

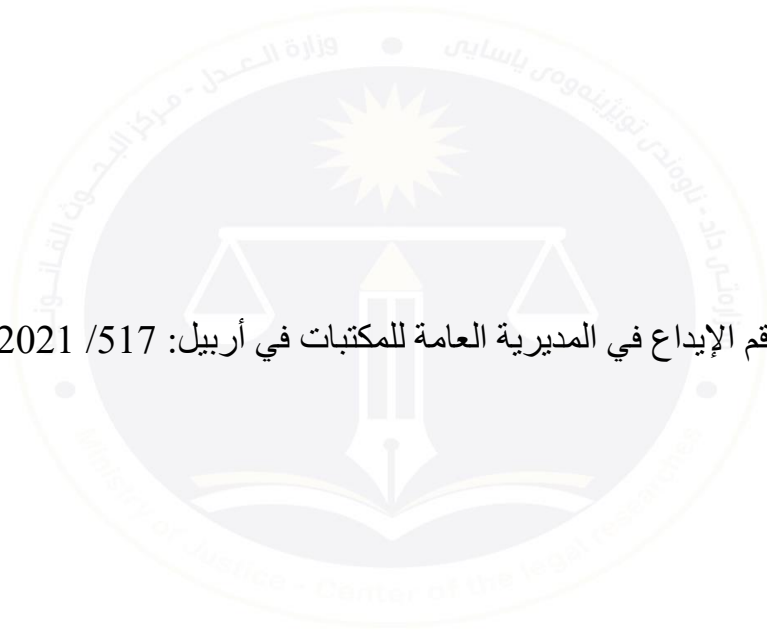


مَجَلَّةُ الْعَقْدِ الْاجْتِمَاعِيِّ

" گۆقاری گریبهستی کومه لایه تی "

" *Social Contract Journal* "

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



مَجَلَّةُ الْعَقْدِ الْأَخْتَابِيِّ

" 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 لایه ن اوهندی توژیینه وهی یاسایی له وهزاره تی دادی حکومه تی ههریمی کوردستان – عیراق دهرده چیت، که تایبه ته به بلاوکردنه وهی توژیینه وه و لیکۆلینه وهی یاسایی، به ههر سنی 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 الخامس / السنة الثالثة / نيسان (إبريل) 2023

ژماره ی پینجهم / سالی سینیهم / نیسانی 2023

Five issue/ Third year/ April 2023



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

گۆفاره‌که 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

تم اعتماد المجلة أكاديمياً - بصيغة أولية - من قبل وزارة
التعليم العالي والبحث العلمي في الإقليم بموجب الأمر الوزاري
المرقم 9930 /9 في تاريخ 2021 /7 /27
وتم اعتمادها بصيغة نهائية وفقاً للأمر الوزاري
المرقم 13561 في تاريخ 2022 /8 /17



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

ترسل جميع المراسلات إلى السيد رئيس التحرير

تطلب منشوراتنا خارج العراق 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. الدكتور سعدون العامري، رئيس قسم القانون الخاص، جامعة بغداد سابقاً، العراق.
9. المستشار الدكتور صالح إبراهيم الغيث، رئيس هيئة المستشارين في مجلس النواب ورئيس تحرير مجلة دراسات قانونية - البحرين.

10. المستشار الأستاذ الدكتور عادل الطبطبائي، المستشار بالديوان الأميري، وأستاذ القانون العام، وعميد كلية الحقوق بجامعة الكويت، الكويت.
11. الأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الرزاق محمود، أستاذ القانون الدولي العام، وكيل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في حكومة إقليم كردستان- العراق.
12. الأستاذ الدكتور علي هادي الهلالي، أستاذ القانون العام، وعميد كلية القانون، جامعة بغداد- العراق.
13. الأستاذ الدكتور فائق الشماع، أستاذ القانون التجاري المتمرس، جامعة بغداد - العراق.
14. الأستاذ الدكتور كارلوس فرناندث ليسا، أستاذ القانون الدولي العام والعلاقات الدولية، جامعة كارلوس الثالث في مدريد - اسبانيا.
15. الأستاذ الدكتور محمد حسن قاسم، عميد كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية - لبنان.
16. الأستاذ الدكتور محمد شلال العاني، أستاذ القانون الجنائي، جامعة الشارقة - الإمارات.
17. الأستاذ الدكتور منير منيروزمان، أستاذ القانون الدولي والأعمال، جامعة بورتسموت- المملكة المتحدة.
18. الأستاذ الدكتور هيثم حامد المصاروة، أستاذ القانون المدني، جامعة الملك عبد العزيز - السعودية.
19. الأستاذ الدكتور وليد الشناوي، أستاذ القانون العام، جامعة المنصورة - مصر.
20. 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 في وزارة العدل في الإقليم

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، إلا بموافقة خطية من رئيس التحرير.

7. ترسل البحوث مطبوعة، بصيغة وورد إلى إيميل رئيس تحرير المجلة، وينبغي مراعاة التصحيح الدقيق في النسخة المرسلة.
 8. أن يرفق الباحث سيرته الذاتية.
 9. أن يرفق الباحث ملخصاً عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغات العربية والكوردية والإنجليزية.
 10. المواد التي تتضمنها البحوث المنشورة تعبر عن آراء أصحابها، ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.
 11. ترسل البحوث إلى عنوان رئيس تحرير مجلة العقد الاجتماعي أو إيميل المجلة.
- ب- قواعد خاصة:
1. تخصص قائمة بالمراجع في آخر البحث، تتضمن جميع المراجع التي أشير إليها في المتن، وتوضع في صفحات مستقلة، على أن ترتب المصادر - والمراجع بدءاً بالمراجع العربية ثم المراجع الأجنبية.
 2. يشار إلى الهوامش بأرقام متسلسلة حسب 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 ومن 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 التقويمية للكتب حديثة النشر، أو قديمة النشر فيما لو اقتنعت هيئة التحرير بشراء 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

23 الافتتاحية كلمة الهيئة الاستشارية. ✍

27 كلمة هيئة التحرير. ✍

البحوث باللغة العربية

31 نقل التكنولوجيا وتحديات التنمية المستدامة للدول النامية

..... الأستاذ الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل

99 ضمان الجودة في التعليم القانوني "المعايير، التحديات، الحلول المقترحة"

..... الأستاذ الدكتور الشهابي إبراهيم الشراوي

159 الدوبلير السينمائي ومشكلة الملكية الفكرية

..... الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد، سانا كمال عبدالله

201 ضمانات كفالة حق التقاضي أمام هيئات مجلس الشورى لإقليم كردستان-العراق

..... الأستاذ الدكتور دانا عبدالكريم سعيد، پيمان طارق فارس

257 إشكالية الهوية الوطنية في العراق وسبل معالجتها

..... الأستاذة الدكتورة أفين خالد عبد الرحمن، رينجبر جميل شيخو

293 التأمين التكميلي في نطاق الرهن

..... الأستاذ الدكتور غني ريسان جادر

335 مفهوم المواطنة في الفكر الليبرالي

..... الدكتور لقمان عثمان أحمد، أحمد عبد الرسول جعفر

371 وقف خصومة التحكيم في القانون العراقي

..... نور عوني حسن، الدكتور عبدالله فاضل حامد

413 التنظيم القانوني لجريمة انتهاك جمالية المدن في التشريعات العراقية

..... مصطفى ناجي شنبوج

المقالات

439 الإرهاب وسياسة التجريم والعقاب

..... الأستاذة الدكتورة واثبه داود السعدي

451 في نظرية التدريجية والتفوق في القواعد الدستورية، مقارنة أولية

..... الأستاذ الدكتور شيرزاد أحمد أمين النجار

المقالات باللغة الكوردية

خويندنه وهيهك بۆ بېريانامه ي ژماره (2250) ي نهتهوه يه كگرتوووه كان و پۆلى
گه نجان له پروسه ي ناشتيدا 485

..... کرمانج عوسمان

ملخصات

الرسائل والأطاريح الجامعية المجازة

499 حقيقة القرار الإداري كمصدر للالتزام

..... حسيب صالح إسماعيل

503 الأمن القومي الكوردي وسبل حمايته جنائيا

..... مسعود حميد إسماعيل

507 الخصوصية الثقافية وأثرها على التنظيم القانوني لحقوق الإنسان

..... رسول محمد سعيد عبدالله

515 الحماية الدولية لضحايا الأعمال الإرهابية

..... زمن صعب سرحان الزبيدي

519 مسؤولية الإدارة عن تعويض ضحايا جرائم الإرهاب

..... محمد خورشيد توفيق

523 تنظيم المركز القانوني للمطور العقاري

..... داليا صالح غازي

البحوث والمقالات باللغة الإنكليزية

Crisis Biography The Oil and Gas Law Facts Documented to History.17

Mr. Farsat Ahmed Abdullah

An Attempt to Find a Legal Framework for Statelessness in

International Law49

Dr. Khalid Al-Saleem - Iman Abdullah Omer

الافتتاحية

كلمة الهيئة الاستشارية

تقوم نظرية العقد الاجتماعي على أن الدولة ظاهرة إرادية، إذ ترجع هذه النظرية نشأة الدولة إلى فكرة العقد أو الاتفاق، فنظرية العقد الاجتماعي قديمة قدم الفلسفة نفسها، وهي الرأي القائل ان الالتزامات السياسية للأفراد تعتمد على عقد أو اتفاق فيما بينهم لتكوين المجتمع الذي يعيشون فيه. وترتبط نظرية العقد الاجتماعي ارتباطاً صحيحاً بالنظرية السياسية الحديثة وقد منحها توماس هوبز أول عرض ودفاع كامل عنها ثم جاء بعده جون لوك، ثم استقرت النظرية عند جان جاك روسو، فحددت خصائصها وملامحها عنده، حتى أن النظرية هذه نسبت إليه عند إطلاقها، وتلقتها الشعوب الغربية بشغف بالغ باعتبارها كرد فعل على استبداد الكنيسة والملوك.

وقد صور هوبز حالة الفطرة بأنها حالة وحشية يسودها الخوف وانعدام الثقة المطلق بين الأفراد، وذلك مما جعله يؤسس نظريته على أساس الحكم المطلق أو الاستبدادي، إذ انه يرى أن ليس للشعب إلا اختيار أحد أمرين: إما الحكم المطلق في ظل المجتمع المنظم، وإما الفوضى العامة في حالة الفطرة، وهذا ما دفع الأفراد إلى الاتفاق فيما بينهم على التنازل عن جميع حقوقهم لصالح الحاكم المطلق الذي يملك جميع السلطات بحيث لا يمكن للأفراد مساءلته أو محاسبته طالما أنه ليس طرفاً في العقد.

وتبقى أهداف هوبز فردية النزعة، لأنه يريد أن يخضع الدين للدولة، كما أنه يرفض ثنائية الدولة والكنيسة التي يمكن أن تؤدي إلى أن يقوم الأفراد بتصرفات تخالف القانون السياسي نتيجة لتعاليم وأوامر الكنيسة.

أما جون لوك فقد أسس نظريته على أساس الحكومة القانونية المقيدة، إذ صور حالة

الفطرة أو الطبيعة بأن الأفراد كانوا يعيشون حياة حرة تسودها المساواة ويحكمها القانون الطبيعي، يؤيد ذلك أن الأفراد كانوا بخير في حالة الطبيعة، ومع هذا يجيب لوك قائلاً: لكنهم معرضين لبعض المنغصات التي يمكن أن تتفاقم، لذلك أرادوا الخروج منها إلى حياة فضلى في ظل المجتمع المدني المنظم فتعاقدوا مع الحاكم من خلال التنازل له عن بعض حقوقهم مقابل قيامه بأعباء الحكم من أجل حماية الحياة المنظمة الجديدة التي ينشدها بموجب العقد، وهذا يعني أن الحاكم طرف في العقد ومقيد ببوده، ويحق للأفراد الخروج عليه في حالة مخالفته العقد.

لذلك يمكن القول ان دولة لوك هي دولة الحكم الليبرالي، لأن مذهبه يقوم على تأكيد الثنائية الأساسية بين الفرد والدولة، فهو المؤسس الحقيقي للاتجاه الليبرالي الذي يهيمن على الفكر السياسي الغربي الحديث والمعاصر. وأهم ما يميز مذهب لوك هو السيادة المقيدة للممثل عن الأفراد، التي هي نتيجة تحفظات الأفراد على حقوقهم الطبيعية التي ثبتوها في العقد الاجتماعي، وهذا يعني أن حالة الطبيعة ستعايش جزئياً في الحالة المدنية أي في الدولة.

أما روسو فيرى - في كتابه العقد الاجتماعي - ان أسعد حالات البشرية يوم أن سادت القوانين الفطرية، إذ كانت الحياة تسودها الفضيلة، لأنها حياة طبيعية تقوم على أساس الحرية والمساواة، ولكن الحياة الفطرية امتد إليها الفساد بعد اكتشاف الآلة حتى ترتب عليه ظهور نظام الملكية الفردية وقيام التفاوت بين الأفراد في الثروات، فحدث التنافس والصراع والعداء، فانقلبت سعادة الأفراد إلى بؤس وانعدمت أسباب الحرية والمساواة، ولذلك فالدولة عند روسو شر لا بد منه، وتحول الحياة إلى الصناعة أوجد العقل الذي بدوره انتج الدولة التي تكون السيادة فيها للإرادة العامة للشعب التي تكونت من تنازل الأفراد للمجموع عن حقوقهم فاشتركت إرادة الأفراد في تكوين إرادة عامة مطلقة، ولها الحق في الحد من سلطة الحكومة، ولذلك للشعب الحق في استرداد السلطة التي أعطها للحكومة متى شاء، طالما أن الحكومة وكيل عن الشعب.

ولذلك يمكن القول إن طبيعة الدولة عند روسو هي الدولة الديمقراطية، لأنه يميز بين صاحب السلطان (السيادة) والحكومة، فصاحب السلطان هي الإرادة العامة التي تحدد القاعدة العامة وهي القانون، أما الحكومة فهي تتصرف أي تنفذ بواسطة قرارات خاصة القاعدة العامة أي القانون، فالحكومة - عنده - سلطة في خدمة الإرادة العامة، ويجب أن تقام، - كما يقول روسو -، بطريقة بحيث إنها تنفذ دائماً القانون ولا تنفذ أبداً غير القانون.

وعلى الرغم من أهمية نظرية العقد الاجتماعي لدى الغرب، لما لها من أثر في التأكيد على حرية الإنسان وحقوقه في المجتمع فضلاً عن أنها بمنزلة طوق النجاة للمجتمع الغربي لأنها جاءت بديلاً عن النظريات الثيوقراطية إذ وضعت حداً لطغيان الكنيسة واستبدادها، إلا إنها بالنسبة لمجتمعنا العربي والإسلامي قد تبدو نظرية خيالية وغير واقعية.

ولأن النظرية قدمت تصوراً خيالياً لنشوء المجتمع المنظم، لاقت شهرة كبيرة، وقد أجاد القائمون على إدارة هذه المجلة تبني هذا الاسم، وقد انتشرت مجلة العقد الاجتماعي بشكل واسع فاق كل التوقعات، والفضل يعود لله عز وجل أن وفق للمجلة أشخاص أجادوا في حسن سيرها، راجياً المولى العلي القدير أن يأخذ بأيديهم ويوفقهم إلى سواء السبيل.

الأستاذ الدكتور

محمد شلال حبيب العاني

أستاذ القانون الجنائي، جامعة الشارقة

الإمارات العربية المتحدة



كلمة هيئة التحرير

نشد مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان العراق، أن يُقدّم مجلة العقد الاجتماعي لتكون أنموذجاً حقيقياً لنشر المعارف القانونية المتميزة، دون أن تُكَلِّف الباحث بأية تكاليف، سوى أن يُقدِّم مادة علمية جديرة بالنشر، تجتاز سلسلة التقويم العلمي عبر محكمين معتمدين للمجلة من داخل العراق وخارجه. وقد حرص المركز، بوصفه الجهة المصدّرة للمجلة، أن تشمل الفائدة جميع القراء، محلياً ودولياً، هذا ما يدل عليه اختلاف مناشئ الباحثين، وتنوع تخصصات الأبحاث، في جميع أعداد المجلة التي صدرت سابقاً بصفة عامة، وفي هذا العدد بصفة خاصة، إذ وردت إلى قلم مجلّتنا أبحاث من السعودية والكويت والبصرة والموصل والسليمانية ودهوك وغيرها، في مختلف فروع القانون: المدني والدستوري والإداري والجنائي وغير ذلك، وهذا التنوع يثري المجلة التي حرصنا أن نختار لها أخصب الترب، بدعمٍ مادي ومعنوي من قبل حكومة إقليم كردستان العراق.

إن العدد الخامس لمجلة العقد الاجتماعي الذي يصدر في شهر أبريل من عام 2023، حُرِّصَ على إصداره قبل مواعده بأسابيع، يكتمل به إصدار سبعة أعداد لهذه المجلة في غضون سنتين فقط على تأسيسها، خمسة أعداد تسلسلية وعددان خاصان، وهذا عائدٌ لسببين: أولهما كثرة الأبحاث المقدمة للنشر في مجلّتنا، وهو إن دل على أمرٍ، فإنما يدلُّ على انتشار المجلة في عموم بقاع الأرض من مشرقها إلى مغربها، والثاني أن المجلة تُطبع وتُوزع انطلاقاً من بيروت، عاصمة النشر العربي، إذ كانت ولا زالت وستبقى أيقونة الإبداع في النشر، على الرغم مما أصابها من عارض سيزول بإذن الله؛ إذ يأخذ شحن النسخ إلى العاصمة أربيل وقتاً، تحرص المجلة، ممثلة بمشرفها السيد وزير العدل معالي الأستاذ فرست أحمد عبدالله، وبهيئة تحريرها، أن تصل إلى القارئ الكريم مع حلول وقتها المحدد.

إن مجلة العقد الاجتماعي، وهي تستعد لإصدار العدد السادس، بعد هذا العدد، تتهيأ أيضاً لاستقبال الأبحاث المشاركة في المؤتمر العلمي الثالث لمركز البحوث القانونية،

حول الدراسات القانونية المقارنة، لتكتمل خططها لهذا العام (2023)، بإصدار عديدين تسلسليين وعدد خاص. إن كل هذه المجهودات الحثيثة التي تُجرى تحت عنوان تحدي الوقت بتقديم الأجود، هي مُقدمة هدية خالصة لكل إنسان وجد في القراءة سعادة تغنيه عن كثير ما يراه الناس ثراءً لهم، فبالقراءة تتكون المعرفة التي تُصان بها العقول، وتُقوي العزيمة لبناء الإنسان، وتحقيق غاية القانون الحقيقية في إسعاده وتحقيق الطمأنينة والأمان له، ليعيش في مجتمع أساسه العدل وقوامه الرفاهية، إنها الرسالة التي تسمو بها الأمم وترقى بها الشعوب نحو حياة أفضل.

نرجو أن ينال القارئ الكريم فائدته المقصودة من مضامين هذا العدد، متوسمين أن تحظى المجلة بقبول وانتشارٍ واسعين في عموم البلاد، ومن الله التوفيق والسداد.

البروفيسور الدكتور

محمد سليمان الأحمد

رئيس التحرير

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



نقل التكنولوجيا وتحديات التنمية المستدامة للدول النامية^(*)

گواستنهورى تهکنهلوزيا وئالنگاریهکانی
گهشهسهندنی بهردهوامی دهولته تاز ه گهشهسهندوو هکان

**Technology transfer and challenges
sustainable development of developing countries**

الأستاذ الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل^(**)
أستاذ القانون المدني

كلية القانون الكويتية العالمية - الكويت

پ.د. ئیبراهیم الدسوقی ئهبو اللیل
پروفیسوری یاسای شارستانی

كول ئیژی یاسای کوئی تی نیودهولته تی - کویت

Prof. Dr. Ibrahim Al-Desouki Abu Al-Lail
Professor of civil law
Kuwait International College of Law- Kuwait

تاریخ قبول النشر: 2022/8/29 .

تاریخ استلام البحث: 2022/7/30 . (*)

(**) iaboellail@hotmail.com



نقل التكنولوجيا وتحديات التنمية المستدامة للدول النامية

الأستاذ الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل

أستاذ القانون المدني

كلية القانون الكويتية العالمية - الكويت

الكلمات المفتاحية:

التكنولوجيا، التنمية المستدامة، التكنولوجيا الحديثة، الدول النامية، الاكتساب الذاتي للتكنولوجيا، استيراد التكنولوجيا.

كليه ووشه:

تهكنهلوژيا، گهشهسهندنى بهردهوام، تهكنهلوژياى مؤديرن، ولاتانى تازهيپيگهيشتوو، خوبهده ستهينانى تهكنهلوژيا، هاوردهكردى تهكنهلوژيا.

key words: technology, sustainable development, modern technology, developing countries, self-acquisition of technology, import of technology.

مقدمة

نعيش الآن عصر العلم والمعرفة، عصر التقدم والابتكار، الذي أصبحت معه المعرفة والتكنولوجيا أئمن السلع التي يحب اكتسابها واستثمارها بما يحقق التقدم والازدهار والارتقاء بالأفراد والمجتمعات حائزة هذه التكنولوجيا.

فالتكنولوجيا، بمعنى التطبيق العملي لنتائج وثمار البحث العلمي بما يؤدي إلى التقدم والتنمية في شتى مناحي الحياة، تأتي في مقدمة الدعامات الأساسية التي تقوم عليها تنمية المجتمعات وازدهارها، لذلك فهي تعد العامل الأول الذي يميز الدول المتقدمة مالكة هذه التكنولوجيا عن غيرها من الدول النامية التي تفتقدها.

لذلك كان لزاما على الدول النامية أن تسعى جاهدة إلى اكتساب التكنولوجيا الحديثة المفيدة والهادفة، سواء بجهودها الذاتية، أو بنقلها وتوطينها للاستفادة منها واستثمارها باعتبارها الطريق الأمثل إلى تطورها وتقدمها ولحاقها بالدول المتقدمة.

وتتميز التنمية القائمة على التكنولوجيا الحديثة بكونها تنمية شاملة غير محدودة وغير مقصورة على مجال دون آخر من مجالات الحياة، فهي تشمل التنمية الاقتصادية والصناعية والتجارية والزراعية والاجتماعية والأمنية والثقافية وتنمية الاتصالات والمعلومات، إلى آخره من ضروب أنشطة وحاجات الأفراد والمجتمعات.

كما تتصف التنمية القائمة على التكنولوجيا والمعرفة الحديثة، المرتكزة على العلم والابتكار بكونها تنمية مستدامة غير وقتية، بل تبقى وتتطور ما بقي البحث العلمي والابتكار قائماً واستمر توظيف واستثمار مخرجات هذا البحث والابتكار بما يفيد المجتمع.

وتحقيق التنمية التكنولوجية القائمة على البحث والتطوير R & A ليس بالأمر المستحيل، خاصة بالنسبة لبلادنا العربية التي تملك كوادراً بشرية هائلة يمكن بحسن توجيهها وتدريبها تحقيق هذه التنمية، كما تملك الإمكانيات المادية التي تمكنها من بلوغ هدفها، وكم من دول نامية ربما كانت أقل نمواً من بلادنا العربية تمكنت بإصرارها وعزمها، ليس فقط من نقل التكنولوجيا إلى بلادها، بل واكتسابها ذاتياً واستثمارها في التنمية الحديثة، وبالنظر إلى ما كانت عليه دول مثل الهند والصين والبرازيل وكوريا الجنوبية وماليزيا وما أصبحت عليه بفضل اعتمادها على التكنولوجيا الحديثة عاملاً أساسياً في تنمية بعض مجالات اقتصادها، فإن ذلك يبيث فينا الأمل في إمكان تحقيق التنمية التكنولوجية في بلادنا.

ويواجه نقل التكنولوجيا للدول النامية بطريقة تحقق تنميتها المنشودة بعض التحديات والصعوبات التي يحاول هذا البحث تقديم الحلول المناسبة لتفاديها، ويأتي في مقدمة هذه التحديات:

- الفجوة التقنية الكبيرة بين الدول المتقدمة التي تملك التكنولوجيا والدول النامية المحرومة منها، تلك الفجوة تُصعّب بلا شك نقل التكنولوجيا بطريقة يسهل معها استيعاب التكنولوجيا وتوطينها ثم توليدها.
- تحكم الدول المتقدمة وتعسفها في فرض شروط نقل التكنولوجيا للدول النامية، وتكبيله بشروط مجحفة في كثير من الحالات.
- تسارع خطى الدول المتقدمة نحو التقدم التقني وتنامي مجالاته وتطوره المستمر في كل مناحي الحياة اقتصادياً واجتماعياً وبيئياً... الخ.

- استمرار تبعية الدول النامية للدول المتقدمة اقتصادياً وتقنياً مما جعلها تلهث ورائها باحثة عن طرق تنميتها لديها، وليس بمجهوداتها الذاتية.

للدور المتميز والمهم الذي تضطلع به التكنولوجيا الحديثة جاء هذا البحث لتوضيح مفهوم التكنولوجيا، " التقانة أو التقنية " وفقاً لتسميتها العربية، وأنواعها ومجالاتها وتطبيقاتها المختلفة، وتحديد طرق اكتسابها والاستفادة منها، بصفة خاصة الاستفادة من الوسائل الحديثة للبحث والتطوير R & D، والمعرفة الفنية Know - How، والتراخيص الصناعية، والهندسة العكسية، والاستثمار الأجنبي المباشر... الخ.

وهذا ما يتناوله المبحث الأول من هذه الدراسة تحت عنوان الإطار الفني للتنمية التكنولوجية.

أما المبحث الثاني فيتناول طرق نقل التكنولوجيا الحديثة للدول النامية واكتسابها هذه التكنولوجيا بطريقة تحقق تنميتها، وذلك من خلال محاولة رسم إطار قانوني لنقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية وبصفة عامة اكتسابها للمعرفة الفنية التي تساعدها على نهضتها وتنميتها.

وتتميز دراستنا بأنها من الدراسات البيئية، كونها تجمع بين الدراسة القانونية التي تحدد قواعد وأحكام نقل التكنولوجيا، والدراسة الفنية الاقتصادية للتكنولوجيا والتنمية التي تفيد كثيراً في تحديد الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا "

وقد سلطنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، حيث قمنا بتحليل النصوص التشريعية المنظمة لموضوع الدراسة في بعض الأنظمة التي أصدرت تشريعات خاصة لتنظيم نقل التكنولوجيا، وذلك تمهيداً لاستخلاص المبادئ والقواعد العامة المنظمة لنقل التكنولوجيا ودوره في تحقيق التنمية المستدامة للدول المتلقية لها.

وعلى الرغم من تعدد الدراسات والأبحاث التي تناولت نقل التكنولوجيا، فإن الدراسة الحالية تتميز بكونها لا تقف عند حد شرح وتحليل نصوص التشريعات التي صدرت لتنظيم هذا النقل، وإنما تخطت ذلك في محاولة لوضع نظرية عامة تؤطر قواعده وأحكامه وآثاره بصورة مجردة، بحيث يمكن مراعاتها بصدد نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، وكذلك عند إعداد التشريعات المنظمة لهذا النقل.

لذلك فنحن نأمل أن يكون لهذه الدراسة فائدتها لدولة الكويت، وغيرها من الدول العربية النامية التي لم تضع حتى الآن تشريعات خاصة تنظم بها نقل التكنولوجيا على

الرغم من أهميتها القصوى في تنفيذ خططها التنموية الحالية والمستقبلية. بعد هذه المقدمة نبدأ الآن دراستنا. بالمبحث الأول: الذي خصصناه للإطار الفني للتنمية التكنولوجية وطرق تحقيقها "اكتساب المعرفة الفنية". المبحث الثاني: الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا للدول النامية.



المبحث الأول الإطار الفني للتنمية التكنولوجية وطرق تحقيقها "اكتساب المعرفة الفنية"

نقوم في هذا المبحث الأول بإلقاء نظرة عامة عن التنمية التكنولوجية في ذاتها في محاولة منا لرسم إطارها الفني وبناء نظرية عامة لها، وذلك بتحديد مفهوم التكنولوجيا والمقصود بها، وأنواعها المختلفة، ودورها في تحقيق تنمية المجتمع تنمية شاملة مستدامة، كما نحاول أيضاً بيان المصادر المختلفة للتكنولوجيا والمعرفة الفنية، وطرق نقلها للدول النامية التي تكون في أمس الحاجة إليها لتنمية مجتمعاتها والاقتراب بها من الدول المتقدمة المالكة والمستغلة لهذه التكنولوجيا.

وبذلك تنقسم دراستنا لهذا المبحث الأول إلى مطلبين على الوجه الآتي:
المطلب الأول: مفهوم التكنولوجيا وأنواعها ودورها في التنمية المجتمعية.
المطلب الثاني: طرق اكتساب التكنولوجيا.

المطلب الأول مفهوم التكنولوجيا وأنواعها ودورها في التنمية المجتمعية

المقصود بالتكنولوجيا:

مصطلح التكنولوجيا لاتيني الأصل، وذو شقين " Techno " وتعني الفن أو الصناعة، و" Logo " وتعني العلم والدراسة، والمصطلح كاملاً يفيد المعارف والخبرات اللازمة للتنمية والتقدم الصناعي، الذي يتأتى من التطبيق العملي للتقدم العلمي التقني⁽¹⁾.
ويمكننا إيجازاً التعبير عن التكنولوجيا بأنها التطبيق العملي لنتائج البحث والتقدم

(1) راجع دليل وإرشادات الترخيص ونقل التكنولوجيا، إصدار جمعية خبراء التراخيص العربية، 2005، وهي جمعية مهنية متخصصة غير ربحية تعنى بتراخيص نقل التكنولوجيا، تأسست في 1997/5/18، وانضمت إلى خبراء التراخيص الدولية في 1998/10/31، وتهدف هذه الجمعية إلى تقديم المساعدة الفنية والتقنية للدول العربية في مجال نقل التكنولوجيا عقود الترخيص.

العلمي للارتقاء بالمجتمعات وتنميتها في مجالاتها المختلفة: اقتصادياً وصناعياً ومالياً وتجارياً وزراعياً واجتماعياً وأمنياً... الخ. وقد عرب المجمع اللغوي العربي كلمة التكنولوجيا إلى التقنية أو التقانة التي تفيد الإثقان والأحكام.

في ضوء ما سبق يمكننا تعريف التكنولوجيا، محل دراستنا، بأنها التطبيق العملي للعلم والمعرفة، واستخدام نتائج البحث العلمي في تطوير أساليب العمليات الإنتاجية وسبل أداء الخدمات لزيادة قدراتها وتحسين أدائها وذلك لتسخير البيئة المحيطة بالإنسان، وتطوير موادها وطاقاتها لتحقيق التنمية الشاملة المستدامة.

ونقل التكنولوجيا مصطلح عام متسع يشتمل على العديد من عمليات التكنولوجيا التي تحقق الهدف منها، أي التنمية المستدامة، فهو يعني أولاً: النقل بمعناه المادي أي نقلها من مكان وجودها في دولة متقدمة صناعياً واجتماعياً إلى دولة أخرى غالباً ما تكون أقل تقدماً " نامية " كنقل مصنع حديث، أو منتجات حديثة أو خدمات متطورة من دولة متقدمة صناعياً إلى دولة نامية تفتقر إلى التقدم الصناعي.

كما يشمل نقل التكنولوجيا توطينها في الدولة المنقولة إليها، بمعنى استيعاب هذه الدولة للتكنولوجيا التي تلتقتها عن طريق تمكينها من فهمها واستيعابها وإمكانية تطويرها وتحسينها لتجاري التقدم والتطور العالمي لهذه التكنولوجيا.

يشمل نقل التكنولوجيا أيضاً، باعتباره وسيلة للتنمية المستدامة، توليد التكنولوجيا، ويتم ذلك عن طريق استحداث تكنولوجيا جديدة مبتكرة متطورة يمكنها تصنيع منتجات متقدمة، أو تقديم خدمات جديدة، أو تطوير الخدمات القائمة.⁽¹⁾

(1) لذلك يتضمن نقل التكنولوجيا، بمعناه المتسع المحقق للتنمية الشاملة المستدامة العديد من عمليات إدارة التكنولوجيا Management of Technology .

منها: اختيار التكنولوجيا المناسبة، واقتناءها، واستخدامها، وتوطين التكنولوجيا بعد التأكد من ملائمتها مع عملية التنمية المستدامة، وما يستوجبه ذلك من بحث وتطوير، وإنشاء المصانع الجديدة.

راجع في تفصيل ذلك: عبدالله سالم، أثر التكنولوجيا على الاقتصاد. الموقع الإلكتروني: <http://adbuallahalazahrani.blogspot.com/p/technology-techno-logo.html>

محمد مرياتي: اكتساب التكنولوجيا: نقل وتوطين وتوليد. www.mafhoum.com/syr/articles/mrayati/mrayati1.htm

البحث العلمي والتكنولوجيا:

البحث العلمي هو المرتكز الأساسي للتنمية وجوهرها، فهو مناط تقدم المجتمعات وتفوقها، ويتم ذلك عن طريق التنمية التكنولوجية التي تقوم على تأصيل العلم وتوظيف نتائجه المفيدة لصالح البشرية.

فالتكنولوجيا تعتمد أساساً على البحث العلمي والتطوير، لذلك فهما يشتركان في تحقيق وتعظيم التنمية المستدامة للمجتمع في عناصره المختلفة من إنتاج وخدمات وغيرها، ومن وجهة النظر هذه فهما يعدان - التكنولوجيا والبحث العلمي - وجهان لشيء واحد هو التنمية والتقدم المجتمعي.

ولكنهما يختلفان من حيث أن العلم، وهو نتاج البحث والفكر والتطوير، يضع التساؤلات التي يتم فيها أعمال العقل للتوصل إلى إجابة لها، لذلك فهو يطرح سؤال: لماذا / Why؟.

أما التكنولوجيا، فهي نتاج العلم وأعمال العقل، وتتحقق عن طريق تطبيق الأفكار والنظريات العلمية، وما توصلت إليه من إبداع وابتكارات وتحويلها إلى خدمات وطرق تصنيع متقدمة لذلك فهي تطرح سؤال: كيف / How؟.

ولكن، على الرغم من استقلال كل منهما - التكنولوجيا والعلوم - عن الآخر، فتوجد بينهما علاقة تبادلية تفاعلية ولا يستطيع أي منهما أن يعمل بمعزل عن الآخر.⁽¹⁾ فالعلم وما ينتهي إليه من ابتكارات متطورة يعنى التكنولوجيا. والتكنولوجيا هي نتاج العلم ومحصلاته. لهذه العلاقة القوية بين البحث العلمي والتكنولوجيا، فإن المؤسسات البحثية من جامعات ومراكز الأبحاث تلعب دوراً مهماً في تنمية القدرات والمهارات والإبداع والابتكار، وتهيئة المجتمع ليصبح تربة خصبة لاستقبال التكنولوجيا الحديثة.

ولاشك أن هذا الدور المتميز للبحث العلمي يستوجب الاهتمام بمؤسساته ومراكزه، وتقديم الدعم اللازم للنهوض به مع توفير البنية اللازمة للارتقاء بالبحث والتطوير R & D، ووضع السياسات والاستراتيجيات الكفيلة بالنهوض بالمراكز البحثية وبمهامها، تمهيداً لاستثمار ما تتوصل إليه من نتائج بحثية تفيد التنمية المجتمعية.

(1) راجع في العلاقة بين العلم والتكنولوجيا، دراسة قامت بها شركة الحاسبات المصرية (EBM)، والمراجع التي أشارت إليها هذه الدراسة. www.ebm.com.eg

ولتحقيق هذا الهدف، والارتفاع بمستوى البحث العلمي يجب الاهتمام بالمشاركة المجتمعية للمؤسسات والشركات وغيرها من الهيئات المجتمعية من القطاعين العام والخاص، التي تهتم بأنشطة البحث والتطوير سواء بإنشاء الكراسي البحثية، أو المزارع والساحات البحثية Research Barck⁽¹⁾.

لهذه الأهمية الكبيرة للتكنولوجيا، وللعلم بصفة عامة، فهي تأتي في مقدمة الفوارق الأساسية التي تميز الدول المتقدمة، التي تملك التكنولوجيا ووسائل البحث والتقدم العلمي، عن الدول النامية التي تفتقر إلى هذه التكنولوجيا.

فالأبحاث العلمية بما تصل إليه من إبداع وابتكار تنعدم قيمتها وفائدتها العملية ما لم يتحول إلى تطبيقات وأساليب عملية تأتي بثمارها في تقدم المجتمع ونموه بزيادة قدراته الإنتاجية والخدمية وحسن توظيفها.

من هنا أصبحت التنمية التكنولوجية التي تقوم على البحث العلمي والتطوير غاية تسعى إليها جميع الدول للمزيد من التقدم والنمو ورفاهية مجتمعاتها. هذه العلاقة الوطيدة بين العلم والتكنولوجيا توضح الدور الكبير الرائد الذي يقوم به البحث العلمي في التنمية المجتمعية، فالعلم أساسي للتكنولوجيا، والتكنولوجيا ركيزة التقدم والإنتاج، الذي هو عصب التنمية⁽²⁾.

(1) أنظر في الشراكة المجتمعية في البحث العلمي، فوزية سبت الزبير، العائد من الشراكة المجتمعية في مجال البحث العلمي لتحقيق أهداف الاستثمار لرجال الأعمال، أبحاث المنتدى الأول للشراكة الاجتماعية المجتمعية في مجال البحث العلمي، منتدى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 25-26/5/2009 ص 283. وللشراكة المجتمعية في البحث العلمي مظاهر وتطبيقات كثيرة في بلادنا العربية منها على سبيل المثال: التعاون بين جامعة زايد ومركز الإبداع الإلكتروني في مدينة دبي للأترنت، والتعاون بين شركة IBM لتكنولوجيا المعلومات، والشراكة بين عدد من الجامعات وبعض شركات البترول، والشراكة بين مدينة الملك عبدالعزيز وشركات الأدوية السعودية، والشراكة بين مؤسسة الكويت للتقدم العلمي وجامعة الكويت ومعهد الكويت للأبحاث العلمية، وكذلك الشراكة بين مؤسسة البترول الكويتية وجامعة الكويت. والكراسي البحثية التي أنشأتها بعض الشركات في جامعة الكويت.

(2) تفيد الإحصاءات التي أجريت في هذا الصدد ان أكثر من 50% من النمو التراكمي لدخل الفرد في الولايات المتحدة الأمريكية يعود للتقدم التكنولوجي.

راجع محمد مرياتي، التطور التكنولوجي. لاستدامة الصناعة في ظل منافسة عالمية واقتصاد

ولعل هذا يوضح ويؤكد لنا أن العائد الاقتصادي والتنموي للبحث العلمي والتطوير التقني يأتي في المرتبة أعلى من أي استثمار آخر. هذه الأهمية المتعاظمة للتكنولوجيا ودورها في التنمية تدفعنا إلى المناداة بضرورة تطوير منظومة البحث العلمي في بلادنا العربية لتصبح أداة فاعلة للإبداع والابتكار وإنتاج التكنولوجيا الحديثة المتقدمة التي تسهم في تنمية المجتمع، ويتم ذلك بوضع السياسات الواضحة الرامية إلى تحقيق التنمية المجتمعية الشاملة المستدامة مع تحديد الاستراتيجيات الكفيلة بتحقيق هذه التنمية.

وعلى الرغم من جوهرية الدور الذي تقوم به المعرفة الفنية والبحث العلمي في التنمية المجتمعية، التي تقوم على التقدم التكنولوجي، فإن الإحصاءات تشير إلى أن مؤسساتنا العربية البحثية مازالت تحتاج إلى المزيد من الدعم والاهتمام. فحسب إحصائيات منظمة اليونسكو لسنة 2004 خصصت الدول العربية مجتمعة للبحث العلمي ما يناهز 1.7 مليار دولار، أي بنسبة 0.03% من الناتج القومي الإجمالي، بينما خصصت دول أمريكا اللاتينية والكاريبي 21.3 مليار دولار، أي ما نسبته 0.06% من ناتجها القومي الإجمالي، وخصصت دول جنوب آسيا 48.2 مليار دولار، أي حوالي 3 في المائة من ناتجها القومي الإجمالي. أما الولايات المتحدة الأمريكية فقد خصصت حوالي 275 مليار دولار، أي 2.7% من ناتجها القومي الإجمالي.

من ناحية أخرى، ففي الوقت الذي تتكاتف فيه الدول الآسيوية على الحصول على نتائج البحوث لتصنيعها وتسويقها، ومن ثم استثمارها، فإن الكثير من براءات الاختراع التي تسجل في الدول النامية تظل حبيسة الإدراج، دون استغلال أو تصنيع⁽¹⁾. كما تشير الإحصائيات إلى ضعف حجم الإنفاق على البحوث العلمية في دول الشمال والدول النامية بصفة عامة التي تتراوح بين 4 - 6% من موازنة التعلم العالي

←

المعرفة، جمعية العلوم الاقتصادية السورية، متاح على شبكة المعلومات:

<http://www.mafhom.com/syr/articils/mrayati1.htm>

(1) فوزية سبت الزبير، المرجع السابق، ص 285 ويرجع ذلك إلى غياب آليات تسويق البحوث وتصنيع الاختراعات واستغلالها تجارياً وصناعياً.

بدولهم، مقارنة بحجم الإنفاق على التكنولوجيا في الدول المتقدمة الذي يتراوح بين 16-40%⁽¹⁾.

أنواع التكنولوجيا:

تتنوع التكنولوجيا وتتعدد بحسب وجهة النظر إليها، وذلك على الوجه الآتي:

- من حيث قدر ومدى فائدتها: توجد التكنولوجيا البسيطة قليلة الفائدة، والتكنولوجيا المركبة ذات الفائدة الكبيرة والتأثير الحيوي، ويمكن في الكثير من الحالات تحليل هذه الأخيرة وفكها للوصول إلى مركباتها والسيطرة عليها⁽²⁾ باستخدام الهندسة العكسية Reverse Engeniers، وهذا ما يحدث مع الاختراعات التي ترد على الأجهزة والآلات المحمية ببراءات اختراع⁽³⁾ حيث يمكن عن طريق تفكيك اختراع جديد وتحليل مكوناته اكتساب وفهم ما يتضمنه هذا الاختراع من تقنية حديثة، ومن ثم، استيعابها والاستفادة منها.

- من حيث مصدر التكنولوجيا: قد يكون داخلياً من خلال أنشطة البحث والتطوير، والهندسة العكسية، والتطويع التكنولوجي. وقد يكون خارجياً عن طريق نقلها من خلال التراخيص التعاقدية كعقود الشراكة، وعقود تسليم المفتاح وعقود المساعدة الفنية ونقل المعرفة، وعقود استغلال الاختراعات، وعقود التحالفات الاستراتيجية.. الخ.

- من حيث مدى تقدم التكنولوجيا وتطورها: فقد تكون تكنولوجيا تقليدية، أو تكنولوجيا متقدمة. وتحقق التكنولوجيا التقليدية مع الصناعات الكيماوية، وصناعة الحديد والصلب، والصناعات البتروكيماوية، والصناعات النسيجية، والمعدات الكهربائية الثقيلة... الخ.

أما التكنولوجيا المتقدمة، فهي التي تعتمد على المعطيات العلمية الحديثة، فتتحقق مع الإلكترونيات الدقيقة، وتكنولوجيا الروبوت، والليزر، والنانو تكنولوجي... الخ.

وتتميز هذه التكنولوجيا المتقدمة باقتصار تملكها على الدول المتقدمة، منها الولايات

(1) داخل حسن جريو، الترابط بين الجامعات وحقل العمل، مجلة التعريب، السنة الثالثة، العدد الثاني، دمشق، 1993.

(2) محمد مبراتي، المرجع السابق، ص 3.

(3) راجع مؤلفنا في الحماية القانونية للاختراعات وفقاً للقانون الكويتي في ضوء أحكام القانون المقارن، جامعة الكويت، 2014، ص 259.

المتحدة الأمريكية، وبعض الدول الأوروبية مثل ألمانيا وفرنسا وإنجلترا، وقليل من الدول النامية منها الصين والهند والبرازيل وكوريا الجنوبية، كما تمتلك اليابان هذه التكنولوجيا⁽¹⁾.

- من حيث المجال الذي تعمل فيه التكنولوجيا: يمكن التمييز بين الأنواع الآتية⁽²⁾.

1 - التكنولوجيا الصناعية:

هي التي تسهم في زيادة الإنتاج الصناعي لكونها تهدف إلى تشغيل الآلات والمعدات الصناعية من قبل أفراد أقل ومجهود أخف ولا تستغرق وقتاً طويلاً، أو لا تحتاج إلى نفقات كبيرة.

2 - تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات:

هي التي تهدف إلى تسهيل الحصول على البيانات والمعلومات وتصنيفها والاستفادة منها في مختلف الأنشطة، ومن أمثلتها الحاسبات الآلية، وبرامجها. وتعتبر تكنولوجيا الاتصالات أحد أهم مفرزات الثورة التكنولوجية في عالمنا المعاصر، لأنها تسهم بفاعلية في انتقال المعلومات من بلد إلى آخر بيسر وسهولة، خاصة بعد استخدام الألياف البصرية في نقل المعلومات بسرعات فائقة وكثافة عالية، كما توفر الأقمار الصناعية وسائل أخرى مستحدثة للاتصالات. ولا شك أن لهذه التكنولوجيا أثرها الإيجابي على مختلف الأنشطة الاقتصادية والحياتية والتنموية في الكثير من الدول.

3 - التكنولوجيا الحياتية:

هي التي تؤدي إلى تحسين سلالات من الحيوانات أو النباتات لاستخدامها في الغذاء والعلاج.

ويتفرع عن هذا الفرع من فروع التكنولوجيا نوع مهم يتعلق بالتقدم التقني في مجال الزراعة الذي تطور بدرجة كبيرة بصفة خاصة في مجال الأجهزة والمعدات الزراعية إضافة إلى المعامل والصناعات الزراعية والزراعات الطبية.

وقد أدى التطور التقني في مجال الزراعة إلى إبرام اتفاقية "يوبوف UPOV" لحماية

(1) انظر: داخل حسن جربو: الترابط بين الجامعات وحقل العمل، مجلة التعريب، السنة الثالثة، العدد الثاني، دمشق، 1993.

(2) انظر: في هذه الأنواع من التكنولوجيا: داخل حسن جربو، المرجع السابق.

الأصناف النباتية الجديدة في 3 ديسمبر⁽¹⁾ 1961 التي تسعى إلى حماية الملكية الفكرية في المجال الزراعي عن طريق منح مربي الأصناف النباتية الجديدة المتطورة شهادة موازية لبراءة الاختراع هي شهادة المربي.

ومن التطبيقات المهمة المتطورة للتكنولوجيا الزراعية نشير إلى هندسة النباتات وراثيا لزيادة الإنتاج الزراعي دون استخدام طرق بيولوجية والتي تتم بإدخال جينات تتضمن صفات وخصائص مطلوبة ومفيدة إلى نباتات خالية من هذه الجينات، وبذلك تعدل النباتات وتصبح أكثر فائدة وأغدر إنتاجا.

4 - تكنولوجيا المياه والطاقة:

تهدف هذه التكنولوجيا إلى محاربة الجفاف وتوفير المياه للشرب والزراعة وتنظيم الطاقة الكهربائية وتنويع مصادرها.

من حيث طبيعة التكنولوجيا: يمكن التمييز بين التكنولوجيا الخشنة أو المجسدة، والتكنولوجيا الناعمة أو غير المجسدة.

ويقصد بالتكنولوجيا الخشنة أو المجسدة embolide، تلك التي تتمثل في العمالة والمعدات والآلات. وقد لوحظ على هذا النوع من التكنولوجيا أنه لا يؤدي إلى نقل حقيقي للتكنولوجيا.

أما التكنولوجيا الناعمة غير المجسدة disembolide، فتتمثل في المعرفة والخبرة أي: التطبيقات العملية لنتائج البحوث العملية والتطوير، التي يكون لها دور كبير في الإبقاء على المواد من طاقة ومعادن و سلع مختلفة، واستحداث سلع وخدمات متطورة، والارتقاء بالخدمات البشرية، ويتم هذا النوع من التكنولوجيا عادة عن طريق إنشاء المصنع أو ما يسمى "مصنع باليد".

وتتميز تكنولوجيا المعرفة والمهارة بأنها تمثل سلع في حد ذاتها يمكن تبادلها والتعامل فيها، كبراءة الاختراع، والأسرار الصناعية، والتدريب المتقدم المتطور.⁽²⁾

أنواع نقل التكنولوجيا:

يتنوع نقل التكنولوجيا من نقل كامل إلى نقل جزئي، ونقل حر:

(1) تعرضت اتفاقية يوبوف إلى عدة تعديلات في 10 نوفمبر 1972، و23 أكتوبر 1978، و19 مارس 1991.

(2) راجع محمد مرياتي، مرجع سابق ذكره.

1 - نقل التكنولوجيا كاملة:

معهُ يتم نقل جميع المعارف والمهارات الضرورية من أجل السيطرة على الإنتاج، وقد أخذ المشرع المصري بهذا النوع من نقل التكنولوجيا حيث نصت المادة (77) من قانون التجارة على أن:

"1 - يلتزم المورد بأن يقدم للمستورد المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق الفنية لاستيعاب التكنولوجيا، وكذلك ما يطلبه المستورد من الخدمات الفنية اللازمة للتشغيل، وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب.

2 - كما يلتزم المورد بأن يعلم المستورد بالتحسينات التي قد يدخلها على التكنولوجيا خلال مدة سريان العقد وأن ينقل هذه التحسينات إلى المستورد إذا طلب منه ذلك."

2 - نقل عناصر تكنولوجية قابلة للفصل:

هنا يكون نقل التكنولوجيا جزئياً وليس كاملاً كما في النوع السابق، حيث يترك لمتلقي التكنولوجيا اختيار عناصر التكنولوجيا التي يحتاجها دون عناصر أخرى لا يحتاجها أو يمكنه الحصول عليها بطرق أفضل.

3 - تكنولوجيا حرة:

مع هذا النوع من النقل لا توجد شروط تقييدية تفرض على متلقيها، كشروط تحديد مجال الاستغلال، أو المنع من تصدير المنتجات التي استخدمت التكنولوجيا المنقولة في صنعها وإنتاجها، أو عدم الدعاية، أو إعادة المستندات بعد انتهاء الفترة المحددة، أو عدم ممارسة النشاط بعد انتهاء مدة العقد.⁽¹⁾

دور التكنولوجيا في التنمية المجتمعية:

لا شك أن للتكنولوجيا دور كبير ومهم في تنمية المجتمع عن طريق رفع المستوى الحضاري والاجتماعي والاقتصادي به.⁽²⁾

(1) راجع للمزيد من التفاصيل: وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2008، ص 509 وما يعادلها.

(2) برز مفهوم التنمية بعد الحرب العالمية الثانية حيث حصلت عدة دول على استقلالها السياسي، وهي التي أطلق عليها دول "العالم الثالث" التي كانت تعاني من الفقر والجهل العلمي معاً مما وصمها بأنها دول متخلفة تحتاج إلى "التنمية" أي تنمية مجتمعاتها لتجاوز حالة التخلف وتلحق بالدول المتقدمة.

ويقصد بالتنمية المجتمعية وفقاً لتعريف هيئة الأمم المتحدة: العمليات التي بمقتضاها توجه الجهود لكل من الأهالي والحكومة بتحسين الأحوال الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المجتمعات المحلية لمساعدتها على الاندماج في حياة الأمم والإسهام في تقدمها بأفضل ما يمكن⁽¹⁾.

لذلك تنقسم التنمية المجتمعية إلى قسمين رئيسيين هما التنمية الاقتصادية والمهنية:

1 - التنمية الاقتصادية: هي التي تهدف تحقيق الرخاء لأفراد المجتمع ومؤسساته عن طريق زيادة الدخل والثروة.

2 - التنمية الاجتماعية: هي التي تهدف رفع مستوى الحياة الاجتماعية بمختلف جوانبها الصحية، والتعليمية، ومختلف الخدمات الأخرى.

وقد امتدت التنمية الاجتماعية في العصر الحالي لتشمل تطبيقاً حديثاً لها، هو التنمية البيئية حيث تسعى التكنولوجيا إلى التقليل من النفايات عن طريق التحكم بالانبعاثات إضافة إلى تدخلها في كل المراحل الصناعية من بدايتها إلى نهايتها سعياً لتحقيق بيئة نظيفة غير ضارة، إلى جانب التقليل من استهلاك الطاقة وتخفيض حجم المواد الخام المستخدمة في العمليات الصناعية.⁽²⁾

وكما ذكرنا فإن للتكنولوجيا دور كبير في مختلف مجالات التنمية يجعل منها العنصر

المعرفي الأهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ويظهر ذلك بصفة خاصة في الآتي:

1. زيادة الإنتاجية، ويرجع ذلك إلى كونها تقدم للأيدي العاملة المعلومات والمعارف والمهارات التي تمكنهم من الارتقاء بأعمالهم، كما تزودهم بالعدد والآلات المتطورة التي تساعدهم في حسن إنجاز أعمالهم مما يزيد في إنتاجهم.

2. زيادة إنتاجية الموارد الطبيعية المكونة لثروات الدول، وذلك عن طريق تقديم الحلول المناسبة لاستغلالها استغلالاً علمياً فاعلاً، كما لها دور عظيم في اكتشاف الجديد من هذه الموارد، ولا شك أن كل ذلك يكون له مردود جيد في التنمية المجتمعية في جميع مجالاتها.

(1) انظر الموقع الإلكتروني: www.mawdo33.com

(2) انظر إيمان بوش نقيير، دور التكنولوجيا في تحقيق التنمية، الموقع الإلكتروني: http://www.aleqt.com/2012/07/28/article_678330.html

3. الارتقاء بالمنتجات وطرق التصنيع المترتب على التحسين والتطوير المستمر الذي تأتي به التكنولوجيا التصنيعية المتطورة التي تعد الركيزة الأساسية للتطوير والتقدم.

4. تطوير المنظومة الإدارية للمشروعات الصناعية والخدمية والإدارية، ومدها بالقدرات والإمكانات التي تؤهلها لاحداث التطوير اللازم والتخطيط القائم على العلم والمعرفة بما يسهم في حسن استثمار الوقت والجهد⁽¹⁾.

5. تنوع المشاريع الاقتصادية وزيادتها نتيجة ما تفرزه التكنولوجيا من أنشطة ومشاريع اقتصادية جديدة، بصفة خاصة في مجال تقنية المعلومات وأجهزة الاتصالات التي ولدت آفاقاً ومشروعات لم تكن معروفة من قبل.

6. زيادة فرص العمل وفتح المجال للأيدي العاملة المدربة على التقنية الحديثة، وما يترتب على ذلك من مردود وتأثير فاعل في الإنتاج والإنتاجية، وزيادة في الأرباح والقيمة المضافة، وارتفاع في الدخل القومي، وكل ذلك يعود بالنفع على المجتمع وتنميته.

مما سبق يتبين لنا أن التكنولوجيا والمعرفة الفنية تساهمان كثيراً في إحداث تغييرات جوهرية في شتى مناحي الحياة، وذلك بفضل ما تحدثه من إيجابيات على جميع المستويات، نوعياً وكمياً.

التنمية المستدامة:

ظهر مصطلح التنمية المستدامة في أوائل التسعينات من القرن الماضي من خلال إعلان جوهانسبرج الذي أعلنه الأمين العام للأمم المتحدة وتم اعتماده رسمياً في مؤتمر قمة الأرض الذي عقد في " ريودي جانيرو " عام 1992 بهدف الارتقاء بالمجتمعات وأفرادها، وتحسين ظروف المعيشة دون الإفراط في استخدام الموارد الطبيعية، عن طريق إقامة الأسواق وتوفير للعمل.

ولتحديد ابعاد التنمية المستدامة من الوجة الرسمية، أصدرت لجنة التنمية المستدامة المنبثقة عن قمة الأرض كتاباً حول مؤشرات التنمية المستدامة تضمنت نحو 130 مؤشراً مصنفة في أربع أبعاد رئيسية: اقتصادية، واجتماعية، وبيئية، وتقنية.

ويهدف كل بعد من هذه الأبعاد الرئيسية إلى تحقيق مجموعة من العوامل التي تؤدي

(1) راجع في ذلك: عطية بن عبدالعليم صقر، الفجوة التقنية وآثارها الاقتصادية في الدول الإسلامية، أبحاث المؤتمر العلمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، ص 9 وبعدها.

إلى التنمية المستدامة، يأتي في مقدمتها: تطوير الموارد الطبيعية والبشرية للمجتمعات المختلفة، تحسين ظروف المعيشة لأفراد المجتمع، تعظيم النمو الاقتصادي والقضاء على الفقر، تحسين مستوى الرعاية الصحية، الارتقاء بالتعليم وتحسين فرصه، مكافحة الفساد داخل مؤسسات الدولة الحكومية، ضمان تحقيق السلام الاجتماعي وتعزيز قواعد الحوكمة والإفصاح للشركات⁽¹⁾.

ويختلف معنى التنمية المستدامة وفقاً لمجالها ووجهة النظر إليها: فمن الواجهة الاقتصادية تعني - بصفة عامة - إجراء خفض في استهلاك الطاقة والموارد، كما تعني بالنسبة للدول النامية توظيف الموارد من أجل رفع مستوى المعيشة والحد من الفقر. أما من الواجهة الاجتماعية فهي تعني السعي من أجل استقرار النمو السكاني، ورفع مستوى الخدمات الصحية والتعليمية. أما بيئياً فهي - أي التنمية المستدامة - تعني حماية الموارد الطبيعية والاستخدام الأمثل للأراضي الزراعية والموارد المالية، والحد من التلوث البيئي.⁽²⁾

خطة الكويت التنموية:

أعدت الكويت في 30 يناير 2017 خطة لتنميتها تحت شعار " كويت جديدة 2035 " وهذه الخطة تهدف إلى تحويل الكويت بحلول 2035 إلى مركز مالي وتجاري وثقافي إقليمي جاذب للاستثمار، وجاءت رؤية الكويت هذه تنفيذاً للقانون رقم 60 لسنة 1986 في شأن التخطيط الاقتصادي والاجتماعي، حيث ألزمت مادته الأولى الحكومة بوضع خطة قومية شاملة طويلة الأجل تركز على الاستراتيجية العامة للدولة، وتتضمن أهدافاً رئيسية محددة يمتد بعدها الزمني إلى المدى الطويل. وقد جاءت هذه الخطة التنموية تنفيذاً لتوجيهات أمير البلاد الشيخ صباح الأحمد الجابر الصباح.

وحددت رؤية الكويت في هذه الخطة الأولويات طويلة الأمد لتنمية الكويت وتطويرها تركز على خمسة نتائج مرجوة وسبعة ركائز أساسية تركز كل منها على عدد من البرامج والمشروعات الاستراتيجية لتحقيق أكبر أثر تنموي ممكن نحو بلوغ رؤية

(1) راجع التنمية المستدامة: مفهومها، أبعادها، مؤشراتها، إيمان بوش، مرجع سبق ذكره.

(2) انظر المرجع السابق، دور التكنولوجيا في تحقيق التنمية.

http://www.aleqt.com/2012/07/28/article_678330.html

الكويت الجديدة⁽¹⁾.

وتضم الركائز السبع 164 مشروعاً تنموياً من بينها 30 مشروعاً استراتيجياً. وتمثل النتائج والتوجيهات الخمس التي تضمنتها الخطة التنموية في الآتي:

1 - مشاركة المواطن واحترام القانون.

2 - حكومة فاعلة.

3 - اقتصاد مزدهر ومستدام.

4 - دولة مزدهرة.

5 - مكانة دولية متميزة.

(1) انظر في هذه الخطة:

- حملة (كويت جديدة) تحدد رؤية البلاد لعام 2035، وكالة الأنباء الكويتية (كونا) 30 يناير 2017.

- الموقع الرسمي لرؤية كويت جديدة، 7 مارس 2018.

- كويت جديدة - رؤية حتى 2035، جريدة الأنباء الكويتية، 31 يناير 2017.

ويرجع اهتمام دولة الكويت بالخطط التنموية إلى العام 1984 حيث كلف مجلس الوزراء في شهر فبراير من هذا العام وزارة التخطيط بإعداد الخطة الخمسية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للسنوات من عام 1985 - 1986م إلى عام 1989 - 1990 والتي أقرها المجلس في 12 أغسطس من ذلك العام وصدر بها المرسوم بالقانون رقم 112 لسنة 1986، وقدر الحجم الكلي للاستثمارات المحلية خلال فترة الخطة بأسعار سنة الأساس 1984م بنحو (7516) مليون دينار من نحو (6306) ملايين دينار من القطاع الحكومي بنسبة 83، 9% والباقي 1210 ملايين دينار في القطاع الخاص بنسبة 16، 1%.

وفي عام 1986 صدر القانون رقم 60 في شأن التخطيط الاقتصادي والاجتماعي الذي نصت مادته الأولى على وضع خطة قومية شامية طويلة الأجل للتنمية الاقتصادية والاجتماعية تركز على الإستراتيجية العامة للدولة وتتضمن أهدافاً رئيسية محددة يمتد بعدها الزماني إلى المدى الطويل. وتحدد الأهداف الرئيسية للخطة القومية الشاملة والبرامج الزمنية المشتملة عليها بناء على احتياجات الاقتصاد الوطني وإمكانيات التنفيذ المختلفة المالية والبشرية ووفق أولويات تتفق والمعطيات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والأمن القومي، ونص القانون على إنشاء مجلس أعلى للتخطيط يختص برسم السياسات واقتراح خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتقديم توصيات إلى مجلس الوزراء لاستصدار إي قانون أو نظام أو اتخاذ أي إجراءات قد يراها ضرورية أو نافعة لتحقيق أهداف أو لزيادة فعالية التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

أما الركائز الأساسية والأهداف الاستراتيجية التي تضمنتها رؤية الكويت 2035 فمتعددة يأتي في مقدمتها:

- تحول الكويت إلى مركز مالي وتجاري جاذب للاستثمار.
 - تحقيق التنمية البشرية والتنمية المتوازنة، وما يستوجبه ذلك من توفير البنية التحتية والتشريعات المناسبة.
 - تحقيق العدالة وسبل العيش الكريم، ورفع مستوى معيشة المواطنين.
 - زيادة الناتج المحلي الإجمالي.
 - الاهتمام بالقطاع الخاص وإعطائه حق قيادة التنمية وفق آليات محفزة.
 - دعم التنمية البشرية والمجتمعية.
 - تطوير السياسات السكانية لدعم التنمية.
 - دور التكنولوجيا في التنمية المستدامة:
 - لا جدال إن للتكنولوجيا دور مهم في تحقيق التنمية المستدامة يظهر في الكثير من المساهمات، التي يمكن تلخيصها في الآتي:⁽¹⁾
 - 1 - إبدال رأس المال الطبيعي برأس مال منجز ومتراكم.
 - 2 - تقليص الحماية على رأس المال الطبيعي من خلال رفع الفاعلية الاقتصادية للأساليب الفنية والمنتجات.
 - 3 - تحويل أنماط الاستهلاك وأنماط الحياة بطريقة تسمح بزيادة نوعية المعيشة في إطار تعاون مع حماية لرأس المال الطبيعي.
 - 4 - تنوع مصادر الطاقة أنيا وبنفس الأجهزة بما يساهم في تقليل نسبة التلوث وخفض التكاليف بصفة عامة.
 - 5 - إنتاج بدائل متشابهة ومن مواد أكثر فاعلية وبأرخص تكلفة وأقل تلوثاً.
- وهكذا يتبين لنا أنه يمكن التكنولوجيا أن تسرع بشكل كبير من التقدم نحو تحقيق أهداف التنمية المستدامة.

(1) انظر تقرير معهد الموارد العالمية الذي نشر عام 1997.

المطلب الثاني طرق اكتساب التكنولوجيا

تمهيد:

ترتب على تملك الدول المتقدمة للتكنولوجيا التنموية وحرمان الدول النامية منها إلى درجة كبيرة وجود فجوة تكنولوجية كبيرة بينهما، مما يستوجب نقل هذه التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، وفي الوقت نفسه وجب على الدول النامية العمل جاهدة إلى اكتساب التكنولوجيا بجهودها الذاتية بالسعي نحو الاهتمام بالبحث والتطوير، بذلك تصبح الدول النامية منتجة للتكنولوجيا وليست مستهلكة لها فقط.

والملاحظ أن العالم يسوده في العصر الحالي نوع حديث من الاقتصاد، يقوم على التكنولوجيا والمعرفة والمهارات المرتبطة بالتنمية بأوجهها المختلفة من اقتصادية واجتماعية، وكذلك بيئية، وأصبحت التكنولوجيا بذلك نداءً قوياً لعناصر الإنتاج والاقتصاد التقليدية المتمثلة في المنتجات والسلع المادية والمواد الأولية.⁽¹⁾

وعلى الرغم من أهمية التكنولوجيا للبلاد العربية فالملاحظ - باعتبارها دولاً نامية - واحتياجها لها لتحقيق تنميتها المستدامة، فقط لاحظ بعض المهتمين بنقل التكنولوجيا أنها قد تأخرت كثيراً في نقلها واكتسابها، وذلك مقارنة بدول أخرى تحولت من نقل التكنولوجيا إلى توليدها مثل. كوريا وتايوان وجنوب أفريقيا والمكسيك والبرازيل والأرجنتين وفنزويلا والهند، وكذلك اليابان التي أقامت نهضتها الصناعية أساساً على نقل التكنولوجيا تم توليدها.⁽²⁾

وعلى العكس مما سبق، فقد تنبّهت دولاً عربية أخرى بأهمية نقل التكنولوجيا واكتسابها، وقامت بوضع تشريعات حديثة تنظم نقل التكنولوجيا بقواعد تهدف إلى رعاية مصالحها وتحقيق تنميتها. من هذه الدول جمهورية مصر العربية،⁽³⁾ والجزائر.

(1) ومن جهة أخرى، فإن التكنولوجيا والمعرفة الفنية ذاتها تطورت إلى تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والتكنولوجيا الحيوية، وتكنولوجيا البيئة.

راجع محمد مرياتي، مرجع سابق ذكره.

(2) المرجع السابق.

(3) نظمت جمهورية مصر العربية نقل التكنولوجيا بالمواد من 573 إلى 587 من القانون التجاري الصادر

←

كما يقع على الدول النامية عند اكتسابها التكنولوجيا الحديثة، سواء بنقلها وتوطينها، أو إنتاجها وتوليدها، حسن استغلالها واستثمارها بما يخدم تنميتها. ويمكننا التمييز، فيما يتعلق باكتساب التكنولوجيا، بين نقلها واستيرادها من الدول المالكة لها بما يعنى توطينها، وبين توليد هذه التكنولوجيا وإنتاجها، أي اكتسابها ذاتياً. ولاكتساب التكنولوجيا التنموية- استيراداً أو توليداً- الكثير من الطرق والمصادر بعضها خارجي والبعض الآخر داخلي يأتي في مقدمتها الآتي:

- 1 - التراخيص الصناعية licensing
 - 2 - التحالفات الاستراتيجية Strategic Alliances
 - 3 - عقود المعرفة الفنية Technical Assistance
 - 4 - اتفاقيات استغلال براءات الاختراع أو استخدام العلامات التجارية Patents Trademark
 - 5 - الاستثمار الأجنبي المباشر (فروع الشركات) (Foreign Direct Investment (FDI
 - 6 - التدريب، والخدمات الإدارية والإشرافية
 - 7 - عقود المساعدة الفنية
 - 8 - تدريب العاملين واستقدام الخبراء
 - 9 - الاستشارات المباشرة التي يصدرها مورد التكنولوجيا.
- وكما يلاحظ، فإن جميع هذه الطرق تقوم على العقود والاتفاقيات الرضائية، حيث

←

عام 1999.

وتعرضت هذه المواد لأهم القضايا التي يثيرها نقل التكنولوجيا مثل التزامات موردها ومستوردها (متلقيها) وحظر الشروط التقيدية وتحديد المحكمة المختصة بنظر منازعاتها، والقانون الواجب التطبيق.

وفي تنظيم الموضوعين الأخيرين نصت المادة (87) من قانون التجارة المصري على الآتي:

- 1 - تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عند نقل التكنولوجيا المشار إليها في المادة (72) من هذا القانون، ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق يجرى في مصر وفقاً لأحكام القانون المصري".
- 2 - " وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري، وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً".

أصبحت التكنولوجيا في العصر الحالي سلعة مهمة يرد عليها التعامل بيعاً وشراءً وغير ذلك من تعاملات.

والآتي كلمة موجزة عن أهم طرق نقل واكتساب التكنولوجيا:

أولاً - أنشطة البحث والتطوير R & D:

للبحث والتطوير دور جوهري في إنتاج التقنية الحديثة، ويترتب ذلك إثر البحث في المعارف العلمية المختلفة، والعمل على تطوير نتائج ومخرجات هذا البحث لاستخدامها في إيجاد وتوليد منتجات جديدة، أو تطبيق أساليب إنتاجية حديثة تخدم الأهداف التجارية والصناعية المختلفة، وتشمل أنشطة البحث والتطوير إيجاد مواد أولية أو وسيطة لم تكن معروفة من قبل، مع استخدامها، وكذلك تطوير السلع والمنتجات ووسائل تسويقها، وإعادة تنظيم الأنشطة الاقتصادية داخل المؤسسات، وابتكار مؤسسات تنظيمية جديدة⁽¹⁾. لهذه الأهمية الكبيرة للبحث والتطوير، ودوره الملحوظ في إنتاج وتوليد التكنولوجيا، نجد أن الدول الصناعية تهتم به وتغدق في الإنفاق عليه وتخصص له من ميزانياتها نسب كبيرة، بعكس الدول النامية التي ما زال الكثير منها لا يوليها أهميته على الرغم مما هو معروف من أن الإنفاق على البحث العلمي والتطوير وما يؤدي إليه من معرفة تكنولوجية وتنمية مجتمعية سرعان ما يعيد هذا الإنفاق ويسترجعه خلال سنوات قليلة قدرت بمدة من 5 إلى 10 سنوات.

ثانياً - عقود اكتساب المعرفة والمعلومات الفنية:

ترد هذه العقود على معلومات وخبرات فنية يتم نقلها ممن يملكها وهي الدول المتقدمة إلى الدول النامية، ويتم ذلك بمقتضى عقود تبرم بين الطرفين يلتزم بمقتضاها حائز المعرفة بنقلها إلى متلقيها مزودة بالفنيين اللازمين لتدريب عمال وتابعي المتلقي على نوع أو أكثر من المعرفة الفنية، مثل استعمال الأجهزة والآلات، وكذلك إصلاحها وصيانتها، أو إدارة مشروعات المتلقي بالأساليب الحديثة.

وإذا اقتصر نقل المعرفة على المساعدة والمعونة فقد ترد في عقد مستقل، وقد تكون شرطاً أي بنداً في عقد من عقود نقل التكنولوجيا، وهذا ما يحدث عندما تكون التقنية من

(1) انظر محمد سيد أبو السعود، جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الإمكانيات التكنولوجية والنمو الاقتصادي، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الدول العربية، العدد الخامس والتسعون، يوليو 2010.

مستلزمات هذا العقد لكونها تساعد على حسن الانتفاع بالتكنولوجيا، أو المحافظة عليها وتقويتها⁽¹⁾.

ثالثاً - الاستثمار الأجنبي المباشر:

للاستثمار الأجنبي الذي تقوم به المشروعات الاستثمارية الكبرى دور ملحوظ في نقل التكنولوجيا للدول النامية.

فهذا الاستثمار تقوم به عادة الشركات الكبرى دولية النشاط، التي تملك المعرفة التكنولوجية المتقدمة وتطبقها عملياً بإنتاجية مرتفعة.

وعن طريق هذه المشروعات الاستثمارية تنتقل المهارات والمعرفة التكنولوجية من مشروعات المستثمر إلى الدول النامية⁽²⁾.

ولكي يأتي الاستثمار الأجنبي بثماره في اكتساب التكنولوجيا من الدول النامية يجب أن تكون التقنية التي يستخدمها المستثمر حديثة متقدمة، كما يجب على المستثمر أن يقوم بتدريب عمال مشروعاته في الدول النامية على التقنية التي يستخدمها، وإلا ما تحقق اكتساب هذه التقنية.

وعادة ما يتم الاستثمار الأجنبي المباشر عن طريق الشركات متعددة الجنسيات التي تنقل إلى البلاد النامية رأس المال المادي مصحوباً بالمعرفة الفنية والمعلومات التقنية الإنتاجية وطرق العمل والتصنيع، كما يتحقق نقل التكنولوجيا مع هذه الشركات عن طريق بيع السلع التجهيزية، واتفاقات الترخيص للإنتاج، والتبادل العلمي بين العلماء، والباحثين،

(1) ولا تختلط عقود نقل المعرفة مع عقود التعاون الصناعي التي تفترض التساوي بين طرفيها في القوة الاقتصادية وإنعدام التبعية بينهما، وذلك على عكس ما يحدث في عقود نقل المعرفة. حيث يكون متلقيها تابعاً لموردها.

(2) ولا يقتصر الاستثمار الأجنبي على نقل التكنولوجيا المتطورة إلى الدول النامية، وإنما يسهم أيضاً في تشغيل الأيدي العاملة وتدريبها على استخدام التكنولوجيا الحديثة المتطورة، بالإضافة إلى إنتاج هذه السلع، ومن ثم المنافسة داخل الأسواق المحلية.

انظر في دور الاستثمار الأجنبي في نقل المعرفة، جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، لإمكانيات التكنولوجيا والنمو الاقتصادي، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الدول العربية، العدد الخامس والتسعون، يوليو 2010، السنة التاسعة، إعداد، محمد سيد أبو السعود.

وانظر في انتقاده، جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، الكويت، 1983، ص 257.

وغير ذلك من طرق.

وعادة ما تجلب شركات الاستثمار عدتها وأدواتها التكنولوجية التي تحتاج إليها إلى العمل التي تستثمر فيها أدواتها وحزمها التكنولوجية، وبصفة خاصة دراسات الجدوى والفنية والاقتصادية للمشرع، والتصاميم الهندسية المطلوبة والقيام بتدريب العمال، وإحضار خبرائها الفنيين والإداريين.

كما تتولى الإشراف على إنجاز المشروعات التي تقيمها من بداية إقامتها حتى مباشرتها للإنتاج، وكذلك عمليات التسويق.⁽¹⁾

رابعاً - إقامة المصانع:

مع عقود إقامة المصانع كاملة التجهيز التي تعرف بتسمية "عقود تسليم المفتاح"، يقوم مالك التكنولوجيا بإقامة مصنع إنتاجي وتسليمه لمتلقي التكنولوجيا مجهزاً كاملاً جاهزاً للتشغيل، بما يستلزمه ذلك من القيام بالأعمال الهندسية، والتزويد بالآلات والأجهزة والمعدات اللازمة لتشغيل المصنع، وكذلك التزويد بالمعرفة الفنية والتقنية الحديثة، وتدريب عمال المصنع وموظفيه.⁽²⁾

وعقد إقامة المصنع قد يشمل كل العمليات السابقة، أو يقتصر على بعضها دون البعض الآخر، وذلك وفقاً لاحتياجات وظروف الراغب في التكنولوجيا.

خامساً - الملكية الصناعية وبراءات الاختراع:

للملكية الصناعية عامة، وبراءات الاختراع بصفة خاصة، دور مهم في نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية إلى الدول النامية.

(1) ويرى بعض المهتمين بدراسات نقل التكنولوجيا، ان أنشطة الاستثمار الأجنبي لا تتضمن نقلاً حقيقياً للتكنولوجيا، استناداً إلى أن النقل هذا يتم في إطار المشروع ذاته من الشركة الأم إلى الشركات الوليدة، فلا تخرج بذلك عن حوزة الشركة التي تقوم بالاستثمار. وفي الوقت نفسه فإن التكنولوجيا والمعرفة تظل تحت سيطرة الشركة الأم القائمة بالاستثمار.

راجع في دور الاستثمار في نقل التكنولوجيا: عبدالله جاد فودة: دور الشركات متعددة الجنسيات في نقل التكنولوجيا إشارة لقطاع الدواء في مصر، منشور بالموقع الإلكتروني: umranyat.blogspot.com في 15 أبريل 2006.

(2) أنظر في هذا العقد، محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية) القاهرة 1982 كلية الحقوق جامعة القاهرة ص 22.

ويظهر دور براءات الاختراع في نقل التكنولوجيا من أكثر من وجه، وبصفة خاصة:

1 - استغلال التقنية والمعرفة الفنية التي تتضمنها البراءة داخل البلد النامي مانح البراءة، سواء تم ذلك عن طريق الاستثمار الأجنبي المباشر أم عن طريق عقود التراخيص، خاصة وإن أنظمة براءات الاختراع تلزم صاحب البراءة باستغلالها في البلد الذي منحه البراءة⁽¹⁾.

2 - الاستفادة من المعلومات التكنولوجية والمعرفة الفنية التي تتضمنها وثائق ومستندات براءات الاختراع⁽²⁾.

3 - الاستفادة من عمليات الهندسة العكسية المشروعة التي تقوم على تفكيك الاختراع ودراسة أجزاء التكنولوجيا التي يتضمنها للوصول إلى أسرارها من تقنية ومعرفة فنية متقدمة، ومن ثم إعادة تركيبها، وهذا ما لجأت إليه اليابان في بداية نهضتها الصناعية.

سادساً - التحالفات الاستراتيجية:

التحالف الاستراتيجي المشترك عبارة عن مشروع مشترك بين شركة عالمية ومنشأة أخرى في دولة مضيفة، يترتب عليه تكوين علاقة تبادلية تعاونية بينهما بقصد تحقيق أهداف مشتركة لهما تتمثل في تعظيم الاستفادة من الموارد المشتركة التي تمتلكها الشركة العالمية والدولة المضيفة.

وكثيراً ما يكون الهدف من التحالف الاستراتيجي توليد أو تطوير تكنولوجيا معينة بها يتحقق الهدف من التحالف. عن طريق اكتساب التكنولوجيا المتولدة أو المتطورة من للطرفين أو لأحدهما أو تحقيق التكامل التكنولوجي بينهما⁽³⁾.

(1) أنظر في التزام صاحب البراءة باستغلالها داخل البلد مانحة البراءة، مؤلفنا، الحماية القانونية لبراءات الاختراع، سبقت الإشارة إليه، ص 181.

(2) انظر في تقييم دور براءات الاختراع في نقل التكنولوجيا للبلاد النامية، جيتا شوى مانجستي، وقع نظام البراءات الدولي على البلدان النامية، وثيقة مقدمة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية تحت رقم A/39/13 Add. 1 بتاريخ 2003/8/15.

وتشير هذه الدراسة إلى ضعف الدور الذي يقوم به النظام الدولي لبراءات الاختراع في نقل التقنية للدول النامية بسبب احجام الأجانب مالكي براءات الاختراع عن استغلالها في الدول النامية.

(3) انظر في ذلك: أحمد سيد مصطفى، تحديات العولمة والتخطيط الاستراتيجي، دار النهضة العربية،

سابعاً - التراخيص الإجبارية:

لا يقتصر نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية على النقل الإرادي الاتفاقي أياً كانت صورته من الصور التي أشرنا إليها، والذي يقوم على الرضا والاتفاق بين مقدم التكنولوجيا، المرخص، والمرخص له متلقي التكنولوجيا، وهي عادة الدول النامية، وإنما قد يأتي هذا النقل أو الترخيص إجبارياً دون توقف على رضا وإرادة المرخص، الذي يجبر على منح الترخيص للغير.

ولهذا الترخيص الإجباري عدة صور، نذكر منها الترخيص الإجباري لاستغلال براءات الاختراع، في حال عدم قيام المخترع الحاصل على براءة باستغلال الاختراع موضوع البراءة في البلد التي منحته هذه البراءة، والترخيص الإجباري للارتباط بين براءتي اختراع، الترخيص الإجباري الذي تفرضه المصلحة العامة للدولة مانحة البراءة.

والآتي كلمة موجزة عن هذه التراخيص الإجبارية لاستغلال التكنولوجيا.

1 - الترخيص الإجباري للغير إثر عدم قيام المخترع باستغلال اختراعه في الدولة التي منحته البراءة:

أخذ المشرع الكويتي بهذا النوع من التراخيص الإجبارية بالمادة (29) من قانون براءات الاختراع رقم (4) لسنة 1962 وتعديلاته اللاحقة التي ألزمت مالك البراءة - كويتياً أكان أم أجنبياً - بأن يستغل الاختراع الممنوح عنه البراءة في الكويت خلال ثلاث سنوات على الأكثر من تاريخ منح البراءة، كما ألزمته بأن يكون هذا الاستغلال بالقدر الذي يكفي بحاجة الكويت، وإلا جاز لإدارة براءات الاختراع أن تمنح رخصة إجبارية باستغلال الاختراع لشخص آخر بشروط وقيود حددتها المادة المذكورة.⁽¹⁾

←

2000، ص 57.

انظر أيضاً: فريد النجار، التحالفات الإستراتيجية، القاهرة، 1999، ص 4.

(1) راجع في التراخيص الإجباري للإخلال بواجب الاستغلال: مؤلفنا، الحماية القانونية للاختراعات، مطبوعات جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي - 2014، ص 182 وبعدها.

وقد جاء هذا الترخيص الإجباري نتيجة تطور الفكر القانوني الدولي من سقوط البراءة، في حالة عدم استغلال الاختراع كلياً أو جزئياً، إلى الاكتفاء بمنح ترخيصاً إجبارياً، فقد كانت المادة رقم (5) من اتفاقية باريس 1883 في شأن الملكية الصناعية تجعل جزاء عدم استغلال المخترع لاختراعه في الدولة التي منحته براءة عن هذا الاختراع هو سقوط حق المخترع في الاستئثار باستغلال الاختراع.

←

2 - الترخيص الإجباري للارتباط بين براءتين:

بالإضافة إلى الترخيص الإجباري لإخلاق المخترع بالتزامه باستغلال اختراعه داخل الدولة التي منحتة البراءة، أجاز المشرع الكويتي منح ترخيص إجباري في حالة أخرى، هي الارتباط بين اختراعين، حيث يكون لاستغلال اختراع ما أهمية كبرى للصناعة في الكويت، ولكنه يستلزم بالضرورة استخدام اختراع آخر سبق منح براءة عنه، عندئذ أجاز المشرع في المادة (31) من قانون براءات الاختراع، لإدارة براءات الاختراع والعلامات التجارية منح مالك الاختراع الثاني ترخيصاً إجبارياً باستغلال الاختراع السابق عليه، إذا رفض مالكة الاتفاق على الاستغلال بشروط معقولة.

كما أجاز المشرع لإدارة براءات الاختراع، على عكس ما تقدم، أن تمنح مالك الاختراع السابق ترخيصاً إجبارياً باستغلال الاختراع اللاحق إذا كان لاختراعه أهمية أكبر. ويكون منح الترخيص في الحالتين السابقتين مقابل تعويض يلتزم به من منح له الترخيص لصالح مالك البراءة.

3 - الترخيص الإجباري للمصلحة العامة:

تجيز التشريعات الوطنية - إلى جانب الحالتين السابقتين - منح تراخيص استغلال إجبارية استناداً إلى مقتضيات المصلحة العامة، من تطبيقات ذلك:

أ - أجازت المادة (32) من قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية الكويتي لوزير المالية والاقتصاد بقرار يصدر منه نزع ملكية الاختراعات لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو الدفاع الوطني، على أن يكون ذلك مقابل تعويض عادل. ونزع ملكية البراءة يمكن أن يكون شاملاً لجميع الحقوق المترتبة على البراءة، أو

←

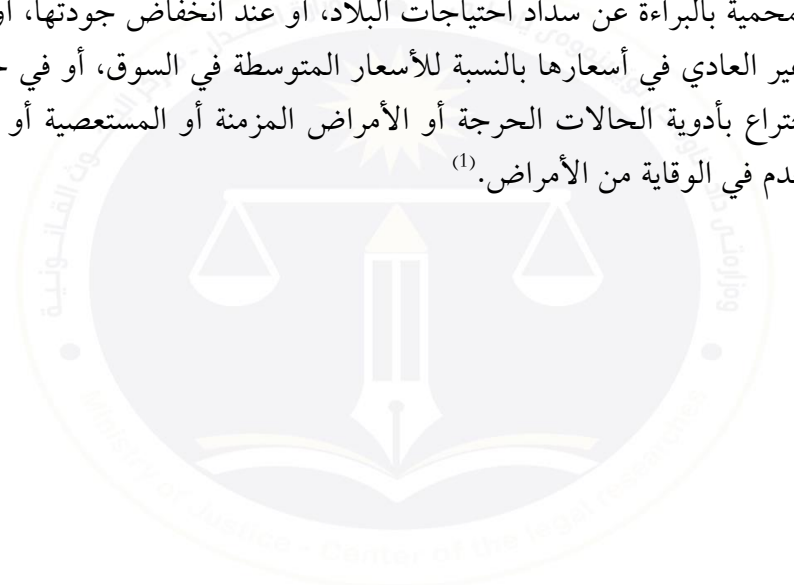
ثم عدلت المادة المذكورة في مؤتمر استكهولم ليصبح الجزء هو جواز منح ترخيص إجباري باستغلال الاختراع، استناداً إلى أن الدولة تمنح البراءة للمخترع مقابل استغلاله للاختراع داخلها لمصلحتها فإن لم يفعل، وكان هناك من يستطيع القيام بهذا الاستغلال، كان للدولة ان تمنحه ترخيصاً باستغلال البراءة، جزاءً للمخترع وتحقيقاً لمصلحتها العامة.

والجزء المتمثل في منح الترخيص الإجباري هو الذي أخذت به أيضاً اتفاقية " التريس "، ثم انتقل إلى التشريعات الداخلية.

والترخيص الإجباري يقتصر - بطبيعة الحال - على حق الاستغلال المالي ولا يمتد إلى الحق الأدبي للمخترع ونسبة الاختراع إليه فيظل محتفظاً به.

يكون فقط على الطلب المقدم عنها، كما يصح أن يكون مقصوراً على حق استغلال الاختراع لحاجة البلاد.

ب - في الاتجاه ذاته أجازت المادة (2/49) من القانون الجزائري الصادر بالأمر (07/03) لوزير الصحة حق طلب إصدار تراخيص إجبارية باستغلال الاختراعات في حالة عجز كمية الأدوية المحمية بالبراءة عن سداد احتياجات البلاد، أو عند انخفاض كمية الأدوية المحمية بالبراءة عن سداد احتياجات البلاد، أو عند انخفاض جودتها، أو في حالة الارتفاع غير العادي في أسعارها بالنسبة للأسعار المتوسطة في السوق، أو في حالة ما تعلق الاختراع بأدوية الحالات الحرجة أو الأمراض المزمنة أو المستعصية أو المنتجات التي تستخدم في الوقاية من الأمراض.⁽¹⁾



(1) راجع سفيان بن زواوي، الترخيص الإجباري باستغلال براءة الاختراع، مجله الشريعة والاقتصاد، جامعة الأخوة متتوري قسنطينة، الجزائر، العدد الثاني عشر، ديسمبر 2017، ص 54.

المبحث الثاني الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا للدول النامية

عرضنا في المبحث السابق الطرق المختلفة لاكتساب الدول النامية للتكنولوجية والمعرفة الفنية الحديثة التي تلزمها لتحقيق تنميتها الشاملة المستدامة، أما سبل تحقيق وأعمال هذه الطرق فتكمن غالباً في عقود واتفاقيات نقل واكتساب التكنولوجيا التي تبرمها مع مالكي وحائزي هذه التكنولوجيا سواء تمثلت هذه العقود في نقل الطرق التكنولوجية من طرائق للصنع ومعرفة فنية، أو تراخيص صناعية، أو عقود معرفة فنية وتكنولوجية، أو دراسات هندسية صناعية، أو غير ذلك من طرق أشرنا إليها في المبحث الأول.

أما المبحث الثاني فينصب على رسم الإطار القانوني الذي يبين قواعد وأحكام نقل واكتساب التكنولوجيا، ويحدد العلاقة القانونية لطرفيها ناقل التكنولوجيا، وهو من يملكها، ومتلقيها، وهي الدول النامية التي تحتاج لهذه التكنولوجيا.

وعلى الرغم من أن غالبية هذه الطرق تقوم على الرضا والاتفاق مما يجعلها طرقاً تعاقدية فإن دراستنا لها لن نتعرض للقواعد العامة التي تنظم إبرام هذه العقود مكتفين ببيان ما تختص به هذه العقود من أحكام خاصة ترجع إلى ذاتيتها وطبيعتها محلها، بالإضافة إلى بيان آثار هذه العقود ببيان حقوق والتزامات طرفيها: ناقل التكنولوجيا ومتلقيها. مع ملاحظة ان هذه القواعد والآثار تطبق أيضاً في حالات الترخيص الإجمالي باستغلال التكنولوجيا كما هو الحال في الترخيص الإجمالي باستغلال براءات الاختراع لعدم قيام صاحب البراءة بهذا الاستغلال أو عدم كفايته، وكذلك في حالة الارتباط بين براءتي اختراع، أو الترخيص الذي تقتضيه المصلحة العامة كما سنبين تفصيلاً، وذلك مع مراعاة ما قد تتميز به هذه الطرق الإجمالية من قواعد خاصة ترجع إلى كونها لا تقوم على الرضا والاتفاق ويستقل المشرع بتنظيم أحكامها.

بذلك يقتصر هذا المبحث على تناول موضوعين فقط هما قواعد وأحكام نقل التكنولوجيا، وأثار نقل التكنولوجيا، وتتناول كل موضوع من هذين الموضوعين في مطلب خاص على الوجه الآتي:

المطلب الأول: قواعد وأحكام نقل التكنولوجيا.

المطلب الثاني: أثار نقل التكنولوجيا.

المطلب الأول

قواعد وأحكام نقل التكنولوجيا

يخضع نقل التكنولوجيا، بصفة خاصة النقل الذي يتم عن طريق عقود تبرم بين مالك التكنولوجيا - الناقل لها - والراغب في الحصول عليها - متلقيها - عادة لقواعد وأحكام تحددها هذه العقود.

وعلى الرغم من تعدد أنواع عقود نقل التكنولوجيا واختلاف صورها، فإنها تشترك في خصائص تميزها عن غيرها من العقود الأخرى بسبب طبيعة محلها، وكذلك عدم التساوي بين طرفيها - ناقل التكنولوجيا ومتلقيها - من حيث القوة الاقتصادية والحاجة إلى التقدم التقني.

وعلى الرغم من ذلك، فيمكننا إيجاز أهم القواعد والأحكام العامة التي تحكم وتنظم نقل التكنولوجيا في الآتي:

أولاً - الهدف من نقل التكنولوجيا:

تُبرم عقود نقل التكنولوجيا⁽¹⁾ بهدف نقل المعارف الفنية ونتائج البحث العلمي والتقدم التقني من حائزها، وهو عادة الدول المتقدمة ومؤسساتها وشركاتها العملاقة، إلى متلقي هذه التكنولوجيا، وهي غالباً الدول النامية، التي تحتاج هذه التكنولوجيا للتغلب على الفجوة التي تفصلها عن الدول المتقدمة. وما يترتب على النقل من تحقيق تقدمها وتنميتها الشاملة المستدامة.

ولكي يتحقق هذا الهدف يجب إلا يقتصر النقل على تداول وتسويق التكنولوجيا

(1) عرفت المادة (73) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 عقد نقل التكنولوجيا بأنه: "... اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات، ولا يعتبر نقلاً للتكنولوجيا بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا أو كان مرتبطاً به".

بالاكتفاء بتنظيم حق استعمالها، وإنما يجب أن يمتد هدفها ليشمل اكتساب هذه التكنولوجيا والسيطرة عليها باكتساب القدرات اللازمة لاستغلالها وتطبيقها ذاتياً، والتمكن من تطويرها وإعادة إنتاجها وتحسينها⁽¹⁾، بما يؤدي إلى اكتساب الدول النامية للخبرة التكنولوجية ودعمها.

كما يجب لتحقيق هذا الهدف أن يرد النقل على المعرفة والتكنولوجيا الأكثر ملائمة مع متطلبات الدول النامية مكتسبة هذه التكنولوجيا وظروفها الخاصة⁽²⁾.

يتعين أيضاً لتحقيق الهدف من نقل التكنولوجيا أن يتبع هذا النقل ملحقات التكنولوجيا ولوازمها وتوابعها، بأن تكون مصحوبة بالدراسات اللازمة لنقلها، من دراسات فنية واقتصادية، ودراسات جدوى، والتعليمات والتصميمات والرسوم الهندسية، وكذلك الخرائط الموضحة والصور وبرامج الحاسب الآلي إن وجدت، وبصفة عامة يجب أن يكون نقل التكنولوجيا والمعارف الفنية شاملاً مصحوباً بكل الوثائق والمستندات التي توضحها وتجعلها قابلة للتطبيق.

بل وقد يقتضي نقل التكنولوجيا ترتيب زيارات ومشاهدات ميدانية نسهل الإلمام بها والإحاطة بجوانبها المختلفة.

إيجازاً لما سبق يجب ألا يقتصر نقل التكنولوجيا على استغلالها، وإنما يجب أن يتعدى ذلك إلى تمكين المرخص له من السيطرة عليها واستيعابها، بما يستلزمه ذلك من ضرورة تسليم متلقيها المعلومات والمستندات والمعرفة الفنية وسائر ملحقاتها.

أخيراً يجب ألا يكون نقل التكنولوجيا مجحفاً بمتلقيها من ناحية شروط وقيود هذا النقل، وهذا يتطلب أن تخلو عقود نقل التكنولوجيا من الشروط والقيود السلبية التي تهدف إلى تقييد متلقيها من الانتفاع بالتكنولوجيا المنقولة أو حرمانه من بعض الأنشطة التي تمكنه من استيعابها والتمكن منها، وذلك على الوجه الذي سوف نوضحه تحت البند

(1) راجع، يوسف خليل الاكياي، دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، 1987، أنس السيد عطية سليمان، الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 305.

(2) حمدي محمود بارود، محاولة لتقييم التنظيم القانوني لنقل التمكين التكنولوجي في ظل الجهود الدولية ومشروع قانون التجارة الفلسطيني، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية 2010 المجلد (12) العدد (1) ص 851.

رابعاً الخاص بحظر الشروط التقييدية.

ثانياً - مدة نقل التكنولوجيا:

الأصل أن يترك تحديد مدة نقل التكنولوجيا لاتفاق طرفيها ناقلها ومتلقيها في العقد المبرم بينهما، ولكن بالنظر إلى طبيعة هذا العقد ولكونه يرد على معارف وتقنيات قابلة بطبيعتها للتطور، كما أنها قابلة لانخفاض قيمتها بمرور الزمن وحلول تقنيات حديثة محلها، فإن ذلك يقتضي تحديد مدة العقد بمدة زمنية معقولة تختلف باختلاف نوع وطبيعة التكنولوجيا التي يوجهها، والهدف منها وزمن تحقيق هذا الهدف.

وعادة ما تحدد هذه المدة من 5 إلى 15 سنة، كما تحدد بعض التشريعات هذه المدة بخمس سنوات فقط، فإن زادت على ذلك يجوز لكل من الطرفين، بعد انقضاء الخمس سنوات، أن يطلب إنهاء العقد أو تعديله بما يتناسب مع الظروف الاقتصادية الجارية والقيمة الفنية للتكنولوجيا محل التعاقد⁽¹⁾.

وعلى العكس مما تقدم فإن بعض عقود نقل التكنولوجيا، كما في عقد الفرانشايز، قد تضع قيوداً على حرية المرخص، ناقل التكنولوجيا، في رفض تجديد العقد، بسبب ما يفرضه هذا العقد على المرخص له متلقي التكنولوجيا، من أعباء شديدة تتمثل في تشييده للأبنية وإقامته للتجهيزات، فلا شك أن عدم تجديد العقد في مثل هذه الحالات يبهظ المرخص له ويحمله خسارة كبيرة⁽²⁾.

وغني عن البيان أنه في حالة تعلق نقل التكنولوجيا بحق من حقوق الملكية الفكرية، كبراءة الاختراع، يتعين أن تنقيد مدة العقد بمدة الحماية الممنوحة للبراءة، أو المتبقي منها. في ضوء ما سبق يمكننا القول أن مدة عقد نقل التكنولوجيا تتحدد بمعياريين متقابلين:

(1) راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الفلسطيني، ص 79، أشار إليه حمدي محمود بارود في مرجعه السابق الإشارة إليه.

(2) لذلك تحظر بعض التشريعات، كما هو الحال، في الولايات المتحدة الأمريكية على المرخص أن يرفض تجديد عقد الفرانشايز إلا لأسباب معقولة.

راجع، حسام الدين الصغير، ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء مجلس الشورى، مسقط 23، 24 مارس 2004.

وانظر في المزيد من التفاصيل روبرت ايمرسون:

Robert W. Emerson:
Franchising and the collective Rights of Franchisees, Vanderbilt, Law Review, October 1996, N.5 p. 15

أولهما أن تكون المدة كافية لاكتساب التكنولوجيا، واستيعابها والتمكن منها، وثانيهما مراعاة أن هذه التكنولوجيا تفقد قيمتها بمرور الزمن، كما أنها تفقد حمايتها بانقضاء مدة هذه الحماية، كما في حالة تكنولوجيا براءة الاختراع.

ثالثاً- شكلية عقد نقل التكنولوجيا:

الأصل العام في عقود نقل التكنولوجيا إنها عقود رضائية لا تحتاج إلى الكتابة لانعقادها أو لإثباتها.

غير أن بعض التشريعات، بالنظر إلى طبيعة بعض هذه العقود وأهميتها، تتطلب كتابتها لانعقادها، كما أن الواقع العملي وما يتطلبه إبرام هذه العقود من مستندات معينة واشترطات فنية، وموافقات خاصة من بعض الجهات، يجعل هذه العقود تتم كتابة، تسهيلاً لإثباتها ودرءاً لمنازعاتها.

ومن العقود التي يستلزم بعض التشريعات كتابتها، وإلا وقعت باطلة عقد التراخيص الصناعية، فوفقاً للمادة (1/17) من نظام براءات الاختراع لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية يتعين لصحة إبرام هذا العقد أن يتم كتابة، كما يتعين توثيقه لدى الجهات الرسمية حتى تترتب أثارة⁽¹⁾.

من ناحية أخرى، فإن طبيعة عقود نقل التكنولوجيا تستلزم في غالبيتها، خاصة المهمة منها، أن تتم واقعياً كتابة حتى يمكن لمتلقي التكنولوجيا السيطرة عليها وعلى ما تتضمنه من عناصر معرفة، كما تفيد الكتابة أيضاً في أحكام الرقابة على ما قد يتضمنه عقد نقلها من شروط تعسفية باطلة بحكم القانون، كذلك تمكن الكتابة من حصر وتحديد المستندات والوثائق التي يتضمنها العقد أو ما ترفق به من تصميمات ورسومات هندسية وبرامج حاسب

(1) تنص المادة (1/17) من نظام براءات الاختراع لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية على أنه: "يجوز لمالك البراءة التي تتمتع بالحماية المقررة في هذا النظام أن يرخص لغيره في القيام بكل أعمال الاستغلال المنصوص عليها في المادة 1/12 أو بعضها، ويتعين أن يكون الترخيص مكتوباً وموقعاً عليه من الطرفين وموثقاً من جهة رسمية في إحدى دول مجلس التعاون". ويلاحظ أن الكويت وافقت على هذا القانون (النظام) بالقانون رقم (71) لسنة 2013، المنشور في الجريدة الرسمية (الكويت اليوم) في ملحق العدد 1137 الصادر في 2013/6/25، ونصت مادته رقم (34) على العمل به بعد ثلاثة أشهر من نشره ونشر اللائحة التنفيذية له.

آلي وخرائط وصور وغير ذلك من مستندات لازمة لنقل واستيعاب التكنولوجيا⁽¹⁾.
رابعاً - حظر الشروط التقييدية:

لكي تحقق عقود نقل التكنولوجيا أهدافها المتمثلة في نقل وتوطين التكنولوجيا في البلاد المستوردة لها، واستيعابها وحسن استغلالها، يتعين ان تخلو هذه العقود من الشروط التي تتضمن تعطيلاً أو تقييداً لهذا الهدف، بصفة خاصة تلك الشروط التي يكون من شأنها تقييد حرية متلقي التكنولوجيا في استخدامها أو تطويرها، أو التعريف بالإنتاج أو الإعلان عنه.

هذه الشروط عادة ما تفرضها الدول مصدرة التكنولوجيا على الدول النامية متلقية هذه التكنولوجيا تحقيقاً لمصالحها في إبقاء التكنولوجيا تحت سيطرتها، وتضطر الدول النامية إلى قبولها تحت ضغط حاجتها الملحة إلى التكنولوجيا، وذلك على الرغم ما تتضمنه هذه العقود من إجحاف وعرقلة لخططها التنموية، ومن ثم استمرار تبعيتها للدول النامية واتساع ما بينهما من فجوات تكنولوجية⁽²⁾.
وبالنظر إلى ما تتضمنه هذه الشروط التقييدية من تعسف وإجحاف بالدول النامية، فإنها تسعى جاهدة لحظرها على الصعيد الدولي، كما تناولها بالتنظيم التقنين الدولي للسلوك لنقل التكنولوجيا في بابه الرابع⁽³⁾.

(1) حمدي محمود بارود، مرجع سبقت الإشارة إليه ص 866.

(2) راجع: محسن شفيق، نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، القاهرة 1984، ص 26 وبعدها، هاني صلاح سرى الدين، عقد نقل التكنولوجيا في ظل قانون التجارة الجديد، مع إشارة خاصة لعقود نقل التكنولوجيا غير المشمولة بحماية براءة الاختراع، القاهرة، 2001 ص 324.

(3) كما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بناء على طلب البرازيل قراراً يتضمن دعوة السكرتير العام لإعداد دراسة عن دور براءات الاختراع في نقل المعارف الفنية إلى الدول النامية. وأعقب ذلك إصدار توصية من مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD باتخاذ الإجراءات التنظيمية المناسبة الخاصة بنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، وبحث إمكانية تعديل الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا. ولعل أبرز ما قامت به الانكتاد هو إعداد مشروع تقنين سلوك لنقل التكنولوجيا. ولكنه لم يكتمل بعد. في الاتجاه ذاته بذلت المنظمات المعنية بمصالح الدول النامية عدة محاولات لمساعدة هذه الدول في مواجهة الدول المصدرة للتكنولوجيا من خلال نشر قواعد وإرشادات للعمل بها من أهمها دليل إرشادات في مجال التراخيص الصادر عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية سنة 1978 لصالح البلدان النامية Licensing Guide for Developing Countries، والدليل ←

في الاتجاه ذاته أجازت المادة (40) من اتفاقية "التريس" للبلدان أن تضع التشريعات وتتخذ التدابير اللازمة لمنع الممارسات التي تعرقل نقل التكنولوجيا وتقيدها في مجال التراخيص، كما عدت بعض الشروط التي يجوز حظرها، وبصفة خاصة الشروط الآتية:

- اشتراط عودة الحق في براءات الاختراع الناجمة عن التراخيص إلى المرخص وليس المرخص له، وهو ما يعرف بالرد العكسي.

- اشتراط عدم الطعن في قانونية الترخيص، وعدم المنازعة إدارياً وقضائياً في صحة الاستفادة محل الترخيص من حقوق الملكية الفكرية، حيث يعفي هذا الشرط المرخص من التزامه بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية للبراءة، وذلك على الرغم من أهمية الضمان للمرخص له.

- اشتراط الترخيص القصري بمجموعة من الحقوق بدلاً من حق واحد، بما يعنى إلزام المرخص له بعدة تراخيص على الرغم من رغبته في الحصول على ترخيص واحد متعلق بملكية فكرية واحدة، كأن يطلب المرخص له الحصول على ترخيص استغلال براءة اختراع ويشترط المرخص الحصول أيضاً على ترخيص علامته التجارية وشراء معدات وأدوات معينة.

في الاتجاه ذاته أيضاً أجازت المادة (75) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 إبطال الشروط التقييدية بنصها على أنه:

"يجوز إبطال كل شرط يرد في عقد نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه تقييد حرية المستورد في استخدامها أو تطويرها أو تصريف الإنتاج أو الإعلان عنه. وينطبق ذلك بوجه الخصوص على الشروط التي يكون موضوعها إلزام المستورد بأمر مما يأتي:

أ - قبول التحسينات التي يدخلها المورد على التكنولوجيا وأداء قيمتها.
ب - حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتلائم الظروف المحلية أو ظروف منشأة المستورد، وكذلك حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا محل العقد.

ج - استعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في

←

الصادر عن منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية UNIDO في شأن بنود الضمانات والتعهدات في عقود نقل التكنولوجيا عام 1989. راجع في ذلك حسام الدين الصغير، المرجع السابق ص 11.

إنتاجها.

د - تقييد حجم الإنتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره.
هـ - اشتراك المورد في إدارة منشأة المستورد أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين بها.

و - شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت التي يعينها دون غيرها.

ز - قصر بيع الإنتاج أو التوكيل في بيعه على المورد أو الأشخاص الذين يعينهم. وذلك كله ما لم يكن أي من هذه الشروط قد ورد في عقد نقل التكنولوجيا بقصد حماية المستهلك المنتج، أو رعاية مصلحة جديده ومشروعة لمورد التكنولوجيا.⁽¹⁾

نخلص مما سبق إلى أنه، يتعين على الدول النامية، عند إبرامها عقود نقل التكنولوجيا أن تراعي خلوها من الشروط والقيود التي تحد من نشاطها في مجال البحث والتطوير، أو تحظر عليها استخدام تكنولوجيا مماثلة أو منافسة أو مكملتها من مصادر أخرى غير المرخص. وبصفة خاصة يجب أن تخلو عقود نقل التكنولوجيا من الشروط والقيود الآتية:
- الشروط التي تلزم الدول النامية بقبول التحسينات التي يدخلها مورد التكنولوجيا مع أداء مقابل لها.

- الشروط التي تهدف إلى حرمانها من إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا المستوردة لتلائم ظروف المرخص له.

- الشروط التي تجبرها على استعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التي استخدمت التكنولوجيا في إنتاجها.

- الشروط التي تقيد حريتها في إدارة مشروعاتها التنموية.

- كما ننبه إضافة إلى ما سبق، إلى ضرورة إخضاع عقود نقل التكنولوجيا للرقابة والمتابعة الحكومية من الدول النامية بما يكفل التحقق من سلامتها وتحقيقها لهدفها

(1) ويتضمن القانون الأوروبي بعض النصوص التي تحظر الشروط التقييدية في عقد الترخيص أو تضع قيوداً على وضعها.

كما تحظر قوانين مكافحة الترس في الولايات المتحدة الأمريكية الشروط التقييدية التي يفرضها المرخص على المرخص له باعتبارها من قبيل القيود الراسية على المنافسة. راجع في ذلك حسام الصغير، المرجع السابق، ص 12.

الأساس وهو نقل واكتساب المعرفة والتكنولوجيا.

المطلب الثاني

أثار نقل التكنولوجيا

على الرغم من تعدد أنواع ومصادر نقل التكنولوجيا، وذلك على الوجه الذي أوضحناه في المبحث الأول، فإنها تتفق في مجموعها حول عدد من الآثار الجوهرية تتمثل في الحقوق والالتزامات التي تقررها سواء بالنسبة لناقل التكنولوجيا - موردها - أو بالنسبة لمتلقيها - مستوردها، وهي التي سنقوم بعرضها في المطلب الحالي.

وتتميز اتفاقات وتراخيص نقل التكنولوجيا بعدة خصائص تميزها عن غيرها من عقود واتفاقات، هذه الخصائص هي التي ترسم وتحدد أثارها لكونها تؤدي إلى خضوع نقل التكنولوجيا لبعض الأحكام الخاصة تتفق مع خصوصيات هذا النقل والهدف الذي يسعى إلى تحقيقه.

ومن الصفات والخصائص التي تميز اتفاقيات وتراخيص نقل التكنولوجيا أن غالبيتها ذو صفة دولية الأمر الذي دفع بعض المؤسسات والهيئات الدولية إلى التدخل بقصد تنظيم عمليات نقل التكنولوجيا.

كما تتميز عقود نقل التكنولوجيا بكونها تبرم بين طرفين غير متكافئين، أحدهما الدول الصناعية التي تتحكم في المعرفة الفنية والتقدم التكنولوجي، مما يمكنها ويدفعها إلى فرض شروطها وتحكمها في الطرف الثاني وهو الدول النامية التي تحتاج إلى التكنولوجيا مما يجعلها تدعن وترضخ لشروط وتحكم الطرف الأول.

للاعتبارين السابقين: الصفة الدولية لنقل التكنولوجيا، وعدم تساوي أطرافها، فقد اهتمت بعض المنظمات الدولية بفرض نوعاً من التنظيم لها، ومن تطبيقات ذلك:

أ - أعدت منظمة الأمم المتحدة بمقتضى قرارها رقم 1910 ما سمته مدونة السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا، وعلى الرغم من عدم الاتفاق الدولي على هذه المدونة، فإن الكثير من مبادراتها تبنتها بعض التشريعات الوطنية الداخلية، كما تراعيها اتفاقات نقل التكنولوجيا.

ب - بالنظر إلى اهتمام المنظمة العالمية للملكية الفكرية " الويبو " بالملكية الفكرية بمختلف جوانبها وتطبيقاتها، ولما تتضمنه حقوق الملكية الفكرية - بصفة خاصة -

براءات الاختراع والعلامات التجارية من تكنولوجيا، ومعرفة فنية، فقد أصدرت هذه المنظمة في عام 1978 دليلاً للنواحي القانونية للمفاوضات بشأن اتفاقات وتراخيص الملكية الصناعية.

ج - اهتمت منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية " الانكتاد " بتقديم الدراسات والتقارير بهدف تسهيل نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، كما تعمل هذه المنظمة على تعزيز القدرة التكنولوجية للدول النامية التي تحتاج لها في تحقيق تنميتها.⁽¹⁾

د - تقوم منظمة الأمم المتحدة للتنمية والصناعة " اليونيدو " بتقديم الاستشارات والدراسات والمعرفة الفنية في مجال التكنولوجيا والتنمية الصناعية بصفة عامة هادفة بذلك مساعدة الدول النامية على تحقيق تقدمها وتنميتها.

- من جهة أخرى تتميز عقود وتراخيص نقل التكنولوجيا بكونها من عقود الإدارة بسبب ظهور الدولة طرفاً فيها، مما يسبغ عليها الصفة الإدارية في بعض جوانبها ويفضي عليها بعض الخصوصيات - على الوجه الذي سنراه إضافة إلى وجوب خضوعها لرقابة الدولة.

- كذلك تتميز عقود نقل التكنولوجيا ببعض سمات وخصائص بعض عقود القانون الخاص بسبب نوعية وطبيعة العمليات التي تنظمها ومنها بصفة خاصة عقد البيع، وعقد المقاولة، وعقد الاستصناع.

كل هذه الخصوصيات التي تتميز بها عقود وتراخيص نقل التكنولوجيا أثرت في أحكامها وأثارها، بصفة خاصة حقوق والتزامات طرفيها، وذلك على الوجه الذي سوف نقوم بإيضاحه.

