الدعوى، لا دوراً موسعاً لنطاقها.

ألا انه "اذا دفعت المدعى عليها بأنها كانت قد سددت أجرة محاماة المدعي إلى محام آخر وكلته بالاشتراك معه وطلبت إدخال هذا المحامي شخصاً ثالثاً للسؤال منه عما ذكرته فيجب إجابة طلبها وتمكينها من إثبات دفعها بمواجهته وعند عجزها تمنح حق تحليف المدعى عليه اليمين"⁽¹⁾. فماذا لو ادعى المحامي المستوضح منه انه لم يستلم من المدعى عليها الأجرة - لعله التواطؤ بين الشريكين مثلاً، أو أنكر بغية الاحتفاظ بالمبلغ لنفسه- أيصدق؟ أيحكم ضد المدعى عليها بناء على أقواله؟ أتعبر به عاجزة عن الإثبات؟ إنه لعمرى انحراف عن العدالة، يمكن تجنب أغلب حالاته بتحليف المستوضح منه اليمين، كالشاهد. ونجد لرأينا تأييداً من القضاء في حكم لمحكمة التمييز الاتحادية قررت فيه: "ان الدفع الذي تقدمت به الشركة المدعي عليها يستوجب إدخال المؤسسة المشار إليها أو من حل محلها قانوناً شخصاً ثالثاً في الدعوى للاستيضاح منها عن الدفع المذكور حمائية لحق المدعي عليها في الرجوع في حالة ثبوت الدفع" بذاك الاستيضاح⁽²⁾.

وفيما يخص موضوع النزاع، فإن الإثبات مهمة الخصوم وتكليفهم القانوني، لكن هذا لا يمنع من مساهمة غيرهم فيه، الأمر الذي يفعله القاضي بدوره الإيجابي وفقاً لتكليفه القانوني الوارد في نص المادتين (1 و 2) من قانون الإثبات. وكذا يفعله الغير من الشهود والخبراء.

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1183 / حقوقية / 63 في 1963/7/10، نقله: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، ص 316.

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1888/م/2004 في 2005/1/9، منشور في: مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، 1987، ص 12.

فعند تقديم المستوضح منه ما لديه من أقوال ومستندات فإنه يكون قد ساهم في إثبات الحق المتنازع فيه، ليكون حجة على من خالف ادعائه ما قُدم، ولو كان كلا الطرفين، لأنه يكشف عن خطئهما أو تواطئهما في النزاع، وحجة لمن وافق ادعائه ما قُدم. الأمر الذي يقودنا إلى طبيعة قانونية أخرى أكثر حصافة مما يُرى لها فقها وقضاء.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية الحصيفة للاستيضاح

تتخذ المحكمة الاستيضاح وسيلة للاستتارة وكشف الواقع، وكأداة من الأدوات المتاحة أمامها قانوناً لاستكمال تحقيقاتها في موضوع الدعوى، وبالتالي قناعاتها. ورغم أننا نتفق معهم في أن ذلك يكون من الاستيضاح، لكننا لا نرى أن ما ينتج عنه يقتصر على ذلك. فهو يقود المحكمة إلى الوجهة المناسبة في حسم الدعوى ويساعد في اعتدادها بطرق الإثبات المطروحة أمامها. سيما وأن كشفه عن الواقع - وهو ما ندعو المحكمة لتحصيله - يصبح دليلاً على ما تضمن من وقائع متعلقة بالدعوى، وإثباتاً لها، وحجة لمن ادعاه من الخصوم. وكذا الاستتارة بما كان غامضاً من تفاصيل النزاع، هي في مضمونها إثبات لما كان غير مثبت أو غير جلي المرجعية والتوجيه. وزيادة فهم القاضي للمواضيع الدقيقة أو التخصيصية ورفع السرية عنها ممن يمكنه ذلك من الغير مما يوصل للإثبات، وهو ذات الدور الذي يقوم به الدليل.

فالمحكمة ترسم خطة مرنة للسير في الدعوى، وتضع تصوراً للتحقيق في موضوع النزاع المعروف عليها بمناسبة الدعوى، بأليات دلالية تهيئ لحكمها القادم أرضاً صلبة من الحقيقة، ما أمكنها ذلك. ومن بين تلك الآليات نجد الاستيضاح.

فهي تحرص أن تستمع منه شخصياً لمن دعت للاستيضاح عن وقائع لامسها بإحدى حواسه فأدركها⁽¹⁾، بينما يمكنها أن تستمع عن موقفه القانوني ممن يمثله أو يخلفه في ذلك، كوكيله أو خلفه العام. فالمحكمة هي من يُقدر حاجة إظهار الحقيقة لتأمر ومن تلقاء

(1) فقد قررت محكمة التمييز إنه " إذا تقرر إدخال الأشخاص الثالثة في الدعوى للاستيضاح منهم فلا يمكن دعوة ورثة من مات منهم لهذا الغرض"، وذلك في القرار التمييزي ذي العدد 46/هيئة عامة أولى/72 بتاريخ 1972/12/23، نقله: إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990، ص 318.

نفسها بإدخال من ترى من الغير في الدعوى⁽¹⁾، غير متأثرة برأي الخصوم في الأمر⁽²⁾.
لكننا لا نؤيد اتجاه القضاء العراقي⁽³⁾، بحصر الحق في استخدام مكنة الاستيضاح القانونية بيد المحكمة، إنما نرى ان اتجاه قانون الإثبات البائن في نص المادة (57) في إشراك الخصوم في تلك المكنة بالسماح لهم بالاستعانة بها بعد إذن المحكمة، كان أوفق باعتبار الاستيضاح دليلاً في الدعوى لا دعوى (حادثة) في الدعوى.

فإذا يممننا وجهنا شطر قانون الإجراءات المدنية الفرنسي النافذ فس نجد فيه المادة (332) والتي تنص على ان " القاضي يمكنه أن يدعو ايأ من الخصوم إلى اختصاص كل ذوي الشأن والذين يكون وجودهم ضرورياً لحل النزاع..."⁽⁴⁾. فلم يحدد حالات الاختصاص بأمر المحكمة، وإنما أطلقها في حدود فكرة هامة هي فكرة "حسن الفصل في النزاع"⁽⁵⁾، والضرورة⁽⁶⁾.

ومن النص، يبدو ان المشرع الإجرائي الفرنسي قد استجاب للاتجاهات الفقهية المعارضة لفكرة اختصاص الغير بناء على أمر المحكمة⁽⁷⁾. وهذا ظاهر في صدر النص أعلاه

(1) نبيل إسماعيل عمر، السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 98.

(2) أحمد أبو الوفا، المصدر السابق، ص 200.

(3) هبت محكمة التمييز في أحد قراراتها ذي العدد 61/استئنافية/86-87 والصادر بتاريخ 1987/7/21 إلى " ان مطالبة المميز امام محكمة الاستئناف بإدخال البائعة الثالثة (ج) شخصاً ثالثاً في الدعوى لإلزامها برد حصتها من الثمن المقبوض التي أقرت بقبضه غير جائز قانوناً لأن الجواز وارد بالنسبة لمحكمة الاستئناف وحدها وليس بالنسبة للخصوم أنفسهم... " مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، 1987، ص 17.

(4) Art. 332 " Le juge peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige.

En matière gracieuse, il peut ordonner la mise en cause des personnes dont les droits ou les charges risquent d'être affectés par la décision à prendre ".

(5) أحمد هندي، سلطة الخصوم، مصدر سابق، ص 156.

(6) نقض مدني فرنسي - دائرة 2- في 1983/10/5 جازيت دي بالية 1984 - بانوراما - ص 44. مشار إليه لدى د. أحمد هندي، سلطة الخصوم، مصدر سابق، ص 156.

(7) وفي هذا يقول الأستاذ روجيه بيرو: أن اختصاص الغير بناء على امر المحكمة غير فعال ويتعارض مع طبيعة المنازعات الخاصة. مشار إليه لدى أحمد صدقي محمود، اختصاص الغير، مصدر سابق، ص 153-154.

الحاكم بان "القاضي يمكنه أن يدعو اياً من الخصوم إلى.. " والذي قصر سلطة المحكمة على توجيه الدعوة لأحد الخصوم لاختصاص الغير لا الأمر به⁽¹⁾. وهو توجه خالف ما استقر عليه غالب الفقه والقضاء التقليديين⁽²⁾، معلياً من مبدأ سيادة الخصوم على الدعوى⁽³⁾، حتى نعى عليه الفقه بأنه عديم الفائدة في شأن ما سطر لأجله⁽⁴⁾. فإنه مجرد (دعوة) الخصم قد لا يستجيب لها فلا جزاء إزائها، مما قد يخل بسلامة الحكم في الدعوى⁽⁵⁾. وجُل ما يحمل النص تشجيعاً للقاضي على إدارة حيوية للدعوى تتمثل في عرض ما يراه مفيداً على الخصوم من إجراءات في إدخال الغير في دعواهم، ورغم ان في هذا إيجابية حيادية، إلا أن أمره متروك للخصوم الذين قد يترددون في الاستجابة له أو يتجاهلوه أو يعتقدوا ان مصلحتهم في عدم إدخال الغير المنصوح به⁽⁶⁾. لكن تلك الانتقادات لم يعبأ بها المشرع ليستمر مصراً على موقفه ولم يُعدل⁽⁷⁾. ولعله اتكأ على ما أجاز للقاضي من إلزام الغير بتقديم مستند يؤثر على مصير الدعوى في المواد (138- 141) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم 1123 لسنة 1975 المعدل ، وما ألزمت المادة (10) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 معدلة بالقانون الصادر في 5 يوليو 1972 ، الغير بالامثال لأمر القاضي بالمثول لأداء الشهادة بخصوص الدعوى التي ينظرها، وهو ما

(1) Henry Solus, Roger Perrot, Droit judiciaire privé, Tome3, Procédure de première instance, 1991. p. 907.

(2) أحمد صدقي محمود، اختصاص الغير، مصدر سابق، ص 154.

(3) Normand. principes disecteurs du procès. Juris. class. 1985. facs. 151. n 13. 154 مشار إليه

لدى أحمد صدقي محمود، اختصاص الغير، مصدر سابق، ص 154.

(4) Normand Fasc. Trim dr. Civ. 1982. p 357; p. julien obs. D. 1978. I. R. sous cass soc. 8 Juin 1978 ; R. Perrot. rev. Trim dr. Civ. 1984 p. 264 et s ; R. Martin: Juris. Class. 1980 Fasc. 127. 1. n. 107.

مشار إليهم لدى أحمد صدقي محمود، اختصاص الغير، مصدر سابق، ص 154.

(5) أحمد صدقي محمود، اختصاص الغير، مصدر سابق، ص 155.

(6) سوليس وبيرو، القانون القضائي الخاص، 1991، ص 907. مشار إليه لدى د. أحمد هندي، سلطة الخصوم، مصدر سابق، ص 157.

(7) Henry Solus, Roger Perrot, Droit judiciaire privé, Tome3, Procédure de première instance, 1991. p. 907. Normand. principes disecteurs du procès. Juris. class. 1985. facs. 151. n 13.

ويستفاد ذلك من نص المادة (768) إجراءات مدنية والمعدلة بالقانون 618-84 الصادر في 13 يوليو والتي جاءت:

Art. 768-1 " Le juge de la mise en état peut inviter les parties à mettre en cause tous

يؤدي المساعدة المرجوة من الاستيضاح في حكم القضاء على نحو سليم⁽¹⁾. وتلك لعمري رؤية (إثباتية) للاستيضاح غادرت رؤيته (الإجرائية) برمتها، فضلا عن نظرية الدعوى الحادثة. ولدينا ما يدعم رأينا في التوجه لهذه الرؤية من إلزامية محكمة التمييز الاتحادية لمحاكم الموضوع بدعوة من يحتمل أن يوفر "ما يلزم لحسم الدعوى"، ذكره الخصوم أم لم يذكره، طلبوه أم لم يطلبوه. وهو توجه يخالف الجواز القانوني المتاح لرأي المحكمة فيها، كما ينص صدر الفقرة (4) من المادة (69) محل البحث. وما ذاك إلا بناء على وضوح الرؤية الإثباتية التي لا بد أن يكون القضاء قد رآها في الاستيضاح، والتحول للإلزام مُستنداً عليها، مفارقاً الجواز المؤسس على الرؤية الإجرائية له. وبالرغم من عدم نص القانون على حجية أقوال المستوضح منه، فهذا لا يفقده مساهمته المهمة في الإثبات، أو اعتراف القانون بدلالة الاستيضاح الثبوتية، وعدم النص ذاك لا ينحصر به، حتى يفهم من إغفال النص على الحجية؛ عدمها لنواتج الاستيضاح. فالقانون لم ينص على حجية الخبرة والمعينة واليمين المتممة، وفي غيرها ضيق من الحجية حتى نراها في اليمين والإقرار قاصرين على مؤديهما. وكل ذلك لم يخل بأهمية تلك الأدلة، وجُل ما ترتب على ذلك تدرج في قوة الحجة بينها في الإثبات، فبات دليل أقوى من آخر حين التعارض، وهذا لا يعدم الاستيضاح قوته في التذليل على الحق. فتصديق المستوضح منه لأحد خصمي الدعوى يكون حجة على الخصم الآخر. ويقصد بالاستيضاح المساعدة في إظهار مَنْ من خصوم الدعوى المنظورة هو صاحب الحق، ومن أمثلته إدخال الغير ليقدم للمحكمة مستندات تحت يده أو لسؤاله عن أمر يعتقد بهما أهمية لكشف الحقيقة⁽²⁾، على أنه لا يقصد من هذا الإدخال مجرد سماع شهادة الغير في واقعة تخص موضوع الدعوى، فذلك عنوان آخر أجازه ونظمه قانون الإثبات⁽³⁾. رغم أن الاستيضاح قريب الشبه من الشهادة في الغرض، لكن له مجال وأحكام مختلفة. فالاستيضاح يختلف عن الشهادة، بان الحصر المُقرر لها لا يُقرر له؛ لعمومية نص المادة (4/69) بشأنه بقوله (عما يلزم)، وما يلزم سعة لا حصر فيها، الأمر الذي أكدته

(1) أحمد إبراهيم عبد التواب محمد، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي - دراسة تأصيلية مقارنة -، ط1، دار النهضة العربية، 2005-2006، ص 255.

(2) عيد محمد القصاص، المصدر السابق، ص 524.

(3) أحمد أبو الوفا، المرافعات، مصدر سابق، ص 220-221.

الأسباب الموجبة بنصها: "عما تشاء". فسعة جواز الاستعمال مختلفة بينهما، كما ان الشهادة لا تجوز بأحوال وأقيام محددة كما تقرر المادة (77) وغيرها، فيما لا تقيد من ذلك في الاستيضاح، ونص الأسباب الموجبة يؤيدنا بقوله: "عما تشاء سواء جاز إثباته بالشهادة أم لم يجوز القانون".

ان نص المشرع في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية على: "حق المحكمة في إدخال من تشاء من الأشخاص للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى"، ما هو الا اعتراف منه بأن الاستيضاح إدخالاً لشخص من الغير في دعوى ليكون دليلاً لإثباتها؛ كونه "يلزم" لحسمها، وليس "يلزم" لزيادة فهم القاضي أو استنارته عن موضوعها أو إجلاء غموضها، فلم تذكر الأسباب الموجبة ذلك، وعربية النص بائنة. ليعتبر الاستيضاح دليلاً لا دعوى ولا دعوة. ويؤيدني قضاؤنا المبدع في هذا الرأي، إذ نقضت محكمة التمييز الاتحادية قرارا استثنافيا اعتبر المدعي عليه عاجزا عن إثبات دفعه لعجزه عن إحضار الأشخاص الثالثة لامتناعهم عن الحضور⁽¹⁾.

وقد اتفق قانوني؛ المرافعات المدنية - كما جاء في أسبابه الموجبة - والإثبات - كما جاء في المادة (57) منه - على ان الاستيضاح إدخال، وهو ما يتضمن فكري الحضور الإلزامي للمستوضح منه، وإلزامية موافاته للمحكمة بما يعلم عن موضوع الدعوى⁽²⁾. غير ان ما يعزز رأينا هذا، ان معالجة الاستيضاح جاءت مرتبكة في قانون المرافعات، وناقصة في قانون الإثبات. وان ما يتجاوز هذه الإشكالات هو معالجته على أساسين؛ الأول: اعتباره دليل إثبات لا دعوى حادثة، والثاني: حصر تلك المعالجة في قانون الإثبات، برفعها من قانون المرافعات رفعا لالتباس فيه.

(1) انظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعد 2371 / الهيئة الاستئنافية - عقار / 2006 في 2006/10/16، والذي نص على ان محكمة الاستئناف: "اعتبرت المميز المدعي عليه عاجزا عن إثبات دفعه لعجزه عن إحضار الأشخاص الثالثة لغرض انه قدم عناوينهم واخبر المحكمة انهم يمتنعون عن الحضور وحيث أن مهمة إحضار الأشخاص الثالثة لغرض الاستيضاح تقع على عاتق المحكمة وليست من مهمة الخصوم طالما أن المميز قدم المعلومات الكافية لغرض تبليغهم وانهم تبلغوا فكان علي المحكمة استخدام صلاحيتها بإحضارهم جبرا..."، نقله: رحيم حسن العكيلى، مصدر سابق ذكره، ص 263.

(2) انظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعد 2371 / الهيئة الاستئنافية - عقار / 2006 في 2006/10/16، سابق الإشارة إليه.

الخاتمة

وإذ ننتهي من عرض موضوعنا في (الدليل التاسع)، فقد رشح لدينا مجموعة من النتائج، استلزم معالجة بعضها مما أشرنا لما لحقه من مآخذ، ونعرض لأهم ما تقدم في الآتي:

أولاً / النتائج

1- للمحكمة أن تدعو أي شخص للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى - كما تقرر المادة (4/69) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 188 لسنة 1969 المعدل - استقصاءً لحقائق النزاع واستنارة بها لعل ذلك ينتج حكماً ملامساً للعدل. لكن النص نراه يثير شجوناً قانونية.

2- ولا تجعل تلك الدعوة الشخص المستوضح منه طرفاً فيها، إنما شخصاً ثالثاً داخلاً في الدعوى لمهمة الاستيضاح كما قرر له قانوناً وقضاء.

3- لم يبين القانون إجراءات دعوة المستوضح منه بتحديد خاص، ونظنه ترك أمرها إلى محكمة، فهي تستدعيه لحضور المرافعة، لتسمع لأقواله وما لديه عن موضوع النزاع، ولا يحلف اليمين الا في بعض الأحوال المهمة والدقيقة، ومن ثم تخرجه من الدعوى إذا انتهت من حاجتها إليه.

4- يتفق الفقه مع القضاء في اعتبار الاستيضاح تطبيقاً من تطبيقات الدعوى الحادثة - بملاحظة ما يتصف به عن عمومها من أحكام إجرائية - وان كان هناك رأي مخالف لهم باعتبار المستوضح منه ليس بمركز الطرف في الدعوى وليس له خصومة أو طلبات فيها.

5- استعملت المادة (57) من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل، الاستيضاح للأشخاص المعنوية بنصها: " للمحكمة... ، ولها كذلك أن تطلب من الجهات الإدارية أن تقدم لديها من المعلومات والوثائق اللازمة للفصل في الدعوى متى رأت المحكمة إن ذلك لا يضر بمصلحة عامة، وهو ما يوجه الاستيضاح وجهة إثباتية لا إجرائية.

6- إنما تتخذ المحكمة الاستيضاح للاستنارة وكشف الواقع - كما يتفق الفقه والقضاء - فتستكمل به تحقيقاتها وقناعاتها، فإن ذلك يقود المحكمة إلى الاعتداد بطرق الإثبات المطروحة أمامها، سيما وان ما كشفه عن الواقع يصبح دليلاً على ما تضمن من وقائع متعلقة بالدعوى، وإثباتاً لها، وحجة لمن ادعاها من الخصوم. وكذا الاستنارة بما

كان غامضاً من تفاصيل النزاع هي في مضمونها إثبات لما كان غير مثبت أو غير جلي المرجعية والتوجيه.

ثانياً / المقترحات

1- لتجاوز المعالجة المرتبكة وغير السليمة للاستيضاح في قانون المرافعات بعده دعوى حادثة، نقتراح رفع تلك المعالجة من القانون لكون الاستيضاح دليلاً لا دعوى، كما تبين لنا من البحث.

2- حصر معالجة الاستيضاح في قانون الإثبات، بعد رفعها من قانون المرافعات رفعا للالتباس القائم في طبيعته القانونية، وعده دليل إثبات تاسع يضاف لبقية الأدلة التي نظمها قانون الإثبات.

3- بتقرير طبيعة الاستيضاح كدليل إثبات، نقتراح تضمين النص عليه في القانون فكرياً؛ الحضور الإلزامي للمستوضح منه، وإلزامية موافاته للمحكمة بما يعلم عن موضوع الدعوى.

4- النص حق الخصوم - كما المحكمة - في استخدام مكنة الاستيضاح القانونية، وتعديل نص المادة (57) للسماح للخصوم في الاستعانة بالغير لإثبات دعواهم، باعتبار ذلك استخدام لدليل في الدعوى.

5- تعديل نص المادة (57) من قانون الإثبات النافذ بما يلغي التفريق بين "الغير" والجهات الإدارية " في مسألة الاستيضاح، والمساواة بينهم فيما يمكن أن يطلب منهم تقديمه كدليل يتخذ في الدعوى، وذلك يكون بان يصبح نص المادة أعلاه كالاتي: "للمحكمة أن تأمر أو تأذن بإدخال الغير من الأشخاص أو الجهات الإدارية لإلزامهم بتقديم ما لديهم من المعلومات أو السندات أو الدفاتر والوثائق اللازمة للفصل في الدعوى، مع توخي عدم الإضرار بالمصلحة عامة.

6- النص على إلزامية حضور المستوضح منه بتبليغه، فإن لم يحضر استعانت المحكمة بالصلاحيات المخولة لها في حكم المادة (17) من قانون الإثبات، لإحضاره جبراً.

7- النص على إلزام المحكمة بتحليف المستوضح منه اليمين، للاستيثاق بما يدلي من أقوال لتعلق حقوق الخصوم بها، أو مطالبته بالتدليل على صحة ما يقول ما استلزم بالوثائق المعتمدة، وعدم تقبل كل ما يصدر عنه.

الملخص

للمحكمة أن تدعو أي شخص للاستيضاح منه عما يلزم لحسم الدعوى - كما تقرر المادة (4/69) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل - استقصاءً لحقائق النزاع، لعل ذلك يساعدها في إنتاج حكم ملائم للعدل، لكن النص نراه يثير شجوناً قانونية.

فتلك الدعوة لا تُصير المستوضح منه طرفاً في الدعوى، إنما شخصاً ثالثاً داخلاً في الدعوى كما قرّر له قانوناً وقضاءً، ويتفق الفقه معهم في اعتبار الاستيضاح تطبيقاً من تطبيقات الدعوى الحادثة، بملاحظة ما يتصف به مع عمومها من أحكام إجرائية.

فأن سلمنا ان المحكمة تتخذ من الاستيضاح وسيلة للاستنارة وكشف الواقع - كما يتفق الفقه والقضاء - فتستكمل به تحقيقاتها وقناعاتها، فإن ذلك يقود المحكمة إلى الاعتداد بما يطرحه أمامها من إثبات، سيما وان ما يكشفه من الواقع يصبح دليلاً على ما تضمنته الدعوى من وقائع، وإثباتاً لها، وحجة لمن ادعاها من الخصوم. وكذا الاستنارة بما كان غامضاً من تفاصيل النزاع هي في مضمونها إثبات لما كان غير مثبت أو غير جلي المرجعية والتوجيه.

ليتقرر قانوناً ومنطقاً علمياً ان الاستيضاح دليلاً لا بد أن يضاف لأدلة الإثبات المعتمدة في القانون، لا مجرد إجراء في الدعوى، وهو ما ندعو له مشرعنا الحصيف.

Abstract

The court may invite any person to seek clarification from him about what is necessary to settle the case - as the article stipulates 4) /69 (of the Iraqi Civil Procedure Law No. 83 of 1969, as amended. An investigation of the facts of the conflict may help them to produce a judgment that is in harmony with justice. But the text we see raises our legal grievances.

This invitation does not make the clarified person a party to the lawsuit, but rather a third person involved in the lawsuit as decided for him by law and judiciary, and the jurisprudence agrees with them in considering the clarification as an application of the application of the incident case, by noting the procedural provisions that characterize him about its general.

If we accept that the court uses clarification as a means of enlightenment and reveals reality - as the jurisprudence and the judiciary agree - with it to complete its investigations and convictions, this leads the court to consider the methods of proof before it, especially since what he uncovers about the reality becomes evidence of the facts related to the case, and proof Her, and an argument for those who claimed her opponents. Likewise, enlightenment with what was vague about the details of the conflict is in its content an evidence of what was unproven or unclear in terms of reference and guidance.

In order for it to be determined legally and scientifically that clarification is evidence that must be added to the evidentiary evidence adopted in the law, not just a procedure in the case, which is what we call our prudent legislator.

المقالات
وتأريه كان

Articles or “objects”





سيرة أزمة قانون النفط والغاز

- حقائق موثقة للتاريخ -

بيوگرافياى قهيرانى - ياساى نهوت وگاز -
(راستیهکانى دوکیومینتکراو یۆ میژوو)

Crisis biography - oil and gas law – (documented facts of history)

فرست أحمد عبد الله

وزير العدل

حكومة إقليم كردستان-العراق

فهرست نهحمهد عهبدولا

وهزيرى داد له حكومهتى ههرىمى كوردستان - عىراق

Farsat Ahmed Abdullah

Minister of Justice in the Kurdistan Regional Government – Iraq



فرست أحمد عبد الله
وزير العدل
حكومة إقليم كردستان-العراق

تعدُّ ثروة النفط والغاز مسألة جوهرية للدول التي تشكل هذه المادة موردها الرئيس لتمويل موازنتها السنوية، ولها دور حاسم لخطط تنميتها واستثماراتها، وفي الدول الاتحادية (الفدرالية) تزداد أهميتها ان كانت تمتلك هذه الثروة، بسبب ما تثيره من إشكالات بين الحكومة الاتحادية وحكومات الأقاليم، خاصة اذا كانت قد شكّلت مصدراً كبيراً ومهيماً لعائدات الدولة، كما هو الحال في جمهورية العراق الاتحادية، حيث شكل النفط والغاز الموضوع الرئيس للنقاشات والمداولات الدستورية في العراق سواء في لجان صياغة مشروع الدستور في المجلس الوطني أو بين قيادات المكونات السياسية في اثناء مرحلة صياغة مشروع الدستور، شأنه في ذلك شأن الدول الفدرالية الاخرى، حيث أن موضوع النفط والغاز كان يحظى بالأولوية في أية مفاوضات دستورية، فكان يلزمها التخوف وعدم الثقة من الأقاليم تجاه الحكومة الاتحادية من أن لا يتم التعامل معها بالعدل فتُحرم من مستحقاتها وما تدر هذه الثروة من موارد، أو أن تلجأ الحكومة الاتحادية إلى استخدام مستحقات الأقاليم سلاحاً للضغط عليها كأن تقلل من استحقاقها أو تبطئ عملية تحويلها وتفوت عليها الوقت المناسب، وفي ظل تلك المخاوف تسعى الأقاليم إلى تثبيت حقها في إدارة مواردها من الثروة النفطية والغاز من قبلها مباشرة وإقرار ذلك دستورياً لتجنب ما يمكن ان يتعرض له من تغيير أو تعديل فيما لو كان الموضوع قد تم النص عليه وتنظيم إدارته بقوانين، ويكون زمام تغييرها بيد الحكومة الاتحادية وسلطاتها فحسب، ولكي تضمن الأقاليم التوزيع العادل لما يدر منها من أجل الحفاظ على الاستقرار المالي، لا سيما إن كانت المخاوف حقيقية على أرض الواقع، كما هو حادث في العراق حالياً، متمثلاً في موقف الحكومة الاتحادية من إقليم كردستان وما حدث سابقاً من موقف لحكومة السودان تجاه إقليم جنوب السودان قبل انفصاله، الأمر الذي حمل الأقاليم الفدرالية ومنها إقليم كردستان - العراق على الاصرار بتوفير الضمانات الدستورية في كل ما يتعلق بثروة النفط والغاز للوصول إلى تقسيم عادل لهذه الثروة وإقرار

تفوق قانون الإقليم على القانون الاتحادي في حالة الخلاف مع الحكومة الاتحادية أو الاختلاف بين قوانين الطرفين أو التناقض بينهما وضمانات أخرى سناتي على تفصيلها وذكر اسانيدھا الدستورية، وان كانت قد تحولت إلى حبر على الورق بسبب عدم التقيد، على الرغم من وضوح النصوص الدستورية وصراحة أحكامها وعدم حاجتها إلى تفسير أو اجتهاد فـ (لا مساع للاجتهاد في مورد النص).

- أولاً: توزيع السلطات في الدستور العراقي لسنة 2005:

اختلفت الدساتير الفدرالية في انتهاج اسلوب توزيع السلطات والاختصاصات بين الحكومة الاتحادية والمستويات الفدرالية الأخرى (الولايات، الأقاليم، المناطق، المحافظات) وكذلك ما يخص نظم توزيع الثروة، فمن تلك النظم ما نصت في دساتيرها على سلطات وصلاحيات الوحدات الفدرالية بشكل حصري وما لم يُنظ بها تكون للحكومة الاتحادية ومنها (بلجيكا و اسبانيا)، وانظمة أخرى تنص على الاختصاصات والسلطات الاتحادية حصراً وما يتبقى منها يكون من اختصاصات الوحدات الفدرالية (الولايات والأقاليم وغيرها) ومنها (الولايات المتحدة، سويسرا، استراليا، النمسا والمانيا)، والنوع الثالث من الانظمة تنص على سلطات واختصاصات الأقاليم والولايات إضافة إلى أن دساتيرها تنص على السلطات المشتركة بين السلطات الاتحادية وسلطات الأقاليم والولايات مثل (كندا، الهند).

أما الدستور العراقي لسنة 2005 فقد سلك نهج تحديد اختصاصات السلطات الاتحادية بالمادة (110) واعتبرها اختصاصات حصرية بينها في تسع فقرات⁽¹⁾، واعتبر كل

(1) حيث نصت المادة 110: "تختص السلطات الاتحادية بالاختصاصات الحصرية الآتية:

أولاً: - رسم السياسة الخارجية والتمثيل الدبلوماسي، والتفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية، وسياسات الاقتراض والتوقيع عليها وبراها، ورسم السياسة الاقتصادية والتجارية الخارجية السيادية.

ثانياً: - وضع سياسة الامن الوطني وتنفيذها، بما في ذلك انشاء قوات مسلحة وادارتها، لتأمين حماية وضممان امن حدود العراق، والدفاع عنه.

ثالثاً: - رسم السياسة المالية، والكمركية، واصدار العملة، وتنظيم السياسة التجارية عبر حدود الأقاليم والمحافظات في العراق، ووضع الميزانية العامة للدولة، ورسم السياسة النقدية وإنشاء البنك المركزي، وإدارته.

ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية من اختصاصات وصلاحيات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، كما ورد في صدر المادة (115)⁽¹⁾، إضافة إلى ما ذكره من صلاحيات مشتركة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم في المادة (114) و(113) و(112) و(111)، ثم يبيّن كيفية التعامل مع مواضيعها من حيث رسم سياستها وكيفية التصرف بها وإدارتها، فقد نصّ عليها بوضوح وصراحة في عجز المادة (115) حيث جاء فيها أن الصلاحيات الأخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم تكون بالاشتراك والتوافق في إدارة أو رسم السياسة وفق كل حالة بموجب المادة المذكورة وان اختلفا تكون الأولوية فيها لقانون الإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم⁽²⁾.

إن التأمل في نص هذه المادة بصدرها وعجزها يدل على ان ما هو خارج الاختصاص الحصري المحدد للسلطات الاتحادية في المادة (110) من الدستور هو من اختصاص حكومة الإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم. وما يخصنا في هذا المقال هو موضوع النفط والغاز، عليه سترك جانباً المادتين (113 و114) ذات الاختصاص المشترك الخاصتين بمواضيع أخرى غير النفط والغاز، ونصبُّ اهتمامنا على موضوع النفط والغاز. - ثانياً: موقف الحكومة الاتحادية من موضوع إدارة النفط والغاز وتقسيم مواردهما: من خلال اطلاعنا على موقف الحكومة الاتحادية المتمثلة بوزارة النفط، والدعوى

←

رابعا: - تنظيم أمور المقاييس والمكاييل والاوزان.

خامسا: - تنظيم أمور الجنسية والتجنيس والإقامة وحق اللجوء السياسي.

سادسا: - تنظيم سياسة الترددات البثية والبريد.

سابعا: - وضع مشروع الموازنة العامة والاستثمارية.

ثامنا: - تخطيط السياسات المتعلقة بمصادر المياه من خارج العراق، وضمان مناسب تدفق المياه.

تاسعا: - الإحصاء والتعداد العام للسكان."

(1) المادة 115: (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، يكون من

صلاحيات الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم)

(2) عجز المادة 115: (والصلاحيات الأخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم، تكون الأولوية

فيها لقانون الإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في حالة الخلاف بينهما).

المقامة من قبلها أمام المحكمة الاتحادية برقم 59/اتحادية/2012، يتبين بأنها تعتبر موضوع النفط والغاز من ضمن الاختصاصات الحصرية خلافاً لأحكام الدستور ونصوصه التي لا تحتمل الاجتهاد والتأويل، حجتها في ذلك هي المادة (111) من الدستور والتي جاء نصها: (النفط والغاز هو ملك كل الشعب العراقي في كل الأقاليم والمحافظات) فتعتبر الحكومة الاتحادية نفسها هي الممثلة للشعب العراقي، وبتفسيرها هذا تقطع العلاقة بين المادة المذكورة والمادة (112/اولا/ثانيا) من الدستور من جهة، وتتغافل عن المادة (110) التي وردت فيها اختصاصات السلطات الاتحادية على سبيل الحصر قطعاً من جهة أخرى، رغم ان المادة المذكورة تلغي أي اجتهاد و تفسير يؤدي إلى إضافة اختصاص آخر إليها من جهة ثالثة.

إن المادة (111) من الدستور هي مادة ذات مغزى سياسي اكثر من ان يكون قانوني، والمقصود بها ان لا يكون النفط والغاز كما كان في ظل الانظمة السياسية البائدة، وسيلة لإشعال الحروب مع دول الجوار أو الحروب الداخلية التي استنزفت ثروات الشعب وهددت واردات موازناته السنوية وأدت إلى افتقار الشعب وإعادة حياته المعيشية إلى بدايات سنوات تشكيل الدولة العراقية، وجعلت الغالبية تعيش تحت خط الفقر المدقع. ومن ناحية أخرى لا يمكن تفسير المادة المذكورة بمعزل عن المادة (112) بفرعها، إذ لم يكن عبثاً حينما وضعها مؤسس الدستور بعد المادة (111) مباشرة، وقد نصّ المشروع الدستوري فيها بوضوح على كيفية التعامل بين الحكومتين في إدارة النفط والغاز المستخرجين من الحقول التي كانت منتجة لها بتاريخ كتابة الدستور ونفاذه والمسماة بالحقول (الحالية) وكيفية توزيع الواردات التي تجمع عن كل منهما وتحديد حصص الأقاليم المتضررة والتي حرمت من منافعهما من قبل النظام السابق⁽¹⁾.

وان كنا لسنا بحاجة لأدلة اضافية لإثبات عدم صحة ما ذهبت إليه السلطات الاتحادية باعتمادها المادة (111) لإثبات حصرية اختصاص النفط والغاز لها، إلا أننا نرى من

(1) المادة (112 / أولاً): تقوم الحكومة الاتحادية بإدارة النفط والغاز المستخرج من الحقول الحالية مع حكومات الأقاليم والمحافظات المنتجة، على ان توزع وارداتها بشكل منصف يتناسب مع التوزيع السكاني في جميع انحاء البلاد، مع تحديد حصة محددة للأقاليم المتضررة، والتي حرمت منها بصورة مجحفة من قبل النظام السابق، والتي تضررت بعد ذلك، بما يؤمن التنمية المتوازنة للمناطق المختلفة من البلاد، وينظم ذلك بقانون.