وبالنظر إلى أن حقوق أي من الطرفين تمثل في الوقت ذاته التزامات على الطرف الآخر، فنقوم فيما يأتي بعرض آثار عقود نقل التكنولوجيا من خلال عرض موجز للالتزامات كل، من طرفيها: ناقل التكنولوجيا، ومتلقيها، كل منهما في فرع خاص على الوجه الآتي:

(1) عبدالغني محمود: الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 34.

الفرع الأول: التزامات ناقل التكنولوجيا.
الفرع الثاني: التزامات متلقي التكنولوجيا.

الفرع الأول التزامات ناقل التكنولوجيا

الالتزام الأول الجوهري الذي تفرضه عقود وتراخيص نقل التكنولوجيا على ناقل أو مورد التكنولوجيا، هو - وكما يعبر اسمها - نقل التكنولوجيا إلى راغبها أو متلقيها. ولكي يحقق نقل التكنولوجيا هدفه فيتعين على ناقل التكنولوجيا أن يضمن هذا النقل للمتلقي، وهذا يفرض عليه التزاماً بالضمان.

كما يتعين عليه إعلام متلقي التكنولوجيا بأية أخطار تتعلق بهذه التكنولوجيا. وبالإضافة إلى هذه الالتزامات الرئيسية، يلتزم المرخص - ناقل التكنولوجيا - ببعض الالتزامات الأخرى، تختلف بحسب نوع التكنولوجيا وطبيعتها والأغراض الأخرى التي يهدف إليها النقل، نذكر من هذه الالتزامات: نقل التحسينات، وتقديم المساعدة الفنية، وتقديم قطع الغيار.

في ضوء ما سبق نقوم فيما يأتي بإيضاح الالتزامات الأساسية التي يتحملها ناقل التكنولوجيا حتى يأتي النقل بشماره.

أولاً - الالتزام بنقل التكنولوجيا:

نقل التكنولوجيا إلى متلقيها هو الالتزام الأساسي الذي يتحمله موردها باعتبارها موضوع العقد ومحله، ومبتغاه أيضاً.

و التكنولوجيا التي تنقل تتمثل في مجموعة من عناصر المعرفة والتقنية المتقدمة، بعضها عناصر مادية، والبعض الآخر عناصر معنوية.

وتتمثل العناصر المادية للتكنولوجيا في الأجهزة والآلات وغيرها من المواد التي تتجسد فيها المعرفة "Know - How" والإبداع "Creativity" والابتكار "Iniovation".

أما العناصر المعنوية للتكنولوجيا فتشمل المعلومات والبرامج والخدمات الفنية،

وحقوق المعرفة، وحقوق الملكية الفكرية والمعلومات السرية غير المفصح عنها، والتدريب، وغير ذلك من معارف أخرى تختلف من تكنولوجيا إلى أخرى⁽¹⁾. ولا يقتصر الالتزام بنقل التكنولوجيا على التكنولوجيا ذاتها محل النقل، وإنما يشمل أيضاً مشتملاتها وملحقاتها وتوابعها من عناصر مادية لازمة ومكملة لها، وكذلك المستندات الخاصة بالتكنولوجيا والوثائق الفنية التي تبين كيفية استخدامها من حيث عمليات الإنتاج والتشغيل والتجميع، وغير ذلك من أغراض مختلفة مثل المواصفات القياسية للإنتاج والرسوم البيانية لطرق الإنتاج والاختبار والفحص والتفتيش⁽²⁾.

(1) راجع في عناصر المعرفة التي يلتزم المورد بنقلها إلى المستورد، مجمود الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص 245، جلال وفاء محمد، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية 2001، ص 45.

وتختلف وجهات النظر فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للالتزام بنقل التكنولوجيا، فالدول الصناعية الناقلة للتكنولوجيا، تنظر إلى العقد المنشئ للالتزام بنقل التكنولوجيا على أنه عقد من عقود المعاملات التجارية، استناداً إلى إن التكنولوجيا محل هذا العقد هي مجرد سلعة ولو كانت معنوية، يكتفي في نقلها بالتسليم المادي دون حاجة لأمر أخرى.

أما الدول النامية - متلقي أو مستورد التكنولوجيا - فتتجه إلى نقلها بالنظر إلى الغرض منها، وهو تحقيق تنميتها ونهضتها، ولتحقيق ذلك لا يكتفي مجرد تسليم التكنولوجيا، وإنما يستوجب بالإضافة إلى ذلك السيطرة عليها والتمكين منها.

راجع في ذلك: وفاء فلحوط، نقل التقانة في القانون الدولي، مرجع سبق ذكره. كما تختلف وجهات النظر نحو ما إذا كان الالتزام بنقل التكنولوجيا هو التزام بتحقيق نتيجة أم مجرد التزام بوسيلة يكتفي في تنفيذه باتخاذ ناقل التكنولوجيا ما يلزم من العناية التي يلتزم بها الشخص المعتاد.

وما نراه هو أن الالتزام بنقل التكنولوجيا يجمع بين التزام بنتيجة، تتمثل في مجرد نقل التكنولوجيا، والتزامات أخرى تنفرع عن هذا الالتزام الرئيسي تتمثل في التزامات بوسيلة في بعضها، وبنتيجة في بعض آخر، ويتوقف ذلك على طبيعة هذه الالتزامات والغرض منها، وكذلك إرادة الطرفين ناقل التكنولوجيا ومتلقيها.

(2) راجع في بيان مضمون الالتزام بنقل التكنولوجيا، وما يجب أن يتضمنه هذا النقل: ناجي أحمد أنور، التراخيص الاتفاقية والإجبارية في مجال المواد الطبية والصيدلانية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 89.

←

وبصفة عامة يمتد نقل التكنولوجيا ليشمل كل العناصر والوثائق التي تمكن المرخص له من حسن استغلال التكنولوجيا موضوع النقل، والانتفاع بها. ولكي يتحقق نقل التكنولوجيا يجب أن تتضمن المعلومات والبيانات المنقولة كيفية استخدامها والإفادة منها في مجالات استخداماتها المختلفة من تجميع وتشغيل وإنتاج، مع بيان توضيحي لعناصر التكنولوجيا، وطرق الإنتاج. فالتزام المورد بنقل التكنولوجيا لا يقتصر على نقله وتسليمه المستورد للعناصر المادية والمعنوية لعناصرها، وإنما يلتزم أيضاً بتمكينه من استخدامها واستثمارها، وما يستوجبه ذلك من تقديم العون والمساعدة له⁽¹⁾. ولكي يحقق نقل التكنولوجيا الهدف منه في تنمية البلاد النامية وتحقيق نهضتها يجب أن تكون التكنولوجيا والمعرفة المنقولة ملائمة لهذه الدول متماشية مع حاجاتها مجيبة لطموحاتها⁽²⁾.

←

ونوه إلى أن نقل الوثائق والمستندات المتعلقة بالتكنولوجيا، لا يعني نقل ملكيتها للمرخص له متلقيها وإنما تظل هذه المستندات ملكاً للمرخص، لذلك يتعين على المرخص له الحفاظ عليها وردها إلى المرخص عند انتهاء مدة الترخيص. ويرى الفقه أن نقل التكنولوجيا يمثل واقعة قانونية وليس واقعة مادية، لأنها تتمثل في وضع عناصر التكنولوجيا تحت تصرف المرخص له بطريقة ممكنة من حيازتها والانتفاع لها. انظر: أحمد طارق البشتاوي، عقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011، ص 77.

(1) وفي ذلك تقرر المادة (77) من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999: يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يقدم لمستورد التكنولوجيا المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق الفنية اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا، وكذلك ما يطلبه المستورد من الخدمات الفنية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب، كما يلتزم بأن يعلم المستورد بالتحسينات التي قد يدخلها على التكنولوجيا خلال مدة سريان العقد وأن ينقل هذه التحسينات إلى المستورد إذا طلب منه ذلك.

كما تلزم المادة (78) المورد بان يقدم للمستورد بناء على طلبه قطع الغيار التي ينتجها وتحتاجها الآلات أو الأجهزة التي تستعمل في تشغيل منشأته. وإذا كان المورد لا ينتج هذه القطع في منشأته، وجب عليه أن يعلم المستورد بمصادر الحصول عليها.

(2) راجع يوسف عبدالهادي الإكياي، التنظيم القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، القاهرة 1989، ص 75 وبعدها.

ونقل التكنولوجيا لا يعني تملك المتلقي لمصدرها، وإنما تبقى الملكية لصاحبها، ويقتصر الأمر على استفادة المتلقي مما تتضمنه هذه التكنولوجيا من معرفة وتطور تقني، لذلك فإن عقد نقل التكنولوجيا من هذه الزاوية يقترب من عقد الإيجار، وليس عقد نقل الملكية.

فإذا كان مصدر التكنولوجيا براءة اختراع، فالمتلقي لا يكتسب ملكية البراءة ذاتها، وإنما يستفيد مما تتضمنه من تكنولوجيا ومعرفة فقط⁽¹⁾ دون مساس بحق مالكيها عليها. ويترتب على اعتبار عملية نقل التكنولوجيا إيجاراً وليس بيعاً للتكنولوجيا أو نقلاً لملكية مصدرها، أن حق متلقي التكنولوجيا اتجاه ناقلها يكون حقاً شخصياً، وليس حقاً عينياً، مع مراعاة طبيعة الحق هنا حيث يكون محله شيئاً معنوياً وليس مادياً.

ويترتب على هذا التحديد لطبيعة حق متلقي التكنولوجيا عدة نتائج منها:
- لا يستطيع متلقي التكنولوجيا التنازل عنها للغير أو منحه ترخيصاً باستغلالها دون موافقة مورد التكنولوجيا، مالكيها الحقيقي.

- يستطيع مورد التكنولوجيا، باعتباره مالكيها، أن يتصرف في مصدرها بكل أنواع التصرف مادامت لا تتعارض مع حق مستوردها في الاستفادة منها⁽²⁾.

والتزام المورد بنقل التكنولوجيا إلى المستورد يفترض أن يتبع ذلك عدة التزامات فرعية يلتزم بها المورد، نذكر منها بصفة خاصة:

- 1 - القيام بكل ما هو لازم لتمكين المستورد من استغلال التكنولوجيا وحسن استثمارها، فالمقصود ليس النقل في ذاته، وإنما النقل بقصد الاستثمار.
- 2 - نقل الأسرار والمعرفة الفنية التي تتضمنها التكنولوجيا بالقدر الذي يمكن المستورد من حسن استغلالها والاستفادة منها.

(1) في هذا المعنى يقرر القضاء الفرنسي أن الترخيص باستغلال براءة الاختراع يكون في حكم الإيجار، انظر في ذلك: نقض تجاري، 5 يناير 1983، J.C.P.

(2) وهنا يجب التمييز بين نقل التكنولوجيا وبين التصرف في مصدرها بالتنازل عنها كاملاً أو جزئياً، فمع نقل التكنولوجيا يظل الناقل مالكاً لمصدرها - براءة اختراع مثلاً - ومن ثم يمكنه منح ترخيص باستغلالها لشخص آخر، وذلك ما لم يتفق على غير ذلك، أما في حالة التنازل عن جزء من البراءة فإن المتنازل له يملك هذا الجزء، ويصبح هو صاحب الحق في الترخيص بنقل التكنولوجيا المتعلقة به، كما له التنازل عنه والتصرف فيه.

3 - ضمان عدم التعرض لمتلقي التكنولوجيا، سواء كان تعرضاً شخصياً أم تعرضاً من الغير، وذلك على الوجه الذي سنوضحه عند عرضنا للالتزام بالضمان. نشير أخيراً إلى أن بعض عقود نقل التكنولوجيا قد تفرض على موردها بعض الالتزامات الخاصة التي تمكن مستوردها من الاستفادة من التكنولوجيا محل التعاقد، ومن أمثلة ذلك التزام ناقل التكنولوجيا بتزويد متلقيها بالمواد الأولية اللازمة لتطبيق المعرفة والتكنولوجيا واستثمارها، وتزويده بالمساعدة والخبرة الفنية التي يحتاجها أعمال التكنولوجيا وتطبيقها عملياً، أو قيام المورد بالإعلان والدعاية عنها. ثانياً - الالتزام بالإعلام:

يفرض مبدأ حسن النية، الذي يسود إبرام وتنفيذ العقود بصفة عامة، على مورد التقنية التزاماً بأن يعلم متلقيها بكل المعلومات التي تساعد في نقل التكنولوجيا وتمكنه من استعمالها والإفادة منها.

ويتسع التزام مورد التكنولوجيا بالإعلام ليشمل - كما سنرى - إعلام متلقي التكنولوجيا بكل ما يتعلق بالتكنولوجيا المنقولة، من حيث حالتها ووضعها وكيفية استعمالها، وكل الظروف المحيطة بها والتي تتعلق بالاستعمال والاستغلال الجيد لها وبما يحقق التنمية المنشودة من متلقيها.

كما يشمل الالتزام بالإعلام المكاشفة عن كل الأمور التي تحيط باستعمال التكنولوجيا، وبصفة خاصة تلك المتعلقة بالمخاطر التي يمكن أن تشكلها التكنولوجيا، سواء تعلق بالعمال الذين سوف يتعاملون مباشرة مع هذه التكنولوجيا، أو تعلقت بالمستهلكين لها.

ويجب أن يتضمن الإعلام بيان عن طرق الوقاية من هذه الأخطار المتوقعة من استعمال التكنولوجيا، وما يجب على المرخص له اتخاذه من طرق ووسائل احتراز ووقاية للحؤول دون وقوعها.⁽¹⁾

وقد نظم المشرع المصري هذا الالتزام بنصه في المادة (76) من قانون التجارة على

أن:

"يلتزم مورد التكنولوجيا بان يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي

(1) أحمد طارق الشتاوي، المرجع السابق، ص 75.

تسبق إيرامه عما يلي:

الأخطار التي قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال، وعليه أن يطلع على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار.

ب- الدعاوى القضائية وغيرها من العقوبات التي قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لاسيما ما يتعلق منها ببراءات الاختراع.

ج- أحكام القانون المحلي بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا⁽¹⁾.

وفي ضوء النص السابق وغيره من النصوص المنظمة للالتزام مورد التكنولوجيا بالإعلام تجاه متلقيها يمكننا تحديد أهم الموضوعات التي يتناولها الإعلام في الآتي:

1. الأخطار التي يمكن أن تترتب على استخدام التكنولوجيا محل العقد، وبصفة خاصة تلك المتعلقة بالبيئة والصحة العامة وسلامة الأموال والأرواح. وهنا لا يقتصر التزام المورد على إعلان هذه المخاطر للمتلقي وإنما يجب عليه أيضاً إطلاع على وسائل تفاديها.

2. الدعاوى القضائية وغيرها من العقوبات التي تعوق استخدام الحقوق المتصلة

(1) كما واجه الباب الخامس من قانون السلوك الدولي لنقل التكنولوجيا التزام موردها بالاعلام، حيث أوصى بمراعاة الآتي:

- تزويد المستورد بالمعلومات اللازمة لتمكينه من الوقوف على عناصر التكنولوجيا وتقدير قيمتها على أن تكون هذه المعلومات مفصلة "على قدر المستطاع".
- التصريح بما يكون قد أبرمه كل من الطرفين من اتفاقيات سابقة تؤثر في اتفاق نقل التكنولوجيا التي تجري المفاوضة بشأنها، وذلك بالقدر المستطاع الذي لا يحدث ضرراً.
- التزام المستورد بتزويد المورد بالمعلومات المتاحة له والخاصة بالظروف الفنية في دولته وأهدافها في التنمية وتشريعاتها ذات الصلة بنقل التكنولوجيا، وذلك بالقدر اللازم لتمكين المورد من تنفيذ التزاماته.
- تعهد المورد بإطلاع المستورد على ما لديه من أسباب أو معلومات تجعله يعتقد أن استعمال التكنولوجيا بالكيفية المقترحة أو استعمال السلع الناتجة عن تطبيقها لا يناسب البيئة بدولة المستورد أو يمثل خطراً على الصحة العامة أو من بها.
- تعهد المورد بإطلاع المستورد على ما يعلمه من قيود أو منازعات تتعلق بالحقوق التي تشملها التكنولوجيا.

بالتكنولوجيا محل العقد، كأن تكون هناك دعاوى قضائية أو غيرها من المنازعات المرفوعة أو المثارة ضد مورد التكنولوجيا، أو شكاوى مقدمة إلى جهات الاختصاص.

3. قواعد وأحكام قانون بلد المورد المتعلقة بتصدير التكنولوجيا والمعرفة الحديثة، وما إذا كان التصدير يتطلب تصريحاً بذلك أو أية إجراءات أخرى مع توضيح استيفاء المورد لهذه الإجراءات⁽¹⁾.

4. التحسينات التي يتوصل المورد إلى إدخالها على التكنولوجيا التي نقلها للمستورد خلال فترة سريان العقد⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام لا يقتصر على مورد التكنولوجيا، وإنما يثقل مستوردها أيضاً الذي يجب عليه الإفصاح عن نوع وطبيعة التكنولوجيا محل التعاقد وموقف تشريعاته الوطنية منها، وما قد يتطلبه نقلها من قيود أو شروط فنية أو صحية⁽³⁾.

ثالثاً - الالتزام بالضمان:

بالنظر إلى أن مالك التكنولوجيا، وهي عادة خليط بين أشياء معنوية وأشياء مادية، يلتزم بنقلها إلى الراغب فيها، الطرف الثاني في عقود نقل التكنولوجيا، فإنه يتحمل بالتطبيق للقواعد العامة، سواء اشترط ذلك في العقد أم لم يشترط، التزاماً بالضمان، باعتباره التزاماً يرتبط بنقل وتسليم الأشياء لغير مالكيها أو حائزها، ومن هنا كان مورد التكنولوجيا ملتزماً بضمانها.

ويستوجب التزام مورد التكنولوجيا بالضمان أن ينقل إلى المرخص له تكنولوجيا صحيحة حديثة خالية من العيوب بحيث يمكنه الانتفاع بها انتفاعاً هادئاً، خالياً من أي نزاع أو تعرض من المرخص أو من الغير على التكنولوجيا المنقولة.

(1) تجسيداُ لذلك فقد ألزمت المادة (80) تجاري مصري مستورد التكنولوجيا بأن يطلع المورد على أحكام التشريعات الوطنية المتعلقة باستيراد التكنولوجيا.

(2) لهذا الالتزام بالاعلام أهمية كبيرة بالنسبة لمتلقي التكنولوجيا حيث يتعين على موردها نقل هذه التحسينات إليه إذا ما طلبها، وبالطبع لن يستطيع طلبها إلا إذا علم بها.

(3) غير أن التزام مستورد التكنولوجيا بالاعلام المورد، لا يحول دون قيام هذا الأخير بالتحري عن الظروف والملابسات الفنية والقانونية التي من شأنها أن تؤثر في إبرام العقد، متخذاً في ذلك العناية التي يتخذها الشخص المعتاد، وفقاً للقواعد العامة، راجع في ذلك، هاني صلاح سرى الدين، المرجع السابق ص 88.

والالتزام بالضمان التزام يستتبعه نقل التكنولوجيا، لذلك يتحملة موردها تلقائياً دون حاجة إلى اشتراطه أو النص عليه في اتفاق نقل التكنولوجيا باعتباره من مقتضيات نقل التكنولوجيا.

ولكنه لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على استبعاده شريطة أن يكون شرط استبعاده صريحاً ومكتوباً.⁽¹⁾

والتزام المورد بضمان التكنولوجيا التي ينقلها لمستوردها، الراغب فيها - وهو عادة من البلاد النامية - التزام متسع يشمل كل أنواع الضمان: المطابقة، والاستحقاق، والتعرض والعيوب الخفية.

فهو يلتزم أولاً: بضمان المطابقة، بأن تكون التكنولوجيا والمعرفة التي ينقلها إلى طالبها مطابقة لتلك التي تم الاتفاق عليها ويلتزم المورد بنقلها أساساً، وذلك يستوجب أن تؤدي هذه التكنولوجيا إلى إنتاج السلع والخدمات وغيرها من النتائج المستهدفة من نقل واستخدام التكنولوجيا محل التعاقد.

وقد عبرت المادة (85/أ) من قانون التجارة المصري عن هذا الضمان بقولها: "يضمن المورد مطابقة التكنولوجيا والوثائق المرفقة بها للشروط المبينة في العقد، كما يضمن إنتاج السلعة أو أداء الخدمات التي اتفق عليها بالموصفات المبينة بالعقد".

وبهذه الصياغة يعتبر التزام ضمان المطابقة الذي يتحملة مورد التكنولوجيا التزاماً بنتيجة⁽²⁾.

ويلتزم المورد ثانياً: بضمان التعرض بشقيه، التعرض الشخصي وتعرض الغير: فهو يضمن التعرض الذي يصدر منه نفسه، بأن يمتنع عن القيام بأي عمل يؤثر في انتفاع متلقي

(1) حمدي محمود بارود، محاولة لتقييم التنظيم القانوني لنقل التمكين التكنولوجي في ظل الجهود الدولية ومشروع قانون التجارة الفلسطيني، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد 12، العدد 1، ص 882.

(2) انظر في التكييف ذاته: جلال وفاء محمددين، مرجع سابق، ص 53، السيد مصطفى أبو الخير، مرجع سابق، ص 449.

ويرى الفقه أن هذا الالتزام غير متعلق بالنظام العام، يجوز الاتفاق بين الطرفين على استبعاده. انظر في ذلك، سميحة القليوبي، تقييم شروط الاتفاق والالتزام في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، أكتوبر 1989، ص 575.

التكنولوجيا بها انتفاعاً هادئاً مستمراً لا يعكره فعل أو اعتداء صادر منه، كما يضمن التعرض الصادر من الغير بأن يتصدى لأي تعد من الغير على التكنولوجيا التي نقلها لمتلقيها أو على أي حق من حقوقه عليها⁽¹⁾.

ويلتزم المورد ثالثاً: بضمان الاستحقاق، وهذا الضمان يستوجب أن يكون مورد التقنية هو مالكة الحقيقي أو من يملك التصرف فيها، فإذا كانت التكنولوجيا غير مملوكة لناقلها، فإنه يلتزم بدفع أي تعرض أو اعتداء يتعرض له مستورد التكنولوجيا يتعلق باستحقاقها للغير.

كما يقوم ضمان الاستحقاق إذا تبين أن التكنولوجيا التي قدمها المورد مقلدة أو مزورة.

ويلتزم المورد رابعاً: بضمان العيوب الخفية التي قد تلحق التكنولوجيا محل العقد، وذلك وفقاً للقواعد العامة التي تنظم هذا الضمان.

وأعمالاً لهذه القواعد يتعين أن تتوافر في العيب الذي يضمنه المورد الشروط الآتية:
1 - أن يمثل العيب خللاً في عناصر التكنولوجيا المنقولة سواء ورد الخلل على الآلات أو المعدات.

2 - أن يكون الخلل جوهرياً يؤثر على صلاحية التكنولوجيا في تحقيق الغرض منها والأداء الجيد والعادي للمنشأة.

3 - أن يحدث الخلل في خلال فترة الضمان المحددة بالعقد.

طبيعة الالتزام بضمان العيوب الخفية:

يثور التساؤل ما إذا كان التزام مورد التكنولوجيا بضمان العيوب الخفية هو التزام بوسيلة أم التزام بنتيجة؟.

فالدول المصدرة للتكنولوجيا تسعى إلى أن يكون ضمانها للعيوب الخفية التزاماً بوسيلة فلا تضمن إلا إذا ثبت خطؤها، ولا يقوم هذا الضمان في الحالات التي لا يترتب على نقل التكنولوجيا تحقيق النتائج المتوقعة منها لأسباب خارجة عن إرادتها ولا تسأل عنها.

(1) لذلك يجب على المرخص في حالة اعتداء الغير على التكنولوجيا المنقولة، أن يرفع الدعاوى القضائية - التي لا ترفع إلا منه باعتباره مالكا للتكنولوجيا.

بينما يكون من صالح الدول النامية المنقولة إليها التكنولوجيا أن يكون التزام ناقل التكنولوجيا التزاماً بنتيجة وليس التزاماً بوسيلة هي تحقيق الهدف الذي تنشده من استيرادها للتكنولوجيا، وهو استيعابها والتمكن منها لتحقيق نهضتها وتنميتها بما يستوجبه ذلك من ضمان استيعابها للمعرفة والمعلومات الفنية التي تسلمتها، وإلا فلن يكون لنقل التكنولوجيا فائدة تعود عليها.

لذلك يكون من صالح مستورد التكنولوجيا أن يضمن عقد نقلها شروطاً تشدد من الالتزام بضمان العيوب الخفية بالقدر الذي يضمن له تحقيق التنمية التي يسعى إليها، وحيث يلتزم المورد في هذه الحالة بنقل التكنولوجيا التي تحقق هذا الهدف، كما يلتزم بتعديل ما قدمه من تكنولوجيا، بما يتناسب مع ظروف مستوردها.⁽¹⁾

خلاصة ما سبق، يمكننا القول بصفة عامة، أن مورد التكنولوجيا يجب عليه أن يضمن جميع الالتزامات التي يثقله بها عقد التكنولوجيا، لذلك فهو يضمن، بالإضافة إلى ما سبق ذكره من ضمانات، صحة المستندات والوثائق المرتبطة بالتكنولوجيا، وكمال هذه المستندات، وضمان الأجهزة والمعدات والآلات إذا كان هو الذي يوردها لمتلقي التكنولوجيا، وضمان حصوله على التحسينات، وقطع الغيار، والتدريب والمساعدة التقنية⁽²⁾.

رابعاً - الالتزام بتقديم المساعدة الفنية والتقنية:

التزام المورد بنقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية لا يقتصر في الكثير من الحالات على نقل عناصرها المادية، وإنما يتطلب أيضاً تقديم المساعد والمعاونة الفنية إلى متلقيها، بصفة خاصة إذا كان من الدول النامية قليلة أو منعدمة الخبرة الفنية.

ويكون تقديم المساعدة الفنية والتقنية عن طريق تزويد متلقي التكنولوجيا بما لدى ناقلها من خبراء وفنيين متخصصين في مجال التكنولوجيا المنقولة وذلك لتعليم مهندسي وعاملي متلقي التكنولوجيا وتدريبهم على كيفية استعمالها، واستيعابها ليتمكنوا من الاستقلال بإدارتها وتشغيلها، بل وتطويرها لاحقاً إذا لزم الأمر.

وهذا الالتزام يعد في بعض الحالات من جوهر نقل التكنولوجيا، وعندئذ يكون من

(1) راجع في ذلك: حمدي بارود، ص 882.

(2) راجع في ذلك دراسة لجنة "اليونيدو" UNIDO التي أعدها بشأن ضمانات نقل التكنولوجيا والتي سبقت الإشارة إليها.

مقتضاها فيفرضه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. بينما لا يعد كذلك في حالات أخرى، وعندئذ يجب اشتراطه من متلقي التكنولوجيا والنص عليه صراحة في اتفاق أو ترخيص نقل التكنولوجيا.⁽¹⁾

للاعتبارات السابقة، نصت مدونة سلوك نقل التكنولوجيا على هذا الالتزام، ولكنها لم تجعله إجبارياً، إنما يتوقف على احتياج متلقي التكنولوجيا وقبوله للمساعدة الفنية، وإلا أصبح ذلك بمثابة شرط تقييدي. خامساً - الالتزام بتقديم قطع الغيار:

نظراً للدور المهم الذي تقوم به العناصر المادية للتكنولوجيا والمعرفة الفنية من آلات وأجهزة وأدوات وغيرها من معدات المصانع التي يتضمنها نقل التكنولوجيا، ولأن هذه العناصر المادية قد تحتاج لإصلاحات وصيانة وتبديل قطع غيار على فترات زمنية، والفرص ان مستورد التكنولوجيا لا يمتلكها، فإن طبيعة نقل التكنولوجيا وقواعد حسن النية في تنفيذ العقود تفرض على المورد تقديم قطع الغيار التي يحوزها لمتلقيها، والا ما تحقق الهدف من نقل التكنولوجيا وتعذر تحقيق التنمية المنشودة من هذا النقل.

فاذا لم تكن قطع الغيار في حيازة موردها وغير منتجة في بلده، فيجب عليه إعلام متلقي التكنولوجيا بأماكن توفرها وكيفية الحصول عليها.

وعلى الرغم من أن هذا الالتزام يفرضه القواعد العامة في تنفيذ العقود كما أشرنا، فمن مصلحة متلقي التكنولوجيا اشتراطه والنص عليه في الاتفاق الناقل للتكنولوجيا تأكيداً له وتحسباً لأي نزاع يثور في المستقبل.

سادساً - الالتزام بنقل التحسينات التي تطرأ على التكنولوجيا:

المقصود بالتحسينات في مجال نقل التكنولوجيا الإضافات والتعديلات الإيجابية التي يضيفها ناقل التكنولوجيا على التكنولوجيا الملتزم بنقلها، طالما ترتب عليها زيادة كفاءتها وفائدتها أو تحسين استخدامها، سواء تمت هذه التحسينات أثناء تنفيذ نقل التكنولوجيا أو بعد تنفيذه.

ونظراً لما تمثله هذه التحسينات من قيمة تقنية واقتصادية مهمة بسبب مردودها

(1) راجع في هذا الالتزام: جلال وفاء محمدين، الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا، مرجع سابق، ص 47.

الإيجابي على التكنولوجيا المنقولة، فيلتزم مورد التكنولوجيا بنقلها إلى متلقيها، يستوي في هذا المردود أن يؤدي إلى تقليل كلفة الإنتاج، من حيث المواد المستخدمة أو الخدمات المقدمة، أو جعله أكثر ملاءمة أو يؤدي إلى تطوير التكنولوجيا، أو خلق تكنولوجيا حديثة أكثر تطوراً وفاعلية.

والتزام مورد التكنولوجيا بتقديم التحسينات المرتبطة بها إلى متلقيها تمليه، بالإضافة إلى مردوده الاقتصادي، اعتبارات أخرى تتمثل في المبادئ العامة للمنافسة غير المشروعة التي تترتب على منافسة التكنولوجيا المحسنة المتطورة للتكنولوجيا الأصلية المنقولة التي تصبح عاجزة عن تلبية رغبات مستهلكيها وتفضيلهم للتكنولوجيا المطورة التي أدخلت عليها التحسينات.⁽¹⁾

لذلك فلا يحتاج نقل التحسينات إلى اشتراطه مسبقاً.

الفرع الثاني

التزامات متلقي التكنولوجيا

مقابل نقل التكنولوجيا وما يرتبط بذلك من التزامات يتحملها مورد التكنولوجيا، فإن متلقيها يلتزم بدوره بعدد من الالتزامات التي تحقق التوازن بين حقوق والتزامات كل منهما.

ويأتي في مقدمة هذه الالتزامات التي يتحملها متلقي التكنولوجيا، تلك الالتزامات الرئيسية التي تتمثل في أدائه المقابل المحدد للحصول عليها، والحفاظ على الأسرار التجارية والصناعية التي تتضمنها التكنولوجيا المنقولة إليه، وذلك إلى جانب بعض الالتزامات الفرعية الأخرى نذكر منها بصفة خاصة المحافظة على جودة مخرجات استعمال التكنولوجيا باستخدام خبراء وعاملين على قدر من الدراية الفنية يتناسب مع نوع التكنولوجيا المستخدمة، ومواصلة استثمار التكنولوجيا وعدم التنازل عنها، ما لم يتفق على غير ذلك.⁽²⁾

والآتي كلمة موجزة عن أهم الالتزامات التي يتحملها متلقي التكنولوجيا:

- (1) انظر: ناجي احمد انور، المرجع السابق، ص 155، احمد طارق البشتاوي، ص 80.
- (2) أنظر في هذا الالتزام الأخير المادة (81) من قانون التجارة المصري التي تحظر على مستورد التكنولوجيا التنازل عنها للغير إلا بموافقة موردها.

أولاً - أداء مقابل الحصول على التكنولوجيا:

الأداء الذي يلتزم بأدائه متلقي التكنولوجيا لناقلها يخضع للقواعد العامة في أداء الثمن أو المقابل بصفة عامة، لذلك فهو يتحدد باتفاق الطرفين أخذاً في الاعتبار قيمة التكنولوجيا المنقولة ومدى تقدمها، وقدر العائد الاقتصادي والتنموي المتوقع الحصول عليه من متلقي هذه التكنولوجيا نتيجة استثمارها.

والمقابل الذي يلتزم بسداده متلقي التكنولوجيا قد يكون نقدياً أو عينياً، والمقابل النقدي يمكن أن يتمثل في مبلغ إجمالي يحصل عليه المورد دفعه واحدة أو على عدة دفعات، أو يتمثل في حصة من رأس مال المشروع الذي تستخدم التكنولوجيا في تشغيله، كما قد يكون حصة من عائد هذا التشغيل.

ولا يوجد ما يحول دون أن يجمع المقابل أكثر من صورة من الصور السابقة. أما المقابل العيني فيتمثل في كمية محددة من منتجات استثمار التكنولوجيا، أو من المواد الخام المتوفرة في بلد متلقي التكنولوجيا.

وتخضع كيفية سداد مقابل التكنولوجيا إلى ما يتم الاتفاق عليه بين طرفيها، الناقل والمتلقي، فيجوز سداده دفعة واحدة، أو على أقساط، حسبما يتم الاتفاق عليه.

ويمكن أن يتمثل المقابل في تكنولوجيا ينقلها المستورد للمورد مقابل تلك التي يحصل عليها منه، أو يقدم له كمية من المنتجات التي تتولد من التكنولوجيا المستوردة.⁽¹⁾ ثانياً - الحفاظ على سرية التكنولوجيا:

تُلزم القواعد القانونية العامة كل من تلقى معلومات سرية أن يحافظ على سريتها ويمتنع عن إفشائها للغير أعمالاً للثقة المشروعة التي يودعها صاحب السر فيمن أفضى إليه بهذا السر، وإلا كان مقصراً ومسؤولاً عما يحدثه إفشاء السر من أضرار.

أعمالاً لهذه القواعد العامة فمتلقي التكنولوجيا يقع عليه التزام بالمحافظة على المعلومات السرية التي تتضمنها التكنولوجيا التي تلقاها من موردها.

(1) انظر في تحديد مقابل الحصول على التكنولوجيا المادة (82) من القانون التجاري المصري التي تنص على أن: "يلتزم مستورد التكنولوجيا بدفع مقابل التكنولوجيا والتحسينات التي تدخل عليها في الميعاد والمكان المتفق عليه. ويجوز أن يكون المقابل إجمالياً يؤدي دفعه واحدة أو على دفعات متعددة، كما يجوز أن يكون المقابل كمية معينة من السلعة التي تستخدم التكنولوجيا في إنتاجها أو مادة أولية ينتجها المستورد ويتعهد بتصديرها إلى المورد".

والالتزام بالسرية لا يقتصر على مرحلة ما بعد التعاقد، وإنما يشمل أيضاً مرحلتي التعاقد وما قبل التعاقد التي تتم خلالها المفاوضات الممهدة للعقد، إذ عادة ما تنطرق هذه المفاوضات إلى بعض المعلومات السرية التي تتضمنها التكنولوجيا محل التفاوض، والتي على أساسها يتم التعاقد.

كما يمتد الالتزام بالسرية إلى ما بعد انتهاء العقد بمدة محددة يتم الاتفاق عليها بين الطرفين، حتى لا يساء استخدام التكنولوجيا بعد انقضاء عقد نقلها. ولضمان الحفاظ على السرية في هذه المرحلة، فعادة يبرم بين الطرفين ناقل التكنولوجيا ومتلقيها مذكرة تفاهم "Amemorandum of understanding" يتعهد فيها كل منهما بالحفاظ على سرية معلومات الطرف الآخر، وفي هذه الحالة تكون المسؤولية عند الإخلال بالسرية مسؤولية تعاقدية.

كما لا يقتصر الالتزام بالحفاظ على السرية على سرية التكنولوجيا ذاتها التي تم التعاقد عليها، وإنما يمتد ليشمل سرية التحسينات التي تدخل على هذه التكنولوجيا⁽¹⁾. ويشير الالتزام بالسرية الذي يثقل متلقي التكنولوجيا والمعرفة الفنية بصفة عامة، حمايتها القانونية في حال إفشائها والاعتداء عليها.

والغالب أن تحظى التكنولوجيا والمعرفة الفنية التي تتضمنها بالحماية القانونية التعاقدية باشتراك مالكيها - ناقلها - على متلقيها، في عقد نقل التكنولوجيا الحفاظ على ما تتضمنه من أسرار تجارية وصناعية أو فنية وعدم الكشف عنها للغير. فإذا أخل متلقي التكنولوجيا بهذا الالتزام التعاقدية الذي يثقله، قامت مسؤوليته التعاقدية.

كما يمكن أن تحمي أسرار التكنولوجيا والمعرفة الفنية في حال عدم توافر شروط المسؤولية التعاقدية بقواعد المسؤولية التقصيرية، سواء بالاستناد إلى قواعد العامة التي تنظم تعويض الأضرار الناجمة عن الخطأ والتقصير في الحفاظ على السرية أو غيره من صور الخطأ، وسواء بالاستناد إلى القواعد الخاصة بالإثراء بلا سبب على حساب الغير، أو الاستناد إلى القواعد الخاصة بدعوى المنافسة غير المشروعة التي نظمتها بعض التشريعات الحديثة بقواعد خاصة بها تحدد شروط قيام المسؤولية المترتبة عليها، وأحكام هذه المسؤولية وآثارها.

(1) راجع للمزيد في الحفاظ على السرية، مؤلفنا، الحماية القانونية للاختراعات، ص 228.

نشير في هذا الصدد أيضاً إلى الأهمية الخاصة التي تحظى بها المعرفة الفنية وحمايتها في القانون الأميركي حيث شيد القضاء والفقهاء الأميركيين نظرية خاصة لحماية المعرفة الفنية، هي نظرية الثقة التي يودعها ناقل المعرفة الفنية لدى متلقيها مؤملاً عدم الاعتداء عليها والحفاظ على مقوماتها الفكرية والأدبية، فإذا أخل متلقي المعرفة الفنية بهذه الثقة وقام بإفشاء سرية ما أودع لديه من معرفة قامت مسؤوليته⁽¹⁾.

أخيراً، وبالنظر إلى ما تتضمنه المعرفة الفنية، والتقدم التكنولوجي بصفة عامة من عناصر إبداع وابتكار فكري وعلمي فهي تعد أحد صنوف الملكية الفكرية⁽²⁾، ومن ثم فهي تحظى بذلك بالحماية القانونية التي تحمي حقوق الملكية الفكرية عامة في حال الاعتداء عليها عن طريق التجسس الصناعي وغيره من طرق الحصول على ما تتضمنه من أسرار صناعية أو تجارية أو فنية بطرق غير مشروعة.

ثالثاً - الالتزام بعدم التنازل عن التكنولوجيا:

تناولت المادة (81) من قانون التجارة المصري هذا الالتزام حيث حظرت على مستورد التكنولوجيا النزول عنها للغير دون موافقة موردها، أيأ كانت صورة هذا التنازل: كاملاً أو جزئياً، بمقابل أو دون مقابل، وأيأ كانت طريقة التنازل ترخيصاً أم حوالة حق، أو غير ذلك من طرق التصرف.

ويرجع هذا الالتزام بحظر التنازل إلى ما يتصف به نقل التكنولوجيا من اعتبار شخصي يجعل التعامل فيها والاستفادة منها مقصوراً على طرفي هذا التعامل بحسب الأصل، ويحظره على الغير إلا بموافقة طرفيه: المورد والمتلقي، وإلا كان التنازل باطلاً ولا يعمل به.

لهذا الاعتبار، فإن الالتزام بعدم التنازل عن التكنولوجيا يقوم ولو لم يتم الاتفاق عليه صراحة، نظراً لما تتضمن مخالفته من خرق للثقة المشروعة المتبادلة بين طرفي نقل

(1) انظر في المزيد من التفاصيل في حماية القانون الأميركي للمعرفة الفنية: جلال وفاء محمدين، الاطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2001، انظر أيضاً مؤلفنا في: الحماية القانونية للاختراعات، ص 218 وبعدها.

(2) راجع: في اعتبار الأسرار التجارية بصفة عامة من ضروب الملكية الفكرية المادة (1) من اتفاقية من اتفاقية الترس التي أعدتها منظمة التجارة العالمية في عام 1995.

التكنولوجيا.

وللعلة ذاتها، لا تقتصر فائدة هذا الحظر على مورد التكنولوجيا، وإنما تكون لصالح متلقيها أيضاً، نظراً لما قد يترتب على التنازل عن التكنولوجيا من زوال سريتها وشيوعها خلال مدة سريان الحظر وما قد يترتب على ذلك من استعمالها من آخرين منافسين فيستفادوا من ذلك ويغرقوا الأسواق بالمنتجات التي هي في الأصل مقصود إنتاجها على متلقي التكنولوجيا، فنواجه بذلك منافسة غير مشروعة.

هذا بالإضافة - أيضاً - إلى ما قد يترتب على شيوع التكنولوجيا المنقولة من ظهور معارف وتكنولوجيات أكثر تقدماً منها، فيفضلها المستهلك، ويضار متلقي التكنولوجيا الأصلية.⁽¹⁾

رابعاً - الالتزام بالمحافظة على جودة الإنتاج المتحصل من التكنولوجيا:

يقضي هذا الالتزام - المحافظة على جودة الإنتاج - بأن يستخدم متلقي التكنولوجيا في تشغيلها واستثمارها موارد بشرية من عمال ومهندسين وفنيين وغيرهم، على قدر من الدراية الفنية المتلائمة مع التكنولوجيا المنقولة حتى تأتي بثمارها في تحقيق التنمية المستدامة المنشودة.⁽²⁾

كذلك قد يتطلب استثمار وتطبيق التكنولوجيا المنقولة استعانة متلقيها بخبراء فنيين متخصصين قادرين على التعامل معها، خاصة إذا ما أمل متلقي التكنولوجيا في تطويرها وتوليد تكنولوجيا أحدث أكثر إنتاجاً وفائدة، وبذلك تعود الفائدة من نقل التكنولوجيا على متلقيها، وعلى اقتصاد وطنه بصفة عامة.

(1) راجع في هذا الالتزام: محسن شفيق، ص 88.

(2) تلزم بعض التشريعات أن يكون العاملون الذين يستعان بهم في إدارة التكنولوجيا المنقولة لهم عاملين وطنيين بقدر الإمكان، هادفة من ذلك اكتسابهم الخبرة التكنولوجية، بما يعود على الإنتاج الوطني بالفائدة والتنمية.

وفي هذا المعنى تقرر المادة (79) تجاري مصري: يلتزم المستورد بأن يستخدم في تشغيل التكنولوجيا عاملين على قدر من الدراية الفنية، وأن يستعين كلما لزم الأمر بخبراء فنيين، على أن يكون اختيار هؤلاء العاملين أو الخبراء من المصريين المقيمين في مصر أو في الخارج كلما كان ذلك متاحاً.

في الوقت نفسه فإن هذا الالتزام يترتب عليه حماية المصالح المشروعة لناقل التكنولوجيا، بصفة خاصة إذا كان للإنتاج المتولد عن التكنولوجيا علامات تجارية تخص ناقلها فتكون من مصلحته الحفاظ على مستوى جودة هذا الإنتاج.



خاتمة

انطلاقاً من الدور المتميز الذي تقوم به التكنولوجيا الحديثة في تنمية المجتمعات وازدهارها، جاء هذا البحث لينير طريق دولنا النامية نحو الارتقاء والتقدم والتنمية عن طريق استثمار التقدم العلمي والتكنولوجيا المتقدمة الهادفة.

تحقيقاً لهذا الهدف بدأت الدراسة برسم إطار فني للتنمية التكنولوجية القائمة على البحث والتطوير مركزين فيها على دور التكنولوجيا الحديثة في تنمية المجتمعات تنمية شاملة مستدامة، مع بيان سبل الدول النامية لاكتساب هذه التكنولوجيا والاستفادة منها في تحقيق تنميتها المستدامة، وبصفة خاصة: أنشطة البحث والتطوير، وعقود اكتساب التكنولوجيا والمعرفة الفنية، والاستثمار الأجنبي المباشر، والتراخيص الصناعية، وتراخيص استغلال الملكية الفكرية.

ثم انتقلت الدراسة إلى محاولة رسم الإطار القانوني الذي من خلاله يمكن للدول النامية تحقيق التنمية التكنولوجية، سواء بتوليد هذه التكنولوجيا ذاتياً أم باستيرادها عن طريق عقود نقل واكتساب التكنولوجيا وغيرها من الطرق المختلفة التي عرضناها.

ومن خلال دراستنا للموضوعين السابقين، وفي ضوء النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة تبين لنا أنه بات من الضروري أن تتبنى دولنا العربية، والدول النامية بصفة عامة، خطط واستراتيجيات تنموية حديثة متطورة، تهدف توطين التكنولوجيا والقدرة على استيعابها واستثمارها ذاتياً، بما يستوجب ذلك من إنشاء نظام فاعل متطور للابتكار والإبداع، وتطوير الأنظمة القائمة بالفعل، مع التركيز على تطوير المعارف والخبرات وليس فقط المنتجات ووسائل إنتاجها من أجهزة وآلات وضرورة أن يراعى في هذه الاستراتيجيات ما يضمن تمكن الدول النامية من التكنولوجيا واستيعابها، بما يستوجب ذلك من وضع قواعد حماية ضد احتكار الدول المتقدمة للتكنولوجيا، وضمان نقل المعرفة والتكنولوجيا في عقود الاستثمار التي تبرمها وتحسين قدرتها التفاوضية إزاء هذه العقود وغيرها من سبل اكتساب التكنولوجيا التي أشرنا إليها.

ولكي يأتي نقل التكنولوجيا بثماره المأمولة، ولمواجهة ما قد يعترضه من صعوبات وتحديات أشرنا إليها، نقدم فيما يأتي بعض الاقتراحات والتوصيات التي تساعد الدول النامية في تخطي ما يواجهها من تحديات تعترض اكتسابها للتكنولوجيا وتحقيق تنميتها

التكنولوجية، ومن ثم الارتقاء بمجتمعاتها.

ونوجز هذه التوصيات في الآتي:

أولاً: في مجال الاكتساب الذاتي للتكنولوجيا الحديثة:

على الدول النامية مراعاة الآتي:

- 1 - الاهتمام بمنظومة البحث العلمي والتطوير من جامعات ومراكز بحثية، وإذكاء دورها في الإبداع والابتكار وإنتاج التكنولوجيا الحديثة، والعمل على توفير ما يتطلبه ذلك من دعم مالي ومادي لتحقيق دورها في التنمية التكنولوجية.
- 2 - تشجيع المشاركة المجتمعية، من أفراد ومجتمعات، للانخراط في تنمية المجتمع ودعم نشاط البحث والتطوير عن طريق إنشاء الكراسي البحثية ومراكز البحث والتطوير، والإبداع والابتكار.
- 3 - تطوير المنظومة الصناعية والإنتاجية وطرق الصنع لتأتي بتكنولوجيا تصنيعية متطورة تسهم في بناء التنمية المجتمعية.
- 4 - تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر بما يحقق دوره الإنمائي المتمثل في اكتساب الدول النامية المهارات والمعرفة التكنولوجية والتدريب على طرقها وأساليبها الحديثة المتطورة وعدم الاكتفاء بدوره الاقتصادي، فالاستثمار الأجنبي لا يضمن وحده اكتساب التكنولوجيا واستثمارها، وإنما يجب توجيهه بما يضمن ذلك.
- 5 - تطوير أنظمة وتشريعات الاختراعات والبراءات بما يشجع على الابتكار وتقديم الحلول الهادفة إلى تطوير المجتمع علمياً وتقنياً والاستفادة من مخرجات هذه الاختراعات صناعياً وتجارياً. مع مراعاة أن يكون إفصاح المخترع عن مضمون اختراعه كافياً بدرجة تمكن من تنفيذه ممن يحصل على ترخيص باستغلاله دون حاجة للجوء إلى مالك البراءة.

ثانياً: في مجال استيراد التكنولوجيا:

- 1 - وضع الأنظمة القانونية التي تشجع على اكتساب الدول النامية للتكنولوجيا المتقدمة المتطورة، التي تفيد في إقامة تنميتها الشاملة المستدامة.
- 2 - تنظيم عقود نقل التكنولوجيا بحيث لا يقتصر دورها على السماح للدول النامية باستغلال التكنولوجيا، وإنما يجب أن يمتد هذا الدور إلى إلزام ناقل التكنولوجيا بتقديم المساعدة الفنية، والتحسينات التكنولوجية اللاحقة، والمعلومات والمعارف التي تساعد

متلقيها على إنتاج التكنولوجيا وتوليدها.

3 - يجب أن تخلو عقود نقل التكنولوجيا من الشروط التقييدية، وبصفة خاصة تلك التي تحد من نشاط الدول النامية في مجال البحث والتطوير، أو إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا المستوردة. كما يجب أن يوضع حداً أقصى لمدة هذه العقود، إضافة إلى إخضاعها لنظام التسجيل.

4 - ضرورة إخضاع عقود نقل التكنولوجيا لرقابة الدولة ومتابعتها للتحقق من حسن انتفاء التكنولوجيا المجدية التي تحقق التنمية المنشودة، وعدم تضمن هذه العقود لشروط مجحفة أو تعترض تحقيق تنميتها.

5 - مراعاة تسهيل الحصول على التراخيص الإلزامية لاستغلال التكنولوجيا، مع عدم اشتراط مدد طويلة للحصول عليها.

نشير أخيراً إلى ضرورة تضافر جهود الدول النامية وتعاونها لتقوية إمكاناتها التكنولوجية في إطار يحقق مصالحها وتنميتها المستدامة الشاملة.

تم بحمد الله وتوفيقه

مراجع البحث

- أولاً: مراجع باللغة العربية:
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل:
- الحماية القانونية للاختراعات، وفقاً للقانون الكويتي في ضوء أحكام القانون المقارن، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2014.
- إبراهيم المنجي:
- عقد نقل التكنولوجيا، التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- إبراهيم قادم:
- الشروط المقيدة في عقود نقل التكنولوجيا ودورها في تكريس التبعية الدولية على المستوى الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2002.
- أحمد طارق البشتاوي:
- عقد التراخيص باستغلال براءة الاختراع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2011.
- أحمد بن فهد بن خميس الفهد:
- عقد نقل التكنولوجيا، دراسة فقهية، رسالة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، قسم الفقه.
- الشفيع جعفر محمد الشلاللي:
- التنظيم القانوني لاستغلال براءة الاختراع، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2011.
- أنس السيد عطية سليمان:
- الضمانات القانونية لنقل التكنولوجيا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- جلال أحمد خليل:
- النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، مطبوعات جامعة الكويت، 1983.
- جلال وفاء محمددين:
- الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا

- في قانون التجارة الجديد، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- فكرة المعرفة الفنية والأساس القانوني لحمايتها، دراسة في القانون الأميركي، دار الجامعة الجديد للنشر، 1995.
- جيتا شوى مانجستي:
- وقع نظام براءات الاختراع الدولي على البلدان النامية، وثيقة مقدمة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية تحت رقم 1 add A/39/13. بتاريخ 2003/08/15.
- حسام الدين الصغير:
- ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء مجلس الشورى، مسقط 23، 24 مارس 2004.
- حسام محمد عيسى:
- نقل التكنولوجيا، دراسة الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، القاهرة، 1987.
- حمدي محمود بارود:
- محاولة لتقييم التنظيم القانوني لنقل التمكين التكنولوجي في ظل الجهود الدولية ومشروع قانون التجارة الفلسطيني، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، 2010، المجلد (12) العدد (1).
- داخل حسن جريو:
- الترابط بين الجامعات وحقل العمل، مجلة التعريب، السنه الثالثة، العدد الثاني، دمشق، 1993 .
- سميحة القليوبي:
- تقييم شروط الاتفاق والالتزام في عقود نقل التكنولوجيا، مجلة مصر المعاصرة، أكتوبر 1989.
- التفاوض في عقود نقل التكنولوجيا، ندوة التراخيص في الملكية الفكرية وتسوية المنازعات، القاهرة، 9 - 10 1998.
- صالح بن بكر الطيار:
- العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مركز الدراسات العربي الأوروبي، 1999.

صلاح الدين جمال الدين:

- عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري، دار النهضة العربية، 1996.

صفوت ناجي البهنساوي:

- عقد الترخيص باستغلال براءة الاختراع، دار النهضة العربية، 1966.

عطية بن عبدالعليم صقر:

- الفجوة التقنية وأثارها الاقتصادية في الدول الإسلامية، أبحاث المؤتمر العلمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى.

عبدالله جاد فوده:

- دور الشركات متعددة الجنسيات في نقل التكنولوجيا، إشارة لقطاع الدواء في مصر.

عبد العزيز إسماعيل:

- الشروط المجحفة في اتفاقيات نقل التكنولوجيا، مؤتمر نقل التكنولوجيا، القاهرة، 19 - 25 فبراير 1986.

عبدالغني محمود:

- الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، 1991.

فلحوط وفاء مزيد:

- المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

فوزية سبت الزبير:

- العائد من الشراكة المجتمعية في مجال البحث العلمي لتحقيق أهداف الاستثمار لرجال الأعمال، أبحاث المنتدى الأول للشراكة الاجتماعية المجتمعية في مجال البحث العلمي، منتدى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 25 - 26/5/2009.

محسن شفيق:

- قد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية) القاهرة، 1982، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

- نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية، القاهرة 1984.
محمد سيد أبو السعود:
- جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الإمكانيات التكنولوجية والنمو الاقتصادي، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الدول العربية، العدد الخامس والتسعون، يوليو 2010.
محمد مرسي:
- التنظيم القانوني للمعرفة الفنية لضمان نقل تكنولوجيا حقيقية للدول النامية، دراسة مقارنة بالقانون الأمريكي، رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، 2011.
محمد مرياتي:
- التطور التكنولوجي لاستدامة الصناعة في ظل منافسة عالمية واقتصاد المعرفة، جمعية العلوم الاقتصادية السورية، متاح على شبكة المعلومات:
<http://www.mafhom.com/syr/articils/mrayati1.htm>
محمود مختار بريري:
- إبرام عقود نقل التقنية الحديثة وتحديد محلها، مجلة الأمن والقانون، الإمارات العربية المتحدة، دبي 1996، عدد (4).
- الالتزام باستغلال المبتكرات الجديدة، دار الفكر العربي، 1979.
محمود الكيلاني:
- جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.
نصيرة بوجمعة سعدي:
- عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1987.
ناجي أحمد:
- التراخيص الإجبارية في مجال المواد الطبية والصيدلانية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
هاني صلاح سرى الدين
- عقد نقل التكنولوجيا في ظل قانون التجارة الجديد، مع إشارة خاصة لعقود نقل التكنولوجيا غير المشمولة بحماية براءة الاختراع، القاهرة، 2001.

هاني محمد دويدار:

- نطاق احتكار المعرفة التكنولوجية بواسطة السرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1996.

يوسف خليل الاكيابي:

- دراسة في الآليات القانونية للتبعية الدولية، دار المستقبل العربي، 1987.

- النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، القاهرة، 1989.

- دليل وإرشادات الترخيص ونقل التكنولوجيا: إصدار جمعية خبراء التراخيص العربية، 2005.

- مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD في شأن اتخاذ الإجراءات التنظيمية المناسبة الخاصة بنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، وبحث إمكانية تعديل الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا.

- دليل إرشادات في مجال التراخيص: صادر عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية سنة 1978 لصالح البلدان النامية، Licensing Guide for Developing Countries، منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية UNIDO في شأن بنود الضمانات والتعهدات في عقود نقل التكنولوجيا عام 1989.

ثانياً - مراجع بغير اللغة العربية:

Correa Carlos m:

- Implementation of “ WTO “ General council Decision paragraph of Doha Declaration TRIPS Agreement and Public Health essential Drugs and Medicines Policy, April 2004, <http://www.who.int/medicatio//org>.

François Dessemontet:

- Protection of Trade Secrets and confidential information in intellectual property and international trade. The TRIPS Agreement la Haya 1998.

J.L. Enos:

- the creation of Technological Capability in Developing Countries “ ILO Printer, London, 1991.

Nagesh Kumar:

- Technology Generation and Technology transfer in the World Economy “ Recent Trends and Implications for Developing Countries “ The United Nations University. INTECH, 1997.

Robert W. Emerson:

- Franchising and the collective Rights of Franchisees, Vanderbilt, Law Review, October 1996, N.5 p. 15

الملخص

تتميز التنمية التكنولوجية الحديثة بكونها تنمية غير محدودة في نطاق معين وغير مقصورة على مجال دون آخر من مجالات الحياة، فهي تشمل جميع أنواع التنمية الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والصناعية والتجارية والأمنية والزراعية وغير ذلك؛ كما تتصف بأنها تنمية مستدامة غير وقتية، بل تتطور بالابتكار والبحث العلمي، وهذا يدل على أن تحقيق التنمية التكنولوجية الحديثة ليس بالأمر المستحيل، بل في نفس الوقت للتكنولوجيا الحديثة الدور المتميز في تنمية المجتمعات وازدهارها؛ انطلاقاً من أن دراستنا تتميز بأنها من الدراسات البيئية؛ كونها تجمع بين نوعين من الدراسة؛ الدراسة القانونية التي تحدد قواعد وأحكام نقل التكنولوجيا، والدراسة الفنية الاقتصادية للتكنولوجيا والتنمية التي تساعد كثيراً في تحديد الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا. وفي النهاية من خلال دراستنا تبين لنا الدول النامية بصفة عامة، والعربية بصفة خاصة، بات من الضروري أن تتبنى خطط واستراتيجيات تنموية متطورة حديثة، وذلك عن طريق إنشاء نظام متطور للإبداع والابتكار، مع التركيز على الخبرات وتطوير المعارف، ووضع الاستراتيجيات لاستيعاب التكنولوجيا وإنتاجها في الداخل، وضمان نقل المعرفة والتكنولوجيا في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة.

پوخته

گهشه سهندنی تهکنهلوژی مؤدیرن بهوه دناسریتتهوه که گهشه سهندنیکی بیسنوره له چوارچیوهی بازنهیهکی دیاریکراودا وه سنووردار نییه به بواریکی ژیان بهی بواریکی تر، هممو بوارهکانی کومه لایهتی، نابووری، کولتووری، پیشهسازی، بازرگانی، ئاسایش، کشتوکالی و بهدر لهوانهش لهخودهگریت. ههروهها گهشه سهندنی تهکنهلوژی مؤدیرن به گهشه سهندنیکی بهردهوام وکاتی نهبوو پهسن دهکریت، بهلکو له ریگهی داهینان و لیکولینهوهی زانستییهوه گهشه دهکات و ئهمهش ئامازهیه بو ئهوهی که گهشتن به گهشه سهندنی تهکنهلوژی مؤدیرن مهحال نییه، بهلکو له ههمان کاتدا تهکنهلوژییای مؤدیرن رولیکی دیاریکراوی هیه له گهشهکردن و خوشگوزهرانی له کومه لگاکاندا؛ لهو سونگهیهوه لیکولینهوهکهمان بهوه جیادهکریتهوه که توژیینهوهیهکی ئالوگورکاریه؛ بهجوریک کوردهوهی دوو جور لیکولینهوهیه؛ ئهو لیکولینهوهیه یاساییه که ريسا و برگهکانی گواستتهوهی تهکنهلوژیا دیاری دهکات، ههروهها لیکولینهوهی تهکنیکی و نابووری تهکنهلوژیا و گهشهپیدان که یارمهتیدهریکی زور باش و کاریگهره له دیاریکردنی چوارچیوهی یاسایی بو گواستتهوهی تهکنهلوژیا.

له کوتایدا، له ریگهی لیکولینهوهکهمانهوه، بومان روون بویهوه که ولاتانی تازهپیکهیشتهوی جیهان به گشتی، وهولاتانی عهرهبی به تاییهتی، نیشانمان دهن که پیویسته پلان و ستراتیزی گهشه سهندنی مؤدیرن و پیشکوتوو بگیریتههر، به دامزراندنی سیسته میکی پیشکوتوو گهشه پیدان و داهینان، به گرنگیدان به شارهزایی و پهره پیدانی زانیاری، وه ههروهها پهره پیدانی ستراتیزییهکانی پهره پیدان ولهخوگرنتی تهکنهلوژیا و بهرهمهینانی له ناوخوداوه دلنیا بوون له گواستتهوهی زانیاری و تهکنهلوژیا له گریهستهکانی وهبههیناندا که له لایهن دهولتهوه ئهجام دهرین.

Abstract

Modern technological development is characterized by the fact that it is unlimited development within a specific scope and is not limited to one area of life without another. It includes all types of social, economic, cultural, industrial, commercial, security, agricultural and other developments. It is also characterized as sustainable, non-temporary development, but rather develops through innovation and scientific research, and this indicates that achieving modern technological development is not impossible, but at the same time, modern technology has a distinct role in the development and prosperity of societies, Proceeding from the fact that our study is characterized as an inter-study; As it combines two types of study; The legal study that defines the rules and provisions of technology transfer, and the technical and economic study of technology and development that helps a lot in defining the legal framework for technology transfer.

In the end, through our study, developing countries in general, and Arab countries in particular, show us that it has become necessary to adopt advanced and modern development plans and strategies, by establishing an advanced system of creativity and innovation, with a focus on expertise and knowledge development, and developing strategies to absorb technology and produce it at home. And ensuring the transfer of knowledge and technology in investment contracts concluded by the state.



ضمان الجودة في التعليم القانوني^(*) "المعايير، التحديات، الحلول المقترحة"

دنيايي جۆرى له فيركاريى ياساييدا
"پيوهرهكان - ناستهنگهكان و چارهسهره پيشنيار كراوهكان"

Quality Assurance in Legal Education
"Standards - Challenges and Suggested Solutions"

الأستاذ الدكتور الشهابي إبراهيم الشرقاوي^(**)
أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الملك سعود - المملكة العربية السعودية
العميد الأسبق لكلية القانون جامعة عجمان (الإمارات)
الأمين العام المساعد للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية (سابقاً)
محكم ومحام بالنقض والإدارية العليا

پ د. الشهابي نبيراهيم الشرقاوي
پروفيسوري ياساي شارستاني
كؤليزي ياسا و زانسته سياسييهكان- زانكوي شا سعودمه مله كه ت سعودي عه ربي
راگري پيشووي كؤليزي ياسا له زانكوي عهجمان (نيمارات)
ياريدهدهري سكرتيري گشتي كؤمهلهي زانستي فاكهلتيهكاني ياساي عه رهبي (پيشتر)
ناوبزيوان و پاريزهر له دادگاي ههلوهشانندنهوه و كارگيري بالآ

Prof. Dr. EL-Shehabi Ibrahim El-Sharqawi
civil law professor
College of Law and Political Science
King Saud University- KSA

تاريخ قبول النشر: 2022/8/29 .

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/7/29 .

(**) alsharqawi65@gmail.com



ضمان الجودة في التعليم القانوني

الأستاذ الدكتور الشهابي إبراهيم الشرفاوي

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الملك سعود - المملكة العربية السعودية

العميد الأسبق لكلية القانون جامعة عجمان (الإمارات)

الأمين العام المساعد للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية (سابقاً)

محكم ومحام بالنقض والإدارية العليا

الكلمات المفتاحية:

معايير - ضمان - جودة - تعليم - قانوني - فاعلية مؤسسية - تقييم.

كليه ووشه:

بيوههكان - دلنبايى - كواليتى - بهروهده - ياساىى - كارىكهرى
دامهزراوهيى - ههلسهنگاندن.**key words:** standards - assurance - quality - education - legal - institutional effectiveness - evaluation.

مقدمة

لم تعد الجودة مجرد رفاهية تحسينية تمارسها مؤسسات التعليم العالي، بل أصبحت ضرورة لكل مؤسسة لتحسين وتطوير العملية التعليمية في كل برامجها، سعياً إلى التنافسية على المستويين المحلي والعالمي، سيما في ظل تعدد وتشابك جوانب العملية التعليمية، سواءً داخل المؤسسة التعليمية حيث إدارة المؤسسة وأعضاء هيئة التدريس والطلبة والبرامج الأكاديمية المطروحة والأداء التعليمي والمرافق والتجهيزات ومصادر التعلم وغيرها، أو خارج المؤسسة التعليمية (محلياً وإقليمياً ودولياً) حيث سوق العمل والممارسة المهنية للخريجين وخدمة المجتمع والعلاقة مع المؤسسات الأخرى التعليمية والمهنية في الداخل والخارج، والحاجة في كل جانب من هذه الجوانب إلى معايير محددة لقياس مستوى الأداء، حتى يمكن الوقوف على مواطن الضعف والقصور في العملية التعليمية، ومن ثم وضع الحلول الكفيلة بمعالجتها.

هذا التعدد والتشابك أضفى على الجودة أهمية خاصة تمثلت في الحاجة إلى فهم غايتها بدقة ووضوح، ومن ثم محاولة تبسيط آلية تطبيقها ضماناً لسلامة التنفيذ وتحقيق الغاية منها. إلا أنه بقراءة متأنية لعملية الجودة ومعاييرها ومتطلباتها، يتضح لنا أن الإشكالية ليست في تحديد المعايير بكل تفصيلاتها، بل في تحديات التطبيق التي تواجه منظومة الجودة بصورة عامة والتي تحول بينها وبين تحقيق أهدافها.

وفي ظل ندرة البحوث التي تناولت موضوع الجودة في التعليم القانوني، حيث إن غالبية البحوث تناولته في نواحي التعليم التربوية والإدارية وليس القانونية، كان هذا البحث مساهمة لبيان معايير ضمان الجودة في التعليم القانوني، وعرض التحديات التي تواجه تطبيق تلك المعايير والحلول المقترحة، من خلال بحثين، مهدهما لهما بيان مفهوم الجودة ومقدماتها الأولية، وذلك وفق التقسيم الآتي:

مطلب تمهيدي: مفهوم الجودة ومقدماتها الأولية

المبحث الأول: معايير ضمان الجودة في التعليم القانوني

المبحث الثاني: تحديات الجودة في التعليم القانوني والحلول المقترحة

مطلب تمهيدي

مفهوم الجودة ومقدماتها الأولية

كلمة "جودة" في اللغة تعني: سلامة التكوين وإتقان الصنعة، وجاد العمل أي حسن وعلا مستواه، "العمل في غاية الجودة والإتقان"⁽¹⁾. وفي الحديث الشريف عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله يحبُّ إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه"⁽²⁾.

والجودة ينصرف مفهومها وهدفها إلى كل نواحي الحياة، سواء التعليم أو الصناعة أو التجارة أو غيرها، فهي تعني إتقان العمل في كل ذلك، مما يقتضي تحقيق أقصى جهد في إنجاز العمل ليخرج في أفضل صورة وبأقل تكلفة.

(1) أحمد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى 2008م، المجلد الأول، ص 417 و 418.

(2) محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى رقم 1113.

على ذلك؛ يمكن تعريف الجودة في التعليم بأنها: التحقيق الأمثل لمخرجات البرامج التعليمية بأكفأ الأساليب وأقل التكاليف وفق معايير محددة وأدوات يمكن قياسها⁽¹⁾. وإدارة الجودة الشاملة في العملية التعليمية لها أهميتها البالغة، لذلك لا بد من وضع خطة واضحة تبين رؤية وأهداف منظومة الجودة، وآلية التقويم وأدواته وتوزيع المهام بين فريق العمل. فحسب إدارة الجودة يؤدي إلى التحسين المستمر لمخرجات العملية التعليمية، بما يسفر عنه التقويم من أوجه ضعف، يتم تلافيها من خلال الحلول المقترحة، ومن ثم يؤدي إلى الارتقاء بالعملية التعليمية على كل المستويات، سواءً إدارة المؤسسة التعليمية أو عضو هيئة التدريس أو الطالب أو الخريج الذي هو ثمرة هذه العملية متكاملة. والجودة وفقاً لذلك؛ ليست مجرد ترتيب أوراق وملفات، وإنما هي فكر وثقافة ومنهجية أداء يظهر أثرها على العملية التعليمية من بدايتها إلى نهايتها، بل وبعدها من خلال متابعة الأداء المهني للخريجين والاستفادة من التغذية الراجعة لتقويم البرامج التعليمية المطروحة.

وهي عملية تبدأ من الإدارة العليا للمؤسسة التعليمية ثم بأعضاء هيئة التدريس وتنتهي بجميع العاملين فيها، بهدف تجويد الخدمة التعليمية والتدريبية المقدمة للطالب، فهي عملية تحسين مستمر لا تقف عند نقطة محددة، فالذي يتحقق اليوم يجب أن يكون أفضل

(1) انظر في عرض عدة تعريفات للجودة: جمعة خير الدين وأحلام دريدي وصبرينة خليل، أثر عمليات إدارة المعرفة على جودة التعليم العالي من وجهة نظر الأساتذة الجامعيين، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد الثالث عشر، العدد (44) 2020م، ص37. خالد الصرايرة وليلى العساف، إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي بين النظرية والتطبيق، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد الأول، العدد الأول 2008م، ص9 وما بعدها. عطا الله بن فهد السرحان، أثر تطبيق معايير الجودة والاعتماد الأكاديمي على تسويق مخرجات التعليم في الجامعات السعودية، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد السادس، العدد (13) 2013م، ص8، 9. عادل الشمري، الجودة الشاملة بين المنظور الإسلامي والرؤية الغربية، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد الثامن، العدد (19) 2015م، ص51 و52. علاء الناصر ورجاء المالكي، تطبيقات إدارة الجودة الشاملة في عمليات الإعداد والتدريب التربوي، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد السابع، العدد (17) 2014م، ص98. إلا أن التعريف الذي أورده أعلاه يتميز عن تلك التعريفات بالشمولية والإيجاز.

مقارنة بالأمس وما يتحقق غداً يجب أن يكون أفضل مقارنة باليوم⁽¹⁾. لذلك لا بد من مقدمات تسبق تطبيق إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي، تلك المقدمات نوجزها في الآتي⁽²⁾:

- أن يكون لدى المؤسسة التعليمية رؤيتها وخطتها الاستراتيجية لتطبيق الجودة، والتي تكون عبر ثلاث مراحل:

- ✓ مرحلة الإعداد: من خلال نشر المعرفة وتبادل الخبرات ووضع الأهداف.
- ✓ مرحلة التخطيط: من خلال وضع خطة استراتيجية يتم فيها تحديد المجال الذي تهدف المؤسسة إلى تقويمه، ثم تحديد اتجاهات التغيير والتطوير المطلوب وأدواته، مع ربط الخطة بالخطط السابقة لها والخطط اللاحقة عليها، وإمكانية تقسيم الخطة الاستراتيجية إلى مراحل قابلة للتنفيذ بالإمكانات المتاحة⁽³⁾.
- ✓ مرحلة التقويم: وذلك من خلال التقارير الإحصائية المبنية على نتائج عملية التقويم بأدواتها المختلفة.
- تعزيز ثقافة الجودة لدى المؤسسة التعليمية، فقبول القائمين عليها أو رفضهم لعملية الجودة يعتمد على ثقافتهم وقناعتهم بها وبفائدتها للمؤسسة.
- نشر ثقافة الجودة ومبادئها لجميع العاملين بالمؤسسة التعليمية، فلكي تتحقق معايير الجودة يتعين على مؤسسات التعليم العالي أن تغرس في كافة أنشطتها ولدى جميع العاملين فيها ثقافة الجودة⁽⁴⁾، فذلك يقلل من المعارضة للتغيير، ويمكن من خلاله

(1) انظر (بتصرف): جلال عبدالله محمد، أثر وجود معايير الجودة في ضمان تطبيق إدارة الجودة الشاملة دراسة تحليلية لآراء عينة من منتسبي المعهد التقني في السليمانية، بحوث المؤتمر العربي الدولي الخامس لضمان جودة التعليم العالي، جامعة الشارقة (الإمارات) 3-5 مارس 2015م، ص 16، مشيراً إلى كل من: الخطيب، سمير كامل، إدارة الجودة الشاملة، 2008، مكتبة مصر ودار المرتضى، بغداد. وانتظار الشمري، تأثير استراتيجيات إدارة الموارد البشرية في تعزيز إدارة الجودة الشاملة، 2002، أطروحة دكتوراه غير منشورة، كلية الإدارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية.

(2) انظر: خالد الصرايرة وليلى العساف، إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 19 وما بعدها مشيراً إلى: (حامد السقاف، المدخل الشامل لإدارة الجودة الشاملة، 2007).

(3) المرجع السابق، ص 206.

(4) انظر: المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية لضمان جودة التعليم العالي (ASG-QA)، ص 7، وهي



- استشراف المخاطر المتوقعة عند بدء التطبيق، ومن ثم وضع الحلول الوقائية.
- التعليم والتدريب لجميع العاملين بالمؤسسة التعليمية وليس فقط لفريق العمل المكلف بالجودة، فعملية الجودة تحتاج إلى جهود جميع العاملين على اختلاف مهامهم ومواقعهم الوظيفية.
 - الاستعانة بالاستشاريين والخبراء، للاستشارة بشأن المشكلات التي تظهر عند التطبيق، ولتدريب العاملين على إيجاد الحلول المناسبة.
 - تشكيل فريق العمل متكامل من الأقسام المعنية، ومن داخل هذا الفريق يتم تشكيل مجموعات عمل فرعية لإنجاز مهام محددة، ويجب اختيار أعضاء الفرق ممن لديهم المعرفة الكافية والاستعداد للعمل والتطوير من خلال أفكار بناءة.
 - التحفيز والدعم المستمرين⁽¹⁾، فالعمل بالجودة يفوق قدرات العمل العادية، ويحتاج إلى من لديهم قدرات تحفيزية ومهارات تطويرية، لذلك لا بد من توفير نظام للحوافز (على المستويين الأدبي والمالي) يراعي الأداء المتميز لهؤلاء، ويكون دافعاً لهم لبذل المزيد من الجهود نحو التطوير.
 - الإشراف والمتابعة، ويتولى ذلك رؤساء المؤسسات أو صناع القرار فيها، ولهم في سبيل ذلك الاستعانة بالخبرات الخارجية، للتعرف على خطة وأساليب التنفيذ، وما تم إنجازه، ومطابقة الإنجازات المتحققة مع الأهداف المحددة في الخطة وفقاً للإمكانات المرصودة والإطار الزمني المحدد، فمتابعة فرق العمل لتقويم أدائها عند الحاجة وتذليل الصعوبات التي تعترض إنجاز مهامهم يعد من أهم متطلبات إدارة الجودة ونجاحها⁽²⁾.

←

- مبادرة HAQAA تم تنفيذها لصالح المفوضية الأوروبية ومفوضية الاتحاد الأفريقي "تمثل المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية في التعليم العالي، وهي معايير غير إلزامية ولكنها توفر آلية الوصول إلى الجودة لمؤسسات التعليم العالي وهيئات ضمان الجودة الأفريقية، وقد تم تطويرها لخلق قيمة مضافة للمؤسسات التعليمية وهيئات ضمان الجودة من خلال توفير الإطار الموحد لكافة عمليات ضمان الجودة بما يتيح مدخل محفز للارتقاء بالجودة المؤسسية والتعليمية". انظر ص 9 من المعايير.
- (1) هـنار أمين، الاعتماد المؤسسي والأكاديمي ومعاييرهما، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، مركز البحوث والدراسات الإسلامية ديوان الوقف السني، العراق، المجلد 2012 العدد 28، ص 325.
- (2) انظر: مصطفى الطائي، التخطيط الاستراتيجي للجودة والاعتماد الأكاديمي في مؤسسات التعليم العالي العربية، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد السابع، العدد (18) 2014م، ص 210.

المبحث الأول

معايير ضمان الجودة في التعليم القانوني

تمثل محاور الجودة الشاملة في التعليم⁽¹⁾ معايير تحققها، وتشير المعايير إلى المستوى أو الحالة المطلوب الوصول إليها لتحقيق الجودة في مؤسسات التعليم⁽²⁾، ويجب ألا تتعارض تلك المعايير مع استقلالية المؤسسة التعليمية⁽³⁾، ليظل للمؤسسة دورها في الإبداع المنشود في مجالي: التعليم والبحث، للارتقاء بالمجتمع. والناظر إلى التعليم بوجه عام والتعليم القانوني بوجه خاص، يجده يقوم على خمسة محاور رئيسة: المؤسسة التعليمية، البرنامج التعليمي، أعضاء هيئة التدريس، الطلبة، البحث العلمي وخدمة المجتمع، وتتناول تلك المحاور في خمسة مطالب متتالية على التفصيل الآتي:

المطلب الأول: المؤسسة التعليمية

المطلب الثاني: البرنامج التعليمي

المطلب الثالث: المعايير المرتبطة بأعضاء هيئة التدريس

المطلب الرابع: المعايير المرتبطة بالطلبة

المطلب الخامس: البحث العلمي وخدمة المجتمع

(1) انظر: المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية لضمان جودة التعليم العالي (ASG-QA)، ص 12 وما بعدها. خالد الصرايرة وليلى العساف، إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 29. جمعة خير الدين وأحلام دريدي وصبرينة خليل، أثر عمليات إدارة المعرفة على جودة التعليم العالي من وجهة نظر الأساتذة الجامعيين، مرجع سابق، ص 38 و39. وقد أشار كل منهما إلى العديد من المراجع. أيضاً: هنار أمين، الاعتماد المؤسسي والاكاديمي ومعاييرهما، مرجع سابق، ص 319 وما بعدها. عادل الشمري، الجودة الشاملة بين المنظور الإسلامي والرؤية الغربية، مرجع سابق، ص 56 وما بعدها.

(2) انظر: هنار أمين، الاعتماد المؤسسي والاكاديمي ومعاييرهما، مرجع سابق، ص 315.

(3) المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية لضمان جودة التعليم العالي (ASG-QA)، ص 30. سحر محمد، تصور مقترح لضمان جودة التعليم الجامعي المصري في ضوء مدخل الإدارة الاستراتيجية، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد الثامن، العدد (19) 2015م، ص 122.

المطلب الأول المؤسسة التعليمية

المؤسسة التعليمية المقصودة في هذا البحث هي المؤسسة الجامعية التي تقدم برامج القانون. والمؤسسات الجامعية التي تقدم التعليم القانوني، قد تكون تحت مسمى جامعة أو كلية أو غيرها، وقد تكون مؤسسات حكومية أو خاصة ومرخصة من قبل الدولة، وفي الحاليتين عليها أن تتبع معايير الجودة نفسها لتأهيل كوادر قانونية قادرة على ممارسة العمل القانوني على اختلاف تخصصاته بكفاءة عالية.

والجودة المطلوبة في المؤسسة التعليمية ليست هي جودة المباني والتجهيزات فحسب، إنما هي جودة بمفهوم البيئة التعليمية السليمة الداعمة والمحفزة لقدرات ومهارات وإبداعات كوادرها ومنسوبيها، من أعضاء هيئة تدريس وإداريين وطلبة، بل وكل مستفيد بخدمات المؤسسة من جهات وأفراد.

وتحتاج المؤسسة التعليمية لتحقيق معايير الجودة إلى إدارة واعية وموارد كافية، وبيان ذلك فيما يأتي:

أولاً: إدارة المؤسسة التعليمية:

يجب بداية بيان طبيعة المؤسسة ونوعها، والهيكل الإداري القائم على إدارتها، وكيفية توزيع الاختصاصات والمسؤوليات بشكل واضح من حيث تسلسل صنع القرار، ودور كل من الهيئتين الأكاديمية والإدارية في تسيير شؤون المؤسسة والبرامج التعليمية التي تطرحها⁽¹⁾.

ويقتضي ذلك أن تصدر المؤسسة الأنظمة واللوائح والتعليمات اللازمة لتسيير العملية التعليمية بشفافية وعدالة، وبما يتوافق مع المعايير العالمية، وأن يتم توثيقها ونشرها

(1) للمزيد: معايير الترخيص المؤسسي واعتماد البرامج، مفوضية الاعتماد الأكاديمي، وزارة التربية والتعليم، الإمارات العربية المتحدة (2019)، ص 17. وقد نصت تلك المعايير على أنه لا يجوز أن يشغل مالكو المؤسسة أو المستثمرون فيها أو أقاربهم أو أفراد أسرهم المباشرون أي مناصب إدارية في المؤسسة (مثل الرئيس أو نائب الرئيس أو مدير أو عميد) أو أن يشاركوا في تشغيلها اليومي. ولا يجوز أن يكون لمالكي المؤسسة أو المستثمرين فيها أو أقاربهم أو أفراد أسرهم المباشرين أي مكاتب داخل مقرات المؤسسة. انظر ص 23 و 24.

بوسائل متعددة وفعالة، وأن تتم مراجعة تلك الأنظمة واللوائح والتعليمات بشكل دوري ومنتظم من خلال التغذية الراجعة التي يوفرها أصحاب العلاقة⁽¹⁾. ويقتضي ذلك أيضاً، توزيع الأعباء الإدارية من خلال تشكيل بعض الوحدات أو اللجان الفرعية لتتولى بعض الملفات، من ذلك: لجنة الدراسات العليا لتتولى الإشراف على برامج الدكتوراه والماجستير التي تطرحها الكلية، ولجنة الجداول الدراسية لتتولى التنسيق ووضع الجداول الدراسية، ولجنة الامتحانات لتتولى مهمة تنظيم الامتحانات والإشراف عليها، ولجنة الشؤون العلمية والثقافية لتتولى الندوات والمؤتمرات التي تعقدها الكلية فضلاً عن شؤون المجلة العلمية والمكتبات والتعليم المستمر، ولجنة شؤون الجودة لتتولى إدارة وتفعيل منظومة الجودة بالكلية، ولجنة الإرشاد لتتولى تنظيم إرشاد الطلبة ومتابعته، ولجنة الأنشطة الطلابية لتتولى الأنشطة الطلابية الثقافية والرياضية والاجتماعية، ولجنة التدريب العملي لتتولى التنسيق مع جهات التدريب التي تتولى تدريب الطلبة والإشراف على التدريب، وغير ذلك من اللجان حسب حاجة المؤسسة. ويقتضي توزيع الاختصاصات والمسؤوليات بيان دور المشرف على البرنامج وأعضاء هيئة التدريس في تسيير شؤون البرنامج، فيجب أن يكون للمشرف على البرنامج دوره في متابعة ملف اعتماد البرنامج ومتابعة كل ما يتعلق بتنفيذ البرنامج. ويجب أن يصاحب توزيع المسؤوليات على هذا النحو، ترسيخ مبدأ الوقاية خير من العلاج⁽²⁾، فتفادي القصور في عملية الجودة خير من معالجة ذلك القصور، وأيضاً تعزيز مبدأ تحمل المسؤولية، لقوله صلى الله عليه وسلم: "كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته"⁽³⁾.

ويجب أن تكون الإدارة فعالة، بأن تقوم بتطبيق الأنظمة والسياسات واللوائح

- (1) انظر: دليل قياس معايير ضمان الجودة لمؤسسات التعليم العالي 2016م، هيئة اعتماد مؤسسات التعليم العالي وضمان جودتها (الأردن)، ص 23 وما بعدها.
- (2) انظر: سليمة سوادى زغير، العوامل المؤثرة على تحقيق الجودة الشاملة ومعالجاتها، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية (جامعة بابل) العدد 43 أبريل 2019م، ص 2171.
- (3) صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، الطبعة الأولى 2012، الجزء السابع، حديث رقم 5191 ص 86. وانظر أيضاً: سليمة سوادى زغير، العوامل المؤثرة على تحقيق الجودة الشاملة ومعالجاتها، مرجع سابق، ص 2171.

المؤسسية، بالتخطيط والتنفيذ والمتابعة وتفعيل نظم الجودة في إطار من النزاهة والشفافية والعدالة والمناخ التنظيمي الداعم للعمل، بحيث يتوفر للقائمين عليها قدر كاف من المرونة والصلاحيات التي تسمح بإحداث التطوير والتغيير اللازم، استجابة للمستجدات ولنتائج عمليات التقييم الدوري للبرامج التعليمية⁽¹⁾.

إجمالاً، يمكننا أن نوجز مؤشرات نجاح إدارة المؤسسة التعليمية فيما يأتي:

- أن تبين المؤسسة التعليمية رؤيتها ورسالتها وأهدافها، ومؤشرات الأداء للمعايير الأساسية، ومستوى الأداء الفعلي ومستوى الأداء المستهدف لكل مؤشر، وكيفية الوصول إليه إن لم يكن قد تحقق أو لم يتحقق بالنسبة المطلوبة.
- أن توفر المؤسسة نظاماً متكاملًا للمعلومات مع تسهيل الحصول عليها بشفافية، سواءً للطلبة أو للعاملين بها أو للجهات الرقابية. بقول آخر: أن تستخدم المؤسسة التعليمية قاعدتها المعرفية بما يعزز التنافسية لديها وأن تحدد الآليات التي تستخدم لكي تجعل تلك المعرفة متاحة للمستفيدين⁽²⁾. وليس ذلك فقط للمعلومات الخاصة بالمؤسسة التعليمية، بل يشمل أيضاً الإسهام في الجهود الإقليمية والقارية والدولية الهادفة لتحسين إتاحة المعلومات المحدثة والدقيقة والشاملة حول مقدمي الخدمة التعليمية المعترف بهم⁽³⁾. فاتخاذ القرارات المتعلقة بتطوير التعليم يجب أن يتم وفقاً لبيانات صادقة وحقائقية، وتأسيساً على ذلك تعد المعلومات والبيانات الدقيقة من المرتكزات الأساسية التي تقوم عليها الجودة في التعليم العالي⁽⁴⁾، لذلك؛ على المؤسسة نشر وتنفيذ ثقافة التواصل المعرفي⁽⁵⁾.

- (1) معايير الاعتماد البرامجي، هيئة تقويم التعليم والتدريب السعودية (2018)، ص4.
- (2) هذا المفهوم: جمعة خير الدين وأحلام دريدي وصبرينة خليل، أثر عمليات إدارة المعرفة على جودة التعليم العالي من وجهة نظر الأساتذة الجامعيين، مرجع سابق، ص33. وانظر أيضاً: المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية لضمان جودة التعليم العالي (ASG-QA)، ص13. معايير الاعتماد البرامجي السعودية (2018)، ص4.
- (3) المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية لضمان جودة التعليم العالي (ASG-QA)، ص31.
- (4) انظر: مصطفى الطائي، التخطيط الاستراتيجي للجودة والاعتماد الأكاديمي في مؤسسات التعليم العالي العربية، مرجع سابق، ص209.
- (5) انظر: دليل ضمان الجودة والاعتماد للجامعات العربية أعضاء الاتحاد، اتحاد الجامعات العربية، عمان 2008م، ص18.

- أن توفر المؤسسة بيئة عمل عادلة وجاذبة تحرص على تكافؤ الفرص وتوفير بيئة عمل صحية للمعلمين وللمتعلمين والعاملين فيها والمتعاملين معها.
- أن تساهم في خدمة المجتمع بشكل فعال، وأن تحفز منتسبيها من أعضاء هيئة التدريس والطلبة للمشاركة المجتمعية، بما يؤدي إلى تأهيل المشتغلين بالقانون وإكسابهم المهارة اللازمة.
- أن تحسن اختيار المناصب القيادية، سواءً على المستويين الأكاديمي والإداري، بناءً على معايير موضوعية تراعي الكفاءة، وليس بناء على معايير لا تتسم بالموضوعية، بل قد تصل إلى مستوى (لا معايير).
- أن تعزز ثقافة الجودة والاعتماد الأكاديمي بين العاملين في المؤسسة، ويتحقق ذلك من خلال نشر الوعي المجتمعي العام بقيمة الجودة والسعي نحو تحقيقها في حياة الأفراد والرغبة في تحقيق أرفع مستويات الأداء⁽¹⁾.
- أن تشرك العاملين فيها في تنفيذ متطلبات الجودة، وأن تحسن توزيع العمل بشكل عادل وفعال.
- أن يكون لديها منهجية لإدارة المخاطر الاستراتيجية والتشغيلية والقانونية والمالية والأكاديمية، وفقاً لمستويات المخاطر⁽²⁾.
- وضع خطة تدريبية لتوعية العاملين في المؤسسة على التقييم الذاتي والقدرة على مراجعة النفس والرغبة الجادة في ذلك⁽³⁾، بغرض تحسين أدائهم وتنمية مهاراتهم من خلال التعليم المستمر والتغذية الراجعة من عملية التقييم.
- أن يكون لدى المؤسسة سياسة واضحة وشفافة للمكافأة والعقاب⁽⁴⁾، وأن تقوم

(1) المرجع السابق، الموضع نفسه.

(2) وهذا من الإضافات الجديدة لمعايير الاعتماد المؤسسي والبرامجي الإماراتية (2019)، ص 9 و 10. ومع أن فريق التقييم الخارجي هو الذي يحدد مستوى المخاطر، إلا أنه يجب أن يكون لدى المؤسسة التعليمية بداية رؤيتها وسياستها لتلك المعالجة، وأن يكون لديها غطاء تأميني او موارد مخصصة لمواجهة ذلك، وان تكون خطتها لإدارة المخاطر معتمدة من مجلس الإدارة الذي يراقب تنفيذها دورياً. للمزيد انظر: المعايير، ص 23.

(3) دليل ضمان الجودة والاعتماد للجامعات العربية أعضاء الاتحاد، مرجع سابق، ص 18.

(4) نحو ذلك: هنار أمين، الاعتماد المؤسسي والاكاديمي ومعاييرهما، مرجع سابق، ص 319.

بنشر تلك الثقافة بين العاملين⁽¹⁾، على أن تراعي الفروق بينهم، وتراعي إلى حد بعيد الحفاظ على منتسبيها في إطار إعادة التأهيل والتحسين المستمر.

- أن تتحمل مسؤولية قراراتها بشجاعة وألاّ تحمل أخطاءها أو تقصيرها- دون حق- على أي من منتسبيها.

ثانياً: الموارد التعليمية للمؤسسة:

يجب أن يتوفر لدى المؤسسة التعليمية الموارد التعليمية اللازمة لأداء رسالتها. فيجب أن يتوفر لديها مكتبة قانونية تضم مصادر التعلم المختلفة من مؤلفات وبحوث ورسائل علمية وقوانين ودوريات علمية وغيرها، بما يناسب أعداد الطلبة وأعضاء هيئة التدريس، ويجب الاهتمام بمتابعة آخر الإصدارات في مجالات التخصص من الكتب القانونية، وإقامة علاقات دائمة مع دور النشر القانونية على وجه الخصوص.

أيضاً؛ يجب أن تتوافر في المكتبة تكنولوجيا المعلومات (الإنترنت/ الاشتراك في دوريات إلكترونية متخصصة/ كتب إلكترونية...../ إلخ)، وتكون متاحة للطلبة⁽²⁾.

وعلى المؤسسة التعليمية توفير الاحتياجات التعليمية للطلبة من ذوي الاحتياجات الخاصة، سواء طرق الحصول على المراجع والمعلومات، وآلية التقويم وأداء الامتحانات بما يوفر لهم العملية التعليمية بيسر وسهولة دون معوقات.

كذلك تحرص المؤسسة على توفير العاملين المؤهلين في المكتبة، حيث يجب أن يتصف هؤلاء العاملون بالجدارة، وخاصةً ما يتعلق بخبراتهم السابقة ومهاراتهم المتخصصة⁽³⁾.

كذلك على المؤسسة عقد اتفاقات التعاون العلمي مع المؤسسات الأكاديمية والمهنية (محلياً وإقليمياً وعالمياً)، بما يتيح الاستفادة المتبادلة بينها وبين تلك المؤسسات من المكتبات القانونية المتاحة لديهما.

فلاشك أن دخول المؤسسة التعليمية في شراكات واتفاقات لهذا الغرض يمثل رافداً هاماً لها في هذا الخصوص، وحينئذٍ يتعين دعم الارتباط في شراكات متعددة الجوانب

(1) دليل ضمان الجودة والاعتماد للجامعات العربية أعضاء الاتحاد، مرجع سابق، ص18.

(2) دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي، الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد (مصر)، الإصدار الثاني 2009م، ص127.

(3) المرجع السابق، الموضوع نفسه.

تركز على الأولويات والقدرات المحلية من خلال مشروعات تعاونية ومشاركة⁽¹⁾. كما أن الحصول على الدوريات القانونية ذات السمعة العلمية الجيدة يعتبر إضافة رائعة للمكتبة القانونية، وذلك من خلال الاشتراكات أو اتفاقات التعاون العلمي. كذلك الاشتراك في قواعد البيانات الإلكترونية التي توفر التشريعات والأحكام القضائية يعد رافداً هاماً للطلبة والأساتذة على حد سواء، وبالطبع ستكون تلك المواقع الإلكترونية أكثر فائدة إذا شملت ضمن محتوياتها المؤلفات والبحوث القانونية.

ثالثاً: الموارد المالية للمؤسسة:

فتحرص المؤسسة عادة على توفير كافة الموارد المادية اللازمة لخدمة البرامج التعليمية لديها، من قاعات دراسية وشاشات عرض إلكترونية ومكاتب واستراحة لأعضاء هيئة التدريس ومكاتب الإداريين ومختبرات الحاسوب والمحكمة التعليمية وغير ذلك. ويجب تخصيص بنود لهذا الغرض في ميزانية البرنامج، وتدرج تلك المخصصات المالية ارتفاعاً كلما زاد عدد الطلبة وتوسعت أنشطة المؤسسة وبرامجها.

كذلك يجب أن تتوفر مستلزمات الأمان في جميع القاعات الدراسية والمكاتب والمختبرات، وأن تضع المؤسسة نظاماً يواجه المخاطر وتحديات التحسين المستمر، وهذا جزء بالتأكيد من مستلزمات أمن المؤسسة.

كما يجب توفر الموارد المالية التي تغطي كافة الاحتياجات من مستحقات أعضاء هيئة التدريس والموظفين والعمال ومخصصات المكتبة والاحتياجات المكتبية والإدارية وفقاً للوائح المعمول بها في المؤسسة.

وعلى المؤسسة أن تحافظ على إتاحة الوصول للخدمات الصحية والاجتماعية لأعضاء هيئة التدريس والطلبة والموظفين، وأن يتم التعامل مع الاهتمامات الصحية والاجتماعية والسلامة أثناء التخطيط الأولى للمرافق والبرامج الجديدة، والحفاظ على ذلك عند اختيار المرافق وتصميمها وتركيبها⁽²⁾، مع مراعاة أهمية التأمين الصحي لتحقيق ذلك.

(1) المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية لضمان جودة التعليم العالي (ASG-QA)، ص 7.

(2) انظر: معايير الترخيص المؤسسي واعتماد البرامج الإماراتية (2019)، ص 19.

المطلب الثاني البرنامج التعليمي

البرنامج التعليمي يتكون من مجموعة من المقررات الدراسية، يتم تصميمها وإعدادها وفقاً لرؤية المؤسسة التعليمية ورسالتها وأهدافها، وتسهم في تقديم خريج مؤهل للعمل بكفاءة في مجال التخصص⁽¹⁾، ونبين فيما يلي ما يجب أن يكون عليه محتوى هذا البرنامج، ثم آلية تقويم البرنامج.

أولاً: محتوى البرنامج:

يجب بداية بيان اسم البرنامج التعليمي، باعتباره المؤهل الذي سوف يحصل عليه الخريج ويدون في إفادة تخرجه، وأن يتضمن البرنامج المحاور الآتية:

- المخرجات التعليمية:

هي ما يسعى البرنامج لإكسابه للطالب من معرفة ومهارة وقيم ليكون مؤهلاً للممارسة المهنية حال تخرجه، وذلك في ضوء رسالة البرنامج وأهدافه العامة، والتي بدورها يجب أن تكون متسقة مع رسالة المؤسسة التعليمية⁽²⁾، وأن تتواءم المخرجات التعليمية للمقررات وطرق تقويمها مع مخرجات البرنامج⁽³⁾، كل ذلك في إطار من التناغم والتكامل دون غموض أو تناقض، ويجب أن يراعى في وضع المخرجات التعليمية للبرنامج الآتي:

- ✓ أن تناسب مستوى المؤهلات التي تمنحها المؤسسة⁽⁴⁾.
- ✓ أن تلبي متطلبات سوق العمل على اتساعه وتطوره المستمر.
- ✓ أن تكون معبرة عن ارتباط المخرج بالأداء العلمي والعملية للخريج وليس بطموح البرنامج نحو خريجه.
- ✓ أن تكون المخرجات متوازنة، فلا تكون قليلة وموجزة إيجازاً مخللاً، ولا تكون في

(1) هذا المفهوم: جلال عبدالله محمد، أثر وجود معايير الجودة في ضمان تطبيق ادارة الجودة الشاملة...، مرجع سابق، ص13.

(2) انظر: معايير الاعتماد البرامجي السعودية (2018)، ص3.

(3) للمزيد: معايير الترخيص المؤسسي واعتماد البرامج الإماراتية (2019)، ص17.

(4) للمزيد: المصدر السابق، الموضوع نفسه.

الوقت ذاته كثيرة لدرجة التشتت فتكون عائقاً في سبيل تقويمها بصورة فعالة. ✓ أن تكون قابلة للقياس عبر أدوات محددة يمكن تنفيذها بوضوح، سواءً كانت أدوات رئيسة أو مساعدة.

- شروط القبول ومتطلبات التخرج:

على المؤسسة التعليمية أن تحدد شروط القبول بالبرنامج من حملة شهادة الثانوية العامة أو ما يعادلها، بما يدعم التنوع عند القبول مع مراعاة التوازن بين النوعين (الذكور والإناث) والفئات الخاصة كالمعاقين⁽¹⁾، كل ذلك في ضوء الشروط العامة للقبول بالجامعة، وأن يراعى فيها التنوع وتكافؤ الفرص تحقيقاً للعدالة. كذلك يجب أن تبين شروط القبول للطلبة المنتقلين من كلية أخرى بالجامعة أو من جامعات أو مؤسسات تعليمية أخرى، وآلية وشروط معادلة المقررات التي درسها الطالب قبل انتقاله إلى الجامعة.

ويجب بيان قواعد الحضور والغياب، ونسبة الغياب المسموح بها والتي إذا تجاوزها الطالب يحرم من دخول الامتحان النهائي. كما يجب أن تبين المؤسسة بوضوح متطلبات التخرج، من حيث عدد الساعات المعتمدة التي يجب أن يجتازها الطالب، ومعدله التراكمي، والمدة التي ينجز خلالها البرنامج، وغير ذلك.

- فرص العمل المتاحة للخريجين:

على المؤسسة كذلك أن تبين فرص العمل المتاحة للخريجين على اختلاف مجالاتها، وأن تسعى الجامعة لتسويق خريجها لدى جهات العمل المختلفة ومساعدتهم على التخطيط لحياتهم المهنية ورسم أهدافهم الوظيفية بشكل منهجي وإيجاد فرص العمل المناسبة لهم، وأن تعقد لذلك اتفاقيات التعاون مع المؤسسات المهنية المختلفة بهدف التعرف على احتياجات السوق.

كذلك يجب أن تحرص المؤسسة على متابعة خريجها وتحقيق التواصل معهم، وأن تشجع وتدعم رابطة الخريجين لتعزيز العلاقة معهم⁽²⁾.

(1) انظر: المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية لضمان جودة التعليم العالي (ASG-QA)، ص16.

(2) دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي، الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد (مصر)،

- آلية التقويم والامتحانات:

أيضاً يجب بيان آلية تقويم الطلبة، والاختبارات التي يجب أن يجتازها الطالب للنجاح في المقرر، ودرجة النجاح، وكيفية حساب تقديرات المقررات والتقدير النهائي للطالب. ويجب أن يتوافر لدى المؤسسة آليات محددة للتأكد من ضمان جودة الامتحانات من الناحيتين الشكلية والموضوعية، وللتأكد من توافق وربط الامتحانات بمخرجات التعلم المستهدفة، وعلى المؤسسة أن تحرص على تحقيق العدالة في تقويم الطلاب، وأن لديها آليات فعالة لتوثيق نتائج الامتحانات، وأن يتم إعلام الطلاب بنتائج التقويم المختلفة عبر الوسائل المناسبة، وللمؤسسة أن تستخدم نظام الممتحنين الخارجيين، وأن تقوم بتحليل نتائج تقويم الطلاب على المستويات المختلفة والاستفادة منها في تطوير البرامج والمقررات الدراسية، وعليها كذلك أن تضع قواعد موثقة للتعامل مع تظلمات الطلاب من نتائج الامتحان، وتعلنها وتراقب تطبيقها، ثم تقوم المؤسسة بإعداد تقرير عام عن نتائج الامتحانات وعرضه على المجالس المتخصصة⁽¹⁾.

كذلك يجب تشجيع بقاء الطالب وتقديمه ومعالجة ما قد يؤدي إلى تخلفه أو تركه الدراسة⁽²⁾، وذلك وفق آلية تحافظ على جودة الأداء الأكاديمي وجدية العملية التعليمية. لذلك يجب أن يعد بيان بأعداد الطلبة المقبولين والمنسحبين والخارجين، وأن تناقش أسباب التسرب من البرنامج أو التعثر فيه (إن وجدت).

- الخطة الدراسية للبرنامج:

وهي بيان بالمقررات التي يدرسها الطالب خلال مدة دراسته بالبرنامج، وعدد الساعات الدراسية لكل مقرر، وما إذا كان له متطلب سابق يجب على الطالب أن يدرسه أولاً.

وتتضمن الخطة عادة بياناً بعدد الساعات التدريسية وطبيعتها، وعدد المقررات واسم المقرر ورقمه (رمزه)، وطبيعة المقرر من حيث كونه متطلباً إجبارياً أو اختيارياً، وهل هو متطلب للبرنامج أم للكلية أم للجامعة.

←

مرجع سابق، ص 119.

(1) المرجع السابق، ص 126 و 127.

(2) المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية لضمان جودة التعليم العالي (ASG-QA)، ص 16.

فإذا كانت الخطة الدراسية موزعة على الفصول الدراسية للطالب وفقاً لعدد الساعات التي يدرسها في كل فصل دراسي، سميت حينئذٍ بالخطة الإرشادية، باعتبارها ترشد الطالب وتوجهه إلى المقررات التي يسجلها ويدرسها في كل فصل، ويجب أن يراعى في هذا التوزيع التناسب بين عدد الساعات المحددة في كل فصل، وأن يراعى المتطلبات السابقة التي يجب أن يدرسها الطالب بداية كمقدمة علمية ضرورية للمقررات التي يدرسها لاحقاً.

ومن الطبيعي أن تتضمن الخطة أهم المقررات ارتباطاً بسوق العمل وألا تكون بمعزل عن مواكبة التطورات في هذا الخصوص.

- توصيف المقررات الدراسية:

يجب أن يتضمن البرنامج توصيفاً لكل مقرر دراسي، يبين فيه المخرجات المستهدفة من تدريس المقرر، والموضوعات التي يتضمنها، وتوزيعها على الأسابيع الدراسية، وطرق التدريس والتفاعل الطلابي، وآلية التقويم والامتحانات، وبيان الكتاب المقرر، ومصادر التعلم والمراجع الخاصة بالمقرر.

ويجب "مراعاة احتياجات سوق العمل عند تصميم المناهج الدراسية بشكل يضمن استيعاب متغيرات البيئة الخارجية ومتطلبات التحسين المستمر للمنهج الدراسي"⁽¹⁾، لأن خلاف ذلك يؤدي إلى ضعف الأداء المهني للخريج، ويؤدي إلى وجود فجوة بين ما يتعلمه في الجامعة وبين العمل الذي يباشره بعد التخرج، مما يضعف من الثقة والاهتمام بالبرنامج الأكاديمي ويضعف فائدته في خدمة المجتمع، وهو ما يؤثر بلا شك على استمراريته.

ويتطلب ذلك من المؤسسة أن تسعى دائماً إلى تطوير وتحديث البرامج التعليمية التي تقدمها، وأن توفر الإجراءات الموثقة للمراجعة الدورية للبرامج والمقررات، لمواكبة التطور العلمي والتكنولوجي في مجال التخصص وفي طرق التدريس، وأن تواكب متغيرات سوق العمل⁽²⁾.

(1) جلال عبدالله محمد، أثر وجود معايير الجودة في ضمان تطبيق إدارة الجودة الشاملة...، مرجع سابق، ص 13.

(2) دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي (مصر)، مرجع سابق، ص 122 و 123.

ويجب أن يبين في التوصيف النهج التدريسي المتبع في تدريس مقررات البرنامج، ونصيب الجانب التدريبي الذي يعطى للطالب في كل مقرر وكيفية تنفيذه، فالعملية التدريسية النموذجية هي خليط بين الأداء النظري والتدريب العملي (الصفوي) الذي قد يأخذ صورة قضايا للمناقشة أو ورش عمل في مجموعات طلابية أو أنشطة بحثية أو غير ذلك حسب طبيعة كل مقرر ومستواه في الخطة الإرشادية.

ولا نغفل هنا أهمية المصادر والمراجع التي يستعين بها الطالب في المقرر، فيجب أن تبين من قبل أستاذ المقرر، وأن تخضع للتحكيم للتأكد من أنه قد روعي في تقريرها الأصالة والحدثة، وأن يبتعد تماماً عن إعطاء ملخصات موجزة لا تفي بتكوين الملكة القانونية المرجوة لدى الطالب.

ثانياً: تقويم البرنامج (الفاعلية المؤسسية):

إن عملية التقويم بما تشمله من تقويم البرنامج الأكاديمي هدفها هو جودة العملية التعليمية ومخرجاتها التي تسعى إلى رفع كفاءة أعضاء هيئة التدريس وتقويم الطالب من حيث المعارف والمهارات والقيم التي يكتسبها من خلال الدراسة، لذلك فالهدف الأخير والثمرة الأكبر للجودة هي عضو هيئة التدريس والطالب، وهما من يجب التركيز عليهما للارتقاء بهما في أي عمل يتعلق بالجودة، حيث ينعكس ذلك بشكل إيجابي ومباشر على المجتمع، ويقضي ذلك أن يتم تقويم البرنامج الأكاديمي بكل شفافية، وبيان ما تسفر عنه عملية التقويم من نقاط القوة والضعف، ومقترحات التطوير التي يجب اعتمادها وفقاً للإجراءات النافذة في المؤسسة التعليمية المعنية، ثم يتم تنفيذها لتخضع هي الأخرى للتقويم في إطار عملية مستمرة، وهكذا...

وعلى المؤسسة التعليمية ألا تدفعها الخشية من هيئات الاعتماد الأكاديمي إلى إخفاء نقاط الضعف لديها أو أن تقوم بعملية جودة وهمية تضر ولا تنفع، فهيئات الاعتماد الأكاديمي لا يزعجها أن تكون هناك نقاط ضعف في البرنامج الأكاديمي، طالما أن تلك النقاط لها أسباب معروفة وواضحة، ولدى المؤسسة التعليمية الرؤية والإرادة للمعالجة، لكن يزعجها بالتأكيد؛ عدم الشفافية من قبل المؤسسة التعليمية في طرح تلك النقاط أو غياب إرادة المعالجة والتطوير لديها.

ولكي تتم عملية التقويم بشكل منظم وصحيح، لا بد من وجود دليل لضمان الجودة يبين أهدافها وآلية تنفيذها، والوقوف على الأدوات المستخدمة في عملية التقويم، ثم بيان

دور كل من: العمل الجماعي والتقويم الخارجي في تحقق الجودة، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

- دليل ضمان الجودة:

من الضروري وجود آلية واضحة لتقويم كافة جوانب العملية التعليمية في البرنامج الأكاديمي، وهو ما يطلق عليه: (الفاعلية المؤسسية).

وكي تتحقق فاعلية منظومة الجودة لأي برنامج أكاديمي؛ فإنه يجب وضع آلية واضحة لتقويم كافة جوانب العملية التعليمية في البرنامج، بدءاً بإدارة البرنامج وانتهاء بالخريجين، ومروراً بكل من وما له علاقة بالعملية التعليمية، ومن ثم تستخدم المؤسسة نتائج عملية التقويم في تحسين وتطوير برامجها. ولوضوح تلك الآلية ولضمان فاعليتها يجب أن تعد المؤسسة التعليمية دليلاً لضمان الجودة؛ يبين أهدافها والقطاعات المستهدفة، وآلية جمع البيانات والمعلومات وتحليلها، وكيفية الاستفادة منها في تطوير العملية التعليمية.

فمن خلال تقويم مخرجات البرنامج عبر أدوات محددة، وبيان آلية تحليل نتائج هذا التقويم، يمكننا الوصول إلى أوجه القوة والضعف في البرنامج، ومن ثم اقتراح الحلول ووسائل التطوير المناسبة لمعالجة أوجه الضعف وتفاديها مستقبلاً.

وإذا كانت الرؤية والرسالة والأهداف تحمل في غالبية الأحيان أمانتي كل مؤسسة وتأطير مساهمتها في خدمة المجتمع، فإن المخرجات التعليمية لأي برنامج هي الفائدة العلمية والمهنية التي يتوقع أن يخرج بها الطالب من خلال دراسته في البرنامج، ويجب أن تصاغ في نقاط محددة وواضحة وأن تكون قابلة للقياس بأدوات يمكن تنفيذها في الواقع. وأهم الأدوات المستخدمة في تقييم مخرجات البرنامج فيما يأتي.

- أهم الأدوات المستخدمة في تقييم مخرجات البرنامج:

✓ درجة (تقدير) الطالب في المقرر الذي يساهم في تحقيق المخرج، ويقتضي ذلك إعداد جدول (مصنوفة) يتم فيه الربط بين مخرجات البرنامج والمقررات التي يتضمنها، بحيث تكون المقررات في حقل رأسي وتكون المخرجات في حقل أفقي، ويشار عند كل مقرر إلى المخرجات التي يساهم في تحقيقها، بحيث يساهم كل مقرر في تحقيق بعض المخرجات أو جلّها، وفي الوقت ذاته يتحقق كل مخرج بعدد من المقررات قادرة فعلاً على المساهمة في تحقيقه من خلال محتواها العلمي. وحسب المتعارف عليه، يكفي أن يساهم كل مقرر في تحقيق ثلاثة مخرجات على الأقل، وأن يتحقق كل مخرج بمساهمة

ثلاثة مقررات على الأقل.

✓ **تقييم الطلبة**، سواءً لأعضاء هيئة التدريس أو للمقرر الدراسي أو للخدمات المقدمة لهم من المؤسسة، وذلك بغرض الوقوف على مدى استفادة الطالب من العملية التدريسية وعلى جوانب القوة والضعف، ثم يتم تحليل تلك الاستبانات وإعداد تقرير بالنتائج لغرض اتخاذ القرارات التي تخدم العملية التعليمية. كذلك تقييم الطلبة المتوقع تخرجهم للبرنامج بشكل عام، وذلك لقياس مدى استعدادهم للانخراط في سوق العمل بما تلقونه من علوم وتدريب على مدار سنوات دراستهم.

✓ **تقييم الخريجين**، بحيث يبرز الخريج المجالات التي يحتاج فيها إلى مزيد من التعليم أو التدريب، ومن ثم تحديث المناهج الدراسية وبرامج التدريب بما يوفي حاجة الخريج في تلك المجالات.

✓ **تقييم جهات العمل**، حيث تقوم المؤسسة بقياس رضا جهات العمل (المستفيدين) عن أداء خريجها، وإمكانية مقارنة هذه النتائج مع نتائج خريجي جامعات أخرى متقدمة على المستوى الإقليمي والدولي والعالمي، واستخدام هذه النتائج في تحسين العملية التعليمية داخل المؤسسة⁽¹⁾. فالتعرف على احتياجات واقتراحات تلك الجهات في تطوير البرامج التعليمية، بل وإشراكها في عملية التطوير⁽²⁾، يلبي بالتأكيد حاجة سوق العمل من الكوادر المؤهلة علمياً وعملياً.

✓ **تقييم عضو هيئة التدريس للمقرر الذي تولى تدريسه**، فيجب أن يمارس أعضاء هيئة التدريس - كل حسب تخصصه العلمي - دورهم التدريسي والرقابي على مدى تحقق مخرجات المقررات، من واقع تقييمه للمقرر ومدى تغطية مفرداته العلمية، ومدى كفاية الساعات المخصصة له، ومعرفة مواطن القوة والضعف في تدريس المقرر واقتراح آليات التطوير والتحسين وتطوير طرق التدريس، ومتابعة تنفيذها بعد اعتمادها من المرجعيات اللازمة، سواءً على مستوى الكلية أو الجامعة. كذلك تقييم عضو هيئة التدريس للموارد التعليمية والمادية المتاحة ومدى كفايتها.

وفي كل أداة من الأدوات السابقة يجب تحديد مواعيد تنفيذها وآلية التنفيذ، والنسبة

(1) انظر: هنار أمين، الاعتماد المؤسسي والاكاديمي ومعاييرهما، مرجع سابق، ص 330.

(2) معايير الترخيص المؤسسي واعتماد البرامج الإماراتية (2019)، ص 18.

المطلوبة لتحقيق المخرج في كل أداة وطريقة الحصول على تلك النسبة، وما إذا كان تحقق المخرج يقتضي تحقيق تلك النسبة المطلوبة في جميع أدوات القياس أم يكفي بعضها فقط، ومن ثم بيان المعيار العام لتحقيق المخرج من خلال متوسط الإنجاز، بتجميع نسب الأدوات المستخدمة في القياس وتقسيم على عدد الأدوات لمعرفة النسبة العامة لتحقيق المخرج.

وعملية التقييم عملية شاملة ومتكاملة ومستمرة⁽¹⁾، فهي تشمل كل من له صلة بتنفيذ البرنامج من قيادات إدارية وهيئة تدريس وموظفين وطلبة وجهات تدريب وغيرهم.

- دور العمل الجماعي في تحقيق الجودة:

ولتحقيق الجودة الشاملة يجب الاعتماد على العمل الجماعي التعاوني والحرص على استمرارية التحسين والتطوير⁽²⁾، وذلك من خلال فريق عمل لديه الدراية والخبرة الكافية، لذلك يجب أن يخضع أعضاء الفريق (حسب حاجتهم) إلى دورة أو دورات تدريبية مناسبة توضح لهم المفاهيم الأساسية وإجراءات تطبيق العمل⁽³⁾، فالجودة لا تؤدي من خلال عمل فردي، بل "من خلال العمل بروح الفريق وحلقات الجودة التي تحدد معوقات الأداء المتميز والعمل على وضع الحلول المناسبة وتمكينها من إجراء التغييرات التي تقترحها"⁽⁴⁾. ويقتضي ذلك أن يحدد الفريق الوقت اللازم بما يضمن أداء جميع متطلبات عملية تقييم الجودة⁽⁵⁾. وأن يركز الفريق على الحلول والتطوير وليس فقط على رصد المشكلات، وأن يتميز بالشفافية والمصداقية في أداء مهامه، وأن يطور نفسه باستمرار من

(1) انظر: سحر محمد، تصور مقترح لضمان جودة التعليم الجامعي المصري في ضوء مدخل الإدارة الاستراتيجية، مرجع سابق، ص 119. هنار أمين، الاعتماد المؤسسي والاكاديمي ومعاييرهما، مرجع سابق، ص 324.

(2) انظر: هنار أمين، الاعتماد المؤسسي والاكاديمي ومعاييرهما، المرجع السابق، ص 326 وما بعدها. خالد الصرايرة وليلي العساف، إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 10. سحر محمد، تصور مقترح لضمان جودة التعليم الجامعي المصري في ضوء مدخل الإدارة الاستراتيجية، مرجع سابق، ص 124.

(3) دليل ضمان الجودة والاعتماد للجامعات العربية أعضاء الاتحاد، مرجع سابق، ص 20.

(4) خالد الصرايرة وليلي العساف، إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 13.

(5) دليل ضمان الجودة والاعتماد للجامعات العربية أعضاء الاتحاد، مرجع سابق، ص 21.

خلال التقويم الذاتي والتدريب المستمر لمواكبة التطورات في مجال الجودة.

- التقويم الخارجي ودوره في تحقق الجودة:

من أجل ضمان الجودة، إضافة إلى التقويم الذاتي، يجب الاهتمام بالتقويم الخارجي، وذلك من خلال الآتي:

- ✓ الاستعانة بخبراء متميزين من ذوي الكفاءة العلمية المتميزة من خارج الجامعة لتطوير برامجها الأكاديمية.
- ✓ تشكيل مجلس استشاري للبرنامج (أو للكلية بشكل عام) يضم العديد من ذوي الخبرة الأكاديمية والمهنية في المجال القانوني، بما يتيح فرصة التعرف على تقييم المجتمع لمدى جودة المخرجات التعليمية للبرنامج.
- ✓ استطلاع رأي دوري للجهات المهنية المتخصصة بشأن مستوى البرنامج في ضوء مستوى خريجه، وذلك سعياً نحو تلافيف أوجه القصور وتجويد أوجه التميز.

المطلب الثالث

المعايير المرتبطة بأعضاء هيئة التدريس

لكي تتحقق معايير الجودة في جانب أعضاء هيئة التدريس بالمؤسسة التعليمية، يجب أن يتم اختيارهم وفقاً لأسس موضوعية ومعلنة، وأن يتم تنمية مهاراتهم لمواكبة المستجدات المتعاقبة، وأن تنظيم الحقوق والواجبات الخاصة بهم، وأن تتوفر لهم الفرص التحفيزية للمساهمة في خدمة المجتمع، ثم أن يتم تقييم هذا الأداء للوقوف على جوانب القوة والضعف، ومن ثم اقتراح المعالجة والتطوير، والمزيد من التفصيل فيما يأتي:

أولاً: اختيار أعضاء هيئة التدريس:

تحرص المؤسسة التعليمية عادة على تطبيق معايير الجودة في اختيار أعضاء هيئة التدريس والانتقاء الجيد لهم، سواءً من حيث المؤهل العلمي والتخصص الدقيق، فيجب مراعاة التخصص عند الاختيار بحيث تعطى كافة المقررات في البرنامج من أساتذة متخصصين، ويجب كذلك مراعاة الرتبة العلمية والخبرة المهنية والإنتاج العلمي وخدمة المجتمع، بحيث يتم اختيار من هو أكثر نفعاً للمؤسسة، وعليها أيضاً أن تراعى تلك المعايير في المتعاونين للتدريس في البرنامج من خارج الجامعة وفي حدود النسبة

المحددة من الجهات المرجعية.

ويكون ذلك بوضع معايير واضحة ومعلنة، وتوفير بيئة عمل مناسبة لأعضاء هيئة التدريس من خلال توفير الرعاية الصحية والاجتماعية، فضلاً عن تمتعهم بالحرية الأكاديمية⁽¹⁾ التي تفتح لهم باب الإبداع العلمي والمهني. ويجب تحقيق التوازن بين نسب الطلبة إلى أعضاء هيئة التدريس وفقاً للمعدلات العالمية التي تقرها مرجعيات الجودة.

ثانياً: تنمية المهارات:

إن تنمية مهارات أعضاء هيئة التدريس من أهم عوامل الارتقاء بالعملية التعليمية وتحقيق الجودة، وأهم الروافد لذلك دعم البحوث العلمية لأعضاء هيئة التدريس على المستويين المادي والمعنوي، والتشجيع على المشاركة في المؤتمرات العلمية والندوات وورش العمل، وأن يكون ذلك أحد المعايير الرئيسة لتقويم عضو هيئة التدريس في نهاية كل عام دراسي.

كذلك يجب تنمية مهارات أعضاء هيئة التدريس من خلال برامج تدريبية تصقل مهاراتهم وقدراتهم التدريسية، سواءً من خلال مركز متخصص يعنى بهذا الأمر، أو من خلال تقديم الدعم المادي والمعنوي لهم للالتحاق بتلك البرامج، فذلك لاشك ينمي مهاراتهم العلمية والمهنية⁽²⁾.

وفي هذا الخصوص؛ يجب التركيز على التدريب على برامج التعليم الإلكتروني، سيما وقد أظهرت لنا جائحة كورونا أهمية الاستعانة بمنصات التعليم الإلكتروني على مدى عدة فصول دراسية، لذلك يجب تدريب أعضاء هيئة التدريس على كيفية الحفاظ على معايير الجودة في العملية التعليمية عبر المنصات الإلكترونية، خاصة التفاعل مع الطلبة والتدريب والتقويم والامتحانات.

نخلص إلى أن تنمية عضو هيئة التدريس علمياً ومهارياً هي إحدى أهم روافد جودة العملية التعليمية؛ إن لم تكن أهمها على الإطلاق، لذلك "يربط ابن خلدون جودة نظام

(1) سحر محمد، تصور مقترح لضمان جودة التعليم الجامعي المصري في ضوء مدخل الإدارة الاستراتيجية، مرجع سابق، ص 123.

(2) للمزيد: جلال عبدالله محمد، أثر وجود معايير الجودة في ضمان تطبيق ادارة الجودة الشاملة...، مرجع سابق، ص 12 و 14.

التعليم بتكوين الأستاذ، بمعنى تعلم المتعلم يتوقف على جودة التعليم وكفاية الأستاذ، فهما مرتبطان ارتباطاً طردياً نزولاً وصعوداً⁽¹⁾.

فوظيفة المعلم لا تقتصر على نقل المعارف⁽²⁾، بل تمتد إلى الطريقة الاخلاقية التي تساعد الطالب كي تتكون لديه ملكة قانونية يمكنه من خلالها ممارسة العمل القانوني بمهارة وكفاءة، وذلك عبر التدرج في التعليم والتدريب الذي يناسب مستوى الطالب.

ثالثاً: تنظيم الحقوق والواجبات وتحديد المسؤولية:

من الطبيعي أن يكون لدى المؤسسة التعليمية لائحة تنظم حقوق وواجبات أعضاء هيئة التدريس والقواعد التي تنظم العمل الجامعي خاصة تحديد العبء التدريسي.

ويجب تشجيع أعضاء هيئة التدريس من حملة الدكتوراه على التطور العلمي والترقي إلى مراتب علمية أعلى، من خلال وضع قواعد الترقيات وتنسيب الرتب العلمية، وتشرف المؤسسة المعنية على إجراءات الترقية العلمية وفق لائحة معتمدة في هذا الخصوص تراعي الجانبين العلمي والمهني لدى عضو هيئة التدريس.

كذلك يجب تحديد قواعد الانضباط الخاصة بأعضاء هيئة التدريس، متضمنة المخالفات والعقوبات المحددة لها، وآلية التظلم من الإجراءات والقرارات الصادرة في حقهم.

رابعاً: المساهمة في خدمة المجتمع:

يجب أن تحرص المؤسسة التعليمية على تنفيذ البرامج التدريبية المناسبة التي يكون المجتمع (جهات وأفراد) في حاجة إليها، ليس لما لها من مردود مالي على المؤسسة، بل لأنها تساهم بشكل كبير في تكوين الوعي القانوني في المجتمع وتوجيهه توجيهاً سليماً يؤدي بلا شك إلى تحقيق الاستقرار والأمن القانوني في المجتمع. ويكون ذلك من خلال مساهمة أعضاء هيئة التدريس في التعليم المستمر وخدمة المجتمع.

ويجب ألا تقف الجامعات (الحكومية والخاصة) عائقاً أمام عضو هيئة التدريس في

(1) حسين سالم مرجين، جودة التعليم في مقدمة ابن خلدون، بحوث المؤتمر العربي الدولي الخامس لضمان جودة التعليم العالي، جامعة الشارقة (الإمارات) 3-5 مارس 2015م، ص78. حيث يقول ابن خلدون: "وعلى قدر جودة التعليم وملكة المعلم يكون حذق المتعلم في الصناعة وحصول ملكته". الموضوع نفسه.

(2) انظر: المرجع السابق، ص82.

هذا الخصوص، تحت ستار من الإجراءات الروتينية أو التحكم الوظيفي، بل يجب أن تكون دافعاً ومشجعاً له لتنفيذ البرامج التدريبية التي تخدم القطاع المهني وتنمي الوعي القانوني في المجتمع، طالما أن تنفيذ تلك البرامج لا يتعارض مع الأعمال المكلف بها عضو هيئة التدريس في الكلية.

خامساً: تقويم الأداء:

إن متابعة الأداء الأكاديمي لأعضاء هيئة التدريس يعد من أهم متطلبات جودة البرنامج، وذلك من خلال أدوات التقويم المختلفة، سواءً التقويم الذاتي من عضو هيئة التدريس لنفسه، أو من إدارة الكلية ممثلة في القسم العلمي وعمادة الكلية، أو من الطلبة. فبيان نقاط الضعف في الأداء التدريسي والأسباب التي أدت إليه هو مفتاح الحلول نحو تحسين هذا الأداء، مع مراعاة أن ضعف الأداء لا يرجع بالضرورة إلى كفاءة عضو هيئة التدريس، فالعملية التعليمية عملية متكاملة، الخلل في بعض جوانبها يؤثر بلا شك على الجوانب الأخرى بما فيها أداء عضو هيئة التدريس، لذلك من الضروري الوقوف على أسباب ضعف الأداء لدى البعض ومعالجته، سيما إذا كان السبب بعيداً عن الكفاءة المهنية لعضو هيئة التدريس وقدرته على إيصال المعلومة للطالب وتسيير العملية التعليمية بشكل صحيح، فقد يعزى السبب إلى كثرة الأعباء الإدارية الملقاة على عاتقه أو عدم توفر الإمكانيات اللازمة للعملية التعليمية، بما يقتضي معالجة ذلك من قبل إدارة المؤسسة التعليمية.

ويجب أن تراعى الفروق الفردية في تقويم أعضاء هيئة التدريس سواءً على المستويين الإداري والعلمي، وعدم ربط التقويم بمنحى محدد لا يمكن تجاوزه، كأن تكون نسبة الامتياز أو جيد جداً مثلاً لا تتعدى نسبة معينة أو عدداً محدداً من أعضاء هيئة التدريس، فهذا المنحى في حالات كثيرة لا يكون معبراً عن حقيقة المستوى الفعلي، ويؤدي حينئذٍ إلى عدم مصداقية التقويم.

كما يجب بيان آلية تقويم أداء عضو هيئة التدريس، ودور جهات التقويم على مستوى الكلية والجامعة، وضمان موضوعية التقويم وشفافيته، وضرورة مناقشة عضو هيئة التدريس المعني وآلية اعتراضه على التقويم.

كذلك من الأهمية بمكان بيان دور الطالب في تقويم عضو هيئة التدريس، ويجب توعية الطلبة إلى أهمية أداء تقييم عضو هيئة التدريس بصدق وموضوعية، ويجب أخذ هذا

التقييم بمزيد من التدقيق والحذر، لأن بعض تقييمات الطلبة التي تكون إيجابية لعضو هيئة التدريس تنبئ عن خلل في العملية التعليمية والأداء التدريسي لأستاذ المقرر، والعكس صحيح، فمثلاً؛ قد يقيم الطالب الأستاذ تقييماً إيجابياً لأنه متساهل في منح الدرجات أو لأنه حذف جزءاً كبيراً من المقرر أو لأن امتحاناته سهلة ومعلومة مسبقاً، فكل هذه مظاهر سلبية في العملية التدريسية ينبغي التصدي لها ومعالجتها، والعكس صحيح؛ قد يكون تقييم الطالب سلبياً لأستاذ المقرر لأنه يقوم بعكس تلك الأمور، فهذا يعد مظهراً إيجابياً في العملية التدريسية رغم سلبية تقييم الطالب.

المطلب الرابع

المعايير المرتبطة بالطلبة

لكي تتحقق معايير الجودة بالنسبة للطلبة يجب أن تعد المؤسسة التعليمية دليلاً للطلاب، تبين فيه (إضافة للخطة الدراسية والإرشادية وتوصيف المقررات) آلية الإرشاد الأكاديمي وكيفية الاستفادة منه، ووسائل التواصل بين الطلبة والمؤسسة التعليمية، ثم المعايير المتعلقة بالتدريب العملي والأنشطة الطلابية، وبيان قواعد السلوك والانضباط، وأخيراً كيفية مساهمة الطلبة في عملية التقويم، وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: الإرشاد الأكاديمي:

العناية بشؤون الإرشاد الأكاديمي أحد الروافد الهامة لنجاح وكفاءة البرنامج، لذلك يجب تقديم خدمات التوجيه والإرشاد الفاعلة للطلبة⁽¹⁾، بأن توفر المؤسسة دليلاً مطبوعاً للطلاب ويكون متاحاً لجميع الطلاب⁽²⁾، لإعلامهم بكل ما يتعلق بالعملية التعليمية والخدمات غير التعليمية المتاحة التي يمكنهم الاستفادة منها.

ويتم توزيع الإرشاد الأكاديمي للطلبة على أعضاء هيئة التدريس، فيُستمي مرشد أكاديمي لكل مجموعة من الطلبة منذ التحاقهم بالبرنامج، يقوم بالتعرف على الوضع الأكاديمي للطلاب واحتياجاته وميوله، ومراجعة المقررات التي قام باختيارها ومناقشتها مبدئياً قبل بدء عملية التسجيل في كل فصل دراسي، آخذاً بعين الاعتبار السجل الدراسي

(1) انظر: معايير الاعتماد البرامجي السعودية (2018)، ص 8.

(2) دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي، الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد (مصر)، مرجع سابق، ص 118.

للطالب، وذلك لتحديد المقررات وعدد الساعات المناسبة له. وعلى المرشد الأكاديمي أن يحتفظ بملف خاص (ورقي وإلكتروني) لكل طالب⁽¹⁾ يحتوي على: السجل الدراسي للطالب (ويجب أن يحدث بعد نتيجة كل فصل دراسي) والخطة الإرشادية المتضمنة توزيع المقررات على الفصول الدراسية، ويتولى المرشد الأكاديمي متابعة الطالب وخاصة المنذرين منهم إنذارا أكاديميا، لمعرفة مدى تقدمهم الدراسي في المقررات التي تتم إعادتها بشكل خاص وفي التحصيل التراكمي بشكل عام. ويجب أن يتجاوز الإرشاد هذا الدور التقليدي إلى وضع آليات ملائمة للتعرف على الطلبة الموهوبين والمبدعين والمتفوقين من جهة، والطلبة المتعثرين في البرنامج من جهة أخرى، وتوفير برامج مناسبة لرعاية وتحفيز ودعم كل فئة منهم⁽²⁾.

ثانياً: التواصل بين الطلبة وإدارة المؤسسة:

على المؤسسة أن توجد نظام اتصال فعال بينها وبين الطلبة (المستفيدين) يمكن من خلاله تبادل الخبرات والعمل على حل المشاكل التي يواجهونها⁽³⁾، خاصة الجدد منهم. فالطالب يشكل الركيزة الأساسية في منظومة التعليم الجامعي⁽⁴⁾، ويظل هو الطرف الأساسي المعني بتطورات الجودة ومن حقه أن يكون له صوت مسموع في قلب المناقشات الدائرة في هذا الصدد⁽⁵⁾.

فرضا الطلبة (المستفيدين) عن البرنامج بكل مقوماته: التعليمية والإدارية والمادية، أحد أهم معايير نجاحه، إلا أنه يجب توجيه هذا الرضا في الاتجاه الصحيح، فيجب أن يستند على مقدمات موضوعية تنبئ عن جودة العملية التعليمية وليس على تساهل في

(1) انظر: جلال عبدالله محمد، أثر وجود معايير الجودة في ضمان تطبيق ادارة الجودة الشاملة...، مرجع سابق، ص 13.

(2) المصدر السابق، المرجع نفسه.

(3) انظر: هنار أمين، الاعتماد المؤسسي والاكاديمي ومعاييرهما، مرجع سابق، ص 330. المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية لضمان جودة التعليم العالي (ASG-QA)، ص 13. معايير الترخيص المؤسسي واعتماد البرامج الإماراتية (2019)، ص 19.

(4) سحر محمد، تصور مقترح لضمان جودة التعليم الجامعي المصري في ضوء مدخل الإدارة الاستراتيجية، مرجع سابق، ص 122.

(5) المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية لضمان جودة التعليم العالي (ASG-QA)، ص 8.

العملية التعليمية. فإذا كان أحد مقتضيات الجودة التعامل مع الواقع الفعلي، فإن ذلك ليس معناه النزول بمستوى الأداء الأكاديمي، بل يعني الصعود بالطالب من خلال تدريس جدي وتدريب جيد للارتقاء به إلى مستوى علمي ومهني متميزين.

ثالثاً: التدريب العملي:

التدريب لغة هو: تزويد الدارسين بالدراسات العلمية والعملية التي تؤدي إلى رفع درجة المهارة عندهم في أداء الواجبات الوظيفية، والتدريب المهني هو: إعطاء مجمل المعارف النظرية والعملية لاكتساب ممارسة مهنة ما⁽¹⁾.

والمعنى الاصطلاحي يكاد يتطابق مع المعنى اللغوي للكلمة، حيث يمكن تعريف التدريب العملي بأنه: تطبيق ما تلقاه الطالب من مخرجات معرفية ومهارية وقيم أثناء دراسته الجامعية في الممارسة المهنية من خلال خطة تدريبية تهدف إلى دمجها في سوق العمل وإكسابه مهارات العمل الأساسية حسب تخصصه العلمي.

وترجع أهمية التدريب العملي إلى كونه يساهم في إعداد (خريج) مؤهل لحل المشاكل التي تعرض عليه بعد تخرجه، وذلك بتدريبه على مواجهة مشاكل عملية مماثلة وكيفية حلها والتصرف فيها، وبذلك يتمكن الطالب من التكيف بسهولة مع الواقع العملي (الجديد) الذي يعيشه بعد تخرجه.

وكلما كان التدريب ذا جودة عالية وأنه طبق وفقاً لمفهوم إدارة الجودة الشاملة كلما كان مردوده إيجابياً على المتدربين وجهات التدريب من خلال أثره في تحقيق الإبداع⁽²⁾. والتدريب الجيد بحاجة إلى مشرفين واعين بأهمية التدريب لطالب القانون وطبيعته وشموليته، وكيفية تنفيذه ومتابعته، وينطبق ذلك على المشرفين الأكاديميين في المؤسسة التعليمية والمشرفين الميدانيين في جهات التدريب.

ومنح التدريب الميداني أهمية خاصة يزيد من مكانة البرنامج وكفاءته، فهو يمثل - بحق - حقل التجارب بالنسبة لطالب القانون، فالدراسة القانونية تقوم بوجه عام على

(1) أحمد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 732 و 733. وانظر في عرض عدة تعريفات اصطلاحية للتدريب. علاء الناصر ورجاء المالكي، تطبيقات إدارة الجودة الشاملة في عمليات الإعداد والتدريب التربوي، مرجع سابق، ص 100 و 101. إلا أن التعريف الذي أوردناه أعلاه نراه يتميز عن تلك التعريفات بالشمولية والوضوح.

(2) انظر: علاء الناصر ورجاء المالكي، المرجع السابق، ص 102.

الشرح النظري للأحكام والقواعد القانونية في مختلف فروع القانون، لذلك من الضروري صقل هذه المعرفة بالتدريب العملي، ليكون الطالب قادراً على ممارسة العمل القانوني في مختلف المجالات بعد تخرجه⁽¹⁾، وهو ما يقتضي وضع آلية للتدريب العملي تبدأ مع بداية الفصل الدراسي الخامس للطالب، نذكرها تفصيلاً بعد قليل بإذن الله تعالى.

رابعاً: الأنشطة الطلابية:

على المؤسسة التعليمية أن تهتم بتوفير أنشطة للطلاب ذات طبيعة علمية وثقافية ورياضية واجتماعية، تساعد على تنمية مهاراتهم واستغلال طاقاتهم وقدراتهم استغلالاً أفضل في مجالات متنوعة، وتتيح لهم الفرص للتفوق والتميز في المجتمع⁽²⁾، وذلك من خلال إشباع تطلعات ورغبات الطلبة في تلك المجالات وتوجيهها، فصحة الطالب العقلية والبدنية هي الركيزة الأهم لتفوقه وتحصيله الدراسي.

خامساً: قواعد الانضباط والسلوك:

كما يجب وضع لائحة للانضباط، تبين المخالفات والعقوبات المقررة لها، وأن يطلع عليها الطلبة بوضوح وسهولة.

ويجب أن تهدف تلك اللائحة إلى ضبط سلوك الطالب على المستويين: التعليمي والأخلاقي، وأن تراعي التناسب بين المخالفات التي تقع والعقوبات المقررة لها، في إطار سياسة الوقاية خير من العلاج، والتدرج في العقوبة.

سادساً: دور الطلبة في عملية التقويم:

وهنا يجب بيان دور الطلبة في تقويم المقررات الدراسية، وتقويمه لعضو هيئة التدريس القائم بالتدريس، من خلال استبانة توضح مدى استيعاب الطالب للمقرر

(1) "يرى ابن خلدون أنه ليس من المهم معرفة القواعد والقوانين والاصطلاحات في حد ذاتها، وإنما المهم المقدرة على استخداماتها والاستفادة منها علمياً. فقد فرق بين صناعة اللغة التي تكون قواعدها وقوانينها واصطلاحاتها، وبين ملكة اللغة، والشخص الذي يستوعب هذه القواعد والمصطلحات دون أن يطبقها يكون مثل الشخص الذي يتقن صناعة من الصناعات علمياً، ولا يكون له أي دراية بهذه الصناعة عملياً". حسين سالم مرجين، جودة التعليم في مقدمة ابن خلدون، مرجع سابق، ص 81. حيث يقول ابن خلدون: "وعلى قدر جودة التعليم وملكة المعلم يكون حذق المتعلم في الصناعة وحصول ملكته". الموضوع نفسه.

(2) دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي (مصر)، مرجع سابق، ص 118 و 119.

ومفرداته، وتقييمه للكتاب المقرر وإجمالاً للمصادر والمراجع المستخدمة، ومقترحاته للتطوير. بل وصياغة آليات تضمن مشاركة الطلبة في صناعة القرارات وحل المشكلات الطلابية في الجوانب العلمية والاجتماعية⁽¹⁾.

أيضاً يجب بيان آلية تقييم الطالب للإرشاد الأكاديمي، وبيان نقاط الضعف في الإرشاد بشفافية، والتي قد تنبئ عن عدم الاستيعاب الكافي لمهام الإرشاد سواءً من قبل الطلبة أو من بعض المرشدين الأكاديميين، بما يعني عدم توحيد آلية الإرشاد الأكاديمي بالكلية، ومن ثم يجب بيان الأسباب التي أدت إلى ذلك وآلية المعالجة والتحسين. والذي يقيس مدى رضا الطالب عن كل ما سبق ومدى كفايته أن يتم استيفاء استبانات الطلبة التي تعد لقياس مدى رضاهم عن الخدمات المقدمة من المؤسسة التعليمية، وأن يتم تحليل تلك الاستبانات للخروج بتوصيات يمكن من خلالها تطوير الخدمات المقدمة للطلبة.

المطلب الخامس

البحث العلمي وخدمة المجتمع

يجب أن يكون لدى المؤسسة التعليمية آلية لتشجيع أعضاء هيئة التدريس على إنجاز البحوث العلمية في مجالات القانون المختلفة، فضلاً عن البحوث المؤسسية التي تصب في خدمة المؤسسة بشكل خاص والمجال الأكاديمي على وجه العموم. ويجب على المؤسسة التعليمية وضع سياسات وأنظمة لتوفير الموارد اللازمة لهيئة التدريس للقيام بأبحاث ابتكارية ونشر نتائجها، وأن تتبنى معايير لقبول مقترحات البحوث والرسائل الجامعية تتفق واحتياجات التطور الأكاديمي والتنمية المجتمعية، وأن توجد إدارة (أو وحدة) خاصة بالبحوث لمتابعة وتقييم نظام البحث بفاعلية وفي إطار من النزاهة والشفافية⁽²⁾.

ومن الأهمية بمكان أن يضع القسم العلمي - بالتنسيق مع أعضاء هيئة التدريس - خطة

(1) جلال عبدالله محمد، أثر وجود معايير الجودة في ضمان تطبيق إدارة الجودة الشاملة...، مرجع سابق، ص13.

(2) المصدر السابق، ص19. أيضاً: معايير الترخيص المؤسسي واعتماد البرامج الإماراتية (2019)، ص18.

بحث وتأليف ينجزها أعضاء الهيئة التدريسية خلال كل عام دراسي، سعياً منها لتوفير الكتب المنهجية للمقررات الدراسية وإثراء للمكتبة القانونية.

وفي هذا السياق فإن تواصل الكلية مع البيئة الخارجية الأكاديمية والمهنية يزيد بلا شك من كفاءة أعضاء هيئة التدريس ويطور قدراتهم البحثية والمهنية، وذلك من خلال الأنشطة العلمية، سواء المشاركة في المؤتمرات والندوات العلمية، أو الاتفاقات العلمية والثقافية، أو الاستشارات والدراسات القانونية المختلفة، أو تحكيم البحوث للدوريات القانونية والمشاركة في مناقشة الرسائل الجامعية، وأيضاً حركة التأليف والنشر في مختلف الموضوعات القانونية وفي مختلف أوعية النشر المقروءة والمرئية والمسموعة.

فزيادة التعاون الدولي لتسهيل تبادل هيئات التدريس والطلبة هو أحد متطلبات تطوير بيئة شاملة لضمان الجودة في مؤسسات التعليم العالي⁽¹⁾. لذلك يجب أن يكون لدى المؤسسة سياسة وإجراءات موثقة وخطوة واضحة ومعلنة للإيفاد إلى البعثات والمشاركات العلمية ومتابعة نتائجها⁽²⁾.

أيضاً في سبيل تحقيق الجودة في مجال البحث العلمي يتعين الآتي⁽³⁾:

- وجود خطة بحثية للجامعة تتلاءم مع احتياجات المجتمع ومتغيراته ومتطلبات التنمية.

- زيادة أقسام الدراسات العليا التي حققت الريادة العلمية في مجالاتها.

- بناء قاعدة أفضل للبيانات ومعايير وإجراءات تقويم البحوث.

- التوسع في إنشاء المراكز البحثية المتميزة (والمتمخصصة) بالجامعة ودعمها.

- توفير عوامل جذب للعلماء المتميزين على المستويين الدولي والمحلي.

كما أن الاستفادة من نتائج وتوصيات البحوث خاصة في العلوم الإنسانية تكتمل به دون شك منظومة الجودة في مجال البحث العلمي، إلا أن آفة البحوث في البلدان العربية هي إهمال نتائج البحوث وتوصياتها، فالكثير من المؤتمرات والندوات تعقد وعشرات بل

(1) المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية لضمان جودة التعليم العالي (ASG-QA)، ص 8.

(2) انظر: دليل قياس معايير ضمان الجودة لمؤسسات التعليم العالي 2016م (الأردن)، مرجع سابق، ص 80 وما بعدها.

(3) سحر محمد، تصور مقترح لضمان جودة التعليم الجامعي المصري في ضوء مدخل الإدارة الاستراتيجية، مرجع سابق، ص 123 و124.

مئات البحوث تنجز إلا أن مردود ذلك على أرض الواقع يتسم بالضعف الشديد، والسبب واضح جلي، وهو عدم الاستفادة مما تخرج به تلك البحوث من نتائج وتوصيات. لذلك نأمل أن تكون لدى جهات النشر (سواء أكاديمية أو مهنية) لجنة متابعة لتنفيذ توصيات البحوث والمؤلفات والندوات والمؤتمرات، فإذا كان لكافة الندوات والمؤتمرات لجان منظمة، فلتكن لها كذلك لجان متابعة لتنفيذ ما انتهت إليه من توصيات، ونأمل أن يؤدي اهتمام الجهات التنفيذية المختصة- التي تتبنى هذا الاقتراح- إلى الاستفادة من هذا الكم الهائل من البحوث التي بقيت حبيسة الإدراج لسنوات بل لعشرات السنين⁽¹⁾.

كذلك على المؤسسة التعليمية تشجيع مشاركة أعضاء هيئة التدريس والطلبة في خدمة المجتمع من خلال البرامج التدريبية لصقل مهارة المشتغلين بالقانون وزيادة الوعي القانوني لدى الأشخاص. ولتحقيق ذلك يجب العمل على إنشاء مركز متخصص في كل مؤسسة لربطها بالمجتمع، بحيث يكون قادراً على جلب المشروعات البحثية والخدمية لها وربطها بالاحتياجات الحقيقية للمجتمع وإيجاد روافد لتمويلها وتسويق نتائج البحوث⁽²⁾.

-
- (1) الشهابي الشرقاوي، أصول إعداد البحوث القانونية، مرجع سابق، ص 222.
- (2) سحر محمد، تصور مقترح لضمان جودة التعليم الجامعي المصري في ضوء مدخل الإدارة الاستراتيجية، مرجع سابق، ص 124.

المبحث الثاني

تحديات الجودة في التعليم القانوني والحلول المقترحة

تمهيد وتقسيم:

إشكالات الجودة لا تكمن في تبني معايير الجودة باختلاف أدواتها، فالمعايير المعتمدة من هيئات الاعتماد الأكاديمي تكفي لتحقيق الجودة الشاملة في العملية التعليمية، لكن المشكلة تكمن في التطبيق الذي تعوقه أربع مشكلات رئيسة خصصنا لكل منها مطلباً مستقلاً: أولها غياب مفهوم الجودة لدى بعض المؤسسات وحلول مفهوم الأرشفة بدلاً عنه، وثانيها غياب الرقابة الجدية والمستمرة من جهات مراقبة الجودة، وثالثها نبين فيه أهم تحديات الجودة المتعلقة بأعضاء هيئة التدريس، وخصصنا المطلب الرابع لأهم تحديات الجودة المتعلقة بالطلبة، ومع إبراز كل مشكلة والأسباب المؤدية إليها اقترحنا الحلول المناسبة، وذلك حسب التقسيم الآتي:

المطلب الأول: غياب مفهوم الجودة لدى بعض المؤسسات وحلول مفهوم الأرشفة بدلاً

عنه

المطلب الثاني: غياب الرقابة الجدية والمستمرة من جهات مراقبة الجودة

المطلب الثالث: أهم تحديات الجودة المتعلقة بأعضاء هيئة التدريس

المطلب الرابع: أهم تحديات الجودة المتعلقة بالطلبة

المطلب الأول

غياب مفهوم الجودة لدى بعض المؤسسات التعليمية

وحلول مفهوم الأرشفة بدلاً عنه

بعض المؤسسات التعليمية تتعامل مع منظومة الجودة باعتبارها تجميع ملفات وأرشفة للاستبانات والتقارير المختلفة، ويغيب عنها المفهوم الحقيقي للجودة، يغيب عنها أنها عملية متكاملة تبدأ برصد الواقع الفعلي للعملية التعليمية بجميع معاييرها ومحاورها، للوقوف على جوانب القوة والضعف في كل معيار بل في كل أداة من أدوات القياس بوسائلها المختلفة، ومن ثم اقتراح الحلول لمعالجة أوجه الضعف هذه، واعتماد هذه الحلول من المرجعيات المختلفة (في المؤسسة التعليمية) حسب الحاجة، وبعد تطبيق

تلك الحلول يجب أن تستمر عملية التقويم للتأكد من تطبيق تلك الحلول والوقوف على مدى جدواها، وهكذا، في عملية تقويم مستمرة ومتجددة لا تنتهي، لضمان جودة العملية التعليمية وتحقيق مخرجاتها كما ينبغي.

هذا المفهوم بهذه الآلية؛ غائب لدى بعض القائمين على أمر الجودة، ويعتقد أنه بتجميع البيانات والتقارير والاستبانات في ملفات مؤرشفة ومنظمة يكون قد حقق الجودة المطلوبة، وما يزيد الأمر سوءاً أن تكون تلك التجميعات غير معبرة تعبيراً حقيقياً عن البرنامج المراد تقويمه، إذ يبدأ العمل في ملف الجودة قبل وقت تقديمه للاعتماد بأسابيع أو بضع شهور، يجمع خلالها التقارير والاستبانات التي يحتاجها عن سنة دراسية كاملة من خلال عملية استيفاء وهمية تضر ولا تنفع. ولا أبالغ إذا قلنا: إننا لو تتبعنا غالبية البرامج القانونية المطروحة لوجدنا كمّاً من الملفات والمستندات ينبئ عن منظومة جودة مبهرة، إلاّ أنها ليس لها نصيب من الحقيقة، ولا أدلّ على ذلك من تدني مستوى الخريجين (عن ذي قبل) في غالبية الجامعات إن لم يكن في جميعها.

والحقيقة أن غياب مفهوم الجودة بهذه الصورة يكشف عن غيابها أيضاً في مرحلة طرح البرنامج بداية، وهذا يفسر ما نلاحظه من تشابه (بل تطابق أحياناً) معظم البرامج الدراسية القانونية في معظم المؤسسات التعليمية في عرض تقليدي لا يلبي حاجة المجتمع وتطوره التكنولوجي المتسارع⁽¹⁾. ومن يتتبع خطط برامج القانون يجد غالبيتها يفتقد مقررات تتناول الأبعاد القانونية للعقود الذكية والذكاء الاصطناعي والفضاء الخارجي والاتصالات وغيرها من الموضوعات التي تتجاوز الدراسات القانونية في غالبية الجامعات.

ولاشك أن البحث في سبب غياب هذا المفهوم لدى البعض، سواءً على مستوى المؤسسات أو لدى القائمين على عملية الجودة، يسهم إلى حد كبير في علاج المشكلة.

وفي رأينا أن هذه الإشكالية ترجع إلى الأسباب الآتية:

السبب الأول: عدم وضوح مفهوم الجودة ومعاييرها وأهميتها لدى البعض، فالاتجاه السلبي لبعض الموظفين في المؤسسة نحو مفهوم إدارة الجودة الشاملة وعدم معرفتهم

(1) انظر هذا المعنى: خالد الصرايرة وليلى العساف، إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص5.

الكافية بهذا المفهوم يعد أحد معوقات إدارة الجودة الشاملة فيها⁽¹⁾، وهنا يأتي العلاج من القائمين على أمر الجودة في المؤسسة التعليمية، ببيان مفهوم الجودة وأهميتها بوضوح وبساطة دون تعقيدات في استخدام المصطلحات أو آلية التنفيذ، وأن هذه المنظومة بتكاتف الجميع وتعاونهم وتوزيع الأعباء تصبح سهلة على كل من يعمل فيها، وذلك عبر ورش عمل تعقد لهذا الغرض.

ولعلّ الحفاظ على قدر من الثبات والاستقرار للكوادر التعليمية يساعد على حسن استيعاب مفاهيم الجودة وآلية عملها، فالجودة الشاملة تكون في أتم نجاحها عندما يكون هنالك استقرار في الكوادر التعليمية⁽²⁾ المؤهلة والقادرة على القيام بمهامها.

السبب الثاني: عدم رغبة بعض العاملين في المؤسسة بالعمل في الجودة، وقد يكون ذلك لغيب حقيقة مفهوم الجودة لديهم أو لأعباء أخرى على عاتقهم أو تهاوناً منهم. وعلاج ذلك يكون من خلال:

- ترسيخ ثقافة الجودة لديهم باعتبارها خلقاً ومنهجاً دينياً⁽³⁾ قبل أن تكون متطلباً تعليمياً، لقوله صلى الله عليه وسلم "إن الله يحبُّ إذا عمل أحدكم عملاً أن يتقنه"⁽⁴⁾.

- وضع نظام تحفيزي مادي ومعنوي للعاملين في الجودة لترغيب الجميع في المساهمة فيها، وليكون عوضاً مقبولاً عن جهودهم لإنجازها.

السبب الثالث: عدم قناعة المؤسسة التي تخضع للتقويم بجدوى التقويم وأثره، وعلاج ذلك أن تكون المؤسسة التعليمية والقائمين عليها على يقين تام لا يتزعزع بأن هيئة الاعتماد الأكاديمي بما تفرضه من معايير هي أكبر داعم لنجاح البرنامج وتحقيق رسالته وأهدافه.

السبب الرابع: إحساس البعض بأنه في حالة تطبيق معايير الجودة سوف يسلبهم الاستقلالية التي يتمتعون بها في العملية التعليمية، أو أنه يصعب عليهم التوفيق بين ما

(1) عطا الله بن فهد السرحان، أثر تطبيق معايير الجودة والاعتماد الأكاديمي على تسويق مخرجات التعليم في الجامعات السعودية، مرجع سابق، ص 9.

(2) سليمة سوادى زغير، العوامل المؤثرة على تحقيق الجودة الشاملة ومعالجاتها، مرجع سابق، ص 2167.

(3) المرجع السابق، ص 2170.

(4) سبق تخريجه. وانظر كذلك المرجع السابق، الموضوع نفسه.

يتمتعون به من صلاحيات ومسؤوليات وبين ما تقتضيه إدارة الجودة من رقابة ومتابعة⁽¹⁾.
 السبب الخامس: تعقيد بعض جوانب عملية التقويم، إرهاب المؤسسة التعليمية وعضو هيئة التدريس إرهاباً غير مبرر بعملية التقويم ومتطلبات الجودة قد يؤدي إلى النفور من تنفيذها أو تنفيذها بسطحية، وهو أمر لا يخدم العملية التعليمية بكل تأكيد. فغالبية نماذج التقويم المستخدمة تفتقر أحياناً للموضوعية ويعيبها التكرار في بعض محتوياتها، بل إن المطلع عليها يلاحظ من أول قراءة أنها عبارة عن نماذج مترجمة من جامعات أجنبية مع بعض التصرف، هذا يجعل تلك النماذج منفصلة أحياناً عن الواقع التعليمي في جامعاتنا، وبالتالي لن يكون استخدامها مفيداً ولا معبراً.
 وعلاج هذه المشكلة يكمن في توصيات المؤتمر الثامن لوزراء التعليم العالي والبحث العلمي في الوطن العربي في القاهرة عام 2001م، والذي أوصى بضرورة وضع معايير عربية للجودة والامتياز الأكاديمي، وإنشاء نظام عربي لتقويم الأداء وضمان الجودة، وتبعه المؤتمر التربوي الرابع في بيروت 2004 وأوصى بتحديد معايير وطنية لبرامج التقويم وضمان جودة التعليم⁽²⁾. إلا أن تلك التوصيات وغيرها - كعادة توصيات غالبية المؤتمرات العربية - لم تتجاوز الإدراج التي وضعت فيها، فجاءت العديد من نماذج الجودة وأدواتها مترجمة من منظومة تعليمية غربية لها أساسها ومحدداتها لديهم منذ البداية، جاءت لتطبق على بيئة تعليمية عربية مختلفة عنها إلى حد كبير، فهذا لاشك ينتج في النهاية مسخاً لا هوية له، فلا يحقق جودة ولا يترك القائمين عليها لإنجاز مهامهم الأخرى، وهذا في الحقيقة جزء من تبعية ثقافية غير محمود⁽³⁾.

- (1) عطا الله بن فهد السرحان، أثر تطبيق معايير الجودة والاعتماد الأكاديمي على تسويق مخرجات التعليم في الجامعات السعودية، مرجع سابق، ص 9 مشيراً إلى: عمر عقيلي، المنهجية المتكاملة لإدارة الجودة الشاملة، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2001 ص 78.
- (2) أشار إليهما: خالد الصرايرة ولىلى العساف، إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 7.
- (3) وأزيد على تلك التوصيات؛ ضرورة إنشاء نظام عربي لتصنيف الجامعات، وتصنيف الدورات العلمية المحكمة، يقوم على الموضوعية والشفافية، بدلاً عن التصنيفات المستوردة التي تخدم الثقافة الغربية أكثر من أن تخدم الثقافة العربية والباحث العربي.

(3) مثل ذلك، كمثل باحث عربي ينشر بحثاً بلغة أجنبية سواء في مجلة أجنبية أو عربية؛ هذا البحث ←

إن الإيمان والافتناع من جانب الإدارة العليا بأهمية الجودة من أهم متطلبات نجاحها⁽¹⁾، فهما يقودان المؤسسة التعليمية إلى العمل بجدية لتحقيق الجودة الشاملة القائمة على الشفافية والمصداقية. فكل ما تطلبه هيئات الاعتماد البرامجي أثناء عملها هو المصداقية والشفافية في التعامل بعرض المشكلات الحقيقية التي تعترض البرنامج وليس تصوير الأمر على أن عرض المشكلة يعد قدحاً في الكلية أو الجامعة التي تطرح البرنامج.

←

يخدم من؟ هل يخدم القارئ العربي أم الأجنبي، وهل يخدم الثقافة القانونية العربية أم الأجنبية؟ هل الجامعة التي تشترط لترقية أحد منتسبيها أن يكون لديه أبحاث بلغة أجنبية؛ أو منشورة في قاعدة البيانات (ISI) أو أن تمنحه أفضلية من حيث عدد البحوث المطلوبة؛ هل تخدم بذلك الثقافة القانونية العربية أم الأجنبية؟

لا أعتقد أن الارتقاء المنشود بمستوى التعليم القانوني العربي يخدمه بحث أعد بلغة أجنبية من باحث عربي في قانون عربي، فإذا قرأه القارئ العربي لن يكون فهمه متقناً وإن كان يجيد القراءة بتلك اللغة، ولا أن يدرس مقرر قانوني عربي بلغة أجنبية، وهو صادر فيه تشريع باللغة العربية وأحكام القضاء ذات العلاقة باللغة العربية، ولا أن يعقد مؤتمر علمي أو ندوة بلغة أجنبية في بلد عربي لمناقشة موضوع قانوني عربي، ومن الفكاهة المحزنة أن يصاحب المؤتمر ترجمة عربية، والشيء بالشيء يذكر؛ ولا أن يتحدث في اجتماع في مجلس قسم أو كلية أو جامعة بلغة أجنبية من شخص عربي والحضور جميعاً عرب لمجرد أنه درس الماجستير أو الدكتوراه في بلد أجنبي.

في رأيي أن هذه الممارسات لا تخدم الثقافة القانونية العربية، بل الذي يخدمها هو تسخير ما تلقاه الشخص من علوم في الغرب لخدمة مجتمعه العربي بلغته لا بلغة غيره، وهذا ما قام به فقهاؤنا الأجلاء الذين درسوا في الدول الأجنبية وأثروا المكتبة القانونية العربية بفكر قانوني عربي أصيل رغم تعلمهم بلغة أجنبية، وهو ما نرجو أن يكون أيضاً في مجال الجودة، وليس مجرد ترجمة لنماذج أو آليات لا تناسب البيئة التعليمية العربية، فالمجتمعات لا تتقدم بغير لغتها، وتقدم أوروبا خير شاهد على ذلك، فلم يكن إلا بحركة ترجمة كبيرة وشاملة لمختلف العلوم.

ويلحق بهذا ما يسمى "الاعتماد الدولي" الذي تلهث وراءه بعض المؤسسات الأكاديمية للحصول على تصنيف متقدم ليس له أي انعكاس على أداء العملية التعليمية بتلك المؤسسة، فهناك مؤسسات تعليمية حصلت على الاعتماد الدولي بالآلية نفسها والإجراءات التي حصلت بها على الاعتماد المحلي، دون أن ينعكس ذلك على أي إضافة حقيقية على العملية التعليمية (التي تحتاج إلى العديد من الإضافات والتحسينات).

(1) انظر: خالد الصرايرة وليلى العساف، إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 12 مشيراً إلى: فيليب كروسبي (Philip Crosby).

إن رسوخ هذه الثقافة لدى القائمين على الجودة كفيل بتحقيق أهدافها كاملة، لأن هيئات الاعتماد في هذه الحالة تكون ظهيراً قوياً أمام بعض أصحاب رؤوس الأموال الذين يديرون مؤسساتهم التعليمية بمفهوم تجاري بحت. أما غياب هذه القناعة فيؤدي بالتبعية إلى عدم الجدية وغياب الشفافية والمصدقية أثناء عملية التقييم، ويظهر ذلك في صياغة المخرجات وفي إعداد مصفوفة المخرجات والمقررات ومصفوفة المخرجات وأدوات التقييم بشكل عشوائي وغير معبر عن رابط منطقي بين المخرج والمقرر وبين المخرج وأداة التقييم. ويؤدي غياب هذه القناعة أيضاً إلى ضعف الاستفادة من نتائج التقييم في تطوير العملية التعليمية، لأن من لم يقتنع بعملية الجودة من أساسها لن يقتنع بنتائجها التي تبدو له حينئذ بأنها نتائج غير صادقة.

المطلب الثاني

غياب الرقابة الجدية والمستمرة من جهات مراقبة الجودة

هيئات الاعتماد الأكاديمي هي عادة التي يناط بها مراقبة جودة البرامج التعليمية. والاعتماد باعتباره مجموعة من الإجراءات والعمليات التي تقوم بها هيئة الاعتماد للتأكد من أن المؤسسة قد تحققت فيها شروط ومواصفات الجودة المعتمدة لدى مؤسسات التقييم، وأن برامجها تتوافق مع المعايير المعتمدة، وأن لديها أنظمة قائمة لضمان الجودة والتحسين المستمر لأنشطتها الأكاديمية وفقاً للضوابط المعلنة، باعتباره كذلك؛ فقد يتعلق بالمؤسسة التعليمية للتأكد من قدرتها على إدارة العملية التعليمية بنجاح فيسمى "الاعتماد المؤسسي"، وقد يتعلق بالبرنامج التعليمي المطروح للتأكد من تناسبه ومستوى الشهادة الممنوحة بما يتفق والمعايير العالمية فيسمى "الاعتماد البرامجي"، ويمنح كل منهما لمدة زمنية محددة يجدد بعدها إذا ظل مستوفياً للمعايير المعتمدة⁽¹⁾.

وهذا يقتضي المتابعة المستمرة من جهات الاعتماد الأكاديمي للاعتمادات التي تمنحها للمؤسسات والبرامج التعليمية، إلا أن بعضها لا يؤدي دوره في الرقابة كما ينبغي، فبين فترات الاعتماد والتي تقدر عادة بمدة الدراسة في البرنامج، لا تجد زيارة واحدة

(1) انظر: دليل ضمان الجودة والاعتماد للجامعات العربية أعضاء الاتحاد، مرجع سابق، ص 10 و 11.

جدية أو طلب تقارير معينة للوقوف على سير ومدى تحقق معايير الجودة في البرنامج الأكاديمي، بل فقط مخاطبات متبادلة لا تؤدي الغرض الحقيقي للرقابة والمتابعة.

وهذا يؤدي إلى النتيجة التي ذكرناها قبل قليل، من حيث أن يصبح العمل في الجودة عملاً مؤقتاً يسبق زيارة هيئات الاعتماد الأكاديمي بأسابيع أو بشهور قليلة على أقصى تقدير، أو أن يصبح عملاً ورقياً فقط أقرب للأرشفة منه إلى الجودة، وبالطبع لا يؤدي ذلك أن تصبح الجودة عملاً مؤسسياً مستمراً.

ليس معنى ذلك أننا نقول بأن تكون هناك زيارات دورية ومستمرة وقرية من جهات الاعتماد الأكاديمي لمؤسسات التعليم العالي، فهذا بلا شك تكليف لكل من الطرفين (هيئة الاعتماد من جانب والمؤسسة التعليمية من جانب آخر) بما لا يطيقان تنفيذه، لكن يمكن استمرار تلك المتابعة خلال الزيارات البينية المجدولة عبر عدة إجراءات، منها على سبيل المثال:

- أن ترسل نسخة من تقارير الجودة الفصلية (أو السنوية) إلى جهات الاعتماد الأكاديمي، للاطلاع عليها والوقوف على كيفية سير عملية التقييم ومدى مصداقية الأدوات المستخدمة فيه، وللمن يقوم بالمراجعة زيارة المؤسسة التعليمية للاطلاع على أي من المستندات والوثائق التي أعد التقرير بناءً عليها، أو طلب أي استفسار أو توضيح من المؤسسة التعليمية بشأن تلك التقارير.

وهذا بلا شك يقتضي وجود فريق من المراجعين لدى جهات الاعتماد، ليس بالضرورة أن يكونوا من العاملين فيها، بل يمكن أن يكونوا من الخبراء المتعاونين معها.

- أن تكون هناك زيارات سنوية قصيرة من بعض المراجعين للاطلاع على سير عملية الجودة بالمؤسسة والإشكالات التي تواجهها، ليساعد المؤسسة في حلها، في إطار من التعاون البناء بين الجانبين.

وأن يكون دور هؤلاء المراجعين الاطمئنان على سير منظومة الجودة بشكل عام في المؤسسة التعليمية وعدم وجود عوائق أمامها، والاستماع إلى ما تود المؤسسة طرحه من استفسارات ومقترحات.

- أن تكون هناك مراسلات متبادلة (تقليدية أو إلكترونية) بين المؤسسة التعليمية والهيئة، من خلال المشرف على البرنامج والمراجع المسمى من جهة الاعتماد، لعرض أي استفسارات أو متابعات تتعلق بالجودة، وذلك حتى تستمر عملية الجودة دون معوقات.

وتقتضي تلك الرقابة من جانب آخر، تفهم هيئات الاعتماد الأكاديمي لدورها وهدفها الأساس، وهو تجويد عملية التعليم القانوني بكافة عناصرها، لذلك ليس من الجيد تسلط تلك الهيئات بصورة مجحفة على المؤسسات التعليمية من خلال إجراءات متشددة أو عقابية مع أول تقصير أو مخالفة، بل لا بد أن يكون هناك تدرج في الإجراءات المتخذة والعقوبات، بهدف التركيز على إصلاح المؤسسة التعليمية لا محوها.

وفي رأينا أن أول ما يجب التركيز عليه في هذا الخصوص هو الفصل بين ملكية المؤسسة التعليمية وبين إدارتها، فلا يجوز أن يتولى إدارة المؤسسة التعليمية مالكةا أو زوجه أو أبنائه، فالواقع العملي يشهد بأن مالك المؤسسة التعليمية (الخاصة) ينظر إليها كمشروع ربحي استثماري وإن أعلن غير ذلك، بل وإن نص نظام المؤسسة على عكس ذلك، ومعظم مؤسسات التعليم الجامعي الخاصة تعاني من مثل هذه الإدارة التي تعطي الأولوية غالباً للجانب المالي على حساب الجانب التعليمي، ومنع ذلك يكون- فيما نرى- بالحيلولة دون تولي مالك المؤسسة لإدارتها، وأن يعين مدير المؤسسة بموافقة الجهات المشرفة عليها من الناحية التعليمية حتى إن كان بترشيح من جانب المؤسسة، وأن تمنح له الضمانات الكافية لممارسة عمله بحرية، بعيداً عن ضغوط مالك المؤسسة وتوجيهاته غير العادلة التي يمكن أن تحول دون تحقيق الجودة في العملية التعليمية.

المطلب الثالث

أهم تحديات الجودة المتعلقة بأعضاء هيئة التدريس

نستعرض فيما يلي ويبيجاز بعضاً من تحديات الجودة المتعلقة بأعضاء هيئة التدريس: أولاً: غياب الشفافية ومعيار الكفاءة عند اختيار أعضاء هيئة التدريس: إن أقسى ما تصاب به عملية الجودة في بدايتها هو سوء اختيار أعضاء هيئة التدريس، سواء المعينين بشكل دائم في المؤسسة التعليمية أو المتعاونين معها من خارجها، فإذا كان تعيين أو تكليف أي منهم يستند إلى معايير أخرى غير التخصص المطلوب والكفاءة العلمية والخلقية، فإن ذلك يؤثر بلا شك على جودة الأداء التعليمي المقدم إلى الطلبة، ففاقد الشيء لا يعطيه.

ويصحب ذلك عادة عدم الالتزام بالتخصص العلمي في توزيع المقررات الدراسية على أعضاء هيئة التدريس، وهذا بالطبع يؤدي إلى ضعف المخرجات التعليمية في المقرر

الذي يتولى تدريسه عضو هيئة التدريس غير المتخصص، والمسؤولية الأكبر في هذا الخصوص تقع على القسم العلمي المختص، ولا يعذر في هذا الحالة لقلة عدد أعضاء هيئة التدريس المعينين في التخصص المطلوب، لأنه يمكنه الاستعانة بمتعاونين من خارج المؤسسة التعليمية ممن هم في التخصص العلمي الدقيق.

كذلك يغيب معيار الكفاءة في هذا الخصوص عند تكليف من هم دون الدكتوراه بتدريس المقررات الدراسية، وهذه إشكالية تعاني منها العديد من المؤسسات الجامعية الحكومية والخاصة، حيث تسمح لوائحها بأن يدرس مقررات القانون لل بكالوريوس حملة الماجستير ممن هم دون الدكتوراه، وهو في الحقيقة قصور يجب تداركه، هذا القصور من ناحيتين:

الناحية الأولى: أن القائم بالتدريس لم يتخصص بعد التخصص العلمي الدقيق الذي يسمح له بالتدريس، فمن المعلوم أن الماجستير في القانون يكون بالحصول على دبلومتين دراسيتين أو بدراسة مع رسالة، وكلا النظامين لا يؤهل الدارس التأهيل الكافي للتخصص الدقيق.

الناحية الثانية: أن انشغال حامل الماجستير بالتدريس يؤخر استكمال له للدكتوراه لسنوات، بل إن منهم من اكتفى بالماجستير ولم يستكمل دراسته العليا مكتفياً بانشغاله بالتدريس، ولو أردنا؛ فإحصائية بسيطة في بعض الجامعات تكشف لنا حقيقة ذلك.

ثانياً: غياب معايير الجودة عن الامتحانات والتقويم عند البعض:

يجب على عضو هيئة التدريس أن يحرص على تطبيق معايير الجودة على امتحانات الطلبة وطرق التقويم بشكل عام، بأن تغطي الامتحانات محتوى المقرر بصورة متوازنة، وأن تقيس مخرجات المقرر المحددة سلفاً على المستويين النظري والتطبيقي، أي سواء المخرجات المعرفية أو المهارات أو القيم، وأن يقيس التقويم مستويات الطلبة على اختلافها، وأن يراعي دقة الاستخدام اللغوي والاصطلاحي، وأن تتناسب والوقت المخصص للإجابة.

هذا الحد الأدنى من المعايير الذي يجب أن يتوفر في الامتحان، نلاحظ غياباً له عند البعض، لدرجة أن بعض الامتحانات تتضمن أسئلة (صح أو خطأ) دون طلب التعليل، أو ملء الفراغات بالكلمات المناسبة، ومثل هذه الأسئلة في رأينا لا تحقق الجودة في التعليم القانوني، الذي يهدف إلى تكوين ملكة قانونية لدى الطالب يستطيع من خلالها قراءة

الوقائع التي أمامه وفهمها فهما جيداً يقوده إلى وضع الحلول القانونية الصحيحة لها، لذلك يجب على القسم العلمي تنمية مهارة منتسبيه من أعضاء هيئة التدريس على وضع الامتحانات ومعاييرها من خلال دورات تدريبية وورش عمل ونحو ذلك.

ثالثاً: ضعف الإنتاج العلمي لأعضاء هيئة التدريس:

أدى ضعف الإنفاق على البحث العلمي في الدول العربية إلى هجرة كثير من العقول إلى الدول الأجنبية التي تولي البحث أهمية أكبر ومخصصات إنفاق أكثر. وقد أوضحت بعض الدراسات أن السبب في ذلك (ضمن جملة أسباب تحول دون تطبيق معايير الجودة الشاملة في الجامعة محل الدراسة) يرجع إلى: قلة الاهتمام بتنظيم المؤتمرات العلمية بصفة دورية، وغياب خريطة بحثية محددة للبحث العلمي على مستوى التخصص، وعدم توفر وسائل البحث العلمي، وعدم تشجيع البحوث المشتركة مع مراكز أبحاث عالمية وإقليمية⁽¹⁾.

لذلك لا بد أن تهتم الدول العربية بإنتاج المعرفة بدلاً من نقلها⁽²⁾، وتخصيص ميزانية أكبر للبحث العلمي، ولو أن مخصصات الابتعاث إلى دول أجنبية أنفقت في الداخل لدعم البحث العلمي لكان حال البحث العلمي على المستوى العربي أفضل بكثير. إن تقدم الأمم يقاس بمدى تقدمها في مجال البحث العلمي، لذلك نجد الدول المتقدمة ترصد من ميزانيتها نسبة جيدة لتمويل البحث العلمي.

فوفقاً لمؤشر 2020 الصادر عن البنك الدولي: ترصد كوريا الجنوبية للبحث العلمي 4.81% من إجمالي الناتج المحلي، والسويد 3.53%، وبلجيكا 3.48%، والولايات المتحدة الأمريكية 3.45%، واليابان 3.26%، والنمسا 3.20%، وألمانيا 3.14%، والدانمارك 2.96%، وفنلندا 2.94%، وأيسلندا 472%، والصين 2.40%، وفرنسا 2.35%، وهولندا 2.29%، والنرويج 2.28%، وسلوفينيا 2.15%، وسويسرا 3.15% وفقاً لمؤشر 2019.

بينما في الدولة غير المتقدمة نجد نسبة تمويل البحث العلمي متدنية للغاية، ومنها معظم

(1) نعمان النجار وعارف عباس وعبد العاصمي، معوقات تطبيق معايير الجودة التعليمية الشاملة في جامعة العلوم والتكنولوجيا اليمنية من وجهة نظر أعضاء هيئة التدريس، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد الثامن، العدد (21) 2015م، ص 24.

(2) مصطفى الطيب، ضمان جودة البحث العلمي في الوطن العربي، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد السادس، العدد (13) 2013م، ص 110.

الدول العربية، فنسبة تمويل البحث العلمي لا تتخطى حاجز 1٪ سوى في الإمارات العربية المتحدة، بينما هي دون ذلك في بقية الدول العربية، فوفقاً لمؤشر 2020م: ترصد الإمارات للبحث العلمي 1.45٪ من إجمالي الناتج المحلي، ومصر 0.96٪، والمملكة العربية السعودية 0.52٪، وسلطنة عمان 0.37٪، والكويت 0.19٪، والعراق 0.04٪، وتونس 0.75٪ وفقاً لمؤشر 2019م، وقطر 0.53٪ وفقاً لمؤشر 2018، والجزائر 0.53٪ وفقاً لمؤشر 2017، والأردن 0.70٪ وتشاد 0.30٪ وفقاً لمؤشر 2016م، والبحرين 0.10٪ وفقاً لمؤشر 2014، والمغرب 0.710٪ وفقاً لمؤشر 2010⁽¹⁾.

ونتيجة عن ضعف تمويل البحث العلمي في الدول العربية، أن عدد الباحثين في الدول المتقدمة يبلغ أضعاف العدد الموجود في عالمنا العربي، فحسب مؤشر 2020م الصادر عن البنك الدولي: يبلغ عدد الباحثين لكل مليون شخص؛ في كوريا الجنوبية 8714، وفي الدانمارك 8692، وفي السويد 7930، وفي بلجيكا 7930، وفي فنلندا 7527، وفي النرويج 6699، وفي هولندا 5912، وفي النمسا 5751، وفي سويسرا 5552، وفي اليابان 5455، وفي ألمانيا 5393، وفي سلوفينيا 4932، وفي فرنسا 4926، وفي الولايات المتحدة 4821 وفقاً لمؤشر 2019م، وفي أيسلندا 6088 وفقاً لمؤشر 2018م.

بينما في الدول العربية بلغ عدد الباحثين لكل مليون شخص حسب مؤشر 2020م: في الإمارات العربية المتحدة 2443، وفي تونس 1660، وفي مصر 838، وفي المملكة العربية السعودية 453، وفي سلطنة عمان 335، وفي الكويت 174، وفي العراق 141، وفي قطر 577 وفقاً لمؤشر 2018، وفي الجزائر 819 وفقاً لمؤشر 2017، وفي الأردن 596 وفقاً لمؤشر 2017م، وفي المغرب 1074 وفقاً لمؤشر 2016م، وفي البحرين 369 وفقاً لمؤشر 2014م⁽²⁾.

وقد انعكس ذلك بالطبع على حجم الابتكار في الدول العربية، ففي مؤشر الابتكار العالمي لسنة 2021م الصادر عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO): احتلت الإمارات المركز 33 وهي الأولى بين الدول العربية، تليها المملكة العربية السعودية في المرتبة 66، ثم قطر في المرتبة 68، وتونس في المرتبة 71، ثم الكويت في المرتبة 72، تليها

(1) قائمة الدول حسب الإنفاق على البحث والتطوير، البنك الدولي، تاريخ الاقتباس 2022/7/22.
<https://data.albankaldawli.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>

(2) إحصائية الباحثين العاملين في مجال البحث والتطوير (لكل مليون شخص)، البنك الدولي، تاريخ الاقتباس 2022/7/22م.

<https://data.albankaldawli.org/indicator/SP.POP.SCIE.RD.P6>

عمان في المرتبة 76، ثم المغرب والبحرين على التوالي في المرتبتين 77 و78، ثم الأردن في المرتبة 81، ثم لبنان في المرتبة 92، فمصر في المرتبة 94، ثم الجزائر في المرتبة 120، واليمن في المرتبة 131⁽¹⁾.

فإذا ما قارنا عدد البحوث الابتكارية في الدول المتقدمة نجد أميركا لديها ما يتجاوز 80 ألف بحث في العام، واليابان 35 ألف بحث في العام، وكل من الصين وألمانيا 10 آلاف بحث ابتكاري، في حين تتراوح الأبحاث الابتكارية في العالم العربي ما بين 100 و150 بحثاً، ناهيك عن نوعية هذه البحوث، لا بد أن نعترف بأن هناك أزمة وتخبطاً وعدم وضوح وعدم تحديد للأهداف، نحن لا ننكر أن لدينا علماء وباحثين لكن ليس لدينا مجتمعات علمية، نفتقر إلى المجتمعات البحثية⁽²⁾.

ولعل ضعف مستوى الاهتمام بالبحث العلمي يرجع إلى أن الجامعات ومراكزها البحثية ما زالت تعتمد على بعض الأبحاث والدراسات العلمية التي يقدمها أعضاء هيئة التدريس كمتطلب للترقية، أو الاعتماد على الرسائل الجامعية، بينما نحن بحاجة إلى تشجيع أعضاء هيئة التدريس والباحثين لمواصلة الدراسات والبحوث العلمية المتقدمة والمتعمقة في كافة التخصصات العلمية⁽³⁾، وتوفير الدعم الكافي لهم مالياً واجتماعياً، ووضع الآلية المناسبة للاستفادة من نتائج البحوث وما انتهت إليه من توصيات.

ومساهمة القطاع الخاص إلى جانب القطاع الحكومي في تمويل البحوث لاشك سيكون له أثر كبير في النهوض بالبحث العلمي، وليس ذلك في المجالات الصناعية فقط، وإن كانت هي الغالبة، بل أيضاً في مجال البحوث الإنسانية، فتمويل بحوث في مجالات التنمية البشرية والإدارة والقانون والاقتصاد والتعليم والشركات والبنوك وحل المشكلات الاجتماعية المختلفة لا تقل أهمية عن البحوث في المجالات الصناعية والزراعية والتكنولوجية.

(1) مؤشر الابتكار العالمي 2021، الإصدار رقم 14، المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، تاريخ الاقتباس 2022/7/22م.

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ar/wipo_pub_gii_2021_exec.pdf

(2) انظر: حسام عطية، "البحث العلمي.. ليس أولوية في العالم العربي" مقال منشور بجريدة الدستور الأردنية، 2017/11/18م،

<https://addustour.com/articles/984576>

(3) للمزيد، المقال السابق.

ويحتاج ذلك بلا شك إلى نشر ثقافة البحث العلمي في المجتمع، وأن يكون ذلك منهجاً تعليمياً في كافة المراحل التعليمية، باعتباره السبيل الوحيد إلى النهوض بالمجتمعات ورفقيها.

رابعاً: إدارة اجتماعات المجالس:

من مقتضيات الجودة في المؤسسة التعليمية أن تقوم المجالس المختلفة بدورها في تنفيذ سياسات التعليم والتعلم، ومتابعة تلك السياسات⁽¹⁾.

لذلك فإن إدارة اجتماعات المجالس سواء على مستوى الجامعة أو الكلية أو القسم العلمي أو اللجان والوحدات الفرعية، يلزمها جميعها الشفافية والموضوعية لضمان نزاهة ومصداقية القرارات التي تصدر عنها.

فإن فقدت تلك الاجتماعات أيّاً من هذين المعيارين لصالح المجاملات أو الخلافات الشخصية فإن القرارات التي تخرج عنها لن تتصف بالشفافية والموضوعية، بما فيها القرارات المتعلقة بالجودة.

والملاحظ في بعض اجتماعات المجالس، على اختلاف مستوياتها، غياب الشفافية والموضوعية في مناقشة الموضوعات واتخاذ القرارات، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب أبرزها:

1- أن من يترأس الاجتماع لا تكون لديه المرونة والنزعة الديمقراطية في المناقشة والحوار، فيحاول فرض رأيه فيما يطرح، وحينئذٍ قد يؤثر البعض السكوت حفاظاً على علاقة الزمالة بينهما، وقد يفضل آخرون السكوت لعلمهم بأن رأيهم لن يكون محل اهتمام.

2- أن عضو المجلس يتصف بعدم الموضوعية في المناقشة متأثراً بالعوامل الشخصية، التي قد تظهر في صورة مجاملة بالموافقة على قرارات تتعلق بأحد أصدقائه، أو في صورة رفض لقرار يتعلق بشخص يحمل له ضغينة، وفي الحالتين تغيب الموضوعية عن اتخاذ القرار، بما يفقده المصداقية.

فإذا تعلق مثل تلك القرارات بالجودة ومتطلبات التطوير، فلا شك أنها تكون غير

(1) انظر: دليل قياس معايير ضمان الجودة لمؤسسات التعليم العالي 2016م (الأردن)، مرجع سابق، ص44.

صادقة في دلالتها، بما يؤثر على عملية الجودة في كافة جوانبها. لذلك يجب أن تحرص المجالس على نزاهة قراراتها وموضوعيتها بتفادي مثل تلك الممارسات.
خامساً: ضعف جودة الكتب المقررة وغياب التحكيم عنها:

ذكرنا سابقاً بأنه من الضروري أن تستوفي المؤسسة التعليمية الكتب المنهجية اللازمة لسير العملية التعليمية، من خلال خطة تأليف يقوم بها أعضاء هيئة التدريس كل حسب تخصصه العلمي، ويجب أن تحكم تلك الكتب من محكمين خارجيين لضمان استيفائها لمعايير الجودة ذات العلاقة.

إلا أن عدم استكمال تلك المؤلفات يفتح الباب للاستعانة بكتب خارجية قد لا تفي بمعايير الجودة المطلوبة، وهو ما يجب أن ينتبه له عضو هيئة التدريس تحت إشراف ورقابة القسم العلمي.

أما ضعف الكتب التي تقدم في العملية التعليمية، والذي ينتج عادة عن تقديمها دون تحكيم أو رقابة، فإنه لاشك يؤثر سلباً في العملية التعليمية، والأسوأ أن تجد مذكرة للمقرر لا تتجاوز صفحات معدودة يعتمد عليها أستاذ المقرر كمنهج للتدريس بدلاً عن الكتاب، والأكثر سوءاً أن تجد تلك المذكرة من إعداد الطلبة وليس من إعداد أستاذ المقرر، وهو ما وقفنا عليه في بعض الجامعات في السنوات الخمس الأخيرة.

وعلاج ذلك، أن تسعى المؤسسة التعليمية، من خلال كوادرها التدريسية المؤهلة، لتأليف الكتب المنهجية التي تغطي مقررات الخطة الدراسية للبرنامج.

وإلى أن يتحقق ذلك عليها أن تسعى لاختيار الكتب الجامعية التي تحقق أفضل مستويات التعلم وبما ينسجم مع المرحلة الدراسية للطلبة، وأن تتأكد من محتويات الكتاب الجامعي من حيث جودة المعلومات وترباطها وحدائتها وكونها تحقق الهدف المطلوب من تدريس المقرر، وأنه يوجد تناسب بين حجم الكتاب وعدد الساعات المقررة له، وأن محتوى الكتاب يحفز الطلبة على البحث العلمي ويشير لديهم الرغبة في التفكير الإبداعي بما يعزز لديهم رغبة التعلم⁽¹⁾، ولكي يتم التحقق من كل ذلك؛ يجب تحكيم الكتاب تحكيمياً علمياً نزيهاً.

(1) انظر: جلال عبدالله محمد، أثر وجود معايير الجودة في ضمان تطبيق ادارة الجودة الشاملة...، مرجع سابق، ص 14.

سادساً: ضعف الدوريات العلمية الصادرة عن المؤسسات الجامعية وعدم انتظامها: هذا الضعف يجعل أوعية النشر المعتمدة (للترقية العلمية) للبحوث القانونية محدودة إلى حد ما، وهو ما يلقي بمزيد من المسؤولية على تلك الدوريات لتحسين أوضاعها العلمية والإجرائية والبعد عن الإجراءات الروتينية التي تعوق إصدارها. وندعو في هذا الخصوص إلى ضرورة وجود تصنيف معياري خاص للدوريات القانونية العربية، حيث يعاني الباحثون العرب من نشر بحوثهم في دوريات علمية ضمن قاعدة بيانات المجالات والأبحاث العلمية (ISI)، فعادة تشترط تلك المجالات اللغة الجنبية للنشر، بل حتى إذا كان البحث بلغة أجنبية فإنها تشترط ألا يكون الموضوع خاصاً بالشأن الداخلي للدولة بل يكون له صفة مقارنة أو دولية، وبذلك تغلق الباب أمام البحوث القانونية التي تعالج موضوعات خاصة بالقوانين الوطنية، وجلّها كذلك، وهذا يفرض وجود تصنيف معياري عربي للدوريات العلمية يكون معتمداً لدى الجامعات لأغراض الترقية العلمية أو لغيرها.

المطلب الرابع

أهم تحديات الجودة المتعلقة بالطلبة

نستعرض فيما يلي ويبيجاز بعضاً من تحديات الجودة المتعلقة بالطلبة: أولاً: عدم تأهيل الطلبة للدراسة القانونية في مرحلة الثانوية العامة: إحدى أهم الإشكالات الأولى لطالب القانون؛ أنه لم يتم تأهيله في مرحلة الثانوية العامة للدراسة القانونية كما هو الحال في غالبية التخصصات الأخرى، لذلك يجد الطالب بعض المشقة في دراسة المواد الأولية في القانون والتي تعد الأساس لتأهيله للعمل القانوني، وقد يفسر ذلك إخفاق عدد كبير من دارسي القانون في الفصول الأولى للدراسة. إن هذه الثقافة التأهيلية للطالب تعينه على فهم العلوم القانونية في سنوات الدراسة الأولى، بما يرسخ لديه الملكة القانونية التي تكون بذرتها قد نبتت لديه في المرحلة الثانوية، لذلك؛ يجب أن يكون شأن التعليم القانوني في هذا الخصوص شأن مجالات التعليم الأخرى التي تبنى على دراسة الرياضيات والفيزياء والكيمياء وعلوم الأحياء واللغة والأدب والتاريخ والجغرافيا وغيرها، فجميع العلوم التي تدرس في المرحلة الجامعية نجد لها نصيباً من تأسيس الطالب في مرحلة الثانوية العامة عدا العلوم القانونية.

لذلك نقترح طرح مادة تعنى بالمعرفة بالقانونية لطلبة المرحلة الثانوية، تعرفهم بمفهوم الدولة والعمل والمؤسسي، والحقوق والواجبات العامة ووسائل الحماية القانونية، وتدعم روح احترام القانون في هذه المرحلة العمرية الحرجة، وتبصر الطالب بمجالات خدمة الوطن في النواحي القانونية علي المستوى الداخلي والإقليمي والدولي، وتزود الطلبة بثقافة قانونية عامة تؤهله لاستكمال دراستهم الجامعية في كليات القانون.

ثانياً: تضخم تقديرات الطلبة بما لا يعكس المستوى الحقيقي للطلاب:

تكاد تكون لهذه الإشكالية صفة العمومية على مستوى كليات القانون، الحكومية منها والخاصة، وكلنا شهود على أن تقديرات الطلبة حتى قبيل نهاية القرن الماضي كانت أقل بكثير من التقديرات الحالية، لكن المستوى كان أفضل بكثير. وبمقارنة لا تخلو من مفارقة غريبة، وبلا تعليق، أن ذلك الوقت كان هو وقت انتشار معايير الجودة.

هل سبب هذه الظاهرة المزعجة للجميع، لعضو هيئة التدريس وللطالب ولجهات العمل، هو ضعف مستوى التدريس، أم ضعف مستوى الاختبارات، أم السبب (الذي يتفق الجميع على عدم وجوده) ارتفاع مستوى الطالب؟! حقيقة هي إشكالية تحتاج إلى دراسة ووضع الحلول المناسبة لها.

وأول هذه الحلول هو التطبيق الحقيقي والصادق لمعايير الجودة، بما يكفل تحقيق المخرجات التعليمية وتعبيرها تعبيراً صادقاً عن المستوى الحقيقي للخريج، وألاً تكون الجودة مجرد استكمال ملفات غير معبرة عن الحقيقة ولا مجرد تسابق للحصول على اعتماد وهمي يهتم بالشكل أكثر من المضمون.

ثالثاً: انعدام أو ضعف التدريب العملي للطلبة:

إن واقع التدريب العملي لطلبة الدراسات القانونية ضعيف للغاية، بل يغيب تماماً في بعض الكليات ويقتصر على مجرد عقد محاضرات مصغرة أو ورش عمل داخل الكليات من بعض القضاة، وهذا في الحقيقة لا يؤدي الغرض من التدريب، فالتدريب يقتضي خوض الطالب ميدان العمل الفعلي تحت إشراف المشرفين: الأكاديمي والميداني، بعد أن يجتاز عدداً من المقررات الدراسية يؤهله لذلك، وهو ما نراه في كليات الطب والهندسة والتربية وغيرها، لذلك لا يحتاج الخريج فيها إلى فترة تدريب طويلة لممارسة العمل بنفسه، على عكس خريج القانون الذي يحتاج وقتاً طويلاً للتدريب حتى يمكنه أن يتحمل

مسؤولية العمل بنفسه. وقد سبق القول بأنه من الضروري ربط الواقع بالتنظير بحيث يكون للدراسة القانونية جناحان أحدهما الدراسة النظرية، والآخر الدراسة العملية، ومنهما معا يتشكل قوام الدراسة بكلية القانون.

وخير وسيلة لتحقيق ذلك هي التدريب العملي بمعناه الحقيقي الفعال، أي وفق برنامج متكامل للتدريب بعد أن يجتاز الطالب عدداً من المقررات الدراسية يسمح له بممارسة العمل المهني على اختلاف أنواعه ومجالاته، وليس المقصود التدريب العملي في كل مقرر من مقررات البرنامج أثناء عملية التدريس. لذلك؛ يجب أن يتم التدريب في المؤسسات ذات الصلة بتطبيق القانون في الواقع المجتمعي مثل المحاكم والنيابة العامة وأقسام الشرطة ومراكز التحكيم ومكاتب المحاماة والإدارات القانونية في المرافق العامة والخاصة وشركات التأمين وغرف الصناعة والتجارة.

ونقدم في هذا الخصوص مقترحاً لتدريب الطالب تدريباً عملياً بعد نهاية الفصل الدراسي الرابع ولمدة أربعة فصول دراسية على الأقل، وذلك وفق المقترح الآتي:

- في الفصل الدراسي الخامس (بعد دراسة النظرية العامة للالتزامات) يتدرب على صياغة مختلف أنواع العقود والوقوف على عيوب الصياغة وكيفية تفاديها.
- في الفصل السادس (بعد دراسة قانون المرافعات) يتدرب على صياغة صحف الدعاوى ومذكرات الدفاع وحضور الجلسات في القضايا المدنية والتجارية.
- في الفصل السابع (بعد دراسة قانون الإجراءات الجزائية) يتدرب الطالب على أعمال النيابة العامة وحضور جلسات المحاكمات الجنائية وأقسام الشرطة.
- في الفصل الثامن (بعد دراسة قانون التحكيم) يتدرب الطالب في مراكز التحكيم والإدارات القانونية بالجهات الحكومية مع حضور جلسات المحاكم.

رابعاً: ضعف مهارة البحث العلمي لدى الطلبة:

هذا الضعف لا يرجع سببه إلى الطالب فحسب، بل إلى منظومة التعليم التي لا تنمي القدرات البحثية لدى الطالب منذ صغره، بل توجهه إلى البحوث المعدّة سلفاً من شبكة الإنترنت وتكتفي منه بذلك وبصرف النظر عما إذا كان هو من أعد البحث أم لا، فينشا الطالب على ذلك، ليس لديه الرغبة ولا الاستعداد لكتابة بحث بجهده الشخصي. ويزيد الأمر خطورة انتشار مكاتب عمل البحوث وأوراق العمل خلافاً للقانون، فيلجأ إليها الطالب ليأخذ بحثاً معداً سلفاً يقدمه لعضو هيئة تدريس.

وهذا في الحقيقة ينذر بخطر شديد، ولا بد من التصدي لهذه الظاهرة المدمرة، بمنع تلك المكاتب من قبل الجهات المختصة بداية، وطلب كتابة البحوث بخط اليد بدلاً عن الحاسب الآلي لضمان كتابة الطالب لها، وإن كان البحث مكتوباً على الحاسوب فعلى الأقل يناقش فيه الطالب للتأكد من أنه هو الذي أعده بنفسه.



الخاتمة

■ النتائج:

يتضح لنا من خلال البحث النتائج الآتية:

- 1- أن إشكالية الجودة ليست في تبني معايير محددة للتقويم، بل في تحديات تواجه تطبيق الجودة، تلك التحديات ترجع إلى أسباب متعددة، منها ما يتعلق بغياب مفهوم الجودة وبعدم قناعة القائمين على العملية التعليمية بأهمية الجودة، ومنها ما يتعلق بضعف الرقابة، ومنها ما يتعلق بأعضاء هيئة التدريس.
- 2- أن عملية الجودة تبدو لدى الكثيرين عملية معقدة، سواءً على مستوى النماذج المستخدمة في التقييم، أو في آلية التطبيق، حيث ترجع في الأساس إلى استيراد أفكار الجودة وترجمة نماذج التقويم بصورة لا تناسب مع الواقع التعليمي.
- 3- قلة الدعم الموجه لعضو هيئة التدريس في مجال البحث والتأليف والتعليم المستمر وخدمة المجتمع، كل ذلك ينعكس سلباً على عملية الجودة.
- 4- ضعف التدريب العملي والنشاط البحثي الجدي لطلبة القانون، مما يحدث فجوة بين المستوى الدراسي للطلاب ومهاراته العملية بعد التخرج.
- 5- تضخم التقديرات الخاصة بالطلبة وعدم تعبيرها تعبيراً صادقاً عن مستواهم الدراسي ينعكس سلباً على عملية الجودة برمتها، حيث يعبر تعبيراً وهمياً عن جودة البرنامج، فيحول دون تطويره.

■ التوصيات:

- 1- أن تكثف وحدات الجودة ومرجعياتها في المؤسسات التعليمية جهودها لتوضيح المفهوم الحقيقي للجودة وأهدافها ومعايير تحققها، في محاولة لغرس القناعة بأهميتها لدى القائمين عليها، وذلك من خلال ورش عمل وندوات، بعبارات بسيطة وآلية واضحة بعيدة عن التعقيد.
- 2- استمرار الرقابة الجدية من جهات مراقبة الجودة، سواءً داخلياً من مرجعيات الجودة بالمؤسسات التعليمية أو خارجياً من جهات الاعتماد الأكاديمي، وذلك حتى تعبر الجودة تعبيراً صادقاً عن مستوى البرنامج وخريجيه.
- 3- ضرورة تبسيط عملية الجودة سواءً من حيث آليتها أو النماذج المستخدمة في

التقييم.

- 4- دعم البحث العلمي وحركة التأليف لأعضاء هيئة التدريس على المستويين المالي والأدبي، ورفع القيود التي على عاتقهم ليقوموا بدورهم في خدمة المجتمع طالما ذلك لا يتعارض مع مهام عملهم بالمؤسسة التعليمية.
- 5- الحاجة الملحة لإعادة النظر في منظومة تدريب طلبة القانون لتكون على مدار أربعة فصول دراسية على الأقل وفق خطة تدريب تشمل مختلف الأعمال القانونية.



أهم المراجع

أولاً: كتب الحديث واللغة:

1. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مركز البحوث وتقنية المعلومات، دار التأصيل، الطبعة الأولى 2012، الجزء السابع.
2. محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى.
3. أحمد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى 2008م.

ثانياً: المؤلفات والبحوث:

4. الشهابي إبراهيم الشرفاوي، أصول إعداد البحوث القانونية، الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الأولى 2018م.
5. جلال عبدالله محمد، أثر وجود معايير الجودة في ضمان تطبيق إدارة الجودة الشاملة دراسة تحليلية لآراء عينة من منتسبي المعهد التقني في السليمانية، بحوث المؤتمر العربي الدولي الخامس لضمان جودة التعليم العالي، جامعة الشارقة (الإمارات) 3-5 مارس 2015م.
6. جمعة خير الدين وأحلام دريدي وصبرينة خليل، أثر عمليات إدارة المعرفة على جودة التعليم العالي من وجهة نظر الأساتذة الجامعيين، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد الثالث عشر، العدد (44) 2020م.
7. حسين سالم مرجين، جودة التعليم في مقدمة ابن خلدون، بحوث المؤتمر العربي الدولي الخامس لضمان جودة التعليم العالي، جامعة الشارقة (الإمارات) 3-5 مارس 2015م.
8. خالد الصرايرة وليلى العساف، إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي بين النظرية والتطبيق، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد الأول، العدد الأول 2008م.
9. سحر محمد، تصور مقترح لضمان جودة التعليم الجامعي المصري في ضوء مدخل الإدارة الاستراتيجية، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد الثامن، العدد (19) 2015م.

10. سليمة سوادى زغير، العوامل المؤثرة على تحقيق الجودة الشاملة ومعالجاتها، مجلة كلية التربية الأساسية للعلوم التربوية والإنسانية (جامعة بابل) العدد 43 أبريل 2019م.
11. عادل الشمري، الجودة الشاملة بين المنظور الإسلامي والرؤية الغربية، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد الثامن، العدد (19) 2015م.
12. عطا الله بن فهد السرحان، أثر تطبيق معايير الجودة والاعتماد الأكاديمي على تسويق مخرجات التعليم في الجامعات السعودية، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد السادس، العدد (13) 2013م.
13. علاء الناصر ورجاء المالكي، تطبيقات إدارة الجودة الشاملة في عمليات الإعداد والتدريب التربوي، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد السابع، العدد (17) 2014م.
14. مصطفى الطائي، التخطيط الاستراتيجي للجودة والاعتماد الأكاديمي في مؤسسات التعليم العالي العربية، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد السابع، العدد (18) 2014م.
15. مصطفى الطيب، ضمان جودة البحث العلمي في الوطن العربي، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد السادس، العدد (13) 2013م.
16. هنار أمين، الاعتماد المؤسسي والاكاديمي ومعاييرهما، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، مركز البحوث والدراسات الإسلامية ديوان الوقف السني (العراق)، المجلد 2012 العدد 28.
17. نعمان النجار وعارف عباس وعبد العارمري، معوقات تطبيق معايير الجودة التعليمية الشاملة في جامعة العلوم والتكنولوجيا اليمنية من وجهة نظر أعضاء هيئة التدريس، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، المجلد الثامن، العدد (21) 2015م.
- ثالثاً: أدلة ضمان الجودة:
18. المعايير والمبادئ الإرشادية الأفريقية لضمان جودة التعليم العالي (ASG-QA)، وهي مبادرة (HAQAA) تم تنفيذها لصالح المفوضية الأوروبية ومفوضية الاتحاد الأفريقي.
19. دليل الاعتماد لمؤسسات التعليم العالي، الهيئة القومية لضمان جودة التعليم والاعتماد (مصر)، الإصدار الثاني 2009م.
20. دليل ضمان الجودة والاعتماد للجامعات العربية أعضاء الاتحاد، اتحاد الجامعات

- العربية، عمان 2008م.
21. دليل قياس معايير ضمان الجودة لمؤسسات التعليم العالي 2016م، هيئة اعتماد مؤسسات التعليم العالي وضمان جودتها (الأردن).
22. معايير الاعتماد البرامجي، هيئة تقويم التعليم والتدريب السعودية، 2018م.
23. معايير الترخيص المؤسسي واعتماد البرامج، مفوضية الاعتماد الأكاديمي، وزارة التربية والتعليم، الإمارات العربية المتحدة (2019).
- رابعاً: مواقع إلكترونية رسمية:
24. قائمة الدول حسب الإنفاق على البحث والتطوير، البنك الدولي.
1. <https://data.albankaldawli.org/indicator/GB.XPD.RSDV.GD.ZS>
25. إحصائية الباحثين العاملين في مجال البحث والتطوير (لكل مليون شخص)، البنك الدولي.
2. <https://data.albankaldawli.org/indicator/SP.POP.SCIE.RD.P6>
26. مؤشر الابتكار العالمي 2021، الإصدار رقم 14، المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO).
3. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ar/wipo_pub_gii_2021_exec.pdf
- خامساً: مقالات:
27. حسام عطية، "البحث العلمي.. ليس أولوية في العالم العربي" مقال منشور بجريدة الدستور الأردنية، 18/11/2017م، <https://addustour.com/articles/984576>.

الملخص

يهدف البحث إلى بيان معايير ضمان الجودة في التعليم القانوني والتحديات التي تواجه تطبيقها، واستعرضنا فيه المعايير تبعاً، من حيث مقومات وجود المؤسسة التعليمية وإدارتها، ثم ما يتعلق بالبرنامج الأكاديمي وأعضاء هيئة التدريس والطلبة والبحث العلمي وخدمة المجتمع. ثم استعرضنا التحديات والحلول المقترحة، وأول هذه التحديات غياب مفهوم الجودة لدى بعض المؤسسات وحلول مفهوم الأرشفة بدلاً عنه، وغياب الرقابة الجدية والمستمرة من جهات مراقبة الجودة، ثم أهم تحديات الجودة المتعلقة بأعضاء هيئة التدريس والطلبة، ومع إبراز هذه التحديات والأسباب المؤدية إليها اقترحنا الحلول المناسبة لكل منها.

ثم توصلنا من خلال البحث إلى عدة نتائج أهمها: أن إشكالية الجودة ليست في تبني معايير محددة للتقويم، بل في التحديات التي تواجه تطبيق الجودة والتي ترجع إلى أسباب متعددة، وأن عملية الجودة تبدو لدى الكثيرين عملية معقدة، أيضاً قلة الدعم الموجه لعضو هيئة التدريس في مجال البحث والتأليف، وضعف التدريب العملي والنشاط البحثي الفعال لطلبة القانون، وأخيراً تضخم التقديرات الخاصة بالطلبة وعدم تعبيرها تعبيراً صادقاً عن مستواهم التعليمي. ثم انتهينا إلى عدة توصيات أهمها: ضرورة تكثيف الجهود لغرس القناعة بأهمية الجودة لدى مؤسسات التعليم القانوني، واستمرار الرقابة الجدية من جهات مراقبة الجودة، سواءً داخلياً أو خارجياً، وضرورة تبسيط عملية الجودة سواءً من حيث آلياتها أو النماذج المستخدمة في التقييم، والحاجة الملحة لدعم البحث العلمي وحركة التأليف لأعضاء هيئة التدريس ورفع القيود التي على عاتقهم ليقوموا بدورهم في خدمة المجتمع، وضرورة إعادة النظر في منظومة تدريب طلبة القانون.

پوخته

ئامانجى تويژينهومكه روونكر دنهوهى پيورههكانى دلنيايى جورى يه له پهروه ردهى ياسايى و ئهوانگار يانهى كه رووبهرووى جيبهجيكر دنيان دهبيتوهه، وه ههروهه پيكهوه پيداچوونهوهمان به ستانداردهكاندا كرد، له رووى پيكهپينههكانى بوون و بهريوهبردنى دامهزراوهى پهروه ردهيى، و پاشان ئهوه پهيوهنديهى كه ههيهتى به پرؤگرامى ئهكاديمى و ئهندامانى دهستهى وانهبيژان و خوئندكاران وتويژينهوهى زانستى و خزمهتكردن به كومهلگا. پاشان خستنهرووى ئالهنگاريهكان و چارهسهره پيشنيار كراوهكان، يهكهم ئالهنگارى برىتى يه له نهبوونى چهكمى كواليتى لاي ههنديك دامهزراوه و چارهسهرى چهكمى ئهشيفهكر دنه له برى ئهوه، ههروهه نهبوونى چاوديرى ههتهرى و بهردهوام له لايهن دهزگاكاني كونترولئى كواليتى، پاشان گرنگترين ئالهنگارى كواليتى پهيوهست به ئهندامانى دهستهى وانهبيژان و خوئندكاران، و تيشك خستنه سهر ئهوانگار يانه و ئهوه هوكارهكانى سهردهكيشن بويان، ئيمه بو ههريهكهپان چارهسهرى گونجاومان پيشنيار كردوه.

پاشان له ريگهه تويژينهوهكه كهيشتينه چهند ئهجامييك كه گرنگترينيان برىتين له: كيشهه كواليتى له وهگرنتى پيورهه دياريكراوهكان نى يه بو ههلسهنگاندن، بهلكو له ئالهنگاريهكانى بهردهم بهكارهينانى كواليتيدايهه، كه دهگهريتهوه بو چهند هوكارنيك، وه پرؤسهه كواليتى لاي زور كهس پرؤسهيهكى ئالوز دهردهكهويت، ههروهه نهبوونى پشتگيرى ئاراستهكراو بو ئهندامى دهستهى وانهبيژى له بوارى تويژينهوهه و نووسين، وه نهبوونى راهينانى پراكتيكي و چالاكي تويژينهوهيى كاريگهه بو خوئندكارانى ياسا، وه له كوئاييدا ههئاوسان له خهملاندنهكانى پهيوهست به خوئندكاران و دهربرينى راستگويايهيان له ناستى خوئندنيان.

پاشان به چهند پيشنياريك كوئاييمان پنهينا، گرنگترينيان برىتين له: پيوستى چركر دنهوهى ههولهكان بو چاندنى قهناعهت به گرنگى كواليتى له دامهزراوهكانى خوئندنى ياساييدا، بهردهوامبوونى چاوديرى ههتهرى له لايهن دهزگاكاني كونترولكردنى كواليتى، چ له ناوخو يان دهرهوهه، وه پيوستى ئاسانكردنى پرؤسهه كواليتى، جا له رووى ميكانيزمهكهيهوه بيت يان ئهوه مؤديلانتهى كه له ههلسهنگاندندا بهكاردههينزين، وهپيوستى بهپهله بو پشتگيريكردنى تويژينهوهه وبزووتنهوهى زانستى و نووسين بو ئهندامانى دهستهى وانهبيژى و ههلگرنتى سنوورداركر دنهكان لهسهر يان بو ئهوهى روئى خويان له خزمهتكر دنى كومهلگادا بگيرن، وه ههروهه پيوستى به دووباره پيداچوونهوه به سيستههه راهينانى خوئندكارانى ياسا.

Abstract

The research aims to clarify the standards of quality assurance in legal education and the challenges facing their application, and we reviewed the standards successively, in terms of the foundations for the existence and management of the educational institution, then with regard to the academic program, faculty members, students, scientific research and community service. Then we reviewed the proposed challenges and solutions, the first of these challenges is the absence of the concept of quality in some institutions and solutions to the concept of archiving instead, and the absence of serious and continuous oversight from quality control bodies, and then the most important quality challenges related to faculty members and students, and with highlighting these challenges and the reasons leading to them, we suggested appropriate solutions for each of them.

Then, through the research, we reached several results, the most important of which are: that the problem of quality is not in adopting specific standards for evaluation, but rather in the challenges facing the application of quality, which are due to multiple reasons, and that the quality process seems to many to be a complex process, also the lack of support directed to the faculty member in The field of research and authorship, the lack of practical training and effective research activity for law students, and finally, the inflated estimates of students and their failure to express their level of education in an honest way. Then we concluded with several recommendations, the most important of which are: the need to intensify efforts to instill the conviction of the importance of quality in legal education institutions, and the continuation of serious oversight from quality control bodies, whether internally or externally, And the need to simplify the quality process, whether in terms of its mechanism or the models used in evaluation, the urgent need to support scientific research and the authorship movement for faculty members and the lifting of restrictions on them to play their role in community service, and the need to reconsider the system of training law students.



الدوبلير السينمائي ومشكلة الملكية الفكرية(*)

دوبليري سينه مايي و كيشه ي خاوه نداري هزري

The Stunt Double and the Problem of Intellectual Property

الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد(**)

أستاذ القانون الخاص

كلية القانون - جامعة السليمانية - كردستان العراق

سانا كمال عبدالله(***)

مدرس مساعد وباحثة دكتوراه

قسم القانون - كلية كويزة الجامعة - السليمانية - كردستان العراق

پ.د. محمد سليمان الأحمد

بروفيسور له ياساى تاييهت

كوليجي ياسا - زانكوي سلیماني - كردستانى عيراق

سانا كمال عبدالله

ماموستاي ياريدهدر و تويژهري دكتورا

بهشى ياسا - كوليجي زانكوي گويژه - سلیماني - كردستانى عيراق

Prof. Dr. Mohammed Sulaiman Al-Ahmed

Professor of private law

College of Law - University of Sulaymaniyah - Iraqi Kurdistan

Sana Kamal Abdullah

Assistant Lecturer and PhD Researcher

Law Department - Quizha University College - Sulaymaniyah - Iraqi Kurdistan

تاريخ قبول النشر: 2022/10/31 .

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/8/20 .

(**) prof.alahmed@gmail.com

(***) sanakamal135@gmail.com



الدوبليز السينمائي ومشكلة الملكية الفكرية

الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد

أستاذ القانون الخاص

كلية القانون – جامعة السليمانية – كردستان العراق

سانا كمال عبدالله

مدرس مساعد وباحثة دكتوراه

قسم القانون – كلية كويزة الجامعة – السليمانية – كردستان العراق

الكلمات المفتاحية:

الدوبليز السينمائي، الملكية الفكرية، الحقوق الفكرية، إهدار الاسم، العرض السينمائي.

كليه ووشه:

دوبليزى سينه مايبى، خاوه ندارى هزرى، مافى هزرى، به فيرودانى ناو، نمايشى سينه مايبى.

key words: stunt double , intellectual property, intellectual rights, wasting name, cinematic show.

المقدمة

خلق الله الناس مختلفين في قابلياتهم الجسدية ومهاراتهم المتنوعة، فمنهم من يتمتع بقابلية بدنية عالية ومهارات لا حصر لها، ومنهم من يكون محدود الإمكانيات، والفيلم السينمائي بوصفه سلسلة من المشاهد⁽¹⁾ المتوالية المنفذة من قبل الممثلين⁽¹⁾، يحتاج إلى

(1) يتكون المشهد من لقطة واحدة أو عدد من اللقطات والتي تسمى بالانكليزية "The shot or Take"، حيث أن قصة الفيلم تتكون من سلسلة غير منقطعة من اللقطات في الكاميرا، والتي تتم معالجتها من خلال آليات متنوعة حتى يظهر أثرها المطلوب في الفيلم السينمائي، وبمعنى آخر المشهد عبارة عن لقطة أو عدد من اللقطات غير المنقطعة والتي تغطي مساحة زمنية معينة في الفيلم السينمائي.

للمزيد لاحظ: مارلين فةبث، به تيشكو تة ماشاكردي سينه ما، ثيناسانديكي هونوري تة كنيكي ضيرؤك

←

قابليات ومهارات مختلفة قد لا يتمتع بها النجم الحقيقي للمشاهد، مما يؤدي بالمنتج إلى الاستعانة ببديل عن النجم في تنفيذ مشهد معين، ويطلق على هذا البديل اسم "الدوبلير السينمائي" وبالإنجليزية "stunt double"، فقد يتم الاستعانة بهذا البديل في المشاهد التي تحتاج إلى قابلية بدنية عالية أو التحلي بمهارة معينة، أو ظهور النجم الحقيقي بأكثر من شخصية في المشهد ذاته.

إذ كثيراً ما يلجأ منتجو الأفلام السينمائية إلى الدوبلير السينمائي بوصفه بديلاً عن النجم الحقيقي لتنفيذ المشاهد الخطرة، حيث يظهر "الدوبلير السينمائي" في الفيلم وكأنه النجم الحقيقي الذي سقط من الطائرة، أو طار في الهواء، أو قفز من فوق عشرات السيارات، أو تلقى لكمة أو أية حركة عنيفة، أو ما شاكل ذلك من مشاهد يختلط معها خدع سينمائية مبرمجة، هذا وأن أداء المشاهد من قبل الدوبلير السينمائي في الوقت الحالي يتسم بخطورة أكبر مقارنة بالأزمة السابقة وذلك بسبب تطور الحياة السينمائية وحرفيتها، حيث اعتمدت عشرات الأفلام للإبطال الخارقين على الدوبلير السينمائي كما هو الحال في فيلم "Spiderman"، و"Batman & Robin" وأفلام أخرى كثيرة محتوية على مشاهد عالية الجودة والحرفية، وما يتم فعله في هذه الأفلام هو إخفاء شخصية الدوبلير السينمائي عن الجمهور وذلك بآليات مختلفة ومتنوعة، على سبيل المثال في مشاهد القتال يكون أحد المقاتلين نجماً حقيقياً والمقاتل الآخر دوبرير سينمائي، فيتم تصوير المشهد من مسافة بعيدة ويقلب الأدوار بطريقة يظهر وجه النجم الحقيقي ويظهر الدوبلير السينمائي دون وجهه للجمهور، وبالرغم من اعتماد بعض النجوم على أنفسهم في تنفيذهم للمشاهد الخطرة، إلا أن عدم الاستعانة بالدوبلير السينمائي هو أمر لا يفضله المنتجون السينمائيون فأى إصابة للنجم الحقيقي ستكبدهم خسائر مالية وتأخيراً في التصوير، وهناك ثلاثة أسباب تتحكم بمدى الاستعانة بالدوبلير السينمائي في الأفلام

←

هؤنينة ولة فيلمدا، ضاثيرية كم، كومة لةي هونرة جوانة كاني كورد-مة لة ندي طشتي، سلیماني، 2019، لا 21.

(1) يقصد بالمثل الشخص الذي يعيش حالة الشخصية في الفيلم، ويعبر عنها ويوصلها للمشاهد، فهو مبدع وأداة لفنه في الوقت ذاته، بإعتباره الشخص الذي يستخدم أفعال إنسانية لخلق شخصوه. للمزيد لاحظ: بوريس زاخافا، إعداد الممثل، مكتبة مدبولي، القاهرة، 1998، ص 24.

السينمائية وهي: ضرورة الحفاظ على سلامة النجم الحقيقي، والقابلية البدنية والمهارات والإمكانات المحدودة له، وأخيراً ضرورة وجود المشهد الخطر في الفيلم السينمائي، والحاجة لإدراج المشهد بوصفه آلية لاستكمال الحبكة السينمائية.

وقد لا يحتوي المشهد على الخطورة ولكن يحتاج لتحلي النجم الحقيقي بمجموعة من المعارف والقدرات والخبرات لكي يتمكن من تنفيذ المشهد، إلا أنه لا يتمتع بالمهارة المطلوبة، كما هو الحال إذا كان المشهد يتضمن استخدام آلة موسيقية معينة، أو أداء تمرين رياضي معين، أو الطباعة على الآلة الكاتبة، أو رسم لوحة معينة، وغيرها من المشاهد التي تحتاج إلى مهارة معينة، ففي هذه الحالة يقوم المنتج بالاستعانة ببديل عن النجم الحقيقي، لتصوير المشهد وإظهاره في أبهى حلته.

وأخيراً قد لا يحتوي المشهد على أية خطورة ولا تحتاج لمهارة معينة، بل يحتاج لإظهار النجم الحقيقي بأكثر من شخصية سينمائية بسبب متطلبات الحبكة السينمائية، كما هو الحال عندما يجسد النجم الحقيقي دور الأب والابن، أو دور الشخصية والأخ التوأم له، أو دور الجد والحفيد، في ذات المشهد، وبالرغم من ظهور معالجات سينمائية حديثة في هذا الخصوص يتم فيه إظهار النجم الحقيقي بأكثر من شخصية في ذات المشهد، إلا أن الأمر يحتاج إلى وجود بديل عن النجم الحقيقي في كثير من الأحيان، بالأخص عند وجود مشاهد يحدث فيها تلامس بين كلتا الشخصيتين والتي لا بد فيها من الاستعانة ببديل عن النجم الحقيقي لتصوير المشاهد التي يظهر فيها النجم بشخصيتين، وذلك من خلال إظهار وجه النجم الحقيقي وظهر الدوبلير السينمائي للجمهور.

فإذا كان للدوبلير أهمية غير قليلة في الفيلم السينمائي فما هو موقف القانون العراقي من المشاكل الرئيسية التي يثيرها عمل الدوبلير بصفته بديلاً عن النجم الحقيقي؟ والتي يمكن اختزالها في مشكلتين رئيسيتين ألا وهما، مشكلة إهدار اسم الدوبلير، ومشكلة حدود تمتع الدوبلير باستغلال عرضه السينمائي على وسائل التواصل الاجتماعي.

أهمية موضوع الدراسة:

تستمد هذه الدراسة أهميتها من تركيزها على الحقوق الفكرية للدوبلير، حيث أن وجود الدوبلير السينمائي كجندي مجهول في الفيلم السينمائي دون أن تنكشف هويته أمام الجمهور، بسبب عدم الإشارة إلى اسمه في قائمة الأسماء التي تظهر في بداية ونهاية الفيلم، في وقت تتزايد فيه الاستعانة بهذا الشخص في عصرنا الراهن للاستمرار في

الأفلام السينمائية دون توقف، ذلك لأن النجم الحقيقي هو سيد الساحة السينمائية وهو المطلوب للاستمرار في الفيلم، يثير إشكالات قانونية عديدة، وبما أن الدور الذي يلعبه الدوبلير السينمائي في عملية صناعة الأفلام كونه الشخص الذي يحتاج المخرجون السينمائيون إلى إمكانياته ومواهبه، وعن طريقه يتم تنفيذ مشاهد النجم الحقيقي بصورته المطلوبة، حتى يخرج الفيلم السينمائي للجمهور بالصورة المثلى، عليه يكون من الضروري إلقاء الضوء عليه.

أسباب اختيار موضوع الدراسة:

تعود أسباب اختيار هذه الدراسة للآتي:

أولاً: جودة الموضوع، حيث أن هذا الموضوع لم يسبق أن كان مادة للبحث أو التأليف القانوني على حد اطلاعنا وتحريتنا عن ذلك، مما يستحق أن يكون موضوعاً لدراسة قانونية كهذه.

ثانياً: قصور القواعد العامة، فمن الأسباب التي حفزتنا إلى التصدي لهذا الموضوع هو تلمسنا لقصور القواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي وقوانين الملكية الفكرية في العراق عموماً، وإقليم كردستان - العراق خصوصاً، لمواكبة التطورات التي طرأت في مجالات الحياة العديدة ولاسيما السينمائية والاقتصادية والتكنولوجية.

إشكالية الدراسة:

تتمثل إشكالية الدراسة في مشكلة الملكية الفكرية للدوبلير السينمائي، والتي تكمن في إهدار اسمه ومنعه من نسبة المشاهد إليه وعدم وضوح حدود استغلال العرض السينمائي من قبل الدوبلير على وسائل التواصل الاجتماعي.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان حقيقة مشكلة الملكية الفكرية للدوبلير السينمائي، فضلاً عن الإجابة عن السؤالين الآتيين:

- 1- هل إهدار اسم الدوبلير ومنعه من نسبة مشاهدته إليه أمر مشروع؟
- 2- ما هي حدود تمتع الدوبلير باستغلال عرضه السينمائي؟

منهج الدراسة:

سنتهج في هذه الدراسة منهجاً تحليلياً، وذلك عن طريق تحليل المواد القانونية التي تتعلق بموضوع الملكية الفكرية للدوبلير السينمائي في قانون حماية حق المؤلف العراقي،

وقانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة له في إقليم كردستان - العراق، وقد نستعين بقوانين غير عراقية، وغايتنا من ذلك الحصول على أفضل النتائج والمقترحات الممكنة لسد الثغرات التشريعية التي تعترى القوانين الوطنية وإيجاد الحلول البديلة لها عن طريق الإطلاع على قوانين بعض البلدان الأخرى بين حين وآخر دون أن نغير مسار المنهج التحليلي المتبع في الدراسة، كما أننا سنعزز المواقف التشريعية والفقهية بقرارات قضائية بقدر ما توفر لدينا، وطنية كانت أم مقارنة.

هيكلية الدراسة:

تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، وتم توزيع الدراسة فيهما على مطلبين لكل مبحث، وذلك على النحو الآتي:

- مقدمة
- المبحث الأول: تعريف الدوبلير السينمائي وتحديد الحق المجاور له
- المطلب الأول: تعريف الدوبلير السينمائي
- المطلب الثاني: مدى الحق المجاور لحق المؤلف للدوبلير السينمائي
- المبحث الثاني: المشكلات المرتبطة بحقوق الملكية الفكرية للدوبلير السينمائي
- المطلب الأول: إهدار اسم الدوبلير السينمائي ومنعه من نسبة المشهد إليه
- المطلب الثاني: حدود تمتع الدوبلير باستغلال عرضه السينمائي
- خاتمة

المبحث الأول

تعريف الدوبليير السينمائي وتحديد الحق المجاور له

لفهم حقيقة مشكلة الدوبليير السينمائي لابد لنا بادئ ذي بدء من تعريفه ثم الولوج فيه باعتباره صاحب حق مجاور لحق المؤلف، حيث ظهرت الحقوق المجاورة جراء التطور التكنولوجي الهائل في جميع ميادين الحياة، إذ أصبح هذا التطور يهدد حقوق منتجي التسجيلات السمعية البصرية وهيئات البث الإذاعي نتيجة سهولة عملية اقتناء الأجهزة السمعية البصرية والتسجيل الصوتي الذي سمح للمنتج أن ينشر التسجيلات السمعية البصرية والصوتية عبر الوسائل الحديثة، ومن هنا ظهرت فكرة حماية حق الممثل وغيره من أصحاب الحقوق المجاورة وتم الاعتراف لهم بحقوق مجاورة لحق المؤلف، على أساس أن أصحاب الحقوق المجاورة من الممثلين والمغنيين والموسيقيين هم من يعيشون الحياة في مصنف المؤلف، والقاسم المشترك بين أصحاب الحقوق المجاورة يتمثل في ميلاد الدعامة المادية التي تتضمن أداء صاحب الحق المجاور ومن خلالها يتم نقل المصنف إلى الجمهور في شكل فونوجرام أو فيديو جرام أو برنامج إذاعي أو تلفزيوني أو فيلم سينمائي⁽¹⁾، واستناداً إلى ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

- المطلب الأول: تعريف الدوبليير السينمائي

- المطلب الثاني: مدى الحق المجاور لحق المؤلف للدوبليير السينمائي

المطلب الأول

تعريف الدوبليير السينمائي

إن البحث في تعريف الدوبليير السينمائي يستلزم منا الرجوع إلى الجذر اللغوي لهذا المصطلح، حيث أتت تسمية الدوبليير من كلمة "Doublure" الفرنسية⁽²⁾، والتي تأتي بمعنى البديل ويقصد بهذا الأخير لغة⁽³⁾ بَدَل، بدلاً الشيء أي غيره واتخذ عوضاً منه، أبْدَل الشيء

(1) C.Doutrelepont, La notion de droits voisins, analys de draït compare, les journées du droit d'auteur, Collection de la faculté de droit de I, ULB, Brutlant, 1989, P.1.