الضروري أن نورد أدلة اضافية لا تخلو من الإفادة لأي باحث أو مهتم بشؤون النفط والغاز من الناحيتين الدستورية والقانونية.

فلو دققنا المادة (110) من الدستور وما ورد فيها من الاختصاصات الحصرية للحكومة الاتحادية وبمقارنة بسيطة مع المادة (الخامسة والعشرين) من (قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية) والذي كان يعتبر دستور المرحلة المذكورة، لوجدنا بأن المادة الخامسة والعشرين منه قد تم استنساخها لتكون المادة (110) من الدستور، وكانت الفقرة (هـ) من المادة الخامسة والعشرين من القانون المذكور قد اعتبرت إدارة الثروات الطبيعية للعراق من ضمن إختصاصات الحكومة العراقية الانتقالية، باعتبار ان النفط والغاز من ضمن الثروات الطبيعية، الا ان الفقرة المذكورة قد تم استبعادها حين صياغة المادة (110) ونقل مضمون المادة الخامسة والعشرين إلى تلك المادة من الدستور إليها فجاءت المادة (110) من الدستور خالية من النص على الثروات الطبيعية.

وان القانون رقم (19) لسنة 2013 قانون التعديل الثاني لقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة 2008، قد حسم الموضوع بشكل مطلق حينما أقرت السلطة التشريعية الاتحادية (مجلس النواب) بما يؤكد بأن موضوع النفط والغاز يعتبر من الاختصاصات المشتركة وتكون لقوانين المحافظات المذكورة الأولوية على القوانين الاتحادية في حالة الاختلاف والتناقض.⁽¹⁾ وذلك من خلال البندين (خامساً وسادساً) من المادة الثانية من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم 21 لسنة 2008 بعد التعديل، حيث ينص البند (خامساً) على انه: (تمارس الحكومات المحلية الصلاحيات المقررة لها في الدستور والقوانين الاتحادية في الشؤون المحلية عدا الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية المنصوص عليها في المادة (110) من الدستور، فيما ينص البند (سادساً) من ذات المادة على انه: (تدار الاختصاصات المشتركة المنصوص عليها في المواد (112 و 113 و 114) من الدستور بالتنسيق والتعاون بين الحكومة الاتحادية والحكومات المحلية وتكون الأولوية فيها لقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم في حالة الخلاف بينهما وفقاً لأحكام المادة (115) من الدستور)، ومما لاشك فيه إن ما يصح

(1) البندين (خامساً وسادساً) من قانون رقم 19 لسنة 2013 قانون تعديل قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة (2008).

للمحافظات غير المنتظمة في إقليم يكون وارداً وصحيحاً للأقاليم الاتحادية من باب أولى.

وإضافة إلى ذلك فإن لجنة اعداد مشروع تعديل الدستور البرلمانية المخولة بموجب المادة (142) قد أوصت في تقريرها بإضافة النفط والغاز إلى الاختصاصات الحصرية للحكومة الاتحادية، عند تعديل الدستور، فما الحاجة لهذا التعديل اذا كان النفط والغاز هما ضمن الاختصاص الحصري للسلطات الاتحادية أصلاً؟!

ما نقصده من وراء ذلك ان تفسير الحكومة الاتحادية للمادة (111) من الدستور لا سند له ويتناقض مع القواعد المعتمدة في تفسير القوانين وما هو إلا خطوة على طريق سعيها للانفراد بالعمليات النفطية استكشافاً واستخراجاً وإدارة، دونما سند قانوني، وما احتجاجها بقوانين مركزية صادرة في ظل الحكومة البائدة والاصرار على إبقائها دونما إلغاء أو تعديل، إلا دليل على ذلك، بالرغم من إن نظام الحكم الدكتاتوري وفلسفته وسياسته الاقتصادية المعبرة عن فلسفة حزب البعث مختلفة كلياً عن فلسفة الحكم التي أقرها الدستور وأقام نظامه السياسي الديمقراطي الاتحادي على أساسها (المادة 1) من الدستور⁽¹⁾ لذلك فإن تشبث وزارة النفط الاتحادية بقانونها المرقم (101) لسنة 1971 المعبر عن نظام مركزي للحكم، لا بل شديد المركزية، يحصر كافة شؤون النفط والغاز بوزارة النفط والقانون رقم (84) لسنة 1985 قانون الحفاظ على الثروة الهيدروكربونية يتناقض كلياً وأحكام الدستور الاتحادي الحالي.

ثالثاً: تجسيد تطبيق أحكام الدستور الخاصة بالنفط والغاز وتشويهها:

كان الطرفان (الحكومة الاتحادية وحكومة إقليم كردستان) قد توافقا على مشروع لقانون النفط والغاز في 2007/2/15، والذي كان يشكل الاستراتيجية التي نصت عليها الفقرة (ثانياً) من المادة (112) من الدستور، وتم إرسال المشروع إلى مجلس شوري الدولة (مجلس الدولة حالياً) مع ملاحقه الاربعة بتاريخ 2007/2/28، إلا أن مجلس شوري الدولة في الوقت الذي كان يقتضي عليه العمل على وفق اختصاصه بموجب المادة (101) من الدستور حيث حصرت اختصاصه بـ (الصياغة) الا انه تدخل في النواحي

(1) المادة (1): جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة نظام الحكم فيها جمهوري (برلماني) ديمقراطي وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق.

الموضوعية والفنية من المشروع خلافاً للمادة (13/ ثانياً) من الدستور وتجاوز اختصاصاته الدستورية.

كما ان مجلس شوري الدولة لم يستدع ممثلي الإقليم لمناقشة المشروع وأكتفى بملاحظات طرف واحد وهي وزارة النفط الاتحادية، على الرغم من ان المشروع كان قد تم اعداده من خبراء كلا الطرفين وان المادة (112/ ثانياً) قد نصت على ان يتم اعداده (معاً) فكان المقتضى قانوناً ان تتم التعديلات بتوافق ممثلي الطرفين وخبرائهما وإن تغاضي مجلس شوري الدولة عن هذه الناحية واقدامه على إجراء تغييرات جوهرية عليه أعادت الموضوع إلى المربع الأول ونسف المشروع المتوافق عليه جذرياً واعاد جميع مراحل العمليات النفطية إلى وزارة النفط الاتحادية، فحصر صلاحية منح التراخيص للتنقيب والتطوير والإنتاج بالسلطة المركزية الاتحادية بحجة ان النفط والغاز ملك الشعب العراقي وان الحكومة المركزية تمثل الشعب العراقي عموماً وان الأقاليم والمحافظات ليست لديها خبرات في هذا المجال، وهذا ما جاء بكتاب مجلس شوري الدولة المرقم (911) في 2007/5/31.

وعلى إثر ذلك وجه السيد رئيس مجلس وزراء إقليم كردستان السيد نيجرفان البارزاني رسالة برقم (250) مؤرخة في 2007/7/22 إلى السيد نوري المالكي رئيس مجلس وزراء جمهورية العراق الاتحادي -آنذاك- أشار فيها إلى ان مجلس شوري الدولة قد نسخ ما ورد في مشروع القانون المعد (معاً) من قبل الطرفين من مسائل جوهرية جعلته لا يتماشى مع مبادئ الدستور الاتحادي والمصلحة العليا للدولة وان مجلس الشوري لم يراع حساسية هذه الموضوع والجهود المبذولة فيه، ولقد تدخل المجلس سياسياً في الموضوع بصورة متعمدة وغير شرعية وارفق برسالته صورة كتاب مجلس شوري الدولة المشار اليه اعلاه واوضح بأن تغييرات هذا المجلس قد شملت اغلب ما ورد في النصوص الجوهرية وبلغ تقليص المواد القانونية 30٪ من المضمون الاصيلي للقانون وما يساوي مائة فقرة متضمنة خمسة عشرة الف كلمة ولكل كلمة قيمتها في المسائل القانونية، ولتسهيل الامور لغرض اعداد الصيغة النهائية -كما ورد في الرسالة- فلقد قدم السيد رئيس مجلس وزراء الإقليم مقترحات في ملحق برقم (5) بالاستناد إلى مواد الدستور، ويبدو ان الرسالة كانت مرفقة بعدة ملاحق خاصة وان الرسالة وموقف مجلس شوري الدولة والذي كان يشمل مشروع قانون توزيع الموارد المالية، فلم يقتصر على مشروع

قانون النفط والغاز، إذ كان الطرفان قد رسما من قبل لجنة خاصة لوضع ورقة عمل (خارطة طريق) بتاريخ 2007/2/26 لإنجاز مهمة تشريع القانونين (النفط والغاز) وإدارة الموارد المالية) قبل الخامس عشر من آذار / مارس سنة 2007 وجاء في الفقرة (5) من الخارطة بأن تعمل الحكومة الاتحادية وبالتنسيق مع حكومة الإقليم على استكمال مستلزمات تشريع وتنفيذ مشروع (قانون النفط والغاز) (قانون إدارة الموارد المالية) بالتزامن وتفعيل الهيئات والهيكل المنصوص عليها في مدة لا تتجاوز نهاية آيار / مايو 2007 وإذا تم تجاوز هذا التاريخ يجتمع رئيس وزراء العراق ورئيس إقليم كردستان لبحث سبل انجاز ذلك خلال شهر وايجاد حل على اساس الخيارين الآتين:-

أ. في حالة عدم تنفيذ الفقرة (5) اعلاه حتى 31/آيار-مايو/2007 يكون للطرفين الحق بإبرام عقود التطوير والانتاج وفقاً لما جاء في الدستور ومشروع قانون النفط والغاز والمبادئ العامة لمعايير نماذج العقود (الخيار الاول).

ب. تمديد الفقرة المذكورة في البند اعلاه.

إلا ان الحكومة الاتحادية لم تقدم على أية خطوة لإحياء مشروع القانون وبث الامل في امكانية السير فيه، ومضت الأيام والأشهر وتم تجاوز المدد المتفق عليها دونما جدوى، مما اضطرت معه حكومة الإقليم بتقديم مشروع قانون النفط والغاز الخاص بالإقليم والذي تم تشريعه من قبل برلمان كردستان في جلسة استثنائية برقم (8) في 2007/8/6 وصدر عن رئاسة الإقليم بالاستناد إلى أحكام القانون رقم (1) لسنة 2005 المعدل.

من الجدير ذكره أنه لم يكن للإقليم في تاريخ نفاذ الدستور الاتحادي سنة 2005 آباراً منتجة تجارياً وان حقلي (طاوكي و طق طق) لم يتجاوز انتاجهما (120) الف برميل يومياً (50) الف برميل من حقل طاوكي) و(70) الف برميل من حقل طق طق)، وقد اتفق الطرفان على كيفية تصريف الكميات المذكورة، وتطوير الحقليين ودفع مستحقات الشركات المعنية وتشكيل لجنة مشتركة لتبادل المعلومات المتعلقة بتطوير الحقول واجراء اجتماعات دورية/ وجرى الاتفاق من قبل (السيد آشتي هورامي- وزير الثروات الطبيعية في إقليم كردستان وعبدالكريم اللهبيي- وكيل وزارة النفط العراقية لشؤون الاستخراج) وذلك في 2010/4/12، وقرر مجلس الوزراء الاتحادي بقراره المرقم (199) لسنة 2010 المتخذ بالجلسة المنعقدة بتاريخ (2010/5/18) الموافقة على محضر الاجتماع الموقع بين الطرفين

والمشار إليه أعلاه وقيام وزارة المالية الاتحادية بإعلام حكومة إقليم كردستان بضمن دفع مستحقات الشركات المعنية بعد تدقيقها أصولياً وحسب محضر الاجتماع المذكور آنفاً- بتاريخ 2010/7/18.

▪ بتاريخ 2010/6/24 وجهت وزارة المالية الاتحادية كتاباً برقم (40) إلى (إقليم كردستان /وزارة النفط/مكتب السيد الوزير) جاء فيه: (بأن وزارة المالية الاتحادية تضمن دفع مستحقات الشركات النفطية مدار البحث بعد ان يتم تدقيقها اصولياً وحسب المحضر المذكور) والكتاب بتوقيع (المهندس باقر جبر الزبيدي) وزير المالية.

▪ بتاريخ 2010/7/18 وجه وزير النفط الاتحادي السيد (حسين الشهرستاني) كتاباً إلى وزير المالية الاتحادي برقم (و/ 147). يؤكد على كميات النفط المصدرة من حقلي طاوكي وطق طق ويؤكد ضرورة الاسراع بإستئناف تصدير النفط الخام من حقول إقليم كردستان وعبر منظومة الخط العراقي - التركي. وان يتم تدقيق الكلف المصروفة من قبل شركات المقاوله لتطوير تلك الحقول (طاوكي وطق طق) بشكل سريع، ويؤكد في الفقرة (4) من الكتاب عدم وجود علاقة بين استئناف التصدير وعمليات التدقيق المشار إليها وآلية الدفع (ويقصد بها كلف شركات المقاوله).

▪ بتاريخ 2011/1/17 عقد اجتماع في مركز وزارة النفط الاتحادية بحضور وزير النفط الاتحادي ووزير الثروات الطبيعية لإقليم كردستان، تناول الاجتماع تصدير (40-50) الف برميل يومياً من نفط طاوكي عبر منظومة الخط (العراقي - التركي) وتصدير (35) الف برميل يومياً من حقل طق طق عبر محطة الاستلام في حقل (خورماله) وتصدير كافة كميات زيت الوقود والنفط المنتجة في مصافي الإقليم (بازيان، كلك، وطاوكي) من خلال مزجها مع الخط العام المصدر عبر الخط (العراقي - التركي).

وفي الفقرة (2) من محضر الاجتماع الخاص الاتفاق على صرف سلف لتغطية كلف انتاج النفط، وتناولت الفقرة (3) من محضر الاجتماع الخاص بالاتفاق على تشغيل مصافي الإقليم وتجهيز زيت الغاز إلى محطات توليد الطاقة الكهربائية ومزج كميات من النفط وزيت الوقود مع النفط الخام المصدر عبر منظومة الخط (العراقي - التركي) كما جاء في الفقرة (4) تجهيز زيت الوقود من قبل الحكومة الاتحادية إلى معامل السممت

والطابوق والمعامل المجازة من قبل التنمية الصناعية في الإقليم⁽¹⁾.

▪ بتاريخ 2012/9/18 اصدر مجلس الوزراء الاتحادي قراراً برقم (333) باقرار محضر اتفاق تم بين ممثلي الحكومة الاتحادية وممثلي حكومة إقليم كردستان وتم تحديد معدلات كميات النفط الخام التي سيتم تسليمها من قبل حكومة الإقليم إلى وزارة النفط الاتحادية للأشهر المتبقية لسنة 2012 على ان تدفع وزارة المالية الاتحادية إلى حكومة الإقليم في بداية الأسبوع التالي لجلسة مجلس الوزراء الاتحادي سلفة أولى وسلفة ثانية في نهاية الاسبوع وفقاً لقانون الموازنة لسنة 2012، وان يقدم الإقليم تقديراته للكميات المتوقع تصديرها خلال عام 2013 مع بيان مستحقات الشركات المقررة لتخصيص لنفس الفترة لادراجها في مشروع قانون الموازنة العامة الاتحادية لسنة 2013.

و ورد في الفقرة (4) من القرار (ان تقوم وزارة النفط الاتحادية بالاشتراك مع وزارة الثروات الطبيعية للإقليم بإعداد تقرير مفصل عن الكميات المنتجة والمصدره والمباعة محلياً والمكررة ومستحقات الشركات المدفوعة للفترة من ابتداء عام 2008 ولغاية (تاريخ القرار المشار اليه).

وتناولت الفقرة (6) من القرار تبادل المعلومات عن كميات النفط الخام المكررة والمنتجات النفطية وحساب حصة الإقليم منها وفقاً لنسبة (17٪) ولقد ارسلت نسخة من قرار مجلس الوزراء (333) سنة 2012 مع محضر الاتفاق إلى مجلس النواب مرفقاً بكتاب دائرة الشؤون القانونية لمجلس الوزراء (38667) والمؤرخ 2012/12/11 وان محضر الاتفاق كان قد تضمن عدة مواضيع أخرى تخص النفقات الحاكمة والنفقات السيادية للحكومة الاتحادية والتي شهدت تصاعداً وقد أثرت كثيراً وبشكل كبير على حصة المحافظات والإقليم اذ بلغت 28٪ من الموازنة أي ما يعادل واحد وأربعين ترليون دينار من اجمالي الموازنة لعام 2013 في حين كانت نسبة النفقات السيادية لعام 2011 (22,02٪) وسنة 2012 كانت (26,5٪) والتصاعد كان مستمراً سنة بعد أخرى وطالب وفد

(1) ان ما تطرقنا إليه نقصد به بان عمليات إنتاج النفط في إقليم كردستان - العراق كان بعلم وموافقة الحكومة الاتحادية وباتفاقات موثقة بين وزارة النفط الاتحادية و وزارة الثروات الطبيعية في الإقليم، وشكلت هذه الاتفاقات إقراراً صريحاً بالحق الدستوري للإقليم بإنتاج النفط وتصديره خلافاً لادعاءات الحكومة الاتحادية سواء من خلال تصريحات مسؤوليها أو الدعاوى المرفوعة على الإقليم بعدم أحقية الإقليم بالإنتاج والتصدير واعتبارها مخالفة للدستور.

الإقليم ضرورة وضع ضوابط ومعايير لتحديد النسبة السنوية للنفقات السيادية من إجمالي الموازنة السنوية وبالتالي تحديد مفردات النفقات السيادية، وتقرر في الاجتماع بأن تقوم وزارة المالية الاتحادية بتقديم الإيضاحات والتفاصيل والكشوفات بصدد هذه الفقرات وبيان تاريخ نشوء القروض والديون، حيث لا يتحمل الإقليم القروض والديون بعد تاريخ 2003/4/9 ان لم يستفد الإقليم منها وتعود بالنفع عليه.

طالب وفد الإقليم في الاجتماع المساهمة في كلفة إنتاج النفط الخام المصدر من الإقليم وبضمنها أن تكون نسبة 17٪ كتخصيص لوزارة الثروات الطبيعية لإقليم كردستان للمساهمة في كلفة إنتاج وتصدير النفط في الإقليم ولم يعترض وفد الحكومة الاتحادية على هذا الطلب (ولقد تبين ان نفقات إنتاج النفط وتصديره من قبل الحكومة الاتحادية - وزارة النفط- وتخصيصات وزارة النفط الاتحادية تعتبر من ضمن النفقات السيادية في حين لا تحتسب لوزارة الثروات الطبيعية أية مبالغ ضمن النفقات السيادية كتخصيصات وكلفة إنتاج وتصدير)، واقترح وفد الإقليم تعديل الفقرة (3) من الاتفاق المبرم بتاريخ 2012/9/13 بإضافة (مستحقات عقود شركات النفط الأجنبية في إقليم كردستان المقدرة من قبل وزارة الثروات الطبيعية) مع إضافة فقرة جديدة إلى آخر فقرة احتساب حصة إقليم كردستان من إجمالي الموازنة لعام 2013 كالآتي: (مستحقات عقود شركات النفط الأجنبية في إقليم كردستان المقدرة من قبل وزارة الثروات الطبيعية استناداً إلى الفقرة (3) من الاتفاق المبرم بتاريخ 2012/9/13 على ان لا تتجاوز في كل الاحوال (50٪) (خمسون بالمائة) من الواردات المتحققة من بيع النفط المصدر من الإقليم حسب الاتفاقات المبرمة في 2011/1/17).

وحصل اجماع المشاركين على ضرورة تبني اقتراح الإقليم باستحداث نص وفقرة مستقلة لعقود الإقليم (ان ما ورد أعلاه جاء ضمن محضر اجتماع ممثلي الحكومة الاتحادية وممثلي حكومة إقليم كردستان بخصوص مناقشة البنود والمواد التي تخص إقليم كردستان- العراق في مشروع قانون الموازنة الاتحادية لجمهورية العراق وهو ما تم الاتفاق عليه)، ولقد أبرز نص محضر الاجتماع المتفق عليه إلى المحكمة الاتحادية العليا وأبرز ضمن الوثائق المقدمة من قبل وزارة الثروات الطبيعية تحت تسلسل (المرفق رقم 6) في الدعوى المرقمة 59/اتحادية/2012 لإثبات بأن إنتاج النفط في الإقليم وتصديره لم يكن الا بعلم وموافقة الحكومة الاتحادية باعتباره حقاً دستورياً للإقليم).

- رابعاً: ازدواجية مواقف الحكومة الاتحادية:

في الوقت الذي كانت الاتصالات والتفاهات بين الحكومة الاتحادية وحكومة الإقليم جارية على قدم وساق للتوصل إلى حلول للإشكالات المالية عموماً والنفطية خصوصاً والتوصل إلى اتفاقات موثقة بشكل دائم، إلا أن التطبيق كان يجري عكس ذلك، ولا أدل على ذلك إقامة وزارة النفط الاتحادية الدعوى المرقمة (59/اتحادية/2012) على حكومة الإقليم متمثلة بوزارة الثروات الطبيعية.

في الوقت الذي كانت الاتفاقات بين الحكومة الاتحادية وحكومة الإقليم كما أوضحنا بدعم موثق تمنح حكومة الإقليم الحق بإنتاج وتصدير النفط بل وإلزامها بالكمية الواجب إنتاجها بإيعاز وقرار من الحكومة الاتحادية لدعم الموازنة العامة، بل طلبت الإسراع بإستئناف تصدير النفط الخام من حقول الإقليم⁽¹⁾. والتزام الحكومة الاتحادية بتسديد كلف الإنتاج في الإقليم وتسديدها بسلف تصرف من قبل وزارة المالية الاتحادية (محضر اجتماع 2011/1/17 المشار إليه سابقاً)، كما كان الطرفان قد اتفقا على تصفية الحسابات بين الطرفين ابتداءً من سنة 2004 لغاية 2012 بالاتفاق بين ديوان الرقابة المالية الاتحادي وديوان الرقابة المالية للإقليم في موعد أقصاه 2013/10/15⁽²⁾، وتجدد ذلك في جميع الموازنات السنوية اللاحقة وعلى الرغم من أنه قد تم تعديل بعض مواد الموازنة العامة الاتحادية كي تنسجم مع اتفاق الطرفين وفق محضر الاجتماع المصدق من قبل مجلس الوزراء الاتحادي بقراره المرقم (333) لسنة 2012 في 2012/9/18، إلا أن وزارة النفط الاتحادية أبقّت على الدعوى (59/اتحادية/2012) بادعاء يستند إلى قانون (تنظيم وزارة النفط رقم 101 لسنة 1976) بإعتبار أن القانون المذكور ينص على أن تتولى وزارة النفط إدارة قطاع النفط وتخصّ بعمليات الاستكشاف والحفر وإستخراج النفط والغاز وعمليات التصفية وصناعة الغاز، بالإضافة إلى نقل وتسويق النفط الخام... الخ، مبررة ذلك بالمادة (130) من الدستور التي تنص على: (تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها ما لم تلغ أو تعدل وفقاً لأحكام هذا الدستور)، دون الالتفات إلى المادة (13) من الدستور والتي

(1) كتاب وزارة النفط الاتحادية/ مكتب الوزير المرقم و/147 في 2010/7/18 والمشار إليه سابقاً كمصدر لهذا المقال.

(2) محضر اجتماع الطرفين المؤرخ (21/ تشرين الاول /2012) والمشار إليه سابقاً كمصدر لهذا المقال.

جاء في عجز الفقرة (ثانياً) منها: (... ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم، أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه)، فهل من المنطق ان يجعل من النصوص القانونية المتناقضة مع أحكامه رهينة لإرادة وزير أو مجلس وزراء؟.

وان القانون الذي استندت اليه في دعواها يتناقض مع أحكام الدستور جملة وتفصيلاً، لانه يعبر عن فلسفة نظام مركزي كان قد مضى على زواله عشر سنوات قبل اقامة الدعوى، وأن النظام الحالي (الفيدرالي) يختلف دستورياً عن النظام السابق اختلافاً جوهرياً لحد التناقض، فكان المفترض على الحكومة الاتحادية الإسراع بتعديل قانون وزارة النفط ان كانت تحترم الدستور وتؤمن بأحكامه والنظام الفيدرالي أو عدم إقامة الدعوى أو إبطالها أذ ليس من المنطق القانوني أن تسير الاتفاقات المشار إليها جنباً إلى جنب الادعاءات التي انكر المدعي فيها الحقوق الدستورية للإقليم في مجال النفط والغاز.

إن حكومة الإقليم وحينما تلمست تراخي الحكومة الاتحادية في اتخاذ الخطوات اللازمة لتشريع قانون النفط والغاز الاتحادي وإقدام مجلس شورى الدولة على اجراء تغييرات جوهرية حساسة على مضمون أحكامه، وعدم تلقي حكومة الإقليم أية استجابة لإعادة النقاش والحوار على مواد التي اجريت التغييرات عليها، اقدمت على تشريع قانون خاص للنفط والغاز للإقليم من قبل برلمان كوردستان برقم 28 لسنة 2007 جاء منسجماً مع أحكام الدستور الاتحادي ومتوافقاً معها وذلك بالاستناد إلى مواد الدستور الاتحادي (111) و(112) و(115) و(121) وتم اعداد المشروع من قبل خبراء محليين ودوليين يتمتعون بخبرة عالية في مجالات النفط والغاز وفروع القانون المحلي والدولي، كما أستعان أخيراً برأي البروفيسور جيمس كروفورد (SC, FBA, LLD)⁽¹⁾ وذلك للتأكد من

(1) وهو بروفيسور في القانون الدولي، ورئيس مركز لولر باشت في مجال القانون الدولي بجامعة كامبريدج وزميل كلية جياس بكامبريدج، وقد كان عضواً بلجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة من سنة 1992 والى 2001، ومقرراً خاصاً بمسؤوليات الدول (1997-2001)، هذا بالإضافة إلى أعماله الثقافية عن الدولة، وتقرير المصير الذاتي، وقانون الاستثمار والمسؤولية الدولية، وقد مثل عدة مرات أمام محكمة العدل الدولية والمحاكم العالمية الأخرى، بالإضافة إلى اشتراكه الفعال كخبير ومحكم في قضايا التحكيم الدولي. (وزارة الثروات الطبيعية في حكومة إقليم كوردستان - العراق / عدد خاص لنشر رأي البروفيسور جيمس كروفورد (SC, FBA, LLD) بتاريخ 29/كانون الثاني-يناير/ 2008).

توافقه مع أحكام الدستور العراقي لسنة 2005.

وان ملخص ما جاء في رأيه:

1. ان المادة (112) من دستور العراق تخول الحكومة الاتحادية بإدارة النفط والغاز المستخرج من الحقول (الحالية) الا ان هذا الحق يتعين ممارسته مع حكومات الأقاليم والمحافظات المنتجة وهو خاضع لشرط التوزيع المنصف للعائدات و لا يوجد ما ينص على الحقول غير المنتجة والحقول المستقبلية في المادة (112) وعلى الإدارة الإقليمية لهذه الحقول أن تحترم السياسات الاستراتيجية التي سيتم رسمها من قبل الحكومة الاتحادية وحكومة إقليم كردستان.

2. إن حكومة إقليم كردستان ملزمة بنص المادة (111) وان لا تنفرد بإدارة الحقول الحالية في غياب أية ترتيبات لتقاسم العائدات.

ومن المعلوم دستورياً بان المقصود بالحقول الحالية هي الحقول المنتجة قبل نفاذ الدستور في (2006)، واستطرد في القول بان الحقول (غير الحالية) فان الحكومة الاتحادية لا تملك أية سلطة انفرادية بموجب المادة (112/ثانياً) وفي غياب سياسات استراتيجية متفق عليها فإن لحكومة إقليم كردستان الحق في المضي قدماً في ممارسة حقها الدستوري بشكل يتوافق مع واجباتها الدستورية.

3. ان قانون النفط والغاز لإقليم كردستان (ويقصد به القانون رقم 22 لسنة 2007) يتوافق مع الدستور العراقي، ومع استمرار غياب أي اتفاق حسب نص المادة (112/ثانياً) حول السياسات الاستراتيجية اللازمة، فإن لحكومة إقليم كردستان الحق في إدارة مواردها النفطية والغازية وعليها ان تفعل ذلك بشكل علني وبطريقة تعطي الفعالية للمبادئ التي نصت عليها تلك المادة.

4. ان العقود الحالية التي أبرمتها حكومة إقليم كردستان لاستكشاف واستغلال النفط والغاز منذ عام (1992) تظل سارية المفعول ما لم تتعارض مع الدستور، ولحين التوصل إلى اتفاق بين الحكومة الاتحادية وحكومة إقليم كردستان حول السياسات الاستراتيجية، فإن سلطة حكومة إقليم كردستان حسب التفويض الدستوري لها وتنفيذ عقود جديدة تظل غير خاضعة لقيود.

- خامساً: بوادر فقدان ثقة حكومة الإقليم بمواقف الحكومة الاتحادية:

على الرغم من مواقف الحكومة الاتحادية المتقلبة والمتناقضة وتبريراتها المتعارضة

مع أحكام الدستور، وكلها تعود حسب اعتقادي إلى منطلقات قومية تارة ونظرتها الدونية للإقليم وشعبه وفقدان إرادتها للسير قدماً في ارساء وترسيخ مبادئ وقواعد الحكم الفدرالي وتمسكها بالاتجاهات المركزية تارة أخرى، فإن حكومة الإقليم أصرت على موقفها بالحفاظ على حقوق إقليم كردستان الدستورية كونها لم تكن مئة أو فضلاً من احد، بل جاءت بعد نضال مخضب بالدم عبر سنين وعقود طويلة تحمّل شعب كردستان دماراً وتضحيات جسام، ولذلك فقد أبت على جهودها للوصول إلى حلول تتوافق مع أحكام الدستور، فأبرمت اتفاقاً مع الحكومة الاتحادية في عام 2014 يقضي أن يصدر الإقليم (550) الف برميل نפט يومياً بواقع (250) الف برميل من حقول الإقليم إضافة إلى (300) الف برميل من حقول نפט كركوك (والتي تديرها شركة نפט الشمال) على ان يتم تسويق الكمية عن طريق شركة سومو العراقية، وفي المقابل ترسل الحكومة الاتحادية نسبة 17% مما مقرر في الموازنة العامة إلى الإقليم (تعادل ترليون ومائتا مليار دينار عراقي) ومع تدفق النفط واستمراره كانت المبالغ التي تحول إلى الإقليم اقل من النسبة المتفق عليها لتمويل موازنة الإقليم واقتصرت على 40% من المبلغ المستحق للإقليم حسب النسبة المتفق عليها بين الطرفين والبالغ (ترليون و200 مليار دينار) الواجب تمويله لموازنة الإقليم، إعمالاً للمادة (112/ ثانياً) من الدستور، إلا ان الحكومة الاتحادية لم تلتزم بما تم الاتفاق عليه وتم تخفيض استحقاق الإقليم لغاية شهر نيسان فتم تمويل موازنة الإقليم — (488) مليار دينار في حين كان يفترض ان يكون مبلغ التمويل (543 مليار دينار) لمدة الاستحقاق لغاية شهر نيسان 2014 رغم ان الإقليم زاد من كمية النفط المنتج خلال الفترة المذكورة ليصبح (562) الف برميل وهو اعلى من الرقم المثبت في الاتفاق⁽¹⁾.

- سادساً: موقف الباحثين القانونيين العراقيين من أزمة النفط والغاز:

لكي لا نُتهم بالتحيز لسلطات الإقليم وتعتمد اختيار أبحاث ومقالات مؤيدة لها بخصوص تقسيم وتوزيع الاختصاصات والصلاحيات بين الحكومة الاتحادية والإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، تعمدنا اختيار ما كتب وحرر من قبل اساتذة القانون في مختلف مناطق العراق، فقد جاء في معرض مقال للسيد (زهير المالكي) بعنوان (المركز والإقليم والدستور): (جاءت المادة 115 من الدستور لتمنح الأقاليم كل

(1) د.كوفند شيرواني، مقال منشور في جريدة الزمان، بتاريخ 2015/6/8.

الصلاحيات سوى الحصري منها، بل ان هذه المادة قد ذهبت ابعدها من ذلك بالقول "والصلاحيات الأخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية و الأقاليم تكون الأولوية فيها لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في حالة الخلاف بينهما"، لتأتي المادة (121) في فقرتها الثانية لتنص على (ثانياً: يحق لسلطة الإقليم تعديل تطبيق القانون الاتحادي في الإقليم، في حالة وجود تناقض أو تعارض بين القانون الاتحادي وقانون الإقليم، بخصوص مسألة لا تدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية) ثم جاء على ذكر المادة 112 من الدستور وأستطرد قائلاً: " من نص المادة السابقة نرى إدارة النفط والغاز المستخرج من الحقول الحالية بين المركز والإقليم وإن رسم السياسات الاستراتيجية اللازمة لتطوير ثروة النفط والغاز هو من الصلاحيات المشتركة بين المركز والإقليم، حيث ان النص القانوني تتم قراءته بصورة كاملة وغير مجزأة فإن الدستور في هذه الحال، وحيث ان الصلاحية من الصلاحيات المشتركة فيتم في هذه الحالة أعمال نص المادة (121/ثانياً) في حالة التعارض كونها ليست من الصلاحيات الحصرية للمركز". وفي النهاية يجب ان نؤكد على النص الدستوري سواء عجبنا أو لم يعجبنا يبقى هو القانون الاسمي للدولة واحترام نصوص الدستور وسموها هو أولى مظاهر احترام الدولة لنفسها ولمكانتها بين شعوب الأرض⁽¹⁾.

كما نشر السيد (جواد كاظم البكري) بحثاً بعنوان "أسس توزيع الثروات في الانظمة الفيدرالية" يتسم بالموضوعية والتجرد خصص الصفحتين الأخيرتين منه لـ "كيفية معالجة موضوع النفط و الغاز". في دستور العراق نلاحظ ان الدستور قد أفرد لهما المادتين (111) والمادة (112) وإن المادتين لم تتطرقا إلى الحقول المستقبلية وهذا يعني ان تلك الحقول ستكون من اختصاص حكومات الأقاليم التي تتواجد فيها على وجه الانفراد ولا يشملها القيد الوارد في الفقرة (اولاً) من المادة (112) بخصوص توزيع الواردات، لان القيد المذكور على الحقول الحالية ولان المادة (115) نصت على: (ان ما لم ينص عليه ضمن السلطات الحصرية للحكومة الاتحادية يكون من صلاحيات الإقليم والمحافظات...)، وان المادة (111) أوردت عبارة عامة أقرت بها بملكية النفط والغاز لكل الشعب العراقي

(1) زهير المالكي، متاح على الموقع، <https://kitab.com/ar/print/24689.php>، الأحد، 16/آذار/2014.

في كل الأقاليم والمحافظات ولم تقل بملكيته لدولة العراق، وفي ذلك (دلالة خاصة تخرجها من كونها من الاملاك الحكومية للدولة العراقية)⁽¹⁾ وانه يرجح من بين احتمالين للمقصود بالنص ان كل الشعب العراقي في كل الأقاليم والمحافظات مالك لكل النفط والغاز الموجود في كل الأقاليم والمحافظات على وجه الشيع، ولكنه ينفي ان يكون المقصود بالملكية ما هو معروف في القانون المدني (كونها سلطة مباشرة للمالك على المملوك يباشرها بعناصرها الثلاث (الاستعمال والاستغلال والتصرف) بل ما قصده مؤسس الدستور وكما ذكرنا سابقاً هو وجوب وضع واردات النفط والغاز وتخصيصها لخدمة الشعب العراقي وان النص جاء (كرد فعل على الوضع السائد في ظل الانظمة السابقة وعلى سياستها الطائشة).