(2) LE ROBERT & COLLiNs , DICTIONNAIRE POCHE, anglaise – français, français – anglaise, Collins publisher, p.157.

(3) المنجد في اللغة والاعلام، ط45، دار المشرق، لبنان، 2012، ص29.

منه بدلاً أي عوضاً أو خلفاً، يقال "بدّل الله الخوف أمناً" أي جعله بدّله. أما الدوبلير السينمائي اصطلاحاً فقد عرفه البعض بأنه "النيابة عن الفنانين لأداء مشاهدهم الخطرة، وهناك مصائب جمّة تحيط بهم فقد يصابوا بشكل خطير أو يموتوا"⁽¹⁾. وعرفه آخر⁽²⁾ بأنه "الأشخاص الذين يحلون محل نجوم الفيلم وممثليه في بعض المشاهد، وهم متخصصون بالأدوار الخطيرة، وإنهم نخبة صغيرة نسبياً من الفنانين المغامرين الجريئين المعروفين باسم البدلاء الذين لا يتعدى عددهم في هوليوود عاصمة السينما 500 شخص، بينهم عدد كبير من النساء". وهناك من عرفه⁽³⁾ بأنه "المُجازِف أو مؤدي مشاهد خطيرة أو ممثل بديل أو مؤدي حيل وهو فنان متخصص في أداء أدوار خطيرة، غالباً ما يكون خلف الأضواء حيث يتم توظيفه عوض الفنان الأصلي ليقوم بتأدية مشاهد وحركات صعبة محفوفة بالمخاطر، تستدعي مهارة ورشاقة بدنية ومرونة جسمانية ونفسية عالية يصعب أدائها على البطل الرئيسي". كما عرفه آخر⁽⁴⁾ بأنه "الفنان الذي لا يمثل، ببساطة يستطيع الظهور بكامل جسده ماعدا وجهه، ويتم نسب المشاهد التي يقوم بها إلى النجم الأصلي، في الحقيقة هو عمل صعب، ويكون أصحابه معرضون غالباً لأخطار جسيمة". وتم تعريفه⁽⁵⁾ بأنه "هو الشخص الذي ينوب عن الفنان أو البطل في القيام ببعض

- (1) شادي شاهين، الدوبلير السينمائي حوادث لا تنتهي.. مشاكل كارثية لصناع السينما، مقال منشور في 2020، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي: <https://www.sfha1.com/45476> آخر زيارة (2021/3/19).
- (2) البدلاء في السينما الأميركية، أدوار محفوفة بالمخاطر، مقال منشور في صحيفة الرأي، 200، متوفر على الموقع الآتي: <http://alrai.com/article/228719.html> آخر زيارة في (2021/3/18).
- (3) ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، مؤدي المشاهد الخطيرة، مقال متوفر على الموقع الآتي: shorturl.at/cptU5 آخر زيارة (2021/3/19).
- (4) علاء العبادي، دوبليرات فضحوا المستور في عالم الفن، مدونة شخصية أدبية ثقافية، مقال منشور في 2014، متوفر على الموقع الآتي: shorturl.at/kmnpw آخر زيارة (2021/3/19).
- (5) عبد المعين حمص، مصطلحات شائعة في السينما... ماذا تعني؟، مقال منشور في موقع عنب بلدي،

←

المشاهد الخطرة أو التي تتطلب مهارة معينة، إذ يستبدل مخرج العمل الفنان بشخص متمرس يمكنه أداء المهام الخطرة نيابة عن بطل الفيلم".

وهناك من عرفه⁽¹⁾ بأنه "أشخاص يواجهون ضربات قياسية، سقوط من الأعلى، ويصل الأمر أحياناً إلى مواجهة الرصاص، أو النيران المشتعلة، يضعون أنفسهم في دائرة المخاطرة بدلاً من البطل، بنفس ملابس الشخصية وأدائها، دون أن تظهر ملامحهم، ودون حتى أن يلاحظ المشاهد الاختلاف بين الدوبلير السينمائي والأصل".

ويلاحظ بصدد التعريفات المشار إليها الاتفاق بصورة أساسية في ثلاثة أمور، ألا وهي: الأول هو أن الشخص القائم بمهنة الدوبلير السينمائي يكون شخصاً طبيعياً فهو بديل عن النجم الأصلي، ولا شك أن هذا الأخير هو شخص طبيعي فلا يتصور قيام الشخص المعنوي بامتهان هذه المهنة، أما الثاني فيكمن في الخفاء الذي يتسم به شخصية الدوبلير السينمائي، فهو يكون مجهولاً بالنسبة للجمهور ولا يظهر بوجهه أبداً وذلك للحفاظ على مصداقية الفيلم السينمائي، والأمر الأخير يتجسد في الربط بين فكرة الدوبلير السينمائي والأدوار المتسممة بالصعوبة أو الخطورة، فلولا هذه الأخيرة لما ظهرت الحاجة لهذا الفنان البديل.

أما على الصعيد التشريعي فقد نص المشرع العراقي على تعريف الفنان⁽²⁾ وأطلق عليه تسمية "المؤدي" في المادة (5) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (3) لسنة 1971 والمعدل بموجب أمر سلطة الائتلاف (المنحلة) رقم (83) لسنة 2004، والتي تنص على أنه: "يتمتع المؤدي بالحماية ويعتبر مؤدياً كل من ينفذ أو ينقل إلى الجمهور عملاً فنياً من

←

والمتوفر على الموقع الآتي: <https://enabbaladi.net/archives/257325>

آخر زيارة (2021/3/19).

(1) يسرا سلامة، "الوريث"... وراء كل ممثل "دوبلير" عاشق للسينما، مقال منشور على موقع مصراوي في 2014، متوفر على الموقع الآتي:

<https://tinyurl.com/2s3kvhtw> آخر زيارة (2021/3/19).

(2) يقصد بالفنان بموجب المادة (1) من نظام وبرنامج نقابة فناني إقليم كردستان - العراق والمصدق في مؤتمر الفنانين الثاني لسنة 2010 على أنه: " يقصد بالمصطلحات الآتية المعاني المبينة أزاءها:..... الفنان: كل شخص يعمل في إحدى المجالات الآتية: موسيقى، مسرح، فن تشكيلي، أفلام".

وضع غيره سواء كان هذا الأداء بالغناء أو العزف أو الإيقاع أو الإلقاء أو التصوير أو الرسم أو الحركات أو الخطوات أو بأية طريقة أخرى مع عدم الإخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلي"، تقابلها نص الفقرة الخامسة عشر من المادة (1) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق رقم (17) لسنة 2012، والتي تنص على ما يأتي: "فنان الأداء: يقصد به الممثل، المغني، الموسيقي، الراقص، أو أي شخص آخر يقوم بالتمثيل أو غناء أو تلاوة أو إنشاد، أو أداء المسرحيات وغيرها من المصنفات بما في ذلك عرض لعب الأطفال وممثلي السيرك وذلك بموافقة الفنان الأصلي"، ويلاحظ من هذين النصين احتواءهما ضمناً على فكرة التمثيل بدلاً عن النجم الحقيقي في مشاهد معينة، حيث جاء فيه التمثيل والأداء التمثيلي بصورة مطلقة دون تقييده بالنجم الحقيقي، وإذا كان الدوبلير السينمائي له بُعد قانوني بالإضافة إلى أبعاده الأخرى، فليس من المعقول أن يبقى مفهومه مُغطاة بشيء من الغموض، فلا بد أن يعرض على الفكر والنظر لتكوين مفهوم قانوني دقيق له.

استناداً إلى ما تقدم يمكننا تحديد معنى الدوبلير السينمائي في نطاق دراستنا بأنه: شخص طبيعي يقوم بأداء أدوار محددة في الأفلام السينمائية بصورة خفية لغرض القيام بمشهد أو مشاهد معينة متسمة بالخطورة أو المهارة أو لسد الحاجة إلى التعدد في شخصية النجم الحقيقي".

ومهما تعددت التعريفات وتنوعت فيما بينها واختلفت من حيث المبنى فجميعها تتجه نحو إبراز ثلاثة حقائق، ألا وهي:

1- الحقيقة الأولى: إن وجود الدوبلير السينمائي في الغالب الشائع يرتبط ارتباطاً وثيقاً بوجود مشاهد تتسم بالخطورة أو تحتاج إلى مهارة معينة لتنفيذها، إلا أننا نرى أن في بعض الأحيان قد تفرض الحبكة السينمائية في الفيلم الاستعانة بالدوبلير السينمائي للنجم الحقيقي بالرغم من عدم وجود مشاهد متسمة بالخطورة أو المهارة، وذلك في الأفلام التي يلعب فيها النجم الحقيقي أكثر من دور سينمائي (التعددية في الشخصية السينمائية)، كما هو الحال في الأفلام التي يكون فيها النجم الحقيقي له أخ توأم، أو تلك الأفلام التي يلعب فيها النجم الحقيقي دور الأب والأبن معاً، أو الأفلام التي يلعب فيها النجم الحقيقي دور الجد الكبير في السن والأبن الشاب معاً، ففي هذه الأفلام تظهر الحاجة إلى الاستعانة بالدوبلير السينمائي في المشهد أو المشاهد التي يجمع النجم الحقيقي بأخيه التوأم، أو

بأبيه، أو جده الكبير في السن، ويتم تصوير هذه المشاهد عن طريق إظهار وجه النجم الحقيقي وظهر الدوبلير السينمائي، وتزداد الحاجة للاستعانة بهذا الأخير في المشاهد السينمائية التي يكون فيها تلامس بين النجم الحقيقي وأخيه التوأم أو أبيه أو جده، كما هو الحال في مشاهد الاحتضان للمواساة وغيرها⁽¹⁾.

2- الحقيقة الثانية: يجب أن لا يظهر وجه الدوبلير السينمائي مطلقاً، بمعنى أن الشخصية السينمائية للدوبلير السينمائي تنصهر وتذوب في شخصية النجم الحقيقي ويصبح كلاهما شخصاً واحداً حتى لا يتنبه الجمهور لوجود أكثر من شخصية للنجم الحقيقي، وهذا الأمر أدى إلى عدم الإشارة للدوبلير السينمائي في قائمة الأسماء التي تظهر في بداية ونهاية الفيلم السينمائي.

3- الحقيقة الثالثة: قد يكون هنالك علاقة بين الدوبلير السينمائي واللاإرادية في الفروض التي يتعرض فيها الدوبلير السينمائي لمخاطر معينة، إذ أن فكرة هذا الأخير ليس إلا التحكم الإرادي بالوقائع المتمثلة في أداء المشهد أو المشاهد الخطرة، إلا أن الأمر لا يكون على هذا الحال فيما يخص الآثار الناتجة من هذه الوقائع، فقد يكون هناك خروج عن التحكم الإرادي وتعجز الإرادة عن السيطرة على نتائج تصوير المشهد أو المشاهد الخطرة⁽²⁾.

(1) حيث أن هذه النوعية من المشاهد يصعب فيها التخلي عن فكرة الدوبلير السينمائي للنجم الحقيقي، وهذا بخلاف المشاهد التي يظهر فيها النجم الحقيقي بأكثر من شخصية دون الحاجة إلى الاستعانة بالدوبلير السينمائي، حيث يتم تصوير مشهد النجم الحقيقي بوحده ثم يوقف التصوير حتى يبدل النجم الحقيقي ثيابه ويلبس ثياب شخصيته الأخرى ويستأنف التصوير مرة أخرى وبعد عملية المونتاج تظهر كلتا الشخصيتان كأنهما مع بعض في ذات المشهد. للمزيد عن هذه التقنية لاحظ: أحمد جندي، مخرج "الكبير أوي": ظهور مكّي ب3 شخصيات في مشهد واحد أمر يدفع أي ممثل إلى الجنون، مقابلة تلفزيونية، برنامج كلمة أخيرة، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي:

<https://tinyurl.com/4ybj38w5> آخر زيارة في (2022/7/5).

(2) فقد يكون أداء المشاهد التمثيلية غير خارجة عن التحكم الإرادي للدوبلير السينمائي، ولكن الآثار الناتجة عن أداء هذه المشاهد خارجة عنه، كما هو الحال في وقوع حوادث مؤلمة تصل أحياناً إلى حد الوفاة أثناء تصوير الفيلم السينمائي.

للمزيد لاحظ: شادي شاهين، مرجع سابق. ولاحظ كذلك: أتالانتا رويترز، وفاة ممثل دوبلير أثناء

←

المطلب الثاني

مدى الحق المجاور لحق المؤلف للدوبليز السينمائي

يعتبر مصطلح الحق المجاور من المصطلحات المألوفة في قانون الملكية الفكرية، حيث يتألف هذا المصطلح من شقين هما: الحق والمجاور، ويقصد بالشق الأول: مزية أو ملكة أو قدرة يستأثر بها شخص على شيء، أما الشق الثاني فهو صفة الجوار التي يوصف بها نوع الحق حيث تجعل من هذا الحق متواجداً إلى جانب حق المؤلف ومجاوراً له، إذ أن حق المؤلف تمنح لمؤلفي المصنفات الأصلية أو المشتقة بينما الحق المجاور يمنح إلى الفئات التي ساهمت في إخراج أعمال المؤلف إلى الوجود وبعثت فيه الحياة عن طريق التعبير عنها بالوسائل المختلفة، وأصحاب الحقوق المجاورة لحق المؤلف يشمل كل من فناني الأداء، ومنتجي التسجيلات الصوتية، ومؤسسات الإذاعة والتلفزيون⁽¹⁾. وعلى الصعيد الفقهي قد عرف البعض أصحاب الحقوق المجاورة بأنهم: "الأشخاص الذين يعاونون على الإبداع الأدبي والفني، فبواسطة فناني الأداء تستمر المؤلفات الموسيقية والمصنفات المسرحية، وتتحقق كامل رسالتها، وتضمن مؤسسات التسجيل الصوتي استمرار التمتع بالمصنفات، وتلغي هيئات البث الإذاعي المسافات"⁽²⁾. وهناك من عرف الحقوق المجاورة⁽³⁾ بأنها: "الحقوق الممنوحة في عدد متزايد من البلدان لحماية مصالح فناني الأداء، ومنتجي الفونوغرامات، وهيئات الإذاعة فيما يخص أنشطتهم المتصلة بالاستعمال العام لمصنفات المؤلفين وجميع أنواع العرض الفني، أو نقل الأحداث، أو المعلومات، والأصوات، أو الصور إلى الجمهور".

←

تصوير "الموتى السائرون"، مقال منشور على موقع الإمارات اليوم، 2017، متوفر على الموقع الآتي:

<https://tinyurl.com/yexkczb6> آخر زيارة (2021/3/21).

(1) داليا ليزيك، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، دار العبيكات، الرياض، 2003، ص388.

(2) Henri Debois, Le droit d'auteur, en France, Dalloz, Paris, 1978, p.213,

(3) د. غسان رباح، قانون حماية الملكية الفكرية والفنية الجديد، دراسة مقارنة، ط1، بيروت، 2001، ص387.

وعرفها آخر⁽¹⁾ بأنها: "الحقوق الممنوحة لحماية مصالح الفنانين، ومنتجي الفونوغرامات، وهيئات البث الإذاعي".

أما على الصعيد التشريعي فقد نصت الفقرة الرابعة عشر من المادة (1) من قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق على أنه: "الحقوق المجاورة: هي الحقوق التي يتمتع بها الفنانون المؤدون، ومنتجو التسجيلات السمعية، ومؤسسات ومحطات وشركات وهيئات البث التلفزيوني والإذاعي ودور النشر من دون الإخلال بحقوق المؤلف الأصلي"، ويلاحظ من نص هذه الفقرة أن المشرع الكوردستاني قد وسع من نطاق أصحاب الحقوق المجاورة، إذ أن الاتجاه التقليدي في تحديد أصحاب الحقوق المجاورة هو تحديدها بفئات ثلاث وهم: فناني الأداء، ومنتجو الفونوغرام والفيديو غرام، وهيئات الإذاعة أو هيئات الاتصالات السمعية البصرية، وهذا بخلاف اتجاه المشرع الكوردستاني الذي أضاف فئات أخرى إلى أصحاب الحقوق المجاورة، حيث أعطى حقاً مجاوراً لدور النشر بجانب حقوق فناني الأداء والمنتجين وهيئات⁽²⁾.

يتبين لنا مما تقدم أن الدوبلير السينمائي باعتباره ممثلاً بديلاً عن النجم الحقيقي يعتبر صاحب حق مجاور لحق المؤلف ويعبر عنه بمصطلح "فنان الأداء أو المؤدي"⁽³⁾، فجميع

(1) زواني نادية، الإعتداء على حق الملكية الفكرية، التقليد والقرصنة، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 65.

(2) من القوانين العربية التي وسعت من نطاق أصحاب الحقوق المجاورة هي قانون حماية الملكية الأدبية والفنية اللبناني رقم (75) لسنة 1999، حيث نصت في المادة (35) منه على أنه: "يعتبر أصحاباً للحقوق المجاورة منتجو التسجيلات السمعية وشركات ومؤسسات البث التلفزيوني والإذاعي ودور النشر والفنانون المؤدون كالفنانين والعازفين والمطربين وأعضاء الجوقات الموسيقية والراقصين وفناني مسرح الدمى المتحركة وفناني السيرك". ويرى بعض الفقه أن الناشر يتمتع بحق مجاور مماثل لحق المنتج نظراً لتشابه دور كل من المنتج والناشر.

للمزيد لاحظ: G.Lamy، Faut - il creer un droit de I ، auteur en jeux ، in Le droit d ، editeur ، Litec ، 2 eme symposium de la Union International des editenes ، economique et culturel 1990 p.253.

(3) يعرف فنان الأداء بأنه: "الشخص الذي يمثل ويؤدي المصنفات الأدبية والفنية أو المسرحية أو الموسيقية عن طريق التمثيل المسرحي أو الإنشاد أو العزف الموسيقي أو الرقص أو بأية طريقة أخرى".

الممثلين والمغنين والموسيقيين والراقصين في الأفلام السينمائية يدخلون تحت مظلة فنان الأداء أو المؤدي، وهم يعتبرون جزءاً لا يتجزأ من العملية الإبداعية لصناعة الفيلم السينمائي ويتمتعون بحقوق مجاورة لحق المؤلف الأصلي.

وبعد أن أشرنا إلى مفهوم الدوبليز السينمائي باعتباره صاحب حق مجاور وفنان أداء في الفيلم السينمائي، يثار عندنا التساؤل حول طبيعة المصنف السينمائي⁽¹⁾، بمعنى هل يعتبر المصنف السينمائي مصنفًا مشتركاً أم مصنفًا جماعياً؟ وفي حال اعتباره مصنفًا مشتركاً هل يعتبر الدوبليز شريكاً في هذا المصنف؟

للإجابة على هذا التساؤل لابد لنا من التعرض لمفهوم المصنف المشترك والمصنف الجماعي بشيء من الإيجاز وبقدر ما يفيد بحثنا.

يقصد بالمصنف الجماعي، مصنف يضعه أكثر من شخص طبيعي بتوجيه وإشراف من شخص طبيعي أو معنوي، ويعتبر هذا الأخير مؤلفاً للمصنف، ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف، فعمل الأشخاص الطبيعية ينصهر ويندمج في الهدف الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي، كما هو الحال في الموسوعات الأدبية والمختارات

(1) لاحظ: محمد السعيد رشدي، حماية الحقوق المجاورة لحق المؤلف، دراسة في القانون المقارن، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، سونيو 1998، ص 658.

يقصد بالمصنف: "سواء كان مؤلفاً أدبياً أو علمياً أو فنياً، ثمار تفكير الإنسان ومهبط سره ومرآة شخصيته بل هو مظهر من مظاهر هذه الشخصية ذاتها"، وقد عرفت الفقرة الثالثة من المادة (1) من قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق المصنف بأنه: "كل عمل أدبي أو علمي أو فني مبتكر"، ويشار إلى المصنف في قانون حق النشر البريطاني لسنة 1988، وقانون حق النشر الأمريكي لسنة 1989، وقانون حماية الملكية الأدبية والفنية اللبناني رقم (75) لسنة 1999، بمصطلح "العمل"، وبالرغم من أن مصطلحي "المصنف والعمل" يدلان على المفهوم ذاته، إلا أن مصطلح "العمل" هو الأصح إستخداماً كونه أشمل وأعم من مصطلح "المصنف" التي تعني التصنيف.

للمزيد لاحظ: عرفة عبد الوهاب، قانون حق المؤلف، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1997، ص 29. ولاحظ كذلك: Michael. F. Flint.Solicitor، A user guide to copy right ،

London Butter Worth، 1979، p.5.

العلمية والقواميس اللغوية⁽¹⁾.

أما المصنف المشترك، فهو مصنف يساهم في ولادته أكثر من شخص سواء أمكن فصل نصيب كل منهم فيه أم لم يمكن، كما هو الحال في اشتراك أكثر من فنان في رسم لوحة زيتية أو الاشتراك في المسرحيات والأفلام السينمائية من حيث إعدادها وكتابتها⁽²⁾. واستناداً إلى ما تقدم يمكننا القول أن الفيلم السينمائي يُدرج ضمن المصنفات المشتركة، ويكون مصنفًا قابلاً للفصل بين أجزائه لتحديد نصيب كل شريك في الفيلم أي أنه مصنف مشترك غير مختلط⁽³⁾، فالمشتركون في صناعة الفيلم يقوم كل واحد منهم بعمل

(1) قد عرفت المادة (27) من قانون حق المؤلف العراقي المصنف الجماعي بأنه: "المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بارادتهم وبتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي، ويندمج عمل المشركين فيه في الفكرة العامة الموجهة من هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي، بحيث يكون من غير الممكن فصل عمل كل من المشركين وتمييزه على حدة، ويعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه ونظم ابتكار هذا المصنف مؤلفاً، ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق التأليف وتقابلها نص الفقرة الخامسة من المادة (1) من قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق، إذ نصت على أنه: "المصنف الجماعي هو المصنف الذي ساهم به أكثر من شخص طبيعي، بمبادرة وتوجيه وإشراف شخص طبيعي أو معنوي يتولى نشره باسمه".

(2) تنص المادة (25) من قانون حق المؤلف العراقي على أنه: "إذا اشترك عدة أشخاص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل كل منهم في العمل المشترك يعتبرون جميعاً أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم إلا إذا اتفق على غير ذلك وفي هذه الحالة لا يمكن مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف الا باتفاق جميع المؤلفين المشركين، ويعتبر كل واحد منهم وكياً عن الآخرين، فإذا وقع خلاف بينهم يكون الفصل فيه من اختصاص محكمة البداية على انه لكل من المشركين في التأليف الحق في رفع الدعاوى عند وقوع أي تعد على حق المؤلف"، وكذلك المادة (26) من القانون ذاته نصت على أنه: "إذا اشترك عدة اشخاص في تأليف مصنف بحيث يمكن فصل دور كل منهم في العمل المشترك كان لكل منهم الحق في الانتفاع بالجزء الذي ساهم به على حدة بشرط أن لا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك". وتقابلها نص الفقرة السادسة من المادة (1) من قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق والتي قضت بأن: "المصنف المشترك هو المصنف الذي لا يشكل مصنفًا جماعياً، وساهم به أكثر من شخص طبيعي سواء أمكن فصل نصيب كل منهم فيه أو لم يكن".

(3) يترتب على ذلك جملة من الآثار القانونية التي نلخصها في عدد من النقاط، كالآتي:

أولاً: إذا نكل أحد المشركين في المصنف السينمائي عن إتمام نصيبه يكون لبقية المشركين الحق

←

مميز ومنفصل عن الآخر بالرغم من تجمع جميع الأعمال تحت مظلة الفيلم السينمائي، فنصيب عمل المخرج يكون قابلاً لفصله عن عمل السيناريسست وهكذا.

أما فيما يخص مسألة الأشخاص الذين يعتبرون شركاء في الفيلم السينمائي فقد عدت القوانين محل البحث مجموعة أشخاص واعتبرهم شركاء في تأليف المصنفات السينمائية، حيث نصت المادة (31) من قانون حماية حق المؤلف العراقي على أنه: "يعتبر شريكا في تأليف المصنف السينمائي أو المصنف المعد للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون: أولاً: مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج، ثانياً: من قام بتحويل المصنف الأدبي الموجود بشكل يجعله ملائماً، ثالثاً: مؤلف الحوار، رابعاً: واضع الموسيقى إذا قام بوضعه خصيصاً لهذا الغرض، خامساً: المخرج إذا بسط رقابة فعلية وقام بعمل إيجابي من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف وإذا كان المصنف السينمائي أو المصنف المعد للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون مبسطاً أو مستخرجاً من مصنف آخر سابق عليه فيعتبر مؤلف هذا المصنف السابق مشتركاً في المصنف الجديد". وتقابلها نص المادة (20) من قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق، والتي تنص على أنه: "أولاً: يعد شريكا في تأليف المصنفات السينمائية والسمعية المرئية: 1- مؤلف السيناريو أو

←

في طلب فسخ العقد المبرم بينهم وبين منتج الفيلم السينمائي.

ثانياً: يمكن لكل مساهم متضرر بسبب إمتناع الناكّل عن إتمام نصيبه في المصنف السينمائي المطالبة بالتعويض إستناداً إلى المسؤولية المدنية.

ثالثاً: لا يجوز أن ينفرد أحد الأشخاص من الشركاء أو غيرهم في استغلال المصنف السينمائي بمجموعه من غير الحصول على موافقة جميع الشركاء، ولذلك يقوم منتج المصنف بإبرام عقود مع الشركاء والممثلين (النجم الحقيقي والدوليبر السينمائي) في مقابل تنازلهم عن حق الاستغلال المالي للمصنف، إذ تنحصر الوظيفة الرئيسية للمنتج في تمويل المصنف وتحمل الخسارة التي قد تلحق به، ومقابل هذه المخاطرة يجني أرباحه في حال نجاحه عند عرضه على الجمهور، ومن ثم يعتبر المنتج ناشراً للمصنف، ويكون له جميع حقوق النشر.

رابعاً: يحق لأي من الشركاء اللجوء إلى القضاء لدفع الاعتداء الكلي أو الجزئي الواقع على المصنف السينمائي.

للمزيد حول هذه الآثار لاحظ: د. عصمت عبد المجيد بكر، الحماية القانونية لحقوق المؤلف، دراسة قانونية، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة نشر، ص 27-28.

صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج، 2- من قام بتحويل المصنف الأدبي الموجود بشكل يجعله ملائماً للتنفيذ، 3- مؤلف الحوار في المصنف السينمائي أو السمعي المرئي، 4- واضع الموسيقى إذا قام بوضعه خصيصاً لهذا الغرض، 5- مخرج المصنف إذا باشر رقابة فعلية على تنفيذه. ثانياً: إذا كان المصنف السينمائي أو السمعي المرئي مستنبطاً من مصنف آخر سابق عليه أو مستخرجاً منه، فيعتبر مؤلف هذا المصنف السابق شريكاً في المصنف الجديد"، ويلاحظ من نص هاتين المادتين أن المشرع العراقي والكووردستاني لم يعتبر الممثلون عامة سواء كان نجماً حقيقياً أو دوبليراً سينمائياً شريكاً في المصنف السينمائي، هذا بالرغم من ما لهم من فضل في تحقيق الفكرة الفنية للفيلم في عالم السينما، ويرجع البعض⁽¹⁾ السبب في عدم اعتراف المشرع بصفة الشريك للممثلين في الفيلم السينمائي إلى كثرة عددهم والذي يصل أحياناً إلى عدة آلاف في الفيلم الواحد، فلاشك أن اعتبار كل هؤلاء شركاء في الفيلم يؤدي إلى عرقلة الإنتاج السينمائي، والسبب الآخر يكمن في أن حركات الممثلين يكون مقيداً بأوامر المخرج وتوجيهاته، إلا أن هذا الحكم فيه شيء من الإجحاف بحقهم، حيث أن عدم ذكر الممثلين ضمن قائمة الشركاء في المصنف السينمائي يحرمهم من حقوقهم الواجب حمايتها بموجب القانون، بالرغم من كونهم جوهر الفيلم السينمائي، فكيف يكون حال الجسد دون الروح، كذلك يكون حال المصنف دون وجود ممثلين لأداء الأدوار السينمائية، حيث أن الممثل السينمائي قد يقوم بتعديل المشهد بالإضافة عليه، أو تغيير جزء فيه، أو حذف بعض مشاهدته، أو اقتراح إعادة تسلسله بشكل مبتكر وذو طابع إبداعي، بالإضافة إلى احتمالية أداءه للدور السينمائي بطريقة مميزة ومختلفة، عليه لا بد أن يكتسب هو الآخر صفة الشريك في المصنف السينمائي ويتمتع بالحقوق التي يتمتع بها بقية الشركاء بالأخص عندما يتخذ الممثل طابعاً مميزاً عن غيره من الممثلين في الفيلم ويؤدي هذا التميز إلى إقبال كبير على الفيلم وتحقيق شهرة واسعة له.

(1) سهيل حسين الفتلاوي، حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي، دراسة مقارنة، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1978، ص 257-258.

المبحث الثاني

المشكلات المرتبطة بحقوق الملكية الفكرية للدوبليز السينمائي

بعد أن انتهينا من تحديد الحق المجاور لحق المؤلف بالنسبة للدوبليز السينمائي، يكون من الضروري التعرض للمشكلات التي تكون لها صلة بحقوق الدوبليز الفكرية، فيتبين لنا من خلال واقع عمل الدوبليز الإهدار الذي يتعرض له في اسمه من خلال منعه من نسبة المشاهد إليه من جهة، وتقييد حدود تمتعه بعرضه السينمائي من جهة أخرى.

وبما أنه من الصعب على الإنسان أن يعيش دون اسم، والأمر يزداد صعوبة بالنسبة للدوبليز باعتباره ممثلاً يعمل لكسب المزيد من الشهرة، وهذا الأمر لا يمكن تصور تحققه طالما بقي قابلاً في الظل ومن هنا، يثار عندنا التساؤل حول مدى مشروعية إهدار اسم الدوبليز في قائمة الأسماء التي تظهر في بداية ونهاية الفيلم السينمائي؟

ومن ناحية أخرى، يكون من الضروري دراسة الحدود التي وضعت للدوبليز في مسألة استغلال عرضه السينمائي، وبمعنى آخر هل يسمح له أن يعمل على تنزيل مقاطع من المشهد أو المشاهد التي نفذه على موقعه أو حسابه في الفيس بوك وإنستغرام وسناب جات وغيرها من التطبيقات الإلكترونية؟ حيث أن الدوبليز الذي يهدر اسمه ويمنع من نسبة المشهد إليه هو بالتالي لا يمكنه التمتع باستغلال المشهد أو المشاهد المنفذة من قبله بحجة أن بقاءه في الخفاء هو أمر ضروري للحفاظ على سمعة الفيلم والنجم الحقيقي، إذ أن عرضه لمشاهده على مواقع التواصل الاجتماعي يؤدي إلى إطلاع الجمهور عليها ومعرفة حقيقة المشهد وهذا ما لا يكون مقبولاً عند المنتج فكثيراً ما يقوم هذا الأخير بإخفاء الدوبليز عن طريق عدم الإشارة إليه في قائمة الأسماء، فمن باب أولى لا يكون مقبولاً عنده مسألة كشف الدوبليز للحقيقة على مواقع التواصل الاجتماعي الموجود فيه الملايين من المستخدمين، ولكن هل هذا القول يكون صحيحاً على إطلاقه؟ أم توجد حالات خاصة يجب التمييز فيما بينها؟

للإجابة على هذه الأسئلة وغيرها من الأسئلة سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول إهدار اسم الدوبليز السينمائي، وندرس في الثاني حدود تمتع الدوبليز بعرضه السينمائي، كالآتي:

المطلب الأول: إهدار اسم الدوبليز السينمائي ومنعه من نسبة المشهد إليه

المطلب الثاني: حدود تمتع الدوبلير باستغلال عرضه السينمائي

المطلب الأول

إهدار اسم الدوبلير السينمائي ومنعه من نسبة المشهد إليه

في السنوات الأولى لصناعة السينما كانت الأفلام تعرض مع عنوان الفيلم دون أية إشارة إلى أسماء الممثلين المشتركين فيه، ولكن مع ازدياد جمهور السينما وتوسع القاعدة الجماهيرية للأفلام وذهاب الجمهور إلى دور السينما بصورة شبه منتظمة أصبح بعض الممثلين يمتلكون معجبين يتعرفون عليهم ويميزونهم عن الممثلين الآخرين بوجوههم دون أسمائهم، إلا أن هذا الحال لم يستمر طويلاً، حيث تم إدراج أسماء بعض الممثلين قبل البدء بعرض الفيلم والدخول في مضمون قصته، حتى يتعرف الجمهور على أسماء الوجوه المفضلة لديهم، مما كان يسهل على منتج الفيلم جذب الجمهور مرة أخرى إلى دور السينما كلما تعلق الأمر بعرض فيلم للممثل المفضل عندهم هذا من جهة، ومن جهة أخرى كانت قائمة الأسماء هي الآلية المثلى لزيادة شهرة الممثل وتوسيع قاعدته الجماهيرية، وزيادة شهرته لدى بقية المنتجين في الوسط السينمائي، بالإضافة إلى اعتبارها آلية لإبداء التقدير تجاه بعض الممثلين المشتركين في الفيلم عن طريق نسبة المشاهد إليهم، وبعد عام 1970 تطورت فكرة القائمة وأصبحت تتضمن أسماء أكثرية المشتركين في الفيلم السينمائي دون اقتصارها على بعض الممثلين حيث تم إدراج اسم الموزع والمنتج والمخرج وغيرهم من الأشخاص، وشيئاً فشيئاً تم إدراج قائمة أخرى للأسماء عند الانتهاء من عرض قصة الفيلم، حيث أصبح يوجد قائمتان خاصتان بأسماء المشتركين في صناعة الفيلم⁽¹⁾، أحدهما تكون في بداية الفيلم (القائمة الافتتاحية) وقبل البدء بعرض

(1) بالرغم من عدم وجود ضابط معين لإدراج الأسماء وإختلاف القوائم وتباينها بين فيلم وآخر، إلا أن المتمعن في الهيكل الأساسي للقائمة الافتتاحية يجد أن هذه القائمة تبدأ بشعار الاستوديو أو شركة التوزيع، تليها اسم المخرج أو بعض الممثلين الرئيسيين على حسب حالة كل فيلم، يليه اسماء فريق التمثيل، يليه بعض الأسماء التي يتم ترتيبها من الأقل أهمية إلى الأكثر أهمية، كاسم مدير إختيار الفنانين، ومصمم الأزياء، والملحن الموسيقي، والمنتجين المساعدين، والمحرر، ومصمم الإنتاج، ومشرف المؤثرات البصرية، والمدير الفني ومدير التصوير، والمنتج التنفيذي، والمنتج، والكاتب.

أما القائمة النهائية فعادةً ما تكون أطول مقارنة بالقائمة الافتتاحية، وتكون ترتيب الأسماء فيها على

←

مضمونه والثانية تكون عند الانتهاء من قصته (القائمة الختامية)، وكان الأمر في البداية يقتصر على العرض لدقائق معدودة ثم تطور وأصبح يمتد لأكثر من عشرة دقائق متواصلة، وبما أنه من الصعب جذب الجمهور لقراءة قائمة الأسماء وبالأخص القائمة الختامية التي تظهر بعد الانتهاء من مشاهدة الفيلم السينمائي، حيث يكون الجمهور قد شاهد الفيلم ولا يبقى له شغفاً لانتظار قائمة الأسماء الثانية، تم إيجاد طرق مبتكرة لجذب الجمهور وبقاءه لحين الانتهاء من عرض القائمة الختامية، وذلك عن طريق إضافة رسوم متحركة ممتعة أو مقاطع موسيقية أو عرض مشاهد فكاهية حصلت أثناء تصوير الفيلم وهكذا⁽¹⁾.

أما فيما يخص مضمون قائمة الأسماء فلا يوجد قانون أو قاعدة معينة يتم إتباعها عند إدراج أسماء الممثلين وبقية المشتركين في الفيلم السينمائي، وإنما زمام السلطة تكون بيد المنتج ومخرج الفيلم، حيث يعمل كل من المنتج والمخرج على ترتيب الأسماء استناداً إلى معيار النجم الأبرز في الفيلم وهذا المعيار يعتمد على مساحة حضوره وعدد مشاهدته في الفيلم، أو معيار القيمة الفنية للفنان والذي يعتمد على تأريخ الفنان وشهرته وقوته التسويقية، والمعيار الحاسم في ترتيب أسماء الممثلين عند تساويهم في المعايير الفنية والإنتاجية هو معيار القيمة الفنية لتأريخ الممثل⁽²⁾.

قد تبين لنا مما سبق أن أساس قائمة الأسماء تكمن في اعتبارات اقتصادية واجتماعية وفنية وأخلاقية، عليه يكون من الظلم إقصاء اسم الدوبلير من هذه القائمة ومنعه من نسبة المشهد إليه بحجة أن إظهار اسمه ونسبة المشهد إليه يؤدي إلى الإخلال بمصداقية الفيلم ويؤثر في جودته عند الجمهور وبالتالي تقل نسبة المشاهدات عليه، حيث أن الدوبلير يقف لساعات طويلة ويتحضر للمشهد ولو لا مساهمته لن يخرج المشهد بالطريقة المطلوبة،

←

المنوال الآتي: اسم المخرج، يليه الكاتب، يليهما المنتج والمنتج التنفيذي، يليهما اسماء الممثلين التي تظهر حسب الحروف الأبجدية أو حسب الدور أو حسب شهرتهم، ثم يليه رؤساء الأقسام، وأخيراً تتم الإشارة إلى الموسيقى، ورعاية الإنتاج، والشكر الخاص.

(1) N F I, Film CREDITS: Everything You Need To Know, an article, available at:

<https://tinyurl.com/2553whvn> last visited (18/7/2022).

(2) ماهر منصور، القيمة الفنية بلا قيمة في شارات المسلسلات... والوسط الفني يفتقر ل أدب التيترات، مقال منشور في موقع العين الإخبارية، 2019، متاح على الموقع الإلكتروني الآتي: <https://tinyurl.com/5ersvdh3> آخر زيارة في (18/7/2022).

ويتخلى عن الكثير من أوقاته وحياته اليومية لساعات وأيام وأشهر في سبيل أداء المشهد بأمثل صورة، فلا يكون من العدالة أن ينتهي به الأمر كمقاتل مجهول والنجم الحقيقي يأخذ كل التقدير والشكر على مجهود مبذول من قبل الدوبلير، وأن مسألة إهدار اسم الدوبلير هي مسألة تختلف من دولة لأخرى وفي ذات الدولة يختلف الأمر من فيلم لفيلم آخر، والسبب في هذا التباين يعود إلى عدم وجود قانون أو تعليمات إلزامية في هذا الشأن من جهة، وضعف القدرة التفاوضية للدوبلير من جهة أخرى حيث قلما يستطيع أن يفرض شروطه بشأن كيفية ومكانة عرض اسمه في قائمة الأسماء كما يفعل النجوم الحقيقيون⁽¹⁾.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (34/مكررة) من قانون حماية حق المؤلف العراقي على أنه: "يكون لفنان الأداء وبصورة مستقلة عن حقوق فنان الأداء المالية وحتى بعد نقل ملكية هذه الحقوق الحق في أن ينسب إليه أداءه السمعي أو أداءه المثبت في تسجيل صوتي إلا إذا كان الإهمال في نسبة الأداء إليه تفرضه طريقة الانتفاع بالأداء....."، تقابلها الفقرة السابعة من المادة (28) من قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق والتي تنص على أنه: "يكون لفنان الأداء الحق في أن ينسب إليه أدائه السمعي الحي أو أدائه المثبت في تسجيل صوتي حتى وإن كانت الحقوق المالية المتعلقة بهذا الحق، قد انتقلت إلى الغير، إلا إذا كان الامتناع عن نسبة الأداء السمعي تفرضه طريقة الانتفاع بالأداء وله الاعتراض على أي تعد على هذا الحق ومنع كل تحريف أو تشويه أو أي تعديل آخر لأدائه قد يلحق ضرراً بسمعته"، ويلاحظ من نص هاتين المادتين أن المشرع حصر النص بالأداء السمعي دون الأداءات السمعية البصرية، وبما أن الأفلام

(1) قد أعلن الممثل المصري "محمود الجندي" إعتزاله عام 2017 بسبب وضع اسم ممثلة معينة قبل اسمه في قائمة بداية ونهاية مسلسل "رمضان كريم"، وبالرغم من عدوله عن هذا القرار إلا أن الأمر أثار ضجة واسعة، فكثيراً ما تحدث خلافات بين الممثلين بسبب أن غالبيتهم يسعون إلى حجز مكانة لهم في قائمة الاسماء، لأن ترتيب الاسماء أصبح رمزاً للقيمة الفنية للنجم وتأريخه، وهذه النقطة غير قابلة للتفاوض لدى الكثيرين منهم، حيث الكثير من الممثلين يسعون لوضع اسمهم في - المكان الذي يريدونه بغض النظر عن حجم الدور الذي يؤديه.

للمزيد لاحظ: نور عويتي، ترتيب اسماء الفنانين في الشارات: أنا أولاً، مقال منشور في موقع

العربي، 2019، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي:

<https://tinyurl.com/37p3djmk>

آخر زيارة في (18/7/2022).

السينمائية تدخل تحت مظلة الأداءات السمعية البصرية، عليه لا يوجد تنظيم قانوني دقيق للأفلام السينمائية، وحتى في حال تعديل هذين النصين وجعلهما مشمولين بالأداءات السمعية البصرية لا يمكننا الجزم بأن الأساس القانوني وراء إقصاء ومنع الدوبليز يكمن في أن طريقة الانتفاع بأدائه يفرض ذلك، إذ يمكن الانتفاع بأداء الدوبليز لأبعد الحدود مع الإشارة لاسمة لنسبة مشهده إليه، وهذا ما حدث في الفيلم الأجنبي المشهور " No Time to Die" حيث تم إدراج اسم الدوبليز السينمائي الذي أدى مشاهد خطيرة في قسم البدلاء قبل الإشارة إلى مدير الإنتاج في القائمة الختامية عند الانتهاء من عرض الفيلم، وهذا بخلاف ما حدث في فيلم "FURIOUS 7" حيث تضمن مشاهد من مطاردات جبلية والهبوط بالمظلات وكان هناك خمسة وعشرون دوبليزاً في الفيلم يعملون على إخراج المشاهد بأبهى صورة والعديد منهم خاطروا بحياتهم ووصلوا لحافة الموت وبالرغم من كل ما تعرضوا له تم استبعادهم من قائمة الأسماء⁽¹⁾.

صفوة القول أن عملية إهدار اسم الدوبليز هي عملية غير قانونية وتفتقر إلى الشرعية اللازمة، فلا يخفى على أحد ان الحق في الاسم هو أحد الحقوق اللصيقة بشخصية⁽²⁾ صاحبه والذي لا يقبل التصرف فيه بعوض أو دون عوض، والحجج التي يتم الاستناد

(1) للمزيد عن إهدار أسماء الدوبليز في فيلم furious 7 لاحظ:

FURIOUS 7, Stunt Crew Furious: WE GOT NO CREDIT, an article, available at: <https://tinyurl.com/4bezrczu> last visited (13/8/2022).

(2) يقصد بالحقوق اللصيقة بالشخصية الحقوق التي تتصل أشد اتصال بالشخص، وتمثل هذه الحقوق الحد الأدنى من الحقوق الواجب كفالاته ليعيش الشخص داخل المجتمع ويشارك فيه، وتتميز هذه الحقوق بعدد من الخصائص ألا وهي: أولاً: الحقوق اللصيقة بالشخصية غير قابلة لتصرف فيها بسبب كونها من الحقوق غير المالية فهي لا تكون محلاً للبيع أو التنازل، ثانياً: الحقوق اللصيقة بالشخصية حقوق غير مالية أي أنها لا تقدر بالمال ويمكن استثناءً وفي نطاق ضيق الترخيص باستخدامها، كما هو الحال بترخيص فنان مشهور في استخدام اسمه على بعض المنتجات لغرض الدعاية والإعلان، ثالثاً: الحقوق اللصيقة بالشخصية حقوق عامة مطلقة ولهذا تثبت لكل شخص في المجتمع بغض النظر عن جنسه ولونه ودينه، ويحتج بها على الناس كافة، رابعاً: عدم قابلية الحقوق اللصيقة بالشخصية للتقادم.

للمزيد عن الحقوق اللصيقة بالشخصية لاحظ: د. جابر محجوب علي، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، ج2، دون دار نشر، القاهرة، 2007، ص103. ولاحظ: د. حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1988، ص592.

إليها لإقصاء الدوبليز من القائمة هي حجج ضعيفة، فهناك أفلام سينمائية اشتهرت بالنجاح الساحق بالرغم من الإشارة إلى وجود الدوبليز كبديل عن النجم الحقيقي، بل أكثر من ذلك هناك بعض النجوم جاھروا بوجود دوبيز لهم في مشاهد معينة، وقد اتسعت المحاولات في أمريكا لحملات يطالبون فيها بتوزيع جوائز الأوسكار على الدوبليز، واستمرت هذه الحملات لأكثر من خمسة وعشرين عاماً وجمعوا فيها أكثر من خمسين ألف توقيع لأشخاص يطالبون بخروجهم للعلن وإعطائهم الجوائز كتقدير لجهودهم، وبالأخص أن بعض النجوم أخذوا جوائز أوسكار على مشاهد لهم في الأفلام تم تنفيذها بمساعدة الدوبليز، مما أدى إلى اندلاع النقاش حول مقدار الفضل الذي يجب أن يعطى للنجم والفضل الذي يعود للدوبليز، وهذا عين ما حدث للنجمة " ناتالي پورتمان " عن دورها كراقصة في فيلم " Black Swan " وكانت لها دوبيزيرة باسم " سارا لاني " المعروفة باحترافها رقصات الباليه، بعد ما استلمت النجمة " ناتالي " جائزة أوسكار عن رقصة البجعة المؤداة في الفيلم⁽¹⁾، وبين استبيان في أمريكا وجود دوبيز واحد على الأقل ل 74% من الأفلام التي تم إنتاجها بين عامي 2000 و2016 عن طريق ظهور الدوبليز على الشاشة أو من خلال عمله كمنسق حيل لمساعدة النجوم على تعلم حركات أو مهارات معينة، وكذلك جاء في الاستبيان أن الدوبليز يشكل 8.3% من إجمالي طاقم العمل في أفلام الحركة و7.5% في أفلام الجريمة⁽²⁾.

عليه إذا كان الدوبليز له هذه الأهمية والدور الجوھري في الفيلم السينمائي يكون من الضروري توفر الحماية المدنية له عن طريق وقف إھدار اسمه ونسبة المشاهد إليه من خلال إدراج اسمه في قائمة الأسماء في قسم خاص يسمى بقسم البدلاء يدرج تحتها أسماء جميع الدوبليز المستخدمين في الفيلم ويذكر النجم الحقيقي لكل منهم، بخلافه يكون من حق الدوبليز وقف الاعتداء الذي يتعرض له بسبب عدم الإشارة إلى اسمه ومنعه من نسبة المشهد إليه عن طريق اللجوء إلى القضاء المستعجل الذي يعطي للقاضي سلطة

(1) OLIVIA KATRANJIAN and KIMBERLY LAUNIER, Natalie Portman's 'Black Swan' Dance Double Claims Filmmakers Are 'Lying', Sarah Lane says "Black Swan" producers exaggerated Portman's dancing, an article, published on abc NEWS,2011, Available at: <https://tinyurl.com/4sm2bh8p> last visited(18/7/2022).

(2) STEPHEN FOLLOWS, FILM DATA AND EDUCATION, How many stunt performers work on a movie, Article, available at: <https://stephenfollows.com/stunt-performers/> last visited(18/7/2022).

اتخاذ الإجراءات الوقائية عند توافر صفة الاستعجال⁽¹⁾، حيث إن إهدار اسم الدوبليير ومنعه يكمن فيه خطر حقيقي يحيط بحقوقه فلا بد من حمايتها بأسرع ما يمكن، فلا يخفى على أحد أن القضاء يأخذ وقتاً طويلاً لحين حسم الدعوى واستئجار حماية حق الدوبليير يؤدي إلى إصابته بأضرار بليغة، فهو يهمل إدراج اسمه في قائمة الأسماء عند عرض الفيلم في دور السينما أو على المنصات الإلكترونية قبل أن يصبح الفيلم قديماً وتقل نسبة مشاهداته، والأمر لا يتوقف عند سلك طريق القضاء المستعجل فإذا لم يتحقق منع الاعتداء قبل وقوعه، وأصابه جراء ذلك ضرر يمكنه المطالبة بالتعويض استناداً إلى قواعد المسؤولية المدنية، هذا ويكون التعويض بقدر الضرر الذي يصيبه، وتقدير مقدار الضرر الذي أصاب الدوبليير هو أمر يعود إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولكن يشترط أن لا يكون مغالياً في تقديره، وعلى هذا نص قرار لمحكمة التمييز العراقية بأنه: "لا يصح أن يكون التعويض الأدبي مغالياً فيه، ولا ينبغي أن يكون هناك تفاوت فيه بين شخص وآخر إلا لعله مقبولة وسائغة"⁽²⁾.

المطلب الثاني

حدود تمتع الدوبليير باستغلال عرضه السينمائي

إذا كان لنا أن نصف ما يحصل في هذا العصر فيمكننا أن نصفه بالثورة الإلكترونية،

(1) ذهب جانب من الفقه إلى إمكانية اللجوء إلى القضاء المستعجل لوقف الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية، واستندوا في رأيهم هذا إلى المادة (9) من القانون المدني الفرنسي المعدل والذي تنص على أنه: "لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة. يجوز للقضاة دون المساس بالتعويض عن الضرر اللاحق أن يفرضوا كل التدابير، كالحراسة أو الحجز أو غير ذلك، لمنع أو إزالة أي مساس بخصوصية الحياة الفردية، ويمكن أن تتخذ هذه التدابير في حالة العجلة من قبل قاضي الأمور المستعجلة".
للمزيد لاحظ:

G.Levasseur, Protection de la personne, de, l'usage et de la vie privée, Droit pénal général, 15 ed, D, 1995, p.21.

وكذلك لاحظ: DALLOZ، القانون المدني الفرنسي بالعربية، ط108، جامعة القديس يوسف، بيروت، 2009، ص50.

(2) قرار رقم 3867/الهيئة المدنية الأولى/982/983 في 1983/3/26، المنشور في مجموعة الأحكام العدلية، مجموعة تصدر من وزارة العدل العراقية، العدد الثالث، بغداد، 1988، ص81.

حيث أصبح الغالبية العظمى من حياتنا الواقعية موجود نسخة أخرى منها في البيئة الإلكترونية ويمكن وصفها بالحياة الإلكترونية، وهذا الأمر أدى إلى انتشار مواقع التواصل الاجتماعي⁽¹⁾ بحيث أصبح جزءاً من الحياة اليومية الإلكترونية للأشخاص، واتسع الأمر ليصبح منبراً للممثل يتواصل من خلاله مع الجمهور الافتراضي الذي يصل عددهم للملايين من خلال عرض صورته ومقاطع من مشاهدته في الأفلام، كما أصبح مواقع التواصل الاجتماعي منبع تنقل مختلف الأخبار عن الممثل الذي يمتلك حسابات عبر الإنترنت، كما هو الحال في حسابات ال(Google و Facebook و Instagram و Twitter و Apple و you tube و whats app و viber و snap chat) وغيرها، فكثيراً ما يتم إيصال جديد الممثل المفضل لدى الجمهور عن طريق مواقع التواصل عن طريق تنزيل مقاطع من الأعمال الجديدة في الحسابات على مواقع التواصل الاجتماعي، فلا يخفى على أحد أن حسابات الممثلين أصبحت نافذة للتواصل مع الجمهور، ومصدراً لاستغلال العرض السينمائي، وإذا كان الحال كذلك لا بد لنا من التعرض لحدود تمتع الدوبلير باستغلال عرضه السينمائي، وذلك من خلال التمييز بين مرحلتين ألا وهما، مرحلة ما قبل نشر الفيلم وبعد نشره، والنشر الذي نقصده في هذا السياق هو النشر التقليدي لا الإلكتروني، حيث يعتبر الفيلم منشوراً من تأريخ وضعه في متناول الجمهور من خلال عرضه في صالات العرض أو بثه عبر المنصات الإلكترونية، وعلى هذا نصت المادة (24) من قانون حماية حق المؤلف العراقي على أنه: "يعتبر المصنف منشوراً من تاريخ وضعه في متناول الجمهور دون النظر إلى إعادة نشره إلا إذا ادخل المؤلف عند إعادة النشر تعديلات أساسية على المصنف بحيث يمكن اعتباره مصنفاً جديداً، وإذا كان المصنف يتكون من عدة أجزاء أو مجلدات نشرت منفصلة وفي فترات غير منتظمة يعتبر كل جزء أو مجلد مصنفاً مستقلاً بالنسبة إلى تاريخ النشر"، تقابلها نص المادة (26) من قانون حق المؤلف

(1) عرفت المادة (4) من القانون الفرنسي رقم (2004/575) لسنة 2004 مواقع التواصل الاجتماعي بأنها: "بروتوكول اتصال مفتوح أو ربط بيانات وتبادلها بأي شكل يصل إلى الجمهور دون قيد على أي محتوى تبادلي من قبل مقدي الخدمة"، وكذلك عرفت المادة (1) من المرسوم رقم (5) لسنة 2012 والصادر بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات في الإمارات مواقع التواصل على الإنترنت بأنها: "مكان إتاحة المعلومات الإلكترونية على الشبكة المعلوماتية، ومنها مواقع التواصل الاجتماعي والصفحات الشخصية والمدونات".

والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق، والتي تنص على أنه: "أولاً: يعد المصنف منشوراً من تأريخ وضعه في متناول الجمهور لأول مرة، ولا ينظر في ذلك إلى إعادة نشره، إلا إذا أدخل المؤلف عند إعادة نشره، تعديلات أساسية يمكن اعتباره معها مصنفاً جديداً. ثانياً: إذا كان المصنف يتكون من عدد من الأجزاء أو المجلدات نشرت منفصلة وفي أوقات مختلفة، فيعتبر كل جزء أو مجلد مصنفاً مستقلاً وذلك لاحتساب تأريخ نشره".

حيث أن المرحلة قبل النشر التقليدي لا يسمح فيها للدوبليز باستغلال عرضه السينمائي من خلال نشر المقاطع المتوفرة لديه سواء كان قد حصل عليها بنفسه أو تم إرساله إليه من قبل طاقم الفيلم السينمائي بناءً على طلبه أو حتى دون طلبه، إذ أن المنتج يستأثر بالحق الحصري في النشر التقليدي للفيلم بجميع مشاهدته، وبما أنه لم ينشر الفيلم ولا أي مشهد من مشاهدته فلا يجوز للدوبليز استغلال عرضه السينمائي، وبمعنى آخر يكون ممنوعاً من استغلال عرضه السينمائي عن طريق نشره على مواقع التواصل سواء أراد تنزيل المقطع في حساباته الشخصية أم غير الشخصية، وعلّة هذا الحكم يكمن في أن نشر الدوبليز لمشاهدته على حساباته حتى الشخصية منها في المرحلة السابقة على نشر الفيلم يؤدي إلى إتاحة جزء من الفيلم للجمهور على نطاق واسع فقد يأخذ المقطع أحد أصدقائه وينشره على الصفحات والمجاميع المهمة بهذه المسائل، ولا يخفى على أحد سهولة مشاركة المقاطع على مواقع التواصل الاجتماعي وبالتالي إطلاع الملايين من الجمهور عليه، وفي حال نشر الدوبليز لمشاهدته وتنزيله من خلال مقاطع مختلفة على حسابه نكون أمام حقيقتين، ألا وهما، حق المنتج في الاستغلال المالي للمصنف لقاء ما تكبده من النفقات والمصاريف، وحق الدوبليز في استغلال عرضه السينمائي، وبما أن هذا الحق الأخير هو حق مالي قابل لتنازل بمقابل عادل، عليه يكون الدوبليز متعسفاً باستغلال عرضه المالي قبل نشر الفيلم من قبل المنتج، وبما أنه من الضروري عدم التعسف في استعمال الحق واعتباره شرطاً جوهرياً لمراعاة التوازن الحقوقي بين المنتج والدوبليز، حيث أن الطبيعة الخاصة لمواقع التواصل الاجتماعي الذي يسهل مشاركة وانتشار المقاطع فيه على نطاق واسع وعابر لجميع الحدود يؤدي إلى تضرر المصالح المالية للمنتج الذي أعطى مقابل عادلاً للدوبليز لقاء الاستغلال المالي لأداءه من جهة، ومن جهة أخرى قد يؤدي سلوك الدوبليز إلى تضرر بقية الممثلين والمشاركين في الفيلم، ولا بد من

تحقيق التوازن بين حقوق الدوبليز والمنتج وبقية المشتركين في الفيلم السينمائي عن طريق تقييد حق الدوبليز لصالح المنتج وبقية المشتركين.

أما فيما يخص المرحلة ما بعد نشر الفيلم وعرضه في دور السينما، فلا بد لنا من التساؤل حول مدى اختلاف مصطلح النشر على مواقع التواصل الاجتماعي عن النشر التقليدي⁽¹⁾ - في مسألة الحقوق الفكرية للدوبليز -؟ وهل يحتاج النشر الإلكتروني من قبل المنتج إلى ترخيص جديد من قبل الدوبليز أم أن ترخيصه بالاستغلال المالي للحقوق يكفي لمنعه من الاستغلال على مواقع التواصل الاجتماعي؟

إن القضاء الفرنسي أجاب من خلال قراراته القضائية على هذا التساؤل، وقضى بأن النشر الإلكتروني يختلف عن النشر التقليدي، واستناداً إلى ذلك كل استغلال للمصنفات السمعية البصرية يحتاج إلى ترخيص خاص بالنشر في الفضاء الإلكتروني، وتأكيداً على هذا المفهوم نص القضاء الفرنسي في حكم لها على أن: "بث وتوزيع المصنفات الفنية عبر شبكة الإنترنت يحتاج إلى ترخيص جديد، والتوزيع أو البث دون الترخيص يشكل

(1) من الحقوق التي تمنح للمؤلف هي الحق في النشر، وقد نصت المادة (7) من قانون حماية حق المؤلف العراقي على أنه: "للمؤلف وحده الحق في تقرير النشر وفي تعيين طريقة هذا النشر وله أيضاً الحق في الانتفاع من مصنفه بأية طريقة مشروعة يختارها، ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو ممن يؤول إليه هذا الحق"، تقابلها نص الفقرة الأولى من المادة (7) من قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق والتي تنص على أنه: "للمؤلف حقوق مالية ومعنوية، ويتمتع المؤلف وخلفه العام بحقوق معنوية غير قابلة للتقادم أو التنازل عنها وتشمل: 3.....- الحق في نشر مصنفه باسمه الحقيقي أو باسم مستعار أو من دون أي اسم"، ويلاحظ من نص هاتين المادتين أن المشرع حصر هذا الحق بالمؤلف دون أصحاب الحقوق المجاورة بالرغم من إعطاء هذا الأخير الحق في نقل أدائه إلى الجمهور إلا أن هذا الحق يكيف بأنه حق مالي، واستناداً إلى ما تقدم يمكننا القول بعدم تمتع الدوبليز السينمائي بالحق في النشر، حيث أن إعطاء هذا الحق للدوبليز كحق أدبي يؤدي إلى حدوث تعارض بين الفنانين المشاركين أو بينهم وبين بقية صناع الفيلم السينمائي، فقد يحدث أن يتمسك الدوبليز السينمائي بالنشر بينما يتمتع النجم الحقيقي عن النشر أو قد يحدث العكس، مما يؤدي إلى تضرر المنتج وبقية صانعي الفيلم السينمائي، بالإضافة إلى تعطيل عرض الفيلم في الموعد المحدد له وهذا ما يؤدي إلى إجحاف بحق المنتج الذي أنفق على استكمال الفيلم حتى يتمكن من عرضه في موعد محدد يزداد فيه الإيرادات بسبب ارتفاع نسبة المشاهدات، كما هو الحال في عرض الأفلام في المواسم والأعياد والمناسبات.

تقليد أو تزوير للمصنف"⁽¹⁾، وفي حكم لمحكمة باريس الجزائية قضى بأن: "النشر الذي يتم باستخدام التكنولوجيا أو الخدمات التي من شأنها أن تمزج وسائل المعلوماتية بوسائل الاتصال لا يمكن اعتباره بمثابة امتداد طبيعي للنشر على دعامة ورقية"⁽²⁾.

وفيما يخص رأينا⁽³⁾ نرى ضرورة التمييز بين الدوبلير الذي يعرض المشهد أو المشاهد المنفذة من قبله على حسابه الشخصي، وبين ما يقوم بعرضه على الحساب غير الشخصي، حيث أن الأمر يحتاج إلى التفرقة بين مصطلحي "نسبة المشهد" و"استغلال العرض السينمائي"، فالأول يدخل في نطاق الحقوق الأدبية للدوبلير وهو حق معنوي غير قابل للتنازل، والعدل يفرض عدم مسؤولية الدوبلير القانونية عند قيامه بنشر المشاهد بغرض نسبة الأداء إليه في حساباته الشخصية، حيث أن النشر في الحساب الشخصي للدوبلير يكون من قبيل الحق في نسبة أداءه إليه كون هذا النوع من الحساب يغلب عليه الجانب المعنوي والأصل فيه استخدام منشوراته لأغراض اجتماعية أو ثقافية أو عاطفية وغير ذلك دون الأغراض المالية، وعادة ما يكون عدد الأصدقاء في هذا النوع من الحساب محدوداً، كما أن الأصل هو حرية الدوبلير في النشر الإلكتروني لمشاهده، وهذه

(1) Affaires Jacks, Brel et Michel Sardou, GCP, E,II, Droitinformatique et telecoms,1996,p.21.

(2) V. CA Lyon, 5 Dec, 1999, Dalloz, AJ, p.62.

المشار إليه لدى: د.أيمن أحمد الدلوع، عقد النشر الإلكتروني، مفهومه - شروطه - آثاره، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 49-50، هامش رقم (2).

(3) يقصد ب"الحسابات الشخصية للدوبلير" الحسابات التي تغلب عليها الطابع الشخصي وتغلب القيمة المعنوية لهذا النوع من الحساب على القيمة المالية، ويقوى فيه "حق الخصوصية"، أما "الحسابات غير الشخصية للدوبلير" فيقصد بها الحسابات التي تكون ذات طابع تجاري ويضعف في هذا النوع الطابع الشخصي بخلاف الأول كالاشتراكات في المواقع التجارية وصفحاته الخاصة بالمحلات والشركات التجارية وأرصدهته المالية وعملاته النقدية كالبتكوين، والحسابات التي يستخدمها الدوبلير بحكم وظيفته أو عمله، والحسابات التي تكون ذات طابع مختلط، بمعنى يختلط في هذا النوع الأخير الطابع الشخصي مع التجاري أو الوظيفي أو العملي، كون الدوبلير يستخدم الحساب للغرض الشخصي والتجاري أو الوظيفي أو العملي في ذات الوقت.

للمزيد عن أنواع الحسابات لاحظ: د.صفاء متعب الخزاعي، د.حيدر حسين الشمري، التنظيم القانوني لانتقال التركة الرقمية، دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2022، ص 61 وما بعدها.

الحرية أقرها دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في المادة (38) والتي تنص على أنه: "تكفل الدولة، بما لا يخل بالنظام العام والآداب:....ثانياً: حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر".

صفوة القول أننا نكون أمام حق المنتج في الحصول على عائد مالي من الفيلم عن طريق جذب أكبر عدد من الجمهور، وحق الدوبلير في نسبة المشهد إليه، فإذا كان المنتج هو الذي يتحمل تكاليف ونفقات الإنتاج، فإن الدوبلير هو الذي يتولى عملية أداء المشاهد الصعبة والتميزة كي يصل الفيلم إلى الجمهور بأبهى حلة، وهو الذي يحقق هدف المنتج بحصوله على الإيرادات المالية المرتفعة من خلال قيامه بأداء الأدوار التي تكون وجودها في الفيلم ضرورة لا بد منها، وفي حال حصل تعارض بين حق المنتج وحق الدوبلير، لا بد من مراعاة حقوق كلاهما لتحقيق التوازن، إلا أن هذا التوازن يتحقق بعدم التعسف في استعمال الحق، حيث لا يجوز لأي منهما استعمال حقه بطريقة يضر بحق الآخر، وإذا تمعنا في المسألة نجد أن الدوبلير بنسبة المشهد السينمائي إليه عن طريق تنزيله في حسابه الشخصي في المرحلة ما بعد نشر الفيلم السينمائي إنما يستعمل حقه استعمالاً جائزاً فمن حقه أن يعرض أداءه لأصدقائه على الحساب، ومن حقه أن يأخذ تقديراً على جهوده، ويكون من الضروري أن يلتزم المنتج باحترام هذا الحق.

وأما المقصود "باستغلال العرض السينمائي" على مواقع التواصل الاجتماعي فهو قيام الدوبلير باستخدام مقاطعه الذي فيه أداءه لغرض مالي لا معنوي، حيث يقوم بهذا الاستغلال في الحساب غير الشخصي لجمع المشاهدات والحصول على ربح إضافي من المشاهد المنفذة من قبله، كون الحساب يغلب فيه الجانب المالي على الجانب الشخصي، بل يقتصر دور الجانب الشخصي في هذا النوع من الحساب على البيانات والمعلومات الشخصية التي يجب إدخالها للدخول إلى الحساب، وهذه المسائل الشخصية تكون غير مقصودة لذاتها⁽¹⁾، وبالرغم من أن الدوبلير قد تنازل عند إبرام عقده مع المنتج عن كافة الحقوق المالية المتعلقة باستغلال مشاهده من ضمنها إتاحة الأداء للجمهور مقابل ما تقاضاه من المنتج أو دون مقابل، إلا أننا نرى أن استغلال الدوبلير لعرضه السينمائي من

(1) للمزيد عن الجانب الشخصي في الحسابات الإلكترونية على مواقع التواصل الاجتماعي لاحظ: Kristin Nemeth and Jorge Carvalho, Digital Inheritance in the European Union, and Digital Inheritance in the United Kingdom, Issue 6, EUCML, 2017, P.253.

خلال تنزيل مقاطع من مشاهدته على الحسابات الإلكترونية يكون أمراً مشروعاً وجائزاً، حيث أن استغلال العرض السينمائي عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي يكون وجهاً جديداً من أوجه الاستغلال، ويقتضي الحصول على تنازل واضح وصريح بشأنه من خلال إبرام عقد جديد مع الدوبليز بهذا الشأن، أو إدراج شرط في العقد المبرم بينهما، واستناداً إلى ذلك يتبين لنا أن الدوبليز بإبرام عقده مع المنتج يتنازل عن حق استغلال عرضه السينمائي بالطرق التقليدية لا الإلكترونية.



الخاتمة

عوداً على البدء وربطاً للبداية والنهاية، ومن خلال دراستنا لموضوع " الدوبلير السينمائي ومشكلة الملكية الفكرية"، توصلنا إلى مجموعة من النتائج نقرن بها الاقتراحات المدونة من جانبنا، على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

- 1- يقصد بالدوبلير السينمائي كل شخص طبيعي يقوم بأداء أدوار محددة في الأفلام السينمائية بصورة خفية لغرض القيام بمشهد أو مشاهد معينة متسمة بالخطورة أو المهارة أو لسد الحاجة إلى التعدد في شخصية النجم الحقيقي.
- 2- إن الدوبلير السينمائي باعتباره ممثلاً بديلاً عن النجم الحقيقي يعتبر صاحب حق مجاور لحق المؤلف ويعبر عنه بمصطلح "فنان الأداء أو المؤدي"، فجميع الممثلين والمغنين والموسيقيين والراقصين في الأفلام السينمائية يدخلون تحت مظلة فنان الأداء أو المؤدي، وهم يعتبرون جزءاً لا يتجزأ من العملية الإبداعية لصناعة الفيلم السينمائي ويتمتعون بحقوق مجاورة لحق المؤلف الأصلي.
- 3- إن عملية إهدار اسم الدوبلير هي عملية غير قانونية وتفتقر إلى المشروعية اللازمة، فلا يخفى على أحد أن الحق في الاسم هو أحد الحقوق اللصيقة بشخصية صاحبه والذي لا يقبل التصرف فيه بعوض أو دون عوض، والحجج التي يتم الاستناد إليها لإقصاء الدوبلير من قائمة الأسماء التي تظهر في بداية ونهاية الفيلم السينمائي هي حجج ضعيفة، عليه إذا كان الدوبلير له أهمية ودور جوهري في الفيلم السينمائي يكون من الضروري توفير الحماية المدنية له عن طريق وقف إهدار اسمه ونسبة المشاهد إليه من خلال إدراج اسمه في قائمة الأسماء في قسم خاص يسمى بقسم البدلاء يدرج تحتها أسماء جميع الدوبلير المستخدمين في الفيلم ويذكر النجم الحقيقي لكل منهم، بخلافه يكون من حق الدوبلير وقف الاعتداء الذي يتعرض له بسبب عدم الإشارة إلى اسمه ومنعه من نسبة المشهد إليه.

- 4- قد يحصل نوع من التعارض بين حق المنتج في الحصول على عائد مالي من الفيلم عن طريق جذب أكبر عدد من الجمهور، وحق الدوبلير في نسبة المشهد إليه، فإذا

كان المنتج هو الذي يتحمل تكاليف ونفقات الإنتاج، فإن الدوبليز هو الذي يتولى عملية أداء المشاهد الصعبة والتميزة كي يصل الفيلم إلى الجمهور بأبهى حلة، وهو الذي يحقق هدف المنتج بحصوله على الإيرادات المالية المرتفعة من خلال قيامه بأداء الأدوار التي تكون وجودها في الفيلم ضرورة لا بد منها، وفي حال حصل تعارض بين حق المنتج وحق الدوبليز، لا بد من مراعاة حقوق كليهما لتحقيق التوازن، إلا أن هذا التوازن يتحقق بعدم التعسف في استعمال الحق، حيث لا يجوز لأي منهما استعمال حقه بطريقة يضر بحق الآخر، وإذا تمعنا في المسألة نجد أن الدوبليز بنسبة المشهد السينمائي إليه عن طريق تنزيله في حسابه الشخصي (بعد نشر الفيلم السينمائي وعرضه) إنما يستعمل حقه استعمالاً جائزاً فمن حقه أن يعرض أداءه لأصدقائه على الحساب، ومن حقه أن يأخذ تقديراً على جهوده، ويكون من الضروري أن يلتزم المنتج باحترام هذا الحق.

5- إن المقصود "باستغلال العرض السينمائي" على مواقع التواصل الاجتماعي هو قيام الدوبليز باستخدام مقاطعه الذي فيه أداءه لغرض مالي لا معنوي، حيث يقوم بهذا الاستغلال في الحساب غير الشخصي لجمع المشاهدات والحصول على ربح إضافي من المشاهد المنفذة من قبله، كون الحساب يغلب فيه الجانب المالي على الجانب الشخصي، بل يقتصر دور الجانب الشخصي في هذا النوع على البيانات والمعلومات الشخصية التي يجب إدخالها للدخول إلى الحساب، وهذه المسائل الشخصية تكون غير مقصودة لذاتها، وبالرغم من أن الدوبليز قد تنازل عند إبرام عقده مع المنتج عن كافة الحقوق المالية المتعلقة باستغلال مشاهده من ضمنها إتاحة الأداء للجمهور مقابل ما تقاضاه من المنتج أو دون مقابل، إلا أنه تبين لنا أن استغلال الدوبليز لعرضه السينمائي من خلال تنزيل مقاطع من مشاهده على حسابات إلكترونية يكون أمراً مشروعاً وجائزاً، حيث أن استغلال العرض السينمائي عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي يكون وجهاً جديداً من أوجه الاستغلال، ويقتضي الحصول على تنازل واضح وصريح بشأنه من خلال إبرام عقد جديد مع الدوبليز بهذا الشأن، أو إدراج شرط في العقد المبرم بينهما، واستناداً إلى ذلك يتنازل الدوبليز بإبرام عقده مع المنتج عن حق استغلال عرضه السينمائي بالطرق التقليدية لا الإلكترونية.

الاقتراحات والتوصيات:

1- نقتح على المشرع إضافة مصطلح "الدوبليز السينمائي" إلى نص الفقرة الخامسة عشر من المادة (1) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم

كوردستان - العراق لتصبح كالاتي: "فنان الأداء: يقصد به الممثل، الدوبليز، المغني،.....".

2- بما أن فنان الأداء يتمتع بالحق في نسبة أدائه إليه، ولا يجوز حصر هذا الحق بالحالات التي لا تتعارض مع طريقة الانتفاع، عليه نقترح إضافة فقرة جديدة إلى المادة (34/ مكررة) من قانون حق المؤلف العراقي، والمادة (28) من قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كوردستان كالاتي: "يملك الفنان المؤدي، الحق في احترام اسمه وصفته، وهذا الحق غير قابل للتصرف فيه، ولا يتقادم، ويكون لصيقا بشخصه، ويمكن نقله إلى ورثته لأجل حماية أدائه".

3- نقترح على المشرع العراقي النص على منع الدوبليز من التنازل عن حقوقه الأدبية، وأن يعد لاغياً كل شرط يوقع عليه الدوبليز ويوحي بتنازله عن تلك الحقوق.

4- نوصي بتفعيل دور نقابة الفنانين في ضمان حقوق الدوبليز وتحسين معيشتهم وتحديد الحد الأدنى لأجورهم وذلك عن طريق استحداث عقود نموذجية خاصة بالدوبليز السينمائي، يحدد فيها الحقوق والواجبات الأساسية للدوبليز والمنتج السينمائي.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ- كتب اللغة العربية:

- 1- المنجد في اللغة والإعلام، ط45، دار المشرق، لبنان، 2012.
- ب- مراجع القانون المدني:
 - 1- د.أيمن أحمد الدلوع، عقد النشر الإلكتروني، مفهومه - شروطه - آثاره، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
 - 2- د.جابر محجوب علي، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، ج2، دون دار نشر، القاهرة، 2007.
 - 3- د.حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1988.
 - 4- داليا لبزيك، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، دار العبيكات، الرياض، 2003.
 - 5- زواني نادية، الاعتداء على حق الملكية الفكرية، التقليد والقرصنة، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002-2003.
 - 6- سهيل حسين الفتلاوي، حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي، دراسة مقارنة، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1978.
 - 7- د.صفاء متعب الخزاعي، د.حيدر حسين الشمري، التنظيم القانوني لانتقال التركة الرقمية، دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2022.
 - 8- عرفة عبد الوهاب، قانون حق المؤلف، مكتبة الاشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1997.
 - 9- د.عصمت عبد المجيد بكر، الحماية القانونية للحقوق المجاورة لحق المؤلف، دراسة مقارنة بين القوانين العربية مع الإشارة إلى الاتفاقيات العربية والدولية، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018.
 - 10- د.غسان رباح، قانون حماية الملكية الفكرية والفنية الجديد، دراسة مقارنة، ط1، بيروت، 2001.

ت- المراجع الخاصة بالفن:

- 1- بوريس زاخافا، إعداد الممثل، مكتبة مدبولي، القاهرة، 1998.
- 2- مارلين فه ييب، به تيشكو ته ماشاكردني سينه ما، بيناسانديكي هونه رى ته كنيكي جيروك هونينه وه له فيلدا، جابى 1، كومه له هونه ره جوانه كانى كورد - مه لبه ندى كشتى، سليمانى، 2019.

ث- المجلات:

- 1- محمد السعيد رشدي، حماية الحقوق المجاورة لحق المؤلف، دراسة في القانون المقارن، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، سونيو 1998.

ج- القوانين واللوائح والأنظمة والمراسم:

- 1- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (3) لسنة 1971 المعدل
- 2- قانون حماية الملكية الأدبية والفنية اللبناني رقم (75) لسنة 1999
- 3- القانون المدني الفرنسي بالعربية، جامعة القديس يوسف، بيروت، 2009.
- 4- نظام وبرنامج نقابة فناني إقليم كردستان - العراق والمصدق في مؤتمر الفنانين الثاني لسنة 2010.
- 5- قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة لها في إقليم كردستان - العراق رقم (17) لسنة 2012.
- 6- مرسوم مكافحة جرائم تقنية المعلومات في الإمارات مواقع التواصل على الإنترنت رقم (5) لسنة 2012.

ح- مجاميع الأحكام القضائية:

- 1- قرار محكمة التمييز رقم 1950/2093 في 1950/5/22، المنشور في مجلة القضاء، السنة 54، الأعداد الأول والثاني والثالث والرابع.
- 2- قرار رقم 3867/الهيئة المدنية الأولى/983/982 في 1983/3/26، المنشور في مجموعة الأحكام العدلية، مجموعة تصدر من وزارة العدل العراقية، العدد الثالث، بغداد، 1988.
- 3- حكم محكمة النقض المصرية، نقض مدني في الطعن رقم 1352، س 53 ق تاريخ 7 يناير 1987، المنشور في مجلة القضاء، العدد الأول، يناير 1988.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية:

أ- الكتب باللغة الإنكليزية:

- 1- Kristin Nemeth and Jorge Carvalho, Digital Inheritance in the European Union, and Digital Inheritance in the United Kingdom, Issue 6, EUCML,2017, P.253.
- 2- Michael. F. Flint. Solicitor, A user guide to copy right, London Butter Worth,1979.

ب- المراجع اللغوية والكتب باللغة الفرنسية:

- 1- Affaires Jacks, Brel et Michel Sardou, GCP, E, II, Droit informatique et telecoms,1996.
- 2- C.Doutrelepont, La notion de droits voisins, analys de draït compare, les journées du droit d, auteur, Collection de la faculte de droit de I, ULB, Brutlant, 1989.
- 3- G.Lamy, Faut – il creer un droit de I, editeur, in Le droit d'auteur enjeux economique et culturel, 2 eme symposium de la Union International des editenes, Litec, 1990.
- 4- G.Levasseur, Protection dela personne, de, limuge et de la vie privee, Daroit penal general, 15 ed, D, 1995.
- 5- Henri Debois, Le droit d,auteur,en France, Dalloz, Paris,1978.
- 6- LE ROBERT & COLLiNs , DICTIONNAAIRE POCHE, anglaise – francais, francais – anglaise, Collins publisher.
- 7- T.M. Gueguen, Les droits des artistes, unterpretes ou exécutants sur leurs prestations en droit français, Thèse Paris,1986.

ت- القرارات القضائية:

- 1- TGI, Paris, 19 Jan, 1977, RIDA, Jan, 1978.
- 2- TGI Paris, 25 mars 1992:RG,4, 097\92, CA Paris, 10 mai 1995, RG, 93\026277.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية:

- 3- أحمد جندي، مخرج "الكبير أوي": ظهور مكّي ب3 شخصيات في مشهد واحد أمر يدفع أي ممثل إلى الجنون، مقابلة تلفزيونية، برنامج كلمة أخيرة، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي:

آخر زيارة في (2022/7/5). <https://tinyurl.com/4ybj38w5>

- 1- البدلاء في السينما الأميركية، أدوار محفوفة بالمخاطر، مقال منشور في صحيفة الرأي، 200، متوفر على الموقع الآتي:

آخر زيارة في (2021/3/18). <http://alrai.com/article/228719.html>

- 2- شادي شاهين، الدوبلير السينمائي حوادث لا تنتهي.. مشاكل كارثية لصناع السينما، مقال منشور في 2020، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي:
<https://www.sfha1.com/45476> آخر زيارة (2021/3/19).
- 3- عبد المعين حمص، مصطلحات شائعة في السينما... ماذا تعني؟، مقال منشور في موقع عنب بلدي، والمتوفر على الموقع الآتي :
<https://enabbaladi.net/archives/257325> آخر زيارة (2021/3/19).
- 4- علاء العبادي، دوبليرات فضحوا المستور في عالم الفن، مدونة شخصية أدبية ثقافية، مقال منشور في 2014، متوفر على الموقع الآتي:
<https://tinyurl.com/ymv34pcu> آخر زيارة (2021/3/19).
- 5- ماهر منصور، القيمة الفنية بلا قيمة في شارات المسلسلات... والوسط الفني يفتقر لأدب التيترات، مقال منشور في موقع العين الإخبارية، 2019، متاح على الموقع الإلكتروني الآتي: <https://tinyurl.com/5ersvdh3> آخر زيارة في (2022/7/18).
- 7- ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، مؤدي المشاهد الخطيرة، مقال متوفر على الموقع الآتي:
<https://tinyurl.com/yc3m3sh8> آخر زيارة (2021/3/19).
- 8- يسرا سلامة، 'الوريث'.. وراء كل ممثل "دوبلير" عاشق للسينما، مقال منشور على موقع مصراوي في 2014، متوفر على الموقع الآتي:
<https://tinyurl.com/2s3kvhtw> آخر زيارة (2021/3/19).
- 9- أتلانتا رويترز، وفاة ممثل دوبلير أثناء تصوير "الموتى السائرون"، مقال منشور على موقع الإمارات اليوم، 2017، متوفر على الموقع الآتي:
<https://tinyurl.com/yexkczb6> آخر زيارة (2021/3/21).
- 10- نور عويتي، ترتيب أسماء الفنانين في الشارات: أنا أولاً، مقال منشور في موقع العربي، 2019، متوفر على الموقع الإلكتروني الآتي:
<https://tinyurl.com/37p3djmj> آخر زيارة في (2022/7/18).
- 11- FURIOUS 7, Stunt Crew Furious: WE GOT NO CREDIT, an article, available at: <https://tinyurl.com/4bezrczu> last visited (13/8/2022).
- 12- OLIVIA KATRANJIAN and KIMBERLY LAUNIER, Natalie Portman's 'Black Swan' Dance Double Claims Filmmakers Are 'Lying', Sarah Lane

says "Black Swan" producers exaggerated Portman's dancing, an article, published on abc NEWS,2011, Available at: <https://tinyurl.com/4sm2bh8p> last visited(18/7/2022).

13- STEPHEN FOLLOWS, FILM DATA AND EDUCATION, How many stunt performers work on a movie, Article, available at: <https://tinyurl.com/4neb7n2c> last visited(18/7/2022).

14- N F I, Film CREDITS: Everything You Need To Know, an article, available at: <https://tinyurl.com/2553whvn> last visited (18/7/2022).



الملخص

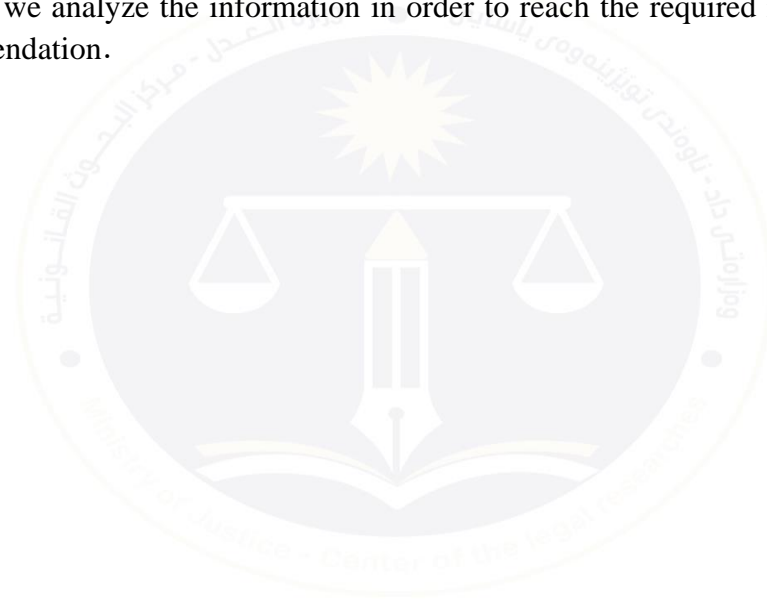
تعالج هذه الدراسة مشكلة الملكية الفكرية، من زاوية الدوبلير السينمائي الذي يكون بديلاً عن النجم الحقيقي في الفيلم السينمائي، إذ يكون من الضروري التعرض للمشكلات التي تكون لها صلة بحقوق الدوبلير الفكرية، فيتبين لنا من خلال واقع عمل الدوبلير السينمائي الإهدار الذي يتعرض له في اسمه من خلال منعه من نسبة المشاهد إليه من جهة، وتقييد حدود تمتعه بعرضه السينمائي من جهة أخرى، وتكشف هذه الدراسة حقيقة هذه المشكلة وتضع الآليات المناسبة لمعالجتها، وذلك من خلال اتباع المنهج التحليلي، حيث تم جمع المادة العلمية المتعلقة بمشكلة الملكية الفكرية، ومن ثم تحليلها في سبيل الوصول للنتائج والتوصيات المطلوبة.

پوخته

ئەم توێژینەوهیە چارەسەری کێشەیی خاوەندارێتی هزری دەکات، لە گۆشەیی تایبەت بە دۆبلییری سینەماییهوه که بەدیله بۆ ئەستێرەیی راستەقینەیی ناو فیلمە سینەماییهکه، گرنگه ئەو کێشانه باس بکرنیت که پهيوهندیان به دۆبلییری هزریهوه ههیه، وه ئەم کێشانهمان بۆ دەردهکهوینت لەرێیی راستی کاری دۆبلییری سینەماییهوه که بەفیرۆدان ههیه که کاریگهیی دهکاته سهڕ ناوهکهی (اسمە) لەرێیی رێگریکردنی له ژمارهیی بینهرهکانی ئەمه له لایهکهوه، وه سنوردارکردنی سنوری نازادیهکانی له نمایشکردنی سینەماییی له لایهکی ترهوه، ئەم لیکۆلینەوهیە راستی ئەم کێشەیی نیشان دەمات و رێگا چارهیی گونجاو بۆ چارەسەر کردنی بهیان دەکات، ئەمەش لەرێیی پهیرهو کردنی مەنەهجي شیکاری، که بابهته پهيوهندیدارهکانی تایبەت به خاوەندارێتی هزری (الملکیه الفکریه) تیدا کۆکراوهتهوه، پاشان شیکاری بۆ ئەم بابهتانه کراوه لهپیناو گهیشتن به دەرمنجام و پێشناری داواکراو.

Abstract

This study deals with the problem of intellectual property, from the viewpoint of the stunt double, which is an alternative for the star in the film. It is important to study the problem of stunt's intellectual right, because he is face wasting name by preventing him from insert his name to the film credit, and on the other hand he face right restricting of cinematic show enjoyment, so in this research we analyze the information in order to reach the required results and recommendation.



ضمانات كفالة حق التقاضي أمام هيئات مجلس الشورى لإقليم كردستان - العراق

«دراسة تحليلية مقارنة» (*)

گرننتیهکانی دهسته بهر کردنی مافی دادخوازی
له بهر دهه دهسته کانیه ئه نجومه نی شورای هه ریمی کوردستانی عێراق
(تویژینه وهیه کی شیکاری بهر اور دکارییه)

**Litigation guarantee guarantees
In front of Shura Council bodies for the Kurdistan Region-Iraq
(Comparative Analytical Study)**

الأستاذ الدكتور دانا عبدالكريم سعيد (**)

أستاذ القانون العام - عميد كلية القانون - جامعة السليمانية - كردستان - العراق

پيمان طارق فارس (***)

طالبة ماجستير - قسم القانون العام - جامعة السليمانية - كردستان - العراق

پ.د. دانا عبدالكريم سعيد
پروفیسور له یاسای گشتی - راگری کولێجی یاسا - زانکوی سلیمانی
- کوردستان - عێراق

پيمان طارق فارس
خویندکاری ماستەر - بهشی یاسای گشتی - زانکوی سلیمانی - کوردستان - عێراق

تاریخ قبول النشر: 2022/7/24.

(*) تاریخ استلام البحث: 2022./6/14.

(**) dana.saeed@univsul.edu.iq

(***) payman.faris@gmail.com

Prof. Dr. Dana abdukkareem saeed

Professor of public law - Dean of College of Law- University of Sulaimany
Kurdistan of Iraq

Payman Tarq Fars

Master's Student - Department of Public Law - University of Sulaimany
Kurdistan of Iraq



ضمانات كفالة حق التقاضي

أمام هيئات مجلس الشورى لإقليم كردستان-العراق
«دراسة تحليلية مقارنة»

الأستاذ الدكتور دانا عبدالكريم سعيد

أستاذ القانون العام- عميد كلية القانون- جامعة السليمانية - كردستان - العراق

پيمان طارق فارس

طالبة ماجستير- قسم القانون العام- جامعة السليمانية - كردستان - العراق

الكلمات المفتاحية:

مجلس الدولة العراقي، مجلس الشورى لإقليم كردستان-العراق، مجلس الدولة الفرنسي، حق التقاضي، القضاء الإداري.

كليه ووشه:

ئهنجومهني دهولهتي عيراق، ئهنجومهني شوراي ههريمي كوردستاني عيراق، ئهنجومهني دهولهتي فهرنسي، مافي دادخوازي، دادگاي كارگيري.

key words: The Iraqi State Council, The Shura Council of the Kurdistan Region-Iraq, The French State Council, The Right to Litigate, The Administrative Judiciary (Administrative Court).

المقدمة

إن حق التقاضي للأفراد هو خير ضمان لإقامة العدل بينهم، ومن ثم فإن توفير الضمانات اللازمة لكفالاته وممارسته يكتسب أهمية كبيرة، ذلك لأن كفالة هذا الحق للأفراد تبعث في نفوسهم الراحة والطمأنينة وتحقق السلم الاجتماعي المنشود، كما أن الهدف من هذا الحق ليس تحقيق المصالح الخاصة فحسب، وإنما تحقيق المصالح الخاصة والعامة معاً، فالفرد هو نواة المجتمع، ومن ثم فإن ما يتعرض له من تعدٍ على حقوقه يكون له تأثير في المجتمع عموماً، كما تقتضي الضرورة أيضاً ألا يترك أمر تحقيق القانون في الواقع الاجتماعي لتقدير الأفراد وفقاً لمشيئتهم كيلا تسود الفوضى وتنتهك الحقوق ويصبح الضعيف عاجزاً عن حماية حقوقه المسلوبة تجاه القوي، لذا لا بد من إيجاد سلطة تكفل للقانون احترامه وتعمل على إزالة ما يعوق هذا الاحترام وما يعرقل

نفاذه وتعطي القانون الفاعلة المنشودة.

ويشكل القضاء بوصفه الجهة المعنية التي تتولى مهمة الفصل في النزاعات التي تنشأ بين الأفراد أو بينهم وبين أجهزة الدولة وإعادة الحق لصاحبه، ومن ثم فإنه يعدّ إحدى الجهات التي تتولى ضمان تطبيق القانون وسموه، وهو الجهة التي يلجأ إليها الأفراد لحفظ حقوقهم وإعادتها عندما يعتدي الأشخاص الآخرون عليهم، أو تنتهك السلطات العامة حقوقهم.

وفي كردستان العراق يعد إنشاء (مجلس الشورى لإقليم كردستان-العراق) بموجب القانون رقم (14) لسنة 2008 خطوة مهمة على طريق تحويل النظام القضائي في كردستان من نظام القضاء الموحد إلى نظام القضاء المزدوج إسوةً بما موجود في بقية العراق والدول المقارنة. وبموجب هذا القانون أصبح بمستطاع الأفراد وأصحاب المصلحة كفالة حقهم في التقاضي واللجوء إلى هيئات مجلس الشورى ورد تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها عن طريق الطعن في القرارات الصادرة من دوائر الإقليم. إلا أن وجود هذه الهيئات وحده لا يكفي لكفالة حق الأفراد في التقاضي، بل يجب على الدولة العمل بجدية من أجل كفالة تجسيد هذا الحق نظراً لأهميته البالغة كونه أكثر الحقوق استحقاقاً للحماية والضمان. كما أن ممارسة هذا الحق يجب أن تكون بطريقة منظمة وأن تكون وفق الإجراءات والقواعد التي حددها القانون.

ومن أجل تعزيز حق التقاضي أمام هيئات مجلس الشورى في الإقليم وتدعيمه لا بد من وجود ضمانات تعمل على كفالة هذا الحق فعلياً، أي يجب تحصين هذا الحق بمجموعة من الضمانات التي توفر حماية حقوق الأفراد وحررياتهم وتحقيق أهداف دولة القانون. وتمثل هذه الضمانات بدرجة أولى في استقلال الجهة القضائية التي تتولى مهمة الفصل في المنازعات الإدارية، ذلك أن تخصيص قضاء مستقل ومتخصص للفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها يشكل ضمانة قوية للمتقاضي للفصل في قضاياها بصفة عادلة وبما يحقق العدل والإنصاف. ومن الضمانات الأخرى لكفالة حق التقاضي أمام هذا المجلس ما يتعلق بالتنظيم القضائي لهيئاته القضائية وما يتعلق باستقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية، أو استقلال القضاة أنفسهم وعدم خضوعهم لأي جهة سواء أكانت جهة سياسية أم طائفية أم دينية، وكذلك عدم خضوعهم لأهوائهم الشخصية، كما ينبغي أن يبقى باب القضاء مفتوحاً أمام الأفراد ليعرضوا عليه أمرهم

ويطلبوا إليه إنصافهم من الظلم الواقع عليهم، هذا إضافة إلى وجوب كفالة حق الأفراد في الدفاع عن أنفسهم أمام القضاء، أي ضمان القيام بالإجراءات اللازمة في أثناء المحاكمة، بما فيها إعلام الخصم بالتهمة المنسوبة إليه وتحقيق مواجهته بالخصم الآخر والإطلاع على جميع الأدلة والمستندات التي يقدمها خصمه في أثناء المحاكمة وصولاً إلى إصدار حكم عادل ومنصف يتحقق به.

أولاً: مشكلة البحث وأهميته:

يركز هذا البحث على دراسة الضمانات التي لا بد من توافرها من أجل كفالة حق التقاضي للموظفين أمام هيئة انضباط موظفي الإقليم، وللمواطنين أمام المحاكم الإدارية في الإقليم، وعن مدى النص على هذه الضمانات في قانون مجلس الشورى لإقليم كردستان- العراق رقم (14) لسنة 2008. ومن ثم فإن أهميته تنحصر في أن دراسة هذه الضمانات في هذا القانون، من جهة، تمكن من تحديد القصور التشريعي في ضمانات حق التقاضي أمام القضاء الإداري على صعيد إقليم كردستان، كما تشكل النتائج المتوصل إليها، من جهة ثانية، أساساً لطرح التوصيات بخصوص استكمال الضمانات المتطلبة لحق الأفراد في التقاضي أمام المحاكم الإدارية وتطويرها، وتوفير الضمانات المتكاملة لحق التقاضي سيجعل من القرارات التي تصدرها أكثر مصداقية، وسيعزز ثقة الأفراد بالقضاء الإداري في الإقليم بصورة أكبر.

ثانياً: فرضية البحث:

تكمن الفرضية الأبرز للبحث في أن قانون مجلس الشورى لإقليم كردستان-العراق رقم (14) لسنة 2008 ينص على عدد من الضمانات اللازمة لكفالة حق الأفراد في التقاضي أمام القضاء الإداري إلا أنه لا يوفر هذه الضمانات بوجه كافٍ وعلى الوجه الأمثل، وبضمنها خاصة ما يرتبط بالقواعد الإجرائية للمنازعات الإدارية المتعلقة بحق الدفاع والمواجهة بين الخصوم، ما يستدعي تدخل المشرع الكردي لمعالجتها.

ثالثاً: مناهج البحث:

يستند البحث إلى عدد من مناهج البحث التي يتمثل أبرزها في المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن، التي على أساسها جرت دراسة القوانين المتعلقة بموضوعه، ولاسيما قانون مجلس شوري الإقليم رقم (14) لسنة 2008، وكذلك القوانين الإجرائية التي تطبق في المنازعات الإدارية ومنها قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة

1969 وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971.

رابعاً: هيكل البحث:

يتكون البحث من مبحثين، يُكرس المبحث الأول لدراسة الضمانات المتعلقة بالتنظيم القضائي لهيئات مجلس الشورى لإقليم كردستان-العراق، ويُخصص المبحث الثاني للبحث في الضمانات المتعلقة بمبدأ المواجهة بين الخصوم وحق الدفاع، وعلى الوجه الآتي:



المبحث الأول

الضمانات المتعلقة بالتنظيم القضائي لمجلس الشورى

من الضمانات الحقيقية لحقوق الأفراد وحياتهم في مواجهة تعسف الإدارة هو وجود جهات قضائية متخصصة تتولى الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وتمثل أهمية وجود قضاء إداري متخصص للفصل في المنازعات الإدارية في أن رقابة القضاء على أعمال الإدارة تعدّ الجزء الأكبر لمبدأ الشرعية والضمانة الفعالة لسلامة تطبيق القانون، ولكي تكون هذه الرقابة فعالة وحقيقية يجب أن تتسم هذه الجهات بالاستقلالية. وتتضمن استقلالية الهيئات القضائية كضمانة لكفالة حق التقاضي عدداً من العناصر، منها ما يتعلق بمكانتها تجاه السلطات الأخرى من حيث الاستقلال المؤسسي والاستقلال المالي، ومنها ما يتعلق بتعيين القضاة وإجراءات نقلهم وانتدابهم وعدم قابليتهم للعزل. واستناداً إلى ذلك سنبحث في هذا المبحث في مدى توافر هذه الضمانات لدى الهيئات القضائية لمجلس الشورى لإقليم كُردستان-العراق، وذلك في مطلبين، أولهما يتعلق بالبحث في الاستقلال المؤسسي والمالي للهيئات القضائية لمجلس الشورى في إقليم كُردستان-العراق، وثانيهما يختص بدراسة القواعد الخاصة بتنظيم إجراءات تعيين القضاة ونقلهم وانتدابهم وعدم قابليتهم للعزل.

المطلب الأول

الاستقلال المؤسسي والمالي للهيئات القضائية لمجلس الشورى لإقليم كوردستان-العراق

أولاً- الاستقلال المؤسسي للهيئات القضائية لمجلس الشورى لإقليم كوردستان-العراق:

من الأمور المسلمة في العصر الحديث استقلال القضاء عن السلطين التشريعية والتنفيذية استقلالاً تاماً طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، ذلك المبدأ الذي أضحى المحور الرئيسي الذي تدور من حوله عملية تنظيم السلطات العامة في الدولة الديمقراطية

الحديثة⁽¹⁾، أي أن الاستقلال المؤسسي للهيئة القضائية الذي نعني به استقلالها عن غيرها من الأفرع الحكومية وتحديد الفرع التنفيذي والبرلمان⁽²⁾، ويقوم مبدأ استقلال القضاء على أساس عدم التدخل من قبل باقي السلطات في سلطة القضاء وعملها وتشكيلها وذلك بإعطاء السلطة القضائية تنظيمًا دستورياً مستقلاً عن تدخل باقي السلطات وتأثيرها⁽³⁾، فالدستور عندما يقرر مبدأ استقلال القضاء كسلطة من سلطات الدولة فهو يمنع كل سلطة أخرى من التدخل في تنظيم القضاء وإعادة تنظيمه مهما كانت الأداة التي يتم بها هذا التدخل حتى ولو كانت هذه الأداة هي القانون⁽⁴⁾، وطالما أن القضاء هو ميزان العدل فإن سلامة هذا الميزان تقتضي أن يكون مجرداً من التأثير بالمصالح أو العواطف الشخصية. وقد كفل مبدأ استقلال القضاء حمايته من التأثير بغير حكم القانون، ولكن بخلاف ذلك يعد تدخلاً في شؤون القضاء ما يجري العمل به في وزارة العدل مثلاً من إرسال تعليمات أو منشورات إدارية للقضاء، إذ تطبيقاً لأحكام الدستور والقوانين لا يجوز لوزير العدل أو غيره إصدار أي تعليمات أو توجيهات أو أوامر للقضاة، وذلك لأن وزارة العدل تتبع السلطة التنفيذية والقضاة يتبعون السلطة القضائية⁽⁵⁾.

وللأهمية البالغة التي يمثلها استقلال السلطة القضائية فقد نصت عليه دساتير مختلف الدول، ومنها الدستور الفرنسي لسنة 1958 والدستور المصري لسنة 2014⁽⁶⁾، كما سار

- (1) د.عبدالغني بسيوني عبدالله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص32.
- (2) وسيم حسام الدين الأحمد، استقلال القضاء، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص16.
- (3) صهيب دحام عيادة المعاضيدي، حق التقاضي وإساءة إستعماله، ط1، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، 2015، ص115.
- (4) وسيم حسام الدين الأحمد، مصدر سابق، ص90.
- (5) عمر بكار، ضمانات استقلال القضاء الإداري الجزائري، رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر-بسكرة، 2014-2015، ص11.
- (6) تنص المادة (184) من الدستور المصري لسنة 2014 على أن: "السلطة القضائية مستقلة، تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، ويبين القانون صلاحياتها، والتدخل في شؤون العدالة أو القضايا، جريمة لا تسقط بالتقادم". وتنص المادة (64) من الدستور الفرنسي لسنة 1958 في فقرتها (الأولى) منه على أن: "رئيس الجمهورية سوف يكون الضامن ←

دستور جمهورية العراق لسنة 2005 على النهج ذاته، إذ تنص المادة (19/ أولاً) منه على أن: "القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون". كما تنص المادة (87) منه على أن: "السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها..."، وتنص المادة (88) منه على أن "القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم لغير القانون، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة". كما ينص على ذلك قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 (المادة الثانية)، وقانون السلطة القضائية لإقليم كردستان العراق رقم (30) لسنة 2007 (المادة الثانية).

ولم يقتصر ضمان استقلال القضاء على دساتير الدول فحسب، بل أصبح أيضاً من المبادئ الدولي المعترف بها، فقد نصت المادة (10) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 على أن: "لكل إنسان الحق بكامل المساواة في محاكمة عادلة وعلنية أمام محكمة مستقلة ومحايده عند تقرير حقوقه وواجباته وأي اتهام جنائي يوجد ضده"⁽¹⁾، كما تنص المادة (14) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 على أن: "الناس جميعاً سواء أمام القضاء، ومن حق كل فرد لدى الفصل في أي تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أي دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية منشأة بحكم القانون"⁽²⁾، كما أن وجود سلطة قضائية مستقلة في الدولة هو من المبادئ التي كرسها معظم المواثيق الدولية والإقليمية، ومنها قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المرقم (32/40) الصادر في 29 تشرين الثاني 1985 وقرارها المرقم (146/40) الصادر في 29 كانون الأول 1985، اللذان حددا المبادئ الأساسية لاستقلال السلطة القضائية والسبل الذي تؤدي إلى هذا الاستقلال، وكذلك إعلان بيروت للعدالة الصادر عن مؤتمر العدالة العربي الأول في بيروت سنة 1999

←

لاستقلال السلطة القضائية".

- (1) المادة (10) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، د.خليل حميد عبدالحميد، مبدأ استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق، مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد (16)، 2010، ص 127.
- (2) المادة (14) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، أحمد فخر العبيدي، ضمانات المتهم في أثناء المحاكمة وفق النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2012، ص 61.

وإعلان القاهرة لاستقلال القضاء في المنطقة العربية الصادر عن مؤتمر العدالة العربي الثاني سنة 2003، وغيرها من المواثيق الدولية⁽¹⁾.

وفي ضوء ما تقدم يمكن أن يثار السؤال عن مدى تمتع مجلس الشورى في إقليم كردستان-العراق بالاستقلالية المؤسسية؟ وما هو الحال بالنسبة للعراق وفرنسا؟

للإجابة على السؤال المطروح، يلاحظ بداية أن استقلالية مجلس الدولة الفرنسي وفقاً للمفهوم الفرنسي لمبدأ الفصل بين السلطات يمنع فصل القضاء الإداري عن السلطة التنفيذية، لأن ذلك يؤدي إلى عدّ هذا القضاء ضمن السلطة القضائية حتى وأن كان مستقلاً عن القضاء العادي، لذلك يجب أن تكون السلطة القضائية بناءً على هذا المبدأ مستقلة عن الإدارة، والاستقلال هنا يعني منع الرقابة عليها، وعليه يكون القضاء الإداري مرتبطاً بالسلطة التنفيذية⁽²⁾. وهذا يعني أن مجلس الدولة الفرنسي يعدّ هيئة مستقلة تتبع الوزير الأول ويحل محله وزير العدل عند غيابه، إلا أن هذه التبعية لم يكن لها حظ في التطبيق وذلك لأنه من الناحية الواقعية تكون الرئاسة معقودة دائماً لنائب رئيس مجلس الدولة، ولم يحدث في تاريخ المجلس أن عقدت جلسة برئاسة رئيس مجلس الوزراء أو وزير العدل على الرغم من أنّ التشريعات الخاصة بالمجلس قد نصت على ذلك. ومن ثم فإن ما يبدو في ميزان الواقع مختلف تماماً عما يكون عليه التشريع، وهذا هو الذي يؤكد استقلال المجلس، وعدم تبعيته في الواقع⁽³⁾، وفي الوقت الحالي يذهب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي إلى عدّ مجلس الدولة هيئة قضائية بجوار السلطة القضائية، وهذا ما أكدّه المجلس الدستوري في أحد قراراته⁽⁴⁾، فقد ذكر المجلس الدستوري صراحةً أنه: "ومن حيث إنه ينتج عن أحكام المادة (64) من الدستور - فيما يتعلق بالقضاء العادي- ومن المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية، بموجب قانون 24 مايو 1872

(1) مدحت المحمود، القضاء في العراق-دراسة استعراضية للتشريعات القضائية في العراق، ط3، دار ومكتبة الأمير، 2011، ص70.

(2) د.فارس عبد الرحيم حاتم، مدى فاعلية مجلس الدولة العراقي في ظل قانون مجلس الدولة رقم 71 لسنة 2017، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد(1)، العدد (59)، 2020، ص195.

(3) مصطفى رسول حسين، إشكاليات القضاء الإداري في إقليم كردستان-العراق، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، قسم القانون العام، جامعة السليمانية، ص97.

(4) حسين جاسم الشاتي، استقلال القضاء الإداري، ط1، منشورات زين الحقوقية، 2020، ص30.

- فيما يتعلق بالقضاء الإداري- أن استقلال هذه الهيئات، وطبيعتها الخاصة - فيما يتعلق بوظائفها- مضمون على نحو لا يستطيع المشرع أو الحكومة، أن يراقب أعمال هذه الهيئات، أو أن يوجه إليها أوامر، أو أن يحل مكانها، في إصدار أحكام في المنازعات الداخلة في اختصاصها"⁽¹⁾. ومن ثم فإن استقلال القضاء الإداري ووجوده، بات يستند في الوقت الحالي في فرنسا إلى أساس دستوري ولا محل للحدوث الآن عن أن القضاء الإداري الفرنسي جزء من الإدارة، وإنما هو يعد الطرف الآخر في السلطة القضائية في فرنسا إلى جانب القضاء العادي⁽²⁾.

ويستنتج مما سبق إن مجلس الدولة الفرنسي يتمتع بالاستقلالية من حيث الواقع، أما فيما يتعلق بارتباط مجلس الدولة بالوزير الأول أو وزير العدل فهذا ليس إلا ارتباطاً شكلياً ولا يؤثر بأي شكل من الأشكال في استقلالته⁽³⁾، ونرى بهذا الخصوص أنه من الأفضل فك هذا الارتباط ولو كان ارتباطاً شكلياً ومنح مجلس الدولة الاستقلالية المؤسسية الواقعية والقانونية.

أما في العراق فإن مجلس شورى الدولة وفقاً لقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته لم يكن يتمتع بالاستقلالية المؤسسية بل كان تابعاً لوزارة العدل، إذ نص قانون مجلس شورى الدولة رقم (106) لسنة 1989، وهو قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 في المادة (الأولى) على أن: "يؤسس مجلس يسمى (مجلس شورى الدولة) يرتبط إدارياً بوزارة العدل.....". كما تنص المادة (7/ ثانياً

(1) د.عبدالناصر على عثمان حسين، استقلال القضاء الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص344.

(2) مصطفى رسول حسين، مصدر سابق، ص98.

(3) ويبدو أن ارتباط مجلس الدولة بالسلطة التنفيذية منذ إنشاء مجلس الدولة الفرنسي سنة 1800 له أسباب تاريخية وأيدولوجية تتعلق بالوضع في أثناء الثورة الفرنسية سنة 8917 فضلاً عن أنه يقوم المجلس بوظيفة القضاء في مجال المنازعات الإدارية المتعلقة بالسلطة التنفيذية، فهو يختص بإبداء الرأي والفتوى إلى الحكومة ويختص بصياغة التشريعات، ومن ناحية أخرى فإن هذا الارتباط للمجلس بالسلطة التنفيذية قد يعطي قوة ودعمًا أكثر إلى قرارات القضاء الإداري وأحكامه... للتفصيل راجع: د.عثمان ياسين على، التطور التشريعي للقضاء الإداري في العراق ومواقفه في إقليم كردستان، البحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الرابع للقضايا القانونية المنعقد في كلية القانون بجامعة تيشك، 2019، ص251.

وثالثاً) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (17) لسنة 2013 على منح الحق بتشكيل محاكم للقضاء الإداري ولقضاء الموظفين في مراكز المحافظات إذا دعت الحاجة ببيان من وزير العدل بناءً على اقتراح من هيئة الرئاسة وكذلك إعطاء الحق في انتداب القضاة من الصنف الأول والثاني، بترشيح من مجلس القضاء الأعلى إلى محاكم القضاء الإداري أو محاكم قضاء الموظفين⁽¹⁾. ونرى أن ارتباط مجلس شورى الدولة في العراق بوزارة العدل يعد إخلالاً باستقلال المجلس، إذ إن وزارة العدل جزء من السلطة التنفيذية ومجلس شورى الدولة جهة قضائية تقوم بأعمال قضائية والرقابة على أعمال الإدارة ولا شك أن هذا الارتباط يؤثر سلباً في حيادية المجلس واستقلاله.

لذا ومن أجل تحقيق استقلال القضاء الإداري وتماشياً مع نص المادة (101) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، أصدر مجلس النواب قانون مجلس الدولة رقم (71) لسنة 2017 الذي يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصيغة ويعد هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية فيه يمثلها رئيس المجلس ويتم اختياره من قبل رئاسة المجلس من بين المستشارين ويعين وفقاً لقانون التعديل السادس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979، مما أدى إلى فك ارتباط المجلس بوزارة العدل مع بقاء تشكيلاته واختصاصاته السابقة كافة كما هي ودون أي تعديل⁽²⁾. وبذلك أصبح مجلس الدولة مستقلاً من الناحية الإدارية عن السلطة التنفيذية، ونرى أن عد مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة وغير مرتبطة بأي جهة أخرى، يتوافق مع مبدأ استقلال القضاء ويشكل دعامة فعالة لدور المجلس في حماية حقوق الأفراد وحررياتهم ومن بينها حق التقاضي، وفي اعتقادنا إن المشرع العراقي خطا خطوة مهمة تستحق الثناء بإصداره قانون مجلس الدولة رقم (71) لسنة 2017، كونه تضمن نصوصاً وضعت حداً لتبعية القضاء الإداري للسلطة التنفيذية ممثلة بوزارة العدل التي استمرت مدة طويلة، ونأمل أن يسهم استقلال القضاء الإداري على النحو الذي نص عليه قانون مجلس الدولة في تعزيز دور هذا القضاء وتدعيم سلطاته بما يكفل التزام الإدارة بمبدأ المشروعية، مما يؤدي بدوره إلى كفالة حق التقاضي للمتقاضين.

- (1) أوهام على حبيب، الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الإدارية في العراق، بغداد، 2015، ص 73.
 (2) زينب صبري محمد الخزاعي، استقلال القضاء الإداري وفقاً لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (71) لسنة 2017، مجلة إشراقات تنموية، المجلد 6، العدد 27، 2021، ص 666.

أما على صعيد إقليم كردستان-العراق فإنه بصدر قانون مجلس الشورى رقم (14) لسنة 2008 تحقق استقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي، إلا أن هذا القضاء بقي مرتبطاً إدارياً بالسلطة التنفيذية المتمثلة في وزير العدل⁽¹⁾، فقد نصت المادة (2) من القانون المذكور على أن: "يؤسس في الإقليم مجلس يسمى (مجلس الشورى لإقليم كردستان-العراق) يرتبط إدارياً بوزير العدل...". كما ينص القانون على قيام وزارة العدل بتشكيل المحاكم الإدارية في الإقليم، وفقاً للمادة (12) منه: "أولاً- لوزير العدل تشكيل المحاكم الإدارية في مراكز المحافظات في الإقليم بحسب مقتضيات المصلحة العامة برئاسة قاضٍ من الصنف الأول وعضوية قاضيين من الصنف الثاني أو الثالث أو عضوية قاضٍ ومستشار. ثانياً- لوزير العدل طلب انتداب القضاة إلى المحكمة الإدارية من غير المتدربين إلى مجلس شورى الإقليم من رئاسة مجلس القضاء".

واستناداً إلى المواد السابقة يتبين أن مجلس الشورى في الإقليم يرتبط بوزير العدل، كما أن المشرع منح صلاحية تشكيل المحاكم الإدارية في مراكز المحافظات لوزير العدل أيضاً. وفي رأينا إن ارتباط مجلس الشورى وهو هيئة قضائية واستشارية بوزير العدل الذي هو جزء من السلطة التنفيذية، ومنح وزير العدل صلاحية تشكيل المحاكم الإدارية والحق في انتداب القضاة، كلها تشكل إخلالاً بمبدأ استقلال القضاء الذي تنص عليه الدساتير في مختلف الدول، ومنها دستور العراق لسنة 2005، كما أن تشكيل المحاكم الإدارية من قبل وزير العدل يجعل من المحاكم الإدارية خاضعة للسلطة التنفيذية وهذا يعد انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي تنص عليه المادة (47) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005، كما أن ذلك يحد من استقلالية مجلس الشورى في الإقليم.

ومع ذلك فإن هذا الارتباط بوزارة العدل لا يمنع من تمتع المجلس ببعض مظاهر الاستقلال من الناحية الوظيفية وفي نطاق تجسيد اختصاصاته التي تنص عليها المادة (3) من قانون المجلس، وهي النظر في المنازعات الإدارية وضمان وحدة التشريع من خلال توحيد أسس الصياغة التشريعية والمصطلحات والتعبير القانونية في الإقليم، هذا على الرغم من وجود بعض التداخل في شؤون المجلس فيما يتعلق بالمسائل الوظيفية. ونعتقد أنه يلزم لكفالة حق التقاضي للمواطنين والموظفين بصورة حقيقية أن يتحقق استقلال

(1) د.عثمان ياسين على، مصدر سابق، ص 258.

الجهة القضائية ليس من الناحية الوظيفية فحسب، بل يجب كذلك أن تكون مستقلة من الناحية العضوية ولا تكون تابعة للسلطة التنفيذية، وأن تدير شؤونها بنفسها دون تدخل من أي جهة أخرى، لذا ندعو المشرع الكردي أن يأخذ بنهج المشرع العراقي، وأن يبادر إلى إجراء التعديل اللازم وجعل مجلس شورى الإقليم هيئة مستقلة عن وزارة العدل ومنح رئيس المجلس سلطة تنظيم جميع الأمور المتعلقة بالقضاة من حيث النقل والانتداب.

ثانياً- الاستقلال المالي للهيئات القضائية لمجلس شورى لإقليم كردستان-العراق: من الضمانات الأخرى لاستقلال السلطة القضائية هو استقلالها من الناحية المالية. ويعدّ الاستقلال المالي للسلطة القضائية أي استقلالها في مواردها ونفقاتها من الضمانات المهمة لاستقلال القضاة في ممارسة وظيفتهم القضائية، وقد نصت على هذه الضمانة المواثيق الدولية المتعلقة باستقلال القضاء، كما نصت عليه القوانين الداخلية. كما أكد عليه المبدأ السابع من مبادئ الأمم المتحدة بشأن استقلال السلطة القضائية، الذي يقضي بأن: "من واجب كل دولة عضو أن توفر الموارد الكافية لتمكين السلطة القضائية من أداء مهماتها بطريقة سليمة"⁽¹⁾.

إن عدم استقلال القضاء في النواحي المالية، وبقاؤها مرتبطة بالسلطة التنفيذية، يجعلان القضاء تابعاً في أكثر أموره المالية إلى جهات أخرى. لذلك يتوجب في هذا الخصوص أن تجعل ميزانية القضاء منفصلة وبعيدة التصرف عن السلطة التنفيذية، إذ أن وجود ميزانية خاصة ومنفصلة للقضاء يشكل أحد أبرز الضمانات المهمة في تأكيد مبدأ استقلال القضاء⁽²⁾، فكلما كان هناك استقلال مالي وميزانية خاصة بالقضاة قلت الضغوط والتأثيرات في عمل السلطة القضائية من قبل السلطة التنفيذية⁽³⁾، وهذا ما يجسد مضمون المبدأ السابع المتقدم ذكره من المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية. ومن ثم

(1) حمزة عودة سلامة النصور، مبدأ استقلال القضاء في النظام القانوني الأردني، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، قسم القانون العام، 2015، ص 192-193.

(2) فراموش عمر فتح الله، استقلال القضاء كوسيلة لهيئة السلطة القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 71-72.

(3) د. ماجد نجم عيدان ومحمد صالح صابر، دور المحكمة الاتحادية العليا في الحفاظ على استقلال القضاء، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (8)، العدد (30)، 2019، ص 266.

يجب أن توفر للسلطة القضائية الموارد المالية الكافية التي تمكنها من أداء مهماتها بطريقة سليمة، إذ من دون الموارد الكافية يتعذر على السلطة القضائية أن تضطلع بمهامها على نحو فعال وربما تصبح عرضة للضغوط الخارجية التي لا موجب لها أو للفساد. علاوةً على ذلك يجب من الناحية المنطقية، أن يكون هناك ضرب من ضروب اشتراك السلطة القضائية في إعداد ميزانيات المحاكم⁽¹⁾.

وعلى صعيد التشريع الفرنسي فالملاحظ أنه لا ينظم هذه المسألة، ومن ثم فإن مجلس الدولة الفرنسي يرتبط مالياً بوزارة العدل. ولكن مع تبعية مجلس الدولة الفرنسي مالياً لوزارة العدل إلا أنه يدار من الناحية العملية من خلال أعضائه. أي أن لمجلس الدولة الفرنسي اليد العليا في الأمور الإدارية والمالية الخاصة بأعضاء المجلس، فالمجلس يستقل بإدارة شؤونه المالية والإدارية وذلك عن طريق نائب رئيس المجلس ومكتب المجلس، فنائب رئيس المجلس هو الذي يدير المجلس ويتصرف في أمور ميزانية المجلس، ويمارس سلطته بالنسبة لكل الإجراءات ذات الصلة بالأمور المالية والإدارية، ويعاونه في ذلك مكتب المجلس، الذي يضم كلاً من نائب رئيس المجلس ورؤساء الأقسام والسكرتير العام للمجلس الذي يتم اختياره من بين النواب⁽²⁾. واستناداً إلى ذلك يتمتع مجلس الدولة الفرنسي، إضافة إلى استقلاله من الناحية العضوية، بالاستقلال المالي أيضاً، فهو الذي يدير الشؤون المالية للمجلس ولأعضائه.

أما بالنسبة للاستقلال المالي لمجلس الدولة العراقي فقبل صدور القانون رقم (71) لسنة 2017 كانت موازنة المجلس مرتبطة بموازنة وزارة العدل، إذ نص القانون رقم (17) لسنة 2013، وهو قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979، على أن تكون للمجلس وحدة حسابية مستقلة ضمن وزارة العدل، وذلك بموجب المادة (1/ ثانياً) التي نصت على أن: "للمجلس وحدة حسابية مستقلة ضمن موازنة وزارة العدل"، واستناداً إلى هذا النص يتبين أن مجلس شورى الدولة في العراق لم يكن يتمتع بموازنة مستقلة وأن أموره المالية كانت من ضمن موازنة وزارة العدل، وهذا الأمر جعل القضاء الإداري في العراق خاضعاً للسلطة التنفيذية ممثلة بوزارة العدل، مما يكون مدعاة

(1) وسيم حسام الدين الأحمد، استقلال القضاء، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012، ص17.

(2) حسين جاسم الشاتي، مصدر سابق، ص152.

للتدخل في شؤونه.

أن من ضمانات استقلال النظام القانوني للمجلس أن يكون له استقلال مالي عن السلطة التشريعية والتنفيذية ويظهر ذلك من خلال أن يتمتع بميزانية منفصلة عن الميزانية العامة للدولة نظراً لاستقلاله وتمتعه بالشخصية المعنوية⁽¹⁾، ولم يتمتع المجلس باستقلالته من الناحية المالية إلا بعد صدور القانون رقم (71) لسنة 2017، إذ نص قانون مجلس الدولة في تعديله السادس لقانون مجلس شورى الدولة على الاستقلال المالي للمجلس في المادة (5) منه على أن: "المجلس الدولة موازنة مالية مستقلة تمول من الموازنة العامة للدولة".

ومن جانبنا نستحسن ما فعله المشرع العراقي عندما منح مجلس الدولة ميزانية مالية مستقلة في التعديل السادس مما يعزز ضمانات الاستقلال الإداري والمالي للمجلس. أما في إقليم كردستان-العراق فكما تقدم ذكره فإن مجلس الشورى لا يتمتع بالاستقلالية المؤسسية والمالية، كونه تابعاً لوزير العدل كما تنص على ذلك المادة (2) من قانون المجلس، لذلك نرى أن استقلال المجلس يشكل ضماناً مهمة لاستقلال أعماله بوصفه هيئة قضائية، وبالنظر إلى أهمية هذا المجلس ومهامه التي يقوم بها نجد أن تجسيد ذلك لا ينسجم مع ارتباطه بوزير العدل الذي هو جزء من السلطة التنفيذية، ذلك لأن من مهمات المجلس النظر في القرارات الإدارية غير المشروعة التي تصدرها الإدارة وأن يقضي بإلغائها إذا ثبت مخالفتها للقانون، والمجلس لا يمكن أن يقوم بهذه المهمة بصورة حيادية إلا إذا كان جهة مستقلة، لذا نقترح على المشرع الكردي العمل على تحقيق استقلالية مجلس الشورى في إقليم كردستان-العراق من خلال فك ارتباطه بوزير العدل وأن تكون له ميزانية مالية مستقلة، كما هو نهج المشرع العراقي بهذا الخصوص.

المطلب الثاني

القواعد الخاصة بتنظيم إجراءات تعيين القضاة ونقلهم وانتدابهم

وعدم قابليتهم للعزل

يعدّ تنظيم الشؤون الإدارية للقضاء الإداري بمعزل عن تدخل سلطات الدولة الأخرى

(1) زينب صبري محمد الخزاعي، مصدر سابق، ص 668.

من أهم الضمانات التي تصب في تدعيم استقلاله، وهذا يعني ضرورة وجود نظام إداري مستقل لهذا القضاء يمكنه من إدارة شؤون أعضائه كافة بصورة مستقلة، وهذا ما أكدت على ذلك أغلب الدساتير في الدول على اختلافها⁽¹⁾،

ويشمل استقلال القضاء جانبين، فهو من جهة استقلال له بصفته سلطة من سلطات الدولة الثلاث فهو يقف على قدم المساواة مع كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية ومن جهة أخرى هو استقلال للقضاة كأفراد في أثناء اضطلاعهم بمهام وظائفهم، بحيث يمارس القاضي وظيفته دون تأثير أو تدخل من أي جهة كانت⁽²⁾.

إن تحقيق استقلال القضاء الإداري في مواجهة السلطات الأخرى في الدولة، يقتضي أن تكون هناك ضوابط أو قواعد خاصة لتنظيم إجراءات نقل القضاة أو انتدابهم على الوجه الذي لا يتم من خلاله التدخل في أعمال القضاء الإداري، كما يجب أن تكون القواعد الخاصة بالنقل والانتداب بيد القضاء الإداري لا بيد سلطة أخرى، وأن تكفل التشريعات التي تنظم تلك المسائل الاطمئنان والاستقلال للقضاة بما يمكنهم من القيام بوظيفتهم بكل حياد⁽³⁾. وسنوضح هذه المحاور كما يأتي:

أولاً- تعيين القضاة:

المقصود بالتعيين قيام السلطة التنفيذية باختيار القاضي وتعيينه في منصب القضاء، وذلك انطلاقاً من أن السلطة التنفيذية تعدّ أقدر من جمهور الناخبين على التعرف على الكفاءات التي يجب توفرها فيمن يتولى منصب القضاء، وهذا النظام تأخذ به غالبية الدول، ومنها مصر، والعراق⁽⁴⁾.

وفيما يتعلق بطريقة اختيار أعضاء القضاء الإداري فإن المشرعين العراقي والفرنسي أخذوا بنظام تعيين أعضاء القضاء الإداري، إذ أن التعيين كما تقدم ذكره يتمثل في أن تتولى السلطة التنفيذية بنفسها اختيار أعضاء القضاء الإداري وتعيينهم، وذلك لأن هذه السلطة تكون أكثر إلماماً بالشروط والمواصفات الواجب توافرها فيمن ينتسب إلى هذا القضاء⁽⁵⁾.

(1) حسين جاسم شاتي، مصدر سابق، ص13.

(2) فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص16.

(3) حسين جاسم شاتي، مصدر سابق، ص48-49.

(4) فراموش عمر فتح الله، مصدر سابق، ص128.

(5) حسن جاسم الشاتي، مصدر سابق، ص17.

وفي فرنسا يتم اختيار أعضاء مجلس الدولة بطريقة التعيين أو بطريقة الترقيّة من المناصب التي تسبق الوظيفة مباشرة، فبالنسبة لاختيار المندوبين من الدرجة الثانية، يتم اختيارهم من بين الخريجين الأوائل في المدرسة الوطنية للإدارة، ويتم اختيار المندوبين من الدرجة الأولى من بين المندوبين من الدرجة الثانية، ويعينون بناءً على اقتراح وزير العدل، ويكون اقتراح وزير العدل باختيار الشخص نفسه الذي اختاره نائب رئيس المجلس، وهو الرئيس الفعلي للمجلس وذلك بعد المداولة وأخذ رأي رؤساء الأقسام في المجلس. أما التعيين في سائر المناصب في مجلس الدولة فيكون بطريق الترقيّة من المناصب التي تسبق الوظيفة مباشرةً ولذلك فإن أكثر من 80% من أعضاء المجلس يعينون من داخل المجلس، أما سائر الأعضاء فإن تعيينهم يكون من خارج المجلس. ويستنتج من هذا إن السلطة التنفيذية لا دخل لها بشكل كبير في تعيين أعضاء المجلس وأن دورها في ذلك شكلي وضعيف جداً وليس عملياً⁽¹⁾، ويعين أعضاء المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية بمرسوم جمهوري بعرض من وزير العدل بناءً على اقتراح نائب رئيس مجلس الدولة لأنهم يتصدون للعمل القضائي في المجلس⁽²⁾.

أما في العراق فقد كان للسلطة التنفيذية قبل صدور قانون مجلس الدولة رقم (71) لسنة 2017 دور كبير في تعيين أعضاء مجلس الدولة، إذ كان المشرع العراقي في القانون رقم (65) لسنة 1979 وتعديلاته يأخذ بنهج ارتباط مجلس الدولة بوزارة العدل وهي سلطة تنفيذية، ومن ثم كان تعيين الرئيس ونائب الرئيس والمستشار والمستشار المساعد يجري بمرسوم جمهوري بناءً على اقتراح وزير العدل (المادة 22). ولكن بعد تعديل هذه المادة بموجب قانون التعديل الثاني رقم (106) لسنة 1989 أصبح التعيين في إحدى هذه الوظائف يتم مباشرة بمرسوم جمهوري. وفي اعتقادنا أن هذا التعديل حقق إلى حد ما نوعاً من الاستقلالية لأعضاء المجلس وذلك بالنظر لعدم تدخل وزير العدل في مجال تعيينهم.

(1) د. أحمد خورشيد حميدي المفرجي ود. محمد سليم محمد أمين، استقلال مجلس الدولة العراقي عن السلطة التنفيذية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 37، 2021، ص 430-431. مصطفى رسول حسين، مصدر سابق، ص 58.

(2) على حسين حمزة السلامي، الضمانات لأعضاء مجلس شورى الدولة، رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة المستنصرية، 2013، ص 57.

واستناداً إلى المادة (22) الملغاة من القانون كان تعيين المستشار المساعد في مجلس شورى الدولة يتم بمرسوم جمهوري، إلا أنه وبصدور قانون مجلس الوزراء العراقي رقم (20) لسنة 1991 فقد تم تحويل مجلس الوزراء تعيين المدراء العامين ومن هم بدرجتهم، مما استحدث عرفاً إدارياً يقضي بتعيين المستشار المساعد الذي هو بدرجة مدير عام في المجلس بقرار من مجلس الوزراء، ومثل هذا العرف في اعتقادنا جاء مخالفاً لنص قانوني واضح في قانون مجلس شورى الدولة الذي يشترط صراحة صدور مرسوم جمهوري لتعيين المستشار المساعد، مما يعني أنه وضع أساساً لمنحه ضمانات واستقلالية في مواجهة السلطة التنفيذية تجعله في منأى عن الضغوط والتغييرات والتنقلات التي قد تستهدفه⁽¹⁾.

أما بالنسبة لتعيين رئيس المجلس والمستشارين، فبصدور قانون مجلس الدولة رقم (71) لسنة 2017، أُلغى ارتباط مجلس الدولة بوزارة العدل ولكن التدخل في التعيين ظل موجوداً إلى حد ما، وذلك من خلال وجوب موافقة السلطات الأخرى على اقتراح المجلس لكون التعيين يتعلق بدرجة خاصة⁽²⁾، فاستناداً إلى الجدول رقم (1) الملحق بقانون الملاك رقم 25 لسنة 1960 المعدل، يعد رئيس مجلس الشورى والمستشارين من أصحاب الدرجات الخاصة كما عدّ قرار مجلس قيادة الثورة العراقي المنحل رقم (1077) في 1982/8/12 كلاً من رئيس المجلس ونائبه والمستشار موظفين بدرجة خاصة⁽³⁾. وقد رسم دستور جمهورية العراق لسنة 2005 الإجراءات المتبعة في تعيين أصحاب الدرجات الخاصة، إذ أن التعيين في الدرجات الخاصة استناداً إليه يكون بناءً على اقتراح من مجلس الوزراء وموافقة مجلس النواب عليه⁽⁴⁾.

وانطلاقاً من مبدأ تدرج القواعد القانونية فإن نص المادة (61) من دستور العراق لسنة 2005 قد عدل حكماً نص المادة (22) من قانون مجلس شورى الدولة الذي حدد آلية تعيين أعضاء القضاء الإداري، وبهذا يكون المشرع الدستوري قد ألغى ضمانات في غاية الأهمية، إذ إن النص المذكور من قانون مجلس شورى الدولة يعدّ بمنزلة العائق أمام

(1) على حسين حمزة السلامي، مصدر سابق، ص 79.

(2) د.أحمد خورشيد حميدي المفرجي ود.محمد سليم محمد أمين، مصدر سابق، ص 433.

(3) قرار مجلس قيادة الثورة العراقي المنحل رقم (1077) الصادر في 1982/8/12.

(4) الفقرة (خامساً-ب) من المادة (61) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

السلطة التنفيذية للتدخل في تعيين أعضاء القضاء الإداري واختيارهم⁽¹⁾. ولا شك أن هذا النص الدستوري الذي جاء بصورة مطلقة وبدون استثناء، فتح باب التدخل أمام السلطة التنفيذية عن طريق اقتراح مجلس الوزراء لتعيين أعضاء المجلس، وكذلك التدخل من قبل السلطة التشريعية من خلال موافقتها على تعيينهم، وكان الأجدر بالمشرع العراقي أن يستثني أعضاء مجلس الدولة من هذه المادة وأن يكون تعيين أعضاء المجلس من طرف المجلس نفسه وذلك من أجل كفالة استقلاليتهم.

وفي إقليم كردستان العراق ينص قانون مجلس الشورى لإقليم كردستان-العراق رقم (14) لسنة 2008 كذلك على تعيين أعضاء المجلس، إذ أنه ينص في الفقرة (أولاً) من المادة (25) على أنه: "أولاً: يعين الرئيس ونائب الرئيس والمستشار بمرسوم إقليمي بناءً على اقتراح وزير العدل وموافقة رئيس مجلس الوزراء، ثانياً: يعين المستشار المساعد بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير العدل وتوصية من هيئة رئاسة مجلس الشورى"، ومن ثم فإن تعيين أعضاء مجلس الشورى في الإقليم يكون بناءً على اقتراح أو ترشيح من وزير العدل وبموافقة رئيس مجلس الوزراء، أي إنه يتم من قبل السلطة التنفيذية، مما يعدّ في اعتقادنا إخلالاً بضمان استقلال القضاء الإداري في الإقليم لأن هذا الأسلوب يفتح المجال لكل تأثير محتمل يمكن أن يقع على أعضاء المجلس، ومن ثمّ فإنه لا يضمن استقلاليتهم، وهذا يتعارض مع مصلحة المتقاضين الذين يطمحون من وراء لجوئهم إلى القضاء إلى الحصول على حكم عادل وحقوقي صادر من قضاة مستقلين من دون التدخل من أي جهة أخرى بما يؤثر في إرادتهم وفي الحكم الصادر بحقهم، لذا نقترح أن يتم تعيين رئيس المجلس وأعضائه بترشيح من قبل هيئة رئاسته من دون تدخل أية جهة أخرى.

ثانياً- نقل القضاة:

يعدّ نقل القضاة من منطقة إدارية إلى أخرى من الأمور العادية، وذلك بحسب الحاجة للقضاة في كل منطقة، لكن هذا النقل لا يكون كذلك إذا ما استخدم كوسيلة للتأثير في بعض القضاة، فحماية القاضي ترتبط بضمان استقلال القضاء بالأ ينقل إلى مكان آخر غير المكان الذي يؤدي فيه عمله إلا لأسباب تقدرها جهته القضائية نفسها، كما أن صلاحية

(1) حسين جاسم الشاتي، مصدر سابق، ص 17.

نقل القضاة يجب أن تمارسها السلطة القضائية نفسها عن طريق المجلس القضائي. ومن ثم إن استطاعت السلطة التنفيذية نقل القضاة وفقاً لأهوائها فإن استقلال القضاء يغدو حبراً على ورق⁽¹⁾.

ويقضي قانون مجلس الدولة في فرنسا بنقل المندوب من الدرجة الثانية بعد انقضاء سنتين من تأريخ التعيين في المجلس إذا اتضح أن مؤهلاته لا تلاءم مقتضيات وظيفته، فيتولى نائب رئيس المجلس بعد المداولة مع رؤساء الأقسام إخطار رئيس الوزراء بذلك لنقله إلى وظيفة عامة أخرى، وذلك بعد أخذ رأي وزير العدل. أما بالنسبة إلى أعضاء المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستثنائية في فرنسا فلا يمكن نقلهم من دون رضاهم حتى إن كان إلى درجة عليا، فالقانون لا يضمن الحصانة ضد النقل لغير هذه الفئات من أعضاء المجلس. ومن الواضح أن القانون استهدف توفير هذه الضمانة للأعضاء العاملين في الشق القضائي من المجلس دون سواه، وهذا أفضل من عدم الأخذ بالضمانة من الأساس⁽²⁾.

وفي العراق لم يتطرق قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل، ومثله القانون رقم (17) لسنة 2013 (قانون التعديل الخامس لمجلس شورى الدولة)، إلى قواعد نقل أعضاء القضاء الإداري، إلا أن المادة الثانية من تعليمات تشكيلات مجلس الدولة ومهامها رقم (1) لسنة 2006 الصادرة عن وزارة العدل تنص على أن: "يرتبط برئيس المجلس، رؤساء الهيئات المتخصصة في المجلس، وسكرتير عام المجلس، ومجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري"، كما وأشارت هذه التعليمات في المادة (3/ أولاً وثانياً) إلى أن: "يتولى رئيس المجلس المهام الآتية: أولاً- إدارة شؤون المجلس الإدارية كافة، ثانياً- إصدار القرار الإداري بتسمية رئيس وأعضاء مجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري". أما من الناحية العملية فقد حصل نقل أعضاء مجلس الدولة إلى خارج المجلس بناءً على طلبهم ووجود المصلحة العامة بعد موافقة مجلس الوزراء وبمرسوم جمهوري على ذلك ونشره في الجريدة الرسمية، وقد نقلوا إلى مناصب معادلة لمنصب المستشار مثل وظيفة السفير في وزارة الخارجية، وهذا جائز لأنه يتم بموافقة

(1) فاخر صبري بايز مخموري، استقلال القضاء بين الشريعة والقانون، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2012، ص 209.

(2) مصطفى رسول حسين، مصدر سابق، ص 66-67.

العضو ووجود المصلحة العامة، وهذا يمثل نوعاً من الضمانة، إذ ليس من السهولة إقناع مجلس الوزراء ثم إقناع رئاسة الجمهورية بالنقل⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بنقل القضاة في إقليم كردستان-العراق فإن قانون مجلس شورى الإقليم لم يحظر نقل أعضاء مجلس الشورى إلى خارجه، كما أن قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 وقانون الادعاء العام رقم (159) لسنة 1979 قد نصا على عدم جواز نقل عضو السلطة القضائية إلى وظيفة أخرى غير قضائية إلا بموافقة التحريية، وأن خلو قانون المجلس من النصوص التي تنظم طريقة نقل أعضاء المجلس وعدم تبيان آليته وترك ذلك للأحكام العامة في قوانين الخدمة المدنية هو موضع نقد⁽²⁾.

ثالثاً- ندب القضاة:

يقصد بندب القضاة تكليفهم بأداء إما عملهم الأصلي وإما عمل يختلف عن عملهم الأصلي في مكان آخر⁽³⁾، وهذا إما أن يكون ندباً من محكمة إلى أخرى من طبقتها نفسها أو من طبقة عليا أو للعمل في النيابة مدة محددة أو للقيام بأعمال قضائية أو قانونية غير عمله أو إضافة إلى عمله، وقد يكون الندب للعمل في المحكمة نفسها، وقد قيد المشرع الندب بقيود وحدده بما لا يزيد على مدة معينة وذلك ضماناً للقضاة من تسلط السلطة التنفيذية على النحو الذي يؤثر في استقلالهم⁽⁴⁾.

وأجاز القانون الفرنسي ندب -أي انتداب- أعضاء مجلس الدولة إلى وظيفة عامة أخرى في إحدى وظائف الدولة أو الهيئات العامة الأخرى أو لمزاولة التعليم، أو لشغل وظيفة أو أداء مهمة في مؤسسة خاضعة لرقابة الدولة أو حاصلة على امتياز منها إذا كانت هذه المهمة معهوداً بها من قبل الحكومة، ولا يجوز انتداب المندوبين أو وضعهم خارج المجلس إلا إذا كانوا قد قضوا أربع سنوات في الأقل في خدمة المجلس، ولا يجوز أن تزيد مدة الانتداب على سنتين⁽⁵⁾.

(1) د.أحمد خورشيد حميدي المفرجي ود.محمد سليم محمد أمين، مصدر سابق، ص 67.

(2) مصطفى رسول حسين، مصدر سابق، ص 66.

(3) فراموش عمر فتح الله، مصدر سابق، ص 71-72.

(4) حامد إبراهيم عبدالكريم الجبوري، ضمانات القاضي في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 128.

(5) د.عصمت عبدالمجيد بكر، مجلس الدولة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011، ص 618-619.

وفي العراق لم يتطرق القانون إلى موضوع انتداب عضو مجلس شوري الدولة إلى عمل في خارج المجلس، وإن كان قد جرى من الناحية الواقعية انتداب المستشار والمستشار المساعد إلى رئاسة الجمهورية أو رئاسة مجلس الوزراء⁽¹⁾، كما أن قانون مجلس شوري الدولة المعدل لم يتناول انتداب أعضاء القضاء الإداري إلى العمل في خارج المجلس وإنما تطرق إلى موضوع انتداب بعض الفئات من خارج المجلس إلى العمل في القضاء الإداري، وتلك الفئات هي: 1- قضاة الصنف الأول والمدراء العامون في دوائر الدولة وأجهزة الوزارة والمفتشون العدليون ورؤيس الادعاء العام والمدعون العامون، 2- المدراء العامون في دوائر الدولة ممن لهم الخبرة في الأمور القانونية أو الإدارية أو الاقتصادية، 3- أعضاء الهيئة التدريسية في كليات القانون في الجامعات العراقية، 4- قضاة الصنف الأول والثاني. ويكون انتداب القضاة إلى محكمة القضاء الإداري وقضاء الموظفين مرتبطاً بموافقة الوزير دون موافقة مجلس شوري الدولة أو أخذ رأيه وهذا يؤدي إلى عدم استقلاله، وذلك لأن الانتداب ربما يكون وفقاً لاعتبارات شخصية أكثر مما هو لاعتبارات فنية أو مهنية، والدليل على ذلك أن القانون لم يشترط أخذ موافقة المجلس في الأقل وإنما أناط ذلك بالسلطة التنفيذية، وهذا الأمر قد يخل باستقلال القضاء الإداري لأن هؤلاء الوزراء يمثلون السلطة التنفيذية، ومن ثم قد يكون الانتداب مبنياً على دوافع شخصية أو حزبية خاصة، ومن هنا يلاحظ وجود القصور التشريعي في معالجة انتداب أعضاء القضاء الإداري، لذلك ندعو المشرع العراقي لإعادة النظر في النصوص المنظمة لانتداب أعضاء القضاء الإداري بالشكل الذي يضمن له استقلاله وحياده في مواجهة سلطات الدولة الأخرى وذلك بضرورة أخذ رأي مجلس شوري الدولة في ذلك من أجل تعزيز استقلاله وعدم فسح المجال أمام السلطة التنفيذية للتدخل في شؤون أعضائه⁽²⁾.

كما أن قانون مجلس شوري الإقليم لم ينظم بدوره موضوع انتداب أعضاء المجلس أو إعارتهم إلى العمل في خارج المجلس، وترك ذلك للقواعد العامة في قوانين الخدمة المدنية والتعليمات ذات الصلة⁽³⁾.

(1) المصدر نفسه، ص 620.

(2) حسين جاسم الشاتي، مصدر سابق، ص 60-61.

(3) مصطفى رسول حسين، مصدر سابق، ص 68.

رابعاً-عدم قابلية القضاة للعزل:

إن عدم قابلية القضاة للعزل هو من الضمانات الأخرى لاستقلال القضاء الإداري والقضاة، إذ لا يكفي لتحسين القاضي إحاطته بمختلف الأحكام المتعلقة بالتعيين والترقية والنقل والتأديب، بل ينبغي إضافة إلى ذلك تأمينه في رزقه، أو ضمان حق بقاءه في الوظيفة، مادام لم يصدر عنه ما يسيء إليها وكان أهلاً لهذا البقاء، ومن هنا ظهرت الحاجة الماسة لمبدأ عدم قابلية القضاة للعزل لكونه إحدى أهم وسائل الحماية الإدارية للقاضي، وتفرضه طبيعة العمل القضائي وموجبات رسالة العدالة، وما له من أهمية في حفظ الاستقرار النفسي والوظيفي لدى القضاة⁽¹⁾.

إن عدم قابلية القضاة للعزل يمثل من الناحية النظرية إحدى النتائج الجوهرية لمبدأ الفصل بين السلطات، ومن الناحية العملية يمثل الرمز الظاهر والملموس لوجود سلطة قضائية مستقلة عن السلطة التنفيذية. ويقصد بعدم قابلية القاضي للعزل أنه لا يجوز إبعاد القاضي عن منصبه القضائي بطريقة الفصل أو الإحالة إلى التقاعد أو الوقف عن العمل أو النقل إلى وظيفة أخرى إلا في الأحوال وبالكيفية المنصوص عليها في القانون، ولا شك أن حرية القضاء لا تتحقق إلا بحرية القضاة، والقاضي الذي يخشى العزل لا يعرف طريق الحق والعدل، وهذه الضمانة تعد جوهر استقلال القضاء. وقد ذهب البعض إلى أن عدم قابلية القاضي للعزل ليس ضماناً للقاضي بقدر ما هو ضمان للمتقاضين، ذلك أن القاضي لا يستطيع بغير هذه الحصانة أن يعلي كلمة القانون في مواجهة الحكومة، فينصف بها مظلوماً أو يحمي منها صاحب حق، وبموجب هذه الضمانة أو الحصانة تجرد السلطة التنفيذية من سلاح كان من الممكن أن تستغله في ترهيب القضاة والتأثير في استقلالهم⁽²⁾، وليس معنى هذا المبدأ أن القاضي يظل غير قابل للعزل طوال حياته وأنه يحتفظ بمنصبه ولو بدرت منه تصرفات غير مقبولة، وإنما معناه أن القاضي لا يفصل أو ينقل إلا في الأحوال أو بالكيفية المبينة في القانون⁽³⁾.

(1) عمر بكار، مصدر سابق، ص 24.

(2) د.نجيب أحمد عبدالله الجبلي، ضمانات استقلال القضاء-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، مكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص 42-43.

(3) د.أحمد أبو وفا، المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الخامسة عشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 65.

وفي فرنسا، لا يتمتع أعضاء مجلس الدولة بهذه الضمانة المهمة من الناحية القانونية إلا أن الواقع الفعلي وتأريخ المجلس في مواجهة الحكومة يؤكد وجود مثل هذه الحصانة بسبب المكانة الراسخة للمجلس في الضمير القانوني، وهي الضمانة التي مكنته من فرض استقلاله عن الحكومة⁽¹⁾، أي أن عدم قابلية أعضاء مجلس الدولة للعزل يطبق من الناحية العملية، لأنهم لا يختلفون في ذلك عن أعضاء القضاء العادي، إذ أكدت المراسيم الصادرة عام 1963 ضمانات أعضاء المجلس ولم يحدث أن تعرض أعضاء المجلس للعزل إلا بمناسبة التطهير الذي أجرى مرتين، في عام 1871، وعام 1944⁽²⁾، أما بالنسبة لأعضاء المحاكم الإدارية، فقبل صدور قانون 6 يناير 1986 كانوا يتمتعون بهذه الضمانة من الناحية الواقعية، ولكن بصدوره بدأ النص على هذه الضمانة بالنسبة لهم وهذا مشابه إن لم يكن متطابقاً مع نص المادة الرابعة الفقرة 2 من مرسوم 22 ديسمبر 1958 المتعلق بالقانون الأساس الخاص بوضع قضاة السلطة القضائية، فقد قررت المادة الأولى من قانون 6 يناير 1986 إن أعضاء هذه المحاكم لا يمكن أن ينقلوا بدون رضاهم حتى ولو إلى الدرجة الأعلى. كما نص قانون 31 ديسمبر 1987 المتعلق بإنشاء المحاكم الإدارية الاستئنافية على تطبيق القواعد المقررة في قانون 6 يناير 1986 على المحاكم الإدارية الاستئنافية، ومن بين هذه القواعد ضمانات عدم قابلية للعزل المقررة في المادة الأولى في قانون 6 يناير 1986⁽³⁾.

وفي العراق كفل المشرع عدم قابلية القضاة للعزل، إذ ينص دستور جمهورية العراق لسنة 2005 في المادة (97) منه على أن: "القضاة غير قابلين للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون ويحدد القانون الأحكام الخاصة بهم وينظم مساءلتهم تأديبياً". أما بالنسبة لأعضاء مجلس الدولة فإنه لا يوجد نص صريح في دستور جمهورية العراق يتعلق بضمانة عدم قابلية أعضاء مجلس الدولة للعزل⁽⁴⁾، ومنذ نشأة القضاء الإداري في العراق بموجب

(1) د.مازن ليلو راضي، مجلس شوري إقليم كردستان-العراق، تنظيمه واختصاصاته، مجلة جامعة السليمانية (B) العدد 26، 2009، ص138.

(2) د.عبدالغني بسيوني عبدالله، مصدر سابق، ص79.

(3) د.عبدالناصر على عثمان حسين، مصدر سابق، ص248.

(4) يقصد بعدم قابلية أعضاء مجلس الدولة للعزل أن استمراره في وظيفته القضائية غير مرهون برضاء أيًا كانت عنه ومن ثم لا يمكن الفصل بينه وبين وظيفته القضائية فلا يجوز عزله وإبعاده عنها سواء

القانون رقم (106) لسنة 1989، قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979، لم ينص قانون مجلس الدولة وتعديلاته على هذه الضمانة لأعضاء المجلس ولم يتطرق المشرع لهذه الضمانة.

إلا أنه بصدر قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (17) لسنة 2013، عُذ أعضاء مجلس شورى الدولة قضاة لأغراض هذا القانون عند ممارسة مهمات القضاء الإداري، وذلك ضمن أحكام المادة (1/ ثالثاً) منه، ولكون الدستور العراقي لسنة 2005 ينص في المادة (97) على أن: "القضاة غير قابلين للعزل إلا في الحالات التي يحددها القانون كما يحدد القانون الأحكام الخاصة بهم وينظم مساءلتهم تأديبياً"، فمن ثم فإن أعضاء القضاء الإداري يمتلكون هذه الضمانة وفقاً لما تقدم⁽¹⁾.

وفي رأينا، إن هذا النص لا يعدّ كافياً لوحده لتثبيت عدم قابلية أعضاء مجلس الدولة للعزل، ونأمل أن ينص المشرع العراقي صراحة سواء في الدستور أم في قانون مجلس الدولة على عدم قابلية أعضاء مجلس الدولة للعزل، وذلك نظراً للمهمة القضائية التي يقوم بها القاضي الإداري وأعضاء المجلس وضرورة كفالة تحقيق استقلالهم عن طريق تقرير عدم قابليتهم للعزل. كما نرى أن عدم وجود نص صريح في الدستور وقانون مجلس الدولة بهذا الخصوص يعد نقصاً تشريعياً وأن عدم توفير هذه الضمانة من شأنه الإخلال بحق التقاضي للمواطنين.

أما في إقليم كردستان العراق فإن أعضاء مجلس شورى الإقليم وفقاً لنصوص القانون لا يتمتعون بامتياز عدم قابليتهم للعزل وكان الأجدى بالمشرع أن يمنح أعضاء المجلس من درجة مستشار مساعد فما فوقها ضمانة أنهم غير قابلين للعزل وأن تسري بالنسبة لهم جميع الضمانات التي يتمتع بها القضاة، وهذه الضمانة معترف بها على سبيل المثال في مجلس الدولة المصري وتشكل ضمانة حقيقية لاستقلالهم عن تأثير السلطة التنفيذية وتدخلها في شؤون القضاء⁽²⁾. وفي اعتقادنا أنه من الضروري أن يكفل قانون مجلس

←

كان ذلك عن طريق النقل أو الندب لوظيفة أخرى.... للتفصيل راجع: د. مصطفى محمود الشربيني، بطلان إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 288.

(1) حسين جاسم الشاتي، مصدر سابق، ص 125.

(2) د. مازن ليلو راضي، مجلس شورى إقليم كردستان-العراق تنظيمه واختصاصاته، مصدر سابق، ص 138.

شورى الإقليم ضمانة عدم قابلية أعضاء مجلس الشورى للعزل، وأن تسري بالنسبة لأعضائه جميع الضمانات التي يتمتع بها أعضاء السلطة القضائية، وأن تكون بالنسبة لأعضاء المجلس الضمانات نفسها الممنوحة للقضاة المتدربين الذين يخضعون لنظام قانوني خاص ويتمتعون بضمانات كثيرة.

وأخيراً إن عدم وجود نص دستوري وتشريعي في كل من فرنسا والعراق وإقليم كردستان-العراق يضمن للقضاة عدم قابليتهم للعزل من قبل أي سلطة إلا وفقاً للقانون هو محل نقدٍ لأنه لا يمكن أن يتصور وجود قضاء مستقل وعادل يعمل على إرساء كلمة الحق وإعلاء مبدأ سيادة القانون دون الخوف أو التهيب من تأثير وتدخل السلطات الأخرى، ودون أن يكون القضاة في مأمن من فقدان عملهم أو مستقبلهم الوظيفي، إذ تعدّ حصانة القضاة ضد العزل من أقوى العوامل الداعمة لاستقلال القضاء. لذلك من أجل تحقيق استقلالية القضاء والقضاة لا بد من وجود نصوص صريحة وواضحة في الدستور وفي التشريع العادي تؤمن لهم بقاءهم في مناصبهم، كما أن عدم خوف القضاة من فقدان عملهم من شأنه أن يشكل مقدمة لإصدار أحكام عادلة بحق المتقاضين، وهذا هو الهدف الأسمى والغاية العليا من إقرار حق التقاضي للمواطنين.

المبحث الثاني

الضمانات المتعلقة بمبدأ المواجهة بين الخصوم وحق الدفاع

إن من أهم ضمانات حق التقاضي هو تحقيق مبدأ المواجهة في الخصومة وحق الأطراف في الدفاع عن أنفسهم، وهذا المبدأ تقتضيه قواعد العدالة لكونه من مقتضيات المحاكمة العادلة. ويعدّ هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في النظام القضائي والتقاضي، وهو حق أساس للخصم لمباشرة حقوقه الإجرائية في مواجهة الخصم الآخر ولتمكين أطراف النزاع من الإطلاع على الأدلة المقدمة ضدهم أو التي استند إليها الخصم من أجل الدفاع عن نفسه، إذ أن موضوع حق الدفاع هو موضوع فروع القانون الإجرائية كافة، كقانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون المرافعات المدنية، كما أن القانون الإداري يتضمن أيضاً في جانب منه العقاب وهو ما يعرف بالقانون الانضباطي الذي يتضمن مجموعة من العقوبات التي تفرضها الإدارة على الموظف في حال مخالفته للواجبات التي تقع على عاتقه وبعض هذه العقوبات يؤدي إلى تحقيق أضرار مادية بالموظف، كتأخير ترفيع الموظف أو غيره من الأضرار، وهذه العقوبات لا تنقل شأناً عن العقوبة التي تفرضها القوانين المدنية والجنائية، ولذلك شرع الدفاع في القانون الإداري.

لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول بالبحث في المطلب الأول الضمانات المتعلقة بمبدأ المواجهة بين الخصوم، وفي المطلب الثاني الضمانات المتعلقة بحق الدفاع، وذلك على الوجه الآتي:

المطلب الأول

الضمانات المتعلقة بمبدأ المواجهة بين الخصوم

تعددت التعريفات الفقهية لمبدأ المواجهة، إذ يعرفه الفقه الفرنسي بأنه: "التزام على القاضي مضمونه أنه يجب إعلام الخصوم بكافة المستندات المقدمة في الدعوى"⁽¹⁾. والمواجهة بصفة عامة هي تمكين العامل أو الموظف الذي تتعرض حقوقه ومصالحه

(1) نقلاً عن: إيمان أحمد العبدولي، مبدأ المواجهة في المنازعات الإدارية القضائية، ط1، معهد التدريب والدراسات القضائية، الشارقة، 2012، ص31.

لتصرف ما من الإحاطة به، حتى يستطيع أن يدلي بأوجه دفاعه⁽¹⁾.
 ويعدّ إعلان أطراف الخصومة بالمستندات المقدمة في الدعوى، وبما يجري فيها من إجراءات أفضل حمايةً لهم، لأن علمهم بالإجراءات المناسبة وبقرارات المحكمة وأيضاً بأعمال خصومهم في القضية هو الذي يمكنهم من إعداد دفاعهم، ومن ثم يلزم لصحة الإعلان أن يكون من شأنه المساعدة على ضمان حقوق الدفاع⁽²⁾، واستناداً إلى ذلك أوجب القانون على كل خصم أن يمكن خصمه من الإطلاع على الأوراق التي يقدمها تأييداً لدعواه، ومن حق كل خصم أن يبلغ بالأوراق التي يقدمها الخصم الآخر للمحكمة، وليس للمحكمة أن تستند إلى ما يقدم إليها من خصم دون إطلاع الخصم الآخر عليه وتمكينه من إبداء ملاحظاته حوله، فحق الإطلاع يثبت للخصوم بالتبادل، إذ بمقتضاه يقع على عاتق الخصم التزام بتمكين الخصم الآخر من أن يتصل علمه بكل ما قدمه الأول من مستندات لم يعلم بها خصمه أو لم يبدها شفويّاً في حضوره⁽³⁾.

وإذا كان حق المدعي في التقاضي يخوله الإطلاع على مذكرة الدفاع الأولى المقدمة من المدعى عليه في الدعوى وما يليها من مذكرات مقدمة من هذا الأخير متى تضمنت عنصراً جديداً، فإن احترام حق المدعى عليه في الدفاع يخوله الحق في مواجهته بعريضة الدعوى والمذكرة التكميلية المقدمة من المدعي وما يليها من مذكرات مقدمة من المدعي في الدعوى متى ما تضمنت عنصراً جديداً. وبناءً عليه فالطلبات الجديدة ووسائل الدفاع الجديدة التي يتمسك بها المدعي وهي التي تتضمن إثارة أوجه قانون أو واقع بيديها المدعي دعماً لما كان قد أوضحه في طلبه أمام القضاء الإداري يجب إعلامها للمدعى عليه احتراماً لحقه في الدفاع⁽⁴⁾، فمن مقتضيات حق التقاضي أنه إذا قدم أحد الخصوم مستندات، تعيّن إتاحة الفرصة لخصمه، كي يطلع عليها ويقدم دفاعه في شأنها، وصدور

- (1) أمجد جهاد نافع عياش، ضمانات المساءلة التأديبية للموظف العام، رسالة الماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم القانون العام، جامعة النجاح الوطنية، 2007، ص 4.
- (2) د.محمد عبدالحميد مسعود، إشكاليات إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، النظرية العامة للدعوى الإدارية من إقامتها حتى الحكم فيها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 481.
- (3) د.خالد سليمان شبكة، كفاءة حق التقاضي-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 292.
- (4) إيمان أحمد العبدولي، مصدر سابق، ص 85.

الحكم دون مراعاة ذلك يؤدي إلى بطلانه، لإخلاله بحق الدفاع وما يتطلبه من المساواة بين الخصوم، غير أنه إذا أودعت حافظة مستندات دون تصريح من المحكمة ولم تطلع المحكمة عليها وأصدرت حكمها استناداً إلى مستندات أخرى فإن ذلك لا يؤثر في سلامة الحكم⁽¹⁾.

ويقتضي مبدأ المواجهة بين الخصوم أن تتم جميع إجراءات الخصومة التي يباشرها أحد الخصوم في مواجهة الطرف الآخر، على نحو يعلم بها سواء عن طريق إعلامه بها، أم تمكينه من الإطلاع عليها ومناقشتها⁽²⁾، وعلّة وجوب الإعلان أنه أضمن طريق للإعلام الذي هو أداة العلم المتبادل بين الخصوم، والعلم هو المفترض المنطقي لإمكان المواجهة، فتمكين الخصم من مناقشة خصمه الآخر يقتضي بالضرورة علمه بما قدمه هذا الخصم، بل أنه لا جدوى من إعطاء القاضي الفرصة الكاملة لكل خصم لكي يعبر عن وجهة نظره إذا سمح للخصم الآخر أن يخفي ادعاءاته ووسائل دفاعه ومستنداته⁽³⁾.

لذلك يجب إخبار كل خصم بما يجريه الآخر لكي يتمكن من الدفاع عن مصالحه، ولذلك يوجب القانون على المدعي أن يعلن المدعى عليه بالطلبات الموجهة إليه، ولا يجيز له أن يبدي في الجلسة التي يتخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو أن ينقص في الطلبات الأولى، ولا يجوز للمدعى عليه أن يطلب في غياب المدعي الحكم له عليه بطلب ما، ويجب على كل خصم تمكين خصمه من الإطلاع على الأوراق التي قدمها تأييداً لدعواه، كما يوجب القانون على القاضي ألا يبيّن حكمه إلا على الأقوال التي سمعها والمستندات التي قدمت إليه في أثناء المرافعة، وأن يمتنع بعد إقفال باب المرافعة عن سماع أقوال أحد الخصوم في غياب الطرف الآخر وعن قبول أية ورقة لم يطلع عليها خصمه⁽⁴⁾. وهذا ما ينص عليه قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 في الفقرة الأولى من المادة (157) إذ جاء فيها أنه: "لا يجوز للمحكمة بعد أن تقرر ختام المرافعة أن تسمع توضيحات من أحد الخصوم إلا بحضور الخصم الآخر ولا أن تقبل

(1) د. محمد عبدالحميد مسعود، مصدر سابق، 2009، ص 486.

(2) د. ياسين شامي وعشار غالم، كفالة حق التقاضي، دار الكتب والوثائق القومية، مركز الأكاديمي للنشر، الإسكندرية، 2020، ص 130.

(3) د. خالد سليمان شبكة، مصدر سابق، ص 291.

(4) د. أحمد أبو وفا، مصدر سابق، ص 60.

مذكرات أو مستندات من أحد الطرفين".

ومن مقتضيات مبدأ المواجهة أيضاً حضور الخصوم جلسات المحاكمة وعرض ما لديهم من أدلة والرد عليها ومناقشتها، ويكون لكل خصم عرض ما لديه من الأدلة وحق الخصم الآخر في الإطلاع والرد عليها حتى يتمكن القاضي من بناء حكمه من خلال هذه المناقشات⁽¹⁾، ومن أهم مقتضيات مبدأ حضور الخصوم أن يعلم كل خصم بأدلة خصمه ويحيط بها إحاطة شاملة، فينبغي أن يتمكن كل خصم من الإطلاع على الأدلة والحجج التي يقدمها خصمه، بل الإطلاع على المقدمة في الدعوى بصفة عامة، ويعطي الفرصة الكاملة لفحصها وتفنيدها والرد عليها⁽²⁾.

وفيما يتعلق للمنازعات الإدارية فإن القاضي الإداري يضطلع بدور بارز في تحريك الدعوى الإدارية، فهو الذي يأمر بالسير في إجراءاتها ويفحص الأوراق والوثائق المقدمة من المدعي ومن الإدارة المدعى عليها، ويطلب استكمال المذكرات والمستندات والأوراق الناقصة ويأمر بالتحقيق إن كان له محل، وهو الذي يقرر متى تكون الدعوى الإدارية صالحة للفصل فيها، وهو الذي له تقدير ما يقدمه الخصوم من وسائل إثبات وله حرية كاملة في هذا التقدير، وهذا لا يمنع الخصوم من تقديم اقتراحهم في الدعوى وللقاضي الحرية الكاملة في إجابة هذه الاقتراحات أو الإعراض عنها حسب ما يراه ملائماً لسير الدعوى، مع ملاحظة أنه بالنسبة للطلبات الموضوعية في الدعوى فالقاضي الإداري ليس كأبي قاضٍ فلا يتقيد بطلبات الخصوم في موضوع الدعوى وله أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم⁽³⁾.

كما أن القاضي الإداري في ممارسته لهذا الدور التوجيهي يلتزم بمراعاة حقوق الدفاع و ضمانات التقاضي من ناحية، واستقلال الإدارة وعدم التدخل في شؤونها التقديرية أو الحلول محلها من ناحية أخرى، وذلك بما لا يتعارض مع سلطته في تحضير الدعوى

(1) بن عمراني محمد وفروحات سليمان، مبدأ المواجهة بين الخصوم وأثره في المحاكمة العادلة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية-أدرار-، 2018، ص12.

(2) د.عمر فخري عبدالرزاق الحديشي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص112-113.

(3) إيمان أحمد العبدولي، مصدر سابق، ص42-43.

وتوجيه إجراءاتها، وذلك من أجل تحقيق أكبر قدر من الضمانات والرعاية للمتقاضين، وتيسير سبل الوصول إلى الحق دون إرهاق من خلال العمل على تحقيق توازن عادل بين الإدارة والمتعاملين معها على سواء⁽¹⁾.

ولا يجب الخلط بين دور القاضي في المنازعات الإدارية وبين مبدأ المواجهة في المنازعات الإدارية القضائية، فالقاضي يباشر هذه الإجراءات في مواجهة الخصوم جميعاً، فيجب أن يمكن كل طرف من الإطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر من مذكرات ويدي رأيه فيها، فمبدأ المواجهة لا يقصد به المساواة بين الخصوم أيضاً ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يفضل خصماً على آخر وإلا كان حكمه مشوباً بالبطلان لمخالفته مبدأً إجرائياً جوهرياً هو مبدأ المواجهة⁽²⁾، وهكذا يجب أن تنظم الخصومة على أساس المواجهة بين الخصوم، فتطبيق القاضي للقانون في أثناء الخصومة لا يكون إلا في مواجهة الطرفين، وعلّة هذا أن الحماية القضائية إنما تمنح بالنظر إلى حق في الدعوى وهذا الحق رابطة بين الطرفين⁽³⁾، ومن ثم يتصف مبدأ المواجهة بخصوصيته في الخصومة الإدارية لكونها أكثر أهمية من غيرها من الخصومات وذلك لاختلال مراكز الخصمين، إذ تسمح للمتقاضي العادي بمعرفة ما تودعه الجهة الإدارية من مذكرات ومستندات، وخاصةً تلك التي تحجم الجهة الإدارية عن تقديمها محتجزة إياها على مستواها ولا تقدمها إلا بفعل تدخل القاضي المقرر⁽⁴⁾.

ويلزم مبدأ المواجهة القاضي الإداري بالألا يفصل في الدعوى إلا من خلال العناصر التي تم الإطلاع عليها من قبل الخصوم سواء بالواقع أم القانون، ولذلك فإنه لا يستطيع أن يفصل في الدعوى على أساس مستند لم يتيسر لأحد الخصوم الاطلاع عليه ومناقشته⁽⁵⁾.

(1) د.شعبان أحمد رمضان، دور المحكمة التأديبية في توجيه إجراءات الدعوى التأديبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 93-94.

(2) إيمان أحمد العبدولي، مصدر سابق، ص 44.

(3) د.ياسين شامي وعشار غالم، مصدر سابق، ص 130.

(4) بشير محمد، إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-بن يوسف بن خدة، بدون ذكر سنة، ص 22.

(5) إيمان أحمد العبدولي، مصدر سابق، ص 85.

أي لا يجوز للقاضي أن يعتمد على علمه الشخصي⁽¹⁾، بل ينبغي عليه ألا يحكم إلا بمقتضى ما قدم في الدعوى من أدلة ومستندات وأوراق نوقشت وجاهاً أمامه. والعلم الشخصي هو ما يصل إليه بصدد وقائع الدعوى أو بصدد مدى ثبوتها عن غير الطريق المرسوم لنظر القضايا، كأن يكون قد شاهد واقعة معينة بنفسه، وعليه فإن المعلومات الشخصية هي تلك التي اكتسبها القاضي خارج وظيفته وبعيداً عن رقابة الخصوم ومع ذلك فلا يعدّ من قبيل العلم الشخصي أيضاً العلم بالظواهر الطبيعية⁽²⁾.

ويقصد بعلم القاضي علمه بوقائع الدعوى وأسباب ثبوتها، ويستند هذا المبدأ إلى قاعدة وجوب احترام حقوق الدفاع التي تستلزم ألا يأخذ القاضي إلا بالوقائع التي أظهرها الخصوم في جلسة الحكم، وإلا أصبح في هذه الحالة علم القاضي عبارة عن دليل في القضية ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل فإن الأمر يقتضي أن ينزل القاضي منزلة الخصوم فيكون خصماً وحكماً وهذا لا يجوز. وهذا المبدأ لا يمنع القاضي من الاستعانة في قضائه بما هو متعارف بين الناس من حيث إنه ليس علماً خاصاً به دون غيره، مثاله بعض المعلومات الفنية الثابتة أو بعض المعلومات الجغرافية والعلمية، ومن ثم ليس للقاضي وإن كان ذا اختصاص في مجال الطب مثلاً، أن يستعين بخبرته الطبية بل عليه أن يعين خبيراً للقيام بالخبرة اللازمة التي تكون محلاً للنقاش من طرف الخصوم⁽³⁾. لذا يجب على القاضي السهر والحرص على تطبيق مبدأ المواجهة وأعماله في سائر إجراءات التقاضي وألا يقبل أية أدلة أو مستندات أو سماع أقوال الخصم إلا بحضور خصمه، إذ أن تحقيق مبدأ المواجهة يوفر الثقة والاطمئنان بالقضاء والقاضي ويحرص على أن لا يحكم

(1) أوجب المشرع العراقي على القاضي أن يلتزم بإصدار الحكم وفقاً للدلائل والمستندات الموجودة وعدم إصدار الحكم بناءً على علمه الشخصي فقد نص في قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 في المادة (212) على أن: "لا يجوز للمحكمة أن تستند في الدعوى في حكمها إلى دليل لم يطرح للمناقشة أو لم يشر إليه في الجلسة ولا إلى ورقة قدمها أحد الخصوم دون أن يمكن باقي الخصوم من الإطلاع عليها، وليس للقاضي أن يحكم في الدعوى بناءً على علمه الشخصي". وأيضاً تنص المادة (8) من قانون الاثبات رقم (107) لسنة 1979 على أن: "ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة، ومع ذلك فله أن يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة التي من المفروض إلمام الكافة بها".

(2) د.عمر فخري عبدالرزاق الحديشي، مصدر سابق، ص 115.

(3) بن عمراني محمد وفروحات سليمان، مصدر سابق، ص 37.

في الدعوى بعلمه الشخصي.

إن مبدأ المواجهة لا يعمل به على إطلاقه وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات، فعلى سبيل المثال أجاز القانون اتخاذ بعض الإجراءات في غير مواجهة الخصوم كاستصدار أمر على ذيل عريضة أو أمر باستيفاء الدين الثابت بالكتابة، ولكن إذا كانت هذه الأوامر تصدر في غياب المدين فإن ذلك يعني حرمانه من ضمانات المواجهة، إلا أن هذا الحرمان ليس بمطلق فهو قاصر على مرحلة إصدار الأمر دون مرحلة الطعن فيه⁽¹⁾.

ويُستثنى من مبدأ المواجهة إذا امتنع المدعى عليه عن الحضور بعد دعوته بإعلان صحيح، إلا أن هذا لا يمنع القضاء من السير في إجراءات نظر الدعوى⁽²⁾.

وهذا ما ينص عليه قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 في المادة (14) بأن: "يدعى الخصم لحضور إجراءات الإثبات، ويجوز أن يتخذ الإجراء في غيابه إذا كان قد تبلغ وتخلف عن الحضور".

أما بالنسبة لمدى تحقق هذا المبدأ في فرنسا فاستناداً إلى المادة (52) من القانون الصادر عام 1945 والمتعلق بمجلس الدولة التي تنص على أن ينظم التحقيق في الدعوى الإدارية، وكذلك المادة (149) من قانون الإجراءات أمام المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية الصادر في عام 1989، التي أعطت السلطة المختصة في داخل المحكمة الإدارية الموافقة على البدء في التحقيق في الدعوى الإدارية، يصبح من اللازم منح الفرصة لكل طرف من أطراف الدعوى لمناقشة الوقائع والدفع التي من شأن الطرف الآخر إبدائها تأييداً لما يدعيه فيصبح لكل طرف الحق في تقديم مذكرات دفاعه في الدعوى وكذلك كل ما يؤيد هذه المذكرات من مستندات، وإذا كانت المذكرات المتبادلة بين أطراف الدعوى غالباً قليلة العدد فإن المستندات المؤيدة لهذه المذكرات تكون عادةً كثيرة ومتنوعة مما يصعب معه إعلانها لأطراف الدعوى بنفس طريقة إعلان المذكرات. لذلك فإن المبدأ الذي أرساه المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات أمام المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف وأكدته مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه هو تمكين كل طرف في الدعوى من الإطلاع على المستندات المقدمة من الطرف الآخر وذلك في مقر قلم كتاب

(1) د. ياسين شامي وعشار غالم، مصدر سابق، ص 133-134.

(2) د. خالد سليمان شبكة، مصدر سابق، ص 291.

المحكمة المختصة بنظر الدعوى⁽¹⁾، وقد نصت المادة (138) من قانون المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية على أن: "كل مستند يقدمه أحد الخصوم يجب أن تتاح للفريق الآخر مناقشته"، وعبرت أيضاً المواد 14 إلى 17 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي عن مبدأ المواجهة بين الخصوم⁽²⁾، كما ويعدّ قضاء مجلس الدولة الفرنسي مبدأ المواجهة من المبادئ العامة للقانون، وقد توج المجلس هذا المبدأ بالحكم الذي صدر في عام 1945 والذي جاء فيه: "لا يمكن الحكم بأية عقوبة حكماً صحيحاً دون أن يكون المحكوم عليه قد أُتيح له دفاعه بطريقة منتجة وفعالة"⁽³⁾.

وبخلاف ذلك، لا يوجد في العراق أو في إقليم كُردستان-العراق قانون إجرائي خاص بالمنازعات الإدارية ولم ينص المشرع فيهما على قواعد إجراءات خاصة بالتقاضي أمام محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين⁽⁴⁾،

وإنما أحال المسائل التي لا توجد فيما تم تنظيمه في قانون مجلس الدولة إلى قوانين إجرائية أخرى مطبقة أمام القضاء، وقرر المشرع في المادة (7) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل عموماً سريان أحكام قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وقانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 وقانون أصول المحاكمات

(1) د.شادية إبراهيم المحروقي، الإجراءات في الدعوى الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص222 وص227.

(2) د.ياسين شامي وعشار غالم، مصدر سابق، ص132.

(3) د.عبدالمنعم الضوي، القضاء الإداري في دول القضاء المزدوج دراسة مقارنة في مصر وفرنسا والعراق، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018، ص315-316.

(4) إن الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري الفرنسي ليست هي الإجراءات المتبعة أمام القضاء العادي، وهذا ما يؤكد أن القانون الإداري الفرنسي مستقل ليس على مستوى قواعده الموضوعية فحسب، وإنما على مستوى قواعد الإجراءات أمام القضاء الإداري أيضاً، ومع ذلك فإن الإجراءات أمام القضاء الإداري تتأثر إلى حد بعيد بالإجراءات المتبعة أمام القضاء العادي. وتختلف الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري باختلاف المحكمة المختصة، فالإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة يحكمها بصفة أساسية المرسوم بالقانون الصادر في 31 يوليو 1953 والذي خضع لتعديلات لاحقة فيما بعد، أما الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنافية فتخضع لأحكام الفصل الثاني من الكتاب الثاني من القانون الخاص بالمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية الصادر في عام 1989.. ينظر: د.شادية إبراهيم المحروقي، مصدر سابق، ص78-79.

الجزائية رقم (23) لسنة 1971 وقانون الرسوم العدلية رقم (114) لسنة 1981 في شأن الإجراءات التي تتبعها المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين فيما لم يرد فيه نص خاص في هذا القانون. وتنص الفقرة (ثالثاً) من المادة (12) من قانون مجلس الشورى في إقليم كردستان-العراق على أن: "تنظر الدعاوى الواردة في هذا القانون وفق قانون المرافعات المدنية...". وبالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وفيما يتعلق بإجراء المواجهة بين الخصوم أمام القضاء تنص المادة (59) منه على أن: "1- على الخصوم أن يُقدموا لوائحهم ومستمسكاتهم قبل الجلسة الأولى من المرافعة أو في المواعيد التي تحددها المحكمة، وللمحكمة أن ترفضها إذا قدمت بعد ذلك بدون عذر شرعي، ولها أن تستوضح من الطرفين عن الأمور التي تراها مبهمه أو أن في إيضاحها فائدة لحسم الدعوى. 2- للطرفين تنقيص دعوتهما أو تعديلها أو دفعهما في اللوائح المتبادلة أو بالجلسة بشرط ألا يغيرا من موضوع الدعوى. 3-.....".

إن هذا النص يلزم الخصوم أن يضعوا اللوائح والمستمسكات التي في حوزتهم أمام المحكمة، وأن يقوموا بتبادل تلك اللوائح فيما بينهم، ونرى أن الهدف من ذلك هو علم كل طرف بما يقدمه الطرف الآخر واستعداده للمحاكمة على أساس المستمسكات والدلائل المقدمة للمحكمة بعيداً عن تعرض الخصم للمفاجآت في أثناء المحاكمة، ومن ثم إعداد دفاعه على ضوء هذه الدلائل والمستمسكات، وهذا يؤدي بدوره إلى توفير الكفالة والضمانة للمتقاضين، ومع وجود مثل هذا النص إلا أننا نعتقد بضرورة وجود القواعد الإجرائية الخاصة بالمنازعات الإدارية في العراق وفي إقليم كردستان-العراق، على أن يتضمن نصوصاً خاصة بتحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم، خاصة أن أحد الأطراف في المنازعات الإدارية كما معلوم هو الإدارة التي تعدّ الطرف الأقوى في المنازعة، إذ تتمتع بالسلطة وتملك جميع المستمسكات والدلائل المتعلقة بالدعوى ومن ثم يجب إلزامها بنصوص صريحة بتقديم أي مستمسكات أو أدلة أو أوراق يطلبها القاضي، التي تعدّ ضرورية لحسم المنازعة وإصدار حكم عادل فيها.

المطلب الثاني

الضمانات المتعلقة بحق الدفاع

إن الدفاع حق مقدس ومكفول في المحاكمات كافة، خاصةً منها ما يتميز بطابع

العقاب كالمحاكمات الجزائية والتأديبية، وتعدّ حقوق الدفاع من الأمور المسلم بها حتى في حالة غياب النص فتمثل مبدأ قانونياً عاماً، بل إن حق الدفاع هو الضمانة والنواة التي تجد فيها الضمانات الأخرى أساسها، وبدوره يجد أساسه في مبدأ سماع الطرف الآخر، فلكي يكون الجزاء محققاً للعدالة لا بد من إتاحة الفرصة للطرف الثاني (الموظف) لإبداء ملاحظاته ودفاعه إزاء التهم التي توجه إليه، وللأهمية البالغة لحقوق الدفاع لكونها تجسيدا لصورة العدالة فقد كفلها المشرع في الدستور، وفي معظم القوانين الوظيفية، وبين القضاء ما يعدّ من مقتضيات حق الدفاع وما يعدّ إخلالاً به⁽¹⁾، ويقتضي هذا المبدأ وجوب إطلاع الإدارة والأفراد عندما تنوي اتخاذ تدابير تمس بحقوقهم، على ما تنسبه إليهم، وأن تعطيمهم الفرصة الكافية للدفاع عن أنفسهم، وإلا تعرض قرارها للإبطال بسبب تجاوز حد السلطة⁽²⁾.

ويعدّ احترام حق الدفاع وبتوافق الجميع مبدأ أساسياً وجوهرياً ومن المبادئ التي تحكم الإجراءات الجنائية والمدنية والإدارية والتأديبية، وضمانة أساسية لتحقيق العدالة، ووسيلة ضرورية لتمكين المتهم من إثبات براءته. وتقتضي معظم قوانين وأنظمة الخدمة المدنية وتقرر معظم تشريعات الوظيفة العامة بعدم جواز توقيع العقوبة على الموظف، إلا بعد سماع أقواله، وتحقيق دفاعه، ذلك لأن الاتهام قد يكون باطلاً من أساسه لأن الجريمة لم تقع أصلاً أو وقعت بفعل شخص آخر، أو أن يكون لدى الموظف من الأسباب أو الأعذار ما يعفيه من المسؤولية أو يخفف عنه العقوبة، وخير من يستطيع بيان هذه المسائل هو المتهم نفسه لأنه صاحب المصلحة الأولى في ذلك⁽³⁾.

ويقتضي حق الدفاع تمكين المدعي من بسط ادعاءاته وتدعيمها بما لديه من أدلة، وتمكين المدعى عليه من شرح دفاعه وتدعيمه بما لديه كذلك من أدلة مضادة، ومن ثم فإنه لا ينبغي أن يفهم أن حق الدفاع مقرر لصالح المدعى عليه وحده، بل هو أصل من أصول التقاضي مقرر لصالح كل من المدعي والمدعى عليه سواء بسواء، إذ يتيح لكل

(1) أحمد محمود الربيعي، التحقيق الإداري في الوظيفة العامة، رسالة الماجستير، كلية القانون، قسم القانون العام، جامعة الموصل، 2003، ص 105-106.

(2) محسن عبدالحسين محسن المغير، ضمانات حقوق المواطن أمام القضاء الإداري، ط 1، مكتبة القانون المقارن، 2019، ص 28.

(3) أمجد جهاد نافع عياش، مصدر سابق، ص 12-13، ضياء حسين لطيف، مصدر سابق، ص 19-20.

منهما تقديم الأسانيد المثبتة لدعواه أو دفعه، أو التي تدحض أدلة خصمه الموجهة ضده من خلال استعمال حق كل منهما في الدفع والإثبات والمرافعة الشفوية أو الكتابية⁽¹⁾، وعليه فإن حق الدفاع يؤدي إلى تكافؤ الفرص بين الخصوم وتحقيق المساواة بينهم من حيث أنه يعطي لكل طرف في الخصومة الحق في إبداء وجهة نظره بالأسانيد القانونية التي تمكنه من الحصول على حقه بالإضافة إلى حيادية القضاء في هذا الشأن وإعطاء الخصوم فرصاً متكافئة في الدفاع⁽²⁾، وتتضح هذه الأهمية في كون حق الدفاع يتأسس على فكرة تكافؤ الفرص أو التوازن بين السلطة الممثلة للدولة في الاتهام وبين المتهم، وذلك حمايةً للمتهم لكونه الجانب الضعيف في الدعوى لمواجهة كل المخاطر التي تحيط به في أثناء الدعوى⁽³⁾.

ويضفي مبدأ حق الدفاع على التحقيق طابع الوجاهية الذي يقضي بإطلاع صاحب العلاقة على كل ما أخذ بحقه، وعلى كل مستند يرمي إلى إدانته، وهكذا ينطوي مبدأ الوجاهية على ضرورة إطلاع الفرقاء في الدعوى على كل الأوراق والمستندات المتعلقة بالدعوى، وحق كل فريق بمناقشتها والرد على مضمونها، في حين أن حق الدفاع يتمثل في الرد الذي يمكن للخصم أن يقدمه نتيجة ادعاءات الخصم الآخر، لذلك تظهر العلاقة الوثيقة بين مبدأ الوجاهية ومبدأ حق الدفاع، فمبدأ الوجاهية يشكل وسيلة لأعمال حق الدفاع وكذلك حق الادعاء⁽⁴⁾.

كما أن الدفاع حق طبيعي معترف به لكل متهم، ونظراً لأنه يتعلق بالمبادئ العليا التي تقوم عليها العدالة، فإن معظم الدول تحرص على النص عليه صراحةً، في قوانينها الأساسية، ولهذا تنص الدساتير عادةً على أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة يكفله القانون، إلا أن إغفاله لا يعني عدم الاعتداد به، ومرد ذلك إما لأنه حق طبيعي ليس بحاجة إلى تدوين، أو لأنه من الأصول والعموم على نحو يغني عنه النص على الضمانات الجوهرية

(1) د.خالد سليمان شبكة، مصدر سابق، ص305.

(2) د.عبدالمعزم الضوي، مصدر سابق، ص352.

(3) محمد سلطان الكعبي، الضمانات التأديبية للموظف العام، رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018، ص63.

(4) محسن عبدالحسين محسن المغير، مصدر سابق، ص28-29.

للدفاع⁽¹⁾، ونظراً لأهمية هذا الحق فقد وجد تجسيده في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، وذلك في الفقرة الأولى من المادة (11) منه التي تنص على أن: "كل شخص متهم بريء إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له الضمانات الضرورية للدفاع عنه"⁽²⁾.

وفي القانون الفرنسي يكتسب حق الدفاع مكانة مهمة، فقد كفل المشرع الفرنسي هذا الحق بنصه في المادة (8) من المرسوم 28 نوفمبر 1983 على أنه فيما عدا حالة الاستعجال أو الظروف الاستثنائية لا يمكن اتخاذ القرارات التي يجب أن تكون مسببة بصورة مشروعة، إلا بعد أن يكون باستطاعة صاحب العلاقة تقديم دفاعه⁽³⁾. كما أن مجلس الدولة الفرنسي جعل حق الدفاع من المبادئ العامة للقانون، فبمجرد توفر عنصر المساس في العمل الإداري وصفة الجزاء، يجب على الجهة التي قامت بالعمل احترام حقوق الدفاع، كما وقرر المجلس الدستوري الفرنسي بأن: "من المبادئ المعترف بها في قوانين الجمهورية أنه لا يمكن اتخاذ عقوبة إلا في ظل احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ ضرورة العقوبات ومبدأ عدم رجعية القانون الجنائي الأسوأ للمتهم ومبدأ كفالة حقوق الدفاع، وهذه المبادئ لا تتعلق بالعقوبات التي يختص بتوقيعها القضاء الجنائي فحسب، وإنما تمتد لتشمل كل جزاء له طبيعة عقابية حتى لو أسند المشرع اتخاذه إلى سلطة غير قضائية". وقد أرسى القضاء الدستوري الفرنسي في 19 كانون الثاني 1989 المبدأ القائل بأنه: "لا يجوز توقيع أي جزاء بدون أن يسمع صاحب الشأن، بل ويقدم ملاحظاته بخصوص الوقائع المنسوبة إليه وأن يطلع على الملف الخاص به، فمن المعلوم أن المبادئ العامة للقانون تكون لها قيمة القوانين العادية إلا أن القواعد التي وضعها مجلس الدولة الفرنسي يسرت للمجلس الدستوري رفع حق الدفاع إلى مرتبة المبادئ ذات القيمة الدستورية، وعدّه الفقه جوهر المحاكمات الإدارية وأنه يتعلق بالنظام العام"⁽⁴⁾.

(1) محمد ماجد ياقوت، شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 839.

(2) محمد سلطان الكعبي، المصدر السابق، ص 63.

(3) شةهين حسن محمد عزيز، الطعن في قرارات فرض العقوبة الانضباطية دراسة في القانون العراقي، رسالة الماجستير، كلية القانون والسياسة، قسم القانون العام، جامعة السليمانية، 2015، ص 43.

(4) عبدالله على جبار، مبدأ المواجهة في مجال التأديب الإداري، رسالة الماجستير، كلية القانون، قسم



وفي العراق اهتم المشرع أيضاً بتوفير حماية كبيرة لحق الدفاع سواء فيما يخص الحماية القانونية أم الحماية القضائية، إذ كفلت الفقرة (4) من المادة (19) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ حق الدفاع بنصها على أن: "حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة". ويلاحظ من هذه المادة إن كفالة حق الدفاع لا يكون في المسائل الجنائية فقط، بل إن هذا النص جاء مطلقاً فهو يشمل المواد المدنية والإدارية والجنائية وغيرها.

ويعدّ حضور المتهم بنفسه جلسات المحاكمة من مقتضيات حق الدفاع، وهو يعني حضوره شخصياً أمام هيئة المحكمة طوال إجراءات المحاكمة لتمكينه من ممارسة حقه في الدفاع⁽¹⁾، ومن ثم فإنّ دفاع الموظف عن نفسه أمام المحاكم الإدارية يعدّ أمراً ضرورياً ويجب حضوره جلسات المحاكمة بنفسه أو أن يوكل محامياً معه وأن يسعى إلى تقديم دفاعه كتابةً أو شفاهاً ويجب أن تتوفر له الضمانات الأساسية كافة للدفاع عن نفسه ودرء الاتهام الموجه ضده، لذلك يجب إعلامه بقرار الإحالة وتاريخ الجلسة وبيان ملخص بالتهم المنسوبة إليه حتى يتمكن من تحضير الأوراق أو الشهود ويتبع سير الدعوى من جلسة إلى أخرى حتى يصدر الحكم⁽²⁾، كما أن حضور المتهم والخصوم كافة من أهم الضمانات المقررة للمحاكمة العادلة، ومن مبادئ الاستقصاء القضائي النهائي، وذلك لما يتيح من فرصة إبداء الدفاع ويوضح للمحكمة دور المتهم وما له أو عليه في هذه المحاكمة، زيادة على كونه ضماناً أساسية لقانونية إجراءات المحاكمة، فهذا المبدأ أصل قانوني ولا يجوز مخالفته إلا استثناء، علماً أن وجوب الحضور لا يقتصر على المتهم وحده، بل يلزم جميع الخصوم، إذ إنه لا يتسنى للمتهم الدفاع عن نفسه إلا بناءً على إحاطة شاملة ومواجهة لجميع الخصوم⁽³⁾. وينص قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 في المادة (51) بهذا الخصوص على أن: "... يحضر الخصوم بأنفسهم أو

←

القانون العام، جامعة ميسان، 2019، ص 28.

(1) بن عمراني محمد وفروحات سليمان، مصدر سابق، ص 13.

(2) د.علي حسن عبدالأمير، حق الدفاع في القانون والقضاء الإداري ماله وما عليه، مجلة الحقوق، المجلد (5)، العددان (38-39)، 2020، ص 10-11.

(3) بن عمراني محمد وفروحات سليمان، مصدر سابق، ص 16.

بمن يوكلونه من المحامين..."، مما يعني أن المشرع العراقي ألزم الخصوم بحضور المحاكمة بأنفسهم أو عن طريق محاميهم، ونرى أن الحكمة من ذلك هي من أجل تمكينهم من ممارسة حق الدفاع في المحاكمة.

وهذا ما أخذت به الهيئة العامة لمجلس شوري إقليم كردستان، فقد قضت في قرار لها: "لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على القرار المميز تبين أنه غير صحيح ومخالف للقانون، حيث كان على المحكمة بعد قبولها للدعوى الحادثة المنظمة المقدمة من قبل المدعي ودفع رسمها القانوني أن تقرر تبليغ المدعي عليه إضافة لوظيفته بالحضور بنفسه أو توكيل أحد المحامين للترافع في الدعوى نيابةً عنه...، لذا تعتبر جميع الإجراءات المتخذة من قبل المحكمة في الدعوى الحادثة المنظمة وبحضور وكيل ليس له صلاحية الترافع في الدعوى باطلة، وحيث أن الحكم المميز خالف وجهة النظر القانونية المتقدمة يكون قد خالف صحيح القانون لذا قرر نقضه..."⁽¹⁾. واستناداً إلى هذا القرار يتبين أن حضور الأطراف في جميع مراحل المحاكمة وفي حالة الدعوى الحادثة أو أي ظروف أخرى تطرأ على المحاكمة، بأنفسهم أو عن طريق محاميهم، أمر ضروري لصحة الإجراءات المتخذة في المحاكمة، ومن ثم لصحة القرار الصادر، لأنه في حضور الأطراف تتاح الفرصة للخصم لتقديم دفاعه في ضوء الظروف التي تطرأ على المحاكمة.

وعلاوة على ضرورة حضور المتهم جلسة المحاكمة، تتوجب كذلك إحاطة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه، أي توجيه الاتهام للمتهم وسؤاله عن التهمة المنسوبة إليه وإثبات أقواله بشأنها، ومواجهته بالأدلة القائمة ضده وإعطائه الحرية الكاملة في الإدلاء بما يشاء من أقوال، وذلك من أجل تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه وإثبات براءته⁽²⁾، ويعني إعطاء المتهم الحرية الكاملة في إعداد دفاعه وحرية الدفاع اختياره الأسلوب الذي يتخذه في الدفاع عن نفسه، كما أن حق الدفاع لا معنى لوجوده بل يظل شعاراً، ما لم يقترن بحرية الدفاع التي تكفل استعماله دون قيود تحد من قدرته على أداء دوره، فالحقيقة التي لا مفر من ترديدها دائماً، أن العبرة ليست بتقرير الحق أو الضمان، وإنما بالوسائل التي

(1) قرار الهيئة العامة لمجلس شوري إقليم كردستان المرقم (6/الهيئة العامة/إدارية/2017) في 2017/2/1 (غير منشور).

(2) د.عمر فخري عبدالرزاق الحديشي، مصدر سابق، ص 149.

تكفل فاعلية هذا الحق أو ذلك الضمان للمتهم، وعليه لا يمكن أن يكون الدفاع فعالاً دون أن تتاح الفرصة للموظف المتهم من الإدلاء بأقواله بكل حرية، فله الحق في اختيار أسلوب دفاعه على الوجه الذي يراه لازماً لتحقيق هذه الغاية بما يراه مناسباً لدفع التهمة عن نفسه⁽¹⁾.

ومن المستلزمات الأخرى لحق الدفاع إعطاء المهلة الكافية لإعداد دفاعه فإذا كان الهدف من إخطار المتهم بالتهم المنسوبة إليه هو تمكينه من إعداد دفاعه حتى يفند هذه التهم ويرد عليها فإنه لا بد من إعطائه مهلة تمكنه من إعداد هذا الدفاع، وهذه المهلة تختلف من دولة إلى أخرى حسب النظام القانوني الموجود فيها، فمثلاً في فرنسا يتبين من أحكام مجلس الدولة الفرنسي أن المهلة التي تعطى للمتهم لإعداد دفاعه لا تقل عن ثمان وأربعين ساعة⁽²⁾. وهذا يعني أن القضاء الإداري الفرنسي قد كفل حداً أدنى للمدة التي تعطى للمتهم لإعداد دفاعه في مدة لا تقل عن ثمان وأربعين ساعة وإن جاز أن تزيد هذه المهلة عن هذا الحد، إلا أنها لا تقل عن ذلك، ولو كان ما يجري الإطلاع عليه لا يتضمن جديداً مما يتطلبه إعداد دفاعه⁽³⁾.

ومن المقتضيات الأخرى لحق الدفاع عدم جواز تحليف المتهم، فمن حيث أن حق الدفاع من الأصول العامة في المحاكمات التأديبية لا يجوز تحليف المحال للمحاكمة لليمين قبل إدلائه بأقوال، وإن تقرير مبدأ حق المتهم في إبداء أقواله دون تحليف يمين يتيح له فرصة الكذب دون أن يعاقب على ذلك مادام هذا الكذب كان في معرض دفاعه عن نفسه وتوفر حسن النية لديه⁽⁴⁾،

ولا مسؤولية على المتهم إن هو أدلى في معرض دفاعه عن نفسه بأقوال غير صحيحة، بل له أن ينكر الاتهام عن نفسه وينسبه إلى غيره، بشرط أن يكون ذلك من

(1) مشعل محمد العجمي، الضمانات التأديبية للموظف العام، دراسة مقارنة بالقوانين الكويتي والأردني، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 79.

(2) د.عبد المنعم الضوي، مصدر سابق، ص 348-349.

(3) شهوان حسن محمد عزيز، مصدر سابق، ص 39.

(4) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الشرعية الإجرائية في التأديب الرئاسي والقضائي للموظف العام، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 280-281.

مقتضيات حق الدفاع ويكون بحسن النية⁽¹⁾، وهذا من الأمور الفرعية التي يجب أن يحظى بها الموظف والذي يضمن له الدفاع هو مبدأ عدم جواز تحليف الموظف اليمين إذ يجب أن لا يوضع الموظف بين خيارين كلاهما صعب لأن تحليفه اليمين قد يتضمن عند البعض إقرار بما هو منسوب إليه وهذا إرغام له وضغط عليه لكي تنتزع منه الأقوال⁽²⁾، فتوجيه اليمين للموظف المتهم يجبره إما على قول الحقيقة التي تستغل ضده في الإثبات وذلك يشكل إهداراً لحقه في حرية الدفاع، أو الكذب مخفياً بذلك عقيدته ولذلك يعتبر هذا التصرف من قبيل الإكراه المعنوي على الأدلاء بالحقيقة وهذا ما يترتب عليه بطلان الاستجواب⁽³⁾، لذا فالمتهم حر في أقواله وله أن ينكر التهمة الموجهة إليه وأن يدلي بأقوال غير صحيحة استناداً إلى أنه لا يجوز تكليفه على غير إرادته، ولأن الكذب يتعارض مع مبادئ الأخلاق والدين ويؤدي إلى تضليل العدالة وهو ليس مطلقاً بل مقيداً بشرطين هما أن يكون الكذب من مقتضيات الدفاع، وأن يكون ذلك بحسن النية، وإذا تجاوز الكذب عما يقتضيه الدفاع أو كان سيء النية، كأن يقصد الإحراج أو التشهير بالمسؤولين فإنه يحاسب على ذلك⁽⁴⁾.

ومن المستلزمات الأخرى لحق الدفاع حق المتهم في الصمت، وقد مضت مدة من الزمن كان صمت المتهم فيها أمام التهم الموجهة إليه اعترافاً منه بارتكابها، إلا أن الوضع تطور في الوقت الحالي وأصبح حق المتهم في الصمت من مستلزمات حق الدفاع. ويستمد الحق في الصمت أساسه القانوني من مبدأ افتراض البراءة إذ أن سلطة الاتهام هي المكلفة بإثبات الاتهام ودون مساعدة المتهم، ومن ثم فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته، ولا يجوز عدّ صمته إقراراً بالتهمة، على أن أصل البراءة ليس الأساس الوحيد في الحق في الصمت، إذ يوجد أساس آخر هو مبدأ حرية المتهم في الدفاع عن نفسه وهو يمثل إحدى الركائز الأساسية التي تقوم عليها العدالة⁽⁵⁾، ويفهم مما تقدم أنه لا بد أن يعطى المتهم

(1) د.عبدالعزیز عبدالمنعم خليفة، ضمانات التأديب في التحقيق الإداري والمحكمة التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 213-214.

(2) د.علي حسن عبدالأمير، مصدر سابق، ص 22.

(3) ضياء حسين لطيف، مصدر سابق، ص 21-22.

(4) آمنة شمل، الضمانات التأديبية للموظف العام، ط1، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2013، ص 89-90.

(5) مشعل محمد العجمي، مصدر سابق، ص 82.

دائماً الحرية الكاملة في الكلام لكي ينفي التهمة المسندة إليه، ويمارس وسائل الدفاع كافة المترتبة على حقه في الكلام، ومع ذلك فإن له الحق في أن يصمت ولا يتكلم، إن رأى أن ذلك انفع له⁽¹⁾.

ولم تنص القوانين الوظيفية في فرنسا على حق الموظف المتهم في الصمت، غير أن المشرع الفرنسي قد أقره للمتهم المحتجز لدى الشرطة بالقانون الصادر في 15 تموز 2000، فنصت الفقرة الأولى من المادة (63) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي على وجوب إحاطة الشخص المحتجز فعلاً بحقه في عدم الإجابة على الأسئلة التي يتم توجيهها إليه، كما أقر هذا الحق في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي رقم (57-1426) الصادر في 31 كانون الأول 1957 في المادة (114) منه التي نصت على أنه: "يلزم قاضي التحقيق أن ينبه المتهم عند حضوره لأول مرة إلى أنه حر في عدم الإدلاء بأية أقوال ويثبت ذلك في محضر التحقيق"⁽²⁾.

أما في العراق فينص قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 في المادة (123-ب) منه على أنه: "قبل إجراء التحقيق مع المتهم يجب على قاضي التحقيق إعلام المتهم بما يأتي: أولاً: أن له الحق في السكوت ولا يستنتج من ممارسة هذا الحق أية قرينة ضده"، كما تنص المادة (126-ب) منه على أن: "لا يجبر المتهم على الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه".

وبالنسبة للأثر المترتب على الإخلال بحق الدفاع فعلى الرغم من تضمن قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 عدة نصوص تتعلق بحق الدفاع، إلا أنها لم تشر صراحةً إلى الأثر الذي يترتب على الإخلال بهذا الحق، ولكن بالرجوع إلى الفقرة (ب) من المادة (249) منه التي تنص على أنه: "لا يعتد بالخطأ بالإجراءات إذا لم يكن ضاراً بدفاع المتهم"، فإن المفهوم المخالف هو أنه يعتد بالخطأ بالإجراءات إذا كانت ضارة بدفاع المتهم، وهذا يدل على جواز قبول الطعن في حالة الإخلال بحق الدفاع⁽³⁾.

وبناءً على ما تقدم يتبين أن القوانين الإجرائية العراقية التي تسري بالنسبة للمنازعات

(1) د.عمر فخري عبدالرزاق الحديشي، مصدر سابق، ص 164.

(2) عبدالله على جبار، مصدر سابق، ص 52.

(3) د.شفيق عبدالمجيد الحديشي، النظام الانضباطي لموظفي الدولة في العراق، ط 1، مديرية مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، 1975، ص 253.

الإدارية قد أشارت إلى الضمانات التي تتعلق بتحقيق المواجهة بين الخصوم وحق الدفاع، ولكن في اعتقادنا إن تحقيق ضمانات مبدأ المواجهة وتحقيق ضمانات إعلام الخصوم وحقه في الإطلاع على الملف أو المستندات التي يقدمها الطرف الآخر وحق المتهم في الدفاع وإعطاء المهلة الكافية لكي يتمكن خلالها من إعداد دفاعه هي من الضمانات الأساسية والضرورية واللازمة لكفالة حق التقاضي. كما أن عدم وجود قانون إجرائي خاص بالمنازعات الإدارية، يعدّ في رأينا نقصاً في التشريع ونرى ضرورة إصدار قانون خاص بإجراءات النظر في المنازعات الإدارية كما هو الحال في دول القضاء المزدوج، على أن تؤخذ في الحسبان خصوصية الدعوى الإدارية واختلافها عن الدعويين المدنية والجزائية، مع إقرار نصوص صريحة حول تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم والتأكيد على كفالة هذه الضمانات للخصوم، وأن ينص صراحةً على حق كل طرف من أطراف الدعوى في الدفاع عن نفسه عن طريق إعلام الأطراف ومنحهم حق الإطلاع على ملف الدعوى والمهلة الكافية التي يحتاجها الأطراف لإعداد دفاعهم.

الخاتمة

في خاتمة هذه البحث ندرج أبرز ما توصلنا إليه في مساره من استنتاجات وتوصيات، وكما يأتي:

أولاً- الاستنتاجات:

1- تتمثل أهم ضمانات كفالة حق التقاضي في استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية من الناحية المؤسسية والمالية، واستقلال القضاة كأفراد في أثناء اضطلاعهم بمهام وظائفهم، وأن تكون هناك قواعد وضوابط تنظم إجراءات نقل القضاة أو انتدابهم على الوجه الذي لا يتم من خلاله التدخل في أعمال القضاء الإداري، وعلى أن تكون القواعد الخاصة بالنقل والانتداب من اختصاص القضاء الإداري ذاته.

2- يتمتع مجلس الدولة في فرنسا بالاستقلال المؤسسي والمالي، كما يتصف مجلس شورى الدولة في العراق بذلك أيضاً استناداً إلى قانون رقم (71) لسنة 2017 الخاص به، في حين مازال مجلس الشورى في إقليم كردستان-العراق مرتبط بوزير العدل ولا يتمتع بالاستقلالية، بل يتبع السلطة التنفيذية من الناحيتين العضوية والمالية.

3- لا يتمتع القضاة كأفراد في إقليم كردستان العراق إلى حد ما بالاستقلالية ذلك لأن قانون مجلس شورى الإقليم رقم (14) لسنة 2008 لا يتضمن نصوصاً بخصوص قواعد التعيين والنقل والانتداب لأعضاء القضاء الإداري، وللسلطة التنفيذية دور حاسم في أمورهم الإدارية، وهذا ما يجعل مجلس الشورى والقضاة العاملين فيه خاضعين للسلطة التنفيذية، مما يمس باستقلالية المجلس ويتعارض مع كفالة حق المواطنين في التقاضي أمام المجلس.

4- على الرغم من أهمية ضمان عدم قابلية القضاة للعزل إلا أنه لا يوجد في كل من فرنسا والعراق وإقليم كردستان-العراق أية نصوص، سواء أكانت دستورية أم تشريعية، تضمن لأعضاء القضاء الإداري عدم قابليتهم للعزل.

5- إن تحقيق كفالة حق التقاضي لا يكون عن طريق استقلال السلطة القضائية

واستقلال القضاة كأفراد فحسب، بل يجب ضمان هذا الحق أيضاً في أثناء المحاكمة، وذلك بأن يمنح الخصوم حق الدفاع عن أنفسهم، وأن يوفر لهم العلم الكافي بموضوع المنازعة وذلك بمنح الخصم حق الإطلاع على جميع الأوراق والمستندات والأدلة التي قدمها الخصم الآخر لكي يكون بمقدوره تقديم دفاعه بشأنها.

6 - لا يوجد في العراق وإقليم كردستان-العراق قانون إجرائي خاص بالمنازعات الإدارية، كما لا يتضمن القانون قواعد إجراءات خاصة بالتقاضي فيما يتعلق بإجراءات المواجهة بين الخصوم ودفاع الخصوم عن أنفسهم، وأحال المشرع بموجب المادة (7) من قانون مجلس الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل المسائل الإجرائية غير المنظمة في قانون مجلس الدولة إلى قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وقانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 وقانون الرسوم العدلية رقم (114) لسنة 1981.

7 - إن القوانين الإجرائية النافذة في العراق التي تسري بالنسبة للمنازعات الإدارية، تضمنت نوعاً ما عدداً من الضمانات التي تتعلق بتحقيق المواجهة بين الخصوم وحق الدفاع، الا أنها لا تعدّ كافية مما يتطلب تطويرها.

ثانياً- التوصيات:

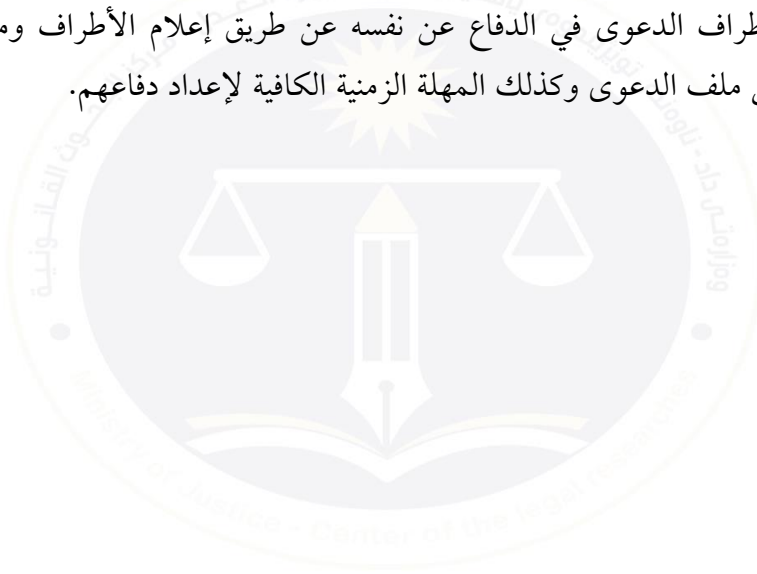
1 -نوصي المشرع الكُردستاني بالعمل على تحقيق كفالة حق التقاضي للمواطنين من خلال إجراء التعديلات المناسبة على نصوص قانون مجلس شوري الإقليم رقم (14) لسنة 2008، وبما يتفق مع كفالة حق التقاضي للمواطنين.

2 -من الضروري بمكان تحقيق استقلالية مجلس شوري الإقليم عن طريق فك ارتباطه بوزير العدل وجعله هيئة مستقلة وأن تكون له ميزانية مالية مستقلة، وأن يدير المجلس بنفسه الشؤون المتعلقة بالقضاة وأعضاء القضاء الإداري دون تدخل من أية جهة أخرى.

3 -نرى ضرورة احتواء الدستور العراقي والقوانين ذات الصلة على نصوص صريحة تضمن لأعضاء القضاء الإداري عدم قابليتهم للعزل لكي يتمكنوا من القيام بوظيفتهم على

وجه يحقق استقلالهم وبما يكفل إصدار أحكام عادلة دون خوف من فقدان وظيفتهم.

4-نوصي بإصدار قانون خاص بإجراءات النظر في المنازعات الإدارية كما هو الحال في دول القضاء المزدوج، على أن تؤخذ في الحسبان خصوصية الدعوى الإدارية واختلافها عن الدعويين المدنية والجزائية، وأن ينص صراحة على ضمانات تحقيق مبدأ المواجهة بين الخصوم، وتعمل على كفالة هذه الضمانات للخصوم، وتجسد حق كل طرف من أطراف الدعوى في الدفاع عن نفسه عن طريق إعلام الأطراف ومنحهم حق الإطلاع على ملف الدعوى وكذلك المهلة الزمنية الكافية لإعداد دفاعهم.



قائمة المصادر والمراجع

أولاً- الكتب:

- 1- ايمان أحمد العبدولي، مبدأ المواجهة في المنازعات الإدارية القضائية، ط1، معهد التدريب والدراسات القضائية، الشارقة، 2012.
- 2- د.أحمد أبو وفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط15، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.
- 3- أحمد فخر العبيدي، ضمانات المتهم أثناء المحاكمة وفق النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ط1، دار وائل للنشر، عمان، 2012.
- 4- آمنة شمل، الضمانات التأديبية للموظف العام، ط1، مكتبة الجامعة، الشارقة، 2013.
- 5- أوهام على حبيب، الاختصاص القضائي بنظر المنازعات الإدارية في العراق، بغداد، 2015.
- 6- حامد إبراهيم عبدالكريم الجبوري، ضمانات القاضي في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 7- حسين جاسم الشاتي، استقلال القضاء الإداري، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2020.
- 8- د.خالد سليمان شبكة، كفالة حق التقاضي-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 9- د.شادية إبراهيم المحروقي، الإجراءات في الدعوى الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 10- د.شعبان أحمد رمضان، دور المحكمة التأديبية في توجيه إجراءات الدعوى التأديبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 11- د.شفيق عبدالمجيد الحديثي، النظام الانضباطي لموظفي الدولة في العراق، ط1، مديرية مطبعة الإدارة المحلية، بغداد، 1975.
- 12- صهيب دحام عيادة المعاضيدي، حق التقاضي وإساءة استعماله، ط1، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، 2015.

- 13- د.عبدالعزیز عبدالمنعم خليفة، الشرعية الإجرائية في التأديب الرئاسي والقضائي للموظف العام، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 14- د.عبدالعزیز عبدالمنعم خليفة، ضمانات التأديب في التحقيق الإداري والمحاكمة التأديبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 15- د.عبدالغني بسيوني عبدالله، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 16- د.عبدالمنعم الضوي، القضاء الإداري في دول القضاء المزدوج دراسة مقارنة في مصر وفرنسا والعراق، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2018.
- 17- د.عبدالناصر على عثمان حسين، استقلال القضاء الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 18- د.عصمت عبدالمجيد بكر، مجلس الدولة، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011.
- 19- د.عمر فخري عبدالرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- 20- فاخر صبري بايز مخموري، استقلال القضاء بين الشريعة والقانون، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، 2012.
- 21- فاروق الكيلاني، استقلال القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
- 22- فراموش عمر فتح الله، استقلال القضاء كوسيلة لهيبة السلطة القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.
- 23- محسن عبدالحسين محسن المغير، ضمانات حقوق المواطن أمام القضاء الإداري، ط1، مكتبة القانون المقارن، 2019.
- 24- د.محمد عبدالحميد مسعود، إشكاليات إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، النظرية العامة للدعوى الإدارية من إقامتها حتى الحكم فيها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.
- 25- محمد ماجد ياقوت، شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- 26- مدحت المحمود، القضاء في العراق-دراسة استعراضية للتشريعات القضائية في

- العراق، ط3، دار ومكتبة الأمير، 2011.
- 27- د.مصطفى محمود الشرييني، بطلان إجراءات التقاضي أمام القضاء الإداري، دار الجامعة جديدة، الإسكندرية، 2006.
- 28- د.نجيب أحمد عبدالله الجبلي، ضمانات استقلال القضاء-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، مكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.
- 29- وسيم حسام الدين الأحمد، استقلال القضاء، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
- 30- د.ياسين شامي وعشار غالم، كفالة حق التقاضي، دار الكتب والوثائق القومية، مركز الأkademi للنشر، الإسكندرية، 2020.
- ثانياً: الرسائل الجامعية:
- 1- أحمد محمود الربيعي، التحقيق الإداري في الوظيفة العامة، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2003.
- 2- أمجد جهاد نافع عياش، ضمانات المساءلة التأديبية للموظف العام، رسالة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2007.
- 3- بشير محمد، إجراءات الخصومة أمام مجلس الدولة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر-بن يوسف بن خدة، 2013.
- 4- بن عمراني محمد وفروحات سليمان، مبدأ المواجهة بين الخصوم وأثره في المحاكمة العادلة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية/أدرار، 2018.
- 5- حمزة عودة سلامة النصور، مبدأ استقلال القضاء في النظام القانوني الأردني، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية العالمية 2015.
- 6- شه هين حسن محمد عزيز، الطعن في قرارات فرض العقوبة الانضباطية دراسة في القانون العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، 2015.
- 7- عبدالله علي جبار، مبدأ المواجهة في مجال التأديب الإداري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة ميسان، 2019.
- 8- علي حسين حمزة السلامي، الضمانات لأعضاء مجلس شوري الدولة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة المستنصرية، 2013.

- 9- عمر بكار، ضمانات استقلال القضاء الإداري الجزائري، رسالة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر-بسكرة، 2014-2015.
- 10- محمد سلطان الكعبي، الضمانات التأديبية للموظف العام، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018.
- 11- مشعل محمد العجمي، الضمانات التأديبية للموظف العام، دراسة مقارنة بالقوانين الكويتي والأردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
- 12- مصطفى رسول حسين، إشكاليات القضاء الإداري في إقليم كردستان-العراق، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية.
- ثالثاً: البحوث العلمية:
- 1- أحمد خورشيد حميدي المفرجي ومحمد سليم محمد أمين، استقلال مجلس الدولة العراقي عن السلطة التنفيذية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد 10، العدد (37) 2021.
- 2- خليل حميد عبدالحميد، مبدأ استقلال القضاء بين النظرية والتطبيق، مجلة كلية المأمون الجامعة، العدد (16)، 2010.
- 3- زينب صبري محمد الخزاعي، استقلال القضاء الإداري وفقاً لقانون مجلس الدولة العراقي رقم (71) لسنة 2017، مجلة إشراقات تنموية، المجلد 6، العدد (27)، 2021.
- 4- عثمان ياسين على، التطور التشريعي للقضاء الإداري في العراق ومواقفه في إقليم كردستان، وثائق المؤتمر الدولي الرابع للقضايا القانونية المنعقد في كلية القانون بجامعة تيشك، 2019.
- 5- علي حسن عبدالأمير، حق الدفاع في القانون والقضاء الإداري ماله وما عليه، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد (5)، العددان (38-39)، 2020.
- 6- فارس عبد الرحيم حاتم، مدى فاعلية مجلس الدولة العراقي في ظل قانون مجلس الدولة رقم 71 لسنة 2017، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد (1)، العدد (59)، 2020.
- 7- ماجد نجم عيدان ومحمد صالح صابر، دور المحكمة الاتحادية العليا في الحفاظ على استقلال القضاء، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد (8)، العدد (30)، 2019.
- 8- مازن ليلو راضي، مجلس شوري إقليم كردستان-العراق، تنظيمه واختصاصاته،

مجلة جامعة السليمانية (B)، العدد 26، 2009.

رابعاً: المواثيق الدولية:

1-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948.

2-العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966.

3-قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة.

خامساً: الدساتير والقوانين:

اولاً/ الدساتير

1-دستور جمهورية فرنسا لسنة 1958.

2-دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

3-دستور جمهورية مصر لسنة 2014.

ثانياً/ القوانين

4-قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969.

5-قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (23) لسنة 1971.

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

7-قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم (65) لسنة 1979 المعدل.

8-قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (160) لسنة 1979.

9-قانون مجلس الوزراء العراقي رقم (20) لسنة 1991.

10-قانون السلطة القضائية لإقليم كُردستان العراق رقم (30) لسنة 2007.

11-قانون مجلس الشورى لإقليم كُردستان العراق رقم (14) لسنة 2008.

12-قرار مجلس قيادة الثورة العراقي المنحل رقم (1077) في 12/8/1982.

سادساً: القرارات القضائية:

1- قرار الهيئة العامة لمجلس شورى إقليم كُردستان المرقم(6/الهيئة

العامة/إدارية/2017) في 2017/2/1 (غير منشور).

الملخص

يعود تأسيس القضاء الإداري الذي يختص بالمنازعات الإدارية في إقليم كردستان العراق إلى صدور القانون رقم(14) لسنة 2008 الخاص بمجلس الشورى لإقليم كردستان-العراق، والذي بموجبه بات النظام القضائي فيه مزدوجاً. إن قيام مجلس الشورى لإقليم كردستان-العراق بالمهام التي ينص عليها هذا القانون تقتضي توفير عدد من الضمانات، ومن أبرزها كفالة حق التقاضي أمام هيئاته، وذلك على غرار مجلس شورى الدولة العراقي في ضوء قانونه رقم(65) لسنة 1979 المعدل. يبين البحث أن كفالة الحق في التقاضي أمام القضاء الإداري يمكن أن تتحقق من خلال توفير الضمانات المرتبطة بتعزيز استقلاله المؤسسي والمالي والوظيفي من جهة، وتدعيم الضمانات المتعلقة بمبدأ المواجهة بين الخصوم وحق الدفاع، من جهة ثانية. إلا أن قانون مجلس الشورى لإقليم كردستان-العراق يعاني بهذا الخصوص من عدد من النواقص التي تتطلب تدخل المشرع الكردي لمعالجتها، وبما يسهم في توفير الضمانات الكفيلة بكفالة هذا الحق أمام هذا المجلس، وبما يكفل قيامه النظر في المنازعات الإدارية في الإقليم على الوجه الأمثل.

پوخته

بنياتتانی دادگای کارگیری له ههریمی کوردستانی عیراق که تایبته به ناکوکیه کارگیریهکان؛ دهگهریتهوه بو دهچوونی یاسای ژماره(14) ی سالی 2008ی تایبته به ئهنجومهنی شورای ههریمی کوردستانی عیراق، وه بهیپی ئهم یاسایه سیستهمی دادوهی بو به دوو سیستهمی.

ههستانی ئهنجومهنی شورای ههریمی کوردستانی عیراق به ئهنجامدانی ئهرکهکانی که له یاساکهدا ئامازهی پیدراوه؛ پیویستی به فهراههکردنی ههنديک له گرنتی ههیه، وه له دیارترینیان دهستهبهکردنی مافی دادخوایه لهبهردهم دهستهکانی، هاوشیوهی ئهنجومهنی شورای دهولتهی عیراقی له ژیر روشنایی یاسای ژماره(65) ی سالی 1979ی ههموارکراو.

تویژینهوهکه ئهوه دردهخات که مافی دادخوای لهبهردهم دادگای کارگیری دهستهبهکریت لهریگهی دابینکردنی گرنتیهکانی پهيوهست به سهربهخوی دامهزراوهی ودرایی و وهزیفی له لایهک وه پالپشتی کردنی گرنتیهکانی پهيوهست به پیرینسی روههروبوئهوهی نیوان لایهنه ناکوکهکان وه مافی بهرگریکردن له لایهکیتروهه.

به لام یاسای ئهنجومهنی شورای ههریمی کوردستانی عیراق لهو روهوه کومه لیک کهموو کورتی تیدایه که پیویست به دهست تیوهردانی یاسادانهی کوردستانی دهکات بو چارهسهکردنی به شیوهیهک بهشداربیت له دابینکردنی گرنتی پیویست بو دهستهبهکردنی مافی دادخوای لهبهردهم ئهم ئهنجومهنه وه بهجوریک به باشتترین شیوه دوسییه کارگیریهکان ببینیت له ههریم.

Abstract

The establishment of the administrative Judiciary (administrative court) that deals with administrative disputes in the Kurdistan Region of Iraq dates back to the issuance of Law No. (14) Of 2008 concerning the Shura Council of the Kurdistan Region - Iraq, according to which the judicial system became twofold.

The performance of the Shura Council of the Kurdistan Region-Iraq with the tasks stipulated in this law requires the provision of a number of guarantees, the most prominent of which is ensuring the right to litigation before its bodies, similar to the Iraqi State Shura Council in the light of its amended Law No. 65 of 1979.

The research shows that ensuring the right to litigation before the administrative court can be achieved by providing safeguards associated with strengthening its institutional, financial and functional independence, on the one hand, and strengthening guarantees related to the principle of confrontation between opponents and the right of defense, on the other hand. However, the law of the Shura Council of the Kurdistan Region-Iraq suffers in this regard from a number of loopholes that require the intervention of the Kurdistan legislator to address them, and in a manner that contributes to providing safeguards to ensure this right before this Council, and to ensure that it considers the administrative disputes in the region in an optimal manner.

إشكالية الهوية الوطنية في العراق وسبل معالجتها^(*)

تاريخنا ناسنما نيشتيما ل عيراقى وريبين جارمكرنا وى

The problem of national identity in Iraq and ways to address it

الأستاذة الدكتورة أفين خالد عبد الرحمن^(**)

أستاذ القانون الدستوري/عميدة كلية القانون-جامعة دهوك - كردستان العراق

رينجبر جميل شيخو^(***)

كوردستان العراق مدرس القانون الدستوري/ كلية القانون-جامعة دهوك-

پ. د. أفين خالد عبد الرحمن

پروفيسور له ياساى گنتى/ دهستورى -

راگرى كولينجى ياسا- زانكوى دهوك

م. رينجبر جميل شيخو

ماموستايى ياسا دهستورى

كوليژا ياسا/زانكوييا دهوك

prof. Dr.Avin Khaled Abdel Rahman

Professor of Constitutional Law/ Dean of the Faculty of Law - Duhok University

M. Ringber Jamil Sheikho

Constitutional Law Teacher/College of Law-University of Duhok

تاريخ قبول النشر: 2022/7/28 .

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/6/30 .

(**) aveen.abdulrahman@uod.ac

(***) renjbershexo@gmail.com



إشكالية الهوية الوطنية في العراق وسبل معالجتها

الأستاذة الدكتورة أفين خالد عبد الرحمن

أستاذ القانون الدستوري/ عميدة كلية القانون- جامعة دهوك - كردستان العراق

رينجبر جميل شيخو

كوردستان العراق مدرس القانون الدستوري/ كلية القانون- جامعة دهوك-

الكلمات المفتاحية:

"الهوية الوطنية، العراق، المواطنة، دستور، المحاصصة".

كليله ووشه:

"ناسناما نيشتيماي، عراق، هاوالاتيون، دهستور، بشكيشكيينه".

key words: "National Identity, Iraq, citizenship, constitution, quotas".