فإن من قواعد التفسير ان يحمل الكلام على الوجه الذي يكون له معنى لانه عملياً يتعذر ان يقوم الشعب العراقي في كل الأقاليم والمحافظات بممارسة عناصر الملكية في كل تلك المناطق المختلفة⁽²⁾.

وقد إستطرد كاتب المقال بأن الدستور العراقي قد إنتهج منهج تحديد السلطات الحصرية للحكومة الاتحادية وما تبقى تكون لحكومات الأقاليم، أما الاختصاصات المشتركة بين الطرفين فتكون عند التنازع والاختلاف بين الحكومة الاتحادية والإقليم، فكلمة الفصل والحسم تكون للإقليم استناداً إلى (عجز المادة 115...). وان حقول النفط والغاز غير الحالية (المستقبلية) من اختصاص الأقاليم حصراً، اما الحقول الحالية لإدارتها تكون مشتركة بين الحكومة الاتحادية وحكومة الإقليم، وعند الخلاف تكون الكلمة الفصل لقانون الإقليم الذي له الأولوية على القانون الاتحادي⁽³⁾.

سابعاً: موقف المحكمة الاتحادية العليا من أزمة النفط والغاز بين الحكومة الاتحادية وحكومة إقليم كردستان:

كانت وزارة النفط الاتحادية قد أقامت الدعوى المرقمة 59/اتحادية/ 2012 أمام

(1) جواد كاظم البكري، أسس توزيع الثروات في الأنظمة الفيدرالية، الحوار المتمدن، العدد 2196، 2008-2-19

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) المصدر السابق نفسه.

المحكمة الاتحادية العليا على وزارة الثروات الطبيعية لإقليم كردستان طالبةً الحكم بتسليم كامل الانتاج النفطي المنتج في الإقليم إلى وزارة النفط الاتحادية. دون أي اعتبار للاتفاقات والتسويات التي كانت تتم بين الحكومة الاتحادية وحكومة الإقليم والالتزامات الدستورية المترتبة على الحكومة الاتحادية تجاه الإقليم، ودونما التفات إلى ان ما كان قد تم التوافق والاتفاق عليه وتثبيته في قانون الموازنات السنوية للحكومة العراقية كما هو ثابت في موازنات السنوات من (2006-2021)، فكانت تجرى الاتفاقات من جهة وتسير بدعوى متناقضة معها من جهة أخرى، وتبعت الدعوى المذكورة دعوى أخرى برقم (110/اتحادية/2019) أقامها مواطن من البصرة بصفته الشخصية على رئيس حكومة إقليم كردستان ورئيس برلمان كردستان طالباً الحكم بعدم دستورية قانون النفط والغاز لإقليم كردستان رقم (22 لسنة 2007) وعدم دستورية تعاقد حكومة الإقليم مع الشركات الأجنبية وإلزام حكومة الإقليم بالإنتاج والتصدير عبر الحكومة الاتحادية، وفي ظل وضوح أحكام الدستور ومواده وصور الاتفاقات بين الحكومة الاتحادية وحكومة الإقليم والتي انعكست في قوانين الموازنات السنوية للحكومة الاتحادية كان المنتظر من المحكمة ان تصدر قرار لتمهيد الطريق لحل المشكلة بين طرفي النزاع وان تكون منصة لحل العقد خاصة بين الحكومتين كما يقال (يمكن للقضاء الدستوري ان يلعب دوراً حاسماً في حل النزاعات حول الاختصاصات بين الحكومة الاتحادية وحكومة الأقاليم على أن يملك هذا القضاء التشكيل القانوني المؤهل والاختصاص القانوني المحدد)⁽¹⁾ إلا ان المحكمة الاتحادية باتت في اكثر من قرار سبباً لتعقيد وتعميق المشاكل والخلافات بين المركز والإقليم، بل غلق مسارات الحل.

لقد أصدرت المحكمة الاتحادية العليا قراراً بتاريخ 2022/2/15 بالاكثارية بعد توحيد الدعويين، قررت فيه:

1. عدم دستورية قانون النفط والغاز رقم 22 لسنة 2007 وإلغائه.
2. إلزام حكومة الإقليم بتسليم كامل الإنتاج إلى الحكومة الاتحادية وتمكينها من صلاحياتها في الاكتشاف والاستخراج والتصدير والبيع.

(1) الدكتور صلاح جبير البصيصي، صلاحية الولايات أو الأقاليم في إبرام المعاهدات الدولية، جامعة اهل البيت <https://abu.edu.iq/research/>

3. للمدعي الحق بمتابعة بطلان التعاقدات النفطية مع الاطراف الخارجية (دول وشركات).

4. إلزام حكومة الإقليم بتمكين وزارة النفط العراقية وديوان الرقابة المالية الاتحادي بمراجعة العقود النفطية المبرمة من قبل حكومة الإقليم بخصوص تصدير النفط وبيعه لغرض تدقيقها وتحديد الحقوق المالية المترتبة بذمة حكومة الإقليم وان يتم تحديد حصة محافظات إقليم كردستان من الموازنة العامة وعدم تأخيرها بعد ان يتم تنفيذ كافة فقرات هذا القرار من حكومة الإقليم.

5. صدر القرار بالاكثرية استناداً للمواد 93/ثانياً و94 و110 و111 و112 و115 و121 و130 من الدستور.

ان الاسانيد التي ساقتها المحكمة الاتحادية لقرارها لا ترقى إلى وصف القرار بأنه قرار قضائي يتصف بالموضوعية والتجرد فجاء القرار خالياً من تفسير مقنع يوحى بصحة انطباق حكم المواد التي استندت إليها على الوقائع القانونية والمادية للدعويين وتكاد تكون قد اعتمدت اقوال المدعين كأدلة قاطعة وتجاهلت الادلة الموثقة التي تقدم بها المدعى عليهم والتي تم الإشارة إليها في الصفحات السابقة من هذا المقال، وقد أرفقت في حينه باللوائح الجوابية للدعوى ولم يستطع المدعي في الدعوى 59/اتحادية/ 2012 الطعن في صحة أي منها. ولنا لن نتناول الأسانيد التي دعمت المحكمة الاتحادية العليا قرارها بها وكالاتي:

1. اعتبرت المحكمة النفط والغاز من ضمن الاختصاصات الحصرية للحكومة الاتحادية خلافاً لأحكام الدستور، إذ من الثابت قطعاً أن النفط والغاز لم يرد لهما ذكر في المادة (110) المحددة للاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، وليس للسلطة المذكورة إضافة أي اختصاص إليها كما ليس للمحكمة زيادة اختصاصات الحكومة الاتحادية باختصاص إضافي، لاسيما وكما ذكرنا سابقاً، أن أصل المادة (110) من الدستور مستنسخة ومنقولة وقد تكاد تكون حرفياً من المادة (الخامسة والعشرون) من (قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية) وان الفقرة (هـ) من القانون المذكور والتي كانت تخص الثروات الطبيعية⁽¹⁾ وبضمنها النفط والغاز تم استبعادها عندما استنسخت لتكون المادة

(1) تختص الحكومة العراقية الانتقالية بالشؤون التالية حصراً:

(110) من الدستور وجاءت خالية من النفط والغاز، مما يعني ان اختصاص النفط والغاز يكون مشمولاً بالمادة (115) من الدستور والتي نص صدرها على ان (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم...)، وليس من المنطق القانوني أن نقول إن استبعادها كان سهواً أو تصرفاً لا أثر له ولا تترتب عليه أية نتيجة، إذ ان سبب الاستبعاد كونها وبصيغتها المعتمدة بالمادة (25/هـ) كان إدارتها بالتشاور مع الأقاليم والمحافظات، مما أوجب ادخالها ضمن الاختصاصات المشتركة واستبعادها عن الاختصاصات الحصرية للحكومة الاتحادية.

2. إن اتجاه المحكمة بإضافة النفط والغاز إلى الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية باعتبار (ان السلطات الاتحادية تختص دستورياً بوضع السياسة الاقتصادية والتجارية الخارجية السيادية فلا يجوز للمحافظات أو الأقاليم مخالفة الدستور)، ليس بذي أساس قانوني، ولنا ملاحظتان على هذا التعليل الذي استندت اليه المحكمة في قرارها: أ/ ان المادة (110/أولاً) لم تجعل (وضع) السياسة الاقتصادية والتجارية الخارجية

←

أ. رسم السياسة الخارجية والتمثيل الدبلوماسي، والتفاوض بشأن المعاهدات والاتفاقيات الدولية والتوقيع عليها وإبرامها، ورسم السياسة الاقتصادية والتجارية الخارجية وسياسات الاقتراض السيادي.

ب. وضع وتنفيذ سياسة الأمن الوطني، بما في ذلك إنشاء قوات مسلحة وإدامتها لتأمين وحماية وضمان أمن حدود البلاد والدفاع عن العراق.

ج. رسم السياسة المالية، وإصدار العملة، وتنظيم الجمارك، وتنظيم السياسة التجارية عبر حدود الأقاليم والمحافظات في العراق، ووضع الميزانية العامة للدولة ورسم السياسة النقدية وإنشاء بنك مركزي وإدارته.

د. تنظيم أمور المقاييس والأوزان ورسم السياسة العامة للأجور.

هـ. إدارة الثروات الطبيعية للعراق والتي تعود لجميع أبناء الأقاليم والمحافظات في العراق بالتشاور مع حكومات وإدارات هذه الأقاليم والمحافظات. توزع الواردات الناتجة عن هذه الثروات عن طريق الميزانية العامة وبشكل منصف، يتناسب مع التوزيع السكاني في جميع أنحاء البلاد، مع الأخذ بنظر الاعتبار المناطق التي حرمت منها بصورة مجحفة من قبل النظام السابق، ومعالجة مشاكلها بشكل إيجابي، واحتياجاتها ودرجة التطور في المناطق المختلفة من البلاد.

و. تنظيم أمور الجنسية العراقية والهجرة واللجوء

ز. تنظيم سياسة الاتصالات.

السيادية من ضمن الاختصاص الحصري للسلطات الاتحادية ولم تنص الفقرة المذكورة على ذلك، بل ما جاء فيها هو (رسم) السياسة وليس وضعها وشتان بين الأمرين، ورسم السياسة يعني وضع الخطوط العريضة دون التفاصيل لتحقيق هدف معين، أما (وضع السياسة) فيعتبر من اختصاص الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وكان على المحكمة ملاحظة المصطلحات الدستورية المستعملة وعدم الخلط بينها وهي (الرسم، الوضع، التنفيذ، التنظيم) ولكل مصطلح مدلوله ومغزاه ومعناه القانوني والاقتصادي والاداري، وليس كل تجارة خارجية تعتبر سيادية، لان السيادية هي التجارة بين الدول وليس التعامل مع الشركات الاجنبية الذي هو متاح للأفراد ايضاً.

ب/ إن الدستور قد خصّ سياسة النفط والغاز بحكم محدد ومادة خاصة لا علاقة لها بالمادة (110) وهي المادة (112) وأوجب أن يكون رسمها من قبل الحكومة الاتحادية والإقليم معاً، وبذلك تعتبر من الاختصاصات المشتركة بين السلطات الاتحادية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم والنص واضح لا يحتاج إلى اجتهاد أو تفسير وتجاهل صراحته يثير الاستغراب!!

كما ان النص فرّق بين الحقول النفطية المنتجة عند نفاذ الدستور والتي سميت (الحالية) والحقول المستقبلية وفرز بينها، ولقد غضت المحكمة النظر عن هذه الناحية وتجاهلت ما جاء فيها وذهبت إلى تخريج في غير محله واستنباط لا يمكن أن يوصل أي ملم بالحد الأدنى للقانون إلى اعتبار النفط والغاز ضمن الاختصاص الحصري للسلطات الاتحادية.

3. تطرقت المحكمة إلى الفقرة (ثالثاً) من المادة (110) من الدستور التي تنص على ان تنظيم السياسة التجارية عبر حدود الأقاليم والمحافظات في العراق تعتبر من الاختصاص الحصري للسلطات الاتحادية، وهذا ما لا يختلف عليه اثنان، ولكن ما هي علاقة هذه الفقرة بموضوع النفط والغاز والدعاوى المرفوعة؟! و لاسيما وأن الفقرة المذكورة لا علاقة لها بالتجارية السيادية عبر الحدود الدولية المنصوص عليها في (الفقرة أولاً) من ذات المادة بل أنها تخص الحدود الداخلية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، حيث أن النص واضح يخص رسم شؤون التجارة الداخلية ولقد أنهى المشرع الفقرة بجملة (في العراق)، إلا ان المحكمة قد خلطت في قرارها الموضوعين معاً وحشرت تنظيم التجارة الداخلية في الموضوع دونما مبرر أو سند قانوني.

4. استندت المحكمة إلى المادة (111) وهي مادة ذات معنى ومفهوم عام كما ذكرت المحكمة نفسها في احدي المرافعات، وتم تثبيته في محاضرها وحيث لا احد ينكر بأن عائدية النفط والغاز للشعب العراقي ولكن الملكية والإدارة موضوعين مختلفين، فهل يقصد المشرع ان الشعب العراقي يتولى إدارة النفط مباشرة، ففي المادة (112/اولاً) التي تلت المادة (111) مباشرة فصل الدستور كيفية إدارة النفط والغاز بالنسبة للحقول (الحالية) وكيفية توزيع الموارد على الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم. كما ان معرفة الشعب وهو المالك بعائدات ملكه وكيفية توزيعها كحجة اعتمدها في قرارها تكون من خلال الموازنات السنوية والمناهج الاستثمارية وليس لذلك علاقة بالاشكالات القائمة بين الحكومة الاتحادية والإقليم، ولا تصلح أساساً لحكمها، إذ أن الكميات المنتجة معلومة ومحددة وان الحكومة الاتحادية تستقطع اقيامها من حصة الإقليم في حالة عدم تصديرها عن طريق شركة سومو، وهذا الحل متفق عليه ومثبت في الموازنات العامة الاتحادية سنوياً، والمهم ان قيمة المنتج تدخل الموازنة العامة للدولة (وتسلم لخزينة الدولة نقداً أو حكماً) ويتم احتسابها عند توزيع الموارد على الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وقد نصت الموازنات السنوية على اجراء المقاصة بين الطرفين.

5. استندت المحكمة في قرارها إلى صدر المادة (115) من الدستور حيث جاء النص: (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم...)، وهل نصت المادة (110) من الدستور على النفط والغاز ضمن الاختصاصات الحصرية لتستند المحكمة إليها في قرارها؟!!

ولماذا أهملت عجز المادة المذكورة ونصه: (والصلاحيات الأخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم تكون الأولوية فيها لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في حالة الخلاف بينهما)، وما قصده المحكمة في استنادها إلى صدر المادة المذكورة هو اعتبارها النفط والغاز من ضمن الاختصاص الحصري للسلطات الاتحادية ومتجاهلة كل ما جاء في المادة (112) من الدستور والتي تعتبر النفط والغاز بإدارته ورسم سياسته الاستراتيجية من الاختصاصات المشتركة بين الحكومة الاتحادية والإقليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، كما غضت النظر عن القانون المشرع من قبل مجلس النواب العراقي المرقم (19) لسنة 2013 المعدل لقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم

رقم (21) لسنة 2008⁽¹⁾.

6. أكدت المحكمة بأن إدارة الحكومة الاتحادية للنفط والغاز والمتمثلة بوزارة النفط الاتحادية يخضع لأحكام القوانين النافذة والتي لازال معمولاً بها استناداً إلى المادة (130) من الدستور ومن تلك القوانين قانون تنظيم وزارة النفط رقم (101) لسنة 1976 وقانون الثروة الهيدروكربونية رقم 84 لسنة 1985⁽²⁾ وغضت النظر عن المادة (13) من الدستور التي تعتبر الدستور القانون الاسمي والاعلى ويعتبر باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم أو القوانين يتعارض معه⁽³⁾.

وباعتماد المحكمة لهذا الاتجاه تكون قد قررت سابقة قضائية في منتهى الخطورة وهو شرعية إبقاء القوانين القديمة المتعارضة مع أحكام الدستور إلى ما لا نهاية.. وتكون رهينة إرادة الوزارات والادارات الحكومية، إن شاءت تبنت مشروعاً للإلغاء أو التعديل وإن شاءت تغاضت عنه إلى ما لا نهاية، كما فعلت وزارة النفط الاتحادية. ولنا أن نتساءل الا يعتبر هذا الموقف نفساً للدستور وتراجعاً عن أحكامه وعودة إلى الوراثة باتجاه الحكم المركزي؟!.

وهل ان مؤسس الدستور كان يقصد من وراء تشريع المادة (130) ترك القوانين المتعارضة مع الدستور والنافذة قبل إقامته نافذة ومعمولاً بها ما لم تلغى أو تعدل، أم أنه كان يقصد القوانين السابقة على نفاذ الدستور التي لم تكن متعارضة مع أحكامه؟! إن الجواب يكمن في نص المادة (13) من الدستور بفقريتها (أولاً وثانياً) إذ بمفهوم المحكمة المستنبط منها إتجاهها فإن تشريع المادة (13) كان عبثاً؟!.

ناهيك عن أنها حكمت بإلغاء قانون الإقليم لتعارضه مع قانون مركزي سابق على

(1) قانون رقم 19 لسنة 2013 المعدل للمادة 2 قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة (2008).

(2) نص المادة (130) من الدستور (تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها، ما لم تلغ أو تعدل، وفقاً لأحكام هذا الدستور).

(3) نص المادة (13) من الدستور (أولاً: يُعد هذا الدستور القانون الاسمي والأعلى في العراق، ويكون ملزماً في أنحاءه كافة، وبدون استثناء.

ثانياً: لا يجوز سن قانون يتعارض مع هذا الدستور ويُعد باطلاً كل نص يرد في دساتير الأقاليم، أو أي نص قانوني آخر يتعارض معه).

الدستور ومتعارض مع فلسفة الحكم الذي إرسى الدستور قواعده عليه، فإذا كانت الأولوية من نصيب قانون الإقليم عند التعارض مع القانون الاتحادي الصادر من السلطة الاتحادية في المركز بعد نفاذ الدستور، فإنه من باب أولى أن تكون الأولوية لقانون الإقليم عند تعارضه مع قانون عراقي صدر قبل نفاذ الدستور، ويُعبّر عن سياسة متناقضة مع المرحلة التي أسس لها الدستور. فضلاً عن ذلك فإن النص القانوني المتعارض مع الدستور يعد باطلاً من تاريخ نفاذ الدستور، وإن الاجراءات التشريعية الخاصة برفع التناقض (إلغاءً أو تعديلاً) هي كاشفة للبطلان لا تمحي البطلان عنه لفترة نفاذه ولا تمنحه الشرعية لفترة سريانه لحين إلغائه أو تعديله، والقول بغير ذلك يعني تعطيل النص الدستوري ومنح النص الباطل الشرعية للنفوذ قد تطول نتيجة عدم إقدام السلطة المختصة على اتخاذ ما يؤدي إلى رفع التناقض بين النص القانوني (الباطل) والدستور وذلك تعسفاً منها في استعمال سلطتها وإن غض النظر عن موقفها هذا يعتبر مكافأة لها على تعسفها.

7. ومما يلاحظ على قرار المحكمة أنها أغفلت مسألة مهمة، وهي أن وكيل المدعى عليه (وزير الثروات الطبيعية) في حكومة إقليم كردستان، كان قد طلب ابطال عريضة الدعوى في جلسة المرافعة المؤرخة 2022/1/17 لعدم حضور المدعي أو وكيله وذلك استناداً لحكم المادة (2/56) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 والتي تجر مرافعات المحكمة الاتحادية وفق أحكامه، حيث نصت (المادة 2/56) على أنه: (إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه فله أن يطلب إبطال عريضة الدعوى أو يطلب النظر في دفعه للدعوى غياباً. وعندئذ ثبت المحكمة في الدعوى بما تراه موافقاً للقانون) ورغم تثبيت المحكمة طلب وكيل المدعى عليه في محضر الجلسة إلا انها تجاهلته ولم تبث فيه ولم تشر إليه في حيثيات الحكم.

8. عدم توفر شرط المصلحة والخصومة في الدعوى، حيث ان شروط المصلحة الواجب توفرها في الدعوى المقامة من قبل المدعي في الدعوى المرقمة (110/اتحادية/2019) والمنصوص عليها في المادة (6/أولاً/ثانياً/ثالثاً) من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (1) لسنة 2005 غير متوفرة في طلبه، فليست له مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة أو محتملة، فلم يتضرر مادياً أو معنوياً من قانون النفط والغاز لإقليم كردستان، ولم تنقص مخصصاته بوجود القانون ولم تزد بإلغائه وان الحكومة لم تخوله لأقامة الدعوى عنها وليس مسؤولاً عن سياستها تجاه حكومة الإقليم،

أو مخلولاً بالتحدث عنها، وان اقامته للدعوى كانت بصفة شخصية وليس عن مجلس محافظة البصرة، ثم أن انتاج النفط والغاز من قبل حكومة إقليم كردستان قد خفف العبء عن الموازنة العامة لحكومة العراق كون إقليم كردستان هو جزء من العراق ويستحق حصته من الموازنة العامة كحق دستوري أسوة بجميع الاجزاء الاخرى، فلو لم ينتج النفط والغاز لكان تمويل حصته يتم من موارد باقي اجزاء العراق والتي تقدر بـ (ترليون و200 مليار دينار) في حين ان الحكومة الاتحادية كانت تمويل حكومة الإقليم بـ(200 مائتا مليار دينار وتستقطع من حصته (ترليون) دينار.

لذا فإن المحكمة بقرارها موضوع البحث قد خالفت أحكام المادتين (4) و(6) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وكان عليها الحكم برد الدعوى من تلقاء نفسها لعدم تحقق شرط المصلحة في المدعي وكون الخصومة غير متحققة وغير متوجهة إستناداً للمادة (80/أولاً) من قانون المرافعات المدنية.

9. لقد استندت المحكمة الاتحادية العليا في تعليل حكمها إلى قرارات احدى المحاكم الامريكية في سابقة لا مثيل لها في سوابق القضاء العراقي، كان عليها تجنبه في الوقت الذي تجاهلت سابقة أخرى كانت لقرار صادر عن المحكمة الاتحادية العليا بالإجماع في الدعوى 66/وموحداتها 71 و157 و224 / اتحادية/ 2018 بتاريخ 2019/1/23، والتي كانت تخص قانون شركة النفط الوطنية رقم (4) لسنة 2018 ولقد جاء في حيثيات الحكم (تجد المحكمة الاتحادية العليا ان إيراد أي نص في قانون يؤدي إلى نزع اختصاص من اختصاصات السلطات الاتحادية الحصرية أو المشتركة بينها وبين سلطات الأقاليم والمحافظات المنتجة للنفط والغاز يعد مخالفاً لأحكام الدستور ويلزم الحكم بعدم دستوريته).

وتأسيساً على ما تقدم "في هذه الفقرة" قررت المحكمة الاتحادية العليا:

الحكم بعدم دستورية المواد التالية:

أ/ اعتبرت المادة (3) من القانون غير دستورية لان المهام التي حملها اهداف شركة النفط الوطنية تتعارض مع أحكام المادة (112) بفقرتيها (أولاً وثانياً) والمادة (114) من الدستور، ذلك لأن المهام المذكورة تعود للحكومة الاتحادية مع حكومات الأقاليم والمحافظات المنتجة للنفط وهي مهمة الاستغلال الافضل للثروة النفطية والغازية والاستكشاف والتأهيل والتطوير والانتاج والتسويق وكافة النشاطات المرتبطة بها إضافة

إلى الاستثمار في الصناعات التمويلية النفطية والغازية لضمان اعلى العوائد وادنى التكاليف وبما يحقق اعلى منفعة للشعب العراقي. في حين ان المحكمة الاتحادية في قرارها موضوع هذا المقال تجاهلت الاختصاصات المشتركة كلياً.

ب/ حكمت بعدم دستورية ما جاء في الفقرة (ثالثاً) من المادة (4) والتي تنص على تطوير عمليات التنقيب والانتاج والنقل والتخزين والتسويق والعمليات البترولية ذات العلاقة وكذلك ما جاء في الفقرة (خامساً) حيث نصت على تطوير الجهد في عمليات الاستخراج والتسويق والصناعة النفطية والغازية أو استثمار الحقوق المشتركة مع دول الجوار اذ اعتبرت المحكمة كافة المهام المذكورة متعارضة مع المادة (112) من الدستور واعتبرت التسويق من مهام الشركة المرتبطة بوزارة النفط.

ج/ كما اعتبرت المحكمة ما جاء في المادة (8) من قانون شركة النفط الوطنية والتي نصت على مهام مجلس الإدارة هي في غالبيتها من اختصاص الحكومة الاتحادية مع الأقاليم والمحافظات المنتجة للنفط (معاً).

د/ كذلك إعتبرت المحكمة ما تضمنه قانون شركة النفط الوطنية فيما يخص الإيرادات المالية للشركة وارباحتها وواجه توزيعها متعارضة مع مواد الدستور (106) و(111) و(112) وهي مواد تخص مشاركة الحكومة الاتحادية والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم في ملكية وإدارة وتوزيع موارد النفط والغاز.

مما يؤسف له أن المحكمة الاتحادية العليا في الوقت الذي تسند إلى سابقة قضائية أجنبية غير مكتملة أصلاً حيث لم يصدر قرار المحكمة الاستثنائية نظراً لبيع كمية النفط المتنازع عليها وخروجها عن حيازة الشركة الحائزة، وتتجنب الاستناد أو على الأقل الاستئناس بقرار سابق صادر عنها (بالاجماع) ولم يمتص على صدوره غير ستين ونيف.

10. لقد تطرقت المحكمة إلى أمور خارجة عن موضوع الدعوى ومعلومات خارجة من مدار البحث في المحكمة، تداولتها أوساط التواصل الاجتماعي لأغراض سياسية للتغطية على سياسة الحكومة الاتحادية بحجب حصة إقليم كردستان منذ سنة 2014 وعدم تمويل الإقليم على وفق ما كان متفق عليه، ورفضها تمويل الإقليم بما يضمن تسديد رواتب موظفي الإقليم في مواعيدها وهو التزام يقع على عاتق الحكومة الاتحادية باعتبار رواتب الموظفين والمتقاعدين والشهداء والمسجونين السياسيين هي من حقوق المواطنة،

وباعتقادي ما كان على المحكمة المحترمة طرق هذا الباب واثارة عواطف مواطني كوردستان وهو اسلوب بعيد كل البعد عن مهام والتزامات المحكمة، وفي الوقت الذي تبدي حرصاً على ايصال حقوق مواطني محافظات إقليم كوردستان من الموازنة وعدم تأخيرها، ربطت حقوق المواطنين بشرط تنفيذ كافة فقرات قرار الحكم دونما سند قانوني. وتكون بذلك قد تجاوزت على اختصاص السلطتين التشريعية والتنفيذية ومبدأ فصل السلطات وتبنت اختصاصاً لا يعود لها.

11. كانت المحكمة بإصدارها قرارها بإلغاء قانون النفط والغاز لإقليم كوردستان رقم 22 لسنة 2007 قد تجاوزت اختصاصها وكان عليها وبصرف النظر عن صحة قرارها الحكم بعدم دستورية القانون وليس إلغائه، لان الالغاء عمل تشريعي يخص الجهة التي شرعت القانون وهو برلمان كوردستان، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى، فإن قرارها بالغاء القانون بكامله دون التطرق إلى ما هو مخالف لأحكام الدستور وتطلب تعديله تكون قد نزعت عن سلطات الإقليم حق التشريع المعترف به دستورياً لسلطات الإقليم⁽¹⁾.

12. لم تفرق المحكمة في قرارها بين الحقول (الحالية) التي تطرق إليها الدستور في المادة (112/أولاً) والتي تكون إدارتها مشتركة بين الحكومة الاتحادية وحكومة الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم والتي كانت منتجة قبل نفاذ الدستور، وبين الحقول (المستقبلية) المنتجة بعد نفاذ الدستور والتي تكون مشمولة بالمادة (115). لقد خلطت المحكمة بينهما رغم اختلاف أحكام الدستور بشأنهما.

13. ان قرار المحكمة الاتحادية العليا مدار البحث شكل مفاجأة لجمهور الحقوقيين من حكام ومحامين في الإقليم والكثيرين خارجه⁽²⁾، لان المحكمة لم تتوفق في تطبيق أحكام الدستور التي استندت إليها على وقائع الدعويين وتجنبنا مناقشة الوثائق والوقائع بشكل مجرد، وفسرت مواد الدستور بشكل يوصلها إلى هدف سياسي مسبق وهو إبقاء إدارة العمليات النفطية بيد السلطات الاتحادية، وبذلك فإن المحكمة الاتحادية بإصدار

(1) نصت المادة 121 من الدستور:

أولاً: لسلطات الإقليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفقاً لأحكام الدستور باستثناء ما ورد فيه من اختصاصات حصرية للحكومة الاتحادية.

(2) الدكتور صداع الدليمي، بحث منشور بتاريخ 2022/2/17 في أوساط التواصل الاجتماعي.

قرارها هذا قد تلبست دوراً حاسماً لتعميق وتعقيد النزاع بين الإقليم والحكومة الاتحادية، ونرجو أن يكون آخر قرار تغلق به مسارات الحل لازمات ومشاكل العراق. وان تقتنص الفرصة المناسبة لاعادة النظر فيه وتصحيحه ليكون قراراً مجرداً وعنواناً للعدالة، لأن ما ذهبت اليه في قرارها لا يصح في ظل أحكام الدستور لسنة 2005 إلا بتعديل أحكامه، لا ان تتولى تحقيق ذلك من خلال تفسيرات لا يتقبلها المنطق القانوني، قد يؤدي إلى تصنيف قرارها من ضمن القرارات المعدمة التي تفتقر السند الدستوري.



التعليق على الأحكام القضائية
كؤمئنتى نهحكامهكانى دادوهرى

Commentary on court decisions



تعليق على قرار حكم محكمة تمييز إقليم كردستان – العراق حول مسؤولية المساهم في الشركة المحدودة

أ. د. دانا حمه باقي عبدالقادر

أستاذ القانون الخاص في كلية القانون - جامعة السليمانية
أصدرت الهيئة المدنية لمحكمة تمييز إقليم كردستان العراق بالأكثرية قراراً
بالعدد/303/الهيئة المدنية /2022 بتاريخ 2022/5/15 في الإضبارة رقم /1147/ب/2021
يقضي بنقض القرار الصادر من محكمة بداءة السليمانية وإعادة الدعوى إلى محكمتها،
وجاء في مضمون القرار ما يأتي:

((لدى عطف النظر على القرار المميز تبين بأنه غير صحيح ومخالف للقانون وسابق
لأوانه حيث كان على المحكمة التحقق من إن كانت سهام شركة (.....) جميعها مسجلة باسم
المدعى عليه الأول من عدمه، فإن كانت كذلك فإن أمواله وأملاكه تكون ضامنة لأي دين
يكون بذمة الشركة، هذا إذا لم تكفي أموالها لاستيفاء الدين وذلك استناداً لأحكام الفقرة
(2) من المادة (6) من قانون الشركات النافذ والتي تنص على تحميل الشركاء المسؤولية
الشخصية غير المحدودة عن جميع التزامات الشركة، لذا كان على المحكمة بعد التحقق مما
ورد أعلاه أن تدخل في موضوع الدعوى والتحقق من توافر شروط وأحكام عدم نفاذ
التصرف فيها من عدمه وعلى ضوء نتيجة تلك التحقيقات إصدار قرارها الصحيح، عليه
تقرر نقض القرار وإعادة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ما ورد أعلاه على أن يبق رسم التمييز
تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالأكثرية في 2022/5/15)).

من خلال التمعن في مضمون هذا القرار يتبين أن المحكمة الموقرة ذهبت إلى أن
عبارة (ويتحملون مسؤولية ديونها بالقيمة الاسمية للاسهام التي ساهمت بها) الواردة في
المادة (6/ثانياً) من قانون الشركات العراقي رقم (21) لسنة 1997 المعدل المقصود بها

وجوب تحميل المساهمين في الشركة المحدودة المسؤولية الشخصية غير المحدودة عن جميع التزامات الشركة، وأن أموال وأملاك المساهم تكون ضامنة لأي دين يكون بذمة الشركة إذا لم تكفي أموال الشركة لاستيفاء الدين منها. لكن التفسير المذكور لهذه المادة يخالف الحقيقة ويتعارض مع القانون، ويمكن إبداء العديد من الملاحظات عليه، لعل أهمها ما يأتي:

1/ ان التفسير الذي تبنته المحكمة الموقرة يتعارض مع ماهية هذه الشركات ويخالف مضمون المادة (6/ثانياً)، فالمادة المذكورة عندما نصت على أن المساهمون يتحملون مسؤولية ديون الشركة بالقيمة الاسمية للاسهم التي ساهموا بها، إنما قصدت بذلك أن مسؤولية المساهمين عن ديون الشركة المحدودة والتزاماتها تتحدد بمقدار القيمة الاسمية للاسهم التي ساهموا بها في رأس مال الشركة، وفق ما نصت على ذلك المادة (33) من القانون نفسه، أي لا يلتزم المساهم إلا بدفع القيمة الاسمية للاسهم التي يملكها، ولا تتجاوز ذلك مهما كان حجم خسائر الشركة، ولا يجوز التنفيذ على الأموال الأخرى للمساهمين لسداد ديون الشركة، لكون أموال الشركة هي التي تمثل الضمان العام لدائتيها دون الأموال الخاصة للمساهمين فيها. وبناءً على قاعدة المسؤولية المحدودة هذه، إذا استغرقت ديون الشركة جميع موجوداتها فإن المساهم يخسر قيمة أسهمه التي ساهم بها في رأس المال، وبذلك يكون قد تحمل مسؤولية ديون أو خسائر الشركة بمقدار قيمة أسهمه، لذلك لا يُطالب في أمواله الخاصة وإنما يكون بمأمن من التنفيذ على هذه الأموال، وعلى هذا الأساس سميت هذه الشركات بـ(ذات مسؤولية محدودة)، وعلى هذا الأساس أيضاً لا يكتسب المساهم في هذه الشركات صفة التاجر، ولا يترتب على إفلاسها إفلاس المساهمين فيها لاستقلال الذمة المالية للشركة عن ذمة المساهمين فيها، وعدم وجود تضامن بين المساهمين للوفاء بديون الشركة.

وتحديد المسؤولية بهذا الشكل يعد من أهم مزايا شركات الأموال عموماً والشركة المحدودة بوجه خاص، وهو من النظام العام، ويكون باطلاً كل اتفاق يخالفه، وذلك نظراً للحماية التي يمنحها للمساهمين من المخاطر المصاحبة لمزاولة النشاط التجاري، وهذا الأمر يحفز صغار المدخرين والمستثمرين عموماً على الإقدام على تنمية مدخراتهم وتوجيهها نحو الاستثمار المنتج في هذا النوع من الشركات، مما يؤدي إلى جذب الفائض من رأس المال غير الموظف، وتحويله من مال خامل إلى رأس مال موظف وفعال في

الدورة الاقتصادية.

ومن الضروري بيان أن نطاق قاعدة المسؤولية المحدودة يتحدد بمسؤولية المساهم عن ديون الشركة فقط دون المسؤولية التي قد تترتب عليه بصفته الشخصية، كثبوت قيامه بأفعال غير مشروعة ألحقت أضراراً بالشركة أو بدائنيها أو المساهمين فيها، أو المسؤولية التي تترتب عليه نتيجة ارتكابه أخطاء تسببت في خسارة الشركة بصفته عضواً أو مديراً مفوضاً فيها، ففي هذه الأحوال تكون المسؤولية شخصية ومطلقة وفق القواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار والواردة في القانون المدني، لعدم ارتباطها بديون الشركة والتزاماتها. ولم يتضمن القانون العراقي أحكاماً تسمح بالخروج على قاعدة المسؤولية المحدودة للمساهم عن ديون الشركة، باستثناء الأحكام التي تضمنها قانون التجارة العراقي لسنة 1970 الملغى، إذ لا يزال الباب الخاص بالإفلاس منه نافذ المفعول، فقد نصت المادة (721) منه على أنه (إذا طلب إشهار إفلاس الشركة جاز للمحكمة أن تقضي أيضاً بإشهار إفلاس كل شخص قام باسمها بأعمال تجارية لحسابه الخاص وتصرف في أموالها كما لو كانت أمواله الخاصة). ونصت المادة (2/722) منه أيضاً على أنه (وإذا تبين أن موجودات الشركة لا تكفي لوفاء عشرين بالمائة على الأقل من ديونها جاز لحاكم التفليسة أن يأمر بإلزام أعضاء مجلس الإدارة أو المديرين كلهم أو بعضهم بالتضامن بينهم أو بدون تضامن بدفع ديون الشركة كلها أو بعضها إلا إذا أثبتوا أنهم بذلوا في تدبير شؤون الشركة عناية الرجل المعتاد).

وبغض النظر عن الأساس الذي يرتكز عليه مد آثار إفلاس الشركة إلى المديرين في الحالات السابقة فيما إذا كان يقوم على افتراض قرينة الخطأ في الإدارة يمكن نفيها بإثبات بذل عناية الشخص المعتاد، أو أنه عقوبة مدنية توقع نتيجة السلوك المخالف لأداب الشركة المتمثل بسوء التصرف من المدير أو أنه تطبيق للقواعد العامة في الصورية والاسم المستعار أو أنه جزاء للانحراف بالشخصية المعنوية للشركة، فإن من المؤكد أن الخروج على قاعدة المسؤولية المحدودة في هذه الأحوال ينحصر في حالات الإفلاس كاستثناء من الأصل العام في عدم جواز امتداد آثار إفلاس الشركة إلى القائمين على إدارتها، وعدم جواز مساءلتهم بصفة شخصية عن ديون الشركة، ولا يتعدى هذا الأمر إلى غيره من الحالات. ولا شك أن ما جاء في قرار محكمة تمييز إقليم كردستان لا يتعلق بموضوع الإفلاس.

2/ إذا كان تفسير المحكمة الموقرة للمادة (6/ثانياً) من قانون الشركات هو ((تحميل الشركاء المسؤولية الشخصية غير المحدودة عن جميع التزامات الشركة))، فأين يكمن وجه الاختلاف إذن بين حكم هذه المادة والحكم الوارد في المادة (6/ثالثاً) من نفس القانون؟ فالمادة (6/ثالثاً) نصت على أنه (لا يقل عدد الأشخاص الطبيعيين الذين يكونون شركة تضامنية، عن شخصين ولا يزيد عددهم على خمسة وعشرين شخصا، يكون لكل منهم حصة في رأس مال الشركة، ويتحملون متضامنين المسؤولية الشخصية غير المحدودة عن جميع التزامات الشركة). فلو كانت مسؤولية المساهم في الشركات المحدودة ومسؤولية الشركاء في الشركات التضامنية ذات طبيعة واحدة، لكان المشرع يجمع بينهما في نص واحد دون الحاجة إلى إيراد نص مستقل وتخصيص فقرة مستقلة لكل منهما. لكن المؤكد أن طبيعة مسؤولية المساهم في الشركة المحدودة تختلف عن طبيعة مسؤولية الشريك في شركة التضامن، فعلاوة على الاختلاف الواضح في حكم الفقرتين (ثانياً) و(ثالثاً) من المادة (6)، خصص المشرع لمسؤولية المساهم في الشركات المحدودة نصاً مستقلاً مختلفاً تمام الاختلاف مع نصوص أخرى خص المشرع بها مسؤولية الشريك في شركات التضامن، فالمادة (33) من قانون الشركات نصت على أنه (لا يسأل المساهم عن ديون الشركة إلا بمقدار القيمة الاسمية للاسهم التي يملكها)، بينما نصت المادة (35) من القانون نفسه على أنه (يسأل كل ذي حصة في الشركة التضامنية والمشروع الفردي، مسؤولية شخصية وغير محدودة عن ديون الشركة، وتكون مسؤوليته تضامنية أيضاً في الشركة التضامنية)، ونصت المادة (37/أولاً) على أنه (لدائني الشركة التضامنية مقاضاتها أو مقاضاة أي شريك كان عضواً فيها وقت نشوء الالتزام، ويكون الشركاء ملزمين بالإيفاء على وجه التضامن ولا يجوز التنفيذ على أموال الشريك قبل إنذار الشركة). وعلى هذا الأساس إذا أفلست شركة التضامن عد كل شريك فيها مفلساً وفق ما نصت على ذلك المادة (36) من القانون نفسه، خلافاً لما عليه الحال في الشركات المحدودة التي لا يمتد أثر إفلاس الشركة إلى المساهمين فيها. وعليه ولكون نصوص القانون تكمل بعضها بعضاً، فإن استناد المحكمة الموقرة على نص واحد بمعزل عن بقية النصوص أمر في غير محله، فما بالك لو كان تفسير هذا النص أيضاً يمثل اجتهاداً غير دقيق في مورد نص صريح، وبشكل يلغي المعيار الأساس الذي يميز الشركات المحدودة القائمة على الاعتبار المالي عن الشركات التضامنية القائمة على الاعتبار الشخصي. فلو

افتراضنا وحدة المسؤولية في الشركتين، فما هو معيار التمييز بينهما إذن؟ خصوصاً وأن الحد الأعلى لعدد المساهمين أو الشركاء فيهما محدد قانوناً بـ (25) شخصاً، ولماذا تقتصر العضوية في الثانية على أشخاص طبيعيين فقط على خلاف الأولى؟

3/ إن الحكم الوارد في المادة (6/ثانياً) يخص من حيث الأساس الشركات المحدودة متعددة المساهمين، وليس شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، صحيح أنه ولعدم قيام المشرع ببيان الأحكام التفصيلية لهذه الشركة فإنه (مع عدم تصريح المشرع بذلك) لا مناص من القول بسريان أحكام الشركة المحدودة عليها بالقدر الذي لا يتعارض مع طبيعتها، لكونها شركة تتكون من شخص واحد. ومع ذلك فإن استناد المحكمة الموقرة على المادة (6/ثانياً) لإقرار المسؤولية الشخصية غير المحدودة لمالك هذا النوع من الشركة أمر غير صحيح ويتعارض مع طبيعة هذه الشركة أيضاً، إذ لا يبقى حداً فاصلاً ومعياراً للتمييز بين هذه الشركة والمشروع الفردي، فالأمر الذي يميز المشروع الفردي عن شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة هو المسؤولية الشخصية والمطلقة (غير المحدودة) لمالك المشروع عن جميع التزامات وديون المشروع، كما نصت على ذلك المادة (6/رابعاً)، وعلى هذا الأساس قضت المادة (37/ثانياً) بأن لدائني المشروع الفردي مقاضاة مالك المشروع، وتعد أمواله ضماناً لديون المشروع، ويسمح لهم بحجز أمواله دون إنذار المشروع. فإذا كانت مسؤولية مالك شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة هي مسؤولية شخصية وغير محدودة أيضاً " كما زعمت المحكمة الموقرة في قرارها "، فأين الحكمة من وراء قيام المشرع باستحداث شركة الشخص الواحد ذات المسؤولية المحدودة، وتخصيص المادتين (4/ثانياً/2) و(8/ثانياً/1) لهذا النوع من الشركات مستقلاً عن المشروع الفردي؟ فمن المؤكد أن غرض المشرع كان ينصب على تحديد مسؤولية المالك الوحيد فيها بمقدار رأس مال الشركة، بحيث لا يكون لدائني الشركة ضمان سوى الذمة المالية للشركة نفسها دون ذمة مالكيها، وذلك لتحقيق الغايات التي عجز المشرع عن تحقيقها من خلال إجازة تأسيس شركة المشروع الفردي.

4/ من المؤكد أن المسؤولية المحدودة للمالك الوحيد للشركة المحدودة من شأنها ترتيب نتائج خطيرة، إذ يُحتمل قيام مالك الشركة بأعمال احتيالية تحت ستار الشركة أو الإقدام على ترتيب ديون عليها بشكل لا تكفي أموال الشركة للوفاء بها. لذلك من المفترض أن تكون المسؤولية المحدودة للمالك الوحيد لهذه الشركة مشروطة بسلامة

تصرفاته وتطابقها مع أحكام القوانين، وبخلاف ذلك فإن أي إخلال منه بقيامه بتصرفات مخالفة للقانون أو متضمنة غشاً، أو ارتكابه أخطاء جسيمة، أو تعريض الشركة للإفلاس نتيجة أعمال الغش والتحايل التي قام بها، أو تصفيته للشركة إضراراً بالدائنين أو وقف نشاطها قبل تحقيق الغرض من إنشائها أو ثبوت عدم قيامه بالفصل بين ذمته المالية وذمة الشركة بما يضر الغير حسن النية، ينبغي أن يجعله مسؤولاً مسؤولاً شخصية وغير محدودة. لكن هذا الأمر يستلزم وجود نص قانوني خاص يقره، وهذا ما يفتقر إليه قانون الشركات العراقي خلافاً للعديد من التشريعات المقارنة⁽¹⁾، وإذا سمح القضاء لنفسه بالتجاوز على قاعدة المسؤولية المحدودة لمالك هذه الشركة، ينبغي أن يستند على هذا الأساس، وذلك انسجاماً مع أهداف قانون الشركات التي تؤكد على حماية الدائنين من الاحتيال، وكذلك المادة (4/ثالثاً) من القانون نفسه التي تمنع مالكي رأس المال في الشركات من ممارسة سلطاتهم على نحو يضر بالشركة لتحقيق مصالح خاصة أو تعريض حقوق الدائنين للخطر، وليس الاستناد على المادة (6/ثانياً) كما فعلت محكمة تمييز إقليم كردستان، لأن تفسير هذه المادة على هذا النحو أمر لا أساس له من الصحة. مع بالغ التقدير والاحترام للمحكمة المذكورة. ومن الله التوفيق والسداد..

(1) تنظر: المادة (90) من قانون الشركات الكويتي رقم (1) لسنة 2016، والمادة (296) من قانون الشركات العماني رقم (18) لسنة 2019، والمادة (296) من قانون الشركات البحريني رقم (21) لسنة 2001، والمادة (263) من قانون الشركات القطري رقم (11) لسنة 2015، والمادة (155) من نظام الشركات السعودي رقم (م/3) لسنة 2015، والمادة (129/مكرراً/4) من قانون الشركات المصري رقم (159) لسنة 1981.

تعليق على قرار محكمة التمييز المرقم 13/ عقار / 2012 في 2012/6/24

مبدأ الحكم

أ.م.د. زياد خلف عليوي

كلية القانون والعلوم السياسية - جامعة كركوك

نوع الحكم: مدني

رقم الحكم: 13/عقار/2012

تاريخ إصدار الحكم: 2012/6/24

جهة الإصدار: محكمة التمييز الاتحادية

مبدأ الحكم

يجوز للشريك في العقار الشائع إقامة المشيدات دون موافقة بقية الشركاء باعتبار ان إقامة تلك المشيدات هو أحد أوجه الانتفاع المنصوص عليها في المادة (2/1063) مدني.

نص الحكم

لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية، وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية، قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز، وجد انه صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة وان لم تتبع محكمة الاستئناف قرار النقض الصادر عن هذه المحكمة بالعدد 2587/الهيئة الاستئنافية العقار/2011 في 2011/7/10 ذلك ان الهيئة العامة في محكمة التمييز قد أصدرت قرارها المرقم 404/الهيئة العامة /2011 في 2012/2/28 المتضمن انه يجوز للشريك في العقار الشائع إقامة المشيدات دون موافقة باقي الشركاء باعتبار ان إقامة تلك المشيدات هو أحد أوجه الانتفاع المنصوص عليها بالمادة (2/1063) من القانون المدني ويحق لباقي الشركاء في هذه الحالة المطالبة بأجر المثل أو إقامة دعوى إزالة الشيوخ لذا قرر تصديق الحكم

المميز ورد اللائحة التمييز وتحميل رسم التمييز صدر القرار بالاتفاق في 3/شعبان/1433 هـ الموافق 2012/6/24م.

أصدرت محكمة التمييز قرارها أعلاه وقبل التعليق على مضمون هذا القرار نبين بشيء من الإيجاز القواعد الأساسية التي تقوم عليها الملكية الشائعة.

الملكية الشائعة هي حق الملكية لاثنين أو أكثر في شيء لا تتعين حصة أحدهم في جزء معين منه، والقانون المدني العراقي عرف الملكية الشائعة في الفقرة الأولى من المادة (1061) بقولها: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً فهم شركاء فيه على الشيوع وتحسب الحصص متساوية إذا لم يقر الدليل على غير ذلك، الرأي السائد في الفقه، قديمة وحديثه، يذهب إلى ان حق الشريك في الشيوع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق، أن ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفترزة تعدد الملاك إذ يتقرر حق الملكية لأشخاص متعددين على خلاف الملكية الفردية التي تثبت لمالك واحد، كذلك أن في الملكية الشائعة يكون محل الحق محددًا تحديداً معنوياً لأن كل شريك يملك حصة شائعة في العين كلها يرمز لها بنسبة حسابية كالنصف أو الثلث ويظل محل الحق غامضاً إلى أن تتم القسمة، اما في الملكية المفترزة فإن محل الحق محدد تحديداً مادياً.

ومن هذه الفقرة الأخيرة ننطلق في تعليقنا على قرار محكمة التمييز العراقية التي أجازت إقامة مشيدات على العقار المملوك على الشيوع وانه ملزم فقط بدفع أجر المثل، فهذا القرار يخالف الأسس التي تقوم عليها الملكية الشائعة، فالتصرف موضوع القرار تصرف مادي ومعلوم ان التصرف المادي يحتاج إلى حيز مادي يرد عليه بمعنى ان هذا التصرف يجب أن يرد على شيء مادي والشريك كما قدمنا تحدد حصته تحديداً معنوياً وبالتالي لا يوجد تحديد مادي للحصة حتى يستطيع الشريك أن يمارس عليه أعمال التصرف المادي ذلك ان كل ذرة من ذرات المال الشائع مقسمة على عدد الحصص وبالتالي إذا تصرف الشريك تصرفاً مادياً سواء ورد هذا التصرف على كل المال الشائع أو جزء منه أو جزء مفترز منه يعد تجاوزاً على حصص وحقوق باقي الشركاء، وبما ان كل شريك يملك حصته ملكاً تاماً حسب نص الفقرة (2) من المادة 1061 من القانون المدني ويعد أجنبياً بالنسبة لحصص بقية الشركاء حسب نص الفقرة (1) من المادة 1062 من القانون المدني فإن تصرف الشريك هنا يكون وكأنه تصرف في ملك الغير بالنسبة لحصص بقية الشركاء فلا يباح له القيام بهذه التصرفات المادية، هذا من جانب.

ومن جانب آخر فإن استناد المحكمة إلى نص الفقرة (2) من المادة 1062 في إباحة التصرف استناد في غير محله حسب رأينا لأن الفقرة المشار إليها جعلت أجر المثل في حالة الانتفاع وذكرت المزارعة والإيجار وفي اعتقادنا لا يمكن تطبيقها على حالة التصرف المادي لاختلاف نوع الانتفاع بين الحالتين، ففي الحالة المذكورة في النص الانتفاع يرد على مشيدات موجودة، بينما في الحالة موضوع القرار قيام بتصرف مادي وإذا أبيحت مثل هذه الحالات سوف تؤدي إلى مشاكل أكبر بين الشركاء نتيجة انفراد أحدهم بالقيام بالتصرفات المادية.

والغريب ان اتجاه محكمة التمييز إلى ما قبل صدور هذا القرار كان الحكم بعدم صحة مثل هذه التصرفات المادية انها ذهبت في هذا القرار إلى اتجاه مختلف. ونهيب بمحكمة التمييز الموقرة العدول عن هذا الاتجاه لعدم اتفاهه مع التطبيق الصحيح للنصوص القانونية الناظمة للملكية الشائعة والأحكام العامة في حق الملكية وحماية حقوق المالك سواء كان مالك ملكية مفرزة أو ملكية شائعة، والتي تؤكد على حماية حق المالك سواء أكان شريك أو مالك ملكية مفرزة.

أ. م. د. زياد خلف عليوي

جامعة كركوك / كلية القانون والعلوم السياسية

رقم الموبايل / 07701240138

البريد الإلكتروني / dr. ziyad. khalaf@uokirkuk. edu. iq

تعليق على قرار قضائي

((عدول محكمة التمييز الاتحادية عن قراراتها بشأن الاستيلاء لأغراض عسكرية وأمنية))

م. علي صباح خضير

باحث دكتوراه

كلية القانون/ جامعة بابل

الثابت في واقعة الاستيلاء على حقوق الأفراد سواء في العقارات المملوكة، أو حق التصرف في الأراضي الزراعية، أن تجعل من واضع اليد بمثابة غاصب ومن ثم يلزم برد المغصوب مع أجر مثله استناداً لأحكام القانون، وسواء كان الغاصب من الأفراد أو جهة تابعة لدوائر الدولة والقطاع العام، غير انه لوحظ في الآونة الأخيرة توجه محكمة التمييز الاتحادية إلى تبرير غصب حقوق الأفراد العقارية من قبل بعض الأجهزة الأمنية أو القطعات العسكرية، بحجة تحقيق الأمن والاستقرار وحماية المصلحة العامة. ولا بد من التطرق إلى هذه المسألة كونها تعد غاية في الأهمية، وأن كانت ذات مدلولين الأول يتعلق بموضوع تحقق واقعة الغصب من عدمها، والثاني ذات طابع إجرائي يتعلق بمخالفة قواعد الإجراءات وبالتحديد آلية العدول عن الاجتهاد القضائي⁽¹⁾ في ظل

(1) حيث يعرف العدول في الاجتهاد القضائي بأنه (إجراء قضائي مقتضاه رجوع أو عدول المحاكم بكافة درجاتها، عن مبدأ قانوني استقر القضاء على العمل به لفترة زمنية معينة، وذلك لأسباب قانونية قد تتعلق بعدم جدوى العمل به مستقبلاً، وقد تتعلق بتباين القرارات الصادرة عن الهيئات المتخصصة في المحكمة العليا، نتيجة لاختلاف التفسيرات القضائية الصادرة عن تلك الهيئات، أو لأسباب فنية تتعلق بوقوع الخطأ في الإجراءات أو السياقات القانونية المعتمدة. إلا أن ما يشير الأشكال أكثر، هو التراجع عن الاجتهاد القضائي المستقر، وما يطرحه ذلك من تأثير على مبدأ الأمن القانوني والثقة المشروعة للمتقاضين بل وحتى حقوقهم المكتسبة، إذ بعد ←

المنظومة التشريعية العراقية. وأن هذا يتحقق من خلال التعقيب على بعض القرارات التي صدرت حديثاً عن محكمة التمييز الاتحادية وبالتحديد في عام (2021)، غير ان الأمر يتطلب منا الرجوع إلى الوراة قليلاً لمطالعة بعض القرارات الصادرة عن نفس المحكمة في وقت سابق وتعلق بنفس الوقائع مع اختلاف في المبدأ التمييزي، لنرى ما الذي دفع المحكمة إلى اتخاذ مسلكاً جديداً تاركة المسلك القديم، وهل لذلك سند من القانون؟. ولأجل إيضاح هذه الفكرة وتبسيطها سنقسمها على ثلاث فقرات، نخصص الفقرة الأولى لقرارات محكمة التمييز الاتحادية التي تمثل التوجه القديم لها، ونخصص الفقرة الثانية للقرارات الحديثة التي تمثل التوجه الجديد، في حين نبين رأينا في المسألة من خلال الفقرة الثالثة، وكما يأتي: -

الفقرة الأولى / التوجه القديم لمحكمة التمييز الاتحادية

استقر قضاء محكمة التمييز الاتحادية في العديد من قراراتها، على تعويض المدعي عند أقامته لدعوى أجر المثل مع ضرورة رد المغصوب، وذلك عند تحقق واقعة وضع اليد على عقارات الأفراد من قبل القطعات العسكرية - وزارة الدفاع غالباً -، وإذا لم يكن الوضع العام يسمح بالرد، فإن الأمر يقتصر على أقل تقدير على الحكم بأجر المثل عند إصدار القرار، على اعتبار أن القطعات العسكرية تُعد بمثابة غاصبة للعقار. وهذا ما وجدناه في العديد من القرارات ومنها قرارها الصادر عام (2008) الذي مفاده أن (وضع اليد على عقار المدعي المميز من قبل الوحدات العسكرية التابعة للمدعي عليه - وزير الدفاع إضافة لوظيفته - وغصبه العقار دون سند من القانون وغير مشمول بالحصانة الجنائية والمدنية، ولأن حق الملكية حق كفله الدستور والقانون ولا يجوز أن يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي قررها القانون (المواد 1048-1049-1050) من القانون المدني، مما

←

اطمئنانهم لاجتهاد قضائي ثابت ومستقر، تعاملوا في ضوءه، يتم التراجع عنه بشكل مفاجئ والأكثر من ذلك أن أثر الاجتهاد القضائي الجديد يكون بأثر رجعي. ينظر: د. حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، المجلد 15، العدد 13، 2017، ص 14 و ص 28.

يوجب التعويض⁽¹⁾.

والقرار الصادر عام (2009) القاضي بأنه (أن أحكام القانون رقم (37) لسنة (1968) المعدل تنطبق على الأراضي الزراعية المشغولة لأغراض عسكرية، ولا تسري على المباني.. مما يقتضي إجراء التحقيقات اللازمة عن مدة أشغال أفراد السيطرة العسكرية،... والاستعانة بخبير أو أكثر من ذوي الاختصاص لتقدير أجر المثل على ضوء الموقع والمساحة ودرجة العمران والخدمات المتوفرة في البناء، والمنطقة...)⁽²⁾.

كذلك قرارها الصادر عام (2019) الذي أقر بوجود تجاوز على عقار المدعي (أصحاب الحقوق التصرفية)، غير أنه ولأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ولإسكان النازحين

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1676 / الهيئة الاستئنافية / 2008 / 5 / 18.

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 2216 / الهيئة المدنية / عقار 2009 / 9 / 7.

حيث جاء في نص القرار بأنه (لدى التدقيق والمداولة تبين ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا وعند النظر في الحكم المميز ظهر انه غير صحيح لأن أحكام القانون رقم 37 لسنة 1968 المعدل تنطبق على الأراضي الزراعية المشغولة لأغراض عسكرية ولا تسري على المباني المشيدة مما يقتضي إجراءات التحقيقات اللازمة عن مدة إشغال أفراد السيطرة العسكرية المكلفة بواجب مراقبة الطريق العام المحاذي لقطعة الأرض موضوع الدعوى للغرف الموصوفة بتقرير الخبير المساح والاستعانة بخبير أو أكثر من ذوي الاختصاص لتقدير أجر المثل على ضوء الموقع والمساحة ودرجة العمران والخدمات المتوفرة في البناء المذكور والمنطقة والغرض المعدة له هذه الغرف وتوجيه الخبراء بضرورة الأخذ بنظر الاعتبار ان الغرف المذكورة كانت متروكة قبل تاريخ إشغالها من قبل أفراد السيطرة العسكرية بسبب الظروف الأمنية المعروفة وان الإشغال حصل بسبب الاضطرار والقصد منه المحافظة على الأمن مما يقتضي الابتعاد عن المغالاة في التقدير الوارد في تقرير الخبير القضائي المؤرخ 14 / 4 / 2009 الذي ابتعد عن الأسس الصحيحة وابتعد عن الموضوعية في التقدير حيث ذهب إلى تقدير الوارد اليومي لكراج الغسل والتشحيم رغم ان غرفة المكائن مهدومة حسب تقرير الخبير المساح وان الكراج متروك قبل الإشغال بسبب الظروف الأمنية المتدهورة وان أفراد السيطرة قد انتفعوا بالغرف القريبة من الشارع العام ولم يتم تشغيل الكراج من قبلهم أو تعطيل الانتفاع به أو منع المميزين من التواجد في كراج الغسل والتشحيم وإصلاح المكائن واستغلالها على فرض وجود مجال لهذا الاستغلال في ظل الظروف الأمنية المذكورة. لذلك قرر نقض الحكم المميز وإعادة إضارة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها على ضوء ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 17 / رمضان / 1430 هـ الموافق 7 / 9 / 2009 م

من خلال إنشاء مخيم لهم لحمايتهم من العمليات العسكرية والقصف المتبادل بين القوات الأمنية والعصابات الإرهابية في الموصل وكركوك، أجازت المحكمة للمدعى عليه (واضع اليد) الاستمرار بأشغال العقار (بستان الشيوخ) كمخيم في منطقة الشرقاط، مع إعطاء الحق للمدعي للمطالبة بالتعويض وفقاً للقانون، إذ جاء في القرار بأنه: (حيث أن المادة (197) مدني ألزمت الغاصب برد المغصوب إلى صاحبه مع أجر مثله، ولكن وحيث أن الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها المادة (1/212) مدني، وحيث أن الاضطراب لا يبطل حق الغير إبطالاً كلياً، وحيث أن الضرر الخاص يتحمل لدرء الضرر العام، وبالتالي فإن أشغال المدعى عليه لعقار المدعين وأن كان يشكل عملاً غير مشروع إلا أن الأشغال كان لأغراض إسكان النازحين ولأسباب إنسانية محضة، ومعه تكون دعوى المدعين لرفع التجاوز واجبة الرد وبإمكانهم المطالبة بالتعويض أن كان له مقتضى⁽¹⁾.

الفقرة الثانية / التوجه الحديث لمحكمة التمييز الاتحادية

وقد عدلت محكمة التمييز الاتحادية عن المبدأ السابق إلى مبدأ جديد، من خلال عدة قرارات صدرت عنها حديثاً في عام (2021) متبعه في ذلك مسلكاً جديداً، يقضي بحرمان المدعي من حقه باسترداد العقار المغصوب، مع سلبه لحقه في أجر المثل، متدرعة في ذلك بالدواعي الأمنية والظروف التي يمر بها البلد، ومن ثم نفي واقعة الغصب عن فعل واطع اليد - وزارة الدفاع أو وزارة الداخلية -، كون فعله لم يستند إلى سوء نية ولم يقصد به العدوان.

حيث جاء في قرارها الأول الصادر بتاريخ (2021/3/22) بأنه: (ان دعوى المدعية قد انصبت على طلب أجر مثل سهامها في العقار المرقم (22/1128/م/3/الدورة) وذلك لقيام المدعى عليهما وزير الداخلية ووزير الدفاع إضافة لوظيفتهما بوضع اليد على العقار عليه للفترة من (2005/1/1) ولغاية (2018/1/22)، ولان الثابت ان العقار أعلاه مسجل باسم المدعية والشريك...، وقد تم إشغاله من قبل لواء رئاسة الجمهورية الفوج الثالث. وبهذا يكون الأشغال لدواعي أمنية ضرورية اقتضتها ظروف المرحلة التي مر بها البلد نتيجة عدم الاستقرار الأمني بسبب العمليات الإرهابية التي طالت العاصمة بغداد في الفترة المطالب

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 5238/الهيئة المدنية/2019 في 2019/8/28.

بها بأجر المثل وذلك ليتسنى للقوات الأمنية تجفيف منابع الإرهاب، لذا فإن وضع اليد وفقاً لمتطلبات المرحلة تكون خالية من قصد الاعتداء والعدوان على أملاك الآخرين، ولأن من شروط تحقق واقعة الغضب العنصر المادي والعنصر المعنوي وهو قصد العدوان من قبل واضع اليد ولعد تحققه من قبل المدعى عليهما إضافة لوظيفتهما فيكون الغضب قد انتفى، وتكون مطالبة المدعية بأجر المثل للفترة أعلاه لا تركز على أساس من القانون، ولما كان الحكم المميز قد صدر خلاف ذلك مما أخل بصحته، وتأسيساً على ما تقدم قررت المحكمة نقض الحكم المميز...⁽¹⁾.

كما جاء في قرارها الثاني الصادر بتاريخ (2021/5/23) بأنه: (أن القطعات التابعة لوزارة الدفاع قد شغلت جزء من القطعة موضوع الدعوى كون موقعها يتوسط منطقة المحمودية، وبالإمكان لهذا الأشغال السيطرة الأمنية على جميع القطعات في المنطقة التي استدعت الظروف الأمنية غير المستقرة والمتمثلة بسيطرة المجاميع الإرهابية على أجزاء من مناطق جنوب بغداد، وبهذا فإن وضع المدعى عليه / إضافة لوظيفته يده على العقار موضوع الدعوى استدعته الظروف الأمنية ويتنفي معه فعل الغضب، وذلك لعدم توافر العنصر المعنوي والذي يُقصد به سوء النية وقصد العدوان على ملك الغير لأن أسباب خارجية حتمت على المدعى عليه وضع يده على العقار وذلك لتوفير الأمن والحماية للمواطنين في تلك المنطقة من العصابات الإرهابية - للفترة من 2005/1/1 ولغاية 5/15/2019 تاريخ إقامة الدعوى - ولأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، كما يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام، والضرورات تبيح المحظورات، فيكون وضع المدعى عليه / إضافة لوظيفته يده قد جاء مستنداً على الإلزام الدستوري الوارد في نص المادة (7/ ثانياً) من الدستور والتي ألزمت كافة المؤسسات الأمنية والعسكرية ومنها وزارة الدفاع بالدفاع عن أرض الوطن من الإرهاب وحماية المواطنين وتكون دعوى المدعي واجبة الرد⁽²⁾.

في حين جاء في قرارها الثالث الصادر بتاريخ 2021/6/6، بأنه: (عندما يكون استغلال العقار لدواعي أمنية ضرورية اقتضتها ظروف المرحلة التي يمر بها البلد نتيجة عدم

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية / بالعدد 697 / 698 / الهيئة الاستئنافية عقار / 2021 / ت / 1064 / 1065. في 22 / 3 / 2021.

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 2219 / 2220 / الهيئة الاستئنافية عقار / 2021. ت / 2055 / 2056. في (2021/5/23).

الاستقرار الأمني بسبب العمليات الإرهابية ولتجفيف منابع الإرهاب، ولأن من شروط تحقق واقعة الغضب هو قصد الاستيلاء من قبل واضع اليد بقصد العدوان ومن ثم لا تتحقق حالة الغضب التي يدور معها أجر المثل وجوداً وعدمياً⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة / رأينا في الموضوع

وبعد أن بينا كل من التوجه القديم والتوجه الجديد لمحكمة التمييز الاتحادية، وذلك من خلال الإطلاع على بعض من قراراتها السابقة التي كانت تعد استيلاء القطعات العسكرية على ارضي الأفراد بمثابة غضباً لها يستوجب رد المغضوب مع أجر مثله، وقراراتها الحالية (الصادرة عام 2021) التي تمثل التوجه الجديد لها، والتي لا تعد هذا الاستيلاء غضباً ومن ثم لا تقضي برد المغضوب ولا تحكم بأجر المثل عن فترة الغضب، على اعتبار ان الاستيلاء كان لدواعي أمنية، وتحقيقاً لمصلحة عامة، لذا نود الإشارة إلى نقاط معينة تخص عدول محكمة التمييز الاتحادية من التوجه القديم إلى التوجه الجديد،

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 1965/ الهيئة الاستئنافية عقار /2021. في 2021/6/6.

- حيث جاء في نص القرار (لدى التدقيق والمداولة وجد ان طلب التصحيح مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على القرار التمييزي المطلوب تصحيحه بالعدد 3332/الهيئة الاستئنافية عقار/2020 في 2020/12/17 والذي قضى بتصديق الحكم الاستئنافي الصادر من محكمة استئناف ديالى بصفتها الأصلية بالعدد 201/س/2020 في 2020/11/12 وحيث ان الثابت من التحقيقات التي أجرتها المحكمة بان جزء من القطعة موضوع الدعوى تم إحاطته بسياج من (B R C) ومستغل من قبل تابعي المدعى عليه /إضافة لوظيفته وحيث ان الاستغلال المذكور كان لدواعي أمنية ضرورية اقتضتها ظروف المرحلة التي مر بها البلد نتيجة عدم الاستقرار الأمني بسبب العمليات الإرهابية التي طالت المنطقة وانه ليس المقصود من الاستغلال هو للاستيلاء على العقار أو قصد الاعتداء على أملاك الآخرين وإنما للضرورات الأمنية وتجفيف منابع الإرهاب ولان من شروط تحقق واقعة الغضب هو قصد الاستيلاء من قبل واضع اليد بقصد العدوان والذي انتهى في استغلال المدعى عليه إضافة لوظيفته وحيث ان أجر المثل يدور وجوداً وعدمياً مع حالة الغضب والتي انتهت في هذه الدعوى وبالتالي تكون دعوى المدعية فاقدة لسندها القانوني وواجبة الرد وحيث ان الحكم المميز صدر خلاف ذلك مما أخل بصحته لذا قرر قبول تصحيح القرار التمييزي أعلاه ونقض الحكم المميز الصادر من محكمة استئناف ديالى بصفتها الأصلية بالعدد 201/س/2020 في 2020/11/12 لاتباع ما تقدم وإصدار الحكم الموافق للقانون وإعادة التأمينات المدفوعة على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالأكثرية استنادا للمادة (3/210) مرافعات مدنية في 2021/6/ م.

يتعلق بعضها بالناحية الإجرائية، في حين يتعلق بعضها الآخر بالناحية الموضوعية وكما يأتي: -

أولاً/ من الناحية الإجرائية

لا يجوز لأي هيئة من هيئات محكمة التمييز الاتحادية أن ترجع عن مبدأ سبق وأن استقرت عليه المحكمة، وينحصر العدول أو الرجوع عن المبدأ في الهيئة العامة فقط أي يعد من اختصاصها، في حين اتضح لنا من القرارات التمييزية أعلاه أن العدول قد حصل من بعض هيئات المحكمة التي لا تمتلك حق العدول. حيث صدر في 2014/1/28 قانون تعديل قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة (1979) المعدل النافذ، حيث جاء في المادة (13) منه الآتي: -

(أ- الهيئة العامة: تنعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز الاتحادية، أو أقدم نوابه عند غيابه أو وجود مانع قانوني من اشتراكه، وعضوية نوابه وقضاة المحكمة العاملين فيها كافة وتختص بالنظر فيما يأتي: 1- ما يحال عليها من إحدى الهيئات إذا رأت العدول عن مبدأ قررت أحكام سابقة). إذ حصر هذا التعديل حق العدول بالهيئة العامة كما ذكرنا، ومن ثم فإن العدول الذي مارسته بعض الهيئات برجوعها عن المبدأ القديم إلى المبدأ الجديد يعد مخالفاً للقانون كما نعتقد، لأنه يجب أن يعرض على الهيئة العامة وهي من تقره أو لا تقره، وذلك من أجل توحيد الاجتهاد القضائي من قبل أعلى هيئة بعيداً عن التغيرات المفاجئة والمستمرة للتوجهات التمييزية المستقرة، التي من شأنها الإخلال بالأمن القانوني والتوقعات المشروعة للأفراد.