المقدمة

لا تقتصر وظيفة الدساتير الحديثة على تنظيم السلطات والحقوق والحريات فقط، بل تتعدى ذلك وتشمل تنظيم مواضيع أخرى لها أهميتها الخاصة وعلى رأسها موضوع الهوية الوطنية باعتبارها من المواضيع المهمة والحساسة لتعلقه بولاء المواطنين تجاه دولتهم من جهة، وكونه عاملاً أساسياً للاستقرار السياسي والمجتمعي داخل الدولة، لا سيما إذا كان هناك عدم انسجام بين مكوناتها الاجتماعية من جهة أخرى. والمعروف أن دولة العراق هي بلد متعدد الهويات بتعدد مكوناته الاجتماعية. أي إنه نسيج اجتماعي متنوع من قوميات وأديان ومذاهب مختلفة ومتعددة لها ثقافتها وخصوصياتها الخاصة بهم. انطلاقاً من ذلك برزت إشكالية الهوية الوطنية في العراق منذ تأسيسها كدولة مستقلة ولا زالت تعاني من هذه الإشكالية، حيث تعود هذه الإشكالية إلى بنية المجتمع العراقي المتنوع ثقافياً من جهة، ومن جهة أخرى تعود إلى غياب الحلول والمعالجات الدستورية والقانونية لهذه الإشكالية، كما أن للسلطات السياسية العراقية المتعاقبة دوراً لا يستهان به في إثارة هذه الإشكالية واستغلالها لمصالحها السياسية والطائفية الضيقة. لذا تنبغي على المشرع الدستوري معالجة هذه الإشكالية بنصوص دستورية صريحة، كما يجب على مؤسسات

الدولة الرسمية وغير الرسمية العمل من أجل تعزيز وترسيخ مفهوم المواطنة لكونه أساساً للهوية الوطنية داخل الدولة.

أهمية البحث: تتجلى أهمية البحث في النقاط الآتية:-

1- على الرغم من وجود الدراسات السياسية والاجتماعية التي تبحث عن موضوع الهوية الوطنية، إلا ان هذا الموضوع من الناحية القانونية بحاجة إلى المزيد من البحث والدراسة لكي تكون هناك الحلول والمعالجات القانونية عبر تقنينها دستورياً لإشكالية الهوية الوطنية في المجتمعات المتنوعة ثقافياً والمتعددة اجتماعياً.

2- إضافة إلى ذلك، يتصف موضوع الهوية الوطنية بأهمية كبيرة على الصعيدين الاجتماعي والسياسي داخل الدولة، لا سيما إذا كانت هذه الدولة ذات بنية مجتمعية متعددة بحيث لا يوجد انسجام بين مكونات المجتمعية فيها. حيث تظهر هذه الأهمية على الصعيد الاجتماعي في بيان دور الهوية الوطنية الجامعة في تعزيز الانسجام الاجتماعي بين كافة المكونات المجتمعية المختلفة. كما تظهر على الصعيد السياسي من خلال شعور كافة المكونات المجتمعية بالولاء تجاه وطنهم.

مشكلة البحث: من المعلوم أن دولة العراق كانت منذ تأسيسها سنة 1921، ولحد كتابة بحثنا هذا، قد عانت من إشكالية الهوية الوطنية، نتيجة لغياب الهوية الوطنية الجامعة التي تشمل كل المكونات المجتمعية، بالإضافة إلى ذلك فإن هناك تغليماً واضحاً للهويات الفرعية الضيقة على الهوية الوطنية العراقية، فضلاً عن ذلك فإن مشكلة البحث تكمن في الإجابة على التساؤلات الآتية:

1- ما المقصود بالهوية الوطنية وما العلاقة بينها وبين مفهوم المواطنة، وما هي أهم مقوماتها؟

2- وهل جاءت نصوص دستور جمهورية العراق لعام 2005، بشكل تعالج هذه الإشكالية؟ أو بمعنى آخر هل أتى المشرع الدستوري العراقي بالمعالجات الكافية لهذه الإشكالية؟

3- هل بإمكان جمع الهويات الفرعية في العراق تحت سقف وطني واحد؟ هل يمكن تجاوز التفتت الهوياتي لمكونات المجتمعية المختلفة في العراق بهدف الوصول إلى مفهوم الهوية الوطنية الجامعة؟ وما هي الأسباب التي تطف وراء إشكالية الهوية الوطنية في العراق؟ وما هي سبل معالجتها؟

هدف البحث:

يهدف البحث بالدرجة الأساسية إلى إلقاء الضوء على أهم الأسباب التي تقف وراء إشكالية الهوية الوطنية في العراق وكذلك بيان أهم آليات وسبل معالجة هذه الإشكالية عبر الوسائل القانونية وغير القانونية.

خطة البحث:

سنتناول موضوع البحث من خلال تقسيمه على مبحثين يسبقهما مطلب تمهيدي. يتناول المطلب التمهيدي مفهوم الهوية الوطنية. أما المبحث الأول فقد تناول إشكالية الهوية الوطنية في العراق، وقسمناه على مطلبين تناولنا في المطلب الأول، الأسباب الاجتماعية والسياسية لأزمة الهوية الوطنية في العراق، بينما تناولنا في المطلب الثاني التأطير الدستوري لمسألة الهوية الوطنية في العراق. وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى سبل وآليات بناء الهوية الوطنية في العراق، وقسمناه على مطلبين، نتناول في المطلب الأول الوسائل القانونية لبناء الهوية الوطنية، بينما نتناول في المطلب الثاني الوسائل غير القانونية لبناء الهوية الوطنية.

وانتهينا بحثنا بخاتمة تتضمن أهم ما توصلنا إليه من الاستنتاجات والتوصيات.

المطلب التمهيدي**مفهوم الهوية الوطنية**

يقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف الهوية الوطنية، بينما نتطرق في الفرع الثاني إلى بيان مقومات الهوية الوطنية.

الفرع الأول**تعريف الهوية الوطنية**

لبيان مفهوم الهوية الوطنية لا بد من التطرق إلى تعريف الهوية والوطن أولاً ومن ثم التطرق إلى بيان تعريف الهوية الوطنية ثانياً:

الهوية بمفهوم العام، تتعلق بفهم الناس وتصورهم لأنفسهم، ولما يعتقدون أنه مهم في حياتهم. ويتشكل هذا الفهم انطلاقاً من خصائص محددة تتخذ مرتبة الأولوية على غيرها من مصادر المعنى والدلالة. ومن مصادر الهوية هذه: الطائفة، والدين، والاثنية،

والطبقة الاجتماعية، والجنسية. انطلاقاً من ذلك نجد الكثير من دول عالم تضم سكاناً ينتمون إلى عدة مجموعات تميز عن بعضها البعض من ناحية اللغة أو الدين أو الاثنية، إذ نادراً ما نجد في دولة مجتمعاً أحادي الدين أو اللغة أو القومية⁽¹⁾.

الهوية تعني "الشعور بالارتباط بالجماعة السياسية وتمثل أهدافها والإشارة الدائمة إلى هذا الانتماء خصوصاً في لحظات الخطر"⁽²⁾. وهذا يعني أن هذا التعريف ارتبط مفهوم الهوية بالجماعة السياسية فقط دون الارتباط بالجماعات الأخرى مثل الجماعة الدينية أو القومية أو حتى الثقافية.

وهي أيضاً تعني "منظومة من الخصائص والعناصر المادية والمعنوية المكونة لوجود شيء ما والتي تميزه عن الأشياء الأخرى بصورة عامة على الرغم من وجود عناصر وخصائص متشابهة"⁽³⁾.

أما الوطن، هو المكان الجغرافي والبلد الذي ولد فيه الفرد أو الذي ينسب إليه من حيث جنسيته التي ينتمي إليها، ويكون له ارتباط وجداني وترابط بين أفراد ووجود مصالح مختلفة تجسد العلاقة بينهم في المجالات المختلفة، الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والبيئية والأمنية، وعلى ذلك فإن الأرض التي ينشأ عليها جماعة معينة وتتخذها مستقر لها تعد وطناً لهذه الجماعة. والوطنية، هي انتساب الفرد إلى قطعة معينة من الأرض والتعلق بها وحب أهلها والاعتزاز بها، والهدف منها حماية الأرض وتحسين وضعها، وهو شعور يدفع المواطن للدفاع عن وطنه ومجتمعه في عزم وإصرار مواجهة التحديات المختلفة فكراً وقولاً وعملاً، والنهوض بإنجازات الوطن المختلفة واحترامها وتقديرها، والحفاظ على أمن واستقرار ووحدة وسلامة أراضيه من أي تهديدات داخلية أو خارجية⁽⁴⁾.

(1) د. علي وتوت وآخرون، المواطنة والهوية الوطنية، الحضارية للطباعة والنشر، بغداد، 2008، ص 22-29.

(2) د. حسن أبو حمود، علم الاجتماع السياسي، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2018، ص 97.

(3) د. عيبر سهام مهدي ود. عمار حميد ياسين، إشكالية الهوية في العراق: رؤية في التحديات ومستقبل بناء هوية وطنية عراقية بعد العام 2003، المجلة السياسية والدولية الجامعة المستنصرية، العدد 28-29، 2015، ص 396.

(4) نقلاً عن حمزة إسماعيل أبو شريعة، المواطنة ودورها في بناء ثقافة الديمقراطية، مجلة دراسات

أما الوطنية، هو شعور يتكون عند الفرد بارتباطه بشعب أو جماعة معينة والولاء لنظام هذا الشعب فالوطنية هي الشعور العاطفي للفرد بارتباطه ببيئة معينة والوطنية في كافة مظاهرها هي عبارة عن الدافع الذي يؤدي إلى تماسك الأفراد وتوحدتهم وولائهم للوطن وتقاليده وقيمه والدفاع عنه بالغالي والنفيس⁽¹⁾.

بينما الهوية الوطنية في كل أمة هي الخصائص والسمات التي تتميز بها، وترجم روح الانتماء لدى أبنائها، ولها أهميتها في رفع شأن الأمم وتقديمها وازدهارها، وبدونها تفقد الأمم كل معاني وجودها واستقرارها، بل يستوي وجودها من عدمه⁽²⁾.

في حين يرى البعض بأن الهوية الوطنية "هي رابطة قانونية وسياسية واجتماعية قائمة بين الفرد ودولته وهي أعلى درجات المواطنة والانتماء إلى الوطن، فبموجبه يتمتع الفرد بجنسية الدولة التي ينتمي إليها على أساس تمتعه وممارسته لحقوقه وحياته العامة من دون أية انتهاكات غير قانونية مقابل أن يقوم بالواجبات والالتزامات المكلفة به قانوناً وفقاً للدستور والقوانين المرعية الأخرى استناداً إلى النظام القانوني المتبع في الدولة"⁽³⁾.

الفرع الثاني

مقومات الهوية الوطنية

أولاً:- المقوم القانوني: أن البعد الأول والأهم لبناء الهوية الوطنية هو البعد القانوني القائم على وجود منظومة قانونية موحدة تطبق على جميع المواطنين دون الاستثناء بأي سبب. ابتداءً من دستور الدولة الذي هو أعلى وثيقة قانونية في الدولة وتحتل قمة الهرم القانوني فيها. وحتى يكون دستور الدولة دستوراً شرعياً يجب أن يحظى برضا كل

←

العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 41، ملحق 1، 2014، ص 552.

(1) د. مريد يوسف الكلاب، معجم المصطلحات السياسية والدستورية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018، ص 437.

(2) إبراهيم العبيدي، مفهوم الهوية الوطنية، بحث متوافر على الرابط التالي:

تاريخ آخر زيارة 2021/1/25 <https://mawdoo3.com>

(3) د. عدنان قادر عارف زكنة، الهوية الوطنية في الدولة العراقية الموحدة: دراسة تحليلية-تاريخية في الدستور الملكي والدساتير العراقية المؤقتة، مجلة جامعة كركوك، المجلد 9، العدد 2، 2014، ص 100.

المكونات الاجتماعية داخل الدولة ويعبر عن تطلعاتهم ورغباتهم. أي يجب أن يكون دستور الدولة دستوراً للوحدة الوطنية وليس للتفرقة بين أبناء وطن واحد، من هنا يجب أن تحتوي نصوص الدستور على المشتركات الوطنية بصورة واضحة، حتى غدا التأكيد على الهوية من معالم الدساتير الديمقراطية المتحضرة، من خلال تعزيز الولاء الوطني، وذلك تزامناً بالاعتراف بوجود تيارات وأيدولوجيات سياسية مختلفة، والدعوة إلى تفعيلها وفهمها وفق القانون، وتوفير حق التعبير والتواجد لها، كل ذلك تحت عنوان الهوية الوطنية الجامعة. إضافة إلى ذلك يتطلب المقوم القانوني للهوية الوطنية قوانين عادلة في التطبيق تعامل جميع مواطني الدولة معاملة متساوية لا تميز فيها ولا تفرقة. كما يجب أن تتضمن هذه القوانين نصوص عقابية تحضر وتمنع كل السلوكيات والممارسات التي من شأنها الإضرار بالوحدة الوطنية. إضافة إلى ذلك لا بد من وجود مبدأ التعددية السياسية وضمن المشاركة في الحياة السياسية وتفعيل هذا المبدأ بصورة واضحة في قوانين الدولة بشكل يضمن مشاركة الجميع وفق ضوابط القانون في الحياة السياسية داخل الدولة. بل إضافة إلى ذلك لكي نتوصل إلى بناء هوية وطنية واحدة في دولة تتميز بتنوع مجتمعي لا بد من تظمين المكونات الاجتماعية وضمن حقوقها في احتفاظها بهويتها الخاصة ولكن ضمن إطار الهوية الوطنية الموحدة، ووفقاً للقوانين المختصة⁽¹⁾.

بناءً على ما تقدم يمكن القول، أن أهم مقوم ترتكز عليه الهوية الوطنية هو المقوم القانوني الذي حول علاقة الفرد بالدولة إلى رابطة أو علاقة قانونية التي بموجبها يتمتع الفرد بالحقوق والحريات العامة ويتحمل الالتزامات والواجبات داخل الدولة بعد أن كانت العلاقة بين الفرد ودولته تعتمد على الوجود الإنساني بقعة جغرافية محددة من دون وجود أية ضمانات قانونية لممارسة حقوقها وتحمل واجباتها. من هنا يمكن القول أن للهوية الوطنية وضع قانوني يترتب عليه تمتع الفرد بحقوقه وحرياته العامة كمواطن وعليه واجبات تتحمل تجاه دولته. وذلك لأن تعزيز الهوية الوطنية يتم من خلال احتواء الدستور والقوانين الأخرى لمنظومة الحقوق والحريات المعتمدة للأفراد باعتبارهم مواطنين،

(1) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، أزمة الهوية الوطنية في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة (10)، العدد 3، 2018، ص 189-190.

وتفترض بالدولة حمايتها والحرص على تلييها وعدم السماح بالاعتداء عليها من أية جهة حتى من الدولة نفسها⁽¹⁾.

ثانياً:- المقوم السياسي: للهوية الوطنية مقوم سياسي أيضاً متمثل في قيام النظام السياسي الديمقراطي يؤمن بالتعددية، ويضمن مشاركة جميع أطراف المجتمع في صنع القرار السياسي، وكذلك حصول أفراد الجماعات الوطنية على نسبة عادلة من السلطة تتناسب مع وزنها السكاني⁽²⁾، إضافة إلى تشاركهم بعلم الدولة واحترامهم له، لأنه رمز الوطن وجزءاً من هوية وطنية، الذي يتفق على احترامه كل أبناء الشعب، وكذلك شعار الدولة ونشيدها الوطني، والمناسبات والأعياد الوطنية والمشاركات السياسية على أساس التعامل الدولي وغيرها⁽³⁾.

من جانب آخر يرتكز المقوم السياسي للهوية الوطنية على أساس تمتع المواطنين بحقوقهم السياسية من الترشيح والانتخاب وحق تكوين الأحزاب والجمعيات السياسية والانضمام إليها⁽⁴⁾.

ثالثاً:- المقوم الاقتصادي:

لهوية الوطنية دلالة اقتصادية الذي تربط المواطنين باقتصاد دولتهم من خلال خضوعهم لنظام مالي واحد، وحقهم في التنمية الاقتصادية التي تساهم في تحسين الأوضاع المعيشية لهم وزيادة رفاهيتهم في عيش حر كريم، إضافة إلى حق المواطنين في الحصول على نسبة عادلة من الثروة الوطنية، فضلاً عن تمتع المواطنين بالحقوق والحريات الاقتصادية التي ترد في صلب الوثيقة الدستورية، حيث أن إيراد الحقوق الاقتصادية للمواطن وضماداتها في الوثيقة الدستورية لها أهمية كبيرة في تعزيز الهوية الوطنية والافتخار بها لدى المواطنين. وذلك لأن الدستور سيقيد أصحاب السلطة والقابضين عليها من التناول والتجاوز على تلك الحقوق⁽⁵⁾.

(1) د. عدنان قادر عارف زكنة، المصدر السابق، ص 105.

(2) فائز صالح اللهيبي، إشكالية بناء الهوية الوطنية العراقية، مجلة دراسات إقليمية، جامعة الموصل، المجلد (6)، العدد (13)، 2009، ص 52.

(3) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 190.

(4) د. عدنان قادر عارف زكنة، المصدر السابق، ص 106.

(5) د. عدنان قادر عارف زكنة، المصدر نفسه أعلاه، ص 106-107.

بناءً على ذلك يظهر لنا مدى أهمية العدالة الاجتماعية في توزيع الثروة الوطنية، أي توزيع موارد الدولة على كافة مواطنها توزيعاً عادلاً بغض النظر عن لغاتهم وألوانهم وأديانهم ومذاهبهم، وكذلك تطبيق القوانين المالية التي تتعلق بالحقوق الاقتصادية للمواطنين بشكل موحد داخل إقليم لدولة بأكملها⁽¹⁾. لذا من الضروري أن تكون توزيع الموارد والثروة الوطنية بصورة عادلة داخل الدولة، ويجب أن تعمل الدولة من أجل تحسين الأوضاع الاقتصادية في كافة مناطقها بما يعزز صهر المكونات الاجتماعية في بوتقة واحدة، انطلاقاً من اعتبار الوطن كياناً متكاملًا وجسداً واحداً ينبغي أن يكون صلباً وصحياً من أصغر المواطن إلى أعلى مركز سيادي في الدولة كي يمارس كل مواطن دوره باقتدار وكفاءة ويتناغم مع منظومة المجتمع⁽²⁾.

رابعاً:- المقوم المعنوي (الاجتماعي):

للهوية الوطنية مقوم معنوي الذي يتمثل بتفعيل حس المواطنة، حيث أن شعور المواطنين بمواظنتهم واعتزازهم بها داخل الدولة، يقوي العلاقة بين أفراد المجتمع جميعاً، كما يقوي الترابط بين المواطنين وبين دولتهم⁽³⁾، وحس المواطنة هذا لا يتحقق إلا إذا كان هناك مساواة تامة بين جميع المواطنين بغض النظر عن لغتهم أو دينهم أو مذهبهم أو لونهم أو وضعهم اقتصادي أو اجتماعي. حيث ان التمسك بهذه الثقافة سيقوى الاستعداد النفسي لدى كل أفراد المجتمع وكذلك كل المكونات الاجتماعية للتحرر من التحديات القومية والدينية والطائفية. انطلاقاً من ذلك يمكن القول أن عملية بناء هوية وطنية في دول ذات ثقافات متعددة تتوقف على مدى وعي المجتمع لذاته، ومدى قدرته لخلق ثقافة مشتركة للتفاهم بين المكونات الاجتماعية وفتح باب الحوار الوطني على أسس ثقافية منفتحة يمكن عن طريقها استيعاب الهويات الفرعية ضمن سياق الهوية الوطنية الجامعة. وهذا لا يتحقق إلا أن يكون مبدأ المواطنة هو الأساس في التعامل بين شركاء الوطن الواحد باعتباره القاعدة المشتركة الجامعة لكل المكونات المجتمعية، من شأنه تغليب الانتماء الوطني على غيره من الانتماءات الفرعية الضيقة⁽⁴⁾.

(1) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 190.

(2) فائز صالح اللهيبي، المصدر السابق، ص 53.

(3) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 190.

(4) د. عبير سهام مهدي ود. عمار حميد ياسين، المصدر السابق، ص 413.

المبحث الأول

إشكالية الهوية الوطنية في العراق

تتعدد الأسباب التي تؤدي إلى حدوث إشكالية الهوية الوطنية في العراق، ومنها ما يتعلق بطبيعة تركيبة المجتمع العراقي المتعدد، وكيفية تأسيسها كدولة مستقلة ودور الأنظمة السياسية المتعاقبة في إضعافها، ومنها ما يتعلق بموقف المشرع الدستوري تجاه مسألة الهوية الوطنية. عليه لبيان هذه الأسباب التي تقف وراء إشكالية الهوية الوطنية في العراق قسمنا هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول

الأسباب الاجتماعية والسياسية لإشكالية الهوية الوطنية في العراق

تكمن أسباب إشكالية الهوية الوطنية في العراق خارج نطاق الدستور في الجانبين الاجتماعي والسياسي، وليبيان هذه الأسباب ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول الأسباب الاجتماعية، في حين نتناول في الفرع الثاني، الأسباب السياسية.

الفرع الأول

الأسباب الاجتماعية

من المعلوم ان جذور إشكالية الهوية الوطنية في العراق تعود إلى طبيعة تركيبة المجتمع العراقي المتعدد والمتنوع قومياً ودينياً وطائفياً وقبلياً. وبالرغم من وجود نوع من التعايش والتفاعل والتداخل بين المكونات الاجتماعية في العراق في زمان ومكان معينين، إلا ان ذلك لا يعني وجود انسجام بين هذه المكونات بل أكثر من ذلك يمكن القول أن إشكالية تفضيل الهويات الفرعية الخاصة بالمكونات الاجتماعية كانت وما تزال موجودة على الساحة العراقية. وذلك لتعدد الانتماءات والولاءات التي تستقطب كل واحدة منها مشاعر الولاء الاجتماعي حولها، وذلك للنزعة الأبوية التي تستحوذ على البنية الفكرية والثقافية والاجتماعية، والتي تكون قاعدة تقوم عليها صلات الدم والقرباة وما يرتبط بها من أعراف وقيم طائفية وقبلية مازالت تؤدي دورها وتمارس تأثيرها على نمط التفكير وسلوك العمل، وكذلك على منظومة القيم وقواعد السلوك وكذلك شبكة العلاقات

والصلات الاجتماعية⁽¹⁾.

أن تميز المجتمع العراقي بسمة التعدد والتنوع الاثني والقومي والديني والطائفي، لا يعني أن هذه الخاصية هي التي تكون العائق الأهم أمام بناء الهوية الوطنية في العراق، وهناك العديد من المجتمعات في العالم التي توجد فيها الثقافات الاجتماعية المتنوعة أكثر مما هو موجود في العراق، ورغم ذلك تكون من المجتمعات المستقرة والمنسجمة تحت غطاء الهوية الوطنية المشتركة حيث تشترك فيها كل المكونات الاجتماعية كما هو الحال في سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية.

إلا ان واقع الدولة العراقية وكيفية نشوؤها كدولة مستقلة، وكذلك سلوك وممارسات القابضين على السلطة في العراق كان ولا يزال من الأسباب التي تؤدي إلى نشوء النزاعات بين المكونات الاجتماعية التي تتكون منها المجتمع العراقي. انطلاقاً من ذلك ونتيجة لهذه الأسباب أصبح الفرد العراقي يبحث عن ملجأ أو ظل يستظل به فلم يجد ملجأ يتجه أو يهرب إليه غير الهيئات القرابية التي أعاد ارتباطه بها (الطائفة، القبيلة) ليحقق من خلالها الأمان والحماية في الوقت الذي لم تستطع مؤسسات الدولة أن توفرها له. انطلاقاً من ذلك أصبحت الطائفية والقبلية عائقاً أمام كل تجديد أو تغيير اجتماعي، لأن هذه البنى الاجتماعية هي بنى تقليدية، تعتمد على مقاييس التقليد في عمل الأفراد ضد سلوك الجماعات التي تحاب التجديد، لأن بنى وأطر هذه الجماعات تستند إلى أمجاد وأحداث الماضي، وان أية محاولة لتحديثها تؤدي إلى هدم بنيتها وتمزيقها لأنها بنية تقليدية غير مؤسسية⁽²⁾.

بناءً على ما تقدم يمكن القول أن التعددية المجتمعية ممكن أن تكون عاملاً للنجاح والرفاه في الدولة إذا ما نجحت السلطة السياسية فيها في خلق الهوية الوطنية الجامعة والمشاركة لتشمل كل الجماعات والمكونات الاجتماعية بحيث يخلق لديهم الشعور بأنهم جزء من هذه الهوية المشتركة وأن احتفاظهم بهوياتهم الخاصة لا يتعارض مع الهوية الوطنية. أي أن الهوية المشتركة التي تنتجها الدولة هي نتاج المشتركات بين هذه الجماعات والمكونات وليس نتيجة للاندماج القسري.

(1) د. عبيد سهام مهدي ود. عمار حميد ياسين، المصدر السابق، ص 399.

(2) د. هيفاء أحمد محمد، إشكالية الهوية الوطنية العراقية، مجلة دراسات دولية، مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية - جامعة بغداد، العدد 53، ص 8.

الفرع الثاني الأسباب السياسية

من المعلوم أن إشكالية الهوية الوطنية في العراق قديمة، تعود إلى بدايات تأسيس الدولة العراقية، حيث ابتدأت في العهد الملكي وتفاقت بشكل كبير في العهد الجمهوري واستمرت حتى تغير النظام السياسي في العراق عام 2003. غير أن الإشكالية أخذت أبعاداً أكثر اتساعاً مع تشكيل الدولة العراقية بعد عام 2003، ويرجع ذلك إلى عدة الأسباب ومنها:-

1- السلطة القابضة على زمام الأمور في العراق بعد عام 2003، كانت سلطة دولية تشكلت من قبل الولايات المتحدة الأميركية وحلفائها بعد مرور شهرين من سقوط النظام السياسي العراقي (السابق) في 9/4/2003، برئاسة الجنرال الأميركي (جي غارنر) الذي خلفه (بول بريمر) بوقت قصير. حيث قامت السلطة المؤقتة بتأسيس مجلس الحكم العراقي الذي ضم القوى السياسية والعرقية والطائفية المختلفة. وكان المجلس مؤلفاً من (13) ثلاثة عشر عضواً عرباً شيعياً، وخمسة أعضاء عرباً سنياً وخمسة أعضاء كرد وعضو واحد تركماني وكلدو-آشوري واحد⁽¹⁾. انطلاقاً من ذلك يمكن القول أن التوجه الجديد لإعادة تأسيس الدولة العراقية كان مبنياً على أساس قومي وطائفي، حيث سعت الإدارة المدنية بقيادة (بول بريمر) إلى خلق كتلوية طائفية سياسية في تشكيل مجلس الحكم العراقي باعتباره أهم مؤسسة سياسية بعد سقوط النظام السياسي العراقي عام 2003، حيث تم اختيار أعضائه على أساس المحاصصة القومية والطائفية، دون أن يكون للشعب العراقي أي دور في اختيارهم. وامتدت هذه السياسة في تشكيل الوزارة المؤقتة، حيث قام كل عضو من أعضاء مجلس الحكم باختيار عضو للوزارة، وهكذا تشكلت الوزارة (الحكومة) من (25) خمسة وعشرين عضواً على أسس قومية وطائفية. على الرغم من انتهاء عمل هذا المجلس في 1/6/2004 لتحل محله الحكومة العراقية المؤقتة التي قامت بممارسة أعمالها وفقاً لقانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، وبذلك انتقلت السلطة من سلطة الائتلاف المؤقتة إلى الحكومة العراقية الوطنية، وعلى الرغم من هذا

(1) شيركو كرمانج، الهوية والأمة في العراق، ترجمة: عوف عبد الرحمن عبد الله، دار تاراس للطباعة والنشر، أربيل، 2015، ص 266-267.

الانتقال إلا أن تأسيس مجلس الحكم بغطاء قومي وطائفي كان له بالغ الأثر على العملية السياسية برمتها فيما بعد⁽¹⁾.

2- الآثار السلبية للمحاصصة الطائفية في مؤسسات الدولة على الهوية الوطنية، من المعلوم ان الأساس في تشكيل أو توزيع المناصب السياسية والإدارية في العراق بعد عام 2003، جرى على أسس المحاصصة الطائفية، ابتداءً بتوزيع الرئاسات الثلاث على المكونات الرئيسية الثلاث في الدولة (الكورد والعرب الشيعة والعرب السنة)، حيث أن منصب رئيس الجمهورية هو من حصة الكورد ومنصب رئيس الوزراء من حصة الشيعة ومنصب رئيس مجلس النواب من حصة السنة. وأيضاً تم تشكيل الحكومة على أساس المحاصصة الطائفية وذلك بتوزيع الوزارات على المكونات الاجتماعية في الدولة حسب نسبتهم بعيداً عن الكفاءة والخبرة، وامتدت هذه السياسة لتشمل توزيع رئاسة اللجان البرلمانية وفق المحاصصة الطائفية. من هذا المنطلق يمكن القول أن أتباع هذه السياسة قد أدي إلى تفتت المجتمع وضعف الهوية الوطنية مقابل تزايد الانتماء والولاء نحو الهويات الفرعية الخاصة بكل مكون من المكونات الاجتماعية.

3- عمل الأحزاب السياسية في العراق، الأصل في عمل ووظيفة الأحزاب السياسية هو أن يكون الحزب مدرسة الشعوب تقوم بتنشيط الحياة السياسية وتعمل على تهيئة الكوادر السياسية والقيادات الوطنية وتساهم في تحقيق الاستقرار السياسي، إلا أن ما يحصل في العراق ليس كالذي يحصل في دول العالم الديمقراطية، وذلك لأن التنافس الحزبي في العراق يقوم على أساس استغلال النزعات والعواطف الفرعية والطائفية من أجل الوصول إلى السلطة وكسب المنافع الحزبية بعيداً عن المصلحة الوطنية. وأن هذا الاستغلال بحد ذاته يؤدي إلى زعزعة الاستقرار المجتمعي في الدولة، وبالتالي يترك العديد من الآثار السلبية على الانتماء الوطني والهوية الوطنية. حيث جعلت المواطن لا يشعر بهويته الوطنية، فاضطر للعودة إلى هويته الفرعية، وتحت رحمة هذه السياسة أنتعش الانتماء القومي والطائفي والمناطقية بل والقبلي أيضاً على حساب الانتماء الوطني، وأصبحت هنالك هويات فرعية داخل الهوية العراقية.

(1) د. ميسون طه حسن ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 191-192.

المطلب الثاني

التأثير الدستوري لمسألة الهوية الوطنية في العراق

لا شك أن غياب رؤية واضحة للمشرع الدستوري تجاه موضوع هوية الدولة ومفهوم المواطنة فيها، تعد من الأسباب الرئيسة لإشكالية الهوية الوطنية في العراق. عليه سنبين موقف دستور جمهورية العراق لعام 2005، من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول إشكالية هوية الدولة، في حين نتناول في الفرع الثاني غياب مفهوم المواطنة ومبدأ المواطنة.

الفرع الأول

إشكالية هوية الدولة

من خلال استقراء نصوص دستور جمهورية العراق لعام 2005، نجد أن بعض نصوص الدستور اتجهت نحو تبني الهوية المدنية (الديمقراطية) وذلك عندما نص الدستور على ان نظام الحكم في العراق هو جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي⁽¹⁾، ولا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية⁽²⁾.

ثم عاد الدستور نحو تبني الهوية الدينية للدولة (الهوية الإسلامية)، حيث نص الدستور على ان الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع، ولا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام⁽³⁾. كما يتضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، أيضاً ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية، كالمسيحيين والإيزديين، والصابئة المندائين⁽⁴⁾. كما نص الدستور في عجز المادة (3) من الدستور على ان العراق جزء من العالم الإسلامي. ثم نجد ان الدستور قد تبني الهوية الوطنية القائمة على الاعتراف بالتعدد الثقافي، عندما أشار

(1) المادة (1) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(2) المادة (2/أولاً/ب) من الدستور نفسه أعلاه.

(3) المادة (2/أولاً/أ) من الدستور نفسه أعلاه.

(4) المادة (2/ثانياً) من الدستور نفسه أعلاه.

إلى أن العراق بلد متعدد القوميات والأديان والمذاهب⁽¹⁾. وأكد الدستور على أن العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييزٍ بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي⁽²⁾. وللحفاظ على ذلك عاد الدستور ونص على انه لا يجوز سن قانون يتعارض مع الحقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور⁽³⁾. إضافة إلى ذلك أشار الدستور إلى ان اللغة العربية واللغة الكوردية هما اللغتان الرسميتان للعراق، ويضمن حق العراقيين بتعليم أبنائهم باللغة الأم كالتركمانية، والسريانية، والأرمنية، في المؤسسات التعليمية الحكومية، وفقاً للضوابط التربوية، أو بأية لغة أخرى في المؤسسات التعليمية الخاصة. كما ان اللغة التركمانية واللغة السريانية لغتان رسميتان أخريان في الوحدات الإدارية التي يشكّلون فيها كثافة سكانية. ولكل إقليم أو محافظة اتخاذ أية لغة محلية أخرى، لغة رسمية إضافية، إذا أقرت غالبية سكانها ذلك باستفتاء عام⁽⁴⁾.

وأخيراً ركز الدستور على إضفاء الهوية العربية في بعض نصوصه. وذلك عندما نص في عجز المادة (3) منه على ان العراق هو عضو مؤسس وفعال في جامعة الدول العربية وملتزم بميثاقها. وبالرجوع إلى ميثاق جامعة الدول العربية نجد انها تتألف من الدول العربية المستقلة الموقعة على هذا الميثاق. ولكل دولة عربية مستقلة الحق في أن تنضم إلى الجامعة⁽⁵⁾. ويظهر لنا من النص المذكور ان العضوية في جامعة الدول العربية تقتصر على الدول العربية المستقلة. بمعنى ان أي عضو في هذه الجامعة لا بد من أن يحمل الهوية العربية.

بناءً على ما تقدم يمكن أن نعيد سؤالنا ما هي الهوية الوطنية العراقية؟ وهل كان المشرع الدستوري العراقي موفقاً في صياغته لموضوع الهوية أم لا؟ وماهي الأسباب الكامنة وراء تبنيه هذا الاتجاه؟

للإجابة على ذلك، يمكن القول ان المشرع الدستوري العراقي لم يكن موفقاً في تبنيه

(1) المادة (3) من الدستور نفسه أعلاه.

(2) المادة (14) من الدستور نفسه أعلاه.

(3) المادة (2/أولاً/ج) من الدستور نفسه أعلاه.

(4) المادة (4/أولاً-رابعاً-خامساً) من الدستور نفسه أعلاه.

(5) المادة (1) من ميثاق جامعة الدول العربية لعام 1945.

هذا الاتجاه، لأن ذلك قد أدى إلى تعقيد المشكلة نحو ضياع الهوية الوطنية العراقية من جهة، ومن جهة أخرى ساهم في تزايد حدة النزاع بين الطوائف العراقية وهذا بحد ذاته سبباً لتفضيل الهوية الفرعية الخاصة بكل طائفة على الهوية الوطنية العراقية. أما الأسباب الكامنة وراء تبني المشرع هذا الاتجاه يكمن من ناحية حسب العديد من الباحثين والسياسيين في الموروث الثقافي التي خلفته الدولة العثمانية، وكذلك في دور الأنظمة السياسية المتعاقبة في العراق في هذا المجال. ومن ناحية أخرى يمكن القول أن لاعتماد سياسة الترضية أثناء كتابة الدستور العراقي كان له دور لا يستهان به في تبني المشرع لهذا الاتجاه أيضاً.

الفرع الثاني

غياب مفهوم المواطنة ومبدأ المواطنة

المواطنة هي "علاقة بين الفرد والدولة كما يحددها قانون تلك الدولة متضمنة مرتبة من الحرية وما يصاحبها من مسؤوليات وتسبغ عليه حقوقاً سياسية مثل حق الانتخاب وحق تولي الوظائف العامة"⁽¹⁾. أما مبدأ المواطنة فهو "مبدأ دستوري يفرض نفسه على الحكومات المعاصرة في إطار احترام الديمقراطية وحقوق الإنسان، فالوطن الذي تتعدد أصول مواطنه العرقية وعقائدهم الدينية وانتماءاتهم الثقافية والسياسية، لا يمكن ضمان وحدته واستقراره إلا على أساس مبدأ المواطنة الذي يركز على منظومة قانونية وسياسية واجتماعية وأخلاقية متكاملة، قوامها المساواة التامة بين المواطنين، لا مجال للتمييز على أساس الجنس أو اللون أو العرق أو الدين أو الانتماءات السياسية والاجتماعية والنقابية وغير ذلك"⁽²⁾.

انطلاقاً من ذلك يمكن القول، أن الوثيقة الدستورية هي التي تضمن المواطنة وتعززها، أي أن الصياغة الدستورية الجيدة لمبدأ المواطنة وضمانات حمايتها من الناحية العملية في صلب الوثيقة الدستورية، تؤدي بالنتيجة إلى تعزيز الهوية الوطنية الجامعة لدى كل المواطنين.

(1) د. مريد يوسف الكلاب، المصدر السابق، ص 384.

(2) محمد الخوالدة وريم تيسير الزعبي، التربية الوطنية (المواطنة والانتماء)، دار الخليج للنشر والتوزيع، عمان، 2016، ص 20.

وبالرجوع إلى دستور جمهورية العراق لعام 2005، نجد أن المشرع الدستوري قد ركز على إبراز التنوع الاجتماعي وبالغ في استخدام مصطلح طوائف ومكونات وأقليات، على حساب تغييب مفهوم المواطنة، وإهمال التأكيد على بنود مبدأ المواطنة. حيث يرى البعض أنه لا يوجد نص في الدستور يؤكد أو يحث على المواطنة ويؤسس علاقة الدولة بالمواطنين على أساس مبدأ المواطنة، ويعزز باقي النصوص التي تمس حقوق وحريات المواطن والتزاماته تجاه الدولة، وهذا يؤدي إلى تمزيق النسيج المجتمعي ولا يؤدي إلى توحيد وتجميع كافة مكونات الشعب العراقي تحت مظلة هوية وطنية جامعة عن طريق اعتماد المواطنة في الانتماء⁽¹⁾. إضافة إلى تنوع المجتمع العراقي من حيث القومية والطائفية نجد أن المشرع الدستوري نص في المادة (45) من الدستور على أن "تحرص الدولة على النهوض بالقبائل والعشائر العراقية، وتهتم بشؤونها بما ينسجم مع الدين والقانون، وتعزز قيمها الإنسانية النبيلة، بما يساهم في تطوير المجتمع، وتمنع الأعراف العشائرية التي تتنافى مع حقوق الإنسان". بناءً على ذلك يمكن أن نسأل عن مصير مبدأ المواطنة في ظل العودة إلى الاعتراف بدور القبلية والعشيرة؟ لا سيما أن النهوض بالعشيرة والقبيلة وقوتها يعني ضعف الدولة المدنية التي ترفض الولاء للعشيرة أو القبيلة مقابل عدم الولاء للدولة والوطن، وضعفها معناه الولاء للحكومة والدولة دون العشيرة أو القبيلة. حيث كان الأجدر بالدولة أن تحرص على تطبيق مبدأ المواطنة بين كافة أفراد الشعب بغض النظر عن انتماءاتهم القومية والطائفية والقبلية والعشائرية، وإحلال القانون محل الأعراف العشائرية خصوصاً تلك التي تتعارض مع الدستور والقوانين⁽²⁾.

(1) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 196.

(2) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

المبحث الثاني

سبل وآليات بناء الهوية الوطنية في العراق

تتنوع الوسائل القانونية بين دستور الدولة وقوانينها العادية التي تصدر عن سلطتها الرسمية، باعتبار ان القانون بمفهومه العام يمثل التعبير الرسمي عن الإرادة العامة للمجتمع، تلك الإرادة التي يجسدها المشرع في صيغة قواعد عامة التي تحكم التصرفات بين أفراد المجتمع. من هذا المنطلق يمكن القول أن القانون هو وسيلة أساسية لتنظيم حياة المجتمع وتنظيم أمور الدولة بمختلف جوانبها، من أهمها تنظيم موضوع الهوية الوطنية. لذا من الضروري بيان موقف الدستور والقوانين العادية في تنظيم الهوية الوطنية في العراق. عليه وليبين ذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول الوسائل القانونية، بينما نتناول في المطلب الثاني الوسائل غير القانونية.

المطلب الأول

الوسائل القانونية

فيما سبق بينا أن وظيفة الدستور لا تقتصر على تنظيم السلطات والحقوق والحريات فقط، بل تنصرف إلى تنظيم موضوع الهوية الوطنية، لذا فلا شك أن للدستور دور لا يستهان به في عملية بناء الهوية الوطنية وتعزيزها. إضافة إلى ذلك لا يمكن إنكار دور القوانين العادية في هذا المجال. عليه سنتطرق إلى الوسائل القانونية من خلال تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول

دور الدستور في بناء الهوية الوطنية

بما أن الدستور يعد أعلى وثيقة قانونية داخل الدولة يحتل قمة الهرم القانوني فيها بحيث تأتي كل القواعد القانونية بعدها ولا يجوز مخالفة قواعده ونصوصه. فبهذا المعنى يوصف الدستور بأنه الإطار القانوني الذي ينظم تلك القواعد التي تتعلق بالدولة والسلطة الحاكمة فيها، وكذلك تلك التي تتعلق بالحقوق والحريات العامة فيها. من هنا تمتد وظيفة الدستور إلى تنظيم الهوية الوطنية للدولة باعتبارها من أهم وأعقد الموضوعات الدستورية في الدولة التي تعاني من هذه الإشكالية.

لذا على المشرع الدستوري وهو بصدد تنظيم موضوع الهوية الوطنية مراعاة طبيعة المجتمع. فإذا كان المجتمع عبارة عن مجموعة واحدة مندمجة كلياً اجتماعياً وثقافياً، فلا تشكل الهوية مشكلة رئيسية في هذه الحالة، لأن المواطنين يشتركون في شعور موحد ومسيطر بالهوية القومية. حيث تمارس القوى الاجتماعية في الاتحاد الفيدرالي عادة ضغوطاً من أجل المزيد من المركزية. أما إذا كان المجتمع يتكون من جماعات تتغلب هويتها الفرعية على الهوية الوطنية. فتشكل الهوية في هذه المجتمعات مشكلة رئيسية، لأن المواطنين يجدون هويتهم من خلال مجموعات متميزة جداً، لديها أهداف وآراء متضاربة، وقد ترى مجموعة ما، في بعض الأحيان، أن هويتها تتعارض مع الهوية القومية، وهذا بالتالي يؤدي إلى توترات بشأن الوحدة القومية. وينطبق هذا الأمر خاصة عندما تكون هذه المجموعة من السكان المتميزين والمتمركزة إقليمياً⁽¹⁾.

والمجتمع العراقي من المجتمعات غير المتجانسة حيث تغلب الجماعات الفرعية هويتها على الهوية الوطنية العراقية. لذا كان على المشرع الدستوري تنظيم القواعد الدستورية المتعلقة بالهوية الوطنية بالارتكاز على إبراز المشتركات الوطنية بين المكونات الاجتماعية العراقية، والابتعاد عن سياسة تغليب مميزات إحدى المكونات على مكونات أخرى بحجة الأغلبية السكانية. وكما بينا سابقاً ان الهوية الوطنية العراقية تتنازع بين أربع هويات مختلفة وهي (الهوية المدنية (دولة ديمقراطية) والهوية الدينية (الإسلامية) والهوية القومية (العربية) والهوية الثقافية القائمة على الاعتراف بالتعددية القومية والطائفية). وان هذا الموقف من الدستور غير محبذ. لذا على المشرع الدستوري عند مراجعة النصوص الدستورية إيجاد نوع من التوازن بين الهوية الوطنية والهويات الفرعية، وذلك من خلال الاعتراف بحالة التعددية المجتمعية وجعلها كقيمة وطنية من شأنها تقوية الاتحاد. واعتبار المواطنة أساس الهوية الوطنية في العراق، لكونها تحقق المساواة بين المواطنين بغض النظر عن انتماءاتهم الدينية أو القومية أو الطائفية.

(1) جورج أندرسون، مقدمة عن الفدرالية، ترجمة: مها تكلا، منتدى الأنظمة الفيدرالية، أوتاوا، 2007، ص 64-65.

الفرع الثاني

دور القوانين في بناء الهوية الوطنية

يظهر دور القوانين في بناء الهوية الوطنية من خلال ما يلي:-

أولاً:- تطبيق مبدأ المواطنة: من أجل بناء (تعزيز) الهوية الوطنية وحمايتها، لا بد من تضمين مبدأ المواطنة في كافة القوانين التي تصدرها السلطات العامة في الدولة ولا سيما تلك التي تتعلق بالحقوق والحريات السياسية ومنها على سبيل المثال قوانين الانتخابات والأحزاب السياسية. أي يجب ان تعتمد حق الترشيح وحق التصويت من حيث الأصل على مبدأ المواطنة القائم على المساواة بين المواطنين، إضافة إلى ذلك يجب أن تكون هناك عدالة في القانون الانتخابي. أما فيما يتعلق بمبدأ التحزب فينبغي أن يكون مبنياً على الأساس الوطني بعيداً عن الولاءات والانتماءات الفرعية، وذلك عن طريق ترسيخ المساواة والعدالة بين المواطنين في الحقوق والواجبات، وتطبيق القانون على الكل دون أقصاء أو تمييز، فالكل سواسية أمام القانون، بعيداً عن الاعتبارات القومية أو الدينية أو الطائفية⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى القوانين المتعلقة بالموضوع نجد أن المشرع العراقي تطرق إلى ترسيخ مبدأ المواطنة في قانون الأحزاب السياسية وذلك عندما نص على أن (يؤسس الحزب على أساس المواطنة وبما لا يتعارض مع أحكام الدستور. ولا يجوز تأسيس الحزب على أساس العنصرية أو الإرهاب أو التكفير أو التعصب الطائفي أو العرقي أو القومي. ويمنع تأسيس الحزب الذي يتبنى أو يروج لفكر أو منهج حزب البعث المنحل)⁽²⁾.

يظهر لنا من هذا النص أن المشرع وضع الأساس الذي ينبغي تأسيس الحزب السياسي عليه، حيث اشترط أن يكون هذا التأسيس مبنياً على أساس وطني بعيد عن التعصب القومي أو العنصرية أو الطائفية، إضافة لذلك منع القانون تأسيس الحزب السياسي الذي يتبع منهج أو فكر حزب البعث المنحل. على الرغم من وجهة هذا النص إلا أنه لا يخلو من الانتقادات ومن أهمها لم يحدد القانون المقصود بمصطلح العنصرية، كما أنه من الناحية العملية، لم نجد تطبيق هذا النص، بل نجد عكس ذلك تماماً على

(1) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 198.

(2) المادة (5) من قانون الأحزاب السياسية العراقي ذي الرقم (36) لسنة 2015.

الساحة السياسية العراقية، حيث أن الجسم الانتخابي لغالبية الأحزاب السياسية في العراق يركز على الولاءات القومية والطائفية، وتقوم الأحزاب السياسية باستغلال هذا التعصب بين المكونات في حملاتهم الانتخابية، لذا من الأفضل أن يشمل الحظر التي يأتي به القانون نشاط الأحزاب السياسية أيضاً. وذلك لأن من شأن هذا الخطاب السياسي الحزبي الاثر الكبير على انقسام المجتمع وزيادة الولاء نحو الهويات الفرعية بدلاً من الهوية الوطنية.

أما فيما يتعلق بالقوانين الانتخابية، نجد أن المشرع اعتمد على قاعدة التمثيل النسبي من أجل مشاركة جميع القوى السياسية والوطنية في العملية السياسية كل حسب نسبته، هذا يتناسب مع النظام الحزبي في العراق القائم على التعددية الحزبية وكذلك يتواءم وطبيعة المجتمع العراقي المتعدد ثقافياً. إلا ان مع ذلك يجب أن يكون النظام الانتخابي حامياً لمكونات الشعب العراقي وفي الوقت نفسه ينبغي أن لا يكون هذا النظام سبباً لزيادة المشاحنات الطائفية والقبلية داخل المجتمع. ولكن بالرجوع إلى قانون انتخابات مجلس النواب العراقي نجد أنه نص على (تقسيم الدوائر الانتخابية المتعددة في المحافظة الواحدة)⁽¹⁾، أي أن حرية الناخب تنحصر في اختيار أحد المرشحين ضمن دائرته الانتخابية الصغيرة، وهذا بحد ذاته يعزز الانتماءات الطائفية والقبلية على حساب الانتماء الوطني، ويساعد هذا النص أيضاً المرشحين الذي يستغلون الانتماءات الطائفية والقبلية للحصول على المقاعد البرلمانية.

بناءً على ما تقدم يمكن القول، أن التطبيق السليم لمبدأ المواطنة هو ابتعاد القوانين عن تبني قواعد تشجع وتعزز الانتماء العرقي والطائفي والقبلي، وكذلك ينبغي تهيئة الأجواء السياسية وكذلك المجتمعية لتبني مفهوم موحد للهوية الوطنية المشتركة التي تجمع كل المواطنين دون استثناء. وان الحديث عن دور القوانين في حماية وتعزيز (بناء) الهوية الوطنية لا يقتصر على تلك القوانين التي بينها سابقاً، بل يشمل كل القوانين التي من شأنها أن تمس المواطن بشكل مباشر، كما ينبغي على الدولة أن تضع قوانينها طبقاً لمبدأ المواطنة وبشكل بعيد عن أية اعتبارات أخرى، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تعزيز ثقة المواطنين بمنظومتهم القانونية، وإلى تعزيز ثقتهم بالتعامل العادل معهم من قبل

(1) المادة (15/أولاً) من قانون انتخابات مجلس النواب العراقي ذي الرقم (9) لسنة 2020.

سلطاتهم السياسية. ومن الناحية المعنوية يقوي شعور المواطن بالولاء نحو الوطن وهو المقوم الأساسي لبناء الهوية الوطنية⁽¹⁾.

ثانياً: - استكمال القوانين المكملة للدستور، وكما يسميها البعض بالقوانين الأساسية، ويقصد بها "مجموعة القوانين التي تصدر عن البرلمان سواء من تلقاء نفسه أم بتكليف من المشرع الدستوري، والمتعلقة بتنظيم السلطات العامة في الدولة واختصاصاتها وكيفية ممارستها لوظيفتها، أي إنها تتعلق بموضوعات دستورية في جوهرها"⁽²⁾. وهي التي تكمل المواضيع الواردة في الدستور بشكل مفصل. من هنا يمكن القول أن القوانين المكملة للدستور تكون على نوعين:

النوع الأول: تلك القوانين التي يصدرها البرلمان دون تكليف من المشرع الدستوري بهذا التنظيم. أي تلك التي تصدرها البرلمان من تلقاء نفسه مثل القوانين التي تتعلق بمباشرة الحقوق السياسية⁽³⁾.

النوع الثاني: تلك القوانين التي تصدر عن البرلمان نتيجة تكليفه من قبل المشرع الدستوري، ويعد هذا النوع القسم الغالب من القوانين الأساسية أو المكملة للدستور. ومن أمثلتها قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق⁽⁴⁾، وكذلك قانون مجلس الاتحاد⁽⁵⁾. اللذان لم يصدرا لحد الآن.

بناءً على ذلك يمكن القول، أن ثقة المواطن في بلد ذي البنية المجتمعية المتعددة والمتنوعة مثل العراق لا يكتمل بنظامه السياسي وكذلك بمنظومته القانونية إلا بعد

(1) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 198.

(2) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 445.

(3) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 196.

(4) تنص المادة (92/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، على أن (تتكون المحكمة الاتحادية العليا، من عددٍ من القضاة، وخبراء في الفقه الإسلامي، وفقهاء القانون، يُحدد عددهم، وتنظم طريقة اختيارهم، وعمل المحكمة، بقانونٍ يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب).

(5) تنص المادة (65) من دستور جمهورية العراق لعام 2005، على ان (يتم إنشاء مجلسٍ تشريعي يُدعى (بمجلس الاتحاد) يضم ممثلين عن الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، وينظم تكوينه، وشروط العضوية فيه، واختصاصاته، وكل ما يتعلق به، بقانونٍ يُسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب).

استكمال القوانين الأساسية للدولة، وذلك لتعلق مصيره بها، كون هذه القوانين تضمن حقه في المشاركة السياسية وكذلك حمايته من طغيان وإساءة استعمال السلطة. إضافة إلى ذلك، تشجع هذه القوانين ثقة المواطن بهويته الوطنية، حيث لا بد من استكمال البنية المؤسساتية للدولة، كما هو الحال بالنسبة للدور الذي تلعبه المحكمة الاتحادية العليا في ضبط الحياة الدستورية والسياسية للدولة، والدفاع عن حقوق الأفراد وحررياتهم ضد أي انتهاك صادر من أي جهة⁽¹⁾. وكذلك الحال بالنسبة لمجلس الاتحاد الذي هو الطرف الثاني للسلطة التشريعية في الدولة الفيدرالية وهو مظهر من مظاهر التوازن الأفقي داخل السلطة التشريعية.

ثالثاً: - تفعيل وتعزيز منظومة الحقوق والحريات: إلى جانب تنظيم الدستور للسلطات العامة في الدولة، ينظم الدستور الديمقراطي منظومة الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، وأن تمتع المواطن بهذه المنظومة يعزز لديه الانتماء والولاء لوطنه، وتخلق لديه أيضاً الثقة بدولته وسلطاتها السياسية، التي من خلالها ستعمل على تلبية رغباته وحاجاته الأساسية، وحمايته من الأخطار المصيرية⁽²⁾. أي أن تمتع المواطن بمظاهر المواطنة المتمثلة في الحقوق المدنية والسياسية وكذلك الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، التي ينص عليها الدستور الديمقراطي يؤدي إلى تفاعله البناء مع مواطنه، والتزامه بقاعدة الوطنية شعباً وأرضاً، وبهذا يتحقق مفهوم المواطنة التي هي أساس الهوية الوطنية الجامعة في بلد متعدد الأطياف مثل العراق⁽³⁾. من هذا المنطلق يمكن القول أنه لتعزيز المواطنة بهذا المعنى لا بد أن يكون هناك معادلة تتصف بالعدالة والتوازن بين حقوق المواطن وواجباته، أما إذا تغلبت منظومة الواجبات على منظومة الحقوق والحريات، تكون المواطنة قد فقدت أحد وأهم خصائصها إلا وهي العدالة⁽⁴⁾.

عليه يمكن القول أن احتواء الدستور على مظاهر المواطنة وضماناتها، من شأنها أن

- (1) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 199.
- (2) د. غني زغير عطية محمد، المواطنة وأثرها على الاستقرار السياسي في العراق، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، جامعة القادسية، العدد 2، المجلد 9، 2018، ص 265.
- (3) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 199.
- (4) د. صفد عبد العزيز حمادي علاوي، المواطنة ودورها في بناء الدولة المدنية الحديثة، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2020، ص 19.

تؤدي إلى المساهمة والانسجام في بناء الأمة، الذي يعد الهدف الأساسي منه هو التناسق والتكامل بين مكونات وشرائح المجتمع، من هنا يتعلم المواطن العراقي كيف يحيا مواطناً متفاعلاً واعياً مشاركاً في الحياة العامة، حتى تصبح المشاركة لديه أسلوب الحياة، وليست مجرد معلومات يتعلمها ويرددها، فترتفع لديه روح الوطنية، والشعور بالعدل والإنصاف. ولا شك أن المواطنة في هذا المعنى هي أقوى عامل دمج الإحساس بالانتماء للمجتمع في تحديد الصالح العام، خصوصاً في المجتمع العراقي الذي يتسم بالتعددية الثقافية والدينية والعرقية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الوسائل غير القانونية

إلى جانب الوسائل القانونية المتمثلة بدستور الدولة وقوانينها العادية، هناك وسائل غير قانونية لها دور لا يستهان به في عملية بناء الهوية الوطنية داخل الدولة، عليه لبيان الوسائل غير القانونية في بناء الهوية الوطنية، ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، حيث نتناول في الفرع الأول، دور الأحزاب السياسية في بناء الهوية الوطنية، ونتناول في الفرع الثاني، دور منظمات المجتمع المدني في بناء الهوية الوطنية، ومن ثم نبين في الفرع الثالث دور التنشئة السياسية في بناء الهوية الوطنية.

الفرع الأول

دور الأحزاب السياسية

لا شك أن للأحزاب السياسية دوراً كبيراً ومؤثراً في عملية بناء الهوية الوطنية وتعزيزها من خلال برامجها الانتخابية والتعبوية وخطاباتها الإعلامية وكذلك عن طريق قاداتها عند وصولها إلى المناصب السيادية داخل الدولة. حيث تقوم الأحزاب السياسية بدور فعال عن طريق غرس القيم والأفكار والمعتقدات، بهدف توجيه إرادة المواطنين لوجهة سياسية معينة، تتفق مع توجهاتها، والتي قامت في الأساس على عدم التمييز بين المواطنين⁽²⁾. وبما أن حرية تأسيس الأحزاب السياسية إحدى الركائز الأساسية للنظام

(1) د. غني زغير عطية محمد، المصدر السابق، ص 265.

(2) د. محمود عبد المنصف علي السيد، مبدأ المواطنة في القانون الدستوري: دراسة مقارنة بين دساتير

الديمقراطي، فالديمقراطية تقوم في الأصل على أساس الحرية، أي أنه لا ديمقراطية بلا حرية ولا حرية بدون ديمقراطية، من هذا المنطلق تتطلب الديمقراطية تعددية حزبية، بل هي تحتم هذه التعددية كضرورة لازمة لتكوين الإرادة الشعبية وتحديد السياسة الوطنية تحديداً حراً واعياً، ولكن حرية تعدد الأحزاب لا تكفي في تحقيق رضا الشعب عن العملية السياسية وبالتالي ثقتهم بنظامهم السياسي، إذ تلعب برامج الأحزاب وأيدولوجياتها وخطاب قادتها دوراً بالغ الأهمية في تكوين وتوجيه الرأي العام بين أفراد الشعب، بالتالي يصبح بمقدورها توجيه عملية تدعيم المواطنة سلباً أو إيجاباً وفقاً لما تنتهجه من السياسات. على ذلك كلما كان خطاب القادة متسامي ومبتعد عن الخلفية القومية أو الاثنية أو غير ذلك من علامات التمايز بين أفراد الشعب، كلما كان ذلك أقرب لوحدة الهوية الوطنية وتعزيزها، وكذلك الحال بالنسبة لسلوكياتهم، فكلما تصرفوا من منطلق كونهم قادة لدولة لا لجماعة كلما اقتربوا لمفهوم القيادة الوطنية التي لا يخفي دورها في تعزيز الهوية الوطنية، وللأسف فالواقع السياسي العراقي يبرز لنا سلوكيات وخطابات كانت جزءاً فاعلاً في عملية تفتيت الهوية الوطنية العراقية بسبب ارتداد القادة السياسيين (النسبة الغالبة منهم) إلى هوياتهم الفرعية المختلفة على حساب هويتهم الوطنية الواحدة⁽¹⁾.

تقوم التعددية الحزبية على أساس قبول مبدأ التعايش السلمي بينها، بحيث لا يسمح بقيام أحزاب ترفض ذلك، وأن قيام الديمقراطية في أي بلد يقتضي عدم السماح بتأسيس أحزاب ذات نزعة طائفية عنصرية مما يهدد الوحدة الوطنية.

الفرع الثاني

منظمات (مؤسسات) المجتمع المدني

يقصد بمؤسسات المجتمع المدني بأنها "مجموعة المنظمات والهيئات والجمعيات التطوعية والمؤسسة على قاعدة التعاقد، والمستقلة عن سلطة الحكومة، والتي يتبنى أعضاؤها أهدافاً مشتركة، يحققونها عن طريق العمل الجماعي، والمشاركة الواعية في مجالات مختلفة اقتصادية وثقافية ودينية وفنية واجتماعية وإنسانية وغيرها، وبالاعتماد

←

الدول العربية والأجنبية، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2017، ص 505.

(1) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 200.

على أنفسهم إلى الحد الذي تصبح فيه تلك المنظمات والهيئات والجمعيات بمثابة قوة اجتماعية تقلل من سلطة الدولة وتكون المراقب عليها وعلى أعمالها⁽¹⁾، وقد يسميها القانون بالمنظمة غير الحكومية وعرفها بأنها "مجموعة من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية سجلت واكتسبت الشخصية المعنوية وفقاً لأحكام هذا القانون، تسعى لتحقيق أغراض غير ربحية"⁽²⁾. نظراً للعلاقة الوثيقة بين الديمقراطية من جهة وبين مؤسسات المجتمع المدني، وتعزيز روح الانتماء الوطني، نص دستور جمهورية العراق لعام 2005، على أن "تحرص الدولة على تعزيز دور مؤسسات المجتمع المدني، ودعمها وتطويرها واستقلاليتها، بما ينسجم مع الوسائل السلمية لتحقيق الأهداف المشروعة لها،..."⁽³⁾.

انطلاقاً من ذلك يمكن القول أن لمؤسسات المجتمع المدني دور لا يستهان به في بلورة الرأي العام الوطني وإرشاد الوعي الجماهيري، حيث يمكن عن طريق هذه المؤسسات تكثيف الجهود نحو بناء وإشاعة ثقافة المواطنة وزرع روح الوطنية وتعزيز الانتماء للهوية الوطنية الجامعة تمثل هوية الوطن، كما من شأن دور هذه المؤسسات توجيه الجماهير نحو تطبيق السليم للديمقراطية، وتشجيع الالتزام بالدستور والمنظومة القانونية للدولة، كما تقوم هذه المؤسسات بدور معارضة شعبية من أجل المساهمة في تقويم أداء المؤسسات الحكومية، لذلك يمكن القول أن التأكيد على دور منظمات المجتمع المدني التي تعمل بشكل مباشر مع الجماهير، له تأثير كبير على صهر مكونات المجتمع المختلفة، وتعزيز ولائها وانتمائها الوطني، الأمر الذي يترتب عليه تجاوز تحدي الانتماءات الفرعية الخاصة بكل مكون اجتماعي ومنعها من إضعاف الانتماء للهوية الوطنية⁽⁴⁾.

(1) د. إسراء علاء الدين نوري، دور مؤسسات المجتمع المدني في مكافحة ظاهرة الفساد (دراسة حالة العراق)، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، جامعة تكريت، المجلد 2، العدد 6، 2010، ص 375.

(2) المادة (1/أولاً) من قانون المنظمات غير الحكومية العراقي ذي الرقم (12) لسنة 2010.

(3) المادة (45/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

(4) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 200.

الفرع الثالث

التنشئة السياسية

يقصد بالتنشئة السياسية بأنها عملية تعلم المواطن المعايير الاجتماعية من خلال مؤسسات المجتمع المختلفة، والتنشئة السياسية هي جزء من التنشئة الاجتماعية والتي من خلالها يكتسب الفرد الاتجاهات والقيم السائدة في المجتمع، كما أنها وسيلة لتصحيح الثقافة السياسية المنحرفة في المجتمع، وإيجاد أو خلق ثقافة مدنية متطورة ومتحضرة لكي تتحول المجتمع من حالة التخلف إلى التقدم، من هنا يمكن القول أن التنشئة السياسية تحتل مكانة مهمة بين أدوات ووظائف المجتمع والنظام السياسي. ومن أهم وأسمى مهمات التنشئة السياسية قيامها بدعم الوحدة الوطنية وترسيخ روح الاندماج الوطني الذي غالباً ما يتآكل في الدول ذات البنية المجتمعية المتعددة. فوجود التنشئة السياسية الصحيحة في الدولة ذات التعددية المجتمعية يساهم بصورة كبيرة في تعزيز الوحدة الوطنية وتعزيز الهوية الوطنية. من هنا ينبغي الاهتمام بموضوع التنشئة السياسية كأحد أبعاد دراسة النظام السياسي في المجتمع، وهي عملية تعلم القيم والاتجاهات السياسية، والقيم والأنماط الاجتماعية ذات المغزى السياسي، من خلال الأسرة والمدرسة والتفاعل مع الحكومة والمواقف السياسية المختلفة⁽¹⁾.

على الرغم من أن التعليم يعتبر واجباً على الدولة فهو ذو طابع مزدوج يهدف من جانب إلى تأمين الثقافة العامة وإعطاء جميع الناس معرفة بقدر الإمكان بالعالم الذي يعيشون فيه، وبموارده، وثرواته، وقضاياها، ومن ثم تهيئة الفرد في المجتمع للقيام بعمله. ومن جانب آخر يقوم التعليم بصناعة ثقافة موحدة لدى المواطنين من مختلف التكوينات الاجتماعية⁽²⁾. لذا تعد المؤسسات التعليمية من أكثر وسائل ترسيخ وتعزيز التربية الوطنية وأهمها تأثيراً، وذلك من خلال دور الذي تلعبه هذه المؤسسة في تزويد الأفراد بالمعارف والمفاهيم السياسية ذات العلاقة بالنظام السياسي في الدولة، وزرع القيم والاتجاهات السياسية والمجتمعية داخل الطفل وتدريب الطلبة على ثقافة احترام الدستور والقوانين والأنظمة والانخراط الإيجابي في المجتمع. إضافة إلى ذلك من الاهتمام بالتنشئة السياسية

(1) د. مريد يوسف الكلاب، المصدر السابق، ص 135.

(2) د. علي وتوت وآخرون، المصدر السابق، ص 32.

الوطنية للشباب، والتي تهدف إلى تلقين الشباب وتزويدهم بقيم الولاء والانتماء لدولتهم ونظامهم الدستوري والسياسي، بهدف إنقاذهم من السقوط في ظل صراعات الولاءات الخاصة المختلفة وعدم إهمالهم وترك مشاركتهم لأوقات الانتخابات فقط، بحيث تكون مشاركتهم دورية تقتصر على مواسم الانتخابية وأثناء تزايد الطلب على أصوات الناخبين. من هذا المنطلق يمكن القول أن هذا الواجب يقع أولاً على عاتق الأسرة، ومن ثم المؤسسات التعليمية من خلال تدريس التربية الوطنية وإغناء الطلبة بثقافة المواطنة والانتماء للوطن⁽¹⁾.



(1) د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، المصدر السابق، ص 201.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من كتابة بحثنا هذا توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات، وكما يلي:

أولاً:- الاستنتاجات

1- يعد المجتمع العراقي من المجتمعات المتعددة أثنيًا والمتنوعة ثقافيًا وغير المتجانسة اجتماعيًا، فهو عكس المجتمعات المنصهرة اجتماعيًا. حيث أن هناك تغلب للهويات الفرعية الخاصة بكل المكون على الهوية الوطنية.

2- بالغ المشرع الدستوري على إبراز التنوع الاجتماعي واستخدام مصطلح طوائف ومكونات وأقليات، على حساب تغييب مفهوم المواطنة، وإهمال التأكيد على بنود مبدأ المواطنة.

3- نجد الأسباب التي تقف وراء تبني المشرع الدستوري لهذا الاتجاه تكمن من ناحية في الموروث الثقافي التي خلفته الدولة العثمانية، وكذلك في دور الأنظمة السياسية المتعاقبة في العراق في هذا المجال. ومن ناحية أخرى يمكن القول أن اعتماد سياسة الترضية أثناء كتابة الدستور العراقي كان له دور لا يستهان به في تبني المشرع لهذا الاتجاه أيضاً.

4- فشلت الحكومات العراقية المتعاقبة في سعيها في عملية بناء الهوية الوطنية الجامعة وتعزيزها، بل أكثر من ذلك نجد أن للقباضين على السلطة دوراً لا يستهان به في زرع روح الطائفية لدى أبناء المجتمع العراقي.

5- بروز بعض القوى والأحزاب السياسية على الساحة السياسية العراقية مما لها نشاطات محلية قائمة على استغلال الولاءات الفرعية الضيقة، ولذلك لها أثر كبير في تفتيت الهوية الوطنية والولاء الوطني.

ثانياً: التوصيات

1- نوصي المشرع الدستوري العراقي عند مراجعته لنصوص الدستور أن يأتي بنظام سياسي يؤمن بالديمقراطية من خلال الاعتراف بالتعددية المجتمعية، ويضمن لكافة المكونات المجتمعية المشاركة في السلطات الاتحادية والمساهمة في صنع القرارات السياسية على الصعيد الوطني. كما يضمن لكافة المكونات الاجتماعية حصة عادلة من

الشروات الوطنية.

2- نوصي المشرع الدستوري عند مراجعته لنصوص الدستور، بإيجاد نوع من التوازن بين الهوية الوطنية والهويات الفرعية، وذلك من خلال الاعتراف بحالة التعددية المجتمعية وجعلها كقيمة وطنية من شأنها تقوية الاتحاد. واعتبار المواطنة أساس الهوية الوطنية في العراق، لكونها تحقق المساواة بين المواطنين بغض النظر عن انتماءاتهم الدينية أو القومية أو الطائفية. وذلك لأن طبيعة المجتمع العراقي المتعدد تتطلب ان تكون هنالك هوية وطنية جامعة تشمل كل مكوناتها. ونقترح على المشرع الدستور صياغة موضوع الهوية الوطنية بهذا الشكل بعد تعديل المادة (3) من الدستور "العراق بلد متعدد القوميات والأديان والطوائف، والمواطنة هي أساس الهوية الوطنية".

3- نوصي المشرع العراقي، أن يكون موضوع تنظيم علم الدولة ونشيدها الوطني بصيغة وطنية جامعة وبعيدة عن الولاءات الضيقية التي أدت بالمجتمع إلى التفتت وعدم الانسجام.

4- لتعزيز الهوية الوطنية والولاء الوطني، نوصي المشرع الدستوري بضرورة تشريع القوانين المكملة للدستور، ومنها على سبيل المثال قانون مجلس الاتحاد وقانون المحكمة الاتحادية العليا، لكون هذه القوانين تتعلق بحقوق كافة الجماعات المجتمعية المختلفة داخل الدولة.

5- نوصي بتفعيل دور منظمات المجتمع المدني في تعزيز الهوية الوطنية الجامعة، وذلك من خلال قيامها بتوعية المجتمع ورفع مستوى الثقافي لدى كافة أبناء البلد وإبراز المشتركات الوطنية بين كافة المكونات المجتمعية.

قائمة المصادر

أولاً:- الكتب

- 1- جورج اندرسون، مقدمة عن الفدرالية، ترجمة: مها تكلا، منتدى الأنظمة الفيدرالية، أوتاوا، 2007.
- 2- حسن أبو حمود، علم الاجتماع السياسي، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 2018.
- 3- شيركو كرمانج، الهوية والأمة في العراق، ترجمة: عوف عبد الرحمن عبد الله، دار تاراس للطباعة والنشر، أربيل، 2015.
- 4- د. صفد عبد العزيز حمادي علاوي، المواطنة ودورها في بناء الدولة المدنية الحديثة، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2020.
- 5- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 6- د. علي وتوت وآخرون، المواطنة والهوية الوطنية، الحضارية للطباعة والنشر، بغداد، 2008.
- 7- د. محمود عبد المنصف علي السيد، مبدأ المواطنة في القانون الدستوري: دراسة مقارنة بين دساتير الدول العربية والأجنبية، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2017.
- 8- محمد الخوالدة وريم تيسير الزعبي، التربية الوطنية (المواطنة والانتماء)، دار الخليج للنشر والتوزيع، عمان، 2016.
- 9- د. مريد يوسف الكلاب، معجم المصطلحات السياسية والدستورية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2018.

ثالثاً:- البحوث

- 1- د. إسراء علاء الدين نوري، دور مؤسسات المجتمع المدني في مكافحة ظاهرة الفساد (دراسة حالة العراق)، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، جامعة تكريت، المجلد (2)، العدد (6)، 2010.
- 2- حمزة إسماعيل أبو شريعة، المواطنة ودورها في بناء ثقافة الديمقراطية، مجلة دراسات العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد (41)، ملحق (1)، 2014.

- 3- د. عبير سهام مهدي ود. عمار حميد ياسين، إشكالية الهوية في العراق: رؤية في التحديات ومستقبل بناء هوية وطنية عراقية بعد العام 2003، المجلة السياسية والدولية، الجامعة المستنصرية، بغداد، العدد (28-29)، 2015.
- 4- د. عدنان قادر عارف زنكنة، الهوية الوطنية في الدولة العراقية الموحدة: دراسة تحليلية-تاريخية في الدستور الملكي والدساتير العراقية المؤقتة، مجلة جامعة كركوك، المجلد (9)، العدد (9)، 2014.
- 5- فائز صالح اللهيبي، إشكالية بناء الهوية الوطنية العراقية، مجلة دراسات إقليمية، جامعة الموصل، المجلد (6)، العدد (13)، 2009.
- 6- د. غني زغير عطية محمد، المواطنة وأثرها على الاستقرار السياسي في العراق، مجلة القادسية للعلوم السياسية، جامعة القادسية، العدد (2)، المجلد (9)، 2018.
- 7- د. ميسون طه حسين ود. روافد محمد علي، أزمة الهوية الوطنية في دستور جمهورية العراق لسنة 2005، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، السنة (10)، العدد (3)، 2018.
- 8- د. هيفاء أحمد محمد، إشكالية الهوية الوطنية العراقية، مجلة دراسات دولية، مركز الدراسات الاستراتيجية والدولية- جامعة بغداد، العدد (53)، 2012.

رابعاً:- الموثيق والدساتير والقوانين

- 1- ميثاق جامعة الدول العربية لعام 1945.
- 2- دستور جمهورية العراق لعام 2005.
- 3- قانون المنظمات غير الحكومية العراقي ذي الرقم (12) لسنة 2010..
- 4- قانون الأحزاب السياسية العراقي ذي الرقم (36) لسنة 2015.
- 5- قانون انتخابات مجلس النواب العراقي ذي الرقم (9) لسنة 2020.

خامساً:- المصادر الإلكترونية

- 1- إبراهيم العبيدي، مفهوم الهوية الوطنية، بحث متوافر على الرابط التالي:
<https://mawdoo3.com>

الملخص

من المعلوم أن إشكالية الهوية الوطنية في العراق قديمة، تعود إلى بدايات تأسيس الدولة العراقية، حيث ابتدأت في العهد الملكي وتفاقت بشكل كبير في العهد الجمهوري واستمرت حتى تغير النظام السياسي في العراق عام 2003. حيث تعود جذور هذه الإشكالية تارة إلى طبيعة تركيبة المجتمع العراقي المتنوع ثقافياً. وتارة تعود إلى الأسباب السياسية حيث أن للقباضين على السلطة السياسية في العراق دور لا يستهان به في تمزيق الهوية الوطنية واستغلال الهويات الفرعية لمصالحها الضيقة. كما أن غياب رؤية واضحة للمشرع الدستوري تجاه موضوع هوية الدولة ومفهوم المواطنة فيها، تعد من الأسباب الرئيسة لإشكالية الهوية الوطنية في العراق. انطلاقاً من ذلك ولمعالجة هذه الإشكالية ينبغي على المشرع الدستوري وهو بصدد تنظيم موضوع الهوية الوطنية مراعاة طبيعة المجتمع. فإذا كان المجتمع يتكون من جماعات تتغلب هويتها الفرعية على الهوية الوطنية مثل المجتمع العراقي، يتطلب الأمر الاعتماد على الهوية المدنية القائمة على مبدأ المواطنة. حيث أن التطبيق السليم لمبدأ المواطنة له دوراً مؤثراً في بناء الهوية الوطنية، من خلال ابتعاد القوانين عن تبني قواعد تعزز الانتماء العرقي والطائفي والقبلي، إضافة لذلك أن للأحزاب السياسية ومنظمات المجتمع المدني دوراً كبيراً ومؤثراً في عملية بناء الهوية الوطنية وتعزيزها من خلال برامجها الانتخابية والتعبوية وخطاباتها الإعلامية وكذلك عن طريق قاداتها عند وصولها إلى المناصب السيادية داخل الدولة.

پوخته

يا دياره ناريشا ناسناما نيشتمانی ل عیراقی یا كهفنه، فهدهگهریت بو دهستپیکا دامهزاندنا دهولهتا عیراقی، كو ل سهردهمی پاشایهتی ئەفی ناریشی دهسپیکریه ولسهر دهمی کوماری بهرفرهتر لی هاتیه و بهردهوام مایه تاكو سیستهمی سیاسی یی عیراقی لسالا 2009 هاتیه گوهرین. ئەف ناریشه ژ لایهکیفه بو سروشتی پیکهاتەیا جفاکی ل عیراقی فهدهگهریت، وژ لایهکی دیفه ئەف چهنده بو ئەگهريی سیاسی فهدهگهریت، نهخاسمه كو دهستهلاتداریی سیاسی ل عیراقی رولهکی مهزن ههبویه د پارچهکرنا ناسناما نشتمانیدا، وههروسا بکارئینانا ناسنامی لاوهکی ژبو بهرژهوهندیی خو یی بهرتەنگ. ههروسا نهبونا دیتنهکا رون ژ لایی یاسادانهری دهستوریه ژبو بابهتی ناسناما دهولهتی وتیگههی هاولاتیبونی تیدا، ئیکه ژ ئەگهريی سهههکیی ناريشا ناسناما نيشتمانی لعیراقی. لسهر بنیاتی ئەفی چهندي وژبو چارهکرنا ئەفی ناريشی پیدفیه لسهر یاسادانهری دهستوری سروشتی جفاکی عیراقی لهر چاف وهبرگهریت دهمی بابهتی ناسناما نيشتمانی چارهدهکت، بتایبهتی ئەگهه جفاک ژ وان جوهره جفاکان بیتن ئەفی ناسنامی لاوهکی بسهر ناسناما نشتمانیدا ددان مینا جفاکی عیراقی، پیدفیه پشتبهستن لسهر ناسنامهکا مهدهنی بو ئەفی جفاکی بهیتهکرنا کو بنیاتی وی هاولاتیبون بیتن. چونکی بهرجهستهکرنا پرئسیپی هاولاتیبونی بشیوازهکی ساخلام دبیته ئەگهريی بنیاتانا ناسناما نيشتمانی، برییا دورکرنا یاسایان ژ ریسیی ژیبونا لاوهکی دورست دکهن. ههروسا پارتی سیاسی وریکخراویین جفاکی مهدهنی رولهکی مهزن ههیه دئافاکرنا ناسناما نيشتمانییدا برییا بهرنامی خو یی ههلبژارتنا وپیگههاندنی وگوتاریی راکههاندنی وههروسا برییا سهههکرديی خو دهمی دگههنه دهستهلاتی دئاف دهولهتیدا.

Abstract

It is well-known that the problem of national identity in Iraq is old, dating back to the establishment of the Iraqi state, where it began in the monarchy era and greatly exacerbated during the republican period and continued until the change of the political system in Iraq in 2003. The roots of this problem sometimes go back to the nature of the composition of the diverse Iraqi society culturally. Sometimes it goes back to political reasons, as those who hold political power in Iraq have a significant role in tearing up the national identity and exploiting sub-identities for their narrow interests. The absence of a clear vision for the constitutional legislator regarding the issue of state identity and the concept of citizenship is one of the main reasons for the problem of national identity in Iraq. Based on that problem, the drafter of the constitution must consider the nature of the society in regulating the issue of national identity. If the public consists of groups whose sub-identity overcomes the national identity, such as the Iraqi society, it is necessary to rely on the civil identity based on the principle of citizenship. As the proper application of the principle of citizenship has an influential role in building the national identity, through the avoidance of laws from adopting rules that reinforce ethnic, sectarian, and tribal affiliation, in addition to that, political parties and civil society organizations have a large and influential role in the process of building and strengthening the national identity through their electoral and mobilization programs and their discourses. Media as well, and through its leaders can be be influential when they reach sovereign positions within the state.

التأمين التكميلي في نطاق الرهن^(*)

«دراسة تحليلية مقارنة»

ببمهي تهواو كاريي له چوار چيوهه بارمتهدا
«تويژينهوهيهكي شيكاري بهراوردكاري يه»

Supplementary insurance within the scope of the mortgage
«Comparative Analytical Study»

الأستاذ الدكتور غني ريسان جادر^(**)

كلية القانون. جامعة البصرة - العراق

پ. د. غهني ريسان جادر

كوليجي ياسا - زانكوي بهسرا - عيراق

Prof. Dr. Ghani Rissan Gader
College of law/ university of Basrah - Iraq

تاريخ قبول النشر: 2022/9/25 .

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/8/31 .

(**) alsaadeghani@gmail.com



التأمين التكميلي في نطاق الرهن «دراسة تحليلية مقارنة»

الأستاذ الدكتور غني ريسان جادر
كلية القانون. جامعة البصرة

الكلمات المفتاحية:

التأمين.. الرهن التأميني.. الرهن الحيازي.. التكميلي

كليه ووشه:

بيمه، رههني دهسته بهري، رههني خاوه نداريتي، تهواو كاري.

key words: Insurance.. insurance mortgage... Possessory mortgage...
Supplementary...

المقدمة

أولاً- جوهر فكرة البحث

تتضمن فروع القانون المختلفة الكثير من الضمانات التي حضت بمعالجة قانونية وذلك من خلال التنظيم التشريعي لأحكامها وعلى الرغم من ذلك فإن فكرة الضمان فكرة حية ولذلك فهي متطورة هذا التطور قد أدى إلى تنوع كبير في الوسائل والأدوات المستعملة في سبيل تحقيق الوظيفة المبتغاة من وراء هذا الضمان وقد أدت التطورات في وقتنا الحاضر إلى حاجة الدائنين إلى الحصول على المزيد من الضمانات ويعتمد الدائنون على تعدد الضمانات لتعويض ما قد يعتري بعضها من ضعف فالرغبة في تقوية الضمان أصبحت حاجة عصرية ملحة.

فالتأمينات هي الوسائل التي تضمن للدائن استيفاء حقه وتقيه خطر إعسار مدينه المحتمل وتحيط المدين بالثقة التي يستطيع من خلالها الحصول على المال اللازم لسد حاجته، وتقسم التأمينات إلى تأمينات عامة وتأمينات خاصة والأولى تتمثل بوسائل الضمان العام وهي الضمانات التي يستفيد منها كل الدائنين دون بعضهم وتشمل الإجراءات التحفظية والدعوى غير المباشرة والدعوى الصورية والحق في الحبس للضمان والحجر على المدين المفلس، اما التأمينات الخاصة فهي الضمانات التي يختص فيها

بعض الدائنين دون بعضهم الآخر. وهي نوعان الأول تأمينات شخصية وتشمل الكفالة والتضامن والالتزام غير القابل للانقسام والثاني تأمينات عينية وهي الرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز ويضاف لهذه التأمينات العينية في القانون المدني المصري حق الاختصاص الذي يكون مصدره أحكام القضاء وبذلك يختلف عن الرهن بنوعيه الذي يكون مصدره الاتفاق فضلا عن اختلافه عن حق الامتياز الذي يكون مصدره القانون.

ثانيا- أهمية الموضوع وأسباب اختياره

إلى جانب التأمينات الشخصية والعينية يجب أن يفسح المجال لوسائل أخرى للضمان تختلف في قوتها ومداها بحسب قدرتها على إلغاء أو تقليل المخاطر التي يتعرض لها الدائن في استيفاء حقه وهذه الوسائل لا يمكن إخضاعها لنفس نظم التأمينات لاختلافها في الطبيعة والمصدر ومن هذه الوسائل هي التأمين التكميلي إذ أن تزايد أهمية الائتمان في العصر الحديث واتساع نطاقه قد أدى إلى الإقبال المتزايد على الضمانات ولذا نلاحظ في الوقت الحاضر تزايد عدد الضمانات المستخدمة بمناسبة عملية ائتمانية واحدة كما إن هناك طموح لتجميع أكثر من ضمان أو إلى تعزيز المسؤولية العقدية وفي بعض الأحيان نجد أن هناك أكثر من شخص ملتزم بالضمان لحساب الغير وعليه اتخذنا من فكرة التأمين التكميلي في الرهن عنوانا لبحثنا لنسلط الضوء من خلاله على مفهومه وأحكامه.

وفضلا عن ذلك تتضح أهمية الموضوع بانعدام الدراسات القانونية من الكتابة فيه إذ لم نجد فيه اية كتابات فيه ولم يتعرض أحد للكتابة فيه على المستوى العراقي والعربي والغربي. فنأمل ان يكون البحث فيه إضافة للمكتبة القانونية وانطلاقه للكتابة فيه وان شاء سيكون محلا لرسالة ماجستير لأحد طلابي في القريب العاجل.

ثالثا- إشكالية البحث وتساؤلات الدراسة.

ان تعرض قيمة المال المرهون للنقص في حالات معينة وانعدام محل الرهن في حالات أخرى يضع أطراف الرهن من راهن ودائن مرتهن أمام إشكاليات تشمل في بعض الأحيان بعدم إمكانية الراهن تكملة الضمان أو تقديم ضمان جديد من جهة وضياع حق الدائن المرتهن من حيث عدم إمكانية تغطية المتبقي من قيمة المال المرهون لمقدار الدين وهذا ما يجعله يتحول من دائن مرتهن إلى دائن عادي لعدم كفاية قيمة المال المرهون لتغطية قيمة الدين بل الأخطر من ذلك ان المال المرهون قد يتعرض للهلاك كليا وعدم

إمكانية الراهن من تقديم ضمانا جديدا فكيف يمكن معالجة هذه الإشكالية؟ فضلا عن ذلك هناك عدد من التساؤلات سنبحث فيها من خلال ثنايا البحث وإيجاد الإجابات والحلول المناسبة لها. وتتمثل أبرز هذه الأسئلة بالآتي

ما هو التعريف الدقيق للتأمين التكميلي؟ وماهي شروطه؟ وما هي الحدود الفاصلة بينه وبين عقد التأمين؟ وهل يختلف عن الكفالة العينية؟ وماهي حالاته؟ وما هي آثاره في ملحقات المال المرهون؟ وكيف يتم تفعيل التأمين التكميلي في الحقوق العينية القابلة للرهن؟ وهل توجد استثناءات على هذا التأمين بحيث لا يمكن اللجوء إليه مع النقص الحاصل في قيمة المال المرهون؟

رابعا- منهجية البحث وهيكلته.

سنتبع في بحث موضوع التأمين التكميلي في نطاق الرهن تحديدا سواء أكان تأمينيا أم حيازيا مستبعدين كل ما يتعلق بحق الامتياز من جهة والحقوق الشخصية من جهة أخرى وسنبحث هذا الموضوع من خلال منهج مقارن من خلال المقارنة بين موقف القانون المدني العراقي وقانون التسجيل العقاري وأحكام مجلس قيادة الثورة المنحل ذات الصلة بالموضوع فضلا عن ذلك سنتبع منهج تحليلي من خلال تحليل كل هو ما متاح من نصوص قانونية وآراء فقهية وقرارات قضائية والتي لها علاقة بالبحث محل الدراسة.

هذه الأفكار والتساؤلات اقتضت تقسيم هذا البحث على مبحثين يختص المبحث الأول بمفهوم التأمين التكميلي ويتناول المبحث الثاني أحكام التأمين التكميلي تسبقهما مقدمة وينتهي البحث بخاتمة تتضمن أهم ما توصلنا إليه⁽¹⁾.

(1) محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط3، دار صادر، لبنان، 2011، ص123

المبحث الأول

مفهوم التأمين التكميلي

يعد هذا الموضوع من أكثر المواضيع حساسية في نطاق الآثار القانونية للرهن التأميني لاختلاف الآراء الفقهية في معالجته من جهة، ولتضارب أحكام القضاء بشأن حالاته من جهة أخرى، إذ إن هذا الموضوع لا يتمحور حول ضابط معين وإنما تتناثر فروضه على مدار الأحكام الخاصة بالرهن التأميني، تلك الفروض التي تشير إلى النقص الذي قد يحصل بقيمة العقار المرهون التي تستوجب تأمين تكميلي سواء أكانت متعلقة بهلاك هذا العقار أم بفصل العقار بالتخصيص عنه أم ببيع العقار المرهون على شكل أجزاء لعدة مشترين إذا ترتب عليها نقص قيمة العقار المرهون... الخ.

وبما إن الرهن يستند بوجه عام على حق الملكية، ولذا فإن استقراره يكون مقرونا باستقرار هذا الحق، بحيث إن كل ما يزعزعه يكون له أثره في الرهن، وحين يقوم مالك العقار بأي عمل يؤدي إلى نقص قيمة العقار المرهون بشكل يضر بحقوق الدائن المرتهن يبدو تعارض المصالح بين حق الأخير وحق الراهن وتندق الموازنة بينهما لضمان حق الدائن المرتهن كاملاً.

فأمامنا من جانب مصلحة المالك الحقيقي للعقار وهي تندمج في فكرة اسمى من المصلحة الفردية، وهي فكرة احترام حق الملكية بوصفها من الأصول التي يقوم عليها القانون المدني. وأمامنا من الجانب الآخر مصلحة الدائن المرتهن، وهي بدورها تندمج في فكرة أقوى من المصلحة الفردية، وهي فكرة توطيد الائتمان العقاري بتركيز الثقة في حقوق الدائنين المرتهنين وهذا امر لازم لتيسير تداول الأموال ومرونة المعاملات، وهو من الأصول التي يقوم عليها نظام اقتصادي متين.

المطلب الأول

ذاتية التأمين التكميلي

ينفرد التأمين التكميلي بضوابط قانونية تبلورت من خلال تمتعه بكثير من المزايا التي تضمن حق الدائن المرتهن في الحصول على حقه في الدين المضمون بالرهن، فضلاً عن انفرادة بشروط خاصة يستلزم الأمر توافرها لتكون اما ما يسمى بتأمين تكميلي، لذا يستلزم

الأمر تقسيم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف التأمين التكميلي ونخصص الفرع الثاني لمناقشة شروط التأمين التكميلي وعلى النحو الآتي

الفرع الأول

تعريف التأمين التكميلي

التأمين التكميلي لغة يتكون من مصطلحين الأول هو التأمين وهو، مصدر الفعل أمن يؤمن مأخوذة من الاطمئنان الذي هو ضد الخوف، ومن الأمانة التي هي ضد الخيانة. ومن مادة أمن ويأمن وأمنا إذا وثق وركن إليه فهو أمن وأمنه تأميناً أي جعله في الأمن وقال تعالى ((رب اجعل هذا البلد آمناً)).

ويقال أمن على ماله عند فلان تأميناً أي جعله في ضمانه. اما المصطلح الثاني وهو التكميلي، فهو مصدر كمل ويكمل واكمل، وتكميلي الأعمال أي إتمامها وإكمالها ويقال إجراء تكميلي أي متمم للنقص في أي شيء عمل وعمل تكميلي أي عمل إضافي⁽¹⁾.

اما اصطلاحاً فلم يرد في القانون المدني العراقي تعريفاً صريحاً للتأمين التكميلي ولكن وردت إشارات له من ذلك نص المادة(295) منه ((يسقط حق المدين في الأجل...ب- إذا اضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص حتى لو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يختار الدائن ان يطالب بتكملة التأمين، اما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يتوقف المدين هذا السقوط بأن يقدم للدائن ما يكمل التأمين...)).

وكذلك نصت المادة(1297) بقولها ((1- إذا هلك العقار المرهون رهناً تأمينياً أو تعيب قضا وقدرًا كان هلاكه أو تعييبه على الراهن، وفي هذه الحالة إذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين بدون تأمين يكون المدين مخيراً بين ان يقدم تأميناً كافياً وان يوفي الدين فوراً قبل حلول الأجل، وإذا اختار وفاء الدين فوراً ولم يكن للدين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق الا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين...)).

ويتبين من ذلك انه إذا صدر عمل مادي أو قانوني وكان من شأنه المساس بسلامة

(1) د.احمد اباد ادهم، التأمينات العينية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 2018، ص147.

المرهون وتعيبه أو هلاكه سواء بخطأ الراهن أو بسبب أجنبي، وادى ذلك إلى انقاص قيمة الضمان، ففي هذه الحالة سيتعرض الراهن لجزاء نتيجة إخلاله بالتزامه بالضمان والجزاء اما ان يكون التنفيذ العيني وهو إزالة كل عمل مادي أدى إلى انقاص الرهن أو عرض حقوق المرتهن للخطر وإعادة الحال إلى ما كانت عليه وإذا تعذر التنفيذ العيني يصار إلى التنفيذ بمقابل وهو التعويض، وقد يكون الجزاء هو التأمين التكميلي وهو إزالة كل نقص يحصل في قيمة الضمان بالنسبة للمال المرهون، فهذا التأمين إحدى الجزاءات المترتبة على إخلال الراهن بالتزامه بالضمان فهو لا يعد حقا عينيا تبعا وان كان يضمن حق الدائن المرتهن لأن الحقوق العينية التبعية واردة في القانون على سبيل الحصر وعليه يمكن تعريف التأمين التكميلي بأنه

((جزء قانوني يترتب عليه تعويض ما نقص من قيمة المال المرهون بسبب تعيبه أو هلاكه يقدمه الراهن نتيجة طلبه من الدائن المرتهن لضمان حق الأخير كاملا غير منقوص وإعادة حقه بالتأمين إلى ما كانت عليه عند إبرام الرهن)).

الفرع الثاني

شروط التأمين التكميلي

بعد ان حددنا تعريف التأمين التكميلي لابد من تحديد شروطه التي إذا تحققت نكون أمام تأمين تكميلي وسنبحث تلك الشروط على النحو الآتي

أولا- وجود تأمين خاص متعلق برهن.

لكي يطالب الدائن المرتهن بتأمين تكميلي يستلزم الأمر وجود رهن سواء أكان رهنا تأمينيا أم حيازيا، وعليه تستبعد التأمينات العامة أو وسائل الضمان العام من تطبيق التأمين التكميلي سواء أكانت إجراءات تحفظية أم دعوى غير مباشرة أم دعوى صورية أم الحق في الحبس للضمان أم الحجر على المدين المفلس، كما تستبعد التأمينات الشخصية كالكفالة الشخصية والتضامن والالتزام غير القابل للانقسام من تطبيق فكرة التأمين التكميلي عليها⁽¹⁾.

(1) د. بلقش محمود البهيق، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، ج2، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص234

ثانياً- نقص قيمة الضمان.

قد تتعرض قيمة المال المرهون إلى النقص اما كلياً أو جزئياً، ويحدث ذلك نتيجة هلاكه أو تعييبه، فإذا كان النقص جزئياً وكان المتبقي من المال المرهون يكفي لسداد الدين لا حاجة للمطالبة بتأمين تكميلي من قبل الدائن المرتهن وليس هناك داعي لأن يعرض الراهن هذا التأمين، اما إذا كان الهلاك أو التعيب جزئياً فإذا كان هذا الهلاك بخطأ المدين الراهن يكون الدائن المرتهن مخيراً بين ان يطلب تأمين تكميلي من المدين أو يسقط الأجل ويحل الدين فوراً.

اما إذا كان الهلاك أو التعيب بسبب الدائن المرتهن كأن يقوم بأحراق العين المرهونة ففي هذه الحالة يلتزم بدفع مقدار التعويض وينتقل حقه إلى هذا البدل بالقدر اللازم لوفاء الدين طبقاً لفكرة الحلول العيني⁽¹⁾.

اما إذا كان الهلاك أو التعيب قضا وقدرًا فالأمر مختلف هنا إذن ان الخيار ينتقل من الدائن المرتهن إلى الراهن، فإذا لم يقبل الدائن المرتهن بقاء الدين دون ضمان يكون الراهن مخيراً بين تقديم تأمين تكميلي أو سقوط الأجل وحلول الدين فوراً طبقاً للمادة 1297 مدني عراقي.

وأشارت المادة المذكورة إلى انه إذا اختار الدائن المرتهن وفاء الدين فوراً ولم يكن للدين فوائد منفصلة عنه فلا يكون للدائن حق الا في استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصاً منه الفوائد بالسعر القانوني عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين فإذا كان الدين المضمون بالرهن ديناً مدنياً تكون الفوائد أربعة في المائة وإذا كان الدين تجارياً تكون الفائدة خمسة في المائة والسبب في الفرق بالنسبة بين الدين المدني والتجاري ان الأخير تكون فيه نسبة الأرباح أكثر فضلاً عن ذلك يكون معرضاً للخطر أكثر من الدين المدني⁽²⁾

إذا قدم الراهن عقاراً كتأمين تكميلي، فلا بد ان يكون مسجلاً في دائرة التسجيل العقاري باسمه لأن التصرفات الواردة على عقار لا تكون صحيحة الا إذا استوفت الشكل المنصوص عليه في القانون، اما إذا كان العقار عائداً للغير، وهو العقار غير المملوك للراهن وليس له سلطة التصرف به بولاية أو وكالة أو كان وكيلًا وتجاوز حدود الوكالة أو

(1) د. جاسم باسم ادريس، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 2017، ص67

(2) د. اكرم ياملكي ود. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، 1980، ص70.

وقع في غلط عند رهنه أو كانت ملكيته معلقة على شرط واقف ورهنه قبل تحقق الشرط فيكون تصرف الراهن تصرف فضولي والقانون المدني العراقي لم يشر إلى حكم رهن ملك الغير ولكن يمكن تطبيق حكم بيع ملك الغير عليه. فإذا صدرت الإجازة خلال المدة القانونية كان تصرفه صحيحا، وان لم تصدر الإجازة كان تصرفه باطلا بحسب المادة 135 مدني عراقي. اما إذا رهن عقارا سيؤول إليه في المستقبل كان تصرفه باطلا بحسب المواد 25 و26 و37 من قانون التسجيل العقاري العراقي.

المطلب الثاني

تمييز التأمين التكميلي مما يشته به من أوضاع قانونية

يختلط مصطلح التأمين التكميلي مع العديد من المصطلحات لعل من أهمها التأمين بصورة عامة والكفالة العينية، كما يختلف التأمين التكميلي المقدم من المدين عن التأمين التكميلي المقدم من الكفيل العيني، وعليه سنبحث كل من هذه الأمور في فقرة مستقلة وعلى النحو الآتي.

الفرع الأول

تمييز التأمين التكميلي من عقد التأمين

يختلف التأمين التكميلي عن عقد التأمين فالأول يمثل أحد الجزاءات المترتبة على إخلال الراهن بالتزامه بالضمان نتيجة للنقص الذي يحصل في قيمة المال المرهون بأي سبب كان في حين يعرف عقد التأمين بحسب المادة (1/983) من القانون المدني العراقي بأنه ((التأمين، عقد يلتزم المؤمن ان يؤدي إلى المؤمن له ا والى المستفيد مبلغا من المال أو إيرادا مرتبا أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، وذلك في مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن)).

ويلاحظ ان أطراف التأمين التكميلي هم الراهن الذي قد يكون مدينا أو كفيلا عينيا والدائن المرتهن، وبذلك تكون الجهة المقدمة للتأمين التكميلي شخص طبيعي على خلاف أطراف عقد التأمين هما المؤمن والمؤمن له وقد يحصل ان يكون المؤمن له غير الشخص الذي أبرم العقد أو قد تؤول حقوق التأمين إلى شخص آخر غير المؤمن له ويسمى المستفيد. ويكون المؤمن غالبا شخص معنوي بصورة شركة مساهمة، وقد يكون

جمعية في حالة التأمين التبادلي.

ويقصد بهذا التأمين (التبادلي) اتفاق يتم بين مجموعة من الأشخاص يتعرضون لخطر معين مشابهة بقصد تغطية الأضرار الناتجة عند تحقق الخطر إذا أصاب أحدهم لوجود المساهمة المالية المدفوعة من قبل كل منهم من خلال صندوق يتكون لهذا الغرض.⁽¹⁾ اما المؤمن له فهو الشخص الذي يؤدي الالتزامات المقابلة للالتزامات المؤمن له وفقا للفقرة 2 من المادة 983 مدني عراقي.

اما المستفيد فهو كل شخص غير المؤمن له الذي أبرم العقد أصلاً ويمكن ان يكون شخصا معنوياً. ولا يمكن تصور التضامن في نطاق التأمين ففي حالة حصول الخطر المؤمن منه بفعل الغير كأن يحرق هذا الأخير الدار المؤمن عليها من الحريق فيكون رجوع المؤمن له على شركة التأمين على أساس المسؤولية العقدية ورجوع شركة التأمين على الغير على أساس المسؤولية التقصيرية فلا تكون شركة التأمين والغير متضامنين في دفع التعويض وإنما نكون أمام تضامم لاختلاف مصدر التعويض. اما في التأمين التكميلي يكون التضامن متصوراً بين المدين والكفيل العيني عند الاتفاق وفقاً للمادة (1300) مدني عراقي، فيكون الدائن المرتهن مخيراً بالرجوع على المدين أو الكفيل العيني في هذه الحالة.

الفرع الثاني

تمييز التأمين التكميلي عن الكفالة العينية

يذهب رأي في الفقه إلى تعريف الكفالة العينية بأنه عقد يقدم به شخص يسمى الكفيل العيني مالا من أمواله لضمان دين مترتب بذمة غيره ، ويعرفها آخر هي ان يرهن شخص ماله ضماناً لدين غيره.⁽²⁾

وتعرف أيضاً بأنها أن يقدم شخص يسمى الكفيل العيني عقاراً أو منقولاً مملوكاً له لوفاء دين للغير والرهن قد يكون تأمينياً إذا كان محله عقاراً وحيازياً إذا كان محله منقولاً

(1) د.عدنان ابراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة (المقاوله والوكالة والكفالة)، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009، ص268.

(2) د.فتحي عبدالفتاح الشهاوي. أحكام عقد الكفالة. منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص25

أو عقارا⁽¹⁾

ولم يورد القانون المدني العراقي تعريفا للكفالة العينية الا انه أشار للكفيل العيني في نصوص بعض المواد الخاصة بالرهن التأميني والرهن الحيازي، حيث وردت في المادة (1287) والخاصة بالرهن التأميني تسمية الكفيل العيني صراحة (يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين ويجوز ان يكون كفيلا عينيا يقدم رهنا تأمينيا لمصلحة المدين، وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون أو متصرفا فيه)، والمادة (1325) الخاصة بالرهن الحيازي (يشترط فيمن يرهن مالا توثيقا لدين عليه أو على غيره، ان يكون مالكا للمرهون أو متصرفا فيه).

اما القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل فقد أشار إلى الكفالة العينية دون التسمية صراحة في المادة (1032) الخاصة بالرهن التأميني، التي نصت (1. يجوز ان يكون الراهن هو نفس المدين كما يجوز ان يكون شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين.

2. وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه)، والمادة (1096) الخاصة بالرهن الحيازي والتي نصت (الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره.....).

ومن خلال التعاريف الواردة أعلاه يتبين لنا ان الكفالة العينية هي ضمان لدين على عين. وان رهن مال معين من أموال الكفيل العيني لضمان دين المدين الأصيل يسمى كفالة عينية. والكفالة العينية يمكن أن تكون في الرهن التأميني إذا كانت العين عقارا ويمكن ان تكون في الرهن الحيازي إذا كانت العين عقارا أو منقولاً، أسوة بالتأمين التكميلي وفي الكفالة العينية يكون المدين والراهن شخصين مختلفين، كذلك الحال في مجال الرهن.

ولم يرد ذكر للكفالة العينية في المواد الخاصة في الكفالة في الباب الخامس من القانون المدني العراقي وكذلك في القانون المدني المصري وإنما ورد ذكرها في المواد الخاصة بالرهن التأميني أو الحيازي، بالتالي تطبق أحكام الرهن بنوعيه في الكفالة العينية باعتبارها رهن لعين معينه، وتطبق أحكام الكفالة عليها باعتبارها كفالة نسبة إلى تسميتها

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الكفالة)، مصدر سابق، ص 18.

بكفالة عينية لتمييزها عن الكفالة الشخصية وهما نوعي الكفالة. وبناء على ما تقدم يمكننا تعريف الكفالة العينية بأنها: تقديم تأمين عيني للدائن برهن الكفيل لمال معين من أمواله ضمانا للوفاء بدين في ذمة المدين الأصلي. وتختلف الكفالة العينية عن الرهن من حيث الخصائص إذ تعد الكفالة العينية عقد رضائي إذ تنعقد بمجرد تراضي الطرفين، وهما الكفيل والدائن، ولقد نصت المادة 1/1009 من القانون المدني العراقي (تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له). اما إذا نظرنا إلى الكفالة العينية على اعتبارها رهن واقع على عقار فإنه عقد شكلي، فهو لا ينعقد الا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون، وبذلك لا تختلف عن التأمين التكميلي في هذا الجانب. والكفالة العينية عقد ملزم لجانب واحد تتم بين الكفيل والدائن (المكفول له) اما المدين فهو ليس بطرف في عقد الكفالة، ويلتزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الدين إذا لم يف المدين به⁽¹⁾. والكفالة العينية كونها رهن فهي عقد ملزم لجانب واحد، فمقرر الرهن هو وحده الذي يلتزم بمقتضاه⁽²⁾، وبذلك تختلف عن التأمين التكميلي الذي يكون ملزم لجانبين. وكذلك تعد الكفالة العينية عقد تبرع إذ ذهب اتجاه في الفقه إلى ان الكفالة كقاعدة عامة انها تبرعية، فالغالب ان الكفيل لا يأخذ مقابل⁽³⁾، وان العلاقة بين الدائن والكفيل في عقد الكفالة تكون دائما من عقود التبرع، بمعنى ان الدائن لا يعطي أي مقابل لكفيل مقابل لقاء كفالته⁽⁴⁾، وذهب اتجاه إلى ان عقد الكفالة، عقد معاوضة بالنسبة للدائن المكفول له، لأنه أخذ الكفالة في مقابل الدين⁽⁵⁾، في حين ذهب اتجاه آخر إلى ان عقد الكفالة عقد

(1) د. غني حسون طه واخر، الحقوق العينية، الجزء الثاني، بغداد، المكتبة القانونية، الطبعة الرابعة، 2010، ص354.

(2) د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة، 1979، فقرة 16، ص34.

(3) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية (التبعية وغير التبعية)، الإسكندرية، 2000، ص 321

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج10، مصدر سابق ص25.

(5) د. سليمان مرقس، عقد الكفالة، القاهرة، 1994، فقرة 8، ص16. الوسيط، ج10، مصدر سابق ص 25.

معاوضة أي تعقد في مقابل والاستثناء ان الكفالة تبرعية⁽¹⁾

اما على اعتبار عقد الكفالة العينية رهن، فإن عقد الرهن يكون بمقابل، لأن الرهن لا يتبرع للمرتهن بالرهن بل يقدمه بمقابل سواء كان هذا المقابل هو وفاء التزام تعهد به المدين للدائن أو كان هو قيام الدائن بإقراض المدين أو منحه أجلا⁽²⁾، لكن هذا إذا كان الرهن والمدين شخص واحد، بينما الكفيل العيني والمدين هما شخصان مختلفان ولا يمكن القياس عليه لتكون الكفالة العينية بمقابل. والكفالة العينية عقد تابع ان التزام الكفيل بالوفاء ناشئ من التزام في عقد آخر بين الدائن والمدين، فهو عقد تابع لهذا العقد الأصل⁽³⁾، وبذلك فإن الكفالة العينية لا تكون صحيحة الا إذا كان الالتزام المكفول صحيح⁽⁴⁾، لذلك فإن الكفالة العينية تابعة صحة وبطلانها ووجودها وعدمها تبعا للالتزام المكفول.

وبالنظر إلى الكفالة العينية على انها رهن، فالرهن حق تابع لا أصلي، لأن الرهن لا يوجد مستقلا بنفسه بل لا بد من التزام صحيح يرتكز عليه ويعمل على ضمان الوفاء به، فالتابع تابع ولا يفصل في الحكم.

ويشترط في الرهن والكفالة العينية الأهلية فإذا كان الرهن هو المدين في التأمين التكميلي لا يشترط ان يكون الكفيل العيني كامل الأهلية بل يكفي ان يكون مميزا ويحل محله الولي والوصي والقيم اما إذا كان الرهن هو الكفيل العيني فيشترط ان يكون كامل الأهلية لأن الرهن بالنسبة له من الأعمال الضارة ضررا محضا والكفيل العيني يكون في مركز يختلف به عن المدين الرهن وعن الكفيل الشخصي، إذ يسأل كل منهما في ذمته عن الوفاء بالدين المضمون، والكفيل العيني يسأل في حدود المال الذي قدمه، وتتوقف هذه المسؤولية متى خرج المال من ذمته أو تخلى عنه بنية تركه⁽⁵⁾ عنه، فمسؤوليته مسؤولية

(1) د. غني حسون طه وآخر، الحقوق العينية، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 354.

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الكفالة)، مصدر سابق، ص 26.

(3) انظر المادة 776 من القانون المدني المصري

(4) انظر المادة (871) من القانون المدني المصري (يصبح المنقول لا مالك له إذا تخلى عنه مالكة بقصد النزول عن ملكيته)، ونظام التخلي معمول به في القانون المصري ولا يوجد في القانون العراقي.

(5) د. غني حسون طه ومحمود طه البشير، مصدر سابق، ص 364.

عينية، والكفيل العيني عند قيامه برهن مال معين من أمواله لضمان دين الغير لا يعني بالضرورة قيامه بذلك شخصياً، إذ قد يحول بينه وبين ذلك حائل مادي أو قانوني فيتولاه عنه شخص آخر تكون لديه سلطة في إنشاء الرهن، هذا الشخص يسمى الولي، والولاية هي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير،⁽¹⁾ فيشترط ان تكون لديه السلطة أو الولاية في القيام به وهذا هو الفرق بين الأهلية والولاية⁽²⁾.

وقد يثور تساؤل ان هذا التعليل لا يفيد شيئاً مادام الراهن لا يتصرف بالمرهون، فلماذا يتطلب أهلية التصرف؟ وتعليل ذلك ان التشريع لم يتشدد، بل هو طبقاً للقواعد العامة فالرهن من أعمال التصرف ومن المنطق ان تتطلب الأهلية (أهلية التصرف) للقيام به إذ ان الراهن يتعدى حدود إنشاء الالتزام إلى إنشاء حق عيني على عقار⁽³⁾.

هذا ولم يرد نص خاص بالأهلية في باب الكفالة، لذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة في تحديد الأهلية، حيث تنص المادة (93) من القانون المدني العراقي: (كل شخص أهل للتعاقد مالم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها)⁽⁴⁾، وعقد الكفالة من عقود التبرع بالنسبة للكفيل، لأن الكفيل متبرع للدائن، إذ يلتزم في مواجهته في الغالب بدون مقابل لذلك يجب توافر أهلية التبرع⁽⁵⁾، وأهلية التبرع هي الأهلية اللازمة للتصرفات الضارة ضرراً محضاً بافتقار من يباشرها دون ان يأخذ مقابل⁽⁶⁾.

(1) planiol (A) Ripert (G) et Becque: Traitepratique de droit civil francais t XII (Suretessrees) pareis. 1953 , op, cit.p. 438, n 404.

(2) د. غني حسون طه وا. محمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 2014، ص 51، وانظر كذلك، د. احمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، ج1، الرهن الحيازي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1970، ص 740. وانظر د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 740. وانظر د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، القاهرة، المطبعة العالمية، 1963، ص 10.

وانظر De page et Dekkers: Traiteelementaire de droit civil Belge. t.6. Bruxelles 1953. P. 681.607: n

(3) تقابلها المادة (109) من القانون المدني المصري.

(4) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 61.60.

(5) انظر د. عبد المجيد الحكيم، وآخرون، المرجع السابق، ص 87.