ثانياً/ من الناحية الموضوعية

1- استند التوجه الجديد لمحكمة التمييز الاتحادية بموجب القرارات الصادرة عنها عام (2021) - سابق الإشارة إليها -، إلى نص المادة (7/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق لعام (2005)، الذي يلزم المؤسسات الأمنية والعسكرية بالدفاع عن أرض الوطن وحماية المواطنين. ونقول أن هذا النص ليس له علاقة بالدعوى المنظورة أمام المحكمة وليس هو المقصود تطبيقه، كما أنه لا يبرر الاستيلاء على حق الغير دون تعويض عادل. كما أن القرار لم يراع أو أغفل الإشارة إلى نص دستوري آخر هو الأقرب للتطبيق على الدعوى المنظورة، حيث جاء في المادة (23) من الدستور بأنه (أولاً: الملكية الخاصة مصنونة، ويحق للمالك الانتفاع بها، واستغلالها والتصرف بها، في حدود القانون. ثانياً: لا يجوز

نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون).
2- كما بررت محكمة التمييز الموقرة حكمها، بأن ظروف خارجية حتمت على المدعى عليه - وزير الدفاع / إضافة لوظيفته - وضع يده على العقار لتوفير الأمن والحماية للمواطنين في تلك المنطقة من العصابات الإرهابية. فإذا كان الأمر كذلك، فكان من الأولى أن تطبق المحكمة النصوص الخاصة ((بالاستيلاء المؤقت)) الواردة في قانون الاستملاك رقم (12) لسنة (1981)، حيث نصت المادة (26) على أنه (لدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي⁽¹⁾ - العام - في الحالات الاستثنائية الطارئة كالفيضان أو تفشي وباء أن تقرر الاستيلاء المؤقت على أي عقار مدة تحدد بقرار الاستيلاء على أن لا تتجاوز سنتين من تاريخ القرار).

ويتضح من النص أنه أورد أمثلة للحالات الاستثنائية كالفيضانات والأوبئة، ويمكن أن ندخل ضمنها تفشي ظاهرة الإرهاب، كما أنه حدد مدة الاستيلاء بستتين كحد أقصى. في حين أن المدعى عليه - وزير الدفاع - كما يتضح من أحد القرارات المذكورة آنفاً، قد استولى على العقار للفترة من عام (2005 ولغاية 2019) ثم استمر بعدها، وفي هذا خرقاً واضح للقانون. كما ألزمت المادة (27) من قانون الاستملاك الجهة المستولية على العقار إعادته بالحالة التي كان عليها عند الاستيلاء، أما إذا أصابه ضرر فلصاحبه حق المطالبة بالتعويض.

ثم نصت المادة (28) من قانون الاستملاك على أنه (إذا دعت الضرورة إلى الاستمرار على وضع اليد على العقار مدة تزيد على سنتين، فعلى الجهة المستولية طلب استملاكه، وفي حالة امتناعها عن ذلك، يحق لصاحب العقار أن يطلب من المحكمة استرداده أو تملكه إلى الجهة المذكورة، لقاء تعويض تقدره هيئة التقدير، وفقاً لأحكام القانون).

(1) حل مصطلح القطاع الاشتراكي محل مصطلح القطاع العام، بموجب القانون رقم (373) لسنة 1977، حيث جاء فيه (1- يحل مصطلح القطاع الاشتراكي محل مصطلح القطاع العام أينما ورد ذلك في القوانين والأنظمة والتعليمات والبيانات والأوامر والمخاطبات الرسمية).

- كما جاءت المادة (1) من القانون رقم (5) لسنة (2008) بأنه تحل تسمية (قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم 14 لسنة 1991) محل تسمية (قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم 14 لسنة 1991).

- ونشر قانون التعديل في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) بالعدد (4061) في 2008/2/14.

3- استند التوجه الجديد للمحكمة على بعض القواعد الواردة في القانون المدني ومنها قاعدة ((الضرورات تبيح المحظورات)) الواردة في المادة (212) من القانون، لكن المحكمة لم تراخ أن هذه الضرورات يجب أن ((تقدر بقدرها))، ومن ثم إذا تجاوز المعتدي القدر الضروري، كان ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة بحسب ما ورد في الفقرة الثانية من المادة (212) ذاتها. ثم أن حالة الضرورة هذه، أو تلك المشار إليها في المادة (214)، لا يمكن تطبيقها على واقعة الاستيلاء على العقار موضوع الدعوى الصادر بشأنها التوجه الجديد، كون أن واقعة الاستيلاء كانت لفترة طويلة من عام (2005) ولغاية (2019) وهذا ينفي عنها حالة الضرورة التي قصدها القانون المدني في المادتين (212)- (214) حسب تقديرنا.

4- أن التوجه الجديد لم يراع أو خالف بعض نصوص القانون المدني ومنها المادة (197) التي تنص على أنه (المغصوب أن كان عقاراً يلزم الغاصب رده إلى صاحبه مع أجر مثله...). والمادة (204) التي تنص على أنه (كل تعدٍ يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض). كذلك ما ورد في المادة (1050) التي تنص على أنه (لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه، إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدماً). مع الإشارة إلى أن المحكمة كانت تستند إلى النص الأخير عند إصدارها لقراراتها في ظل التوجه القديم.

5- كما برر القرار التمييزي المرقم (2020/2219) في 2021/5/23 واقعة وضع اليد ومشروعيتها، بحجة عدم توافر الركن المعنوي المتمثل بسوء النية وقصد العدوان لدى المدعى عليه/ وزير الدفاع إضافة لوظيفته، وكأن الأمر يتعلق بالحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية التي تتطلب توافر الركنين المادي والمعنوي، في حين أن الأمر ليس كذلك، بل يتعلق بواقعة الاستيلاء على أرض الغير (الغصب) ومن ثم أقام صاحب الحق في الأرض لدعوى أجر المثل ليس إلا. هذا من جانب، ومن جانب ثاني، فإن الغصب في الحقيقة لا يشترط سوء النية، وإنما مجرد التعدي على حق الغير يُعد غصباً، ومن جانب ثالث، فإن سوء النية كان حاضراً لدى واضع اليد - وزير الدفاع / إضافة لوظيفته - كونه كان عالمياً أنه يعتدي على حق الغير، خصوصاً أن المادة (1148) من القانون المدني العراقي نصت على أنه (يُعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير...). والمفهوم المخالف لهذا النص أن من يعلم أنه يعتدي على حق الغير فهو سيء

النية، وسوء النية هذا كان متوافراً لدى المدعى عليه كونه عالمياً أنه يضع يده على مال الغير - أرض مملوكة للغير - . وفي الحقيقة لم نجد تفسيراً لاحتجاج المحكمة بعدم توافر الركن المعنوي - سوء النية - إلا لأن القرار قد خلط بين واقعة الغصب محل الدعوى من جهة، وواقعة الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية من جهة أخرى.

6- وأخيراً نعتقد أن التوجه الجديد لمحكمة التمييز الاتحادية فيه مخالفة ضمنية لقانون تقدير بدل إيجار الأراضي الزراعية المشغولة للأغراض العسكرية رقم (37) لسنة 1968⁽¹⁾. حيث تسري أحكام هذا القانون على جميع الأراضي الزراعية المشغولة أو التي ستشغل للأغراض العسكرية سواء كانت ملكاً صرفاً أم مملوكة للدولة ومثقلة بحقوق تصرفيه أم موقوفة. إذ ألزم القانون الوزير المختص بتعويض صاحب الحق في الأرض⁽²⁾، في حين أنكر التوجه الجديد للمحكمة على صاحب الحق حقه بحجة أن وضع اليد كان لدواعي أمنية، ولأمور تتعلق بالمصلحة العامة وحفظ الأمن، وحماية الأفراد، ولتحقيق الاستقرار في المنطقة.

(1) منشور في الوقائع العراقية - بالعدد (1552) في (1968/4/4).

(2) ينظر: المواد (1-9) من قانون بدل إيجار الأراضي الزراعية المشغولة للأغراض العسكرية رقم (37) لسنة 1968.

إدراك الأذى النفسي كشرط لاستحقاق التعويض عن الضرر الأدبي

نهاد منصور الناموس
ماجستير قانون خاص
مشاور قانوني / وزارة الدفاع / بغداد

المقدمة:

يعتبر الضرر الأدبي واحداً من الموضوعات التي كانت وما تزال مثار جدل بين فقهاء القانون المدني، وبغض النظر عن الاختلاف الفقهي فقد بت المشرع في الأمر وأوجب التعويض عنه شأنه في ذلك شأن الضرر المادي الذي يتناول الشخص في حق أو مصلحة مالية، إلا ان المعالجة التشريعية في القانون المدني العراقي للموضوع لم تكن انعكاساً حقيقياً لأهميته وقد استتبع ذلك كله بقاء الموضوع في كثير من فروضه بين تنظير الفقه واجتهاد القضاء، لا سيما وان النصوص التي نظمتها جاءت مقتضبة وكأن المشرع حين تشريعها أمر أن لا يكلم الناس إلا رمزاً، ولعل من أهم ما يثيره: هل يشترط إدراك الأذى النفسي من قبل المضرور لاستحقاق التعويض عن الضرر الأدبي؟

تولى القضاء العراقي مؤخراً الفصل في دعوى تناولت التعويض عن الضرر الأدبي الناشئ عن الوفاة وتعرضت محكمة التمييز لموضوع إدراك الأذى النفسي في حيثيات قرارها المرقم (2/الهيئة الاستئنافية منقول/2022).

في ضوء ما تقدم نتناول القرار بالتعليق وفق المنهجية التالية:
أولاً: وقائع الدعوى:

ادعت المدعية بواسطة وكيلها لدى (محكمة بداءة بغداد الجديدة) بالضد من وزير الكهرباء ومدير عام الشركة العامة لتوزيع كهرباء بغداد إضافة إلى وظيفتهما انه بتاريخ 2019/7/31 تعرض ولدها (م. و. ص) لصعق كهربائي بسلك متدلي من عامود الكهرباء التابع لدائرة المدعى عليهما إضافة لوظيفتهما، وقد توفي في الحال نتيجة الصعق

الكهربائي مما سبب لها ضرر مادياً ومعنوياً لذا طلبت دعوة المدعى عليهما إضافة لوظيفتهما إلى المرافعة والحكم لها بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بها وقد قدرت التعويض بمبلغ خمسون مليون دينار عراقي فضلاً عن تحميل المدعى عليهما الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

ثانياً: الحكم القضائي ونتيجة الطعن فيه استئنافاً وتميزاً:

أصدرت محكمة الموضوع حكماً حضورياً بالعدد (1700/ب/2019) في 2021/7/25 قضت فيه بإلزام المدعى عليهما إضافة لوظيفتهما بأداء مبلغ مقداره تسعة ملايين للمدعية أصالة عن نفسها ووصاية عن القاصرين كل من (س. و. ص) و(ع. و. ص)، خمسة ملايين وأربعمائة ألف دينار توزع بينهم بالتساوي لكل واحد منهم مليون وثمانمائة ألف دينار ورد الدعوى بالزيادة وتحميل الطرفين الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

طعن وكلاء المدعى عليهما بالحكم استئنافاً بتاريخ 2022/8/8 وقررت محكمة استئناف بغداد/ الرصافة إدخال مدير رعاية القاصرين إضافة لوظيفته شخصاً ثالثاً في الدعوى إلى جانب المدعية المستأنفة عليها، وأصدرت حكماً بالعدد (1063/س/2021) في 2021/11/22 يقضي بفسخ الحكم البدائي الصادر من محكمة الموضوع تعديلاً والحكم بإلزام المدعى عليه الثاني (المستأنف الثاني) إضافة لوظيفته بتأدية مبلغ مقداره ثلاثة عشر مليون وخمسمائة ألف دينار كتعويض مادي وأدبي عن وفاة ولدها بواقع مبلغ ثمانية ملايين ومائة ألف دينار كتعويض مادي للمدعية ومبلغ مليونين وستمائة ألف دينار كتعويض معنوي للمدعية ومبلغ مليون وأربعمائة ألف دينار لكل واحد من القاصرين ورد الدعوى بالزيادة، ورد دعوى المدعية بحق المدعى عليه الأول (المستأنف الأول) لعدم توجه الخصومة وتحميل الطرفين الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة.

طعن وكيل المستأنف الثاني مدير عام الشركة العامة لتوزيع كهرباء بغداد إضافة لوظيفته بالحكم تمييزاً في 2021/11/9 وقررت التمييز بصدده نقض الحكم الاستئنافي وتضمن القرار استبعاد مبلغ التعويض المقدر لأشقاء المتوفى القاصرين لكونهما صغيرين ولا يفقهان ألم الفراق.

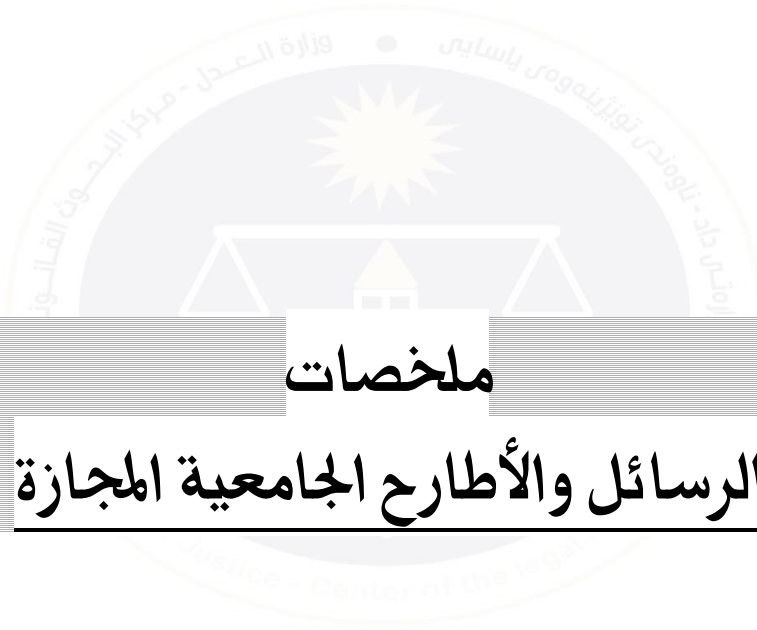
ثالثاً: التعليق:

ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بأنه لا سند من القانون لاستحقاق الصغيرين التعويض عن الضرر الأدبي مسببة قرارها بانهما (لا يفقهان ألم الفراق) ولم يتضمن

التسبب الذي بنت عليه التمييز قرارها أساساً قانونياً لحرمان الصغير من حقه بالتعويض عن الضرر الأدبي واكتفت بالعبارة المنوه عنها انفاً، وبالتالي فإن محكمة التمييز في اجتهادها تكون قد استحدثت شرطاً جديداً لاستحقاق التعويض عن الضرر الأدبي وهو لزوم ادراك الأذى النفسي من قبل المضرور، خلافاً للإطلاق الوارد في المادة (205) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

نرى بأن التمييز الاتحادي قد جانبت الصواب حين جعلت فقدان التمييز سبباً لعدم استحقاق التعويض عن الضرر الأدبي لأن مناط التعويض عن الضرر الأدبي هو الألم النفسي الذي يصيب المضرور⁽¹⁾، ولا علاقة له البتة بعمره صغيراً كان أم كبيراً، وليس أدل على ذلك من موقف محكمة النقض الفرنسية حين قررت: (إن فقدان التمييز لا يشكل عقبة أمام استحقاق التعويض مادياً كان أو أدبياً).⁽²⁾

(1) سليمان مرقس، شرح القانون المدني في الالتزامات، ج2، الطبعة الثالثة، القاهرة ن 1964، ص315.
(2) VINEY(G), La repartition de dommages cuses sous empire dun etat d, p. 1-318



ملخصات

الرسائل والأطراح الجامعية المجازة



نظرية ترجيح السند الأفضل في تراحم الحقوق

أطروحة دكتوراه للباحث: عبد الكريم صالح عبد الكريم

إشراف: الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد

الاختصاص العام: القانون الخاص

الاختصاص الدقيق: القانون المدني

تاريخ المناقشة 2011/4/28 مكان المناقشة: كلية القانون والسياسة / جامعة السليمانية

لجنة المناقشة:

أ. د. عباس زبون العبودي، أ. د. نواف حازم خالد، أ. م. د. عصمت عبد المجيد بكر،
أ. م. د. أكرم محمود حسين البدو، أ. م. د. هادي مسلم يونس، أ. د. محمد سليمان
الأحمد (المشرف).

الملخص

إذا حدث أن تعارض أحد الحقوق مع حق لشخص آخر، كُنّا أمام تراحم بينهما سواء كانا عند الثبوت أو الاستحقاق أو الأداء، وإذا تعارضت مصلحة مع مصلحة أخرى بحيث يقتضي الترجيح فيما بينهما، كُنّا أمام تراحم وكان من المستحيل الاعتداد بهما معاً ووجب التضحية بإحدى المصلحتين. فالأصل أن لكل صاحب حق أن يستوفي حقه دون منازعة من الغير، إلا أن هذا الشيء يعترضه أحياناً - وقد يكون من قبيل المصادفة - وجود من له حق يساويه في القوة أو المرتبة وينافسه في استيفائه، بل وقد يتقدم عليه.

أما الترجيح بين الحقوق المتزاحمة أو المصالح وإزالة التعارض فيما بينها، فيستهدف تعيين ما هو أقرب إلى المصلحة العامة والعدالة. ولذلك فإن النظر إلى طبيعة الحقوق المتزاحمة بما يضمن دقة التفضيل والترجيح فيما بينها يتطلب جهداً بطريق القانون، ومن البديهي أن هذا الترجيح لا بد وأن يكون له قواعد ومعايير، وهذه الدراسة تهدف إلى الكشف عن بعض ملامح ذلك القانون وإبراز أهم قواعد الترجيح بين الحقوق بواسطة السند الأفضل.

ومن هنا فإن هناك الكثير من حالات التزاخم بين الحقوق، وهذه الحالات قد تكون واردة في القانون المدني وفقاً للكيفية التي عالج بها المشرع لبعض الفروض، وقد تكون

موجودة كذلك دون أن يتنبه لها المشرع، ونقصد هنا أن المشرع قد عالج بعض الحالات دون أن يُعنون لها بالتزاحم، ولهذا فإن التزاحم بين الحقوق وضع غير طبيعي ينبغي أن توضع له حلولاً، وهذه الحلول لا تخرج عن شيء واحد ألا وهو ترجيح أحد الحقيين على الآخر من خلال المفاضلة بينهما وفقاً لقوة سنده بالنسبة للحق الآخر، وذلك وفق معايير معينة لهذا الغرض، مع مراعاة الأحوال التي يتعذر فيها الترجيح، والترجيح قد لا يعني بالضرورة محو الحق الآخر، بل قد يتمثل في تأخير التقدم به لاستيفائه، أو تقييده من حيث استعماله.

وتكمن مشكلة البحث بشكلٍ أساس في محاولة لحل التعارض الذي يحصل بين حقيين مختلفين لشخصين أو أكثر وذلك ضمن إطار نظرية عامة في القانون المدني، مسترشدين في ذلك بنصوص القانون وآراء الفقهاء وأحكام القضاء. فالقاعدة عندنا أنه لا يقدم أحد في التزاحم على الحقوق إلا بمرجح، فإذا اجتمع أصحاب الحقوق وتزاحموا أو تعارضوا فيما بينهم، فإن تقديم بعضهم على بعض لا يكون إلا بسبب يرجح المقدم على غيره، ولا يجوز تقديم أحد منهم بدون مرجح. كما وتتجسد مشكلة البحث في مجموعة أخرى من المسائل، نلخصها بالآتي:

1- بيان المقصود بالسند الأفضل من حيث تحديد معناه وأسس تفضيله، وهل هو ذات السند المستخدم في إثبات الحقوق، أم أن السند في موضوع البحث يخرج من دائرة الإثبات. وإذا كان السند الأفضل - الذي يتم الترجيح بين الحقوق بموجبه - هو الأقوى والذي يجب ترجيحه حتماً على السند الأدنى درجة، فهناك حالات وأوضاع قد تعطل فيها قوة السند الأفضل لسبب ما، فيُرجح عليه سند آخر، علماً أن هذا الحل - بهذه الكيفية والمفهوم - لم يتضمنه لا قانوننا المدني ولا شروحات الفقهاء، فتأتي هذه الدراسة من هذا الجانب للخوض في بيان أسباب تفضيل السند عند تزاحم الحقوق.

2- السبب أو الدافع من وراء قيام المشرع بترجيح بعض الحقوق الشخصية على حقوق شخصية أخرى؟، فالمفروض أن التزاحم بين الدائنين بهذه الحقوق لا يفضي إلى أفضلية لأحدهم على حساب الآخرين، بل هم متساوون فيها، وهل صحيح أن الحقوق العينية لها حجية مطلقة عندما تتزاحم مع الحقوق الشخصية؟، أم لابد من وضع آليات لإعطاء فعالية للحقوق الشخصية، وتعطيل حجية الحق العيني خاصة في المسائل التي يشوبها الغش والتواطؤ.

3- إن ترجيح السند الأفضل في تزاحم الحقوق يُعطي امتيازاً لبعض الدائنين الذين

تستلزم العدالة تفضيل حقوقهم على غيرها لسببٍ أو لآخر، ثم أن مساواة الدائنين في استيفاء الحقوق وقسمتها بينهم قسمة الغرماء قد لا تكون عادلة أحياناً، فينبغي النظر من جديد في معالجة المشرع لهذه المسألة والسبب الذي دفعه إلى اعتبار هؤلاء الدائنين؛ دائنين عاديين. إننا في هذا المقام لا نبحت عن أسباب مساواة أو عدم مساواة هؤلاء الدائنين في استحصال الحقوق فحسب، بل حتى الدائنون الذين لهم حق التقدم أو الأفضلية قد يتزاحمون فيما بينهم فنرجح سند أحدهم على الآخر.

وهكذا تعالج نظرية ترجيح السند الأفضل في تراحم الحقوق إشكالية تعارض حقين أو أكثر ووقوع أصحابها في تراحم، مما يتطلب ذلك إجراء المفاضلة فيما بينهم والبحث عمّا إذا كان لأحد الحقوق سند أقوى (أفضل) من سند الحق الآخر، فيتم ترجيحه عليه. ولا يقتصر مفهوم التراحم على الحقوق، بل قد يثار عند تعارض المصالح كذلك، سواء كانت مصالح عامة أو خاصة أو مختلطة. وإذا ورد التراحم على الحقوق فقد يتخذ عدة صور، فقد يكون تراحماً بين الذمم الدائنة أو تراحم استحقاق أو تراحماً عينياً، شرط أن يكون هناك تعدد في الأشخاص المدعين بالحق، ووحدة في محل الحق المتراحم عليه. أما عن أسباب هذا التراحم فهي كثيرة ومتنوعة، فقد يكون سبب التراحم تصرفاً قانونياً يبرم إخلالاً بتصرف قانوني آخر ويعارضه، أو قد يكون ناجماً عن الكيفية التي عالج بها المشرع الحقوق وتنظيمه لها، وهذا ما يتجسد في تعارض النصوص القانونية، وقد يكون التراحم قائماً بسبب قيود فرضها المشرع على استعمال الأشخاص لحقوقهم، وهذا ما يمكن تبيينه في تراحم المصالح ومسائل التعسف في استعمال الحق.

ويتم حل تراحم الحقوق عن طريق الأخذ بالسند الأفضل وترجيحه على سند أقل قوة منه. والترجيح يتطلب تعارض الحقوق وليس تناقضها، فلا ترجيح بين حق نشأ من عقدٍ صحيح وحق نشأ من عقدٍ باطل. والسند في موضوع البحث والدراسة هو غير سند الإثبات، فالأخير خاصٌ بإثبات الحق الذي يتم أمام القاضي وهو متعلق بتقديم الأدلة من الخصوم، والتي على ضوءها يستطيع القاضي أن يصدر حكمه في النزاع. ومع هذا فقد يكون سند الإثبات طريقاً يمكن من خلاله ترجيح السند في القانون المدني، كما لو حصل تراحم بين الحقوق الشخصية، فحلها يكون عن طريق ترجيح سند من كان حقه أسبق في التاريخ، وكما نعلم فإن الوصول إلى ذلك يقتضي الاستعانة بأحكام ثبوت التاريخ المنصوص عليها في قانون الإثبات.

أما عن المعايير أو القواعد التي يمكن من خلالها ترجيح السند، فتوجد عدة معايير بهذا الخصوص، فقد يتم الترجيح عن طريق الأسبقية في التاريخ، وذلك كلما تعلق الأمر بتعارض الحقوق الشخصية، وقد يكون معيار المفاضلة وترجيح السندات متمثلاً بأسبقية التسجيل كما لو كان الأمر متعلقاً بتصرفات قانونية وردت على عقار واحد، وقد يكون معيار الترجيح هو حسن النية وهو معيار مضاد للمعايير السابقة، بمعنى أنه يعطل كثيراً من أحكام الأسبقية في التعاقد والأسبقية في التسجيل، كما في قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية. ولا شك أن الغش والتواطؤ يقف في بعض الأحوال مانعاً من ترجيح سند حق على سند حقٍ آخر، كما هو الحال في التصرفات القانونية التي تبرم وهي لاحقة لتصرف سابق سواء في العقار أو في المنقول. وقد يكون حل التزاحم وترجيح السند الأقوى فيه عن طريق الأخذ بالمصلحة الأكثر أهمية، ولتحديد ذلك فإنه من الممكن اللجوء إلى جملة من المبادئ القانونية والقواعد الفقهية كقاعدة (درء المفسد أولى من جلب المنافع) وإذا تعارض المانع والمقتضى قَدِم المانع) وغيرها كثيرة. كما أن الاستناد إلى نص المادة (7) من القانون المدني العراقي قد يحقق نفس الغاية المرجوة كلما تعلق الأمر بالتعسف في استعمال الحق.

وقد يحدث التزاحم في الحقوق ولكن هذا لا يعني أن الترجيح حتمياً، فقد يتعذر الترجيح لعدم وجود أفضلية في سندات الحقوق، كما في تزاحم الدائنين العاديين، ولكن بالمقابل فإن المساواة بين الدائنين العاديين كقاعدة لحل التزاحم بينهم قد لا تكون عادلة في بعض الأحيان، فهي وإن كان العمل بها حتمياً في بعض فروض التزاحم كما في التزاحم بين دائنين بمبلغ من النقود حيث لا أفضلية لأحدهم على حساب الآخر ويشتركون معاً في مال المدين قسمة الغرماء، إلا أنه ينبغي عدم تطبيقها حينما يكون هذا التطبيق متعذراً، كما لو كان سبب الحق متعلقاً بعين وكان هذا الحق سابقاً في النشوء لأي حق آخر، فهنا لجأنا إلى آلية أخرى لحل التزاحم في الحقوق الشخصية وهي الأخذ بمعيار الأسبقية في التاريخ. أو كما لو تزاحم مجموعة من الدائنين وكان بينهم دائن بعمل أو امتناع. فالآخرين لا يزاحمونه في استيفاء هذا الحق من المدين.

وتناول الباحث أولاً تزاحم الحقوق من خلال فرضياته المختلفة، ومن ثم تم تناول ترجيح السند الأفضل فيها. وبذلك تم عرض نظرية ترجيح السند الأفضل في تزاحم الحقوق في باين، وعلى النحو الآتي:

الباب الأول: الإطار العام لفرضيات تزامم الحقوق. ويحتوي هذا الباب على فصلين: الفصل الأول مخصص للتعريف بالحقوق المتزاممة، والفصل الثاني لحالات التزامم بين الحقوق.

الباب الثاني: حلول التزامم بترجيح السند الأفضل. ويحتوي على فصلين كذلك: الفصل الأول وخصصناه لماهية السند الأفضل في الترجيح، وأما الفصل الثاني فقد خصص لتطبيقات ترجيح السند الأفضل في تزامم الحقوق. وفي نهاية البحث توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، أما فيما يتعلق بالنتائج فهي:

1- تزامم الحقوق قد يجد مصدره في نصوص القانون، كما لو رتبّ المشرع حقاً لشخص في نص وعارضه حق آخر في نص آخر وهذا هو التزامم الوضعي. وقد يكون مصدر هذا التزامم تصرفاً قانونياً يبرم ليعارض تصرفاً آخر، وهذا التصرف الثاني قد يبرم إخلالاً بالتصرف الأول أو عن حسن نية، كما في توالي البيوع في المنقول والعقار. وقد يكون مصدر التزامم مجرد واقعة مادية كالحيازة المستوفية لشروطها ومعارضتها لحيازة شخص آخر. أو مجرد واقعة قانونية كتعدد المتضررين في المسؤولية المدنية وحق كل واحد منهم في الحصول على التعويض اللازم.

2- إن صور تزامم الحقوق تشمل تعارض المصالح سواء كانت مصالح عامة أو خاصة أو مختلطة، وتشمل بالدرجة الأساس تعارض الحقوق سواء كانت حقوقاً عادية خالصة (بالمعنى الصحيح) أو حقوقاً بمفهومها الواسع. ويمتد التزامم ليشمل التزامم القائم على أساس المعالجة القانونية التي حاول المشرع فيها قدر الإمكان تحقيق المصلحة العامة.

3- الحقوق أياً كانت طبيعتها- مدنية أم تجارية - تقبل التزامم فيها ولا اختلاف يذكر بشأن القواعد التي تتبعها المشرع في القانون التجاري عمّا أخذ به المشرع من قواعد في القانون المدني لحل تزامم الحقوق. ولكن الحق إذا فقد عنصراً من عناصره، فلا يتصور أن يقوم تزامماً بشأنه، فمن الصعوبة بمكان أن يعارض حقاً مكتمل العناصر.

4- تتمثل فرضيات تزامم الحقوق إما في تزامم الذمم الدائنة، ونقصد به تزامم أكثر من شخص على الذمة المالية للمدين، وهو ما يتجسد غالباً في تزامم الحقوق الشخصية. وقد يتخذ التزامم حالة خاصة وهي تزامم الاستحقاق؛ الذي هو عبارة عن تعارض الحقوق

الناشئة بالتزامن، وتعارض الحقوق المستحقة بالتزامن. وقد يكون التزاحم تزامناً عينياً وهو التزاحم بين حقوق أشخاص عديدين على عين معينة أو منفعة شيء معين، ومن تطبيقاتها تزاحم الحقوق العينية؛ أصلية كانت أو تبعية. ولقد استنتجت من هذه الدراسة أن محل الحق إذا اختلف بين المزااحمين، لم نكن بصدد تزاحم الحقوق. ولغرض توضيح ماهية حالات التزاحم، فقد عرضنا لأهم صور التزاحم لكل حالة، فقد بحثنا صوراً لتزاحم الحقوق يعتمد حلها أساساً على قاعدة الأسبقية في التاريخ، وهذه شملت تزاحم الحقوق الشخصية والتزاحم بين حق شخصي وحق عيني والتزاحم بين حقوق عينية تتعلق بمنقول معين بالذات، ثم أوضحنا الكيفية التي يتعطل بها تلك القاعدة واللجوء إلى معيار الحيازة وحسن النية.

5- لعل من أهم النتائج المستخلصة من الدراسة السابقة، وما يستوقف الفكر كثيراً، هو أنه يتعذر أحياناً تطبيق قاعدة المساواة بين الدائنين عندما تتزاحم حقوقهم لكونها مجرد حقوق عادية أو حقوق شخصية، فحتى الحقوق غير المضمونة بضمانات من الممكن حل التزاحم بشأنها على أساس قاعدة الأسبقية في نشوء الحق تحقيقاً للعدالة. فلقد بالغ المشرع وتوسع في كثير من الأحيان في فكرة المساواة بين الدائنين العاديين، وهذا الذي جعله لم يعالج بعض تطبيقات تزاحم الحقوق. صحيح أن الدائنين أصحاب الحقوق الشخصية لا تفضل لأحدهم على آخر وفقاً لمبدأ الضمان العام للدائنين، لكن توجد أحياناً تطبيقات يكون حق الدائن فيها متعلقاً بعين معينة، وأن تطبيق قاعدة المساواة فيما يتعلق بحقه سوف يحرمه من الانتفاع بهذه العين، فوجب حينها ترك مبدأ المساواة واللجوء إلى أحكام ثبوت التاريخ لحل التزاحم الذي ينشأ بينه وبين دائن آخر بحق شخصي. كما في التزاحم بين عدة موعودين لهم بيع ذات العقار. والتزاحم بين مستأجرين من مؤجر واحد.

6- يُحل التزاحم بين الحقوق بالترجيح، والترجيح - بحسب تعريفنا - يعني إسباغ الحماية القانونية على حق من الحقوق لأفضلية سنده. وليس الترجيح جزاءً مدنياً لصاحب السند غير المرجح. أما عن أساس التفضيل فقد يكون أغراض المصلحة العامة أو استقرار المعاملات أو منع التعسف في استعمال الحق أو مراعاة المصلحة الأكثر أهمية في استعمال الحق. ولترجيح السند الأفضل (التفضيل) عدة معايير، وحسب رأينا فقد وجدنا أن المعيار الأكثر إتباعاً لدى المشرع في تفضيل سند الحق في باب تعارض الحقوق تمثل بثبوت التاريخ، وهذا المعيار خاصٌ بتزاحم الحقوق الشخصية، غير أنه يستفاد منه في حل

بعض صور التراحم في الحقوق العينية التبعية، كالرهن الحيازي ونفاذه بالنسبة للغير، وتراحم حقوق الامتياز من نفس المرتبة. أما إذا تعلق الأمر بالحقوق العينية الأخرى، فيتم اللجوء إلى معيار الأسبقية في التسجيل. وفضلاً عن هذين المعيارين، هناك معيار حسن النية، وهذا المعيار يحمي جانب الغير، وقد يعطل من أثر قاعدتي الأسبقية في التعاقد والأسبقية في التسجيل. أما المعيار الأخير فهو المصلحة الأكثر أهمية وهو خاص بتراحم المصالح كقيود على ممارسة الشخص لأي حق من الحقوق.

7- لا تفضيل لحق على آخر إلا لوجود سند أو سبب للحق أقوى من الحق الآخر، والسند في القانون المدني يختلف عن السند في الإثبات، فالسند القانوني الأفضل متعلق بالقانون وقواعده؛ قواعد موضوعية موجودة في التشريع، وغايته؛ غاية تشريعية وهي تنظيم وحماية الحقوق، على عكس سند الإثبات فهو متعلق بالواقع، وغايته، غاية قضائية تتمثل بإقامة العدالة بين الخصوم، وهناك ضرورة لتقديم الأدلة بشأن سند الإثبات، ويكون قرار القاضي بشأنه خاضعاً للرقابة من محاكم التمييز، وذلك عندما يقوم بالترجيح بين الأدلة التي لها حجية متساوية من الناحية القانونية، وهذا ما يسمى بـ(نظرية الرجحان)، حيث للقاضي حسم القضايا المدنية بأرجحية الأدلة، وله كذلك سلطة تقدير الأدلة المقدمة من الخصوم ثم يصدر قراره في مصلحة من رُجِّحت كفة الإثبات لمصلحته. وهذا يعني أن السلطة التقديرية للقاضي هي المعيار لهذا الترجيح.

كما وقدم الباحث مجموعة من التوصيات ومن أهمها:

1- لعدم وجود نص صريح في القانون المدني العراقي يمكن من خلاله حل تراحم المستأجرين لعين واحدة، وتدعيماً لفعالية نفاذ بعض الحقوق الشخصية، نقترح إضافة النص الآتي:

(وإذا تراحم عدة مستأجرين لعين واحدة، فُضِّل من كان عقد إيجاره سابقاً(ثابتاً) في التاريخ بالنسبة للآخر. فإذا لم يكن أي من العقدين ثابت التاريخ، يفضل عقد المستأجر الأسبق في الحيازة الفعلية المستوفية لشروطها).

2- نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة ثالثة إلى المادة (91) مدني عراقي تكون خاصة بحل تراحم حقوق أكثر من موعود له على بيع ذات العقار، أما نصها فيكون كالآتي: (3- إذا تراحم عدة موعودين لهم في الوعد بالبيع وكان الوعد وارداً على عقار، كانت الأفضلية فيما بينهم بحسب ثبوت تاريخ عقودهم الأولية). ولا مخافة هنا من وجود

نص في القانون المدني العراقي يقضي بضرورة توافر الشكلية (التسجيل) في الوعد الوارد على عقار، ذلك لأن الجهة المختصة بتسجيل عقود البيع الواردة على العقار (دائرة التسجيل العقاري) ليس من وظيفتها تسجيل العقود الابتدائية. والظاهر أن قصد المشرع من تلك الشكلية شيء آخر.

3- في باب تراحم الدائنين العاديين في الحقوق نقترح الأخذ بالنص الآتي: (1- إذا تراحم عدة دائنين عاديين وكان سبب حقوقهم متعلقاً بعين، فضل من كان حقه الأسبق تاريخاً. 2- وإذا تراحم عدة دائنين عاديين وكان بينهم دائن بعمل أو امتناع، فضل هذا الأخير بشرط أن يثبت علم الغير من الدائنين بوجود حقه تجاه المدين. فإن كان الدائنون الآخرون حسني النية، تعطلت قاعدة التفضيل بينهم وكانوا متساوين في الحصول على حقوقهم. 3- وإذا تعذر تطبيق القاعدة السابقة وكان الدين عبارة عن مبلغ من النقود، فلا أفضلية لأحد من الدائنين على حساب الآخر ويشتركون معاً في الدين قسمة غرماء).

4- لتحقيق نفس الهدف الذي دعينا القضاء العراقي إلى تحقيقه في الفقرة أعلاه، ألا وهو حماية المشتري الأول، فقد اقترحت على المشرع النص الآتي: (1- لا يكون للتسجيل أثر فيما إذا تم بناءً على عقد غير صحيح أو صوري. 2- وإذا تراحم أكثر من مشتري من نفس البائع لذات العقار، كانت الأفضلية لمن قام بالتسجيل أولاً بحسن نية. 3- ويكون البيع الثاني باطلاً إذا كان المشتري الثاني يعلم بوجود بيع لذات العقار المتعاقد عليه 4- يجب شهر وتوثيق الدعاوى المتعلقة بعقود البيع الواردة على العقار لدى الكاتب العدل أو موظف آخر مختص، ويكون الحكم بتأشير الدعوى نافذاً في مواجهة الغير الذي سجل حقه بعد التأشير بالدعوى).

5- وبالطبع فإن تطبيق ما جاء أعلاه يقتضي إلغاء الفقرة (ثالثاً) من المادة (15) من قانون الكتاب العدول رقم (33) لسنة 1998 التي تنص على أنه: (لا يجوز للكاتب العدل، ثالثاً: تنظيم أو توثيق العقود التي تتعلق بالتصرفات العقارية أو أي تصرف يفرض القانون لانعقاده شكلاً معيناً)، وإضافة فقرة (خامساً) إلى المادة (11) من نفس القانون والمتعلقة بمهام الكاتب العدل بحيث يكون نصها كالآتي: (خامساً: تنظيم أو توثيق العقود التي تتعلق بالتصرفات العقارية أو أي تصرف آخر التي يتطلب القانون لانعقادها شكلاً معيناً). ويكون مثل هذا التوثيق بمثابة شهر للحق الشخصي للمتعهد له ببيع العقار ويكون حجة على الغير من مشترٍ ثانٍ وغيره.

تقنين الفقه الإسلامي في المعاملات المدنية (دراسة قانونية لمنهجية التقنين وتطبيقاته في نطاق الفعل الضار)

أطروحة دكتوراه للباحث: عمر صلاح الحافظ مهدي العزاوي

إشراف: الأستاذ الدكتور عدنان إبراهيم سرحان

الاختصاص العام: القانون الخاص

الاختصاص الدقيق: القانون المدني

تاريخ المناقشة 10 أبريل 2018 مكان المناقشة: كلية القانون / جامعة الشارقة /

الإمارات

لجنة المناقشة:

أ. د. عدنان إبراهيم سرحان (المشرف)، أ. د. محمد سليمان الأحمد، أ. د. علي

أحمد المهداوي، د. محمود الفياض.

- ملخص الأطروحة:

أهمية البحث وإشكالاته:

إنَّ فقه القانون الوضعي كان ولا زال له دور كبير وفعال في تطور النظم القانونية وما يتفرع عنها من نظريات وقواعد، وهو في ذلك يزاحم القضاء ويسابقه، فإن كثيرا من النظريات القانونية تطورت وارتقت نتيجة للبحث الفقهي والقانوني وما قام بشأنها من نقاشات وبحوث ودراسات، وبهذا تظهر أهمية البحث في المواضيع التي يراد منها أن تتطور وتتكامل، وتقنين الفقه الإسلامي أحوج ما يكون لهذا.

وتتصدى هذه الدراسة لإشكالات عديدة، في مقدمتها غياب الأسس والضوابط المنهجية التي إن وجدت؛ فإنها تمكنا من وضع تقنين نموذجي في المعاملات المدنية يستمد من الفقه الإسلامي، ويراعى فيه أصول وضوابط فقه القانون الوضعي ويتنفع بها، دون التفريط بما يقابلها في الفقه الإسلامي.

كما تتسع إشكالية موضوع الدراسة، وتعكس مدى أهميتها في ظل غياب الدراسات القانونية المقارنة، فكل فريق يبحث في ميدانه، فإن مجرد الدعوة للتقنين لا تغني عن

الواقع شيئاً، فالعبرة بالكيفية، من حيث كيفية القيام بهذا العمل على الوجه الأكمل، فنضع تقنياً للمعاملات المدنية التي تهتم حياة الناس، باعتباره الشريعة العامة، فالقانون المدني يسود على باقي فروع القانون، فالأمر يحتاج لتأصيل القواعد والضوابط، وتحديد المسار، فمفهوم تقنين الفقه الإسلامي ذاته لم يتضح لدى الكثير من الباحثين والمختصين في الفقه الإسلامي والقانون، فالبعض يختزله في عملية نقل النص الفقهي من الكتب الفقهية إلى متون القوانين في مواد مرقمة متسلسلة، دون أن يدرك الأبعاد المتعددة للقاعدة القانونية ذات التطور المستمر، يضاف لهذا أن بعض الاتجاهات في فقه القانون الوضعي تعتقد بعدم فاعلية الفقه الإسلامي؛ لمسايرة التطورات القانونية الحديثة، ولدخوله طور العلوم التاريخية، وإن تقنيه قد يؤخر تطور المنظومة التشريعية أكثر مما ينفعها، ومرد هذا وذاك عدم اتضاح مفهومه، وبيان منهجيته، فضلاً عن عدم إدراك جدواه.

من جانب آخر، فإن منهج النظم القانونية في تطور مستمر، فمن كان يتشدق بنظامه القضائي القائم على السوابق القضائية بات يُقنن الأحكام والأعراف، ومن قام وتأسس على منهج التشريع بات يُنشئ محاكم تعمل بنظام السوابق القضائية، فظهرت منهجية النظم القانونية المختلطة، مما يستدعي البحث في تلك النظم والاستفادة منها في تكامل منهجية التقنين.

صعوبات البحث:

تمثلت أهم صعوبات البحث، في كيفية معالجة الموضوع، إذ تفرقت جزئياته في حقلين منفصلين، هما: الفقه الإسلامي وفقه القانون الوضعي، وفي كل حقل توجد تطبيقات وتجارب، مما يستدعي بحثها، فالفقه الإسلامي حديث عهد بالتقنين، فليس هو بمنهج متأصل فيه تنظيراً وتطبيقاً.

كما يعلم كل ذي ممارسة بالدراسات المقارنة مع الفقه الإسلامي صعوبة هذه المهمة، فالبحث في مصادره ومدوناته وتشعب آراء فقهاء لها عقباتها، من عدم وجود ترتيب موحد للأبواب والموضوعات الفقهية بين أرباب المذاهب المختلفة، فضلاً عن خلوها من الفهارس التفصيلية للمسائل الجزئية، وذكر المسائل في غير أبوابها المناسبة لها، فقد يرد ذكر تطبيق ما استطراداً في باب آخر غير المخصص له، وهو أمر عسير، فاعتنت الدراسة بتتبع ذلك، فردت التطبيقات إلى موضعها وفقاً لما يتبعه فقه القانون الوضعي من تقسيم وتبويب، ولم يخلُ الجانب القانوني من صعوبات مماثلة، فأغلب من كتب في التقنين

كمنهج، حصره بالتطبيقات القانونية الغربية، ولم يرد في خاطره مقارنته في الفقه الإسلامي، إلا بإشارات مقتضبة.
منهج البحث:

تنوعت المناهج المستخدمة في البحث بتنوع موضوعاته ومصادره، ففي حقل مناهج البحث القانوني، كان المنهج الاستقرائي حاضراً في صياغة أسس وضوابط منهجية التقنين النموذجي، إذ لا تنشأ نظرية بدونها ولا تقوم حجة بغيره، فاستقراء ما مرّت به محاولات التقنين في مختلف النظم القانونية، والتطبيقات الواردة فيها، وتتبع عثراتها، وجمع الجزئيات ذات العلاقة، كان السبيل لاستخراج قواعد كلية، تبنى عليها عناصر تكامل التقنين من حيث الشكل والموضوع.

وكان للمنهج التطبيقي دور في توضيح مواطن الخلل في القوانين محل الدراسة، حيث واكبت التطبيقات الفقهية والقانونية البحث منذ بدايته، وكان منها تطبيقات عملية تخلّلت البحث في الجانب النظري، وتطبيقات أخرى مستقلة جمّعت في نطاق الفعل الضار، فكانت معالجة النصوص القانونية تقوم على تحليل بنية النص، وتحديد هويته، ومرجعيته، ومناقشة حكمه، وتقييمه، والوقوف على غايات المشرّع من وضعه، ودقة صياغته، واقتراح نص بديل، كلما دعت الحاجة؛ حتى خلّص البحث إلى وضع مشروع لتتقيح نصوص الفعل الضار في القانون محل الدراسة.

أما المنهج المقارن، فلا غنى عنه في دراسة تُعنى بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي، في وقت تعددت فيه صور المنهج المقارن في الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون، إلى رافض لها ومقتصد فيها بشروط مسبقة، ومتسامح يرتضي الموازنة فيما وراء النص، فكان الأخير هو منهج هذه الدراسة، أي الموازنة على نحو موضوعي، ذلك المنهج المرن والأقوم، مستندين إلى قول الإمام أبي حنيفة النعمان (1): "علمنا هذا رأي فمن جاء بأحسن منه قبلناه".

وكان المنهج المقارن على أكثر من ميدان، منها المقارنة بين فقه القانون الوضعي والفقه الإسلامي، وبين المذاهب الإسلامية ذاتها، فضلاً عن المقارنة بين التطبيقات القانونية في القوانين محل الدراسة ونظيراتها من التقنيات المقارنة في مواضع محددة، حيث برز المنهج المقارن في كل من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي، بالإضافة إلى التقنيات الأخرى العربية منها والغربية،

ومن الأخيرة، كان التقنين المدني الفرنسي محل اهتمام في المواضيع ذات العلاقة، ونظراً لتشعب التطبيقات؛ فقد امتد النظر فيها إلى التشريعات الفرعية في المنظومة القانونية، كما شملت المقارنة العديد من مشروعات التقنين، كقانون المعاملات المدنية المصري طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، والقانون العربي الموحد، الذي وضعته جامعة الدول العربية، كمحاولة لتقنين الفقه الإسلامي، وتوحيد القوانين العربية.

ولا غنى في بحث له بعد فلسفي، عن المناهج الفلسفية كمنهج ديكرت، فلم نأخذ أي مسألة على أنها حقيقة، إلا إذا ثبت بالدليل العلمي أنها كذلك، فكان نقد النصوص الفقهية والقانونية وآراء الفقه، تقوم على هذا، كما اتبع أسلوب تجزئة صعوبات البحث إلى جزئيات ليسهل الوصول إلى حلول فاصلة لها، وهو ما ظهر في تقسيمات الموضوعات في خطة البحث.

أما من حيث مناهج البحث التي يختص بها الفقه الإسلامي، فأهمها منهج الترجيح بين الأدلة الشرعية والآراء الفقهية لمختلف المذاهب الإسلامية؛ لتحرير مواضع الخلاف؛ بغية الوقوف على الرأي الأكثر توافقاً مع فكرة البحث ومقاصده.

خطة البحث:

تبنى البحث "منهج التقسيم الثنائي" في تقسيم الموضوع ومعالجة تفرعاته، وحرص على الالتزام بهذا المنهج منذ بدايته حتى نهايته، فتألف البحث من بابين يسبقهما فصل تمهيدي، وكل باب قُسم إلى فصلين، وكل فصل قُسم إلى مبحثين، وهكذا مروراً بالمطالب، وصولاً للفروع.

فتناول الفصل التمهيدي حركة التقنين في الفقه الإسلامي وموقف النظم القانونية المقارنة منه، بقصد الوقوف على تطور حركة التقنين والتجارب السابقة وتقييم مناهجها؛ بما يكفل استخلاص النتائج؛ وتوظيفها في صياغة منهجية تكامل التقنين، وتألف هذا الفصل من مبحثين، الأول خصص لحركة التقنين في الفقه الإسلامي وما تأثرت به من التقنيات محل الدراسة، أما الثاني؛ فكان موضوعه النظم القانونية المقارنة، ومناهجها، وموقفها من التقنين، ولكل مبحث وضعت له فروعها التفصيلية.

أما الباب الأول من البحث، وعنوانه مفهوم التقنين ومنهجيته، فتألف من فصلين، خصص الأول؛ لبيان مفهوم التقنين، وقُسم إلى مبحثين، اختص الأول في بيان معناه وتعريفه وتمييزه عما يشبهه به، أما الثاني فناقش مزاياه وعيوبه؛ للوقوف على الإيجابيات،

وتجنب السليبات، ثم خصّص الفصل الثاني لمنهجية تكامل التقنين، وقُسم إلى مبحثين، الأول تناول عناصر تكامل التقنين من حيث الشكل، والثاني بحث في عناصر تكامل التقنين من حيث الموضوع، ولكل فصل مطالبه وفروعه التفصيلية.

أما الباب الثاني، فخصّص للتطبيقات في أحكام ضمان الفعل الضار، فاتبعت فيه الخطة التي سار عليها المشرع الإماراتي في تقنين أحكام الفعل الضار، فقُسم تبعاً لذلك إلى فصلين، الأول خصّص للتطبيقات الواردة في الأحكام العامة؛ فتناولها في مبحثين، الأول في مفهوم الإضرار وتطبيقاته، والثاني في التطبيقات المتعلقة بالضرر والعلاقة السببية، أما الفصل الثاني من الباب المتعلق بالتطبيقات، فخصّص لبحث التطبيقات الواردة في الأحكام التفصيلية، فتألف من مبحثين، الأول في التطبيقات أحكام المسؤولية عن فعل الإنسان، والثاني في أحكام المسؤولية عن غير الإنسان، ولكل مبحث مطالبه وفروعه، وفقاً لما سار عليه قانون المعاملات المدنية الإماراتي في تقسيمه للأحكام التفصيلية.

وبهذا، فإن البحث في مجمله يتألف من باين رئيسين، هما:

الباب الأول: مفهوم تقنين الفقه الإسلامي ومنهجيته.

الباب الثاني: تطبيقات في تقنين أحكام الفعل الضار.

ثم ختم البحث بجملة من النتائج التي توصل إليها، تبعتها التوصيات، وتمثلت الأخيرة في صياغة مشروع مقترح؛ لتعديل نصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي، للمواد من (282) ولغاية (317)، وفقاً للأسس والضوابط التي وضعت في التقنين النموذجي، بالقدر الذي يتناسب مع منهج تنقيح النصوص.

النتائج

بعد الوصول في هذه الدراسة إلى نهايتها، فلا بد من تدوين جملة من النتائج التي توصلت إليها بالاستناد إلى المحاور الرئيسية فيها، وأهم هذه النتائج ما يلي:

1- نشوء فكرة التقنين كمنهج في صياغة التقنيات في القانون الوضعي تعود للتقنين الفرنسي 1804م، أما في الفقه الإسلامي، فقد ارتبط نشوء التقنين بمفهومه القانوني بصدور مجلة الأحكام العدلية 1876م، في حين أن التجارب الأخرى للتقنين لا تخرج عن كونها محاولات للوصول إليه، حيث آتت أكلها في توفير مادة أساسية يمكن توظيفها في صناعة التقنين، فلا غرابة حينئذ أن يُنسب الفضل للمجلة في تطور حركة تقنين الفقه الإسلامي في الدول العربية.

2- إنَّ الفصل التام في منهجية تنظيم القوانين في الدول الحديثة لم يعد مسلماً به، فالنظم القانونية تحاول الجمع بين مزايا المنهجين التشريعي والقضائي، فرغم تمسك الدول بالمنهج القضائي ذاته المتمثل بالسوابق القضائية، نرى هذه الدول لم تقاوم مزايا التقنين، فبادرت بإصدار العديد من التشريعات مقتفية أثر منهج التقنين، وبالمقابل فإن ثبات الأخير في الدول الحاضرة له، لم يمنعها في المستقبل من تطوير منظومة قانونية مزدوجة تتبنى المنهج القضائي إلى جانب منهج التقنين؛ لتلبي مقتضيات التجارة الدولية وتوفر نظاماً قانونياً متسماً بالمرونة، الأمر الذي يندر باتساع رقعة النظم المختلطة في المستقبل القريب.

3- إنَّ منهج الفقه الإسلامي أقرب للمنهج القضائي، أو السوابق القضائية، مما نتج عنه تقارب واضح في منهجية استنباط الأحكام بين الفقه الإسلامي والنظام الأنجلو أميركي، مع التأكيد على تفرد الأول من حيث المرونة والقدرة على تطوير أدواته، ليتلاءم مع المنهج التشريعي، وفقاً لما عليه في التقنيات الحديثة.

4- استدلَّت الدراسة على مشروعية التقنين من خلال تحرير محل الخلاف، وثبوت المصلحة في التقنين ومنع تعارض الأحكام القضائية، فتكاثر الخصومات وتشعب الوقائع أمر يصعب معه على القضاء الإحاطة بها، واستنباط الأحكام العادلة لها من المراجع الفقهية، فغياب القاضي المجتهد يقضي بضرورة التقنين، وأسند تأصيل التقنين إلى عدة قواعد في السياسة الشرعية، منها: أن إلزام ولي الأمر يرفع الخلاف.

5- خلصت الدراسة إلى تعريف جامع مانع للتقنين، دون الخلط بينه وبين ما درج عليه الفقه من مصطلحات، وفي مقدمتها مصطلح تقنين الشريعة الإسلامية؛ نظراً لاتساع مدلولها.

6- كشفت الدراسة من خلال تتبع نصوص التقنينات المقارنة محل الدراسة، غياب المنهجية المنضبطة في تقنين الفقه الإسلامي، مما أفرز بعض العيوب فيها، وعرضها لسهام النقد، ويمكن رد الانتقادات الموجهة إليها إلى جانبين، هما الشكل والموضوع، فوجدت هذه الدراسة أن من أولوياتها التصدي لجوهر المشكلة، فحاولت تأسيس نظرية جديدة في التقنين، تقوم على منهجية متكاملة، بهدف الوصول إلى تقنين نموذجي يتلافى ما وقعت فيه التقنينات المقارنة.

7- أكدت الدراسة على ضرورة مراعاة عنصر الإعداد للتقنين، مما يستلزم النظر في

مراحل عديدة، بعضها يسبق ولادة التقنين ذاته، كالعمل المؤسسي المساند في الإعداد للتقنين، لتوفير الكوادر اللازمة لعملية الإعداد، فأغلب العيوب تنسب إلى ضعف كفاءة لجان الإعداد، وافتقارها للتخصصات الدقيقة.

8- اقترحت الدراسة خطة مُحكّمة لتشكيل لجان الإعداد القانونية منها والفقهية، وبيان كيفية تشكيلها، وعدد أعضائها وتخصصاتهم، وردهم إلى عنصر دائم، وآخر غير دائم؛ ليكون التقنين متماشياً مع مستجدات الحياة والتطورات القانونية بما يناسب عصر صدوره، ويرفع من كفاءته في التطبيق.

9- كذلك خلصت الدراسة إلى ضرورة أن يعيد المشرّع النظر في الإجراءات التشريعية المقررة في إصدار التقنين، وتحديداً قانون المعاملات المدنية، فيطورها من عدة جوانب لزيادة فاعليتها، ومنها مثلاً: عرض مشروع التقنين للاستفتاء على الجمهور التشريعي من المختصين، ليدوا رأيهم فيه، والكلمة الأخيرة تكون للجان الإعداد، وبهذا يمكن أن تتضح العيوب في النصوص في وقت يمكن تداركها فيه، مما يجنبها إشكالات التطبيق.

10- أكدت الدراسة على ضرورة تفعيل الاجتهاد الجماعي، بغية التصدي للنوازل وما يستجد من القضايا؛ ليخرج التقنين متكاملًا وقادرًا على مواكبة التطورات القانونية، فضلاً عن حسم الخلافات الفقهية من خلال التنسيق بين المجامع الفقهية ولجان الإعداد، مع التأكيد على ضرورة زيادة فاعلية تلك المجامع، وأن يكون طلب رأيها في المسائل الخلافية من صلب إجراءات إصدار التقنين.

11- فيما يتعلق بهيكلية التقنين ذاته، استدلّت الدراسة أن معظم التقنينات المقارنة تتبع التقسيم والتبويب ذاته ومرجعه التقنين الفرنسي، ومنها التقسيم الخماسي لمصادر الالتزام، دون أن تبذل اللجان المكلفة بالإعداد جهداً في البحث عن هيكلية مبتكرة مستمدة من الفقه الإسلامي؛ حيث اكتفت بالاقْتباس من التقنين الفرنسي، رغم انتقاد رجال الفقه الإسلامي لهذا التقسيم، حيث ووضّعوا له تقسيماً بديلاً مستمداً من الفقه الإسلامي، واعتمدت الدراسة هذا التقسيم في التقنين النموذجي.

12- كشفت الدراسة أن العديد من التقنينات المقارنة تعاني من عيوب الصياغة، إذ لم تراع الضوابط المتعلقة بهذا الأمر، فاتبعت منهج الاقتباس المباشر من التقنينات الوضعية، بما لا يتناسب مع منهجية تكامل التقنين.

- 13- أكدت الدراسة على ضرورة مراعاة ضوابط الصياغة الفنية، حتى وإن كان مصدر الاستمداد هو الفقه الإسلامي، حيث بلغت التقنيات محل الدراسة في أسلوب تقنين التطبيقات الفرعية، وضرب الأمثلة المأخوذة من المراجع الفقهية، بما لا يتناسب مع النص القانوني وعصر صياغته، يضاف لهذا تكرار القواعد القانونية تأثيراً بنصوص المجلة، إذ يرد التطبيق في نصوص التقنين دون أن يكون فيه أي تغيير أو تفصيل في حكم القاعدة الكلية.
- 14- تعرّضت الدراسة لأسلوب التعريف في صياغة التقنين وانتقدته، لما ينتج عنه من جمود التقنين، وتقييد حرية القاضي في تفسير النص الذي تضمن تعريفاً ما، فالتعريف عموماً، هي من عمل الفقه لا من عمل المشرّع، ولا يفترض اللجوء لها إلا لضرورة.
- 15- شخّصت الدراسة تبعات أسلوب الإحالة في التقنين، عندما تكون غير منضبطة، أو مقيدة بقيد، كما في الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية على نحو مطلق، ليجد القاضي نفسه وسط خلافات فقهية لا حصر لها، ومن تطبيقاتها ما ورد في المادة (299) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.
- 16- خلّصت الدراسة إلى تأثر مصادر القانون الوضعي بالمذاهب الفلسفية، كمدرسة التزام النص، ومدرسة البحث العلمي الحر، وتوصلت إلى تقارب واضح بين مدرسة المذهب الظاهري ومدرسة التزام النص، كما وقفت الدراسة على تفرد منهجية التقنين في الفقه الإسلامي القائمة على مذهب فلسفي خاص، يقوم على فكرة المصلحة وفقاً لمنظورها في أصول الفقه، ولها ترتيب معين للمصالح المعتبرة، لا بد من مراعاته في التقنين، كما قاربت هذه المنهجية من حيث كيفية استنباط القاعدة القانونية من منهجية البحث العلمي الحر، إذ تعدّ الأخيرة أفضل ما توصل إليه الفقه القانوني، مما يستدل به على قابلية الفقه الإسلامي للتطور وصلاحيته كمصدراً للتقنين، وبهذا تسقط دعوى المعارضين لتقنين الفقه الإسلامي، بحجة عدم قدرته على منافسة التقنيات الحديثة في النمو والتطور.
- 17- شخّصت الدراسة عيوب منهجية المزج بين مصادر التقنين من نظم قانونية مختلفة، فأخذ الأحكام الموضوعية من هنا وهناك للجمع بين الفقه القانوني الغربي ونظيره الإسلامي، قد أثبتت عدم جدواها.
- 18- توصلت الدراسة إلى تحديد المصادر المادية للتقنين النموذجي وترتيب أولوية تسلسلها، وهي مصادر مستمدة من الفقه الإسلامي تمتاز بالتعدد؛ مما يكفل سهولة تقنين

الأحكام، وتكون لهذه المصادر الأولوية في الاستمداد، ولا يصار إلى غيرها إلا في حال خلو الفقه الإسلامي من الموضوع المراد تقنينه، وبخلافه لا بد من مراعاة أصول وقواعد الفقه الإسلامي، اعترافاً بسيادته على تلك المصادر، وحفاظاً على وحدة التقنين، وتجنب تعارض النصوص.

19- وقفت الدراسة على ضرورة عدم التقيد بمذهب معين عند الاستمداد من المصادر، فتكامل التقنين، والتعصب المذهبي لا يلتقيان، ولا بد من النظر إلى الآراء الفقهية في المذاهب الإسلامية على أنها وجهات نظر لأصحابها، إلا بما يقوم الدليل على صحتها، الأمر الذي يسمح بتقنين رأي مرجوح والالتفات عن رأي آخر راجح في المسألة المراد تقنينها، عملاً بالضوابط الواردة في التلفيق التشريعي، متى ما دعمت الأدلة المساندة الرأي المرجوح، كالمصلحة ومآلات الأفعال، وسد الذرائع ونحوها.

20- ضرورة النص على المصادر الرسمية الاحتياطية، وتحديد ترتيبها في نص واضح ليسهل على القاضي الرجوع إليها، وفقاً لضوابط محددة، فيما لو عرضت عليه قضية لا يوجد لها نص في التقنين، وتقدمت الدراسة بنص مقترح يحكم هذه المسألة.

21- ضرورة النص في صلب التقنين على اعتماد تفسير النصوص بالرجوع إلى الفقه الإسلامي، فعموض النص، أو النقص فيه أمر وارد، وعلاجه الرجوع في تفسيره إلى مصدره الأصلي، كما دعت الدراسة إلى ضرورة بناء نظرية متكاملة لتفسير التقنين المستمد من الفقه الإسلامي، لما تضمنه من حسن التطبيق، والحد من الإشكالات المتعلقة بالتفسير.

22- من خلال استقراء التقنيات المقارنة توصلت الدراسة إلى ضرورة مراعاة جملة من الضوابط الموضوعية في التقنين، لضمان تكامله وزيادة فاعليته، مع الحذر من الاتجاهات الرامية لعلمنة القانون المدني، ونشيد بتوجهات المشرع الإماراتي حين آثر مراعاة طبيعة مجتمعه المتمسك بترائه الإسلامي، مع عدم حاجته إلى النص على ترتيب معين للمذاهب الإسلامية وإلزام القاضي به، فكان الأجدر به النص على تَخْيُر أنسب الحلول من هذه المذاهب دون التقيد بمذهب معين.

23- كشفت الدراسة عن أهمية المسالك التشريعية في استمداد التقنين من مصادره، نظراً لتأثر التقنين بتلك المسالك، فعلى المشرع اختيار الأنسب منها بما لا يتعارض مع مصادر استمداده، كما حددت بعض المسالك المهمة، التي على المشرع مراعاتها عند

الإعداد للتقنين.

24- بيّنت الدراسة من خلال النظر في النصوص المُنظمة لأحكام الفعل الضار، عدم سلامة بعض التقسيمات الفرعية وعناوينها في التقنيات محل الدراسة، فالقانون المدني العراقي كانت تقسيماته غير متوافقة مع منهجية تكامل التقنين، كما وردت عناوين أخرى لا تتناسب مع مضمونها، وهو ما لم يسلم منه المشرع الإماراتي.

25- رغم سعي التقنيات المقارنة إلى عدم التوسع في الأمثلة وتقنين التطبيقات الفرعية الخاضعة لقواعد كلية نصّت عليها الأحكام العامة، أو نصوص القانون بمجملها، إلا هذه المنهجية كانت حاضرة في النصوص المُنظمة لأحكام الفعل الضار، فكان للقانون العراقي النصيب الأكبر، ولم يخلُ منها نظيره الإماراتي.

26- أسرفت التقنيات محل الدراسة في إطلاق صياغة بعض النصوص دون مراعاة للقيود الواردة في شأنها، منها، إطلاق قاعدة اجتماع المباشر والمتسبب، وتقديم الأول، حيث أثبتت الدراسة أن هذه القاعدة يرد عليها العديد من الاستثناءات، مما يتعارض مع إطلاق النص المذكور.

27- توصلت الدراسة إلى ضرورة تقنين بعض التطبيقات المهمة، والتي غفلت عنها العديد من التقنيات المقارنة، منها، تضمين الممتنع عن مساعدة الغير، ومجهولية من يقتل خطأ، وغيرها.

28- رصدت الدراسة في التقنيات المقارنة، ومنها القانون الإماراتي تطبيقات تُعدّ خروجاً صريحاً على المبدأ العام في التعويض الكامل للضرر، منها: التعويض القانوني في قانون تنظيم علاقات العمل، حيث اتبع فيه التعويض الجزافي المُعدّ مسبقاً قبل حدوث الضرر، يضاف لهذا ما نصّت عليه المادة (389)، حين أجازت للقاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن، آخذاً بالاعتبار العنت الذي صدر من المدين.

29- تبنت التقنيات محل الدراسة أساساً موضوعياً لضمان الفعل الضار كأصل عام بما يتوافق مع قواعد الفقه الإسلامي، الأمر الذي من شأنه أن يوفر حماية أكبر للمضرور، إلا إن القانون العراقي خرج قليلاً عن هذا الأصل العام، فانعدمت فيه التفرقة بين المباشر والمتسبب، من حيث اشتراطه التعمد والتعدي لكل منهما على حد سواء.

30- تبين أن التقنيات محل الدراسة لم تلتفت إلى دقة الحدود الفاصلة في موضوعية ضمان الضرر، فهي بلا شك تحمي المضرور، إلا إنها في الوقت ذاته قد تضر به، متى

اشترك مُحدث الضرر بفعله في إحداث الضرر الذي لحق به، وكان عديم التمييز، أو الإدراك، مما يؤدي إلى إسقاط حقه في التعويض، فأوصت الدراسة بمعالجة هذا الإشكال، وقدمت نصاً مقترحاً.

31- لم تُحسن أغلب التقنينات محل الدراسة معالجة أحكام مسؤولية متولي الرقابة، فالمشرع الإماراتي كانت معالجته متناقضة، ففي الوقت الذي جعلت فيه مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية احتياطية إلى جانب مسؤولية الخاضع للرقابة وفقاً للمادة (313)؛ بقصد حماية المضرور من مخاطر إعسار الأخير، مستنداً إلى فكرة الكفالة القانونية، عاد وسمح لمتولي الرقابة بالتخلص من المسؤولية، بإثبات أنه قام بما ينبغي من واجب العناية فينفي التقصير عن نفسه، وتتبدد الغاية التي وجد النص من أجلها؛ فيعود المضرور ليواجه خطر إعسار الخاضع للرقابة، فعالجت الدراسة هذا الإشكال واقترحت له نصاً بديلاً.

32- أخضع المشرع الإماراتي جناية الحيوان لقاعدة عامة مستمدة من الآراء التقليدية في الفقه الإسلامي، فتباين الفقه في شأن أساسها، كما أنه لم يعالج حالة الأضرار التي تسببها الحيوانات التي لا يد عليها في نطاق التجمعات السكانية، والتي يكون الضرر فيها هدرًا طبقاً للمادة (314)؛ فقدمت الدراسة مقترحاً لحماية المضرور، تمثل في تضمين الدولة في هذه الحالات، وعرضت الاستدلالات الفقهية لتأصيل هذا الاستثناء.

33- إنَّ معالجة التقنينات المقارنة لأساس المسؤولية عن الأشياء لم تكن منضبطة، فالمشرع الإماراتي أقام مسؤولية صاحب اليد على الأشياء دون اشتراط التعدي، مستنداً إلى فكرة المباشرة، إلا إنَّ التطبيقات أثبتت قصور هذا التأسيس بالنسبة لبعض الأشياء التي لا يباشر صاحبها السيطرة الفعلية عليها وقت وقوع الضرر، مما يجعله بمركز المتسبب، فاقترحت الدراسة الأخذ بفكرة تحمل المخاطر، والتي يمكن تأصيلها في الفقه الإسلامي، فضلاً عن توافقتها مع الاتجاهات الحديثة في المسؤولية عن الأشياء.

يستخلص من كل ما تقدم، أن التقنينات محل الدراسة لم تراعى العديد من ضوابط منهجية التقنين، فضلاً عن الاتجاهات الحديثة في المسؤولية المدنية، والتي تقتضيها تطورات الحياة، وبهذا ناشد الجهات التشريعية إلى النظر في تنقيح النصوص الواردة في التقنينات محل الدراسة، مما علق بها من عيوب تتعلق بالشكل والموضوع، كما ندعو القضاء إلى إمعان النظر في مرجعية النصوص المقننة عند التطبيق، ومراعاة مصادر استمدادها، بما يحقق الغاية التي قصدها المشرع من ارتباط التقنين بمصدر استمداده.

التوصيات

تضمنت التوصيات وضع مشروع متكامل لتنقيح النصوص المنظمة لأحكام الفعل الضار في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة (القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985م)، حيث تبيّن لنا من خلال البحث في موضوع تقنين الفقه الإسلامي في المعاملات المدنية، ضرورة اعتناء المشرّع بعناصر تكامل التقنين من حيث الشكل والموضوع، وكان نطاق التطبيقات محل الدراسة يُسلط الضوء على تقنين أحكام الفعل الضار، وتحديدًا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الأمر الذي دفعنا إلى إجراء دراسة مُستفيضة لتلك النصوص، تمخضت عن مشروع تعديل تشريعي، فارتأينا أن يكون هذا المشروع خلاصة ما توصي به هذه الدراسة، فضلاً عن توصية عامة نتوجه بها إلى كل مشرّع في الدول العربية مفادها: أن يُستمد قانون المعاملات المدنية في تلك الدول من الفقه الإسلامي، مع مراعاة ما توصلت إليه هذه الدراسة من عناصر تكامل التقنين؛ رغبة في الوصول إلى مدارج الكمال والتفرد بين التقنينات المدنية المقارنة.

حماية رضا المستهلك بين حقه في الرجوع والتزام المزود بالإعلام: دراسة نقدية في إطار الأحكام الموضوعية لقانون حماية المستهلك الكويتي

رسالة ماجستير من إعداد الباحث: ميثم محمد تقي
نوقشت بتاريخ: 2018/12/22، في كلية القانون - جامعة الشارقة - الإمارات العربية
المتحدة

لجنة المناقشة: أ. د. عدنان إبراهيم سرحان (المشرف)، أ. د. محمد سليمان الأحمد،
أ. د. صالح اللهيبي.

أعدت هذه الدراسة من قبل الباحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة
الماجستير في القانون الخاص من جامعة الشارقة في دولة الإمارات العربية المتحدة،
ونوقشت يوم الأحد الموافق 2018/12/23.

وتضمنت الدراسة مقدمة وفصلين وخاتمة، بحيث أوضح الباحث في المقدمة كيف
أن قوانين حماية المستهلك قد شُرعت استناداً إلى فلسفة مُقتضاها عدم التوازن في العلاقة
العقدية بين المستهلك والمزود في عقد الاستهلاك، من ناحية أن المستهلك عادة ما يعتبر
طرفاً ضعيفاً معرفياً ومادياً في عقد الاستهلاك عند مقارنته بالمزود، وهو ما دعا التشريعات
إلى النص على قواعد قانونية خاصة إضافية ومغايرة في بعض أحكامها عن تلك المنظمة
في القواعد العامة في القوانين المدنية، بحيث تكون هذه القواعد مغلظة بعض الشيء
بالنسبة للمزود وذلك من أجل إعادة التوازن العقدي بين المستهلك كطرف ضعيف في
التعاقد الاستهلاكي والمزود كطرف قوي فيه.