(6) نص المادة (105) من القانون المدني العراقي (اما التصرفات الأخرى التي لا تدخل في حدود

فالكفالة العينية وان كانت عادة بدون مقابل فإنها تعتمد على وجود المقابل لتحديد الأهلية، فإن كان الرهن بمقابل عدت من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر وان كان بدون مقابل، وهو ما يميزه عن المدين الراهن في عقد الرهن، اذ ان الرهن يكون بمقابل دائماً، سواء كان تأمينياً أم حيازياً، فإن الكفالة العينية تكون من أعمال التبرع وتحدد الأهلية تبعاً لذلك.

ولا يجوز للولي ولو كان الأب أو الوصي أو القيم رهن عقار القاصر أو المحجور عليه ضماناً لدين غيره الا بأذن المحكمة⁽¹⁾، الا ان المادة (1289) من القانون المدني نصت على استثناء يتعلق بالرهن على حكم الفقرة (2) من المادة (105) حيث أجازت للأب ان يرهن رهناً تأمينياً ماله عند ولده الصغير أو ان يرتهن مال الصغير لنفسه أو ان يرهنه عند أجنبي لضمان دين نفسه أو لضمان دين الصغير وهذا الحكم خاص فقط بالأب دون الأولياء، وإذا هلك المال لا يكون الأب ضامناً، ولا يجوز للصغير ان ينقض الرهن بعد بلوغه، لأنه صدر من شخص يملك ولاية قانونية، ولكن يجوز له ان يقضي الدين ويفك المال المرهون، وحددت المادة (43) من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 بعض التصرفات التي لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرتها الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر ومنها الفقرة (أولاً) حيث جاء فيها من ضمن التصرفات هي التي يكون من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة⁽²⁾.

ومن هذا يتبين لنا ان الكفالة إذا كانت بمقابل فإن الولي والوصي والقيم يجوز له إنشاء الكفالة العينية بشرط استحصال موافقة دائرة رعاية القاصرين وان تكون هنالك

←

الإدارة كالباع في غير ما ذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود فلا تصح الا بأذن من المحكمة وبالطريقة التي تحددها)

(1) د. عصمت عبد المجيد بكر، أحكام رعاية القاصرين، بغداد، المكتبة القانونية، الطبعة الثالثة، 2007، ص 93.

(2) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ج1، مطبعة دار المعرفة، بغداد، 1953، ص 114، وانظر كذلك: د. ندى سالم ملا علو وآخر، مصدر سابق، ص 19.

مصلحة للصغير وان تكون كفالة عقارية.

وبالرجوع إلى قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 المعدل، فقد نصت المادة (195) منه على: (لا يجوز للأولياء أو الأوصياء مباشرة التصرفات العقارية الدائرة بين النفع والضرر نيابة عن الصغير الا بأذن أو تخويل من المحكمة المختصة وبالطريقة التي تعينها). وهنا أيضاً يتطلب تسجيل الكفالة العينية شرطان وهما ان تكون بمقابل وان تكون عقارية.

ان الكفيل العيني الذي يقدم رهنا تأميناً أو حيازياً لمصلحة المدين يجب ان يكون مالكا للمال المرهون أو متصرفاً فيه، استناداً لنص المادتين (1287، 1325) من القانون المدني العراقي.

ويرى البعض⁽¹⁾ إلى ان عبارة (متصرفاً فيه) تشير إلى إمكانية رهن حق التصرف في الأراضي الأميرية، وان بإمكان المشرع ان يستغني عن عبارة (أو متصرفاً فيه) الواردة في نص المادتين (1287، 1325) والاكتفاء بما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة (1169)⁽²⁾ تجنباً للتكرار من جهة، ومن جهة أخرى فإن إيراد مثل هذه العبارة يوحي بأن المشرع اشترط لصحة الرهن ان يكون الراهن اما مالكا للعقار أو صاحب حق تصرف في حين ان الرهن جائز إذا كان وارداً على الحقوق العينية الأصلية المتفرعة من حق الملكية التي لا تتنافى طبيعتها مع الرهن فيجوز رهن حق المنفعة رهناً تأمينياً إذا كان محله عقار ويجوز رهن هذا الحق رهناً حيازياً سواء كان محله منقول أو عقار، الا اننا نرى ان نص المادة (1169) من القانون المدني العراقي أجازت رهن حق التصرف رهناً تأمينياً وحيازياً والمقصود في حق التصرف ليس في الأراضي الأميرية فقط فحق المنفعة يعتبر حق عيني يمكن ان يتصرف فيه حيث يمتلك الراهن هنا حق المنفعة دون ملكية الرقبة، وحق المساطحة هو أيضاً حق عيني يمكن التصرف فيه من خلال الرهن إذا كان الرهن وارداً على المنشآت، بشرط ان لا تتجاوز مدة الرهن المقررة لحق المساطحة، وان عبارة (مالكا للعقار المرهون أو متصرفاً فيه) الواردة في نص المادتين (1287، 1325) المقصود

(1) المادة (2/1169) من القانون المدني العراقي ونصها (وله ان يفرغها وان يؤجرها وان يعيرها وان يرهن حقه في التصرف فيها رهناً تأمينياً أو حيازياً ويستوفي الدين من بدل الحق حتى لو انحلت الأرض بعد موته)

(2) د. احمد سلامة، المرجع السابق، ص 109.

بها امتلاكه لحق التصرف دون ملكية العين، وحيث ان هناك حقوق ملكية مثل ملكية الأرض وملكية البناء وكلاهما عقار بطبيعته، وهنالك حقوق متفرعة من الملكية⁽¹⁾ ويقصد بها الحقوق التي تقتصر فيها سلطات الملكية على الاستعمال والاستغلال دون التصرف. فإذا كان الرهن يرد على الحقوق العينية الأصلية فيثور تساؤل حول إمكانية ورود الرهن على الحقوق العينية التبعية، لا يوجد هناك صعوبة في هذا التساؤل بالنسبة للفقهاء الفرنسيين، حيث ان المادة (2118)⁽²⁾ مدني فرنسي، قد ذكرت الحقوق التي يجوز ان تكون محلا للرهن من قبل الكفيل وغيره لأنها وردت على سبيل الحصر ولم يرد من بينها حق من الحقوق التبعية، اما في القانون العراقي والمصري، فلا يوجد نص يقابل المادة (2118)، وان الذي ورد هو في نصوص المواد 1290، 1328 من القانون المدني العراقي ان يكون محلا للرهن أو الكفالة العينية بكل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون، والمادة (1035) ان يكون مما يجوز بيعه في المزاد العلني تبعا للحق المضمون، وان رهن الحقوق العينية التبعية يصطدم بصعوبات لا تسمح بإمكان وقوعه⁽³⁾، إذن لا يصح ان تكون هذه الحقوق محلا للكفالة العينية، فالحق العيني التبعية لا يقوم ولا يحتفظ بهذه الصفة الا إذا استند على حق شخصي، فحيث يكون مكفولا به، يجب ان يشمل الرهن على هذا الحق الشخصي، ويكون الأصل هو هذا الحق، اما الحق العيني التبعية فهو حق يعمل على ضمان الحق الشخصي.

والتأمين التكميلي ليس فيه أنواع على عكس الكفالة التي تنقسم إلى نوعين أولهما الكفالة الشخصية وثانيهما الكفالة العينية وان إطلاق لفظ الكفيل أو الكفالة دون تحديد أي من النوعين يعني ان المقصود منها هو الكفيل الشخصي أو الكفالة الشخصية⁽⁴⁾ وهذا ما يمكن تأكيده من خلال تعريف القانون المدني العراقي للكفالة في المادة 1008 (الكفالة

(1) Art (2118): SontSusceptibles d' hypothèques:

a- Les biensimmobiliersquisontdans le commerce , et leursaccessoires reputes immeubles.
b- L'usufruit des memes biens et accessoires pendant le temps de saduree.

(2) انظر د. احمد سلامة، مصدر سابق، ص 114.

(3) د. رعد ادهم عبدالحميد ود. نوزاد صديق سليمان، عقد الكفالة (دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد الثاني، العدد الخامس، 2013، ص 10.

(4) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ج2، ص 256، هامش (3)

ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)، والمقصود بالذمة هنا ذمة الإنسان المالية أي أهليته للالتزام والمسؤولية الشخصية أي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه التزامات⁽¹⁾، كذلك فإن الكفالة العينية يغلب فيها معنى العينية على معنى الكفالة⁽²⁾.

أما أوجه الاختلاف بين النظامين فمن حيث المسؤولية: ان الكفيل الشخصي يسأل في جميع ذمته المالية لوفاء الدين المضمون، فهي تنشأ التزاما شخصيا في ذمة الكفيل، أما الكفيل العيني فمسؤوليته عينية لأن الكفيل يقتصر فيها التزامه ويحدد نفاذه في مال معين من أمواله، عقار كان أو منقول، يخصصه لوفاء الدين المكفول⁽³⁾. ومن حيث مركز الدائن: تتميز الكفالة العينية بأنها تجعل الدائن في مركز خاص يجنبه مخاطر إعسار المدين والكفيل معا، نظرا لما تمنحه للدائن من ميزتي التقدم والتتبع، وذلك حسب نص المادة 1285 من القانون المدني العراقي ان (الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون)، والمادة 1321 ان الرهن الحيازي (عقد به يجعل الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلاً أو بعضاً مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال). ومن حيث المال المثقل بالضمان: ان الكفالة بصورة عامة هي أحد أنواع الضمانات، فتعتبر من عقود الضمان التي تضمن الوفاء بالدين، والرهن سواء كان تأمينيا أم حيازيا، فهو أيضاً من عقود الضمان، يضمن الوفاء بدين، ولكن في الكفالة الشخصية يضمن الكفيل شخصيا الوفاء بالدين، بكل أمواله التي هي الضمان العام، في حين في الرهن وفي الكفالة العينية يلتزم الراهن بضمان الوفاء بالدين في حدود المال المرهون بوصفهما ضمان خاص⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 16. (يمكن إضافة مصدر آخر د. صبار عصمت، الكفالة ص 58)

(2) د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، مصدر سابق، ج 2، ص 427. وانظر: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، بيروت، منشورات الحلبي، 2010، ص 332 - 333

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، عقد الكفالة، مصدر سابق، ص 47، د. هدى عبدالله، التأمين العقاري، مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، ط 1، منشورات الحلبي بيروت، 2011، ص 55

(4) تقابلها المادة (1050) من القانون المدني المصري.

ومن حيث التجريد: في الكفالة الشخصية يمكن للكفيل مطالبة الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين قبل اتخاذ الإجراءات ضد الكفيل وذلك بموجب الفقرة 2 من المادة 1021 من القانون المدني العراقي (فإذا طُلب الكفيل أولاً جاز له عند الإجراءات الأولى التي توجه ضده، ان يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الإجراءات ضده إذا ظهر ان أمواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله، وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل لوقف الإجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء)، اما في الكفالة العينية، فإن الكفيل العيني لا يستطيع ان يطلب من الدائن المرتهن (المكفول له) ان يجرد المدين قبل التنفيذ على المال المرهون، هذا ما لم يوجد اتفاق بينهما يقضي بحق التجريد وذلك بموجب نص المادة (1300) من القانون المدني العراقي (.....)، لكن ليس له ان يطلب من المرتهن ان يجرد المدين قبل التنفيذ على العقار المرهون ما لم يرد اتفاق يقضي بغير ذلك⁽¹⁾، ومن حيث الرجوع: في الكفالة الشخصية يمكن للكفيل الشخصي الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية إذا وفي بجزء من الدين، حيث يكون رجوعه بمقدار ما وفاه⁽²⁾، اما في الكفالة العينية فإن الكفيل العيني ملزم بحدود العين التي قدمها سواء كانت مساوية للدين المضمون أم أقل منه، ففي حالة الوفاء الجزئي بالدين، ورجوع الكفيل العيني مع رجوع الدائن أيضاً على المدين بالباقي من الدين، فإن مركز الكفيل العيني يكون أضعف من مركز الدائن، استناداً لنص الفقرة (1) من المادة (382) من القانون المدني العراقي (إذا وفي غير المدين جزءاً من حقه وحل محله فيه فلا يضار الدائن بهذا الوفاء، ويكون في استيفاء ما بقي من حقه مقدماً على من وفاه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك)، ومعاملة الكفيل العيني في حالة الوفاء الجزئي معاملة الغير، لأنه ليس مسؤولاً عن الوفاء مثل الكفيل الشخصي⁽³⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص 179. د.احمد محمد احمد، الحقوق العينية، المكتبة القانونية، بغداد، 2015، ص 89

(2) د. ندى سالم ملا علو وندى محمود ذنون، المركز القانوني للكفيل العيني، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد الثالث، العدد التاسع، 2014 ص 31. د.محمد ابراهيم دسوقي، التعاقد اخلاصاً بحقوق الغير، دار ايهاب للنشر، مصر، 1985. ص 132

(3) تقابلها المادة (1060 / 2) من القانون المدني المصري.

لقد عرفت الفقرة (2) من المادة (1307) من القانون المدني العراقي حائز العقار المرهون انه (كل من انتقلت إليه بعد الرهن بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار، أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن دون ان يكون مسؤولاً مسؤولاً شخصية عن الدين الموثق بالرهن)⁽¹⁾

ومن نص المادة أعلاه نجد ان كلا من الكفيل العيني وحائز العقار المرهون مسؤوليتهما ليست مسؤولية شخصية في كل أموالهم عن الدين المضمون، فحائز العقار المرهون عند انتقال ملكية العقار المرهون إليه تنشأ صلة بينه وبين الدين، وهذه الصلة لا تجعله مسؤولاً مسؤولية شخصية عن ذلك الدين المضمون بالرهن، فحدود مسؤوليته تكون محددة بقيمة العقار المرهون، وهي مسؤولية عينية قاصرة على قيمة العقار المرهون، وبهذا يكون مركزه قريب من مركز الكفيل العيني الذي يقدم عقاره ضماناً لدين على شخص آخر، فكلاهما مسؤوليته عينية لا تتجاوز العقار المرهون بالدين⁽²⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه ان الكفيل العيني يختلف عن حائز العقار المرهون إذ ان مسؤولية الكفيل العيني هي مسؤولية نشأت برضا وإرادة الكفيل العيني، أي ان الكفيل العيني هو من أنشأ الالتزام في ذمته بتقديمه لعقاره لضمان الوفاء بالدين المترتب في ذمة المدين، إضافة إلى ان الكفيل العيني هو طرف في عقد الرهن، اما مسؤولية حائز العقار المرهون فهي مسؤولية طارئة، وان سبب انتقال ملكية العقار المرهون إلى الحائز هو الذي أنشأ هذه المسؤولية، فالحائز أجنبي عن الدين وكان يمكن ان يكون أجنبياً عن الرهن لولا تملكه للعقار المرهون وهو ليس طرف في عقد الرهن⁽³⁾.

(1) cours de droit civil. Aubry et rau ,français , Tome III , 1900 , edition , N. 321.

انظر نص المادة (1300) من القانون المدني العراقي، وانظر كذلك: د. غني حسون طه، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص 488.

(2) د. صلاح الدين الناهي، مصدر سابق، ص 42. د. جورج ش دراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص 76

(3) د. صلاح الدين الناهي. التأمينات الشخصية والعينية، ج2، دار المعرفة، بغداد، 1953، ص 26

المبحث الثاني أحكام التأمين التكميلي

بعد ان سلطنا الضوء على تعريف التأمين التكميلي وحددنا شروطه ووضعنا الحدود الفاصلة بينه وبين المصطلحات الأخرى التي قد تختلط به. اتضح لنا ان المعالجة التشريعية الخاصة بأحكامه غير محددة بمكان واحد يسهل الرجوع إليه، وإنما متناثرة في أماكن عديدة وهي ملحقات المال المرهون وبعض الحقوق العينية المتفرعة من حق الملكية القابلة للرهن.

وعليه يستلزم الأمر البحث في أحكام التأمين التكميلي من خلال تقسيم هذا المبحث على مطلبين

المطلب الأول

التأمين التكميلي في ملحقات المال المرهون

تعرف الملحقات بأنها كل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء واستغلاله، وقد عالج المشرع العراقي تلك الملحقات في أماكن عديدة منها عقد البيع في المادة (537) منه التي أشارت إلى انه يدخل في حكم المبيع كل شيء متصل به ولا يقبل الانفكاك عنه وكل ما يجري عليه العرف بأنه من ملحقات المبيع.

وكذلك عولجت الملحقات في نطاق الرهن التأميني بالمادة (1292) من القانون المدني العراقي التي أشارت إلى ان الرهن التأميني يتضمن الملحقات التي تعد عقارا، وهي العقار بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات والثمار والغراس وحقوق الارتفاق. ويبدو ان المشرع العراقي فسر إرادة المتعاقدين تفسيراً واسعاً بحيث ان الرهن يشمل تلك الملحقات سواء أكانت موجودة قبل الرهن أم بعده وسواء وجدت بفعل الراهن أم بفعل الغير أم بفعل الطبيعة⁽¹⁾.

ولتحديد أحكام التأمين التكميلي في تلك الملحقات سنبحث كل منها في فقرة بشكل مستقل وعلى النحو الآتي.

(1) د.غني حسون والأستاذ محمدطه البشير، الحقوق العينية، ج1، الحقوق العينية الأصلية، مطابع وزارة التعليم العالي، ص12.

الفرع الأول التأمين التكميلي في العقار بالتخصيص

العقار بالتخصيص هو منقول يضعه مالكة في عقار رسدا لخدمة هذا العقار واستغلاله (المادة 63 ق م ع) ويشترط لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص ومن ثم تطبيق أحكام العقار عليه ان يكون مالك المنقول ومالك العقار شخص واحد وان يخصص المنقول لخدمة العقار، لذلك فالمنقولات المملوكة للمستأجر والمخصصة لخدمة العقار لاتعد عقارا بالتخصيص لانتفاء شرط وحدة المالك وكذلك المنقولات المخصصة لخدمة مالك العقار والملوكة للأخير لاتعد عقار بالتخصيص لأنها غير مخصصة لخدمة العقار⁽¹⁾.

ويرد التأمين التكميلي في حالة هلاك العقار بالتخصيص، وفي هذه الحالة نفرق بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي، ففي حالة هلاك العقار هلاكا كليا انتقل الرهن إلى المال الذي يحل محله طبقا لفكرة الحلول العيني، اما الهلاك المادي الذي يعدم العقار بسبب أجنبي ولا يمكن ان يحل محله مال هنا، فاذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين دون تأمين يسقط الأجل أو يطالب بتأمين بتقديم عقار يحل محل العقار الذي هلك، اما إذا كان الهلاك جزئيا ولا يؤثر في قيمة المرهون فلا يصر إلى التأمين التكميلي مادام المال المرهون تكفي قيمته لسداد الدين اما إذا كان المتبقي من قيمة العقار لا يكفي لسداد الدين فيصار إلى التأمين التكميلي لأن الرهن يتعلق بالمرهون من حيث ماليته وقيمه الاقتصادية⁽²⁾.

هذا في الرهن التأميني اما في الرهن الحيازي فإذا كان الهلاك بفعل الدائن المرتهن الذي انتقلت له حيازة المال المرهون يلتزم بدع تعويض وينتقل حقه للبدل الذي يحل محل المال المرهون اما إذا كان الهلاك بفعل الغير الذي وضع العقار تحت يده بوصفه عدلا فيلزم بالتعويض ويحل محل المال المرهون. اما إذا كان الهلاك بفعل الراهن فيصار إلى التأمين التكميلي لسداد النقص الحاصل في قيمة العقار المرهون، وهنا إذا كان الهلاك بخطأ الراهن سواء أكان العقار في يد الدائن المرتهن أم الغير يلزم الراهن بتقديم التأمين التكميلي لسد النقص الحاصل في قيمة المال المرهون⁽³⁾.

(1) د. صلاح الدين الناهي، المصدر السابق. ص 34.

(2) د. درويش الفاهم، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2013، ص 132.

(3) المادة: (1/1296) ق.م.ع.

اما في حالة فصل العقار بالتخصيص عن العقار المرهون. فإنه كقاعدة عامة فصل العقارات بالتخصص يعتبر إخلالاً بضمان سلامة الرهن ويؤدي إلى اضعاف التأمينات وفق المادة (295) ق.م.ع لذلك جعل المشرع وسائل في حالة إخلال الراهن بالتزامه وهي:-

- 1- الاعتراض على كل من شأنه ان ينقص الضمان⁽¹⁾.
- 2- طلب وقف الأعمال التي من شأنها تهدد سلامة الرهن⁽²⁾.
- 3- طلب تعيين حارس قضائي.
- 4- حجز ثمن الأشياء المنقولة (المنقولات) التي تنتزع من العقار في يد مشتريها. ولكن يمكن فصل العقارات بالتخصيص إذا كان قصد الراهن وضع عقارات أخرى محلها وتقع عبء الإثبات على الراهن في حالة الانتزاع والاستبدال⁽³⁾. كما ليس للدائن المرتهن الاعتراض على فصل العقارات بالتخصيص الا إذا كانت تضعف أو تنقص من القيمة المالية للمرهون⁽⁴⁾ وإذا فصل الراهن العقارات بالتخصيص هنا نميز بين حالتين. الحالة الأولى: إذا فصل الراهن العقارات بالتخصيص ولم يتصرف بها إلى الغير فهنا إذا كان ممكن إرجاعها فللمرتهن طلب استردادها وهذا التنفيذ العيني اما إذا لم يمكن استردادها وكانت تنقص القيمة المالية للعقار كأن تكون هلكت بيد الراهن بعد فصلها أو تعييبها فهنا طلب تأمين تكميلي يعادل قيمة ما نقص من قيمة العقار المالية.
- الحالة الثانية: حالة فصل الراهن العقارات بالتخصيص والتصرف بها للغير. وهنا أيضاً نميز بين حالتين إذ كان المتصرف له حسن النية أو سيء النية. ففي الحالة الأولى إذا كان المتصرف له حسن النية يمكنه التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وهنا يصار إلى التأمين التكميلي حيث هذه القاعدة تعطل ميزة التتبع ولكن يبقى حق الدائن المرتهن في الأولوية على ثمن هذه المنقولات⁽⁵⁾ اذا لم يقبض ثمنها

(1) المادة (12/1296) ق.م.ع.

(2) اياد صادق معيدي الخفاجي، أحكام الضمان في عقد الرهن (دراسة مقارنة).رسالة ماجستير مقدمة بجامعة بابل ص103.

(3) المصدر السابق، ص104.

(4) د.غني حسون طه، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص 449.

(5) جاك مستر وعمانوئيل بوتمان ومارك بيو، قانون التأمينات الخاص، ترجمة منصور الصافي، مجلد

الراهن بعد إنذاره بأن يدفعها للمرتهن.

اما الحالة الثانية إذا كان المتصرف له سيء النية وهنا نكون أمام فرضين الفرض الأول إذا لم يؤثر فصل المنقولات في القيمة المالية للعقار فلا يمكن أعمال التأمين التكميلي لأن النقص شرط أساسي لقيام هذا التأمين.

اما الفرض الثاني في حالة نقص القيمة المالية للمرهون هنا تنهض فكرة التبعية أي إذا كان من الممكن استرداد العقار في أي تكون وإذا لم يمكن استرداد هذه المنقولات يمكن الحجز على ثمنها وفق لقاعدة حجز ما للمدين عند الغير أي حجز ثمنها بيد مشتريها اما إذ لا يمكن استردادها ولا حجز ثمنها فهنا يصر إلى تأمين تكميلي يعادل قيمة النقص الحاصل في قيمة المال المرهون.

ولكن قد يصطدم امتياز بائع المنقول مع حق المرتهن على المنقولات وهنا في هذه الحالة رأيان:-

الرأي الأول: ان بائع المنقول لا يمكن ان يتأثر بالرهن لأن المنقول لا يفقد صفته وان اندماجه في العقار مجرد افتراض كما ان نصوص القانون ليس فيها ما يشير إلى تفضيل الدائن المرتهن على بائع المنقول (2).

الرأي الثاني: ويستندون بنص المادة 1/1376/ق.م.ع بأن إذا كان الدائن المرتهن حسن النية أو سيء النية فإذا كان سيء النية يقدم عليه بائع المنقول في استيفاء الثمن. اما إذا كان الدائن المرتهن حسن النية أي لم يعلم بامتياز بائع المنقول وقت الرهن فلا يتقدم عليه باستيفاء الثمن كما يمكن ان يخطر بائع المنقول الدائن المرتهن عند الرهن بأن له امتياز قائم على هذه المنقولات حتى ينفي عنه حسن النية ويبقى امتياز قائماً.

ومما تجدر الإشارة إليه هناك رأي في الفقه الفرنسي بأن يمكن لصاحب المنقولات عند الرهن أن يحررها⁽¹⁾ من الرهن بتخصيص العقار فقط دون المنقولات والأسقط امتيازها ولكن هذا حسن النية مفترض من جانب صاحب المنقولات فيبقى امتيازهم الا ان يقدم بأنهم (صاحب المنقول) تصرفوا بموجب هذا الإثبات أي التخصيص عن طريق الاحتيال أو الغش.

←

للدراستات، ص 34.

(1) غني حسون طه، محمد طه البشير، مصدر سابق، 398.

الفرع الثاني

التأمين التكميلي في التحسينات والإنشاءات

التحسينات والإنشاءات: هي عناصر مادية أو قانونية تضاف إلى العقار المرهون وتزيد من قيمته⁽¹⁾.

وهنا غير إذا كانت التحسينات والإنشاءات بفعل المالك أو بفعل الحائز أو بفعل الغير.

فإذا كانت التحسينات والإنشاءات بفعل المالك لا يمكن ان يكون فيها التأمين التكميلي لأنها لا تنقص من قيمة العقار.

اما إذا كانت من الغير أو الحائز فمثلاً كانت الأبنية في المستأجر بموافقة المالك وتنقل ملكيتها له فيشملها الرهن وهي عناصر مادية تزيد من قيمة العقار فإذا هلكت اما ان يكون هلاكها بفعل الدائن المرتهن أو الراهن أو الغير وتخضع للأحكام السابقة في هذه الحالة اما في الرهن الحيازي عند استئجار العقار من الراهن أو أتلفت هذه التحسينات والإنشاءات فيصار إلى تأمين تكميلي اما العناصر القانونية لا يمكن ان يكون فيها تأمين تكميلي.

وقد يصطدم حق الدائن المرتهن على التحسينات والإنشاءات بامتياز المهندس والمقاول الذي بنى هذه التعيينات والإنشاءات ولاسيما إذا كانت لها قيمة مادية كبيرة فإن المادة (2/328) في قانون التسجيل العقاري اشترطت ان تكون هذه المبالغ بسند رسمي أو حكم قضائي أو إقرار الطرفين اما الامتياز للمهندس والمقاول في الإنشاءات والتحسينات ينحصر بالمبالغ الزائدة في قيمة العقار⁽²⁾.

الفرع الثالث

التأمين التكميلي في حقوق الارتفاق

عرفت المادة (1271) ق.م.ع حق الارتفاق (وهي حق يحد من منفعة العقار لفائدة

(1) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، العاتك لصناعة الكتاب، ج3، ص454.

(2) د.غني ريسان جادر، التأمين التكميلي في نطاق الرهن. محاضرات القيت على طلبة الماجستير، القانون الخاص، جامعة البصرة، كلية القانون، 2018.

عقار غيره يملكه مالك آخر).

وحقوق الارتفاق بصورة عامة لا يقع عليها الرهن لأنها لا تباع في المزاد العلني ولكن يمكن ان يشملها الرهن باعتبارها من ملحقات المرهون كما ان التأمين التكميلي لا يتصور في حقوق الارتفاق لأنه حق يحد من منفعة العقار وبالتالي انقضاءه لا ينقص من قيمة المرهون اما ترتيبه بعد إنشاء الرهن لا يجدي في حق الدائن المرتهن إضافة إلى ذلك ان حق الارتفاق حق استثنائي والاستثناء لا يجوز التوسع فيه⁽¹⁾.

الفرع الرابع

التأمين التكميلي في الأشجار والثمار

الأشجار تعتبر من ملحقات العقار المرهون. اما بخصوص الأشجار الميتة لا يشملها الرهن الا إذا كانت لها قيمة مالية كبيرة⁽²⁾. اما إذا أتلقت الأشجار أو ماتت بعد الرهن فهنا لا يمكن ان يقوم التأمين التكميلي ويرجع الدائن المرتهن في الضمان العام في النقص الحاصل في قيمة المرهون. اما الثمار فالوقت الذي تعتبر فيه ملحقة بالعقار.

1- من تاريخ إجراء معاملة وضع اليد عند اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة الراهن.
2- من تاريخ إنذار الحائز إذا اتخذت إجراءات التنفيذ في مواجهته والحائز من انتقلت إليه ملكية العقار أو أي حق عيني قابل للرهن.

كما ان هناك رأيان بخصوص إلحاق الثمار بالعقار أو عدم إلحاقها ليشملها الرهن. الرأي الأول: تلحق بالعقار ويرد عليها الرهن وعند فصلها يمكن المطالبة بتأمين تكميلي.

اما الرأي الثاني: وفيه اتجاهين الأول الثمار السابقة على الرهن لا تعد من ملحقات العقار ولا يرد عليها الرهن اما الاتجاه الثاني تعد من ملحقات العقار المرهون ويرد عليها الرهن وللمرتهن الاعتراض على فصلها⁽³⁾.

ولكل ما تقدم تعتبر الثمار ملحقة من اعتبار وقت التحاقها وعند فصلها يمكن المطالبة بتأمين تكميلي.

(1) د.غني ريسان جادر، المصدر السابق.ص5

(2) اياد صادق معيدي الخفاجي، مصدر سابق، ص118.

(3) د. غني ريسان جادر، المصدر السابق، ص26

اما في الرهن الحيازي لا يمكن المطالبة بتأمين تكميلي إذا كان العقار عند الدائن المرتهن.

اما الغراس إذا هلك بعد الرهن فلا فيه تأمين تكميلي. ولا بد من الإشارة إلى التأمين التكميلي في حالة تجزئة العقار المرهون فالأصل فيه يجوز للراهن تجزئة العقار المرهون والتصرف فيه دون قيد أو شرط ولكن بشرط ان لا ينقص قيمة المرهون المالية وكل شرط يمنع التصرف في المال المرهون أو يحد يعتبر باطلاً وللأسباب التالية:-

- 1- التصرف بالمال المرهون من النظام العام.
- 2- يضعف الائتمان العقاري.
- 3- التصرف أهم سلطات حق الملكية⁽¹⁾.
- 4- حتى لا يكون من الشروط الدارجة في عقد الرهن. وفي حالة التصرف بالمال المرهون إلى أجزاء هناك رأيين في الفقه:-
الرأي الأول: لا يمكن التصرف في العقار المرهون لأن المرتهن سيواجه جهد ومصاريف عند التنفيذ على العقار أمام عدة مشترين كما ان ذلك يضعف القيمة الاقتصادية للعقار.
- الرأي الثاني: وهو الرأي الراجح ممكن التصرف في العقار إلى أجزاء متعددة ويترك الأمر لتقدير القاضي في ما يراه مناسباً وفق ظروف كل حالة وهل يسقط الأجل أو تقديم تأمين تكميلي يعادل ما نقص من قيمة العقار المرهون.

المطلب الثاني

أحكام التأمين التكميلي عند رهن حق المساطحة وحق المنفعة

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين يختص الفرع الأول ببيان أحكام التأمين التكميلي عند رهن حق المساطحة ويختص الفرع الثاني ببيان أحكام التأمين التكميلي عند رهن حق المنفعة وعلى النحو الآتي:

(1) د. غني ريسان جادر، المصدر السابق، ص 27

الفرع الأول

أحكام التأمين التكميلي عند رهن حق المساطحة

عرفت المادة 1/1266 من القانون المدني حق المساطحة بأنه:

((حق عيني يخول صاحبه ان يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض، ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته)).

وحدد كل من القانون المدني وقانون التسجيل العقاري الحد الأقصى لمدة حق المساطحة وهي ان لا تزيد على خمسين سنة. حيث نصت المادة 1/1267 من القانون المدني (لا يجوز ان تزيد مدة حق المساطحة عن خمسين سنة....) اما المادة 2/230 قانون التسجيل العقاري (لا يجوز ان تزيد مدة المساطحة عن خمسين سنة....)

اما قرار مجلس قيادة الثورة رقم 1521 لسنة 1981م حدد مدة حق المساطحة في الأراضي العائدة للبلديات وأمانة العاصمة بمدة لا تزيد على 25 سنة وهو خاص بالأراضي التي تبرمها البلديات مع المواطنين والمترتبة على الأراضي العائدة للدولة. وجاء بعده القرار رقم 64 لسنة 1990 الذي حدد أيضاً مدة المساطحة لا تزيد على 25 سنة ولكن استثني الأراضي المقررة التي تستغل للنشاط الصناعي. والقرار 38 لسنة 1999 جاء تعديلاً للقرارات السابقة والتي أعطت للمساطح في النشاط الصناعي أو العمل الصناعي استمرار عقد المساطحة ما دام المساطح يدفع الأجرة المقررة على ان يعاد تقدير بدلات الإيجار كل 5 سنوات على ان تدفع بدلات الإيجار كل سنة.

اما التأمين التكميلي في حق المساطحة فيجب ان يكون هناك هلاك مادي كلي أي زوال الأبنية بقوة قاهرة وان لا يكون هلاكاً جزئياً لأن في الهلاك الجزئي يبقى الرهن على الجزء المتبقي طبقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن.

وفي حالة حق المساطحة لا يمكن ان نبحت في الهلاك بسبب الراهن أو المرتهن لأنه حق ضعيف ولا يمكن ان يرد فيه التأمين التكميلي الا في حالة الهلاك المادي الكلي⁽¹⁾

(1) نبيل ابراهيم سعد، التأمينات العينية الأصلية / مصادرها، أحكامها، منشآت المصارف، 2002،

حيث يمكن تقديم الرهن (المساطح) عقار بدل هذا الحق أو أي تأمين آخر. وفي حالة الهلاك بسبب أحد أطراف الرهن يسقط الأجل ويحل الدين المضمون.

الفرع الثاني

أحكام التأمين التكميلي عند رهن حق المنفعة

لم يعرف القانون العراقي حق المنفعة ولا المشرع المصري وإنما عرفه القانون المدني الفرنسي في المادة 578 (حق استغلال أشياء يملكها شخص آخر كما يستغلها المالك نفسه ولكن بشرط المحافظة على كيانه).

وحق المنفعة هو حق عيني يرد على شيء مملوك للغير يخول المنتفع الانتفاع به بشرط المحافظة على الشيء ورده عند انتهاء المدة المحددة وينتهي بوفاة المنتفع.

ويختلف حق المنفعة عن حق المستأجر بأن حق المنفعة حق عيني وان حق المستأجر حق شخصي يترتب على ذلك بأن حق المنفعة يمكن الانتفاع بالعين دون تدخل صاحب الأرض إضافة إلى انه له حق تتبعه ورهنه⁽¹⁾.

كما يمكن لصاحبه الاستفادة من دعاوى الحيازة الثلاث وهي دعوى استرداد الحيازة ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة والمستأجر يحمي حقه الشخصي من خلال هذه الدعاوى⁽²⁾.

ويمكن ان يرد التأمين التكميلي في حالة إذا رهن عدة أشخاص متضامين معاً حق المنفعة ومات أحدهم فإن حصته لا توزع عليهم وإنما ترجع إلى المالك⁽³⁾ في حالة عدم اتفاق على ان توزع عليهم عند موت أحدهم وبهذا يحصل على قيمة الضمان بمقدار حصة الشريك المتوفى ولهذا إذا لم يقبل الدائن المرتهن بقاء الدين بدون تأمينات يكون الخيار للراهنين اما بتقديم تأمين تكميلي أو حلول أجل الدين ووفاءه.

←

ص 224.

(1) المصدر السابق، 225.

(2) وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة دار الحياة، ط2، دمشق، 1977، ص 814.

(3) د. غني حسون طه والأستاذ محمد طه البشير، مصدر السابق، ص 49.

ويرد التأمين التكميلي في حالة الاستعمال غير المشروع فإذا استعمل المنتفع الشيء المنتفع به استعمالاً غير مشروع فللمحكمة تبعاً لخطورة الحال ان تحكم بانتهاء حق المنفعة وفي هذه الحالة يكون الخيار للدائن المرتهن اما بسقوط الأجل أو تقديم تأمين تكميلي.

وفي حالة التنازل عن جزء من حق المنفعة فإذا كان هذا التنازل الجزئي يفقد أو ينقص من القيمة المالية للمرهون ويمكن للدائن المرتهن الاعتراض على ذلك وإذا لم ينجح المنتفع في رد الاعتراض يمكن المطالبة بتأمين تكميلي عن النقص في قيمة الضمان.

وقبل الانتهاء من بحث التأمين التكميلي في الرهن يثار تساؤل هل نلجأ للتأمين التكميلي في كل الحالات التي ينقص فيها الضمان ولا يغطي مقدار الدين؟ أم توجد هناك حالات لا تسري فيها آثار التأمين التكميلي؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نقول انه يشترط في المرهون ان يساوي الدين المضمون في المقدار أو أكثر منه وعند النقص في قيمة المرهون يمكن للدائن المرتهن المطالبة بتأمين تكميلي في الحالات التي سبق بيانها ويكون تقديم هذا التأمين بخيار الدائن المرتهن أو الراهن حسب سبب النقص في الضمان. ولكن هناك حالات رغم النقص في قيمة الضمان لا يمكن المطالبة بتقديم التأمين التكميلي أو أعماله، وهذه الحالات هي الاستثناءات وستتطرق إليها تباعاً.

أولاً:- المنقولات ذات الطبيعة الخاصة

وهي المنقولات التي تخضع لإجراءات التسجيل ولها قوانين خاصة تحدد مهامها والإجراءات التي تسري بشأنها وتسمى أيضاً بالمنقولات ذات الملامح العقارية أو ذات الصفة العقارية ويشترط لرهنها رهناً تأمينياً ان يكون هناك نص في القانون يجيز رهنها وهي المكائن⁽¹⁾.

وتخضع لقانون كتاب العدول رقم (33) لسنة 1998م وترهن وفق الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون وكذلك التعليمات رقم (7) لسنة 1999م تعليمات

(1) د. د. غني ريسان جادر، مصدر سابق، ص 23، د. مجيد حميد العنبيكي، القانون البحري العراقي، دار الحكمة، بغداد 2002، ص 42.

تسجيل المكائن.

وكذلك السفن والطائرات وتخضع السفن لقانون تسجيل السفن بقم (19) لسنة 1942م.

وتخضع الطائرات لقانون الطيران المدني رقم 148 لسنة 1974م وكلا القانونين يجيزان رهنها.

وفي حالة تعيب أو هلاك هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة لا يمكن المطالبة بتأمين تكميلي فمثلاً بهلاك الماكينة أو السفينة أو الطائرة ينقضي الرهن لانتهاء محله ويكون انقضاءه بصفة مستقلة عن الدين المضمون. ويصبح الدائن المرتهن دائناً عادياً يدخل في الضمان العام مع سائر الدائنين الآخرين للمدين ويصبح الدين مستحق الاداء. ثانياً: استملاك العقار المرهون للمنفعة العامة.

الاستملاك لا يعد سبب أجنبي لأن القانون لم يذكره كسبب أجنبي أو قوة قاهرة وكذلك الاستملاك يطهر العقار من رهون التي عليه فينتقل إلى الجهة المستملكة خالياً من كل الحقوق المترتبة عليه وبالتالي ينقضي محل الرهن ويحل أجل الدين وينتقل الرهن إلى بدل الاستملاك ليستوفي حقه منه وهذا ما أكدته المادة (16) من قانون الاستملاك العراقي لسنة 1981 (... وتنتقل حقوق أصحابها إلى عوضها من بدل الاستملاك) وكذلك المادة (17) من ذات القانون ينص على (أولاً: توزع المحكمة بدل الاستملاك على أصحابه طبقاً للحقوق المثبتة لهم....).

بمعنى عند الاستملاك ينقضي الرهن ويحل أجل الدين وينتقل الحق إلى بدل الاستملاك ولا محل للتأمين التكميلي في هذه الحالة. ويشمل سواء كان الاستملاك نقدي أو عيني كلياً أو جزئياً ما دام لا يمكن للدائن المرتهن حق تتبعه عند انتقاله من ملك الراهن إلى الدولة.

ويرى الاستملاك أيضاً في حالة استملاك الأرض التي عليها حق التصرف أو حق المنفعة وكذلك الحقوق المتفرعة في حق الملكية.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحث الموسوم ((التأمين التكميلي في نطاق الرهن - دراسة تحليلية مقارنة)) يمكن تثبيت أهم ماتوصلنا له ومجمل ما اقترحناه بالنقاط الآتية.

1-التأمين التكميلي هو إزالة كل نقص يحصل في قيمة الضمان بالنسبة للمال المرهون، فهذا التأمين إحدى الجزاءات المترتبة على إخلال الراهن بالتزامه بالضمان فهو لا يعد حقا عينيا تبعا وان كان يضمن حق الدائن المرتهن لأن الحقوق العينية التبعية واردة في القانون على سبيل الحصر وعليه يمكن تعريف التأمين التكميلي بأنه ((جزء قانوني يترتب عليه تعويض مانقص من قيمة المال المرهون بسبب تعييه أو هلاكه يقدمه الراهن نتيجة طلبه من الدائن المرتهن لضمان حق الأخير كاملا غير منقوص وإعادة حقه بالتأمين إلى ما كانت عليه عند إبرام الرهن)).

3-استنتجنا انه لكي يطالب الدائن المرتهن بتأمين تكميلي يستلزم الأمر وجود رهن سواء أكان رهنا تأمينيا أم حيازيا، وعليه تستبعد التأمينات العامة أو وسائل الضمان العام من تطبيق التأمين التكميلي سواء أكانت إجراءات تحفظية أم دعوى غير مباشرة أم دعوى صورية أم الحق في الحبس للضمان أم الحجر على المدين المفلس، كما تستبعد التأمينات الشخصية كالكفالة الشخصية والتضامن والالتزام غير القابل للانقسام من تطبيق فكرة التأمين التكميلي عليها.

3- وجدنا انه قد تتعرض قيمة المال المرهون إلى النقص اما كلياً أو جزئياً، ويحدث ذلك نتيجة هلاكه أو تعييه، فإذا كان النقص جزئياً وكان المتبقي من المال المرهون يكفي لسداد الدين لا حاجة للمطالبة بتأمين تكميلي من قبل الدائن المرتهن وليس هناك داعي لأن يعرض الراهن هذا التأمين، اما إذا كان الهلاك أو التعيب جزئياً فإذا كان هذا الهلاك بخطأ المدين الراهن يكون الدائن المرتهن مخيراً بين ان يطلب تأمين تكميلي من المدين أو يسقط الأجل ويحل الدين فوراً.

اما إذا كان الهلاك أو التعيب بسبب الدائن المرتهن كأن يقوم بأحراق العين المرهونة ففي هذه الحالة يلتزم بدفع مقدار التعويض وينتقل حقه إلى هذا البدل بالقدر اللازم لوفاء الدين طبقاً لفكرة الحلول العيني.

اما إذا كان الهلاك أو التعيب قضا وقدرًا فالأمر مختلف هنا اذن ان الخيار ينتقل من

الدائن المرتهن إلى الراهن، فإذا لم يقبل الدائن المرتهن بقاء الدين دون ضمان يكون الراهن مخيراً بين تقديم تأمين تكميلي أو سقوط الأجل وحلول الدين فوراً طبقاً للمادة 1297 مدني عراقي.

4- توصلنا إلى انه لا يمكن تصور التضامن في نطاق التأمين ففي حالة حصول الخطر المؤمن منه بفعل الغير كأن يحرق هذا الأخير الدار المؤمن عليها من الحريق فيكون رجوع المؤمن له على شركة التأمين على أساس المسؤولية العقدية ورجوع شركة التأمين على الغير على أساس المسؤولية التقصيرية فلا تكون شركة التأمين والغير متضامنين في دفع التعويض وإنما نكون أمام تضامم لاختلاف مصدر التعويض. أما في التأمين التكميلي يكون التضامن متصوراً بين المدين والكفيل العيني عند الاتفاق وفقاً للمادة (1300) مدني عراقي، فيكون الدائن المرتهن مخيراً بالرجوع على المدين أو الكفيل العيني في هذه الحالة.

5- حددنا تعريف الكفالة العينية بأنها: تقديم تأمين عيني للدائن برهن الكفيل لمال معين من أمواله ضماناً للوفاء بدين في ذمة المدين الأصلي. أما إذا نظرنا إلى الكفالة العينية على اعتبارها رهن واقع على عقار فإنه عقد شكلي، فهو لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون، وبذلك لا تختلف عن التأمين التكميلي في هذا الجانب، والكفالة العينية عقد ملزم لجانب واحد تتم بين الكفيل والدائن (المكفول له) أما المدين فهو ليس بطرف في عقد الكفالة، ويلتزم الكفيل في مواجهة الدائن بوفاء الدين إذا لم يف المدين به، والكفالة العينية كونها رهن فهي عقد ملزم لجانب واحد، فمقرر الرهن هو وحده الذي يلتزم بمقتضاه، وبذلك تختلف عن التأمين التكميلي الذي يكون ملزم لجانبين.

6- يرد التأمين التكميلي في حالة هلاك العقار بالتخصيص، وفي هذه الحالة نفرق بين الهلاك الكلي والهلاك الجزئي، ففي حالة هلاك العقار هلاكاً كلياً انتقل الرهن إلى المال الذي يحل محله طبقاً لفكرة الحلول العيني، أما الهلاك المادي الذي يعدم العقار بسبب أجنبي ولا يمكن ان يحل محله مال هنا، فإذا لم يقبل المرتهن بقاء الدين دون تأمين يسقط الأجل أو يطالب بتأمين بتقديم عقار يحل محل العقار الذي هلك، أما إذا كان الهلاك جزئياً ولا يؤثر في قيمة المرهون فلا يصر إلى التأمين التكميلي مادام المال المرهون تكفي قيمته لسداد الدين أما إذا كان المتبقي من قيمة العقار لا يكفي لسداد الدين فيصر

إلى التأمين التكميلي لأن الرهن يتعلق بالمرهون من حيث ماليتها وقيمتها الاقتصادية. هذا في الرهن التأميني اما في الرهن الحيازي فإذا كان الهلاك بفعل الدائن المرتهن الذي انتقلت له حيازة المال المرهون يلتزم بدفع تعويض وينتقل حقه للبدل الذي يحل محل المال المرهون اما إذا كان الهلاك بفعل الغير الذي وضع العقار تحت يده بوصفه عدلاً فيلزم بالتعويض ويحل محل المال المرهون. اما إذا كان الهلاك بفعل الراهن فيصار إلى التأمين التكميلي لسداد النقص الحاصل في قيمة العقار المرهون، وهنا إذا كان الهلاك بخطأ الراهن سواء أكان العقار في يد الدائن المرتهن أم الغير يلزم الراهن بتقديم التأمين التكميلي لسد النقص الحاصل في قيمة المال المرهون.

7- ووجدنا في ملحقات المال المرهون انه إذا كانت التحسينات والإنشاءات بفعل المالك لا يمكن ان يكون فيها التأمين التكميلي لأنها لا تنقص من قيمة العقار. اما إذا كانت من الغير أو الحائز فمثلاً كانت الأبنية في المستأجر بموافقة المالك وتنقل ملكيتها له فيشملها الرهن وهي عناصر مادية تزيد من قيمة العقار فإذا هلكت اما ان يكون هلاكها بفعل الدائن المرتهن أو الراهن أو الغير وتخضع للأحكام السابقة في هذه الحالة اما في الرهن الحيازي عند استئجار العقار من الراهن أو أتلقت هذه التحسينات والإنشاءات فيصار إلى تأمين تكميلي اما العناصر القانونية لا يمكن ان يكون فيها تأمين تكميلي.

8 - التأمين التكميلي في حالة تجزئة العقار المرهون فالأصل فيه يجوز للراهن تجزئة العقار المرهون والتصرف فيه دون قيد أو شرط ولكن بشرط ان لا ينقص قيمة المرهون المالية وكل شرط يمنع التصرف في المال المرهون أو يحد يعتبر باطلاً بسبب التصرف بالمال المرهون من النظام العام ويضعف الائتمان العقاري. والتصرف أهم سلطات حق الملكية وحتى لا يكون من الشروط الدارجة في عقد الرهن.

9- ووجدنا التأمين التكميلي في حق المساطحة يشترط فيه ان يكون هناك هلاك مادي كلي أي زوال الأبنية بقوة قاهرة وان لا يكون هلاكاً جزئياً لأن في الهلاك الجزئي يبقى الرهن على الجزء المتبقي طبقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن. وفي حالة حق المساطحة لا يمكن ان نبحت في الهلاك بسبب الراهن أو المرتهن لأنه حق ضعيف ولا يمكن ان يرد فيه التأمين التكميلي الا في حالة الهلاك المادي الكلي، حيث يمكن تقديم الراهن (المساطح) عقار بدل هذا الحق أو أي تأمين آخر. وفي حالة الهلاك بسبب أحد أطراف الرهن يسقط الأجل ويحل الدين المضمون

10- وتوصلنا إلى انه يمكن ان يرد التأمين التكميلي في حالة ما إذا رهن عدة أشخاص متضامين معاً حق المنفعة ومات أحدهم فإن حصته لا توزع عليهم وإنما ترجع إلى المالك في حالة عدم اتفاق على ان توزع عليهم عند موت أحدهم وبهذا يحصل على في قيمة الضمان بمقدار حصة الشريك المتوفى ولهذا إذا لم يقبل الدائن المرتهن بقاء الدين بدون تأمينات يكون الخيار للراهنين اما بتقديم تأمين تكميلي أو حلول أجل الدين ووفاءه. ويرد التأمين التكميلي في حالة الاستعمال غير المشروع فإذا استعمل المنتفع الشيء المنتفع به استعمالاً غير مشروع فللمحكمة تبعاً لخطورة الحال ان تحكم بانتهاء حق المنفعة وفي هذه الحالة يكون الخيار للدائن المرتهن اما بسقوط الأجل أو تقديم تأمين تكميلي.

وفي حالة التنازل عن جزء من حق المنفعة فإذا كان هذا التنازل الجزئي يفقد أو ينقص من القيمة المالية للمرهون ويمكن للدائن المرتهن الاعتراض على ذلك وإذا لم ينجح المنتفع في رد الاعتراض يمكن المطالبة بتأمين تكميلي عن النقص في قيمة الضمان.

11- وفي حالة تعيب أو هلاك هذه المنقولات ذات الطبيعة الخاصة لا يمكن المطالبة بتأمين تكميلي فمثلاً بهلاك الماكنة أو السفينة أو الطائرة ينقضي الرهن لانتهاء محله ويكون انقضاءه بصفة مستقلة عن الدين المضمون. ويصبح الدائن المرتهن دائناً عادياً يدخل في الضمان العام مع سائر الدائنين الآخرين للمدين ويصبح الدين مستحق الاداء.

12- الاستملاك يطهر العقار من رهون التي عليه فينتقل إلى الجهة المستملكة خالياً من كل الحقوق المترتبة عليه وبالتالي ينقضي محل الرهن ويحل أجل الدين وينتقل الرهن إلى بدل الاستملاك ليستوفي حقه منه وهذا ما أكدته المادة (16) من قانون الاستملاك العراقي لسنة 1981 (... وتنتقل حقوق أصحابها إلى عوضها من بدل الاستملاك) وكذلك المادة (17) من ذات القانون ينص على (أولاً: توزع المحكمة بدل الاستملاك على أصحابه طبقاً للحقوق المثبتة لهم....).

قائمة المصادر

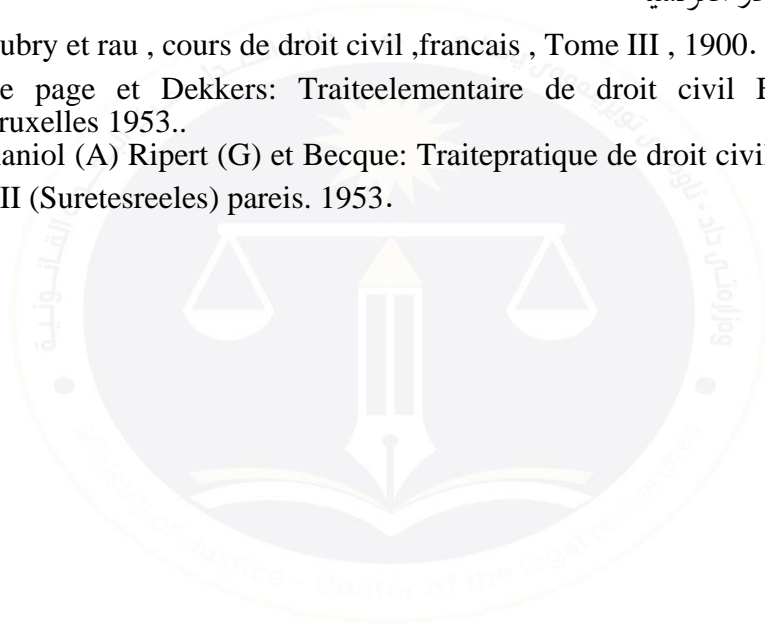
اولا- المصادر العربية

- 1- أحمد اباد ادهم، التأمينات العينية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 2018
- 2- أحمد سلامة، التأمينات العينية والشخصية، ج1، الرهن الحيازي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1970.
- 3- أحمد محمد أحمد، الحقوق العينية، المكتبة القانونية، بغداد، 2015،
- 4- اكرم ياملكي ود. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، 1980
- 5- ايد صادق معيدي الخفاجي، أحكام الضمان في عقد الرهن (دراسة مقارنة).رسالة ماجستير مقدمة بجامعة بابل
- 6- بلقش محمود البهيق، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، ج2، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016
- 7- جاسم باسم ادريس، الوجيز في الحقوق العينية التبعية، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 2017
- 8- جاك مستروعمانوئيل بوتمان ومارك بيو، قانون التأمينات الخاص، ترجمة منصور الصافي، مجلد للدراسات
- 9- جورج ش دراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006
- 10- درويش الفاهم، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2013
- 11- رعد ادهم عبدالحميد ود. نوزاد صديق سليمان، عقد الكفالة (دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد الثاني، العدد الخامس، 2013
- 12- سليمان مرقس، عقد الكفالة، القاهرة، 1994.
- 13- صلاح الدين الناهي، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، ج1، مطبعة دار المعرفة، بغداد، 1953
- 14- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج10، التأمينات العينية والشخصية، ط3. منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000

- 15- عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة (المقابلة والوكالة والكفالة)، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2009، ص268.
- 16- عصمت عبد المجيد بكر، أحكام رعاية القاصرين، بغداد، المكتبة القانونية، الطبعة الثالثة، 2007
- 17- عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة (الكفالة)، مصدر سابق، ص 18.
- 18- غني حسون طه وآخر، الحقوق العينية، الجزء الثاني، بغداد، المكتبة القانونية، الطبعة الرابعة، 2010
- 19- غني ريسان جادر، التأمين التكميلي في نطاق الرهن، مجموعة محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا، الماجستير/ القسم الخاص في كلية القانون / جامعة البصرة، 2018/2019
- 20- فتحي عبدالفتاح الشهاوي. أحكام عقد الكفالة. منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002
- 21- قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أركان عقد الكفالة العينية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة
- 22- مجيد حميد العنبيكي، القانون البحري العراقي، دار الحكمة، بغداد 2002
- 23- محمد إبراهيم دسوقي، التعاقد إخلالا بحقوق الغير، دار ايهاب للنشر، مصر، 1985.
- 24- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط3، دار صادر، لبنان، 2011
- 25- محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة، 1979
- 26- مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري، العاتك لصناعة الكتاب، ج3، ص454
- 27- منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، القاهرة، المطبعة العالمية، 1963
- 28- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية (التبعية وغير التبعية)، الإسكندرية، 2000
- 29- نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، بيروت، منشورات الحلبي، 2002
- 30- ندى سالم ملا علو وندى محمود ذنون، المركز القانوني للكفيل العيني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، المجلد الثالث، العدد التاسع، 2014

- 31- هدى عبدالله، التأمين العقاري، مقارنة مع حقوق الرهن والامتياز، ط1، منشورات الحلبي بيروت، 2011،
- 32- وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة دار الحياة، ط2، دمشق، 1977
- ثانيا- المصادر الفرنسية

- 1- Aubry et rau , cours de droit civil ,français , Tome III , 1900.
- 2- De page et Dekkers: Traiteelementaire de droit civil Belge. t.6. Bruxelles 1953..
- 3- planiol (A) Ripert (G) et Becque: Traitepratique de droit civil français t XII (Suretesreeles) pareis. 1953.



الملخص

التأمين التكميلي هو إزالة كل نقص يحصل في قيمة الضمان بالنسبة للمال المرهون، فهو إحدى الجزاءات المترتبة على إخلال الراهن بالتزامه بالضمان فهو لا يعد حقا عينيا تبعا وان كان يضمن حق الدائن المرتهن لأن الحقوق العينية التبعية واردة في القانون على سبيل الحصر ولكنه جزاء قانوني يترتب عليه تعويض ما نقص من قيمة المال المرهون بسبب تعيبه أو هلاكه يقدمه الراهن نتيجة طلبه من الدائن المرتهن لضمان حق الأخير كاملا غير منقوص وإعادة حقه بالتأمين إلى ما كان عليه عند إبرام الرهن.



پوخته

بیمه‌ی ته‌واوکاری بریتنییه له لایردنی هەر کهموکوریه‌ک که روودهدات له به‌های دستهبه‌ری سه‌بارت به مائی بارمه‌کراو، که یه‌کیکه لهو سزایانه‌ی که له ئهنجانی پیشیلکردنی پابه‌ندبوونی ره‌هنده‌ر به دستهبه‌رکردن دینه‌ ناراه، که به مافیکی عهینی پاشکو دانانریت یارمه‌تیده‌ر نازانریت، هه‌رچه‌نده ئه‌گه‌ر دستهبه‌ری مافی بارمه‌که‌ریش بکات، چونکه مافه عهینییه پاشکوکان له یاسادا به شیوه‌یه‌کی دیاریکرا باسکراون و بریندراونه‌ته‌وه، به‌لام سزایه‌کی یاساییه که به‌دوای خویدا قه‌ره‌بوو پیوویست ده‌کات بو ئه‌وه‌ی که له مائی دستهبه‌رکراو که‌میکردووه به هوی له‌که‌داربوونی یاخود له‌ناوچوونی که ره‌هنده‌ر پیشکه‌شیکدووه له ئهنجانی داخوازی له ره‌هن بوکراو بو پاراستنی مافی ئه‌وه‌ی کۆتایی به ته‌واو و بی که‌م و کوری و هه‌روه‌ها گێرانه‌وه‌ی مافکه‌ی به بیمه‌کردن بو ئه‌و شیوه‌ی هه‌بووه له‌ساتی به‌ستنی دستهبه‌ریه‌که‌دا.

Abstract

Supplementary insurance in the mortgage is one of the penalties resulting from the mortgagor's breach of his commitment to the guarantee.(A legal penalty that entails compensating the decrease in the value of the pledged money due to its defect or loss, which the mortgagor submits as a result of his request from the pledgor creditor to guarantee the latter's right in full and undiminished and to restore his right to insurance to what it was at the time of the conclusion of the pledge.



مفهوم المواطنة في الفكر الليبرالي (*)

چەمکی هاوولاتیوون له هزری لیبرالیدا

The concept of citizenship in liberal thought

الدكتور لقمان عثمان أحمد (**)

أستاذ القانون الدستوري المساعد

كلية الحقوق - جامعة الموصل - العراق

أحمد عبد الرسول جعفر (***)

مدرس مساعد

قسم القانون - كلية الحداثة الجامعة - الموصل - العراق

د. لوقمان عوسمان احمد

پروفیسوری یاریدهدهری یاسای دهستوری کولژیژی یاسا/زانکوی موسل عیراق

احمد عبدالرسول جه عفر

ماموستای یاریدهدهری بهشی یاسا/کولژیژی زانکوی حدبا - موسل - عیراق

Dr. Luqman Osman Ahmed

Assistant Professor of Constitutional Law ،Assistant Lecturer

College of Law/University of Mosul-Iraq

Ahmed Abdul Rasul Jaafar

Department of Law/Al-Hadbaa University College- Mosul-Iraq

تاریخ قبول النشر: 2022/8/28.

(*) تاریخ استلام البحث: 2022./7/26

(**) luqmanothman2@yahoo.com

(***) ahmad83iraq@gmail.com



مفهوم المواطنة في الفكر الليبرالي

الدكتور لقمان عثمان أحمد

أستاذ القانون الدستوري المساعد

كلية الحقوق - جامعة الموصل - العراق

أحمد عبد الرسول جعفر

مدرس مساعد

قسم القانون - كلية الحداثة الجامعة - الموصل - العراق

الكلمات المفتاحية:

حقوق الإنسان، الحريات، العدالة، المساواة، الدستور، الديمقراطية.

كليه ووشه:

مافى مرؤف، نازاديه كان، داديه روهري، يهكساني، دهستور، ديموكراسي.

key words: Human rights , freedoms, justice , equality, the Constitution, democracy.

المقدمة

المواطنة مفهوم يحمل دلالات متعددة وخضع لتغيرات كثيرة عبر التاريخ ويختلف طرح هذا المفهوم ويتباين نطاق أثره على الحقوق والحريات حسب خلفية النظرة إليه، ففي الفكر الغربي هنالك الرؤية الليبرالية والرؤية الماركسية كاهم مدرستين في هذا المجال، فلكل مدرسة فكرية رؤيتها الخاصة للمواطنة، فنجد في الفكر الماركسي التركيز على بناء قاعدة من المساواة الفعلية بين المواطنين تكفل لهم التخلص من أية عوائق مادية قد تحول دون ممارستهم لحقوق المواطنة، وهذه القاعدة تمثل نقطة انطلاق فعلية لممارسة هذه الحقوق والحريات، أما الفكر الليبرالي والذي سنسلط الضوء عليه في هذا البحث فينطلق من أساس مختلف عبر التركيز على الفرد الذي يملك حقوقاً وحريات طبيعية وعبر تفاعل الأفراد الحر تنشأ المجتمعات وتتقدم وان المواطنة هنا أساسها حماية هذه الحقوق والحريات الطبيعية وكما تطورت هذه الأفكار بعد ذلك وتقننت في الدساتير

الرائدة في الفكر الليبرالي.

هناك مجال واسع للحديث عن تعريف المواطنة وهذا يعود إلى عمق الخلاف حول مفهوم المواطنة وتتبع التعريفات التي وضعت للمواطنة بكل تفاصيلها يخرجنا من نطاق البحث المطروح، ومع ذلك فهناك تعريف يقرب المسافات فتعرف المواطنة بأنها علاقة بين الفرد والدولة كما يحددها قانون تلك الدولة وبما تتضمنه تلك العلاقة من واجبات وحقوق في تلك الدولة، وظهرت بوادر فكرة المواطنة قديماً مع ظهور المدن وتقدم واقع الإنسان الاقتصادي والاجتماعي بسبب اكتشاف الزراعة الذي أسهم في استقرار الجماعات البشرية وتأسيس المدن وبروز أنظمة الحكم والقوانين، ويذهب جانب كبير من الباحثين إلى اعتبار المدن اليونانية القديمة مثلاً واضحاً لبوادر فكرة المواطنة وكما هو الحال في اثينا كنموذج رغم احتكار الرجال الأحرار لحقوق وحرية المواطنة واستبعاد النساء والعبيد، ومع تغير الواقع الاقتصادي والاجتماعي عبر القرون تغيرت تبعاً له فكرة المواطنة فضاقت مفهومها عبر نشوء الإمبراطوريات ثم ارتبطت بالكنيسة والإقطاع حتى ظهور عصر النهضة ثم ظهور الثورة الصناعية والتحول نحو الرأسمالية الذي أسهم في نمو بذور الفكر الليبرالي.

أهمية الموضوع: تتمثل أهمية الموضوع بأنه يمس حقوق وحرية الأفراد من حيث توسيعها أو تقييدها ومن حيث فاعليتها، كما إن ان المفهوم الليبرالي للمواطنة يمثل المفهوم السائد اليوم في أغلب دول العالم وبالتحديد في الدول المتقدمة مع اختلاف في درجات تطبيقه، وكذلك تمثل الليبرالية نموذجاً للنظام الذي يراد نشره عبر العولمة، ويؤدي الفكر الليبرالي دوراً هاماً جداً في صياغة العالم الذي نعيشه اليوم ولاسيما بعد أن أصبحت له السيادة في العالم بعد انهيار الكتلة الاشتراكية.

إشكالية البحث: تظهر عبر طرح عدد من التساؤلات: ماهي حقوق وحرية المواطنة في الفكر الليبرالي؟ وما هو نطاقها؟ وكيفية تعامل الدساتير التي تأثرت بالفكر الليبرالي مع حقوق وحرية المواطنة؟ وهل المساواة والحرية حسب منظور هذا الفكر تحقق ممارسة فعلية للحقوق والحرية لكافة المواطنين؟.

نطاق البحث: تم التركيز بشكل أساس على الحقوق والحرية السياسية وعلى المساواة وعدم التمييز لأنها تمثل جوهر فكرة المواطنة، وعبر استعراض بعض الدساتير كنماذج تتجسد فيها المواطنة الليبرالية كدستور الولايات المتحدة الأميركية وبريطانيا وفرنسا.

منهجية البحث: قد استخدم المنهج التاريخي لعرض ظهور الفكر الليبرالي وتطوره، وأيضاً المنهج التحليلي من أجل توضيح أبعاد هذا الفكر، ونقاط القوة والضعف فيه، وما يترتب عليه من نتائج إيجابية وسلبية.

هيكلية البحث: تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مطالب الأول خصص للبحث عن أسس الفكر الليبرالي، والثاني تناول مفهوم المواطنة في الفكر الليبرالي وأثره على الحقوق والحريات، والمطلب الثالث والأخير تم تخصيصه لبيان خصائص مفهوم المواطنة في الفكر الليبرالي والنقد الذي تعرض له.

المطلب الأول

أسس الفكر الليبرالي

الليبرالية مصطلح يحمل أبعاداً متعددة نتيجة لاتساع هذا المفهوم واستيعابه معاني جديدة مع تقدم الواقع الاقتصادي والاجتماعي الذي نما به هذا الفكر وتطور.

Liberalism⁽¹⁾ مذهب سياسي يرى من المستحسن أن تزداد إلى أبعد حد ممكن استقلالية السلطة التشريعية والسلطة القضائية بالنسبة إلى السلطة التنفيذية، وأن يعطى المواطنون أكبر قدر من الضمانات في مواجهة تعسف السلطة، وهي مذهب اقتصادي يرى إن الدولة لا ينبغي لها أن تتولى وظائف صناعية ولا وظائف تجارية، وإنها لا يحق لها التدخل في العلاقات الاقتصادية التي تقوم بين الأفراد والطبقات⁽²⁾، فالليبرالية فلسفة سياسية واقتصادية تشدد على الحرية والمساواة وإتاحة الفرص⁽³⁾. فهي مذهب رأسمالي ينادي بالحرية في الميدان السياسي والاقتصادي... والليبرالية هي النظام السياسي المبني

(1) Liberalism: كلمة ليبرالية مشتقة من الكلمة اللاتينية liberalis اي ما يتفق مع الإنسان الحر ويتوافق مع الحرية الفردية، وتعني تحررية مذهب أنصار الحرية السياسية المذهب الحر، ينظر: موسوعة الهلال الاشتراكية، دار الهلال، 1968، ص 460؛ س.م. لحام، م.ا. ساسين، ا، فرح، القاموس السياسي ومصطلحات المؤتمرات الدولية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ص 219.

(2) اندريه لالاند، موسوعة لالاند الفلسفية، ج2، ترجمة: خليل احمد خليل، ط2، منشورات عويدات بيروت، باريس، 2001، ص 725.

(3) د. صقر أجبالي وآخرون، قاموس المصطلحات المدنية والسياسية، ط1، مركز اعلام حقوق الإنسان والديمقراطية (شمس)، د م، 2014، ص 113.

على التعددية الأيديولوجية والتنظيمية والحزبية والنقائية...⁽¹⁾ فهي تتضمن مجموعة مبادئ لها مغزى فكري واقتصادي وسياسي ودولي، فهي تعني حرية الفكر وفصل الدين عن الدولة والحرية الفردية في المنافسة والتعاقد، وهي حكم دستوري وتمثيلي وبرلماني وتدعو إلى السلام وتقرير المصير للشعوب⁽²⁾.

بوادر الليبرالية كانت من فكرة القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي الذي يؤكد وجود حقوق للأفراد سابقه على العقد وهم تنازلوا عن بعضها أو وافقوا على وضع قيود عليها من أجل ضرورة الاجتماع، ذلك هو الأساس الليبرالي الذي ستقوم عليه النظم الديمقراطية وتتبع منه أيضاً مشكلة ممارسة الديمقراطية كما يقول الدكتور بوردو ليست الديمقراطية إلا أداة لتحقيق الحرية بمعنى أنها غير قابلة للانفصال عن أساسها الليبرالي لأن غايتها إن تحمي وتؤمن تلك الحقوق التي كسبها الإنسان من القانون الطبيعي، وهي حقوق يقول عنها (أيسمان) فقيه الليبرالية الكبير أنها أسبق وأسمى من حقوق الدولة⁽³⁾.

ويعتبر البعض إن جون لوك هو المؤسس الحقيقي للفكر الليبرالي عبر دفاعه عن الملكية الدستورية في انكلترا، وعند لوك تظهر بشكل واضح فكرة الحقوق الطبيعية للأفراد التي يستمدونها من القانون الطبيعي السابق على القانون الوضعي وهذا القانون الطبيعي يفرض نفسه على الجميع فمنه يستمد الأفراد مباشرة حقوقهم الأساسية من ناحية، فضلاً عن انه يقيد المشرع بقيود دستورية لا يستطيع تجاوزتها من ناحية أخرى، ويؤكد لوك على العلاقة بين الحرية الفردية والملكية الخاصة فالاعتراف بمجال خاص مستقل فيه الفرد دون تدخل، فتصبح هنا الملكية الخاصة شرطاً لحرية الفرد⁽⁴⁾، ويصبح دور الحكومة هو حماية هذه الحقوق الأصيلة للأفراد دون التدخل في نشاط الأفراد الاقتصادي⁽⁵⁾.

(1) ينظر: عبد الوهاب كيالي وآخرون، الموسوعة السياسية، ج5، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، د ت، ص 566.

(2) د. حافظ علوان حمادي الدليمي، النظم السياسية في أوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية، ط1، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2001، ص31.

(3) المصدر نفسه، ص53.

(4) ينظر: حازم البلاوي، عن الديمقراطية الليبرالية قضايا ومشاكل، ط1، دار الشروق، القاهرة، 1993، ص12، 14.

(5) randall g. Holcombe & andrea m. Castillo, liberalism and cronyism. Mercatus center george mason university. 2013. P8.

فالملكية الخاصة والحرية الفردية ستصبحان ركيزة المذهب الليبرالي. وهناك من يرى إن في الفكر الليبرالي نوعين من الحرية، الحرية الفردية أو ما يطلق عليها الحرية المدنية وهي استقلال الفرد وحرية والاعتراف له بمجال خاص يتمتع فيه بحريته ولا يجوز للسلطة التدخل في هذا المجال أو التعدي عليه أو تجاوزه وهو حق طبيعي للفرد اكتسبه بالمولد، وهناك الحرية السياسية التي تعني إن الفرد له الحق في اختيار السلطة التي تحكمه، والفكر الليبرالي الحديث يعتبر النوع الأول من الحرية (الحرية الفردية) غاية والنوع الثاني (الحرية السياسية) وسيلة لتحقيق هذه الغاية⁽¹⁾. إن التركيز على الفرد وحرية هي جوهر الفكر الليبرالي والحرية الممنوحة هنا واسعة جدا ولكنها مشروطة بحدود حريات الآخرين وبالواقع الاقتصادي والاجتماعي للفرد، فلكل مواطن في الدولة فرص متكافئة (ولو نظرياً) في ممارسة الحريات السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ولابد من ذكر تقسيم آخر للحرية طرحه بعض مفكري الليبرالية وهو ما يسمى بالحرية السالبة والحرية الموجبة فالأولى تعني عدم قيام الآخرين بوضع العراقيل أو القيود أو التدخل أو الهيمنة على الافراد كما في دستور الأميركي الذي يحمي حرية التعبير من خلال منع الكونغرس من تمرير قوانين تتدخل بهذه الحرية، وكذلك ما يتعلق بحرية التجارة، فالحرية هنا تعني غياب التدخل، اما الحرية الموجبة وجود سلطة أو قدرة أو إمكان للفرد لاختيار أهدافه وأفعاله أي قدرة الفرد على تحقيق غاياته وهذا قد يتطلب نوع من تدخل من الدولة لتحقيق هذه الحرية، وداخل الفكر الليبرالي جدل حول اولوية وأهمية إحدى هذه الحريتين على الأخرى⁽²⁾

من الناحية التاريخية نمت الليبرالية في ظل الحروب الدينية في القرن السابع عشر وتأثرت بها بعمق، فالليبراليون يشككون بالانفعالات الدينية ويريدون أن يروضوها ويبقوها بعيدة عن الحياة العامة وهم يدافعون عن سياسية التسامح ويصورون الدين على اعتباره قضية شخصية خالصة لدى الأفراد فلا تتدخل الدولة به ولا تسمح له أن يشكل

(1) محمد الجوهري حمد الجوهري، النظام السياسي في الإسلام والفكر الليبرالي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993، ص 13.

(2) ينظر: جيسون برينن، مقدمة في الفلسفة السياسية، ترجمة: علي الحارس، ط1، مركز الرافدين للحوار، بيروت، 2019، ص 33، 34.

سياسات الدولة وتحرص على أن تظل تفصلهما عنه مسافة آمنة⁽¹⁾، هذه الحروب ولدت ردة فعل تجاه التوظيف السياسي للدين وما ينتج عنه من كراهية وتمييز بين أفراد المجتمع فضلاً عن الامتيازات التي يحصل عليها رجال الدين الذين أصبحوا طبقة مترفة تعيش على يؤس الفقراء.

وكذلك اقترن ظهور الليبرالية اقتراناً وثيقاً بانثاق ما كان يسميه كتاب القرن الثامن عشر بالطبقات التجارية وأتباعهم من برجوازية القرن التاسع عشر، وليس من الغريب إنها مارست دوراً اقتصادياً قوياً ودافعت عن مبدأ عدم التدخل أو (دعه يمر) أو النظرة التي ترى أن الدولة يجب أن تبقى بمنأى عن الحياة الاقتصادية للمجتمع، فالنظرة الليبرالية للسوق ترى أن آلياته الداخلية في تصحيح الاضطرابات والاختلالات تعمل أفضل حين يترك الأفراد أحراراً لكي يقرروا بأنفسهم ما يجب أن يعملوه بعملهم ومالهم⁽²⁾، فحركة التجارة والثورة الصناعية تركتا أثراً كبيراً على الجانب الاجتماعي وتبعاً لذلك على الجانب السياسي عبر ظهور طبقات جديدة واضمحلال طبقات قديمة كالطبقة الإقطاعية التي أصبح دورها يتراجع لصالح الطبقة البرجوازية الصاعدة بفعل التغيرات الاقتصادية الاجتماعية المتمثلة بالثورة الصناعية وظهور الرأسمالية، فإن التغيير في الجانب السياسي هو انعكاس لتغيرات اقتصادية اجتماعية ثقافية.

وكانت نظريات علماء الاقتصاد الإنكليز أهم الدعامات التي استند إليها الفكر الليبرالي وعلى رأس هؤلاء الاقتصاديين آدم سميث مؤلف كتاب ثروة الأمم وجماعة الكتاب الإنكليز والفرنسيين الذين عرفوا باسم الطبيعيين الفيزقراط ومنهم (كيناي) وقد تبلورت نظرياتهم الاقتصادية في فكر (ديفيد ريكاردو) مؤلف كتاب مبادئ الاقتصاد 1817⁽³⁾، فالليبرالية هي ايدولوجيا الطبقة البرجوازية التي استفادت من الثورة الفرنسية⁽⁴⁾.

(1) طوني بنيت، مفاتيح اصطلاحية جديدة معجم مصطلحات الثقافة والمجتمع، ترجمة: سعيد الغانمي، ط 1، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، 2010، ص 565.

(2) المصدر نفسه، ص 566.

(3) ينظر: د. أميرة حلمي مطر، الفلسفة السياسية من أفلاطون إلى ماركس، ط 5، دار المعارف، القاهرة، 1995، ص 78.

(4) جان توشار، تاريخ الأفكار السياسية، ج 3، ترجمة: د ناجي الدراوشة، ط 1، دار التكوين، دمشق، 2010، ص 679.

هذا التطور الذي هو نتاج للتغيرات المذكورة سابقاً ولد عنها ما عرف بالديمقراطية الليبرالية، وهي تعني إن المؤسسات السياسية تركز على المبادئ الجوهرية التالية: سيادة شعبية، انتخابات، برلمانات، استقلالية القضاة، حريات عامة، تعددية حزبية، بفضل هذه المبادئ ينعم المواطنون بهامش كبير جدا من الاستقلالية وبوسائل ضغط فعالة على الحكام⁽¹⁾.

فالليبرالية شكلتها مجموعة عوامل متشابكة تتداخل فيها الجوانب التاريخية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية والسياسية... ولا زالت هذه العوامل تمارس تأثيراً كبيراً في إعادة صياغة هذا الفكر في الواقع المعاصر.

المطلب الثاني

مفهوم المواطنة في الفكر الليبرالي وأثره في الحقوق والحريات

تعد الثورة الأميركية والثورة الفرنسية ثورات برجوازية تعبر عن الفلسفة الليبرالية ومثلها كحماية الحريات المهنية وحرية الفكر والدين والاجتماع والرقابة على السلطة الحاكمة بوساطة ممثلين منتخبين... وقد بدت هذه المبادئ واضحة في وثيقة إعلان الاستقلال الأميركي 1776 حيث جاء فيها (إن الناس قد خلقوا سواسية وانه لا ينبغي للسلطة إن تسلبهم حقوقهم الطبيعية في الحياة والحرية والسعادة وانه من أجل ذلك أقيمت الحكومات التي تستمد سلطتها من رضا المحكومين وانه من حق الشعب أن يغير هذه الحكومات إذا ما انقلبت هادمة لتلك الحريات) وكان من أبرز ممثلين هذه الأفكار في القرن الثامن عشر في أمريكا (توماس جيفرسون) و(توماس بين)⁽²⁾.

ونص إعلان فرجينيا للحقوق 1776 على مجموعه من الحقوق والحريات الشخصية ومن المبادئ التي أرساها هذا الإعلان حرية العقيدة وحرية الصحافة والنشر وحق المتهم في محاكمة علنية وسريعة، ونص الدستور الأميركي 1787 في ديباجته على (نحن شعب الولايات المتحدة رغبة منا في إنشاء اتحاد أكثر كمالاً وفي إقامة العدالة ولضمان الاستقرار الداخلي... نضع هذا الدستور للولايات المتحدة الأميركية) وهذا يعبر عن مبدأ

(1) موريس دوفرجيه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، ترجمة: جورج سعد، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1992، ص36.

(2) د أميرة حلمي مطر، مصدر سابق، ص77.

سيادة الشعب أو حكم الشعب، فالشعب هو من وضع الدستور عن طريق ممثليه وهو من وافق على وثيقة الدستور تعبيراً عن مفهوم بان السلطة في شكلها النهائي لا تتركز في يد الحكومة أو يد أي مسؤول حكومي بل في يد الشعب⁽¹⁾ في تحول جذري في شرعية السلطة واستنادها إلى إرادة المواطنين، فنصت المادة الأولى على انتخاب السلطة التشريعية من قبل الشعب وفي المادة الثانية أناط السلطة التنفيذية برئيس الولايات المتحدة الأمريكية الذي ينتخب بصورة غير مباشرة من قبل الشعب، فالمواطنون أصبحوا هم أساس اختيار السلطات.

وفي سنة 1789 بعد صدور الدستور الأمريكي بعامين تم إجراء تعديلات على الدستور وعرفت هذه التعديلات الأولى بإعلان الحقوق الأمريكي تمييزاً له عن مثيله الإنكليزي وقد كفلت هذه التعديلات عدداً من الحريات الأساسية للشعب الأمريكي كحرية التعبير والصحافة والتجمع والتنظيم والاجتماع وحرية العبادة وعدم جواز تفتيش ممتلكات أحد من الناس أو الحجز عليها دون سند قانوني ولا يجوز حرمان أي شخص من حقوقه في الحياة والحرية والملكية إلا بمقتضى قانون...⁽²⁾.

وكانت الثورة الفرنسية الثورة البرجوازية المعبرة عن الفكر الليبرالي في أوروبا تلك الفترة حيث تم إصدار إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789 الذي نص على أن الناس يولدون أحراراً متساوين في الحقوق، وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والسلامة ومقاومة الاستبداد، والحرية تحددت كحق (عمل كل شيء لا يضر بالآخرين) فلا حدود لها بالتالي إلا حرية الآخرين، وعلى إن حقوق الإنسان طبيعية وان غاية كل اجتماع سياسي المحافظة عليها⁽³⁾، وأصبحت ألامه هي أساس كل سيادة، وكذلك أكد على حق المواطن الأصل في التشريع أي بمعنى حق كل مواطن أن يشارك في وضع القانون سواء

(1) جريج راسل، الدستورية وما يترتب عليها، في: الديمقراطية الأمريكية التاريخ والمرتكزات، مجموعة دراسات بعنوان أوراق ديمقراطية، نشرتها وزارة الخارجية الأمريكية، ترجمة: حسن عبد ربه المصري، ط2، المركز القومي للترجمة، القاهرة، 2009، ص31.

(2) ينظر: محمد يونس، موجز تاريخ الحرية وحقوق الإنسان والمواطن، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، 2011، ص ص 78-81.

(3) ينظر: ألبير سوبول، تاريخ الثورة الفرنسية، ترجمة: جورج كوسي، ط4، منشورات عويدات، بيروت باريس، 1989، ص157 إلى ص159.

بشكل مباشر أو عن طريق من ينوب عنه عبر نصه على إن القانون تعبير عن الإرادة العامة وإن القانون ينطبق على جميع المواطنين دون استثناء أو ارتباط بالوضع الطبقي أو الديني أو الاجتماعي أو غيره من أشكال التمييز فالمواطنون جميعاً متساوون أمام القانون، وأكد الإعلان على ضمان حقوق المتهم وعلى حرية العقيدة وعدم التدخل في عقائد المواطنين لمنع تكرار ما عانته فرنسا من صراعات طائفية في القرن السادس عشر، وأكد الإعلان على حق كل مواطن في حرية التعبير وتنظيم الضرائب وعدالتها⁽¹⁾، لقد ربط الإعلان ربطاً محكماً بين الحرية والمساواة، ولكنها تعني المساواة المدنية فالقانون واحد للجميع وجميع المواطنين متساوون أمامه فالرتب والوظائف والأعمال كلها في متناول الجميع دون تمييز في المولد والفوارق الاجتماعية لم تعد قائمة إلا على النفع العام وعلى الفضائل والموهب، والضريبة الضرورية يجب أن توزع على سائر المواطنين بالنسبة لقدراتهم، ولم تعد الدولة غاية بحد ذاتها فلا غاية لها إلا المحافظة على حرية المواطنين والتمتع بحقوقهم، والأمة: أي مجموع المواطنين أصبحت هي السيدة، والقانون تعبير عن إرادة المجموع⁽²⁾.

إن الإعلان أكد على مبدئين كبيرين للتنظيم السياسي، مبدأ سيادة الأمة ومبدأ الفصل بين السلطات، فالسيادة لم تعد للملك كما كانت في العهد القديم ولا للأفراد التي تتألف منهم الجماعة وإنما مستقرها الأمة بوصفها كائناً مستقلاً عن المواطنين التي تتألف منهم باعتبارها شخصاً قانونياً، وهذا تعبير عن رؤية الطبقة البرجوازية (في تلك الفترة) في رفضها للملكية المطلقة والديمقراطية البحتة فأصبح الانتخاب ليس عاماً وليس حقاً بل واجباً ووظيفة تقلدها الأمة للأشخاص الذين تتوفر فيهم أهلية مباشرتها، وأما مبدأ الفصل بين السلطات فهو ضمانه ضد تعسف الحكومة وسوء استعمالها لسلطتها، فالسلطة تحدد السلطة⁽³⁾ وبالتالي حماية للمواطنين وضمانة من احتكار السلطات وما يترتب عليه من مساس بحقوق المواطنين وحياتهم.

إن الليبرالية السياسية مختصرة بكاملها في المادة الأولى لإعلان حقوق الإنسان

(1) ينظر: محمد يونس، مصدر سابق، ص 78.

(2) ينظر: ألبير سوبول، مصدر سابق، ص 159.

(3) موريس دوفرجيه، دساتير فرنسا، ترجمة: احمد حسيب عباس، مكتبة الآداب، القاهرة، 2014، ص 42.

والمواطن: يولد البشر أحرارا ومتساوين في الحقوق. فكلمتا الحرية والمساواة تعبران عن أساس الايدولوجية الليبرالية...، فالايولوجية الليبرالية هي فردانية مرتكزة على البحث عن المصلحة الشخصية إذ تؤكد إنها السبيل الأفضل لتحقيق المصلحة العامة⁽¹⁾، فاعلان حقوق الإنسان والمواطن يعد تطبيقاً للفكر الليبرالي حسب تطوره في تلك الفترة، وحدث تحول جذري في دستور سنة 1791 حيث انطلق الدستور من مبدأ الحقوق الطبيعية والمدنية وأكد على الصلة بينه وبين إعلان حقوق الإنسان والمواطن ومن هنا فإن الشعب أصبح هو مصدر السيادة، كل سلطة تنبع من الأمة وتمارسها من خلال ممثليها الهيئة التشريعية والملك⁽²⁾ فصار الملك يستمد سلطته من الأمة ومن الجائز عزله في بعض الأحوال⁽³⁾.

ازدهرت الليبرالية في انكلترا التي أصبحت في القرن التاسع عشر أعظم بلد أخذ بالتصنيع، ونجحت الليبرالية في أن تصبح فلسفة وطنية تتبنى مبادئ إصلاح ترضي الطبقة العاملة وتحمي مصالح الطبقة المتوسطة وتحقق حرية التجارة واتسعت لتصبح حلقة وصل بين الدعوة إلى الفردية المميزة لعصر الثورة الفرنسية وبين الفلسفات الداعية لفائدة المجموع والمواءمة بين المحافظة على الحريات السياسية والمدنية للفرد وبين التغييرات اللازمة لتقدم سياسة التصنيع⁽⁴⁾.

ومع انتشار الليبرالية في كثير من البلدان بقيت هناك عوائق أمام تحقيق الحرية والمساواة لكل المواطنين وهذه العوائق مثل الجنس واللون والملكية كانت تمنع كثير من أفراد المجتمع من المشاركة السياسية والتي تعد أهم ما يميز المواطن عن غيره، ولكن مع مرور الزمن والتغيرات الاجتماعية وظهور الأفكار المناوئة لليبرالية كالاشرائية أصبحت هذه العوائق تضمحل تدريجياً، فمثلا منع المرأة من المشاركة في الانتخابات قد زال تدريجياً فمنحت المرأة حق التصويت في استراليا سنة 1902 وفي أمريكا سنة 1920 وفي

(1) ينظر: موريس دوفرجه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق ص180.

(2) عبد الرحمن عبد الغني، مدخل في تاريخ الديمقراطية في أوروبا، مواطن المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية، رام الله، 2010، ص99.

(3) موريس دوفرجه، دساتير فرنسا، مصدر سابق، ص44.

(4) د أميرة حلمي مطر، مصدر سابق، ص77.

بريطانيا سنة 1928 وفي فرنسا سنة 1944⁽¹⁾، أما عائق اللون والعرق فقد زال أيضاً تدريجياً فقد تم إلغاء استرقاق جميع السود في المستعمرات الفرنسية 1791 أي بعد الثورة الفرنسية واعتبار جميع الناس المقيمين في المستعمرات الفرنسية دون تمييز في اللون مواطنون فرنسيون ويتمتعون بالحقوق التي يضمنها الدستور، إلا إن نابليون أعاد الرق من جديد وثم صدر قانون في سنة 1848 بإلغاء الرق في المستعمرات الفرنسية، وقامت بريطانيا بدور كبير في إلغاء الرق حيث منعت تجارة العبيد في المستعمرات البريطانية وتم إقرار هذا المنع في مؤتمر فيينا 1815، وفي 1831 اتفقت الدول الأوربية على اعتبار تجارة الرقيق من أعمال القرصنة البحرية، وفي سنة 1833 قرر مجلس العموم إلغاء الرق في المستعمرات البريطانية، وفي أمريكا حالت الخلافات بين ممثلي الولايات دون إلغاء الرق بالدستور الأمريكي وقامت الولايات الشمالية بإلغاء الرق بينما استمر في الولايات الجنوبية ولم يتم إلغاء الرق في كامل الولايات الأمريكية إلا سنة 1863⁽²⁾ وتبنى التعديل الرابع عشر للدستور الأمريكي الذي تم التصديق عليه سنة 1868 مبدأ عدم التمييز بين المواطنين حيث يتساوى الجميع بصرف النظر عن لونه أو دينه أو أصله حيث نصت الفقرة الأولى من التعديل على أن (جميع الأشخاص في الولايات المتحدة أو المتجنسين بجنسيتها والخاضعين لسلطتها يعتبرون من مواطني الولايات المتحدة ومواطني الولاية التي يقيمون فيها ولا يجوز لأي ولاية أن تضع أو تنفذ أي قانون من شأنه أن ينتقص من مزايا أو الحصانات من مواطني الولايات المتحدة وكما لا يجوز لأي ولاية أن تحرم أي شخص من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون تطبيق القانون على الوجه الاكمل ولا يجوز لها أن تحرم أي شخص خاضع لسلطتها من المساواة في الحماية أمام القانون)⁽³⁾.

في بريطانيا سمح للكاثوليك دخول البرلمان سنة 1829، واليهود في سنة 1859⁽⁴⁾،

(1) ينظر: لين هانت، نشأة حقوق الإنسان، ترجمة: فايقة جرجس حنا، ط 1، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2013، ص 155.

(2) ينظر: عبد السلام الترماني، الرق ماضيه وحاضره، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1978، ص 155-170.

(3) د. محمود عبد المنصف علي السيد، مبدأ المواطنة بين دساتير الدول العربية والاجنبية، ط1، دار الكتب والدراسات، د.م، 2016، ص 250.

(4) موريس دوفرجه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق، ص 209.

وتم التخلص تدريجياً من شرط الملكية للتصويت في انكلترا في سنة 1832 حيث خففت القيود المالية لحق التصويت فازدادت نسبة من يحق له المشاركة في الانتخابات من المواطنين وتكررت هذه الإصلاحات في سنوات 1867 و1884 ولكن حق التصويت غير المقيد بشروط مالية لم يتقرر إلا في سنة 1918⁽¹⁾، ويتضح إن الأفكار الليبرالية أدت دوراً مهماً في إلغاء الرق وفي زيادة الوعي في أهمية الحرية والمساواة وعدم التمييز على أساس اللون، وأسهمت في تحرير المجتمعات الأوروبية من القيود الدينية والمذهبية التي كانت تحكمها وما تعانيه الأقليات في تلك المجتمعات وأيضاً أسهمت في تحرير المرأة ومنحها حقوقها السياسية والاجتماعية كما هو حال الرجل، إن المساواة والحرية هي أساس المذهب الليبرالي وهي ما كرسته الثورات الأميركية والفرنسية وثم الإصلاحات التدريجية التي حدثت في ما بعد، ولا بد من توضيح لهذين المفهومين لكي نكون على بينة من مفهوم المواطنة حسب طرح هذه المدرسة الفكرية المهمة.

إن مسيرة المساواة والحرية في النظام الليبرالي حتى بعد إقرارها في الدساتير لم تكن سهلة ولم تظهر دفعةً واحدة بل مرت بمراحل تطور والولايات المتحدة الأميركية تمثل نموذجاً لذلك، فحتى بعد إلغاء الرق وإعطائهم حق الجنسية وحق الانتخاب بعد ذلك، إلا أن السود لم يحصلوا على مساواة تامة مع البيض بسبب عدد من القوانين التي سنتها الولايات الجنوبية فيها تمييز عنصري وفصل بين السود والبيض في أغلب مظاهر الحياة وأيضاً منعتهم بصورة غير مباشرة من المشاركة في الانتخابات وأصدر الكونغرس في سنة 1875 قانوناً حول الحقوق المدنية يمنع فيه أي فرد من حرمان المواطنين من أي عرق أو لون من المعاملة المتساوية في المرافق العامة كالحنانات والمسارح... ولكن في سنة 1883 أعلنت المحكمة العليا إن هذا القانون مخالف للدستور وبررت ذلك بأن التعديل الـ14 للدستور يحرم التمييز العنصري من قبل الولايات وليس من قبل الأفراد ولا يستطيع الكونغرس أن يحظر أعمال التمييز العنصري التي يقوم بها الأفراد.

وفي سنة 1896 كان القرار الأهم من المحكمة العليا حول الفصل والمساواة حين تبنت ولاية لويزيانا قانوناً يجيز وجود عربات قطار منفصلة للبيض والسود، وقد أيدت

(1) ينظر: عصمت سيف الدولة، النظام النيابي ومشكلة الديمقراطية، دار الموقف العربي للصحافة والنشر والتوزيع، د.م، 1991، ص 105.

المحكمة العليا هذا القانون وبينت في حكمها بان الفصل المفروض بين العرقين لم يسم العرق بشارة دونية، وقد ثبتت بذلك عقيدة التمييز العنصري تحت مسمى (منفصلون ولكن متساوون)⁽¹⁾، فمشكلة التمييز استمرت يدعمها أساس ثقافي سائد في الولايات الجنوبية، فالأفكار الليبرالية واجهت صعوبات جمة وأصبح الدستور والقانون عرضه لتفسيرات متناقضة حول المساواة والتمييز، فلا يفهم كيف يكون هناك فصل عرقي دون أن يرافقه نظرة دونية إلى العرق الآخر وإلا لماذا يتم رفض الاختلاط معهم، ثم تعود المحكمة العليا في سنة 1954 لتحكم بان الفصل العنصري في المدارس الرسمية هو مخالف للدستور ووجه ضربة لمفهوم (منفصلون ولكن متساوون) وفي سنة 1964 أصدر الكونغرس قانوناً حول الحقوق المدنية وبموجبه تم حظر التمييز بين الأشخاص على أساس اللون والعرق والدين والأصل في كل المرافق الحكومية وغير الحكومية وحظر وضع أي شروط للاقتراع في الانتخاب التي كانت عدد من ولايات الجنوب تضعها لاستبعاد السود، كل هذه الإصلاحات كان ثمرة نضال حركات الحقوق المدنية⁽²⁾ وزيادة الوعي بمعنى المساواة بين المواطنين والعدالة والحريات المدنية.

وكذلك الأمر بالنسبة للمرأة حيث لم يتم التعامل معها كمواطنة مساوية لمواطنة الرجل إلا بعد فترات طويلة من إقرار المساواة بين الأشخاص كنص في الدستور الأمريكي فالشخص كان ينصرف إلى الرجل دون المرأة حسب التفسيرات الدستورية والقانونية في تلك الفترة، وحتى بعد حصولها على حق الانتخاب وكما ذكر سابقاً لم يسمح لها أن تصبح من ضمن المحلفين في المحاكم وأكدت المحكمة العليا سنة 1932 بمنع المرأة من الانضمام إلى هيئة المحلفين ثم تغير هذا الأمر في منتصف الستينات⁽³⁾.

إن القول بأن البشر يولدون متساوين في الحقوق يعني بأنه لا أحد يستطيع أن يفيد بالوراثة من حقوق وامتيازات تجعله متفوقاً على الآخرين، فقد أعيد النظر بشكل جذري بالمجتمعات الارستقراطية المبنية على هيمنة النبالة أو سلطان الوراثة، إذا كان كل الناس

(1) ينظر: رياض طيارة، أمريكا والحريات، ط1، رياض الريس للكتب والنشر، د.م، 2013، ص60؛ كتاب أحرار في النهاية (حركة الحقوق المدنية في الولايات المتحدة) ص20، على موقع <http://iipdigital.usembassy.gov/arabic/#axzz3kad5S9M4> تاريخ الزيارة 2021/6/25.

(2) ينظر: رياض طيارة، مصدر سابق، ص66.

(3) ينظر: د. رياض القرشي، النسوية، ط1، دار حضرموت للدراسات والنشر، المكلا، 2008، ص124.

متساوين فلن يكون هناك أية سلطة خارجية عليهم تستطيع إن ترغمهم على الخضوع فالسلطة لا يمكن إن تركز إلا على موافقة أفراد المجتمع، لا أحد يسعه ممارسة السلطة إلا بموافقة المواطنين الذين يفوضون حق قيادتهم المنظومة التمثيلية والانتخابات تنتج عن ذلك⁽¹⁾، فأصبح حق الانتخاب والترشيح مكفولاً للجميع دون أي تمييز وراثي لا دخل لإرادة الإنسان فيه بل وجد ذاته في ظل بيئة معينة وطبقة اجتماعية أو لون أو دين أو مذهب أو جنس، فالحقوق لا ترتبط بها.

وأما المساواة في الجانب الاقتصادي فتعني المساواة في حق استعمال ما يملكون من أدوات إنتاج ووسائله في أي ميدان شاءوا دون تدخل من جانب الدولة حتى ولو كان الدافع للإنتاج هو الربح الذاتي لا مصلحة الجماعة والمساواة المدنية أن يكون كافة أفراد المجتمع متساوين أمام القانون حيث يخاطبهم القانون بصورة متساوية دون أي اعتبارات للفرقة والاختلاف فيما بينهم وترتبط بها المساواة أمام القضاء⁽²⁾.

الحرية المدنية تعني بأن كل إنسان من حقه أن يفكر وأن يعبر عن نفسه وأن يتصرف كما يشاء، وحرية الآخرين هي مبدئياً الحد الوحيد لحرية كل إنسان ويمكن التمييز بين الحرية المدنية والحرية العامة فالحرية المدنية حريات الشخص تتعلق بالنشاط الخاص ولكن يمكن استخدامها كذلك في المجال السياسي، ومن هذه الحريات حرية المسكن وحرمة المسكن وحرية المراسلات حرية السير والتنقل وأيضاً الحريات العائلية حرية الزواج حرية تربية الأطفال والطلاق أما الحريات العامة فتتعلق بالنشاط الجماعي، أي: علاقات المواطنين في ما بينهم وتشمل أساساً حرية الصحافة ووسائل التعبير الأخرى وحرية الاجتماع والتظاهر وإنشاء الجمعيات⁽³⁾، فالحرية المدنية هي الحقوق الفردية التي يضمنها الدستور فهي بمثابة الحصانات القانونية والدستورية للمواطن في مواجهة الحكومة، وترتبط الحريات المدنية ارتباطاً وثيقاً بمبدأ الحكومة المقيدة فهي تمثل الحريات التي لا يمكن للسلطة أن تنتهكها وهي مع ذلك نسبية وليست مطلقة⁽⁴⁾، فهناك

(1) موريس دوفرجيه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق، ص 181.

(2) ينظر: د عثمان بن صالح العامر، المواطنة في الفكر الغربي المعاصر، دراسة نقدية من منظور إسلامي، مجلة جامعة دمشق، العدد الأول، المجلد التاسع عشر، 2003، ص 235.

(3) ينظر: موريس دوفرجيه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، مصدر سابق، ص 182.

(4) ينظر: لاري الويتز، نظام الحكم في الولايات المتحدة، ترجمة: جابر سعيد عوض، ط1، الجمعية

انحسار في تدخل الدولة في هذه الشؤون فقد كانت الدولة الخاضعة للفكر الكنسي تتدخل في هذه الشؤون فلم يكن هناك اعتراف بحق الفرد وحرية في هذه المجالات وهذا يبين حجم الانقلاب الذي حدث في المجتمعات التي ظهرت فيها الأفكار الليبرالية وحكمتها حيث أصبح الفرد ونشاطه الخاص موضع احترام وأصبح يتسع هذا المجال على حساب انحسار دور الدولة التي أصبحت حارس للحقوق والحريات، فالمواطن حسب النظرة الليبرالية يحصل على حقوق وحريات متساوية دون أي اعتبار لخلفيته الدينية أو المذهبية أو العرقية أو على أساس الجنس، فهو مواطن كامل الحقوق والحريات ويملك الحرية في ممارسة ما يريد من نشاطات اقتصادية وسياسية وفكرية واجتماعية بشرط عدم المساس بحريات الآخرين وحقوقهم وهذه ميزة الفكر الليبرالي، فلا يوجد أي تمييز على ما لم يختاره الإنسان أو ما يختاره فيما بعد من أفكار وممارسات لا تمس حريات الآخرين فهنا يتم تحرير الإنسان من حيث النظرة إليه من أي هويات أخرى والنظر إلى جوهر الهوية الإنسانية فقط فالمواطن هنا لا تنتقص حقوقه وحرياته بسبب تبنيه ديناً أو مذهباً معيناً أو انتمائه إلى حزب معين أو جمعية معينة، فحقوق المواطنة تبقى مضمونة رغم تغير أفكار الشخص وعقائده وتوجهاته، وكل هذا بشرط عدم المساس بحريات الآخرين.

ويمكن القول بأنه في إطار النظام السياسي الليبرالي يستطيع كل مواطن أيضاً كانت انتماءاته ورؤاه الثقافية المختلفة المشاركة بشكل مباشر وغير مباشر في العملية السياسية وان الديمقراطية أو كما يسميها البعض بالقاعدة الأساسية لحرية التعبير بما يضمن الانفتاح على الخطابات الليبرالية هي النظام السياسي الوحيد الذي يسمح ولو بشكل متراض بإقامة مجال تعدد للثقافات المختلفة والمتصارعة⁽¹⁾.

ونتيجة للأفكار الليبرالية والديمقراطية التي طرحها الثورتان الأمريكية والفرنسية دخلت الحقوق والحريات العامة مرحلتها الدستورية، فأصبح تضمين الدستور الحقوق والحريات من مقومات الدستور الديمقراطي وكذلك التداول السلمي للسلطة والسيادة

←

المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 1996، ص 238.

(1) د اميمة عبود، مفهوم المواطنة في الخطاب الليبرالي المعاصر، في: علاء أبو زيد، وهبة رؤوف عزت، المواطنة المصرية ومستقبل الديمقراطية، أعمال مؤتمر السنوي السابع عشر للبحوث السياسية 2003، ط1، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2005، ص 79.

الشعبية والفصل بين السلطات والسلطة القضائية المستقلة⁽¹⁾ فالتجارب الليبرالية أكدت على الحقوق والحريات عبر تضمينها في الدستور وكذلك من خلال وضع ضمانات لحماية حقوق وحريات المواطنين.

في الدستور الأميركي نص التعديل الأول (لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحد من حرية الكلام أو الصحافة، أو من حق الناس في الاجتماع سلمياً، وفي مطالبة الحكومة بإنصافهم من الإجحاف (هذا التعديل يمنع الكونغرس من إقامة دين أو اعتماده رسمياً في الولايات المتحدة وقد فسر على أنه يمنع تأييد الحكومة أو دعمها للمعتقدات الدينية، فليس هناك دين رسمي للدولة في أمريكا ولا يجب على الحكومة أن تبدي تفضيلاً لأحد الأديان على غيره بل يجب عليها أن لا تتحيز إلى أي منها فلا يجوز أن تكره أي شخص على الالتزام بعقيدة دينية معينة أو ممارسة شعائر دينية معينة، ولا يجوز للكونغرس إقرار قوانين تحد من حرية العبادة وحرية الكلام والصحافة أو تمنع الناس من الاجتماع بشكل سلمي⁽²⁾).

وفي التعديلات الرابعة والخامسة والسادسة والسابعة والثامنة تم تثبيت وتأكيد حقوق لحماية المواطنين المتهمين في الجرائم من التعرض لإجراءات الحكومية غير القانونية أو للإكراه، فيشترط التعديل الرابع إن يكون هناك إذن للتفتيش وإن يكون صادراً من قاضٍ بعد تأكد السلطات من صحة القضية، والتعديل الخامس نص على عدم جواز إكراه أي شخص على أن يشهد ضد نفسه في قضية جنائية، وذهب التعديل السادس على حق المتهم في الحصول على محامٍ في القضايا الجنائية وعلى سرعة المحاكمة أمام هيئة محلفين غير متحيزة⁽³⁾، ونص التعديل السابع على المحاكمة في القضايا المدنية أمام هيئة

(1) سرهنك حميد صالح، مقومات الدستور الديمقراطي واليات المدافعة عنه، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسية، جامعة صلاح الدين، 2007، ص 75، 51.

(2) حول أمريكا، دستور الولايات المتحدة مع ملاحظات توضيحية، ص 66 على موقع مكتب برامج الإعلام الخارجي، وزارة الخارجية الأمريكية <http://iipdigital.usembassy.gov/arabic/book#axzz3uxy0ZApf>، تاريخ الزيارة 2022/7/15؛ لاري الويتز، مصدر سابق، ص 237.

(3) المصدر نفسه، ص 242 و 243.

محلّفين إذا كانت قيمة المتنازع عليه قد تجاوز مبلغا معين، والتعديل الثامن نص على عدم جواز طلب كفالات باهظة ولا فرض غرامات باهظة ولا إنزال عقوبات قاسية وغير مألوفة، وأكد التعديل التاسع (إن تعداد الدستور لحقوق معينة لا يجوز أن يفسر على أنه إنكار لحقوق أخرى يتمتع بها الشعب أو انتقاصا منها) حيث خشي بعض المواطنين من أن يفسر إدراج بعض الحقوق في وثيقة الحقوق (التعديلات العشرة) على أن حقوقا أخرى لم تأت الوثيقة على ذكرها لا يحميها الدستور، وقد أقر هذا التعديل لتجنب هذا التفسير⁽¹⁾.

وأكد دستور ألمانيا لسنة 1949 على حماية حقوق المواطنة وحرّياتها فنص على المساواة أمام القانون وان الرجال والنساء متساوون في الحقوق ودعم الدولة لتنفيذ الفعلي للمساواة بين الرجال والنساء وعدم التمييز على أساس الجنس والعرق أو اللغة أو المعتقد أو الأفكار الدينية والسياسية، وعلى إن الشعب هو مصدر جميع السلطات في الدولة ويمارسها عبر الانتخاب، وعلى حق كافة المواطنين في مقاومة أي شخص يحاول القضاء على هذا النظام الدستوري، ونص على مساواة المواطنين في العمل في المؤسسات العامة كُّل حسب مؤهلاته وقدراته، ولا يتوقف التمتع بالحقوق المدنية والسياسية أو القبول لشغل الوظائف العامة على العقيدة الدينية للشخص⁽²⁾.

ونص دستور فرنسا 1958 في ديباجته (يعلن الشعب الفرنسي تمسكه بحقوق الإنسان ومبادئ السيادة الوطنية مثل ما حددها إعلان 1789 وكما أكدت عليها وأكملتها ديباجة دستور 1946...) وإعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789 في مواده السبع عشرة نصت على جملة من الحقوق والحرّيات وكما سبق ذكرها وهي ذات طابع ليبرالي، ونصت ديباجة دستور 1946 (يعلن الشعب الفرنسي مجددا أن كل إنسان يملك حقوقا مقدسة وثابتة دون تمييز على أساس الأصل أو الدين أو العقيدة.. ويكفل القانون للمرأة في جميع المجالات حقوقا متساوية مع الرجل، وكل شخص لديه واجب العمل والحق في العمل ولا يجوز أن يعاني أي شخص من الضرر في عمله أو وظيفته بحكم أصله أو آرائه أو معتقداته، ويحق لكل شخص أن يدافع عن حقوقه ومصالحه من خلال العمل النقابي والانضمام إلى النقابة من اختياره، ويشارك كل عامل من خلال وساطة ممثليه في التحديد الجماعي لشروط

(1) حول أمريكا، مصدر سابق، ص 69.

(2) ينظر: المواد 3، 20، 33 من دستور ألمانيا 1949.

العمل وكذلك في إدارة المؤسسات، تهيئ الأمة للفرد والأسرة الظروف اللازمة لتنميتها، الضمان لكل المواطنين وخاصة الأطفال والأمهات والمسنين حماية صحتهم والأمن المادي والراحة والترفيه، وحق غير القادرين على العمل في الحصول على وسائل مناسبة من المجتمع لوجودهم، وتعلن الأمة التضامن والمساواة لكل الفرنسيين في تحمل الأعباء الناجمة من الكوارث القومية، وتضمن الأمة فرصاً متساوية للأطفال والكبار في التعليم والتدريب المهني والثقافة وتوفير التعليم المجاني العام والعلمي على جميع المستويات من واجب الدولة، تشكل فرنسا مع شعوب ما وراء البحار اتحاداً يقوم على المساواة في الحقوق والواجبات دون تمييز بسبب العرق أو الدين..).

ونصت المادة 1 من دستور 1958 (الجمهورية الفرنسية جمهورية غير قابلة للتجزئة، علمانية ديمقراطية واشتراكية، تكفل المساواة بين جميع المواطنين أمام القانون دون تمييز في الأصل أو العرق أو الدين، وتحترم جميع المعتقدات، وتعزز التشريعات المساواة بين الرجال والنساء في تقلد المناصب والوظائف الانتخابية وكذلك المناصب ذات المسؤوليات المهنية والاجتماعية)، يتضح من هذه النصوص إن حقوق المواطنة وحرّياتها في فرنسا لا زالت مبنية على أسس إعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789، وهو إعلان ذو صبغة ليبرالية حيث ركز على الحرية الفردية والملكية وخلا من ذكر الحق في العمل أو الضمان الاجتماعي والرعاية الاجتماعية والحق في التعليم بينما نجد ديباجة دستور 1946 تؤكد على الحق في العمل والضمان الاجتماعي والعمل النقابي، ونصت المادة 1 من دستور 1958 على أن الجمهورية الفرنسية ديمقراطية اشتراكية، فيلاحظ هنا تحول نحو الحقوق الاقتصادية والاجتماعية ومزجها مع الحقوق والحرّيات الليبرالية الكلاسيكية، فقد كانت الحقوق والحرّيات التي اهتمت بها الليبرالية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر هي الحقوق المدنية والسياسية أي الحقوق الكلاسيكية أو ما يطلق عليه بالجيل الأول من حقوق الإنسان ولكن في القرن العشرين حدث تحول مهم باتجاه مراعاة الحقوق الاجتماعية والاقتصادية وان وراء هذا التحول عوامل مهمة لعل أهمها تأثير الفكر الاشتراكي بعد وصوله إلى السلطة في روسيا، ويذهب بعض الباحثين إلى اعتبار الأزمة الاقتصادية سنة 1929 التي أصابت العالم الغربي بالركود وإفلاس بنوك وشركات كثيرة وزيادة كبيرة في البطالة قد أعاد البحث حول المساواة، وكان العالم الاقتصادي كينز قد وجه نقداً شديداً للمدرسة الكلاسيكية في الاقتصاد (التقليل قدر المستطاع من تدخل

الدولة في الاقتصاد) وقد تبنت العديد من الدول توجهها اقتصاديا جديدا (يقوم على تدخل الدولة في الاقتصاد في قطاعات عديدة منه) وبذل الجهود في محاولة تحقيق المساواة من خلال توفير مجموعة من التشريعات والنظم التأمينية ضد المرض والبطالة وتقدم الخدمات اللازمة في مجالات التعليم والصحة...⁽¹⁾ فأصبح واجب الدولة تركيز جهودها لتحقيق العمالة الكافية والنمو الاقتصادي والرعاية الاجتماعية لكل مواطنيها واستخدام سلطة الدولة بحرية سواء في العمل جنبا لجنب في السوق الاقتصادي أو التدخل في تلك الأسواق، وتم فعليا تدخل الدولة في السياسة الصناعية، وفرضت معايير الأجر الاجتماعي عبر أنظمة رفاه ورعاية اجتماعية متنوعة كالرعاية الصحية والتعليم الخ سميت هذه بالليبرالية المتجذرة أو الراسخة أو الثابتة⁽²⁾ فلم يعد دور الدولة سلبياً أي يكتفي بمجرد الحارس لحقوق المواطنين المدنية والسياسية بل تعدى ذلك إلى دور إيجابي يتمثل في ضرورة رعاية حقوق المواطنين وحررياتهم في الجوانب الاقتصادية والاجتماعية، فدائرة حقوق المواطن اتسعت عما كانت عليه.