ثم ذكر الباحث بياناً لمشكلة الدراسة بأن نصوص قانون حماية المستهلك الكويتي
ولائحته التنفيذية قد جاءت في بعض أحكامها المنظمة لحق المستهلك في الرجوع عن
العقد الاستهلاكي والتزام المزود بالإعلام بقواعد قانونية حمائية متسمة بالقوة من حيث
توفير الحماية اللازمة للمستهلك للتحقق من سلامة رضاه، في حين جَنحت بعض
النصوص عن تحقيق الغاية الحمائية المرجوة وذلك نتيجة عدم الدقة في الصياغة أو
الضعف في المضمون الموضوعي للحماية المقررة، بما مؤداه عدم فاعلية هذه الأخيرة في

معالجة المشاكل العملية التي سُنّت من أجل مواجهتها، وهو ما أعد معه الباحث هذه الدراسة النقدية بهدف تسليط الضوء على مواضع القوة والضعف في النصوص القانونية المنظمة لحق المستهلك في الرجوع والتزام المزود بالإعلام، ومحاولة تحليلها ومناقشتها في إطار ما يحقق السلامة المرجوة لرضا المستهلك في عقد الاستهلاك، وذلك من أجل التأكيد على مواضع القوة الحمائية والضمانات التي أوردتها نصوص القانون واللائحة مع توضيحها وبيان مدى فاعليتها، -ومن ناحية أخرى- من أجل الإشارة إلى مواضع الضعف والقصور في الحماية التي وفرها المشرع الكويتي لسلامة رضا المستهلك وذلك ابتغاء لفت النظر إلى عدم فاعليتها والتوصية بإعادة تنظيمها بصورة تحقق الحماية المطلوبة.

وقد اتبع الباحث في الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي بجمع ما أورده القانون ولائحته التنفيذية من قواعد وأحكام موضوعية بشأن حماية رضا المستهلك والمتعلقة بتنظيم حقه في الرجوع والتزام المزود بالإعلام، وذلك من أجل إعطاء تصور عام لكلا الموضوعين ووضعهما بصورة واضحة، مع تحليل هذه القواعد والأحكام ومناقشتها وبيان أوجه النقد التي يمكن أن توجه إليها من أجل استظهار عناصر القوة والضعف فيها، إضافة إلى عقد بعض المقارنات للاستعانة بها في بعض المواضع بمناسبة نقد النصوص القانونية ومناقشتها من خلال الإشارة إلى بعض التوجهات القانونية والفقهية الأخرى والتي تناولت ذات المسائل والمواضيع محل المناقشة.

وتناول الباحث في الفصل الأول من الدراسة حق المستهلك في الرجوع عن عقد الاستهلاك، والذي تكوّن من مبحثين: المبحث الأول: مفهوم حق المستهلك في الرجوع عن عقد الاستهلاك، والمبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على هذا الحق.

وأهم ما توصل إليه الباحث في هذا الفصل هو أن حق المستهلك في الرجوع عن عقد الاستهلاك يعتبر من أهم الضمانات الحمائية المكفولة للمستهلك في قانون حماية المستهلك الكويتي، والذي يمثل خروجاً عن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني وعلى وجه الخصوص مبدأ القوة الملزمة للعقد، والهدف من تقرير هذا الحق للمستهلك هو إعادة التوازن العقدي بين أطراف عقد الاستهلاك من حيث تمكين المستهلك من إعادة النظر في العقد الاستهلاكي الذي أبرمه والرجوع عنه بإرادته المنفردة ودون إبداء أية أسباب من غير تحمل لأية مصاريف نتيجة رجوعه فيما عدا المصاريف الخاصة بإعادة السلعة، وقد جاء تنظيم هذا الحق في القانون الكويتي وفقاً لضوابط معينة

وبصفة شبه شاملة في نطاق العقود الاستهلاكية الواقعة على السلع، إلا أن صياغة التنظيم باسئراط كون الخدمة معيبة أو منقوصة كي يتمكن المستهلك من ممارسة حقه في الرجوع قد أخرجت عقد الاستهلاك الواقع على الخدمات من نطاق حق المستهلك في الرجوع بمعناه المتناول في الدراسة.

أما الفصل الثاني فقد تناول فيه الباحث التزام المزود بالإعلام في عقد الاستهلاك، والذي قُسم إلى مبحثين، تضمن المبحث الأول: مفهوم التزام المزود بالإعلام في عقد الاستهلاك، والمبحث الثاني: عناصر هذا الالتزام.

وكان أهم ما توصل إليه في هذا الفصل هو أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني أصبحت قاصرة عن توفير الحماية المطلوبة للمستهلك في عقد الاستهلاك فيما يتعلق بحصوله على المعلومات اللازمة للتعاقد الاستهلاكي؛ ولذا نظم قانون حماية المستهلك الكويتي ولائحته التنفيذية التزام المزود بالإعلام في عقد الاستهلاك بمجموعة من المواد وأصغ عليها الصفة الحمائية، بحيث ألزم المزود بتعريف المستهلك بشخصه (بشخص المزود) وإعلامه -في الوقت المناسب- بالبيانات والمعلومات الجوهرية المتعلقة بعقد الاستهلاك ومحلّه وبدله، وعلى وجه الخصوص تلك المعلومات والعناصر المحددة بنص القانون مستخدماً اللغة والوسيلة الملائمة لطبيعة العقد ومحلّه، وبالتالي تترتب مسؤولية المزود الجنائية والمدنية بحسب الأحوال عند عدم تنفيذه لالتزامه بالإعلام في عقد الاستهلاك وفقاً لما نظمه القانون.

وبعداً ذُيِّلت الدراسة بخاتمة أوردت فيها أهم النتائج والتوصيات، والتي اقترح فيها الباحث على المشرع الكويتي إجراء بعض التعديلات على قانون حماية المستهلك ولائحته التنفيذية، وذلك على النحو الآتي:

- تغيير موضع الفقرة الأخيرة من المادة (14) من القانون وتضمينها في المادة رقم (10) المنظمة للقاعدة العامة لحق المستهلك في الرجوع عن عقد الاستهلاك، وكذا الحال بالنسبة للفقرة الثانية من المادة رقم (27) من اللائحة التنفيذية وذلك بإدراجها كاستثناء على القاعدة العامة لحق المستهلك في الرجوع.

- تعديل اللائحة التنفيذية في المادة رقم (25) بشأن الشروط اللازم توافرها لممارسة المستهلك لحقه في الرجوع، وذلك بعدم إدراج البند (ب) الذي أورد بالأعلى يكون المستهلك قد استخدم السلعة بأية صورة من الصور، لكون النص المذكور متنافياً مع الغايات العامة

- التي شرع من أجلها هذا الحق، وهو ما قد يعرض هذا القيد لعيب عدم المشروعية.
- تعديل النص الخاص بالاستثناءات المتعلقة بالكتب والمجلات والصحف والبرامج المعلوماتية وغيرها بحيث لا تكون هذه الاستثناءات بشكل مطلق وإنما في حال كانت هذه السلع غير مغلقة أو أنها مغلقة وقام المستهلك بفض غلافها أو نسخها أو الاطلاع على ما جاء فيها من معلومات أو الاستفادة منها بأية صورة من الصور.
 - إلغاء النصوص القانونية الواردة في اللائحة التنفيذية للقانون والتي قيدت حق المستهلك في الرجوع بتقليل مدته في بعض السلع، وذلك لعدم وجود نص قانوني يخول اللائحة بتقليل مدة حق المستهلك في الرجوع.
 - تعديل النصوص التي اشترطت إثبات خيار الرجوع في الفاتورة من أجل ممارسة المستهلك لحقه في الرجوع، وذلك لعدم تناسب هذا الشرط مع الضعف المعرفي للمستهلك والذي قد يمتد إلى معرفته بأبسط حقوقه والتي من بينها ما يتعلق بتنظيم حقه في الرجوع.
 - تعديل ما جاء في اللائحة من استثناء السلع الثمينة - والأمثلة الواردة عليها - من حق المستهلك في الرجوع، واستبدالها بالسلع المرتبطة بتغيرات أسعار السوق كما هو الحال في العديد من القوانين المقارنة.
 - تعديل الصياغة التي جاءت في اللائحة بشأن استثناء السلع الملامسة للجلد وذلك لإمكانية تطبيقها على العديد من السلع بما قد يُخرج النص من مضمونه ومحتواه.
 - الأخذ بتوجه القانون الفرنسي بشأن حق المستهلك في الرجوع عن العقود الاستهلاكية الواقعة على الخدمات، وذلك بإعطاء المستهلك لهذا الحق واحتساب مدة الرجوع من تاريخ إبرام العقد، مع إلزام المزود بإعلام المستهلك بتفاصيل هذا الحق وأخذ موافقته المكتوبة خطياً أو على دعامة دائمة بالشروع في تنفيذ الخدمة، وحينها يتعين على المستهلك أن يدفع للمزود مقابل ما تم تنفيذه في حال قرر ممارسة حقه في الرجوع خلال فترة التنفيذ وقبل الانتهاء والإنجاز.
 - إضافة نص في القانون يلزم المزود بإعلام المستهلك بحقه في الرجوع، مع بيان كيفية وشروط ومدة ممارسة هذا الحق، وكذلك النص على ترتيب آثار خاصة في حال الإخلال بهذا الالتزام أهمها تطويل مدة حق المستهلك في الرجوع إلى فترة طويلة يتحقق بها الردع كما هو الحال في القانون الفرنسي بأن مد الفترة التي يحق فيها للمستهلك

ممارسة حقه في الرجوع إلى اثني عشر شهراً، مع إعطاء المكنة للمزود بأن يتدارك تقصيره عن طريق السماح له بتقديم هذه المعلومات خلال سريان الأجل الإضافي، ومن ثم يتم احتساب مدة حق الرجوع (14 يوماً) من تاريخ استلام المستهلك للمعلومات.

- إضافة نص في القانون يمنع المزود من تحميل المستهلك لأية أعباء مالية إضافية مقابل حصوله على الفاتورة.

- تدخل المشرع بإلزام المزود بتقديم نموذج مكتوب للعقود في أنماطٍ معينة وفقاً لنوع العقد أو المنتج محل التعاقد، بحيث يلتزم المزود بعدم مخالفة الشروط الواردة في هذه الأنماط النموذجية المعدة سلفاً من قبل المشرع، مع تحديد العناصر التي يمكن تغييرها في هذه العقود دون توسع وتشتيت للمستهلك.

- إعادة صياغة العناصر والبيانات التي يلزم على المزود إعلام المستهلك بها بحيث يتم تحديدها في بنود مستقلة وذلك من أجل إبراز أهمية كل عنصر فيها، مع إضافة نص خاص بالبيانات المتعلقة بشروط التعاقد.

- تعديل نص المادة رقم (12) من القانون وذلك بفرض الالتزام بالإعلام على المورد أيّاً كانت صورته دون قصره على المنتج أو المستورد.





مَجَلَّةُ الْعَقْدِ الْاجْتِمَاعِيِّ

" گۆقاری گریبهستی کۆمه لایه تی "

" *Social Contract Journal* "

Social Contract Journal (SCJ)

A semi-annual peer-reviewed journal concerns 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.

ISSN 1100-2789

Deposit number: 715/0201 / at the Directorate General of Libraries in Erbil

The Journal of the Social Contract, a journal approved for academic purposes by the Ministry of Higher Education and Scientific Research in the Kurdistan Region of Iraq, pursuant to Ministerial Order No. (9930/9) on 27/7/2021

All correspondence should be send to the following address:

**Kurdistan Region-iraq-Erbil- 60m st. Francois Mitterrand's Junction-
Ministry of Justice-legal research centre. Prof. Dr. Mohammed Sulaiman
Alahmed. The head of the centre.**

E-mail: clr.kurdistan@gmail.com prof.alahmed@gmail.com

prof.alahmed@clr.gov.krd

All correspondence to be send to the editor in chief.

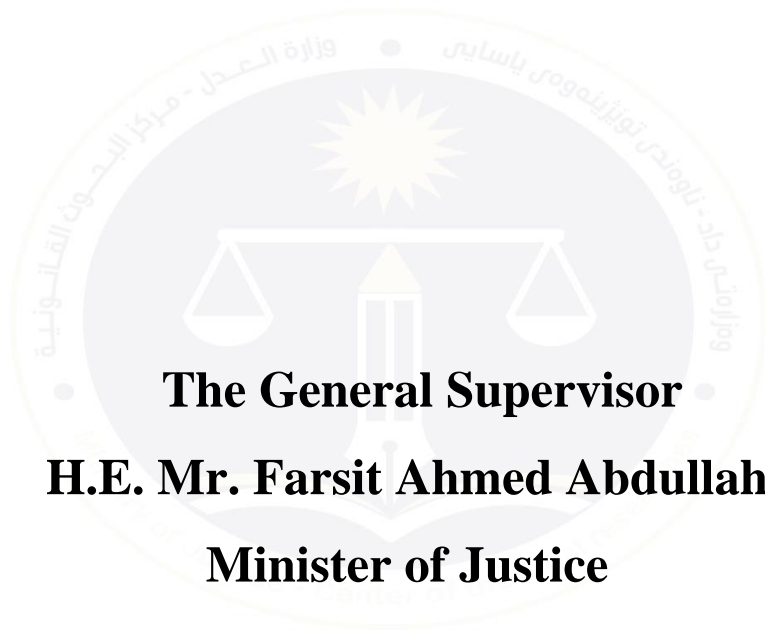
**Our publications are requested from Zain's legal publications in Beirut-
Lebanon.**

General Administration:

Beirut-Lebanon-Al Chiyh-Old Saida Road-Dallas Centre

www.zeinjuridique.com 66903 3 193 193

Email: wassim@zeinjuridique.com 66903 1 311 311





Social Contract Journal SCJ:

In each country, the Ministry of Justice stands at the head of the institutions concerning with disseminating legal culture, educating citizens to know their rights and support them, and realizing their duties and encouraging them to fulfil them, are among the core tasks of the ministry that do 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 contemporary 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 and 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.

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 subjectivity 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.

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 in which 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

Editor-in-Chief

Prof. Dr Mohammed Sulaiman Al-Ahmed

Professor of civil law, University of Sulaymaniyah /the head of Legal Research Centre

Editorial Secretary.

Dr. Hadi Muslim Younis

Asst Professor of Commercial Law (Associate)/ the Senior Adviser in the Shura Council of the Kurdistan Region of Iraq

The members

Prof. Dr. Adnan Ibrahim Sarhan Prof. Dr Umaid Sabah Othman,

Prof of Civil Law/
University of Sharjah UAE

Prof.of Civil Law/
Head of the Cabinet of the
Council of Ministers of the KRI.

Prof.Dr Dana AbdulKareem Saeed

Prof. Administrative Law/Dean of the Faculty of Law at the University of Sulaymaniyah

Prof. Dr AbdulKareem Saleh AbdulKareem Dr Khalid Ibrahim Al-Saleem

Prof of Civil Law
University of Duhok

Asst Prof of Public International Law
University of Soran

Editorial Director

- **Dr Haseeb Saleh Ismael** The Director of Scientific Affairs at the Ministry of Higher Education in the KRG.

- **Mr. krmanj Younis Othman.**The Adviser to the Ministry of Justice in the region.

Technical Supervision

- **Mr. Twana Sami Abdulrahman.**The Secretary of the Council of Legal Research Center.

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 names are the advisory board for the journal, in alphabetical order:

- 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. Ibrahim Eldesoky Abiellail, Professor of Civil Law at the Kuwait international college of law, Kuwait.
- 12- Prof. Dr. Jaafar Al-Fadhli, Professor of Civil Law at the University of Mosul - Iraq.

- 13- Prof. Dr. Jan De Groof, Professor in International Law, at the Antwerp University, Belgium.
- 14- Prof. Dr. Mohammed Hassan Kassem. dean of College of law. Arabic Beirut, University - Libanon.
- 15- Prof. Dr. Mohammad Shalal Al-Ani, Professor of Criminal Law, University of Sharjah - UAE.
- 16- Prof. Dr. Munir Maniruzzaman, Chair in International and Business Law, University of Portsmouth, UK.
- 17- Dr. Soadoun Al Ameri, Head of the Private Law in College of law, Bagdad University, "previously" Iraq.
- 18- Adviser Dr. Salih Ebrahim Al-Ghatheth, Chairman of the Council of Advisors in Parliament / Editor-in-Chief of Legal Studies Journal - Bahrain.
- 19- Prof. Dr. Tamim Taher Al-Jader, Professor of Criminal Law, Al-Mustansiriya University - Iraq.
- 20- 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 languages, 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 pages 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 theses 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- Books review:

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 Sulaiman Al-Ahmed
prof.alahmed@gmail.com

Researches In English

تویژینه وه کان به زمانى ئینگلیزى

البحوث باللغة الانكليزية



**Consumers' Online Reviews
A Critical Legal Issue for Consumers in the Era
of Digital Marketing
Iraqi Law and Modern Laws Compared and Contrasted***

پیداچوونین بکاربهری یین نه لکترونی

مراجعات المستهلك الإلكترونية

Dr. Nazar Ameen Mohammed**

**Deputy Dean and Lecturer of Civil Law
College of Law- University of Duhok**

د. نزار أمين محمد

هاریکاری راکری وماموستا لکولیزا یاسا – زانکویا دهوک

د. نزار أمين محمد

معاون عمید وتدریسی فی کلیة القانون – جامعة دهوک

(*) تاریخ استلام البحث: 2022/5/8 تاریخ قبول النشر: 2022/6/6

(**) nazar.ameen@uod.ac



**Consumers' Online Reviews
A Critical Legal Issue for Consumers in the Era
of Digital Marketing
Iraqi Law and Modern Laws Compared and Contrasted'''**

**Dr. Nazar Ameen Mohammed
Deputy Dean and Lecturer of Civil Law
College of Law- University of Duhok**

Key words: Consumers' Online Reviews, Fake Reviews, Online Review Platforms, Unfair Terms, Unfair Commercial Practices, Right to Information, E-commerce.

كليله ووشه:

پیداچوونین بکاربه‌ران یین ئەلکترونی، پیداچوونین سه‌خته،
پلاتفورمین پیداچوونین ئەلکترونی، مەرچین نه دادپه‌روه‌رانه،
کریارین بازرگانی یین نه دادپه‌روه‌رانه، مافی بدهست فه‌ئینانا
پیزانینان، بازرگانیا ئەلکترونی.

الكلمات الفتامية:

مراجعات المستهلك الإلكترونية، مراجعات زائفة، وسائط المراجعات
الإلكترونية، شروط غير عادلة، ممارسات تجارية غير عادلة، حق
الحصول على المعلومات، التجارة الإلكترونية.

1. Introduction

At pre- contractual phase various factors exist to influence consumers in making their purchasing decisions, including advertisements and marketing techniques. With the advent of the Internet, a significant part of e- shopping has emerged with the emergence of consumers' online reviews, where businesses have begun to create specific online review sites on various platforms including websites and social media platforms such as Facebook, Telegram and Twitter. These review sites are set up to enable consumers describing and sharing their experiences with certain

branded goods and services. Then, submitted reviews are to be published and made available for consumers to rely on prior to the conclusion of the contract.⁽¹⁾ This review feature has arguably added another rich, and supposedly honest, source of information for consumers to increasingly rely on with online transactions.⁽²⁾ The reason is clear as consumer- made information is likely to be more credible than the information made by producers due to the trustworthiness of its source.⁽³⁾ Prior to the era of the Internet, independent reviews about commodities were available in limited forms, where reviews would traditionally (face-to-face) be shared exclusively among friends and family members, and arguably had little or no serious impact on consumers' community and manufacturers at large.⁽⁴⁾

Nevertheless, consumers' online reviews' system is yet a legal grey area. It poses real protection challenges for consumers primarily and for businesses to somehow. These reviews are supposedly coming out from authentic consumers, those who have actual experience with certain branded goods or services, but in reality a wide range of online reviews have been observed over online sites. Along with the reviews made by authentic consumers, there are favorable reviews that are potentially made by businesses, or someone hired by a business, aiming at increasing the business's image at marketplace. There are also negative, false, or defamatory

-
- (1) Wayne R. Barnes, 'The Good, the Bad, and the Ugly of Online Reviews: The Trouble with Trolls and a Role for Contract Law After the Consumer Review Fairness Act' (2019) 53 Georgia Law Review 549, 548.
 - (2) Howard J. Deane, 'Strengthening the Marketplace Through a Consumer Protection Framework for Consumer Online Reviews', Consumers Council of Canada, 2016, 6. Available at: <http://www.ic.gc.ca/app/oca/crd/dcmnt.do?id=4781&lang=eng>, last visit 2 May 2022.
 - (3) Yubo Chen and Jinhong Xie, 'Online Consumer Review: Word-of-Mouth as a New Element of Marketing Communication Mix' (2008) Management Science, 2.
 - (4) What You Need to Know About: Online Review- A Guide for Business and Review Platforms, (2013) Australian Competition and Consumer Commission 4, 5. Available at: <http://www.ic.gc.ca/app/oca/crd/dcmnt.do?id=4781&lang=eng>, Last visit 3 May 2022.

reviews that may have been directed to a business by a business to constitute unfair commercial practice where proved.⁽¹⁾ Then, managing risks associated with these non-consumers' reviews on consumers' rights has become a pressing legal issue of today's research.

This research paper attempts to find answers to questions may arise regarding consumers' review system. Yet, the process is complicated to understand as the system where reviews are posted is vague and out of control. Furthermore, there have been no explicit regulations for the matter worldwide. Therefore, this research aims at finding proper legal framework for the review system to fulfill the purpose efficiently. In doing so, the analytical and comparative methodology is followed to examine the issue within Iraqi laws and laws of developed countries in Europe and US.

(1) Barnes (n 1) 554-555.

1. Online Review System and Its Impact on the Consumer's Right to Information

1. 1. Online Review System

Generally speaking, online review is defined as an opinion or experience of a consumer about a product, service, or business, uttered in a form of an e- word of mouth to be founded on special retailers' sites, trader schemes, and booking agents.⁽¹⁾ In this way, it refers to an online statement assumingly made by a consumer who has experience about a product or service, and posted over online channels in a wide range of mechanisms to include written feedbacks, questions and answers (Q&A), numerical star rating (typically from 1–5), and visual elements such as emojis. Then, reviews are to be published and made available for consumers to decide on as an essential part of the purchasing decision process.⁽²⁾

Attending online review process begins when a consumer rates a product typically from scale (1-5) or leaves a written statement on the selected manufacturer's website. At this phase, websites are of different techniques in holding reviews.⁽³⁾ For example, some websites leave room for consumers to freely decide whether or not to leave a review. Some other websites attempt to nudge consumers to write a review via sending reminding e-mails or notifications, and some websites even offer users pecuniary incentives to write a review such as offering a low – value voucher or taking part in a lottery, although this may raise the suspicion of affecting reviews and manipulating users.⁽⁴⁾ Then, submitted reviews go through a

(1) Jana Valant, 'Online Consumer Reviews the Case of Misleading or Fake Reviews', European Parliamentary Research Service, 2015 Briefing, PE 571. 301, 2.

(2) M Narciso, 'The Unreliability of Online Review Mechanisms' (2021) Journal of Consumer Policy, 1. Available at:

<<https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-022-09514-7>>, last visit 2 May 2022.

(3) Pedro Fonseca Barros Ferreira, 'Reviews and Endorsements in Online Marketplaces and Consumer Protection' (2020) Yearbook of the NOVA Consumer Lab 35, 37.

(4) Consumer Rights and Online User Reviews: Need for Action, Series of Papers on 'Competition and Consumer Protection in the Digital Economy' (2020) Bundeskartellamt (The German Cartel Office), 5. Available at:

<<https://www.bundeskartellamt>.



filtering process, where some websites conduct a manual filtering via reading each review before any approval is given for publication. It is also provided that some websites have set up automated filtering systems by which the content of reviews is to be examined by searching for certain words or phrases such as the real name of the review maker or location, and if they are not detected then reviews are not published automatically. Nevertheless, this automated pre-filtering process is not able to identify fake and inauthentic reviews. At last phase, websites publish the review with retaining the ability to go over it again after it is published and delete it where necessary, whether by their own policy or based upon a request made by a consumer, particularly with websites that leave an option for consumers to report critical reviews.⁽¹⁾

In terms of accessibility to the online review system, not all consumers are allowed to attend the process or leave reviews, as this entirely depends on the review site model adopted. In practice, there have been two models in place, one is called an (open system) where all consumers are permitted to go onto the site and make reviews without any verification required from the reviewers. TripAdvisor is one example of the open system sites that publish consumers' reviews for the public with no pre-verification required.⁽²⁾ However, it is reported that this type of review sites is unable to identify fake reviews.⁽³⁾ The other model is a (closed system) where only verified consumers, those who have actually bought a product or service, are allowed to submit reviews.⁽⁴⁾ Uber

←

[de/EN/Consumer Protection/Proceedings/proceedings_node.html](https://www.gov.uk/cma-cases/online-reviews-and-endorsements)>, last visit 6 May 2022.

- (1) *ibid*, 5.
- (2) Online Reviews and Endorsements, Report on the CMA's Call for Information (2015) UK's Competition & Market Authority, 12-13. Available at: < <https://www.gov.uk/cma-cases/online-reviews-and-endorsements>>, last visit 1 May 2022.
- (3) Ferreira (n 8) 49.
- (4) Mateja Đurovića and Tim Kniepkampa, 'Good Advice is Expensive – Bad Advice Even More: The Regulation of Online Reviews' (2022) 14 (1) Law, Innovation and Technology 128, 130. Online Reviews and Endorsements (n 11) 13.

is an example of the online based firms that adopts the closed review system. Between these two major systems there is a semi-closed system, or as known hybrid system, where all registered consumers in the platform are able to submit reviews about products, no matter whether or not the review maker has verified a purchase and confirmed the transaction.⁽¹⁾

Generally speaking, the closed- system and the semi- closed system have a better functioning than the open -system in the sense of providing authentic consumers' reviews. With the closed- system in operation, only consumers who have made purchasing decisions are capable of sending out reviews to the system. Then, these reviews are likely to be made upon actual experience with goods or services. And with the semi- closed system in place, only consumers who have registered in the platform are capable of writing reviews and use the system. To this end, fake reviews and anonymous reviews are unlikely to come up onto the review site.

1. 2. The Impact of Online Review System on the Consumer's Right to Information

Perhaps, online consumers' reviews are meant to create a positive impact on consumers' community at large. Generally, reviews play a crucial role in offering consumers adequate amount of supposedly authentic information, whether with regards to the price, quality, or characteristics of the targeted products and services, to help them making better and faster purchasing decisions.⁽²⁾ This up-to-dated information mechanism has changed the traditional scenario, where the producer would systematically provide information about their commodities under laws, as the only source of information available in the market. With the online review system in operation, however, a robust review about goods and services has been provided, a review on which the producer has no control. Rather, the review is apparently to be originated from a third party, who is assumed to be a previous customer of actual

(1) Ferreira (n 8) 49.

(2) Online Reviews and Endorsements (n 11) 14.

experience with a product or service to enable him/her writing honest reviews.⁽¹⁾

Originally, the online review system is invented to produce a positive impact for consumers at the time they make their purchasing decisions. That intended impact is only possible to have taken place in one single scenario pertaining to the case where reviews are produced by real consumers, those who have actually bought products or services, and had their reviews honestly submitted without having any influence from producers. In practice, it is hard to ensure that the submitted review is put in the system by a real consumer. And when it is proved otherwise, as occurred in many judicial cases worldwide,⁽²⁾ the review will be considered prejudice to the consumer's right to information, which will find its detrimental effect on misleading consumers. Thus, online reviews are described in literature as double-edged sword. On one hand, reviews are reliable to work properly for consumers if they are issued from peer- consumers and derived from actual experience. On the other hand, reviews may turn to unreliable source of information, and likely to leave bad impact on consumers if they are submitted by non- consumers, or by consumers but their content has been affected by manipulation under any reasons either for the better or the worse of a trader.⁽³⁾

Then, unreliable or unauthentic reviews leave another negative impact on the already existed issue regarding the length of pre-contractual information, and make it worse than ever before.⁽⁴⁾ It is

(1) Barnes (n 1) 559.

(2) In 2014, Bell Canada was fined with \$1,250,000 by the Competition Bureau of Canada for encouraging certain workers to write positive reviews of a smartphone app without mentioning that they previously worked for the company. In 2015, Amazon sued 1000 unnamed users through the courts in the US for producing misleading, false, and inauthentic reviews. Cited in: Deane (n 2) 5.

(3) Đurovića and Kniepkampa (n 13) 129.

(4) Great Britain. Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, Great Britain. Better Regulation Executive, National Consumer Council, 'Warning: Too Much Information Can Harm: an Interim Report by the Better Regulation Executive and National Consumer Council on Maximising the Positive Impact of Regulated Information



believed that the existence of a large amount of information does not always ensure an informed purchasing discussion.⁽¹⁾ To this end, a huge amount of information on traders' part in line with the reviews made by consumers may render consumers unable to process all chunks of information,⁽²⁾ then if they could wrong decisions are likely to have taken place, particularly when peer-consumers' reviews are taken into consideration as it is likely.

In practice, many forms and situations are found to produce unauthentic reviews, as discussed by literature. They all potentially leave no more than a bad impact on consumers, and particularly on their right to obtain reliable information in general. The most negatively affecting one on consumers is known as '*fake reviews*'. They are meant to be those reviews that are not submitted by real consumers of actual experience, or they are made by consumers but submitted otherwise honestly, with taking two forms; one is shaped in a form of *positive fake review* directed by a business or online shoppers to praise a product or service of a company otherwise the reality, aiming at promoting a business. In this way, *positive fake reviews* are close enough to be considered as a form of commercial communications, then to be subject to advertising regulations.⁽³⁾ The other type take a form of *negative fake review* to likely be made by a business or online reviewers intentionally or for a personal gain, as if they were ex- employees of a business, aiming

←

for Consumers and Markets' Better Regulation Executive, Department for Business, Enterprise & Regulatory Reform URN 07/1553.

- (1) Jane Kaufman Winn, and Jens Haubold, 'Electronic Promises: Contract Law Reform and E-Commerce in a Comparative Perspective' (2002) 27(5) Entertainment Law Review 574, 577. Natali Helberger, 'Form matters: Informing Consumers Effectively' (Institute for Information Law (IViR), University of Amsterdam, 2013) 12-13. Available at: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/Form_matters.pdf>, last visit 4 May 2022.
- (2) Martin Ebers, 'Information and Advising Requirements in the Financial Services Sector: Principles and Peculiarities in EC Law' (2004) 8(2) Electronic Journal of Comparative Law 8, 8.
- (3) Juan María Martínez Otero, 'Fake Reviews on Online Platforms: Perspectives from the US, UK and EU legislations' (2021) Springer Nature Switzerland 181, 189.

at striking a rival in the market and harming its reputation.⁽¹⁾

Lack of reviews is another defect and barrier that somehow ceases the review system from working properly and efficiently.⁽²⁾ There is the case where most consumers are refrained from making reviews due to the restrictions imposed by traders, depending on the working system whether it is an open system or a closed system, as explained earlier. Not only the working system is what causes the issue, but also the way the traders deal with submitted reviews, as many submitted reviews remain unpublished in the system deliberately,⁽³⁾ and others might have been published but with the power accorded to the traders, they are removed afterwards. Then, lack of reviews will lead to stopping authentic information from the growth in the system, and only reviews that are in favor of businesses are to be left behind.

There is also the case where *biased reviews* come up into the system. They are not biased because they are made by traders or consumers for a personal gain, as these forms would be counted *positive or negative fake reviews*, depending on the content, but they are biased because they are made by those consumers who are likely to be affected by bias reviews in the system. Then, they are likely to write reviews that do not match their experience or opinion about a product or service. Instead, they unknowingly go with the flow causing the issue of spreading inauthentic reviews, in particular when the affecting reviews are not authentic.⁽⁴⁾

Finally, *anonymous reviews* create another concern for the review system. These reviews are basically made by people with their real names kept unrevealed, or submitted under fake names. This issue does not exist with the closed review system in operation, as the real name of the purchaser is always required

(1) Ferreira (n 8) 42. See also, Online Reviews and Endorsements (n 11) 22. See also, Luca M, Zervas G. Fake it Till You Make it: Reputation, Competition, and Yelp Review Fraud (2016) 62(12) Management Science 3412, 3419-3420.

(2) Ferreira (n 8) 42.

(3) Đurovića and Kniepkampa (n 13) 129.

(4) Ferreira (n 8) 40-41.

before any approval is given for publication. However, with the open review system the issue remains unsolved. And it is arguably not a solution to recommend removal of such reviews, or to encourage consumers not to adopt them. Yet, it is possible to see some of these reviews being stated on factual basis to reflect the reality of a business, but under various factors their owners have preferred not to make submissions under their real names.⁽¹⁾



(1) Ferreira (n 8) 50-51.

3. Consumers' Online Reviews under Iraqi and Modern Legislation

3. 1. Online Consumers' Reviews and the Case of Iraqi Consumers

Before any attempt is made to explore the pertinent legal rules, or the rules laid down specifically in the comparative legislation for the matter, it is plausible to point out here that in Iraqi and Kurdistan Region, as the case of most developing countries in the region, it is extremely difficult to put forward deep rooted legal solutions for the issues arising from the online reviews, unlike the case of most developed countries. In support of this argument, two major factors come into the mind; one factor has a connection with the geographical location of the businesses running and having control over online review sites, and the other one concerns with the capacity of the Iraqi consumers to properly use the online review system, or to make proper online reviews.

Back to the first factor, most universal giant companies that sell their branded products and services online, and have consumers' reviews published on their websites, are actually located outside Iraq, including Apple company, smartphone applications companies such as Meta, and companies of Internet of Things products (IoT). Thus, any proposed legal solution to any related reported issue is deemed to have no effect in practice, especially if that solution is to require the outside based company to intervene. As a general rule, the states have no power to oblige private international business entities by their own national laws, as long as the principle of territoriality of laws is in force. However, this does not suggest that our possible legislative attempts, if made, will completely be dispensable and out of benefits. Yet, there are many small local businesses in the region operating their online review services for their products and services, including food shops, restaurants, tourism agencies, and cars dealers, either on their websites or on their official pages on social media platforms such as Facebook, Instagram, Twitter and Snapchat.

With regards to the second factor, a better use of online reviews

requires a consumer of ability to read, understand and then write reviews, as a matter related to the minimum level of literacy required in this context.⁽¹⁾ However, the vast majority of consumers' online reviews, especially those made on commodities of outside based companies, are submitted in English language. This may leave the Iraqi consumers in general with no interaction. With bearing in mind, the English published reviews are yet capable of being automatically translated to the language of consumers where it is recognized. Meaning that, consumers of ability to read and write in Arabic language are able to choose the translation option for understanding matters, but those who have no ability to do so, as it is the case of many Kurds, remain completely passive and with no contribution as long as the Kurdish language is unrecognized to the online platforms at present, unlike Arabic language.

This suggests that there is room for the Iraqi consumers to involve with the online review system. Yet, they are able to read reviews published in English by using translation option. They also have the ability to send out reviews in Arabic onto online review platforms, if allowed. Thus, a possible contribution from the Iraqi consumers is arguably higher with local online review platforms than those in operation by outside commercial players, as the case of consumers in most developing countries worldwide.

3. 2. Consumers' Online Reviews under Pre- contractual Information Provisions

Many pre- contractual issues are arguably dealt with properly by comparative laws. As a general rule, when information is manipulated by a party to a contract on whatever manner, remedies are provided for the aggrieved party to redress the issue. Hence, consumers' online reviews constitute no more than a part of the pre-contractual information, along with the information made available by traders. Then, any manipulation or breach occurs on that part, shall make pre-contractual provisions relevant to apply. However, critically assessing the extent to which the laws in Iraq, United

(1) On consumers' literacy see: Deane (n 2) 20-21.

Kingdom and other developed countries cover the issue remains as main task.

From the Iraqi Law part, there are no explicit provisions or self-regulations touching on the issue directly. Rather, there are pre-contractual provisions under various laws, to offer, what could arguably constitute, partial solutions to the matter. One example of the laws is the *Iraqi Consumer Protection Law No (1) 2010*, where several Articles are set out to cover issues of pre-contractual information. The pertinent rules begin with Article 6 (1) (B) to grant consumers the right to obtain (complete information about the quality of products, sound manners of use, manners of receiving the service), if they could not, then they are granted the right to fully or partially return the product back to the supplier, in addition to the compensation before civil courts if they have suffered any damage.⁽¹⁾ Yet, this Article has no clear link with consumers' reviews, returning the product back to the supplier when a breach occurred suggests that information is required from a trader, and so the breach is committed by him, and not from a third party as the case of consumers' reviews, unless if it is proved that the reviews are faked by the trader. Then, the Article tacitly tackles issues of fake reviews made by traders.

A better approach to the matter is found in Article 9 of the foregoing law, where traders are prohibited from committing a fraud, misleading and concealing information about the quality of goods and services. Accordingly, any form of misleading and fake information sent out via review platforms is to be counted as a breach. A similar provision is found under the fraud provision laid down in Article 121 (1) of *the Iraqi Civil Law No 40 1951*, where any form of false representation made by a party, including those shaped in online reviews, constitutes a fraud, and then suspends the contract upon the defrauded party's approval.⁽²⁾ The issue, however,

(1) The Iraqi Consumer Protection Law No (1) 2010, Article 6 (2).

(2) Omar Khalid Zorighat, *Electronic Commercial Contract, Sale Contract Over the Internet, Analytical Study* (1st edn, Alhamid 2007) 195; Nori Khatr & Adnan Al- Sarhan, *Civil*



remains embodied into the elements that are to be established by the claimant for an actionable fraud, which may be harder for consumers to establish in the case of online reviews than ordinary cases.⁽¹⁾

The approach of English Law to the matter is much clearer than Iraqi Law albeit not in a perfect way. What needs to be addressed here first are the relevant provisions laid down in *the English CPRs 2008*,⁽²⁾ that are believed to have a central role at present in regulating online consumers' reviews,⁽³⁾ and mostly with regards to reviews of fake content.⁽⁴⁾ The regulations mainly aim at prohibiting certain commercial practices that are likely to affect consumers by rendering them unfair, including any practice that is used contrary to the requirements of professional diligence, or materially distorts or is likely to materially distort the economic behavior of the average consumer with regard to the product.⁽⁵⁾ In connection with the matter, section (5) of *the English CPRs 2008* prohibits misleading actions to include the practice containing (false information and it is therefore untruthful) or the practice that is (in any way deceives or is likely to deceive the average consumer) or the practice concerning (any marketing of a product), or the practice

←

Law, Sources of the Rights in Personam, Obligations: A Comparative Study (Dar Al-thaqafa Li-Nashr Wal-Tawzi 2005) 147; Ghany Hsson Taha, Al-Wagiz in the General Theory of Obligation, the First Book, Sources of the Obligation (Matbat ALMarf 1971) 200-201.

- (1) Misrepresentation forms cannot be operative unless the defrauded party shows that such misrepresentation has led to grievous lesion (injury), and the other party was aware of fraud or could have easily known. See the Iraqi Civil Law No (40) 1951, Article 21, See also; Riadh Abo-Saeda, 'The Obligatory Power of the Contract and the Widen Concept of Lesion' (2011) 11(1) Journal of Kufa for Legal and Political Sciences 6, 49- 54.
- (2) The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008.
- (3) Đurovića and Kniepkampa (n 13) 140.
- (4) See, Barbara Blasco, 'Unfair Commercial Practices, Spam and Fake Online Reviews. The Italian Perspective and Comparative Profile' (2018) 24 Comparative Law Review 131, 149-154.
- (5) The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, Section 3 (3) (a, b). See also, Willem H. van Boom, 'Unfair Commercial Practices', in: Christian Twigg-Flesner (ed.), Research Handbook on EU Consumer and Contract Law (Research Handbooks in European Law Series), Cheltenham: Edward Elgar 2016, 388-405.

that (causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision he would not have taken otherwise).⁽¹⁾

As a result, all commercial sites have to comply with that provision, simply by committing not to use the review system to send false information or to deceive consumers in any way, and not to use reviews in the way that causes, or is likely to cause average consumers to make transactions they would not have made otherwise, no matter whether these sites are selling goods and services or special sites for providing review services.⁽²⁾ For instance, TripAdvisor as a special online site for consumers' review services, was confirmed in 2012 by *the Italian Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio* as a trader within the meaning of the EU Unfair Commercial Practices (UCPD), and accordingly is obliged to comply with its provisions.⁽³⁾

Finally, under Section (3) of *the English CPRs 2008*, as directly relevant to an aspect of online reviews,⁽⁴⁾ it is considered unfair commercial practice and then prohibited in all circumstances (falsely representing oneself as a consumer). This Section addresses the case where traders submit reviews with representing themselves as consumers, making either fake positive reviews for promotion purpose, or negative fake reviews for targeting rivals in the market.

Over years, there have been various legal cases reported across EU countries where practices of online review sites were held unfair according to pertinent Unfair Commercial Practices Acts. One example was a decision made by the Italian Competition Authority (ICA) in 2014 against the TripAdvisor Media Group because of posting misleading reviews on its site, due to the lack of clarity regarding the sources of users to constitute a breach of the Italian Consumer Law.⁽⁵⁾ In 2018, the German Higher Regional

(1) Ferreira (n 8) 47.

(2) Online Reviews and Endorsements (n 11) 38.

(3) Case C-453/10 Pereničová and Perenič [2012] ECLI: EU: C: 2012: 144, para 39. Cited in; Đurovića and Kniepkampa (n 13) 140.

(4) Đurovića and Kniepkampa (n 13) 142.

(5) TripAdvisor LLC and TripAdvisor Italy S. r. l. Cited in; Biffaro, Luca, 'Unfair



Court of Frankfurt held that transferring likes and reviews on a website of a local restaurant after it has changed its franchise system is to be counted deceive and misleading commercial practice.⁽¹⁾ Similarly, another German case was settled before the Higher Regional Court of Düsseldorf in 2013, when the court ruled that 'the overall impression of the published reviews does not match the result of all submitted reviews, constituting a prohibited misleading practice'.⁽²⁾

3. 3. Consumers' Online Reviews under Unfair Contract Terms Legislation

A contract term is to be held unfair and therefore not binding for consumers, in the meaning of Article 3 (1) of *the EU Directive 93/13/EEC on Unfair Terms in Consumer Contracts*, (if it has not been individually negotiated, contrary to the requirement of good faith, causing a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer). Often, these terms are drafted in advance by traders to leave consumers with no ability to influence the substance of the terms, particularly in the context of standard contracts.⁽³⁾

Regarding online reviews, unfair contract terms are deemed to be relevant to focus on in two scenarios; one scenario is the case when the trader includes the contract with a clause that restricts or prevents consumers from submitting online reviews, irrespective of whether the review is to be positive or negative.⁽⁴⁾ Amazon, for

←

Commercial Practices and Online Consumer Reviews: the Italian Tripadvisor Case' (2015) 1 Antitrust & Public Policies 2.

- (1) LG Frankfurt WRP 2018, 1107. Cited in; Đurovića and Kniepkampa (n 13) 141.
- (2) OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. 02. 2013 - I-20 U 55/12, paras 1, 6-8, 28-32. Cited in; Anna Hankel, Trustworthy Versus Fake Reviews on Online Marketplaces and Review Platforms – Time for the EU to Regulate Transparency of Review Systems? (Master dissertation, University of Malta 2020) 42-43.
- (3) The EU Directive 93/13/EEC on Unfair Terms in Consumer Contracts, Article 3 (2). See also, Alexandra Sims & Louise Mara, 'Unfair Online Contract Terms in New Zealand: Evaluating the Effect of Regulatory Change' (2016) 24 Competition & Consumer Law Journal 128, 135.
- (4) Đurovića and Kniepkampa (n 13) 143.

instance, exclusively allows incentivized reviews to be published on its website, those that are positively made to encourage and motivate users making transactions with businesses mentioned by the reviewers, leaving the dark side of these businesses to be missing by the content of the reviews, as an outcome of a pre-formulated term inserted into the contract by the company.⁽¹⁾ On contrary, TripAdvisor does not allow incentivized reviews to be published on its website,⁽²⁾ although these reviews may not cause any harm, as pointed out,⁽³⁾ as they are mostly appropriate to the value of transactions. The other scenario, although it is less likely to happen, is the case when the trader imposes a clause on the consumer, forcing him to make a positive review about trader's products and services.

Remarkably, *the Iraqi Consumer Protection Law No (1) 2010* does not introduce any provisions with regards to the unfair contract terms, leaving the matter to be judged by the general principles in the Civil Law. According to Article 167 (2) of *the Iraqi Civil Law No 40 1951* (with a contract of adhesion which has been concluded and contained arbitrary conditions, the court may amend or relive the adhering party of the obligation to perform these conditions in accordance with the principle of equity, every agreement otherwise will be null and void). Yet, it is not clear whether the Iraqi courts are likely to consider the terms restricting consumers from making online reviews as unfair terms, as this depends on the discretionary authority of each court. It is also plausible to argue that these terms are less likely to be counted unfair by the Iraqi courts as long as they do not often cause significant imbalance between the parties in the rights and obligations, as the common element of testing

(1) See Amazon available at:

< <https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=G3UA5WC5S5UUKB5G>>, last visit 5 May 2022.

(2) See Tripadvisor content available at:

< <https://developer-tripadvisor.com/content-api/>>, last visit 5 May 2022.

(3) Đurovića and Kniepkampa (n 13) 144.

unfairness of contract terms worldwide,⁽¹⁾ along with other elements as to whether the term is reasonably necessary to protect a legitimate interest of the party who would be privileged by the term, and whether the term causes harm to the consumer when it is applied or relied on.⁽²⁾

In England, *the Consumer Rights Act 2015* is in force to cover issues of unfair contract terms in consumers' contracts. Section 62 (4) of the Act, similarly to the concept stated earlier, holds a term as unfair (if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer). Schedule 2 of the Act provided a list of explicit terms that are likely to be regarded unfair by English courts, including (a term which has the object or effect of inappropriately excluding or limiting the legal rights of the consumer in relation to the trader or another party in the event of total or partial non-performance or inadequate performance by the trader of any of the contractual obligations).⁽³⁾

Hence, it might be logical to argue that any term restricting or preventing consumers from using the online review system, shall be considered as unfair, and therefore unbinding for consumers, as long as it limits the right of consumers to information. Apparently, this argument is not quite easy to be accepted by courts as it appears at first glance. Certainly, constraints made on the right to submit online reviews can never harm the right to information of the party who would be restricted from making reviews by a term. Yet, that party is able to make use of the review system by collecting information from published reviews, albeit this would definitely have a long term impact on the right to information of consumers at

(1) Hans-Wolfgang Micklitz, Przemyslaw Palka and Yannis Panagis, 'The Empire Strikes Back: Digital Control of Unfair Terms of Online Services' (2017) 40 (3) *Journal of Consumer Policy* 367, 373.

(2) See elements of testing unfairness of contract terms detailed in; Jeannie Paterson, 'The Australian Unfair Contract Terms Law: The Rise of Substantive Unfairness As a Ground for Review of Standard form Consumer Contracts' (2019) 33 *Melbourne University Law Review* 934, 942-945.

(3) *The Consumer Rights Act 2015*, Schedule 2, Paragraph 2.

large, as it would prevent authentic information from coming up onto the review websites for the benefit of consumers. Furthermore, even if the term is found affecting a possible legitimate right of the consumer, could possibly be the right to freedom of contract, it is yet not enough to consider it unfair unless if it causes a significant imbalance between the parties in the rights and obligations to the detriment of the consumer. In practice, it is unlikely to find a term restricting the right to submit reviews causing the significant imbalance required for testing unfairness of the contract terms, and therefore,⁽¹⁾ the English courts are unlikely to interpret such clauses as unfair terms under provisions of *the Consumer Rights Act 2015*.

In the United States of America, Congress enacted an important law in 2016 under name *the Consumer Review Fairness Act of 2016*, making a turning point in the way the laws deal with clauses that bans consumers from assessing goods and services via online review mechanisms, creating an immediate stop to any attempt by traders to include contracts with prohibitions clauses on consumers' reviews. This Act is basically introduced in response to the increased use of contract clauses by online companies to restrict consumers from submitting honest reviews onto the review sites.⁽²⁾ In this way, the Act leaves no room for any controversy or reluctance before courts to hold such clauses as unfair terms.

In Section 2 of the Act, two important definitions are introduced; first one is of covered communications set out in subsection (A) (2) to have the meaning of (a written, oral, or pictorial review,⁽³⁾ performance assessment of, or other similar analysis of, including by electronic means, the goods, services, or

(1) Durovića and Kniepkampa (n 13) 143-144.

(2) Bureau of Consumer Financial Protection, 'Unfair and Deceptive Acts or Practices That Impede Consumer Reviews' (2022) Compliance bulletin, Billing Code: 4810-AM-P, Bureau of Consumer Financial Protection, 12 CFR Chapter X, 2. Available at:

<<https://www.consumerfinance.gov/compliance/supervisory-guidance/cfpb-bulletin-2022-05-unfair-deceptive-acts-or-practices-that-impede-consumer-reviews/>>, last visit 5 May 2022.

(3) According to Section 2 (4) of The Consumer Review Fairness Act of 2016 (The term "pictorial" includes pictures, photographs, video, illustrations, and symbols).

conduct of a person by an individual who is party to a form contract with respect to which such person is also a party). Meaning that, covered communications almost encompasses all issues that matter consumers with the review system, no matter the form of reviews whether it is a written statement or oral, and the manner on which reviews are to be submitted whether by electronic means or traditional means. The second definition is of a form contract laid down in Section 2 (A) (3) (A) to mean (A contract with standardized terms- (i) used by a person in the course of selling or leasing the person's goods or services; and (ii) imposed on an individual without a meaningful opportunity for such individual to negotiate the standardized terms). This is the exact definition of the standard contract introduced by most laws around the globe.

Regarding online reviews, Section 2 (B) (1) of the Act renders a provision of a form contract as void from the inception of such contract if such provision ((A) prohibits or restricts the ability of an individual who is a party to the form contract to engage in a covered communication) B) imposes a penalty or fee against an individual who is a party to the form contract for engaging in a covered communication; or) C) transfers or requires an individual who is a party to the form contract to transfer to any person any intellectual property rights in review or feedback content...).

As a result, companies no longer have power to introduce contract clauses that affect or limit the ability of consumers to engage in all forms of online reviews. Not only clauses that prevent consumers from submitting online reviews, but also those clauses that impose a penalty or fee upon a contracting party for engaging in an online review, and those clauses that transfer or require the contracting party to transfer any intellectual property rights in review or feedback content. And if such a clause found in a form contract, it shall be regarded unfair by the court without any reluctance, and therefore the term is to be counted void.

However, *the Consumer Review Fairness Act of 2016* has several limitations; the most obvious one is the case of exceptions set out in the Act, and other flaws that may need to be subject to

further amendments in the future.⁽¹⁾

3. 4. Consumers' Online Reviews under E-Commerce Legislation

Perhaps, electronic commerce laws basically regulate business to business contracts in online dealings. Hence, online review platforms are to be considered as online commercial players on the Internet, and therefore, they are yet required to comply with provisions of e-commerce legislation where relevant.

In Iraq, there are no explicit or self-regulations concerning e-commerce at present. At present, *the Iraqi Commerce Law No 30 1984* is the only law that regulates business to business relationships, determining their rights and duties under the law, but has nothing to do with e-commerce. Similarly, *the Iraqi Law of E-Signature and E- Transactions No 78 2012* does not introduce any relevant provisions to the issues arising from consumers' online reviews. Therefore, the Iraqi Law has completely no role to play regarding the regulation of online reviews by e-commerce provisions.

In England, *the Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002* offer valuable insights about the liability of online review platforms, as far as they are generally considered as providers of information society services in the meaning of the regulations. Information society services are defined in Section 2 (1) of the regulations to mean (any service normally provided for remuneration, at a distance, by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and at the individual request of a recipient of a service).

Relevant provisions to online reviews can be found in several Sections. Firstly, the online platform shall clearly make available to the recipient the identity of the service provider, and other important information about its location, working scheme and emails. These pieces of information help consumers to clearly identify the party who provides online review services, then any

(1) Barnes (n 1) 585-586.

possible misleading actions in that regards would likely be avoided.⁽¹⁾ Secondly, online platforms are further obliged to (ensure that any commercial communication provided by him and which constitutes or forms part of an information society service shall be clearly identifiable as a commercial communication). This provision has a direct connection with the case where the service provider uses online review platforms as forms of advertising.⁽²⁾ If he does then he is required to make that clear for consumers, so that there would be no impression that reviews are provided by a third party, and then it is likely that consumers would not be affected by the reviews shaped in an advertising form.

3. 5. Consumers' Online Reviews under EU Omnibus Directive

As known the New Deal for Consumers, the European Parliament and the Council of Europe adopted a new Directive 2019/2161,⁽³⁾ aiming at strengthening EU consumers' protection in the era of digital market. It is for the first time an EU consumer directive frankly addresses issues of online reviews, especially in terms of providing obligations for online traders to protect consumers from fake reviews and endorsements.⁽⁴⁾ Thus, a crucial protection level of a direct connection to online reviews is to be provided for EU consumers, after the directive is implemented into national laws of member states of the European Union.⁽⁵⁾

The online reviews rules laid down in the directive are; Firstly, Recital 47 obliges traders who provide access to consumers' online

(1) The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002, Section 6.

(2) The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002, Section 7.

(3) Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules.

(4) Đurovića and Kniepkampa (n 13) 143-147.

(5) According to Article 7 (1) of the Directive (By 28 November 2021, Member States shall adopt and publish the measures necessary to comply with this Directive. They shall immediately inform the Commission thereof. They shall apply those measures from 28 May 2022).

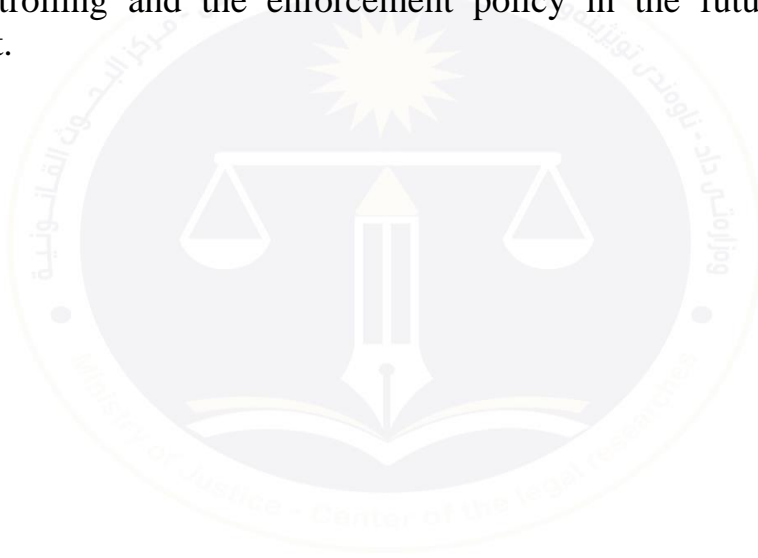
reviews (to inform consumers whether processes or procedures are in place to ensure that the published reviews originate from consumers who have actually used or purchased the products). If such process or procedures are in place, then traders have a duty (to provide information on how the checks are made and provide clear information to consumers on how reviews are processed). Furthermore, if traders stated that (reviews of a product were submitted by consumers who actually used or purchased that product when no reasonable and proportionate steps were taken to ensure that they originate from such consumers, Such steps could include technical means to verify the reliability of the person posting a review, for example by requesting information to verify that the consumer has actually used or purchased the product), this act shall be considered as (an unfair commercial practice to mislead consumers), and therefore has no binding effect on consumers. However, any successful attempt in this regard primarily depends on developing technical steps that may help traders detecting fake reviews, in particular with the open review system. Otherwise, these provisions are deemed to be dispensable with no valid effect on the whole system.

Secondly, Recital 49 directly protects consumers from fake reviews by (prohibiting traders from submitting fake consumer reviews and endorsements, such as 'likes' on social media, or commissioning others to do so in order to promote their products, as well as from manipulating consumer reviews and endorsements, such as publishing only positive reviews and deleting the negative ones. Such practice could also occur through the extrapolation of social endorsements, where a user's positive interaction with certain online content is linked or transferred to different but related content, creating the appearance that that user also takes a positive stance towards the related content).⁽¹⁾

(1) Recital 48 of the directive preserves the right of traders to make what the directive called 'legitimate advertising practice', by stating (The provisions of this Directive addressing consumer reviews and endorsements are without prejudice to the common and legitimate



Yet, this directive mostly provides insights for a better duty of providing information rather than addressing steps that may bring issues of consumers' online reviews under the control from the technical prospective. The biggest challenge here is that these operating online review platforms are complicated and far from any possible forms of governmental controlling at present. Therefore, there is a need for further improvements in the government module of controlling and the enforcement policy in the future in that context.



←
advertising practice of making exaggerated statements or statements which are not meant to be taken literally).

4. Conclusion

This study concluded the following findings and remarks:

1- If it works properly, the online review system increasingly plays a significant role in providing factual and honest reviews about commodities in the market regarding latent defects in the products, their functioning, and quality of services provided, adding most reliable information for consumers to consider in making better purchasing decisions.

2- From a technical prospective, ambiguity in the way the online review system function, is the biggest challenge found facing an effective consumer protection policy at present, causing more harm than good on consumers' rights.

3- Fake reviews are the most detrimental forms of misusing online review platforms, especially reviews that are purposely faked by producers to misled consumers, and create a greater confusion for consumers before making purchasing decisions.

4- Unlike developed countries, any legislative attempt to regulating issues of online reviews in Iraqi and Kurdistan Region, will be limited to cases of local businesses involved with the review system, and the so the impact of the review system on Iraqi consumers is limited, as most reviews are made in English language and from outside commercial players.

5- Compared to pertinent Iraqi laws, the English CPRs 2008 have a better approach to tackling issues of online reviews by pre-contractual information provisions, as most forms of fake reviews from traders constitute unfair commercial practice by the meaning of the regulation, and shall be regarded unbinding for consumers.

6- Contract clauses restricting consumer's right to involve with online review schemes, are unlikely to be held unfair by courts in Iraq and England, as that restriction mostly does not produce significant imbalance between the contracting parties, as the main standard required under pertinent laws for testing unfairness of contract terms.

7- Contrary to the relevant Iraqi and English laws, the US Consumer Review Fairness Act of 2016 explicitly treats all types of

prohibition clauses on consumers' reviews as unfair and therefore unbinding for consumers.

8- Unprecedentedly, the EU Omnibus Directive directly regulates issues arising from consumers' online reviews, by imposing more information duties on producers to preserve the authenticity of reviews for the benefit of consumers, albeit the directive does not offer effective controlling measures for the issues. Meaning that, further improvements are to be made in the future.

Based on the findings, the study recommends the following provisions to any amendments to be made to the pertinent Iraqi and Kurdistan consumers' laws:

1- A provision to prevent local traders from submitting fake reviews over their online websites.

2- A provision to render fake reviews made by local traders over online platforms as unfair commercial practice, followed by giving a right to the consumers affected by fake reviews to claim for damages, return the product and claim for full refund.

3- A provision to oblige local traders to take necessary technical procedures to ensure that reviews are made by authentic consumers.

4- A provision to refrain local traders from putting restrictions on the right to use and submit reviews via contractual clauses, and render them unfair contract terms to produce no legal binding effects on consumers.

5- A provision to require local traders to provide technical features to help consumers report fake reviews, if applicable.

6- A provision to oblige local traders to remove reviews that are reported by consumers as fake reviews.

7- A provision to hold reviewers responsible for submitting fake reviews, followed by giving a right to the traders to claim for damages.

5. List of References

1- Books

- Khatr N & Al- Sarhan A, *Civil Law, Sources of the Rights in Personam, Obligations: A Comparative Study* (Dar Al-thaqafa LI-Nashr Wal-Tawzi 2005).

- Taha G, *Al-Wagiz in the General Theory of Obligation, the First Book, Sources of the Obligation* (Matbat ALMarf 1971).

- Zorighat O, *Electronic Commercial Contract, Sale Contract over the Internet, Analitical Study* (1st edn, Alhamid 2007).

2- Journal Articles

- Abo-Saeda R, 'The Obligatory Power of the Contract and the Widen Concept of Lesion' (2011) 11(1) Journal of Kufa for Legal and Political Sciences, (In Arabic).

- Barnes B, 'The Good, the Bad, and the Ugly of Online Reviews: The Trouble with Trolls and a Role for Contract Law After the Consumer Review Fairness Act' (2019) 53 Georgia Law Review 549.

- Blasco B, 'Unfair Commercial Practices, Spam and Fake Online Reviews. The Italian Perspective and Comparative Profile' (2018) 24 Comparative Law Review 131.

- Boom W, 'Unfair Commercial Practices', in: Christian Twigg-Flesner (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law* (Research Handbooks in European Law series), Cheltenham: Edward Elgar 2016.

- Chen Y and Xie J, 'Online Consumer Review: Word-of-Mouth as a New Element of Marketing Communication Mix' (2008) Management Science.

- Deane H, 'Strengthening the Marketplace Through a Consumer Protection Framework for Consumer Online Reviews', Consumers Council of Canada, 2016. Available at:

< <http://www.ic.gc.ca/app/oca/crd/dcmnt.do?id=4781&lang=eng> >

- Đurovića M and Kniepkampa T, 'Good Advice is Expensive – Bad Advice Even More: The Regulation of Online Reviews' (2022)

14 (1) Law, Innovation and Technology 128.

- Ebers M, 'Information and Advising Requirements in the Financial Services Sector: Principles and Peculiarities in EC Law' (2004) 8(2) Electronic Journal of Comparative Law.

- Ferreira P, 'Reviews and Endorsements in Online Marketplaces and Consumer Protection' (2020) Yearbook of the NOVA Consumer Lab 35.

- Helberger N, 'Form matters: Informing Consumers Effectively' (Institute for Information Law (IViR), University of Amsterdam, 2013). Available at:

< [https://www. ivir. nl/publicaties/download/Form_matters. pdf](https://www.ivir.nl/publicaties/download/Form_matters.pdf)>

- Luca M, Zervas G, 'Fake it Till you Make it: Reputation, Competition, and Yelp Review Fraud' (2016) 62(12) Management Science 3412.

- Micklitz H, Palka P and Panagis Y, 'The Empire Strikes Back: Digital Control of Unfair Terms of Online Services' (2017) 40 (3) Journal of Consumer Policy 367.

- Narciso M, 'The Unreliability of Online Review Mechanisms' (2021) Journal of Consumer Policy. Available at:

<[https://link. springer. com/article/10. 1007/s10603-022-09514-7](https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-022-09514-7)>

- Otero J, 'Fake Reviews on Online Platforms: Perspectives from the US, UK and EU Legislations' (2021) Springer Nature Switzerland 181.

- Paterson J, 'The Australian Unfair Contract Terms Law: The Rise of Substantive Unfairness as a Ground for Review of Standard form Consumer Contracts' (2019) 33 Melbourne University Law Review 934.

- Sims A & Mara L, 'Unfair Online Contract Terms in New Zealand: Evaluating the Effect of Regulatory Change' (2016) 24 Competition & Consumer Law Journal 128.

- Valant J, 'Online Consumer Reviews the Case of Misleading or Fake Reviews', European Parliamentary Research Service, 2015

Briefing, PE 571. 301.

- Winn J, and Haubold J, 'Electronic Promises: Contract Law Reform and E-Commerce in a Comparative Perspective' (2002) 27(5) Entertainment Law Review 574.

3- Online Materials

- What You Need to Know About: Online Review- A Guide for Business and Review Platforms, (2013) Australian Competition and Consumer Commission. Available at:

<<https://www.accc.gov.au/system/files/Online%20reviews%E2%80%94a%20guide%20for%20business%20and%20review%20platforms.pdf>>

- Consumer Rights and Online User Reviews: Need for Action, Series of Papers on "Competition and Consumer Protection in the Digital Economy" (2020) Bundeskartellamt (The German Cartel Office). Available at:

<https://www.bundeskartellamt.de/EN/Consumer_Protection/Proceedings/proceedings_node.html>

- Online Reviews and Endorsements, Report on the CMA's call for information (2015) UK's Competition & Market Authority. Available at:

<<https://www.gov.uk/cma-cases/online-reviews-and-endorsements>>

- Amazon available at:

<<https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=G3UA5WC5S5UUKB5G>>

- TripAdvisor content available at:

<<https://developer-tripadvisor.com/content-api/>>

- Bureau of Consumer Financial Protection, 'Unfair and Deceptive Acts or Practices That Impede Consumer Reviews' (2022) Compliance bulletin, Billing Code: 4810-AM-P, Bureau of Consumer Financial Protection, 12 CFR Chapter X. Available at:

<<https://www.consumerfinance.gov/compliance/supervisory-guidance/cfpb-bulletin-2022-05-unfair-deceptive-acts-or-practices->

[that-impede-consumer-reviews/>](#)

4- Other Materials

- Hankel A, Trustworthy versus fake reviews on online marketplaces and review platforms – Time for the EU to regulate transparency of review systems? (Master dissertation, University of Malta 2020).

- Great Britain. Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform, Great Britain. Better Regulation Executive, National Consumer Council, 'Warning: Too Much Information Can Harm: an Interim Report by the Better Regulation Executive and National Consumer Council on Maximising the Positive Impact of Regulated Information for Consumers and Markets' Better Regulation Executive, Department for Business, Enterprise & Regulatory Reform URN 07/1553.

5- Iraqi Legislation

- The Iraqi Civil Law No. 40 1951 (As amended).
 - The Iraqi Commerce Law No. 30 1984.
 - The Iraqi Consumer Protection Law No. (1) 2010.
 - The Iraqi Law of E-Signature and E- Transactions No. 78 2012.

6- English legislation

- The Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002.
 - The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008.
 - The Consumer Rights Act 2015.

7- USA Legislation

- The Consumer Review Fairness Act of 2016.

8- EU Directives

- The EU DIRECTIVE 93/13/EEC on Unfair Terms in Consumer Contracts.

- Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better

enforcement and modernisation of Union consumer protection rules.



Abstract

This research paper attempts to address the issues arising from consumers' online reviews, as well as the possible impact may these consumers' reviews have on consumers' rights at large. Perhaps, online review platforms are found to produce positive impact on consumers, by providing them with authentic information to rely on in making wise purchasing decisions. In practice, however, there have been many cases of misusing online review platforms, mostly by traders, creating heavy impact on consumers, and therefore shifting the review system from a third party tool to help consumers making informed decisions, to a marketing technique used by traders to increase the business's reputation. This study aims at finding possible legal solutions for the issues of online reviews, by offering in-depth analysis to the pertinent Iraqi laws and laws of other developed countries, contributing to clearly deliver a universal and comprehensive legal framework for the matter, by adopting the comparison approach. Apparently, the task is not easy as the review system is yet a great legal grey area in today's literature.

پوخته

ئەف قەكولینه هەول ددەت تیشكى بئخیتە لسەر وان ئاریشهیپن پەیدا دبن ژهەلسەنگاندنپن بكاربهەر ئەنجام ددەتن بریکین ئەلکترونی لسەر كەل وپەل وخزمەتان، دگەل دەست نیشانکرنا کارتیکرنپن فان هەلسەنگاندنن لسەر مافپن بكاربهەران بشیوهیهکی گشتی، ئەو پلاتفورمپن ئەلکترونی یپن تایبەت ببهلافهکرنا پیداجوونپن بكاربهەری یپن ئەلکترونی دبنهردا هاتینه دروست کرن ژبوو دروست کرنا کاریگهیهکا ئهريپن لسەر مافپن بكاربهەران، بریکا پەیدا کرنا پیزانینپن راست ودروست لسەر كەل وپەل وخزمەتان ژبوو پشت بهستن لسەر بهیتە کرن ددەرکرنا بریارپن دروست دهربارهی کرینپ. بهلی دواقعی دا گەلەك جورپن خراب بكارئینانا فان پلاتفورمان دهینه دیتن بتایبەتی ژلایپ بازارگانان فه، کو دبیتە ئەگهري دروست کرنا کارتیکرنهکا بهروفازی لسەر بكاربهەران، دهرئهناجم ئەف پلاتفورمه هاتینه فهگوهاستن ژنامیرهکی پیزانینا ددهستی کهسی سیی دا، بو ریکه ژریکپن بازارهکرني ددهستی بازارگانان دا ژبوو باش کرنا وینهیپ وان یی بازارگانپ. ئەف قەكولینه دی هەول ددەتن چارهسەریان ببینیتن لسەر وان ئاریشهیپن پەیدا دبن ژپیداجوونپن بكاربهەران یپن ئەلکترونی، بریکا شروفهکرنهکا هیر بو تیكستپن یاسای یپن تایبەتمەند لعیراقی ووهلاتپن پيشكهفتی، وهك ههولهك ژبوو دروست کرنا چارچوفهیهکی یاسایپ ژبوو حوکم کرنا بابەتی، ههلبەت ئەف ههوله بساناهی نینه ژبهەر کو سیستهمی پیداجوونپن بكاربهەران یپن ئەلکترونی هیشتا گەلەك نهرونی تیدا ههیه.

الملخص

تحاول هذه الدراسة التركيز على المشاكل التي تفرزها التقييمات والمراجعات الإلكترونية التي يجريها المستهلك على السلع والخدمات ويضعها على الوسائط الإلكترونية، مع تحديد التأثير المحتمل لهذه المراجعات على حقوق المستهلكين بصورة عامة. فالوسائط الإلكترونية المخصصة لنشر تلك المراجعات قد وجدت أساساً لخلق تأثير إيجابي على حقوق المستهلكين، وذلك من خلال تزويدهم بمعلومات دقيقة وصادقة للاعتماد عليها في اتخاذ قرارات واعية وحكيمة بخصوص الشراء. مع ذلك في الواقع العملي ظهرت العديد من حالات سوء استخدام وسائط نشر مراجعات المستهلكين خصوصاً من طرف التجار لتخلق بذلك تأثيراً عكسياً على المستهلكين، ولتتحول بذلك تلك الوسائط من أداة تستخدم من قبل طرف ثالث لمساعدة المستهلكين في اتخاذ قرارات واعية، إلى مجرد أداة وتكتيك تسويقي يلجأ إليها التجار لتحسين صورتهم وسمعتهم التجارية. تهدف هذه الدراسة إلى إيجاد حلول قانونية محتملة للمشاكل التي ترافق مراجعات المستهلك الإلكترونية، وذلك من خلال التحليل المعمق للنصوص القانونية للقوانين المعنية في العراق وفي الدول المتقدمة، لتساهم بذلك الدراسة في رسم إطار قانوني عالمي وشامل ليحكم المسألة وذلك بالاعتماد على أسلوب المقارنة. مع ذلك لا تبدو المهمة سهلة حيث أن نظام عمل مراجعات المستهلك الإلكترونية لا يزال يكتنفه الكثير من الغموض في الدراسات الحديثة.

محتويات العدد

Researches In English

تويژينه وه كان به زمانى ئينگليزى

البحوث باللغة الإنكليزية

Consumers' Online Reviews A Critical Legal Issue for Consumers in the Era of Digital Marketing Iraqi Law and Modern Laws Compared and Contrasted17

Dr. Nazar Ameen Mohammed.....