فقد أعلن الرئيس الأميركي فرانكلين روزفلت عن خطته التي اسماها وثيقة الحقوق الثانية أو إعلان الحقوق الثاني تمييزاً لها عن التعديلات العشرة الأولى في الدستور الأميركي حيث سيتم ضمان حق كل مواطن أميركي في العمل بأجر يكفل له مستوى معيشياً جيداً وتوفير مسكن ملائم ورعاية صحية وتعليم وضمن اجتماعي لكبار السن والمرضى وضمن من الحوادث والبطالة رغم ان هذه الوثيقة لم ترَ النور بسبب معارضة الكونغرس لها لكنها تركت أثراً على بعض التشريعات التي أصدرها الكونغرس⁽³⁾.

وفي بريطانيا تأسست دولة الرفاه على تقرير الذي قدمه الاقتصادي بيفيردج سنة 1943 الذي هاجم فيه ما سمي بالعمالقة الخمسة الحاجة والمرضى والجهل والبطالة والفساد، وأكد فيه ضرورة حماية المواطنين من المهد إلى اللحد⁽⁴⁾، وترك هذا التقرير أثراً كبيراً على

(1) ينظر: د سميير مرقص، مصدر سابق، ص121.

(2) ينظر: ديفيد هارفي، الليبرالية الجديدة، ترجمة: مجاب الإمام، ط 1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2008، ص26.

(3) The princeton encyclopedia of american political history. Editer: michael kazin.puplished by princeton university press, 2010, p. 480.

(4) اندرو هيود، مدخل الى الايدولوجيات السياسية، ترجمة: محمد الصفار، ط1، المركز القومي للترجمة، القاهرة، 2012، ص76.

توجهات الحكومات في بريطانيا بعد ذلك.

وقد وضع توماس مارشال 1949 ثلاثة شروط لا بد أن يتمتع بها الفرد ليكون مواطناً وتكتمل هويته الوطنية وهويته القانونية ليكون شخصية قانونية في الدولة، وهي الحقوق السياسية والحقوق المدنية والحقوق الاجتماعية⁽¹⁾، لقد عرف مارشال المواطنة بأنها (مجموعة من الحقوق التي تمارس بشكل مؤسسي)، أي في سياق دولة ومجتمع ونظام اقتصادي ونمط إنتاج وبناء طبقي وموازن قوى اجتماعية وبالأساس يتم بلوغها نتيجة حركة الناس، ناضل الناس من أجل الحصول عليها فهي لم تمنح لهم بقرار، وفي القرن الثامن عشر شهد تبلور العنصر المدني أي الحصول على الحرية الفردية وحرية التعبير والاعتقاد وحق الامتلاك والحق في العدالة في مواجهة الآخرين الذين يظلمونه، أما القرن التاسع عشر فقد عرف تكون العنصر السياسي الذي استطاع فيه الناس أن ينالوا الحق في المشاركة السياسية باعتبار المواطن عضواً فاعلاً في السلطة السياسية أو كناخب وأخيراً في النصف الأول من القرن العشرين أدرك المواطنون العنصر الاجتماعي، والذي يعني تمتع المواطن بالرفاهية الاقتصادية والأمان والضمان الاجتماعي، وأن يكون له نصيب في النشاط الاقتصادي، ويتحقق العنصر الاجتماعي من خلال نظام التعليم ونظام الرعاية الصحية والخدمات الاجتماعية⁽²⁾، فالدولة سيكون عليها ضمان حد أدنى من الحاجات الاقتصادية والاجتماعية للمواطنين⁽³⁾.

يظهر بجلاء تحول مفهوم المواطنة في الفكر الليبرالي واتساعه ليشمل حقوقاً اقتصادية واجتماعية، وزيادة في تدخل الدولة لصالح الأفراد من الطبقات العاملة والطبقات الفقيرة لتحقيق فاعلية اقتصادية اجتماعية للمواطنين. ولما سبق نجد هناك من يميز بين الليبرالية الكلاسيكية والتي سبقت الحرب العالمية الثانية والليبرالية الاجتماعية التي تبلورت بعد هذه الحرب، وان لب المواطنة الليبرالية الاجتماعية لا يتضمن الحقوق المدنية والسياسية وحسب، ولكن يتضمن الحقوق الاجتماعية، وإنها تدعم فكرة المواطنة

(1) د نيبيل ياسين، تاريخ الديمقراطية، حكم القوانين لا حكم الأشخاص، مركز البحرين للدراسات، لندن، 2012، ص 43.

(2) ينظر د سيمر مرقص، مصدر سابق، ص 125.

(3) Emma Jones and John Gaventa. Concepts of citizenship. Institute of development studies. Brighton. England. 2002. P3.

العالمية والمتساوية⁽¹⁾.

وكان لليبرالية تأثير مهم في نشر حقوق الإنسان والمواطنة على الصعيد الدولي فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 يمثل تعبيراً عن النظرة الليبرالية للحقوق والحريات والمواطنة في أغلب مواد الثلاثين وكذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966 وكذلك الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية 1950.⁽²⁾...

المطلب الثالث

خصائص مفهوم المواطنة في الفكر الليبرالي والنقد الموجه له

يمكن أن نلخص بعض أهم خصائص مفهوم المواطنة في الليبرالية:

1. التركيز على الفردية في المواطنة إذ الغاية هي توسيع مجال الفرد وهذا يتطلب انحساراً في مجال الدولة والمجتمع، ولعل المقولة الشهيرة لمارغريت تاتشر رئيسة وزراء بريطانيا (ليس ثمة شيء اسمه مجتمع، هناك فقط أفراد رجال ونساء وأسرهم)⁽³⁾ تعبر عن معنى قريب لما ذكر ولكن هذا لا يعني إغفال المجتمع ولكن تحقيق وبناء وعي الفرد بذاته وبمجال حريته الواسع سيقود إلى مجتمع أكثر حرية وكما تؤكد الليبرالية الاجتماعية ذلك.

2. المواطنة هنا تتجاوز أية اختلافات دينية أو مذهبية أو عرقية أو على أساس الجنس فالفرد يحصل على كافة الحقوق والحريات والمساواة بمجرد اكتسابه صفة المواطنة.

3. يقوم مفهوم المواطنة في الفكر الليبرالي على فكرة الاحتواء وليس النفي بمعنى أنه يملك القدرة على احتواء الاختلافات الدينية العرقية الخ واستيعابها ضمن منظومة التعدد الثقافي التي تحقق الاندماج تحت مظلة العيش المشترك من أجل حياة أفضل، فلا يوجد خط أحمر على دين معين أو مذهب أو ممارسة عقائدية معينة أو فكرية الخ، مادامت تقبل الانخراط ضمن قبول الآخر المختلف، وهذا ما تفتقر إليه المفاهيم الأخرى للمواطنة.

(1) ريان فوت، النسوية والمواطنة، ترجمة أيمن بكر وسمير الشيشكلي، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2004، ص72.

(2) ينظر: د محمد يوسف علوان ود. محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، المصادر ووسائل الرقابة، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 99، 119، 162.

(3) ديفيد هارفي، مصدر سابق، ص44.

4. المساحة بين حقوق الإنسان وحقوق المواطنة تصبح أضيق حيث يتقارب المفهومان بصورة كبيرة.

ورغم انتشار الفكر الليبرالي في أغلب دول العالم بشكل كبير إلا انه يواجه نقداً عنيفاً من داخل مدارس فكرية كالاشرافية، وبما أن الحرية والمساواة هي مسائل جوهرية في الفكر الليبرالي نجد إن النقد يركز على هذين المفهومين ويظهر جوانب القصور فيهما. فيتم انتقاد الحرية من جانب غموض هذا المصطلح وعدم وضوح دلالاته عند الفكر الليبرالي، وكذلك خضوع هذا المصطلح لعدة تغيرات من حرية الفرد من سلطة الكنيسة وحرية الفرد تجاه الدولة، ثم حرية الفرد الشخصية وحرية الشخص المالك لأدوات الإنتاج التي تعتبر هي الحرية الفعلية من حيث الممارسة والتركيز على فكرة النفعية، وما تثيره من مشكلة أخلاقية فضلاً عن عدم إمكانية التسليم بوجود حرية مطلقة بل فقط نسبية⁽¹⁾. وبما إن الحرية مرتبطة بالمساواة فهنا نقد يوجه للحرية والمساواة معا وهو حول مدى واقعية الحرية في ظل وجود عدم مساواة فعلية فالمساواة والحرية التي تطرحها المدرسة لا قيمة لها مع وجود الفوارق الاجتماعية المادية، فالحرية دون مساواة اقتصادية بين الافراد تبقى مجرد مصطلح نتائجه ليست لها قيمة وعواقبه وخيمة كما يعبر الأستاذ لاسكي⁽²⁾، فممارسة الحرية بصورة فعلية تصبح مرتبطة بمقدار ملكية الفرد، فكلما زادت ملكيته زادت حرته، فالإنسان الذي لم تتوفر له أسباب العيش المناسبة مادياً وثقافياً يفقد إنسانيته، وبالتالي يفقد شعوره بالحرية، فالإنسان المعدم لا تعني الحرية بالنسبة له أي شيء الا حرته في الموت جوعاً، بينما هي تعني الكثير لمن يتمتع بامتياز الثروة فيكون منظوره للحرية مختلفاً تماماً، فالحرية لكي تتحقق للإنسان لا بد لها من مستلزمات⁽³⁾.

ان مفهوم المساواة القانونية في الليبرالية ينتج عنه ازدياد قوة الأقوياء والأغنياء وتضاعف ضعف الفقراء، ومن ثم العدوان على إنسانية الفرد وعدم تحقيق مبادئ تكافؤ الفرص⁽⁴⁾.

(1) ينظر: د الطاهر بو عزة، نقد الليبرالية، ط 1، تنوير للنشر والإعلام، القاهرة، 2013، ص ص131-140.

(2) د. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1975، ص 103.

(3) ينظر: د. منذر الشاوي، الإنسان والقانون، ط1، الذكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2015، ص 323.

(4) د. محمد عطية فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 73.

فالليبرالية حسب هذا النقد تبرر استغلال الأغنياء أي الطبقة الرأسمالية المالكة لوسائل الإنتاج للطبقة الفقيرة، والتي تتمثل في العمال بالدرجة الأساس، وان الحرية في النظام الليبرالي مجرد وهم للفقراء ولا يستمتع بهذه الحرية إلا الأغنياء، وهذا يعني إن الكلام عن مواطنة متساوية في الحقوق والحرية ككلام غير واقعي في ظل الدولة التي يحكمها نظام ليبرالي، فالمساواة أصبحت مجرد حبر على ورق، والحرية أصبحت مفرغه من أي مضمون واقعي، وإنما باتت فعليا حكرا على المواطنين الأغنياء، وكذلك الأمر بالنسبة للديمقراطية الليبرالية فهيمنة رأس المال لا تسمح بأي مشاركة ديمقراطية حقيقية حيث إن أقلية من المواطنين تسيطر على أغلب ثروات الشعب فمحتوى الديمقراطية الليبرالية الحقيقي هو اقتصاد السوق⁽¹⁾.

وتمثل فكرة ترك السوق يتحكم بالاقتصاد ومصير المجتمع واحدة من أخطر الانتقادات التي توجه للفكر الليبرالي كونه يمثل الأساس لكل لعدم المساواة وغياب العدالة الاجتماعية وتحول الحرية إلى مجرد حالة صورية.

إن عدم المساواة الفعلية تعد من أهم نقاط الضعف في الفكر الليبرالي حسب نقاده ولكن الليبراليين يردون بتوضيح طبيعة المساواة لتبيان واقع الليبرالية، فعدم المساواة الاجتماعية صنفان عدم المساواة الناجم عن التقاليد الإنسانية وعدم المساواة الناجم عن الطبيعة، ويتضمن الصنف الأول العوائق القانونية كتقسيم المجتمع إلى طبقات مغلقة أو الفصل العنصري، أما العوائق الطبيعية أمام المساواة فتبدأ بالتوزيع غير المتكافئ للقدرات والخصائص الطبيعية بين السكان، فليس لكل الناس قدرات متكافئة على تكوين الثروات، وكذلك ثمة صور لعدم المساواة يمكن إرجاعها إلى آليات السوق الرأسمالية كتقسيم العمل وهذه الآليات لا تعرف الرحمة، وهذه الصورة من عدم المساواة ليست طبيعية أكثر من الرأسمالية نفسها، ذلك انه لا يمكن تحقيق إنتاجية دون تقسيم للعمل ودون وجود فائزين وخاسرين أثناء انتقال رأس المال من صناعة إلى أخرى، والمجتمعات الليبرالية تسعى إلى استئصال الأسباب التقليدية لعدم المساواة، وتشن هجوما ضد العلاقات الاجتماعية التقليدية وتحل محل الامتيازات الموروثة تقسيمات طبقية جديدة أساسها

(1) ينظر: روجيه غارودي، حفارو القبور، ترجمة: عزة صبحي، ط 3، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص132.

المهارة والتعليم⁽¹⁾، فالليبرالية ترفض الامتيازات الموروثة التي لا تستند على مهارات وكفاءات، بل على أسباب اجتماعية أو دينية أو ثقافية وقد أسهمت الليبرالية فعلا في محاربة هذه الامتيازات وكما مر سابقا في ما أنجزته الثورات الليبرالية، ولكن هذا لا يعني إن المساواة والحرية قد تحققت في ظل النظام الليبرالي بالشكل المطلوب والعاقل، ولكي يكون البحث واقعا في تقييمه للفكر الليبرالي نذكر أنه لا يوجد نظام متكامل فلكل نظام عيوبه ومزاياه والإنسان يطمح إلى نظام مثالي توفر فيه العدالة للجميع كما هو الحال في اليوتوبيا، وللإنسان أن يسعى لتحقيق نظام تتوفر فيه العدالة والحرية بشكل أكبر، ولكن اليوم وخصوصا بعد التجارب الاشتراكية في بعض الدول أصبح واضحا إن النظام الليبرالي يقدم نفسه واقعا بصورة أفضل من هذه الأنظمة، ونركز على واقعنا لأننا اليوم نشهد واقع الدول الليبرالية في أوروبا وأمريكا وآسيا ونجد مقدار التقدم في كافة المجالات ولاسيما في مجال المواطنة وحقوق الإنسان محل البحث، فالواقع هو حكم موضوعي دون إغفال السياق التاريخي والثقافي والاجتماعي الذي ظهرت وتطورت به هذه الأنظمة الليبرالية في تلك الدول، ودون أن نفترض بأن الليبرالية تمثل نهاية التاريخ فقد تكون مجرد مرحلة أخرى تقطعها البشرية في مسيرتها نحو تحقيق واقع أفضل.

وان الانتقادات المذكورة سابقا هي تنطبق بصورة كبيرة على الليبرالية الجديدة والكلاسيكية، اما الليبرالية الاجتماعية فقد حاولت ان تقيم نوع من التوازن داخل المجتمع وإيجاد فرص متكافئة.

أما الليبرالية الجديدة التي تركز على النزعة الفردية والابتعاد عن فكرة العدالة الاجتماعية، وجعل السوق هو المتحكم في الاقتصاد والمجتمع، وهم يرفضون فكرة دولة الرفاه الاجتماعي كونها تدمر روح التنافس والمبادرة الفردية فدولة الرفاه هي مصدر كل الشرور عندهم⁽²⁾.

إن اثر الليبرالية على حقوق وحرريات المواطنين تطور وتوسع، فالليبرالية ظهرت في البدء ضد استبداد الملوك وطبقة النبلاء والكنيسة كانت تهدف إلى القضاء على الامتيازات

(1) ينظر: فرانسيس فوكوياما، نهاية التاريخ وخاتم البشر، ترجمة حسين احمد أمين، ط 1، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، 1993، ص 253.

(2) ينظر: انتوني جيدنز، الطريق الثالث تجديد الديمقراطية الاجتماعية، ترجمة: احمد زايد، محمد محي الدين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2010، ص 47، 48.

الموروثة التي تعيق تقدم الطبقات الناهضة صناعية ومتوسطة، فكانت تؤيد الاقتصاد الحر وحرية التجارة وحرية الفكر وتوسيع المشاركة في الحكم وتقييد الحاكم وتوسيع مجال الحريات الشخصية وتقليل تدخل الدولة قدر المستطاع، فالمطالب الاقتصادية والاجتماعية الكبرى لا بد أن تتبعها تغييرات في طبيعة نظام الحكم لكي يتم ضمان تحقيق هذه المطالب، وهذا ما تحقق فعليا وبالتدرج، ولكن أثر الليبرالية على الحقوق والحريات والمواطنة لم يكن شاملاً بل اقتصر في بدايته على الرجال الأحرار الذين لديهم ملكية بقدر معين، فكان هناك تمييز ضد الرجال الذي لا يملكون القدر المطلوب وضد النساء وضد العبيد وكذلك استمر منع الأقليات الدينية والمذهبية من الحقوق السياسية لفترة بعد تولي الليبراليين الحكم، فالليبرالية ذاتها خضعت للتطور فتوسعت المشاركة وتوسعت الحقوق والحريات لتشمل كافة الرجال والنساء وتحرير العبيد وضمان حقوق الأقليات وحرياتهم، ثم ظهر الاهتمام بالجانب الاجتماعي من الحقوق لتقليل الفوارق الفعلية في ممارسة الحقوق والحريات، إن اثر الليبرالية على المواطنة يتمثل في توسيع الحقوق والحريات على حساب تقليص تدخل الدولة وأيضاً تجريد الحقوق والحريات من القيود الایدولوجية والدينية وجعلها مقيدة بقيد حماية حقوق الآخرين وحرياتهم، وهذا يوسع من مجال الحقوق والحريات بشكل كبير ولاسيما الشخصية منها، ورغم كل ذلك تبقى مشكلة التمايز في الوضع المادي بين الأفراد عائقاً أمام تحقيق المساواة الفعلية في الحقوق والحريات أي المواطنة الكاملة.

الاستنتاجات

أهم الاستنتاجات التي يمكن استخلاصها من البحث:

1. الليبرالية تجد بذورها في فكرة القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي ومذهب حرية التجارة، والفكر الليبرالي نشأ بفعل عوامل عديدة متداخلة مع بعضها أهمها ظهور حركة الإصلاح الديني، وما نتج عنها من حروب وصراعات وظهور الحركة التجارية الواسعة والثورة الصناعية وبوادر الرأسمالية التي قادت إلى نشأة طبقات جديدة (الطبقة البرجوازية، وطبقة العمال) وتراجع دور الاقطاع.
2. يمثل الفرد محور الفكر الليبرالي فهو النواة التي تبنى عليها كل مؤسسات الدولة وهذه المؤسسات غايتها الأساسية هو حماية حريات الأفراد وتوفير الأمان لهم دون التدخل في علاقات الأفراد مع بعضهم البعض في الجانب الاقتصادي أو الفكري أو الديني... فهي تمارس دور الحامي للفرد من التعرض لأي ضغط أو إكراه يمس حرياته، وتصبح حرية التعاقد هي أساس العلاقة الاقتصادية بين الأفراد ولا تمارس مؤسسات الدولة الا دوراً تنظيمياً لهذه العلاقات وبأضيق نطاق.
3. أسهم الفكر الليبرالي في تضمين حقوق وحرريات الأفراد بشكل عام والمواطنين بشكل خاص في الإعلانات والديساتير التي ولدت بسبب تأثير هذا الفكر وكما نجد ذلك في إعلان فرجينيا 1776، ودستور الولايات المتحدة الأمريكية 1787 وتعديلاته، وبالتحديد التعديلات العشرة الأولى، وكذلك إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي 1789 وديساتير فرنسا الجمهورية بعد الثورة.
4. مفهوم المواطنة في الفكر الليبرالي مفهوم متحرك وليس ساكناً فقد تضمن في بداية نموه الحريات المدنية والسياسية ثم واکب حركة الواقع فظهرت الليبرالية الاجتماعية بعد الحرب العالمية الثانية متأثرة بالأزمة الاقتصادية التي ضربت العالم الرأسمالي في الثلاثينيات القرن العشرين، فأصبح التأكيد على تدخل الدولة بجوانب معينة من الاقتصاد وتوفير حد أدنى من الضمان الاقتصادي والاجتماعي للأفراد يدخل ضمن مفهوم المواطنة الليبرالية، فأصبحت الليبرالية لا تتضمن فقط الحقوق والحريات المدنية والسياسية، بل أيضاً حدّاً أدنى من الحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

5. المساواة في حقوق المواطنة وحرّياتها في الفكر الليبرالي ترتكز أساساً على إتاحة فرص متساوية لكل فرد من أجل التمتع بهذه الحقوق والحرّيات، ولكن الاعتراض الذي يواجه طرح المساواة بهذه الصورة بأنها لا تقدم نقطة انطلاق متساوية فعلياً لكل الأفراد، بل هناك تفاوت في تمتع الأفراد بهذه الحقوق والحرّيات تبعاً لظروفهم المادية على وجه الخصوص، فنقاط انطلاق الأفراد لممارسة هذه الحقوق والحرّيات غير متساوية، ويصبح شعار فرص متساوية للجميع مفرغاً من مضمونه وغير واقعي.

6. داخل الفكر الليبرالية صراع بين عدة اتجاهات فكرية تحاول الهيمنة على المسار الليبرالي يتمثل هذا الصراع حول حدود دور الدولة في الاقتصاد والمجتمع وحرية الفرد بين طرح كلاسيكي يحاول الحد من دور الدولة وبين اتجاه اجتماعي يدفع لزيادة دور الدولة من أجل تحقيق التوازن بين طبقات المجتمع، وهناك اتجاه ليبرالي جديد يحاول العودة إلى الأخذ بالنظرة الكلاسيكية وتقليص دور الدولة بشكل كبير والابتعاد عن دولة الرفاهية لصالح آليات السوق.

المصادر

أولاً: الكتب العربية:

1. الطاهر بو عزة، نقد الليبرالية، ط 1، تنوير للنشر والإعلام، القاهرة، 2013.
2. أميرة حلمي مطر، الفلسفة السياسية من أفلاطون إلى ماركس، ط 5، دار المعارف، القاهرة، 1995.
3. أميمة عبود، مفهوم المواطنة في الخطاب الليبرالي المعاصر، في: علاء أبو زيد، وهبة رؤوف عزت، المواطنة المصرية ومستقبل الديمقراطية، أعمال مؤتمر السنوي السابع عشر للبحوث السياسية 2003، ط، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2005.
4. حازم الببلاوي، عن الديمقراطية الليبرالية قضايا ومشاكل، ط 1، دار الشروق، القاهرة، 1993.
5. حافظ علوان حمادي الدليمي، النظم السياسية في أوروبا الغربية والولايات المتحدة الأمريكية، ط 1، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2001.
6. حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط 1، مطبعة العاني، بغداد، 1975.
7. رياض طيارة، أمريكا والحريات، ط 1، رياض الريس للكتب والنشر، د.م، 2013.
8. رياض القرشي، النسوية، ط 1، دار حضرموت للدراسات والنشر، المكلا، 2008.
9. سرهنك حميد صالح، مقومات الدستور الديمقراطي وآليات المدافعة عنه، أطروحة دكتوراه، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، 2007.
10. س.م. لحام، م.ا.ساسين، ا، فرح، القاموس السياسي ومصطلحات المؤتمرات الدولية، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004.
11. صقر أجبالي وآخرون، قاموس المصطلحات المدنية والسياسية، ط 1، مركز إعلام حقوق الإنسان والديمقراطية (شمس)، د م، 2014.
12. عثمان بن صالح العامر، المواطنة في الفكر الغربي المعاصر، دراسة نقدية من منظور إسلامي، مجلة جامعة دمشق، العدد الأول، المجلد التاسع عشر، 2003.
13. عبد الرحمن عبد الغني، مدخل في تاريخ الديمقراطية في أوروبا، مواطن المؤسسة الفلسطينية لدراسة الديمقراطية، رام الله، 2010.
14. عبد السلام الترماني، الرق ماضيه وحاضره، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني

- لثقافة والفنون والآداب، الكويت، 1978.
15. عصمت سيف الدولة، النظام النيابي ومشكلة الديمقراطية، دار الموقف العربي للصحافة والنشر والتوزيع، د.م، 1991.
16. عبد الوهاب كيالي وآخرون، الموسوعة السياسية، ج5، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، د.ت.
17. : محمد الجوهري حمد الجوهري، النظام السياسي في الإسلام والفكر الليبرالي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993.
18. محمود عبد المنصف علي السيد، مبدأ المواطنة بين دساتير الدول العربية والأجنبية، ط1، دار الكتب والدراسات، د.م، 2016.
19. . محمد عطية فودة، الحماية الدستورية لحقوق الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
20. محمد يوسف علوان، ود. محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، المصادر ووسائل الرقابة، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
21. محمد يونس، موجز تاريخ الحرية وحقوق الإنسان والمواطن، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، 2011.
22. د. منذر الشاوي، الإنسان والقانون، ط1، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2015.
23. د نيبيل ياسين، تاريخ الديمقراطية، حكم القوانين لا حكم الأشخاص، مركز البحرين للدراسات، لندن، 2012.
24. موسوعة الهلال الاشتراكية، دار الهلال، د.م، 1968.
- ثانيا. الكتب المترجمة:
25. ألبيير سوبول، تاريخ الثورة الفرنسية، ترجمة: جورج كوسي، ط4، منشورات عويدات، بيروت، باريس، 1989.
26. انتوني جيدنز، الطريق الثالث تجديد الديمقراطية الاجتماعية، ترجمة: أحمد زايد، محمد محي الدين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2010.
27. اندريه لالاند، موسوعة لالاند الفلسفية، ج2، ترجمة: خليل أحمد خليل، ط2، منشورات عويدات، بيروت، باريس، 2001.
28. اندرو هيود، مدخل إلى الايدولوجيات السياسية، ترجمة: محمد الصفار، ط1، المركز

- القومي للترجمة، القاهرة، 2012.
29. جان توشار، تاريخ الأفكار السياسية، ج3، ترجمة: د. ناجي الدراوشة، ط1، دار التكوين، دمشق، 2010.
30. جريج راسل، الدستورية وما يترتب عليها، في: الديمقراطية الأميركية التاريخ والمرتكزات، مجموعة دراسات بعنوان أوراق ديمقراطية، نشرتها وزارة الخارجية الأميركية، ترجمة: حسن عبد ربه المصري، ط2، المركز القومي للترجمة، القاهرة، 2009.
31. جيسون برينن، مقدمة في الفلسفة السياسية، ترجمة: علي الحارس، ط1، مركز الرافدين للحوار، بيروت، 2019.
32. ديفيد هارفي، الليبرالية الجديدة، ترجمة: مجاب الإمام، ط1، مكتبة العبيكان، الرياض، 2008.
33. روجيه غارودي، حفارو القبور، ترجمة: عزة صبحي، ط3، دار الشروق، القاهرة، 2002.
34. ريان فوت، النسوية والمواطنة، ترجمة أيمن بكر وسمير الشيشكلي، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2004.
35. طوني بنيت، مفاتيح اصطلاحية جديدة معجم مصطلحات الثقافة والمجتمع، ترجمة: سعيد الغانمي، ط1، المنظمة العربية للترجمة، بيروت، 2010.
36. فرانسيس فوكوياما، نهاية التاريخ وخاتم البشر، ترجمة: حسين أحمد أمين، ط1، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، 1993.
37. لاري الويتز، نظام الحكم في الولايات المتحدة، ترجمة: جابر سعيد عوض، ط1، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 1996.
38. لين هانت، نشأة حقوق الإنسان، ترجمة: فايقة جرجس حنا، ط1، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، 2013.
39. موريس دوفرجيه، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري، ترجمة: جورج سعد، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1992.

40. موريس دوفرليه، دساتير فرنسا، ترجمة: أحمد حسيب عباس، مكتبة الآداب، القاهرة، 2014.

ثالثا. المصادر باللغة الإنكليزية:

41. Emma jones and John Gaventa. concepts of citizenship. institute of development studies.brighton. engeland.2002.

42. RANDALL G. HOLCOMBE & ANDREA M. CASTILLO, LIBERALISM AND CRONYISM. Mercatus Center George Mason University. 2013.

43. The Princeton Encyclopedia of American Political History. Editer: Michael kazin.published by princeton university press, 2010.

رابعاً. مصادر الإنترنت:

44. أحرار في النهاية (حركة الحقوق المدنية في الولايات المتحدة)، على موقع <http://iipdigital.usembassy.gov/arabic/#axzz3kad5S9M4>

45. حول أمريكا، دستور الولايات المتحدة مع ملاحظات توضيحية، على موقع مكتب برامج الإعلام الخارجي، وزارة الخارجية الأمريكية <http://iipdigital.usembassy.gov/arabic/book#axzz3uxy0ZApf>

خامساً. الإعلانات والدساتير:

46. إعلان فرجينيا 1776.

47. إعلان الاستقلال الأمريكي 1776.

48. دستور الولايات المتحدة 1787 وتعديلاته.

49. إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي 1789.

50. دستور فرنسا 1791.

51. دستور فرنسا 1946.

52. دستور ألمانيا 1949.

53. دستور فرنسا 1958.

الملخص

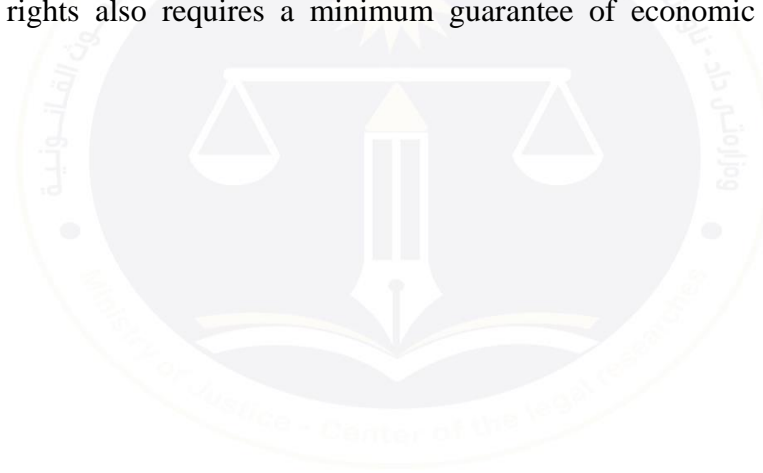
يتميز الفكر الليبرالي بتركيزه على الحقوق والحريات الفردية، وبشكل أساس في مجال الحقوق المدنية والسياسية من حيث إعطاء مساحة واسعة للفرد في المجال الاقتصادي والاجتماعي والسياسي في ظل تدخل محدود للدولة في هذه المجالات، فمفهوم المواطنة هنا ينطلق من قاعدة المساواة النظرية في الحقوق المدنية والسياسية، ولكن الفكر الليبرالي سرعان ما أخذ يتجه نحو الجانب الاجتماعي بفعل عوامل كثيرة اجتماعية واقتصادية وسياسية وحقوقية، فأخذت المواطنة في الفكر الليبرالي مسحة اجتماعية تحاول أن تخفف من حدة عدم المساواة الفعلية حسب الفكر الليبرالي التقليدي فأصبح تحقيق المساواة في الحقوق المدنية والسياسية يتطلب كذلك وجود حد أدنى من ضمان للحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

پوخته

هزرى لىبرالى به گرنگيدان به ماف و ناز ادبیه کانی تاک جیا ده کریتهوه، به شیوه یه کی سه رهکی له بواری مافه مه ده نی و سیاسیه کانداه رووی پیدانی پانتاییه کی فراوان به تاک له بواره کانی نابوری و کومه لایه تی و سیاسی له ژیر روشنایی ده سنتیومردانی سنوورداری ده وله ت لهو بواران، وه چه مکی هاوالاتیبوون لیرهده له بنه مای یه کسانی تیوری له مافه مهدهنی و سیاسیه کانداه سرچاوهی گرتووه، به لام بیری لىبرالى به خیرایی به رهو لایه نی کومه لایه تی ههنگاوی ناوه به هوی هوکارگه لیکى کومه لایه تی و نابووری و سیاسی و مافی مروفهوه، هاوالاتیبوون له بیری لىبرالدا لایه نیکی کومه لایه تی و مرگرت که ههولیدا نایه کسانی راسته قینه و کردهی به پیی بیری کردنهوهی لىبرالى تهقلیدی کهم بکاتهوه که به ده ستهینانی یه کسانی له مافه مهدهنی و سیاسیه کان لانی کهم گهرهنتی مافه نابوری و کومه لایه تی هکان دهخوازیت.

Abstract

Liberalism is distinguished by its emphasis on individual rights and freedoms mainly in the field of civil and political rights, in terms of giving a wide space to individuals in the economic, social and political sphere in light of limited state intervention in these areas. The concept of citizenship stems from the principle of theoretical equality in civil and political rights, however the liberal thought soon began to tend towards the social aspect due to many factors such as social, economic, political and legal. Citizenship in liberal thought began to take a social hue trying to mitigate actual inequality according to traditional thoughts of liberalism. Thus, achieving equality in civil and political rights also requires a minimum guarantee of economic and social rights.



وقف خصومة التحكيم في القانون العراقي (*)

«دراسة تحليلية مقارنة»

راگرتنى ناكوكى ناوبژيوانى له ياساى عتيراقيدا

"تويژينهويهكى شيكارى بهراوردكارى يه"

Stop arbitration litigation in Iraqi law
"Comparative Analytical Study"

نور عوني حسن (**)

مدرس القانون الخاص المساعد- كلية القانون - جامعة دهوك- كردستان العراق

الدكتور عبدالله فاضل حامد (***)

أستاذ القانون الخاص المساعد- كلية القانون- جامعة دهوك- كردستان العراق

م.ى. نوور عهونى حهسهن

ياريددهرى ماموستاى ياساى تاييهت / زانكوى دهوك / كوليژى ياسا

پ.ى.د. عهبدوللا فازل حامد

پروفيسورى ياريددهرى له ياساى نيودمولهتى تاييهت/ زانكوى دهوك/ كوليژى ياسا

Noor Awni Hassan

Assistant Teacher/University of Duhok/College of Law

Dr. Abdullah Fadhel Hamid

Assistant Professor/University of Duhok/College of Law

تاريخ قبول النشر: 2022/5/29.

(*) تاريخ استلام البحث: 2022./4/16.

(**) noor.hassan@uod.ac

(***) abdaullah.mirany@uod.ac



وقف خصومة التحكيم في القانون العراقي «دراسة تحليلية مقارنة»

نور عوني حسن

مدرس القانون الخاص المساعد/ كلية القانون - جامعة دهوك - كردستان العراق

الدكتور عبدالله فاضل حامد

أستاذ القانون الخاص المساعد/ كلية القانون - جامعة دهوك - كردستان العراق

الكلمات المفتاحية:

الوقف الاتفاقي للخصومة التحكيمية، الوقف القضائي للخصومة التحكيمية، الوقف القانوني للخصومة التحكيمية، ركود الخصومة التحكيمية.

كليه ووشه:

وهستاندنى ناكوكى ناوبزىوانى به ريككهوتن، وهستاندنى دادوهرى بو ناكوكى ناوبزىوانى، وهستاندنى ياساى ناكوك ناوبزىوانى، سستى ناكوكى ناوبزىوانى.

key words: Consensual suspension of the arbitration litigation, Judicial suspension of the arbitration litigation, Legal suspension of the arbitral litigation, discontinue of the arbitration case.

مقدمة

يحسن بنا أن نقدم لبحثنا وفق الفقرات الآتية:

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث

لقد أصبح التحكيم من الوسائل البديلة والرئيسة عن القضاء الرسمي، فبات حاضراً في مختلف أنظمة التقاضي، سواء كانت وطنية أم دولية، يطرق المتخاصمون بابه كوسيلة لفض المنازعات الحاصلة في نطاق القانون الخاص، لاسيما التجارية منها. ويبدو أن الذي ساعد التحكيم أن يحتل مكانة مهمة بين أنظمة التقاضي هو ما يتميز من ملائمة في فض المنازعات، وما يتمتع به من السرعة واختصار الوقت في حسم المنازعات قياساً على

القضاء الرسمي، وهذه السرعة متأية من قدرة قضاء التحكيم على تلافي الإجراءات القضائية التي لا تتناسب مع الحياة التجارية، تلك الإجراءات التي يتقيد بها القضاء العادي ولا يملك سلطة الخروج عليها، وهو ما يسبب في النهاية إطالة أمد المنازعة، ولا شك أن الإطالة نوع من الظلم في نظر المدعي. ومن المعروف أن التحكيم يجد أساسه في مبدأ سلطان الإرادة، فالذي يقرر اللجوء إلى التحكيم هو اتفاق الأطراف الإرادي (اتفاق التحكيم)، كما أن الذي يحدد المحكم أو هيئة التحكيم هي إرادة الخصوم مرة أخرى، وقد تمتد إرادة الخصوم حتى إلى تحديد القواعد الموضوعية والإجرائية الواجبة الإتباع في حسم خصومة التحكيم، أو منح المحكم سلطة عدم التقيد ببعض إجراءات التقاضي، فلا يرد على إرادة الخصوم في هذا الباب سوى القيود التي تفرضها القواعد المتعلقة بالنظام العام. ومن ناحية أخرى، الذي يمنح الاختصاص للمحكم أو هيئة التحكيم للفصل في المنازعة هو اتفاق التحكيم الذي يستبعد بموجبه ولاية القضاء المختص أصلاً بالنظر في المنازعة محل التحكيم، وفي ممارسة المحكم لمهامه فإنه يتقيد بالحياد، حيث أن المحكم ليس وكيلاً لأي طرف في النزاع.

ولما كان التحكيم وسيلة للتقاضي تتسم بالسرعة كما ذكرنا، فإن هذه الخاصية مدعاة لعدم منطقية وجود عوارض لخصومة التحكيم تعطل السير فيها بدون إرادة الخصوم، ومع ذلك فإن خصومة التحكيم قد لا تسير دائماً سيراً طبيعياً حتى الفصل فيها بصدور الحكم، شأنها في ذلك شأن الخصومة القضائية، فقد تطرأ عليها أحداث ووقائع تمنع السير فيها لمدة معينة يطلق عليها الفقه عوارض الخصومة التحكيمية، أي يعترئها من العوامل والظروف من الناحية الشكلية ما يؤدي إلى ركودها أي وقف السير فيها، أو قد تؤدي إلى زوالها، وهذه العوارض تتجسد في الوقف والانقطاع، ووقف الخصومة التحكيمية قد يكون باتفاق الأطراف أو بناءً على قرار هيئة التحكيم أو بنص القانون.

ثانياً: أهمية موضوع البحث

تتجسد أهمية الموضوع من الناحية النظرية في تأصيل حالات وقف خصومة التحكيم، إضافة إلى تحديد مدى ملاءمة وقف الخصومة مع طبيعة التحكيم أساساً، إذ هو قضاء معروف باتسامه بالسرعة في حسم المنازعات. كما ويندرج ضمن أهمية البحث، أنه في حال اتخاذ القرار بوقف خصومة التحكيم، فمن الذي يمتلك الحق في اتخاذ هكذا قرار؟ هل هم الخصوم فقط أم يشاركونهم في ذلك المحكم والمشرع (نص القانون) أيضاً؟

وإذا اتخذ القرار فعلاً بوقف خصومة التحكيم فما هي تفاصيل الوقف من مدة وآثار. ومن الناحية العملية، تظهر أهمية البحث في تناول موقف قانون المرافعات المدنية العراقي وتشخيص النقص التشريعي الوارد فيه في هذا الشأن، حيث نفترض بداية أن نصوص الواردة في هذا القانون بشأن التحكيم لم تنظم حالات وقف الخصومة التحكيمية بدقة؛ لأنها ذكرت صورة واحدة من صور وقف الخصومة، أما بقية الحالات فيما إن نصوص التحكيم أرجعتها إلى القواعد العامة في وقف الدعوى المدنية، والتي قد لا تتلاءم مع نظام التحكيم، سواء من حيث تقيدها بنفس المدة والحالات، أو أن نصوص التحكيم نظمتها، ولكن بشكل غير مفصل. واستناداً إلى ما ذكر، كان من الأهمية بمكان دراسة حالات وقف الخصومة التحكيمية، وبيان موقف المشرع العراقي منها، وتحديد إن كان تنظيمه لحالات وقف خصومة التحكيم موفقاً بالمقارنة مع موقف القوانين الأخرى محل المقارنة.

ثالثاً: مشكلة موضوع البحث

لعل أن مشكلة موضوع البحث الأساسية تتمثل في عدم وجود قانون مستقل ينظم قضاء التحكيم في العراق، وهو ما أثر حقيقة في تنظيم تفاصيل خصومة التحكيم، ومنها حالات الوقف والانقطاع أو عوارض الدعوى التحكيمية عموماً، فلعله ليس في محله الإحالة في مثل هذه المسائل إلى ما موجود في خصومة القضاء الرسمي من أحكام؛ نظراً للاختلاف البين بينهما من ناحية الطبيعة والسمات. وهذا بخلاف بعض القوانين المقارنة، كما في القانون المصري لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، فالأخير هو قانون مستقل أخذ على عاتقه التفصيل في التنظيم القانوني لخصومة التحكيم، بينما تناول المشرع العراقي التحكيم ضمن قانون المرافعات المدنية العراقي، لذلك جاء تنظيمه لموضوع الوقف كعارض من عوارض الخصومة التحكيمية غير شامل لجميع صور الوقف وغير مفصل، أن الصور التي تناولها قد لا تتلاءم مع طبيعة نظام التحكيم، سيما وأن قانون المرافعات المدنية العراقي يعود في تأريخ إصداره إلى العام 1969.

رابعاً: منهجية كتابة البحث

اعتمدنا في كتابة هذا البحث على المنهج التحليلي والمقارن، وقد تناول المنهج التحليلي تحليل نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) المتعلقة بموضوع البحث، إضافة إلى الآراء الفقهية والتوجهات القضائية بشأن موضوع البحث. أما

في المنهج المقارن، فقد قارنا موقف النصوص المنظمة للتحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقية مع كل من موقف قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام (1994)، وقانون التحكيم النموذجي الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي (الأونسيترال) لعام 1985، كما تم تناول موقف اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بشأن فض منازعات الاستثمار بين الدول والأشخاص التابعة للدول الأخرى من وقف إجراءات خصومة التحكيم، وقد تم استخلاص الموقف من لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد للتوفيق والتحكيم.

سادساً: هيكلية البحث

أن الإحاطة بموضوع البحث يقتضي منا تناوله في مبحثين، سنخصص الأول منهما للتعريف بوقف الخصومة وذلك بتقسيمه إلى ثلاثة مطالب، سنتناول في الأول ماهية وقف الخصومة القضائية، أما الثاني فنسخره لماهية وقف الخصومة التحكيمية، وفي المطلب الثالث سنسلط الضوء على الاختلاف بين الخصومة القضائية وخصومة التحكيم. أما المبحث الثاني، فنسنتاول فيه حالات وقف خصومة التحكيم والآثار المترتبة على الوقف وذلك من خلال تقسيمه لأربع مطالب، سندرس في الأول الوقف الاتفاقي لخصومة التحكيم، والثاني سنخصصه للوقف الحاصل بقرار من هيئة التحكيم، وفي المطلب الثالث سنتناول فيه الوقف القانوني لخصومة التحكيم، أما المطلب الرابع والأخير فسنبحث فيه الآثار المترتبة على وقف خصومة التحكيم. وأخيراً سنختم البحث بخاتمة تتضمن أهم ما توصل إليه من استنتاجات وتوصيات.

المبحث الأول التعريف بوقف الخصومة

قد تطرأ على الخصومة، قضائية كانت أم تحكيمية، عوارض توقف السير فيها، فتصبح الدعوى في حالة ركود إلى حين زوال العارض، مما يؤدي إلى الامتناع عن اتخاذ أي إجراء إلى حين زوال العارض. فالخصومة التحكيمية قد تقف أو تنقطع، ومن أجل تحديد مفهوم وقف خصومة التحكيم وبيان حالاته، وهو محور بحثنا، لابد بداية من بيان مفهوم وقف الخصومة القضائية وحالاتها في مطلب أول؛ وذلك لأن المشرع العراقي لم ينظم جميع حالات وقف الخصومة التحكيمية، وإنما أرجعها للقواعد العامة في قانون المرافعات، وبعدها سنعتمد إلى بيان معنى وقف الخصومة التحكيمية في مطلب ثاني، وأخيراً سنبحث في الاختلاف بين الخصومتين في مطلب ثالث.

المطلب الأول ماهية وقف الخصومة القضائية

عند رفع الدعوى القضائية وقبولها يستمر القاضي النظر فيها إلى حين إصدار الحكم، وهذا هو الوضع الطبيعي، إلا إنه أحياناً تحدث بعض الأمور أثناء نظر الدعوى تستوجب وقف المرافعة، فقد يكون مصدر الوقف إرادة الأطراف أو يكون بقرار من القاضي أو بقوة القانون، وهذا ما يسمى بوقف الخصومة القضائية وهو عدم السير في الخصومة مدة من الزمن إذا ما اعترضها أثناء نظرها حالة من حالات الوقف مع بقائها قائمة ومنتجة لآثارها⁽¹⁾. وحالات وقف الخصومة القضائية هي:

أولاً: الوقف الاتفاقي للخصومة القضائية، يجيز قانون المرافعات المدنية العراقي للخصوم الاتفاق على وقف الخصومة أي عدم السير في الدعوى بشرط أن لا تتجاوز (3) أشهر من تاريخ قبول المحكمة لطلبهم⁽²⁾. وهذه الحالة من الوقف يجيزها قانون

(1) د. ليلي علي سعيد الخفاق، وقف الخصومة في قانون المرافعات، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2014، ص 23.

(2) تنظر المادة (82) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل، والتي تنص على أنه "يجوز وقف الدعوى إذا إتفق الخصوم على عدم السير فيها مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة لإتفاقهم".

المرافعات المدنية والتجارية المصري أيضاً، ووفق هذا القانون يحق للخصوم طلب وقف الدعوى بشرط أن لا تتجاوز مدة (6) أشهر من تاريخ إقرار المحكمة بذلك، ولا يكون لهذا الوقف أي أثر على أي ميعاد يكون القانون قد حدده لإجراء ما⁽¹⁾.

ولعل أن الحكمة من هذا الوقف تتجلى في أن الخصومة قد تتعرض لظروف وأسباب تدعو الخصوم إلى تأخير النظر في دعواهم مدة كافية تمكنهم من تحقيق غرض معين بعيداً عن أجواء المحاكم كالصلح، أو قد يرغبوا بإحالة نزاعهم على التحكيم، أو لغرض تنفيذ الالتزام بعيداً عن الدعوى رضاء وهذا أفضل من طلب التأجيل وتكراره أكثر من مرة الذي قد يرفضه القاضي أيضاً⁽²⁾.

وبموجب المادة (83) من قانون المرافعات المدنية العراقي، فإن شروط الوقف الاتفاقي وهذه الشروط هي:

1. اتفاق الخصوم أو وكلائهم على وقف السير فيها ويعتبر هذا الاتفاق عبارة عن تصرف قانوني يعتد القانون فيه بإرادة الخصوم، حيث يستلزم اتفاق جميع أطراف الدعوى، سواء كانوا أطراف أصليين أم متدخلين بوصفهم أشخاصاً ثالثة، فالمشروع قد أجاز هذا الوقف لتحقيق غرض مشترك، عليه لا يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف الدعوى بناء على طلب أحد الخصوم دون الخصم الآخر؛ لأن ذلك قد يؤدي إلى الإضرار به⁽³⁾.
2. ان لا تتجاوز مدة الوقف المدة المحددة قانوناً، فهذه المدة هي (3) أشهر تبدأ من تاريخ إقرار المحكمة لاتفاق الخصوم، فإذا اتفق على أكثر من هذه المدة، فالمحكمة لا تقر إلا في حدود المدة المنصوص عليها قانوناً.
3. إقرار المحكمة لاتفاق الخصوم على الوقف، فلا يكفي مجرد الاتفاق بين الخصوم.

(1) تنظر المادة (128) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 113 لسنة 1968 المعدل بقانون رقم 8 لسنة 1999، والتي تنص على أنه "يجوز وقف الدعوى بناء على إتفاق الخصوم على عدم السير فيما مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة لإتفاقهم ولكن لا يكون لهذا الوقف أثر في أي ميعاد يكون القانون قد حدده لاجراء ما".

(2) د. عماد حسن سلمان، المرافعات المدنية - دراسة قانونية معززة بالتطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، ط1، مكتبة القانون المقارن، دون مكان النشر، 2011، ص189.

(3) عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969، ج2، مطبعة العاني، بغداد، دون سنة النشر، ص37.

ثانياً: الوقف القضائي للخصومة القضائية، وهو الوقف التي تقرره المحكمة في الأحوال التي يجيز لها القانون ذلك، فهذا الوقف لا يتقرر بقوة القانون، وإنما لا بد من صدور قرار من المحكمة بوقف سير الدعوى، وان اثار هذا الوقف تبدأ من تاريخ الإقرار به⁽¹⁾. ومن أهم تطبيقات الوقف القضائي هو وقف الدعوى حتى يتم الفصل في مسألة يتوقف عليها الحكم في الموضوع الأساسي، وهذا ما يسمى بالوقف التعليقي، فقد يحدث أحياناً أثناء نظر الدعوى أن يقدم أحد الخصوم دعواً يثير فيه نزاعاً يخرج عن اختصاص المحكمة، سواء النوعي أو الوظيفي فتقرر المحكمة وقف الدعوى، حيث تسمى المسألة التي يتوقف عليها الحكم في الدعوى الأصلية بـ "مسألة الأولية"⁽²⁾.

وبالرجوع إلى قانون المرافعات المدنية العراقي، نجد بأنه قد أجاز للقاضي إيقاف السير في الدعوى لحين الفصل في المسألة الأولية التي يتوقف عليها حسم الدعوى، ويشترط لهذا الوقف أن تكون المسألة الأولية لازمة للحكم في الدعوى، فقد تثار هذه المسألة بطريقة دفع من أحد الخصوم، كما أن للمحكمة ان تأمر بها من تلقاء نفسها إذا رأت أن الحكم في الدعوى يتوقف على الفصل في موضوع آخر⁽³⁾، وأيضاً يجب أن يكون الفصل في المسألة الأولية مما يخرج من اختصاص المحكمة الوظيفي والنوعي ويدخل في نطاق اختصاص محكمة أخرى⁽⁴⁾، أما إذا كان المقصود من هذا الدفع فقط تأخير الفصل في الدعوى وكيد الخصم الآخر، فللمحكمة أن ترفض الدفع وتمضي في الدعوى⁽⁵⁾.

أما التطبيق الآخر للوقف القضائي فهو الوقف الجزائي، وهذا الوقف تحكم به المحكمة من أجل عدم إطالة مدة التقاضي عندما يتخلف المدعي من إيداع جزء من

- (1) إحياد ثامر الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، ط2، مكتبة الجيل العربي، الموصل، 2006، ص27.
- (2) محمد الحجار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، بلا دار نشر، بيروت، 1988، ص153.
- (3) تنص المادة (83/ف1) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه "إذا رأت المحكمة أن الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت إيقاف المرافعة وإعتبار الدعوى متأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع، وعندئذ تستأنف المحكمة السير في الدعوى من النقطة التي وقفت عندها، ويجوز الطعن بهذا القرار بطريق التمييز"، وبهذا الموقف ذهب المشرع المصري في المادة (129) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.
- (4) د. ممدوح عبدالكريم، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969، مطبعة الازهر، بغداد، 1973، ص356.
- (5) د. عبدالرحمن العلام، مصدر سابق، ص375.

مستنداته أو تنفيذ أي إجراء تكلف به المحكمة في الميعاد المحدد، وبعد أن تسمع المحكمة لأقوال المدعى عليه وتأخذ موافقته على الوقف من أجل عدم الاضرار به تقرر وقف الدعوى كنوع من العقوبة للمدعي الذي لم يتم بتقديم مستنداته في المواعيد المقررة لها أو لم يقوم بالإجراء المطلوب منه⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن قانون المرافعات المدنية العراقي لم يأخذ بهذا النوع من الوقف، بعكس المشرع المصري الذي تناوله وأجاز للمحكمة أن تحكم على الخصم الذي يتخلف من إيداع المستندات أو إجراء ما هو مطلوب منه في الميعاد المحدد بغرامة، ويجوز لها بدلا من الحكم بالغرامة أن توقف الدعوى مدة لا تتجاوز شهر لكن بشرط سماع أقوال المدعى عليه وأخذ موافقته الذي قد يلحق به الاضرار⁽²⁾.

ثالثا: الوقف القانوني للخصومة القضائية، وهو الوقف الذي يتقرر بنص القانون، بحيث تنعدم سلطة المحكمة في أن توقف السير في الدعوى من عدمها، فالوقف هنا يتم بقوة القانون متى ما قامت الأسباب التي نص عليها دون الحاجة إلى صدور حكم، فتكون الدعوى موقوفة من يوم تحقق سبب الوقف وبقوة القانون وليس من يوم حكم المحكمة به⁽³⁾.

ومن أهم تطبيقات الوقف القانوني هو وقف الدعوى المدنية إلى حين الفصل نهائيا في الدعوى الجزائية ووقف الدعوى بسبب رد القاضي، فتوقف الدعوى بقوة القانون إذا قدم طلب من أحد الخصوم برد القاضي، حيث أن من أهم الصفات التي يجب أن يتمتع بها القاضي هي حياده، أي أن يقف موقف الحكم الذي يزن مصالح الخصوم، وعليه الابتعاد عن الميل لأحدهم دون مبرر، فواجبه هو حسن تطبيق القانون مع مراعاة الحكمة

(1) د. عبدالباسط جمعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980، ص36.

(2) تنص المادة (99) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري تنص على أنه "تحكم المحكمة على من يتخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حدته له المحكمة بغرامة... ويجوز للمحكمة بدلا من الحكم على المدعى بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى مدة لا تتجاوز عن ستة اشهر...."

(3) د. أحمد السيد صاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص790.

من النص⁽¹⁾.

وقد نظم قانون المرافعات المدنية العراقي وقف الدعوى بسبب طلب رد القاضي واعتبرها وقف قانوني بمجرد تقديم الطلب بمنع القاضي عن السير في الدعوى إلى حين الفصل في طلب الرد⁽²⁾، فلا يجوز للقاضي ان ينظر في الدعوى الأصلية قبل الحكم في طلب الرد، وإذا قام بذلك واتخذ أي إجراء أو أصدر حكم فإن الحكم يفسخ استثناءً أو ينقض تمييزاً ويعطل الإجراء الذي اتخذه خلال هذه المدة على اعتبار أنه صدر من قاضي حجب عن الفصل في الدعوى لمدة معينة بحكم القانون.

أما التطبيق الآخر للوقف القانوني فهو وقف الدعوى المدنية حتى الفصل نهائياً في الدعوى الجزائية، وقد نصت المادة (26) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1977 على انه "على المحكمة المدنية وقف الفصل في الدعوى حتى يكتسب القرار الصادر في الدعوى الجزائية المقامة بشأن الفصل الذي أسست عليه الدعوى المدنية درجة البتات وللمحكمة المدنية ان تقرر ما تراه من الإجراءات الاحتياطية والمستعجلة"⁽³⁾.

فإذا ترتب على الفعل الواحد مسؤوليتان جنائية ومدنية ورفعت دعوى المسؤولية المدنية أمام المحكمة المدنية فإن رفع الدعوى الجنائية في نفس الوقف يستوجب عليها وقف السير في الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية سواء رفعت قبلها أو أثناء سيرها عملاً بالقاعدة التي تقضي الجنائي يوقف المدني⁽⁴⁾.

(1) د. فارس علي عمر الجرجري، مبدأ حياد القاضي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، 2012، ص.

(2) تنظر المادة (96) من قانون المرافعات المدنية العراقي؛ تقابله المادة (162) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

(3) تقابلها المادة (265) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950؛ ممدوح عبدالكريم حافظ، مصدر سابق، ص 377.

(4) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية العراقي، دار الكتب للطباعة، موصل، 1997، ص 24.

المطلب الثاني

ماهية وقف الخصومة التحكيمية

لتحديد ماهية وقف خصومة التحكيم فإن الأمر يقتضي تعريف كل من لفظ التحكيم والخصومة للوصول إلى تعريف خصومة التحكيم، وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: تعريف خصومة التحكيم

1. خصومة التحكيم لغة

الخصومة تعني الجدل، خاصمه خصاماً، ومخاصمة، والاختصام، يأتي من اسم الخصومة⁽¹⁾. أما التحكيم فمصدره حكّم، ذو الحكمة، والحكمة عبارة عن معرفة أفضل الأشياء بأفضل العلوم وهو مصدر حكم بتشديد الكاف مع فتحها فيقال حكم فلان فلانا في ماله أي وكل إليه الحكم فيه⁽²⁾.

2. تعريف خصومة التحكيم في الاصطلاح القانوني

وردت تعاريف متعددة للخصومة القضائية، فذهب رأي إلى القول بأنها "مجموعة من الإجراءات التي تبدأ منذ رفع الدعوى إلى القضاء وتنقذ بها الخصومة إلى حين إصدار الحكم في الدعوى أو انقضائها دون إصدار حكم"⁽³⁾، أو أنها "الوسيلة الفنية لاستعمال الحق باللجوء إلى القضاء والحصول على حمايته مع التزام دافع الدعوى بالقواعد والإجراءات التي حددها القانون لذلك"⁽⁴⁾، كما تم تعريف الخصومة بأنها "الحالة القانونية التي ينشأ فيها مراكز قانونية لم تكن متوافرة من قبل ويقوم أصحاب هذه المراكز بالأعمال الإجرائية بقصد الحصول على الحماية القضائية"⁽⁵⁾.

أما التحكيم، فلم يعرف المشرع العراقي التحكيم في قانون المرافعات المدنية، وإنما

(1) مرتضى حسن، تاج العروس، ج3، دار صادر، بيروت، دون سنة النشر، ص700.

(2) ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد2، دار صادر، بيروت، ص140-141.

(3) د. طلعت يوسف، نظرية الانعدام، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2012، ص37.

(4) د. جمال احمد هيكل، الاتفاق الإجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2014، ص24.

(5) السعيد محمد الازمازي، انقضاء الخصومة المدنية تعتبر حكم، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص46.

ذكر في المادة 251 إمكانية لجوء الخصوم إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم، فنص على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين". وبالمقابل، نجد أن مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي عرف التحكيم بأنه "اتفاق طرفا النزاع بإرادتهما الحرة على اللجوء إلى هيئة تحكيم للفصل فيه سواء كانت الجهة التي تتولى هذه الإجراءات منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم تكن كذلك"⁽¹⁾. وهذا التعريف الوارد في المشروع يكاد يكون مأخوذاً من التعريف الذي أورده المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، حيث أشارت إلى أن لفظ التحكيم ينصرف إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك. وفي الفقه، عرف رأي فيه التحكيم بأنه "نظام تسوية المنازعات عن طريق أشخاص عاديين يتم اختيارهم من قبل الأطراف مباشرة أو بطريقة أخرى يرصفونها"⁽²⁾. وذهب رأي آخر إلى تعريف التحكيم بأنه "تمكين أطراف النزاع من إخضاع منازعاتهم للتحكيم بدلا من طرحه على قضاء المحاكم العادية وذلك عن طريق أشخاص يختارونهم برضاهم"⁽³⁾. وهكذا عرف رأي في الفقه خصومة التحكيم بأنها "سلسلة من الإجراءات المتشابهة التي تتم من خلال فترة زمنية محددة الهدف منها تخفيف القضية وتكوين رأي فيها توصلنا لإصدار حكم من قبل من اختارهم الأطراف محكمين في دعوتهم"⁽⁴⁾.

المطلب الثالث

الاختلاف بين الخصومة القضائية وخصومة التحكيم

ان كل من التحكيم والقضاء الهدف منها هو الفصل في منازعات قانونية تنشأ بين

(1) مسودة مشروع قانون التحكيم العراقي، منشور على موقع المركز العراقي للتحكيم الدولي، على الرابط الإلكتروني الآتي:

<http://www.icacn.org/rules-3095-html/>

(2) د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 5.

(3) د. احمد محمد عبد البديع، شرح التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 13.

(4) د. خالد احمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 389.

الأفراد وكلاهما يطبق القانون في ذلك، فالتحكيم هو أيضاً قضاء حقيقي، لكنه من نوع خاص يسعى إليه الأفراد بمحض إرادتهم، وأيضاً يتشابهان من حيث الآثار التي تترتب على كل من الحكم القضائي والحكم التحكيمي، ومنها حجة الأمر المقضي فيه والقوة التنفيذية للحكم، وكذلك يتشابهان من حيث احترام كل منهما لضمانات التقاضي المتمثلة باحترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم وغيرها من الضمانات المهمة⁽¹⁾. ورغم هذه النقاط المشتركة إلا أن هنالك بعض المزايا التي تختلف بها خصومة التحكيم عن الخصومة القضائية وهي:

أولاً: تتمتع خصومة التحكيم بالسرعة والبساطة في إجراءاتها المتبعة لإنهاء النزاع، حيث قد يتفادى الأطراف صرامة القضاء العادي الذي تتم إجراءاته بالبطء والتعقيد، بالإضافة إلى إمكانية استتالة أمد النزاع وإتاحة الفرصة لكثرة التأجيلات لأسباب كثيرة قد يكون البعض منها لكيد الخصم الآخر وتأخير الحسم⁽²⁾.

ثانياً: نطاق خصومة التحكيم أضيق من الخصومة القضائية، فالقضاء العادي يختص بالنظر في جميع المنازعات إلا ما استثنى منها كالأعمال المتعلقة بالسيادة. أما التحكيم فلا يجوز اللجوء إليه إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح، فهنالك بعض المنازعات لا تكون محلاً للتحكيم مثل المنازعات المتعلقة بالنظام العام⁽³⁾.

ثالثاً: يوفر نظام التحكيم لأطراف الخصومة الحرية في اختيار المحكمين، سواءً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وذلك عن طريق تحديد الجهة التي تقوم باختيارهم، وهذا الأمر يحقق الأمان والاطمئنان لدى أطراف النزاع حيث أنهم اختاروا أشخاصاً يكون لهم خبرة في مجال النشاط الذي تعلق به النزاع، بعكس القاضي الذي قد يكون بارعاً في الأمور القانونية إلا أنه قليل الخبرة بموضوع النزاع⁽⁴⁾.

(1) د. احمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص38.

(2) د. ايمن سيد خليل حجر، موسوعة ابن حجر للتحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة النشر، ص65.

(3) فهيمة احمد علي، الوسيط في سلطة القضاء إزاء خصومة التحكيم، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2017، ص20.

(4) عبدالباسط محمد عبدالواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،

رابعاً: تتمتع خصومة التحكيم بالسرية التامة، وهذا ما يرغبه الخصومة حرصاً على مصالحهم في مواجهة الغير المنافس، فالسرية أساس لاختيار التحكيم، وأن اللجوء إليه يحقق رغبتهم؛ لأن جلساته تتم عادة بسرية على عكس الخصومة القضائية حيث أن من أهم مبادئها علانية جلساتها وأحكامها⁽¹⁾.

خامساً: خصومة التحكيم لا تستدعي سوى نفقات زهيدة مقارنة بما تستدعيه الدعوى أمام القضاء العادي من الرسوم القضائية وأتعاب الخبير والمحاماة ومصروفات أخرى⁽²⁾.

سادساً: الأصل ان المحكم في خصومة التحكيم يعني من تطبيق قواعد القانون الإجرائي، سواءً كان محكماً مقيداً بالقانون أو مفوضاً بالصلح إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى عكس ذلك لكنه يبقى مقيداً بقواعد القانون الموضوعي، وهذا بخلاف القاضي الذي يتقيد بقواعد القانون الإجرائي وأيضاً الموضوعي⁽³⁾.

سابعاً: في خصومة التحكيم يذهب المتخصصان إلى جلساتها وهما راضين على اعتبار أن المبدأ السائد هو سلطان الإرادة بعكس الحال في الخصومة القضائية فيها يسبب رفع أحد الأطراف دعوى على الآخر حدوث عداوة ومشاحنات بينهما⁽⁴⁾.

بعد التطرق إلى أهم المزايا التي تميز خصومة التحكيم عن الخصومة القضائية سنين خلال صفحات البحث بان هذه الاختلافات تجعل الرجوع إلى القواعد العامة في الوقف لا يتلاءم مع نظام التحكيم بل هو بحاجة إلى التنظيم الخاص به.

←

2012، ص 46.

(1) د. ناجي عبدالخالق، قواعد وإجراءات التحكيم، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان،

2018، ص 34.

(2) قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء احكام الشريعة الإسلامية، دار الصمبعي، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 23.

(3) د. خالد احمد حسن، مصدر سابق، ص 392.

(4) د. فارس محمد عمران، قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية، ط1، المركز القومي

للاصدارات القانونية، دون مكان النشر، 2012، ص 16.

المبحث الثاني

حالات وقف خصومة التحكيم والآثار المترتبة عليه

بعد ان بينا الحالات التي تؤدي إلى وقف الخصومة القضائية، يتطلب منا الأمر تناول حالات وقف خصومة التحكيم كعارض من عوارض الخصومة التحكيمية، فهل تنطبق ذات الأحكام الواردة في قانون المرافعات المدنية بشأن الخصومة القضائية على الخصومة التحكيمية أيضاً أم هناك تنظيم خاص بها؟ وهل هي ذات حالات الوقف أم أنها تختلف؛ نظراً لما تتسم به خصومة التحكيم من مزايا تجعله مختلفاً عن القضاء العادي، فإرادة الأطراف هي المهيمنة على تفاصيله. وإذا ما تم وقف خصومة التحكيم، فإن التساؤل يثار بشأن الآثار المترتبة على وقف هذه الخصومة، ولأجل الإحاطة بحالات وقف خصومة التحكيم والآثار المترتبة عليها سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

حالات وقف خصومة التحكيم

على غرار الخصومة القضائية، فإن خصومة التحكيم معرضة للوقف إما بالاتفاق أو بقرار هيئة التحكيم أو بحكم القانون، يضاف إلى ذلك أن لمراكز التحكيم التجاري الدولي قواعد خاصة بها تتناول وقف إجراءات دعوى التحكيم، كما في قواعد المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار المعروفة باسم (إكسيد ICSID)، ولأجل بيان حالات وقف خصومة التحكيم، سنتناول حالات وقف خصومة التحكيم في القوانين الداخلية في فروع ثلاثة، على أن يتبع ذلك فرع رابع سنخصصه لبيان حالات وقف إجراءات دعوى التحكيم وفق قواعد المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

الوقف الاتفاقي لخصومة التحكيم

يكون هذا الوقف بناء على طلب الخصوم، فيحق لهم أن يتفقوا على وقف إجراءات التحكيم، وهذا يعد تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة المهيمن على عملية التحكيم، فإرادة الخصوم لها دور بارز في هذه الحالة قياساً على دور الخصوم في الخصومة القضائية. كما أن الوقف الاتفاقي ينسجم مع التوجه العام لهذه الخصومة من رغبة أطرافها بإيجاد تسوية

ودية لمنازعتهم، بحيث يقتصر دور هيئة التحكيم عند تقديم طلب الوقف اتفاقياً من التحقق من صحة وجود هذا الاتفاق من عدمه، بشرط اتفاق جميع الأطراف ليكون سارياً، فإذا كان لا يجوز تقديم طلب الوقف الاتفاقي بعد قفل باب المرافعة الا انه يجوز إثارة هذا الوقف في أي مرحلة في خصومة التحكيم⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، نجد بأن الفقه لا يعارض وقف خصومة التحكيم اتفاقياً، فلا يمكن القول بعدم إمكانية هذا الوقف لأن نظام التحكيم قائم على أساس إرادة الأطراف فهو يتماشى مع الإطار العام وجوهر قضاء التحكيم، بل أن هذه الصورة من الوقف أكثر اتفاقاً معه⁽²⁾.

أما بالنسبة للموقف التشريعي من وقف خصومة التحكيم اتفاقاً، فنلاحظ أن نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي المتعلقة بالتحكيم لم تتناول هذا النوع من الوقف، وهذا يعني الرجوع إلى القواعد العامة بشأن وقف الخصومة القضائية، وهذا أيضاً موقف القانون المصري وقانون التحكيم النموذجي، حيث لم ينظم هذه الصورة من الوقف على الرغم من تطرقه لصور أخرى سببها في الفروع القادمة.

ونعتقد أن عدم تنظيم هذا النوع من الوقف في قانون المرافعات المدنية العراقي والقوانين المقارنة هو نقص تشريعي، فلا يمكن الاستعارة الحرفية من قواعد المرافعات المنظمة للخصومة القضائية وتطبيقها على خصومة التحكيم، لما يوجد من اختلاف بين الخصومتين، فبقاء هذا الوقف بدون نص يطرح الكثير من الأسئلة وأهمها: هل يمكن تطبيق المدة المذكورة بشأن الوقف في المادة (182) من قانون المرافعات المدنية العراقي وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري⁽³⁾ على الوقف الاتفاقي لخصومة التحكيم أم لا؟

للإجابة على التساؤل السابق، انقسم الفقه إلى اتجاهين: ذهب الاتجاه الأول إلى

(1) د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص330.

(2) د. مختار بريري، التحكيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص127؛ د. فتحي والي، التحكيم، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص163.

(3) تنظر المادة (82) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (128) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري بشأن مدة الوقف.

القول بأن الوقف الاتفاقي لا بد وأن يتحدد بميعاد معين لا يتجاوز فيه الميعاد المقرر قانوناً، وذلك لأن ترك الخيار مفتوحاً للأطراف في تحديد مدة الوقف قد يؤدي إلى انتهاء التحكيم دون الفصل فيه بانتهاء الميعاد المحدد له، حيث لا تتمكن هيئة التحكيم وأطرافها من السير في القضية بعد وقفها إلا باتفاق جديد بين الخصوم⁽¹⁾، كما أن طول فترة الوقف تتنافى مع أهم مزايا نظام التحكيم، وهو الفصل في النزاع بصورة سريعة كما بينا سابقاً، فكيف يعطى لهم الحق للوقف دون وجود سقف زمني؟.

لذلك يذهب الاتجاه الثاني في الفقه إلى القول بأن من حق الأطراف أن يتفقوا على وقف إجراءات التحكيم للمدة التي يرونها، حتى لو تجاوزت المدة المحددة في قوانين المرافعات كأصل عام، وعلى هيئة التحكيم إقرار مثل هذا الاتفاق؛ لأن الغاية من تحديد مدة الوقف الاتفاقي في قوانين المرافعات هي تجنب تراكم القضايا أمام المحاكم، وهذا لا يوجد في قضاء التحكيم باعتباره قضاءً خاصاً، يختص بقضية معينة إلى حين الفصل فيها، وأيضاً فإن المدة في القضاء العادي حددت لاعتبارات وظروف متعلقة بطبيعة العمل ولا محل لها في قضاء التحكيم⁽²⁾.

وبعد بيان موقف القانون وآراء الفقه بشأن الوقف الاتفاقي، نرى ضرورة تحديد سقف زمني بموجب القوانين التي تنظم التحكيم سواء في قانون المرافعات العراقي لعدم وجود قانون للتحكيم في العراق، أو في قانون التحكيم المصري. فعلى الرغم من أن إرادة الأطراف تلعب دوراً أساسياً في قضاء التحكيم، إلا أن هذا لا يعني الخروج من الحكمة من طرح النزاع أمام هيئة المحكمين بدلاً من القضاء العادي، وهي سرعة حسم النزاع، لكن دون التقييد بالمدة المذكورة في القوانين، فيمكن للخصوم تقليلها أو زيادتها، وعلى هيئة التحكيم إقرار هذا الاتفاق حسب القانون وما تراه مناسباً وملائماً للتحكيم، على أن لا تكون هذه المدة طويلة بحيث يبقى النزاع لفترة طويلة مطروحاً أمام هيئة المحكمين مما يؤدي إلى بقاء هذه الهيئة منعقدة فترة طويلة، بالإضافة إلى عدم معرفة مصير أجور المحكمين خلال فترة الوقف هذه؟⁽³⁾.

(1) د. مختار بري، مصدر سابق، ص 120.

(2) تنظر المطلب الأول (ص) من هذا البحث.

(3) محمد سعيد الشيب، خصوصية خصومة التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 280.

الفرع الثاني الوقف القضائي لخصومة التحكيم

ذكرنا فيما سبق بأن المشرع قد أجاز للمحكمة في بعض الحالات أن تصدر قراراً بوقف الخصومة القضائية، على ان تبدأ آثاره من تاريخ صدور القرار من المحكمة، وهذا الوقف إما يكون كنوع من الجزاء توقعه المحكمة على من يتخلف من الخصوم عن إيداع المستندات المطلوبة منه للسير في الدعوى، أو عدم القيام بأي إجراء من الإجراءات المطلوبة في الميعاد المحدد. وقد أعطى قانون التحكيم النموذجي السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في مواصلة إجراءات التحكيم في الحالة التي يتخلف فيها أحد الخصوم عن حضور جلسة أو عن تقديم أدلة مستندة، فيمكن لهيئة التحكيم إصدار قرار التحكيم بناءً على الأدلة المتوافرة لديها⁽¹⁾. وفي المقابل، قد يكون الوقف القضائي تعليقاً للخصومة المدنية من أجل الفصل في مسألة أولية تقع ضمن اختصاص محكمة أخرى، على أن يتوقف الحكم في المسألة الأصلية للفصل في المسألة الأولية⁽²⁾.

والسؤال الذي يطرح هنا هل يتلاءم هذا النوع من الوقف مع طبيعة خصومة التحكيم؟ وهل تم تنظيم هذا النوع من الوقف في قانون المرافعات المدنية العراقي وقانون التحكيم المصري أم لا؟.

بالنسبة للوقف الذي توقعه المحكمة جزاء لمن لم ينفذ أوامرهما، نجد أن نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي المتعلقة بالتحكيم ذكرت صورة واحدة لهذا النوع من الوقف، وهو الوقف التعليقي، وهذا هو أيضاً موقف المشرع المصري في قانون التحكيم. ونحن برأينا نرى بأنه لا مجال لصورة الوقف الجزائي في خصومة التحكيم⁽³⁾، فليس من سلطة هيئة التحكيم إيقاع الجزاءات على الخصم الذي لعبت إرادته دوراً كبيراً في

(1) المادة (25/ج) من قانون التحكيم النموذجي.

(2) يراجع المطلب الثاني من المبحث الأول ص (6) من هذا البحث.

(3) تقضي المادة (25/أ) قانون التحكيم النموذجي بإنهاء إجراءات التحكيم في الحالة التي يتخلف فيها المدعي عن بيان إدعائه، وفي المقابل تقضي المادة (25/ب) بالإستمرار بأجراءات التحكيم في الحالة التي يتخلف فيها المدعي عليه دون أن تعتبر هذا التخلف في حد ذاته قبولاً لإدعاءات المدعي.

اختيارها، لكن ربما تأخذ بعين الاعتبار نتيجة إهماله للقيام بما يلزم عند الفصل في دعواه⁽¹⁾.

وعلى هذا النحو، تناول المشرع العراقي الوقف التعليقي لخصومة التحكيم في المادة (268) من قانون المرافعات المدنية العراقي، إذ توجد بعض الأمور التي تعرض خلال سير إجراءات التحكيم قد تخرج من نطاق الصلاحيات الممنوحة لهيئة التحكيم، فلا تملك سلطة البت فيها، على إثر ذلك تصدر أمرها بوقف السير في الدعوى التحكيمية إلى حين الفصل في هذه المسألة من قبل السلطات المختصة، وهكذا لم يمنح المشرع هيئة التحكيم عند وجود مثل هذه الحالات أعمال سلطتها التقديرية في تقرير الوقف اما لا، فالنص جاء مطلقاً وعليها وقف السير في الخصومة⁽²⁾.

وقد نظم قانون التحكيم المصري أيضاً حالات هذا الوقف وهو يشابه موقف القانون العراقي، إلا أنه يختلف موقف القانون المصري من حيث أنه منح هيئة التحكيم السلطة في تقرير الوقف من عدمه، فلها الاستمرار في الإجراءات إذا وجدت بأن الحكم في المسألة الأصلية لا يتوقف على الحكم في المسألة الأولية أو قد تقرر الوقف إذا رأت ذلك⁽³⁾. ويمكننا أن نستخلص من موقف القانونين العراقي والمصري حالات الوقف التعليقي لخصومة التحكيم وهي:

1. إذا كانت هنالك مسألة أولية تخرج عن نطاق صلاحية هيئة التحكيم وتخضع لاختصاص جهة قضائية أخرى حينئذ توقف الإجراءات إلى حين الفصل فيها.
2. إذا طعن بالتزوير في أحد المستندات المقدمة إلى هيئة التحكيم، سواء كان هذا المستند رسمياً أو عرفياً، وكان الفصل في خصومة التحكيم يتوقف على الفصل في مدى صحة ذلك المستند المطعون فيه، وسواء كان الطاعن هو المدعي أو المدعى عليه، فيجب على هيئة التحكيم -حسب القانون العراقي- أن توقف إجراءاتها لحين الفصل في

(1) تنظر المادة (268) من قانون المرافعات العراقي والمادة (46) من قانون التحكيم المصري المعدل.
(2) تنص المادة (268) على أنه "إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية المحكمين أو طعن بالتزوير في ورقة أو اتخذت إجراءات جزائية عن تزويرها أو عن حادث جزائي آخر يوقف المحكمون عملهم، ويصدرون قرار للخصوم بتقديم طلباتهم الى المحكمة المختصة وفي هذه الحالة يقف سريان المدة المحددة إلى ان يصدر حكم بات في هذه المسألة".
(3) محمد علي سكيكر، مصدر سابق، ص 750.84.

الطعن⁽¹⁾.

3. اتخاذ إجراءات جنائية بشأن واقعة خاضعة للتحكيم، ووقف خصومة التحكيم تستند في هذه الحالة على القاعدة القاضية بأن "الجنائي يوقف المدني"، وهي تعني بأن لطالما كانت الدعوى المدنية لها علاقة بدعوى جنائية يجب وقفها إلى حين الفصل في الدعوى الجنائية؛ وذلك تجنباً لصدور أحكام متناقضة إذا سارت الدعويين معاً⁽²⁾.

4. إذا وجدت مسألة من المسائل التي تستدعي لجوء هيئة التحكيم للقضاء لكي تستعين بسلطته، مثل مسألة الحكم على من يتحلف من الشهود، أو مسألة إلزام الغير بتقديم المستندات وغيرها⁽³⁾.

وفيما يتعلق بالمدة المطلوبة لانتها هذا الوقف، نجد بأن قانون المرافعات المدنية العراقي وقانون التحكيم المصري لم يحدداها، باعتبار أن هذا الوقف -كما بينا آنفاً- يكون متوقفاً على الفصل في مسألة أخرى تدخل في اختصاص جهات قضائية، فتبقى خصومة التحكيم موقوفة لحين الفصل فيها بشكل نهائي مهما طالت مدة الفصل.

الفرع الثالث

الوقف القانوني لخصومة التحكيم

إن الوقف القانوني كأصل عام يترتب بقوة القانون عند توافر أسباب معينة أثناء نظر الدعوى، فليس للمحكمة أي سلطة للحكم به من عدمه، ومن أهم تطبيقاته هي رد القاضي. وهذا الوقف يتواجد أيضاً في الخصومة التحكيمية فهو يعني وقف إجراءات التحكيم، ولكن بقوة القانون في هذه الحالة، دون الحاجة إلى وجود اتفاق أو صدور حكم

(1) محمد سعيد الشيبه، مصدر سابق، ص2

(2) تنظر المادة (46) من قانون التحكيم المصري والتي تنص على انه "اذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم او طعن بالتزوير في ورقة قدمه لها او اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها او عن فعل جنائي اخر جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر النزاع اذا رأت ان الفصل في هذه المسألة او في تزوير الورقة او في فعل جنائي اخر ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع والا أوقفت الإجراءات حتى تصدر حكم نهائي في هذا الشأن...."

(3) د. محمد علي السكيكر، تشريعات التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص150.

من هيئة التحكيم، فعلى الأخيرة أن تقرر وقف السير في الخصومة عند قيام سبب من أسبابه، وأهمها هو رد المحكم.

وبقدر تعلق الأمر بالموقف التشريعي من الوقف القانون لخصومة التحكيم، نجد أن نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي المتعلقة بالتحكيم، قد نظمت أهم تطبيق لهذا النوع من الوقف، فأجازت رد المحكم لنفس الحالات التي يرد فيها القاضي، ولكنه قيدها بضرورة توافر أسباب تظهر بعد تعيين المحكم تمنح الخصوم حق طلب رد المحكم، ويقدم طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وقرارها يكون غير قابل للطعن. ومع ذلك، لم يبين المشرع هل أن توقف الخصومة التحكيمية إلى حين تعيين محكم آخر أم لا، لكن بما أنه قد أحال الأمر إلى حالات رد القاضي، فهذا يدل على أن ما يسري بشأنه يسري بشأن رد المحكم أيضاً، وهذا يعني إيقافها إلى حين البت في موضوع الرد⁽¹⁾، ولمعرفة حالات رد المحكم نرجع إلى القواعد العامة المنظمة لرد القاضي، بموجبها يمكن رد القاضي والمحكم في الحالات الآتية⁽²⁾:

1. إذا كان أحد الطرفين مستخدماً عند القاضي (المحكم)، أو قد اعتاد مؤاكلة أحد الطرفين أو مساكنته أو تلقى من أحدهم هدية سواءً قبل أو بعد إقامة الدعوى.
2. إذا وجدت بين القاضي (المحكم) أو أحد الطرفين عداوة من شأنها أن تجعله لا يستطيع الحكم دون الميل للطرف الآخر.
3. إذا كان قد أعطى رأياً قبل الأوان.

ونحن نعتقد أنه كان من الأفضل عدم إرجاع حالات رد المحكم إلى القواعد العامة في رد القاضي، بل الأفضل أن تنظم بنصوص صريحة تقضي بأنه يجوز طلب رد المحكم كلما أثبتت شكوك نحو حيده واستقلالته، فمن الممكن وجود صور أخرى لعدم حيده المحكم غير المذكورة في حالات رد القاضي، وهذا يتناسب أكثر مع نظام التحكيم.

أما بالنسبة لموقف القانون المصري، فهو أيضاً أخذ بحالة رد المحكم كتطبيق من تطبيقات الوقف القانوني، لكنه لم يرجع حالات رد المحكم إلى حالات رد القاضي، كما فعلت نصوص القانون العراقي، بل أجاز القانون المصري رد المحكم كلما وجدت

(1) تنظر المادة (2ق/96) من قانون المرافعات المدنية العراقي والتي تنص على أنه "... يترتب على تقديم هذا الطلب عدم استمرار الحاكم أو الهيئة من نظر الدعوى حتى يفصل في طلب الرد".

(2) تنظر المادة (93) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

ظروف تثير شكوكاً حول حيديته واستقلاليتيه، وهذا برأينا أفضل من موقف القانون العراقي، كما وأنه منع على الأطراف رد المحكم الذي عينوه الا بسبب تبين لهم بعد التعيين⁽¹⁾، كما ونظم هذا القانون إجراءات الرد في قانون التحكيم دون أن يحيلها على القواعد العامة في قانون المرافعات، فقضى بأن طلب رد المحكم يقدم كتابة إلى هيئة التحكيم، على أن يتضمن أسباب الرد، خلال (15) يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل الهيئة أو علمه بالظروف المبررة للرد، ويحق لطالب الرد أن يطعن في الحكم برفض طلب الرد خلال (30) يوماً من تاريخ إعلانه به، ويقدم هذا الطلب إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع أصلاً، وقرارها يكون غير قابل للطعن⁽²⁾.

مما سبق، يظهر وجود اختلاف بشأن رد المحكم بين القانونين، فالقانون العراقي قرر تقديم الطلب الرد إلى المحكمة المختصة وليس لهيئة التحكيم بداية، بعكس القانون المصري الذي أوجب تقديم الطلب مباشرة إلى هيئة التحكيم. وبما أن القانون المصري قد نظم هذا النوع من الوقف، فإن التساؤل الذي يثار هو: هل كان تنظيمه متفقاً مع طبيعة قضاء التحكيم أم لا؟

وللإجابة على التساؤل المطروح أعلاه، نجد بأن القانون المصري نص صراحة على أنه عند تقديم طلب الرد من قبل أحد الأطراف إلى هيئة التحكيم لا يترتب عليه وقف إجراءات التحكيم، وكذلك عند الطعن بالحكم الصادر بالرد، وإنما تستمر هيئة التحكيم بعملها. ومع ذلك، إذا صدر القرار برد المحكم، سواءً من هيئة التحكيم أو من المحكمة المختصة بنظر الدعوى، فإنه يترتب على ذلك اعتبار ما تم من إجراءات التحكيم، بما في ذلك حكم المحكمين، كأنها لم تكن. وعلى هذا الأساس، يكون القانون المصري قد وازن بين أمرين مهمين في الخصومة التحكيمية، فمن ناحية راعي خاصية سرعة حسم المنازعة أمام قضاء التحكيم، فلم يجعل مجرد تقديم طلب الرد سبباً لوقف الخصومة وإجراءاتها، أي ستستمر هيئة بالسير في إجراءات التحكيم وهو ما يعد كسباً للوقت اللازم لحسم المنازعة. ومن ناحية ثانية، علق صحة الإجراءات المتخذة على نتيجة البت في طلب رد المحكم بما يضمن حياد المحكمين، فإن رفض طلب الرد دل ذلك على ضمان

(1) تنظر المادة (18/ف1-2) من قانون التحكيم المصري.

(2) تنظر المادة (19/ف1-3) من قانون التحكيم المصري.

الحياد من جهة وضمنان حسم المنازعة بالسرعة المطلوبة من جهة أخرى وهو ما يتفق مع طبيعة قضاء التحكيم؛ لأن حسم المنازعة على نحو سريع يعد من أهم خصائص قضاء التحكيم. أما إذا تم رد المحكم كنتيجة مترتبة على طلب الرد، فإن حياد المحكم يغلب في هذه الحالة على سرعة اتخاذ الإجراءات وحسم المنازعة، بحيث تعد الإجراءات المتخذة في حكم العدم، وهو ما يعني في النهاية وقف خصومة التحكيم خلال مدة تقديم طلب رد المحكم⁽¹⁾. وموقف القانون المصري متأثر بموقف قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي عام 1985⁽²⁾، حيث يقضي هذا القانون بأنه ريثما يتم الفصل في طلب رد المحكم، يجوز لهيئة التحكيم، وضمنها المحكم المطلوب رده، أن تواصل إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم⁽³⁾. ويبدو واضحاً، أن القانون النموذجي للتحكيم لا يقضي بوقف إجراءات التحكيم خلال الفترة التي يقدم فيها طلب رد المحكم، وهو ما يعني في اعتقادنا ترجيحاً لخاصية السرعة في حسم خصومة التحكيم، ولكن إن تم البت في طلب رد المحكم بالإيجاب أي الحكم برده، فهنا تكون الإجراءات المتخذة من قبل هيئة التحكيم مما يلزم إبطالها، وبذلك تكون الخصومة خلال هذه المدة -مدة البت في طلب رد المحكم- في حكم المتوقفة، وهذا الحكم غير منصوص عليه في القانون النموذجي، إلا أن القواعد العامة تقضي بذلك.

ويجدر بالذكر، أن القانون النموذجي للتحكيم تناول حالة عجز المحكم عن أداء وظيفته بحكم القانون أو بحكم الواقع كوفاته أو مرضه، أو اتفاق الخصوم على إنهاء ولايته⁽⁴⁾، تنتهي ولايته في هذه الحالة، وينبغي تعيين محكم بديل عنه وفقاً للقواعد التي كانت واجبة التطبيق على تعيين المحكم الجاري تبديله⁽⁵⁾. ولا شك، أنه وخلال فترة التبديل تكون هيئة التحكيم شاغرة من أحد أعضائها، وهو ما يعني توقف إجراءات التحكيم خلال هذه الفترة، وهذا الحكم مستفاد من القواعد العامة رغم عدم ورود ذكر

(1) تنظر المادة (19/4) من قانون التحكيم المصري.

(2) إن أسباب رد المحكم في القانون النموذجي هي مجتمعة تتمثل في الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده واستقلاله. ينظر المادة (12) من قانون التحكيم النموذجي.

(3) المادة (13/3) من قانون التحكيم النموذجي.

(4) ينظر المادة (14) من قانون التحكيم النموذجي.

(5) ينظر المادة (15) من قانون التحكيم النموذجي.

الفرع الرابع

وقف إجراءات دعوى التحكيم وفق قواعد المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (إكسيد)

تم تأسيس المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار (إكسيد) بموجب اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن فض منازعات الاستثمار بين الدول والأشخاص الأجنبية⁽¹⁾، والغرض من هذه الاتفاقية هو توفير طريقي التوفيق والتحكيم من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، والتي تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية⁽²⁾، ويتبع المركز البنك الدولي للإنشاء والتعمير⁽³⁾. وما عدا نصوص الاتفاقية التي نظمت طريقي التوفيق والتحكيم، توجد قواعد صادرة عن مركز إكسيد تتناول إجراءات التوفيق والتحكيم⁽⁴⁾، ومن هذه القواعد ما تناولت حالات وقف إجراءات التحكيم وهي:

أولاً: وقف إجراءات التحكيم بسبب استبدال المحكم

وفق قواعد لائحة إكسيد يتم تغيير المحكم في الحالات الآتية:

1. استبدال المحكم بإرادة الخصوم، حيث يجوز لكل طرف في خصومة التحكيم،

(1) إنضمت مصر إلى الاتفاقية المذكور بالقانون رقم 90 لسنة 1971، أما العراق فهو غير منضم إلى الاتفاقية، ينظر في الدولة الموقعة وغير الموقعة على الاتفاقية الموسوعة الحرة (ويكيبيديا) على الرابط الآتي:

https://en.wikipedia.org/wiki/International_Centre_for_Settlement_of_Investment_Disputes

(2) المادة الأولى من إتفاقية واشنطن لعام 1965.

(3) المادة الثانية من إتفاقية واشنطن.

(4) تسمى هذه القواعد بقواعد إجراءات التحكيم التابعة لمركز إكسيد (قواعد التحكيم)، وهي موضوعة من قبل المجلس الإداري للمركز وفق المادة (6/1/ج) من إتفاقية واشنطن، والتي تنص على أنه من اختصاصات المجلس الإداري للمركز تبني لائحتي الإجراءات المتعلقة بدعوى التوفيق والتحكيم (المسميتان فيما بعد لائحة التوفيق والتحكيم). وتغطي هذه القواعد الفترة التي يتم فيها إرسال اشعار تسجيل طلب التحكيم إلى حين صدور الحكم. ينظر

ICSID CONVENTION, REGULATIONS AND RULES, RULES OF PROCEDURE FOR ARBITRATION PROCEEDINGS (ARBITRATION RULES), p.103. Available at the following link: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>

وفي أي وقت قبل انعقاد هيئة التحكيم، استبدال (Replace) المحكم الذي تم تعيينه من قبله، كما يجوز للخصمين معاً، باتفاق بينهما، استبدال أي محكم⁽¹⁾.

2. استبدال المحكم بسبب وفاته أو عجزه أو استقالته، فالمحكم إذا توفي أو أصبح غير قادر على أداء واجباته كمحكم يتم استبداله بمحكم آخر، كما يجوز للمحكم المعين تقديم استقالته إلى الأعضاء الآخرين في هيئة التحكيم أو الأمين العام للمركز، وإذا تم تعيين المحكم من قبل أحد الطرفين، يجب على هيئة التحكيم أن تنظر على الفور في أسباب استقالة المحكم وتقرر ما إذا كانت توافق عليها، كما يتعين على هيئة التحكيم أن تقوم على الفور بإخطار الأمين العام بقرارها⁽²⁾.

3. استبدال المحكم في حالة الرد، بحسب قواعد لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد يجوز للخصم أن يطلب من هيئة التحكيم رد أحد أعضائها⁽³⁾، وعادة يكون الرد في الحالة التي يفقد فيها المحكم شروط كفاءة العمل⁽⁴⁾. ويجب على الطرف الذي يقترح رد أحد المحكمين، قبل إعلان إغلاق الدعوى، تقديم طلب الرد مع أسبابه إلى الأمين العام للمركز، ومن ثم يحيل الأمين العام طلب الرد إلى أعضاء هيئة التحكيم، وكذلك يقوم الأمين العام بإخطار الطرف الآخر بالطلب، ويجوز للمحكم الذي يتعلق به طلب الرد تقديم تفسيرات إلى هيئة التحكيم⁽⁵⁾.

ويترتب على جميع حالات استبدال المحكم، المذكورة آنفاً، قيام الأمين العام على الفور بإخطار الأطراف، وإذا لزم الأمر، إخطار رئيس المجلس الإداري للمركز، بوجود شاغل في هيئة التحكيم بسبب عدم كفاءة المحكم أو وفاته أو عجزه أو استقالته، أو أن المحكم تم استبداله بإرادة الخصوم، وبناءً على إخطار الأمين العام بوجود شاغل في هيئة التحكيم، يمكن أن تظل الدعوى مفتوحة أو تعلق الإجراءات حتى يتم ملء الشاغل في

(1) القاعدة رقم (7) من لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

(2) القاعدة (8) من لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

(3) المادة (57) من إتفاقية واشنطن.

(4) تنص المادة (1/14) من إتفاقية واشنطن على أن يكون المحكم ممن يتمتع بمركز أدبي رفيع ومن المشهود لهم بتخصصهم وكفاءتهم في المجالات القانونية أو التجارية أو الصناعية أو المالية، كما يشترط أن تتوفر فيه ضمانات الحيدة والاستقلال في مباشرة وظائفه.

(5) القاعدة (9) من لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

هيئة التحكيم⁽¹⁾، وعادة يتم ملء الشاغر الناتج عن رد المحكم أو وفاته وعجزه أو استقالته على الفور بنفس الطريقة التي تم بها تعيينه خلال مدة (45) يوماً من تاريخ إشعار الأمين العام بوجود شاغر في هيئة التحكيم⁽²⁾. وخلال مدة الشغور تتوقف إجراءات دعوى التحكيم، وحالما يتم شغل المنصب الشاغر في هيئة التحكيم، تستأنف الإجراءات من النقطة التي وصلت إليها في وقت حدوث الشغور. ومع ذلك، يجوز للمحكم المعين حديثاً أن يطلب إعادة بدء الإجراء الشفوي، إذا كان قد بدأ بالفعل⁽³⁾.

ثانياً: تقصير الخصم في تقديم دفوعه

إذا فشل أحد الأطراف في تقديم دفوعه في أي مرحلة من مراحل الدعوى، يتعين على هيئة التحكيم في هذه الحالة إخطار الخصم المقصر بضرورة تقديم دفوعه، وفي نفس الوقت على هيئة التحكيم منح الخصم فترة لا تتجاوز (60) يوماً كي يستطيع فيها تقديم دفوعه في غضون المهلة المحددة لذلك، وإلا يتم تحديد موعد جديد لاستئناف الدعوى والمرافعة⁽⁴⁾. وبعد انتهاء الفترة الممنوحة للخصم المقصر، أو عندما لا يتم منح أي فترة من هذا القبيل، تستأنف المحكمة النظر في النزاع، ولا يُعتبر عدم حضور الطرف المقصر أو تقديم دفوعه إقراراً بطلبات الطرف الآخر. كما يجوز للطرف الآخر في حالة حصول تقصير من الخصم، في أي وقت قبل وقف الدعوى، أن يطلب من هيئة التحكيم التعامل مع الطلبات المقدمة إليها وإصدار الحكم.

ويتضح مما سبق، أن إجراءات دعوى التحكيم تتوقف خلال الفترة التي تمنح للخصم المقصر من أجل تقديم طلباته، وبعد انتهاء تلك الفترة تستأنف إجراءات الدعوى التحكيمية مرة أخرى من النقطة التي وصلت إليها.

ثالثاً: حصول تسوية رضائية للمنازعة بين الخصوم

إذا قام الخصوم، قبل صدور الحكم في دعوى التحكيم، بتسوية النزاع رضائياً فيما بينهم، فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى إيقاف إجراءات الدعوى التحكيمية، وحينها يجب على هيئة التحكيم، أو الأمين العام إذا لم يتم تشكيل هيئة التحكيم بعد، في إشعار

(1) القاعدة (10) من لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

(2) القاعدة (11) من لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

(3) القاعدة (12) من لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

(4) القاعدة (2-1/42) من لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

مكتوب، وبناء على طلب الخصوم، الحكم بوقف إجراءات الدعوى التحكيمية⁽¹⁾. وفي حالة قيام الخصوم مع الأمين العام بإنهاء التسوية الحاصلة وكتابتها، يجوز حينئذ تقديم طلب خطي إلى هيئة التحكيم لتضمين هذه التسوية في قرار التحكيم⁽²⁾. ويبدو واضحاً مما ذكر، أن مصير إجراءات التحكيم في هذه الحالة إما: وقف إجراءات دعوى التحكيم، وإنهاءها فيما بعد دون صدور حكم بسبب حصول التسوية وانتهاء المنازعة، أو تضمين التسوية الحاصلة بين الخصوم في حكم هيئة التحكيم واعتباره الحكم الذي انتهت به خصومة التحكيم.

رابعاً: وقف إجراءات التحكيم بناء على طلب أحد الخصوم

يجوز لأحد الخصوم تقديم طلب بوقف إجراءات الدعوى إلى هيئة التحكيم أو الأمين العام إذا لم يتم تشكيل هيئة التحكيم بعد، وفي هذه الحالة يجب إعطاء مهلة زمنية خلالها يحق للطرف الآخر تحديد ما إذا كان يعارض وقف إجراءات التحكيم أم لا، فإذا لم يعترض الأخير خطياً خلال المهلة الزمنية الممنوحة له، اعتبر ذلك موافقة منه على وقف إجراءات التحكيم، وعندها ينبغي على هيئة التحكيم أو الأمين العام إصدار أمر يقضي بوقف إجراءات الدعوى التحكيمية، أما في حال تقديم اعتراض من الخصم المقابل اعتبر ذلك رفضاً لطلب الخصم الأول بوقف إجراءات دعوى التحكيم، مما يعني ضرورة الاستمرار في الإجراءات⁽³⁾.

ونستنتج مما ذكر، أن وقف إجراءات التحكيم المنصوص عليها في الحالة المذكورة أعلاه إنما هو الوقف الاتفاقي بناء على إرادة الخصوم في الدعوى، فإذا كان صحيحاً أن طلب وقف الإجراءات يقدم من أحد الخصوم، إلا أنه لا يؤدي إلى وقف الإجراءات ما لم يقبل بذلك الخصم الآخر، وقبوله يستنتج من عدم اعتراضه على وقف الإجراءات.

خامساً: عجز الخصوم عن السير في الدعوى التحكيمية

إذا عجز الخصوم في اتخاذ أي خطوات في الدعوى التحكيمية خلال ستة أشهر متتالية أو في الفترة التي قد يتفقون عليها بإقرار هيئة التحكيم، أو إقرار الأمين العام إذا لم

(1) القاعدة (1/43) من لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

(2) القاعدة (2/43) من لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

(3) القاعدة (44) من لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

يتم تشكيل المحكمة بعد، يجب أن تعتبر إجراءات الدعوى متوقفة في هذه الحالة، ولهيئة التحكيم أو الأمين العام الحكم بوقف إجراءات الدعوى التحكيمية⁽¹⁾. وقد تنتهي الخصومة التحكيمية في هذه الحالة دون صدور حكم.

نستنتج من مجمل قواعد لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد للتوفيق والتحكيم، أن حالات وقف إجراءات الدعوى التحكيمية منها ما يرجع إلى الوقف الاتفاقي بإرادة الخصوم، وهو ذات الوقف المنصوص عليه في القوانين الوطنية. ومنها ما يرجع إلى حالات استبدال المحكم ورده وهو ما يقابل الوقف القضائي للخصومة القضائية في القوانين الوطنية، ومنها ما يرجع إلى تسوية المنازعة أو عجز الخصوم من السير في الدعوى التحكيمية خلال المدة المحدد اتفاقاً أو خلال مدة ستة أشهر المحددة بحسب اتفاقية واشنطن وقواعد لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد، وفي اعتقادنا يقابل وقف الإجراءات في هذه الحالة الوقف القانوني في القوانين الوطنية. كما نستنتج أن بعض حالات الوقف يكون مؤقتاً يتبع ذلك استئناف الإجراءات وتنتهي الخصومة بصدور حكم من هيئة التحكيم ينهي به المنازعة، وقد تؤدي وقف الإجراءات إلى انتهاء الدعوى التحكيمية دون صدور حكم فيها.

المطلب الثاني

آثار وقف خصومة التحكيم

يترتب على وقف السير في الدعوى كأصل عام، أيا كان نوع الوقف وسببه، جملة من الآثار، منها اعتبار الدعوى قائمة، إلا أنها تعتبر راکدة، كما يترتب الوقف آثار تتعلق بالمواعيد الإجرائية. وهذه الآثار تنسحب أيضاً على خصومة التحكيم، حيث أن وقفها يترتب آثاراً، سواءً بالنص عليها صراحة في قانون التحكيم أو إحالتها إلى القواعد العامة في قانون المرافعات، كما فعل المشرع العراقي. ولأجل الإحاطة بآثار وقف خصومة التحكيم قسمنا هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

(1) القاعدة (45) من لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

الفرع الأول ركود خصومة التحكيم

لعل أن أهم آثار الوقف أنه يؤدي إلى ركود الخصومة متى ما تم إقراره، سواء كان ذلك في الخصومة القضائية أم الخصومة التحكيمية. ومع ذلك، تعتبر الخصومة قائمة رغم وقفها، فتبقى جميع الإجراءات التي اتخذت قبل الحكم بالوقف منتجة لآثارها، بحيث إذا انتهت مدة الوقف عادت هيئة التحكيم لاستكمال الإجراءات من نفس النقطة التي توقفت عندها⁽¹⁾.

وعليه، فإن الأثر الذي يترتب على ركود (استئخار) الخصومة القضائية هو وقفها من الجلسة التي قرر فيها اعتبارها متأخرة وحتى حسم الموضوع الذي تم التأجيل لأجله⁽²⁾. ويقصد بركود الخصومة، أن الدعوى الموقوفة وإن كانت قائمة إلا أنها تعد راکدة أي الإجراءات فيها معطلة، بمعنى آخر منع أي نشاط في الخصومة، فلا يجوز اتخاذ أي إجراء خلال مدة وقفها، وإذا اتخذ قبل انتهاء مدة الوقف أو قبل زوال سببه يعد باطلاً⁽³⁾. وهذا المعنى لركود الخصومة القضائية ينسحب أيضاً على خصومة التحكيم، باعتبار أن المشرع العراقي أرجعها إلى القواعد العامة، فتتوقف إجراءاتها حتى يصدر حكم نهائي بشأن المسألة التي توقفت خصومة التحكيم لأجلها أو بانتهاء مدة الوقف التي اتفق عليها أطراف الخصومة⁽⁴⁾.

وغني عن الذكر، أن الوقف يعتبر حالة مؤقتة فهو ينتهي بأمرين: إما باستئناف السير في الدعوى فعلياً، ففي الوقف التعليقي ينتهي الوقف بالبت في المسألة العارضة التي بسببها قررت هيئة التحكيم وقف الإجراءات. أما الوقف الاتفاقي، فإنه ينتهي بانقضاء المدة التي حددها الأطراف أو قد ينتهي الوقف باتفاقهم على انقضائه قبل انقضاء المدة المتفق عليها. وعادة تستأنف هيئة التحكيم السير في الإجراءات من جديد بتقديم طلب

(1) ممدوح عبدالكريم حافظ، مصدر سابق، ص 356؛ د. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 558.

(2) محمد سعيد الشيبه، مصدر سابق، ص 293.

(3) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في قانون المرافعات، شركة الطبع، بغداد، 1962، ص 464.

(4) وبنفس الموقف ذهب المشرع المصري في المادة (46) من قانون التحكيم المصري.

من طرفا الخصومة أو أحدهما إلى هيئة التحكيم لتحديد جلسة للنظر في خصومتهم، وهذا الاستمرار لا يكون إلا بعد زوال سبب الوقف أياً كان نوعه، حيث يكفي لاستئناف السير في الدعوى بالنسبة للوقف الاتفاقي - بحسب القانون العراقي - تقديم طلب إلى المحكمة خلال (15) يوماً من اليوم التالي لنهاية أجل الوقف بتجديد جلسة لنظرها⁽¹⁾، وهذا الحكم يسري على الوقف الاتفاقي في خصومة التحكيم أيضاً.

وبالنسبة لموقف القانون المصري، نجد بأنه لم يحدد موعداً لاستئناف السير في الدعوى، فلا بد من وجود اتفاق من الطرفين على ميعاد معين لاستئناف السير في خصومة التحكيم مجدداً، أو تكون هيئة التحكيم قد حددت هذا الميعاد، فلم يرجع القانون المصري إلى القواعد العامة بشأن استئناف السير في الوقف الاتفاقي، حيث يشترط، بموجب المادة (128) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، تقديم طلب استئناف الخصومة خلال مدة (8) أيام التالية لنهاية الوقف، ويجب أن يتم التبليغ خلال فترة محددة المدة؛ وذلك لأن الغاية من هذا الميعاد هي منع التحايل على المدة القصوى للوقف وهي (6) أشهر، وبما أن الوقف الاتفاقي لخصومة التحكيم - كما ذكرنا سابقاً - غير مقيد بمدة معينة، لذلك لا يثور في الوقف الاتفاقي لخصومة التحكيم مسألة التحايل على المدة التي حددها القانون⁽²⁾.

استناداً على ما سبق، يمكن القول بأن وقف الخصومة التحكيمية لا تؤثر على سيرها، فهي تبقى قائمة منتجة لأثارها، وتعتبر جميع الإجراءات التي اتخذت قبل حالة الوقف صحيحة، فالوقف يزول بزوال السبب، فالوقف القانوني يزول بإصدار قرار بيت في طلب رد المحكم، والوقف الاتفاقي يزول بانتهاء المدة التي اتفق عليها الأطراف⁽³⁾.

أما الأمر الثاني الذي تنتهي به حالة الوقف، كقاعدة عامة، فهو انقضاء الدعوى أو الخصومة التحكيمية دون الحكم في موضوعها، وذلك عند عدم استئنافها بعد انتهاء مدة الوقف أو زوال سبب الوقف، فالمشرع العراقي لم يحدد المدة سوى في الوقف الاتفاقي. أما في حالة الوقف القضائي والقانوني، فإن الخصومة تبقى موقوفة لحين زوال سبب

(1) تنظر المادة (82/2ف) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(2) د. احمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص 234.

(3) د. احمد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 2580.

الوقف، وقد أخذ المشرع العراقي بعين الاعتبار عدم بقاء هذه الدعوى موقوفة إلى ما لا نهاية، فقرر إبطال عريضة الدعوى إذا استمر وقف الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه (6) أشهر⁽¹⁾.

بالرغم مما ذكر، فإن التساؤل الذي يطرح متعلق بمدى إمكانية قيام هيئة التحكيم بفرض هذا النوع من الجزاء على الأطراف في حالة عدم استئناف الخصومة؟ تبدو الإجابة بالنفي هي راجحة في هذه الحالة، أي لا يجوز لهيئة التحكيم فرض هكذا جزاء، لأن هيئة التحكيم (المحكم) معفية من تطبيق القواعد والإجراءات، المقررة في قانون المرافعات، التي لا تتعلق بالنظام العام، فليس من صلاحيات المحكم إيقاع جزاءات على الأطراف، بل لهيئة التحكيم إحالة الوضع إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع لتتولى هي إيقاع هذه الجزاءات.

الفرع الثاني

وقف المواعيد الإجرائية

وقف المواعيد الإجرائية هي من الآثار التي تترتب على وقف الخصومة، فإذا كانت هنالك مواعيد لم تبدأ فإنها لا تبدأ أثناء فترة الوقف، وإذا كانت قد بدأت قبلها فإنها تتوقف وتستأنف سريانها من جديد بعد انتهاء مدة الوقف، وعليه مادام الخصم ممنوع من اتخاذ الإجراءات فلا يمكن لومه على عدم اتخاذ الإجراءات في مواعيدها⁽²⁾، ما عدا في حالة الوقف الاتفاقي حيث لا يكون له اثر في أي ميعاد حتمي يكون القانون قد حدده لإجراء ما، والمقصود به هو الميعاد الذي يترتب على مخالفته سقوط الحق في اتخاذ الإجراء كما لو صدر قرار في شق من موضوع الدعوى مما يقبل الطعن مباشرة حيث أوقفت الدعوى بناء على طلب الخصوم فلا يؤثر هذا الوقف على سريان ميعاد الطعن في ذلك الحكم بل يجب اتخاذ الإجراء⁽³⁾.

الا ان الفقه يرى بان وقف خصومة التحكيم سواء كان باتفاق أطراف النزاع أو تم

(1) د. اجياد ثامر الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، ط1، دار الحامد للنشر، الأردن، 2008، ص59.

(2) عبدالرحمن العلام، مصدر سابق، ص273.

(3) د. اجياد ثامر الدليمي، مصدر سابق، ص44ح وبهذا الموقف ذهب المشرع المصري في المادة

(128) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

بقرار من هيئة التحكيم فإنه يؤدي إلى وقف سريان مدة التحكيم بخلاف ما هو معمول به أمام المحاكم لأنه لا يتعلق بميعاد، والأصل في تحديده يعود لإرادة أطراف النزاع بخلاف الميعاد الحتمي المجرد في القانون أمام المحاكم⁽¹⁾.



(1) محمد سعيد الشيبه، مصدر سابق، ص 293؛ غادة انس كيلاني وآخرون، الكامل في التحكيم، مصدر سابق، ص 25.

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة البحث توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات تليها توصيات وفيما يلي بيان ذلك:.

أولاً: الاستنتاجات

1- يعتبر التحكيم نظام لتسوية المنازعات وذلك عن طريق أشخاص عاديين يتم اختيارهم من قبل الأطراف فهو طريقة لطرح النزاع للتحكيم بدلاً من القضاء العادي، أما الخصومة فهي مجموعة من الإجراءات التي تبدأ منذ رفع الدعوى إلى القضاء ولحين إصدار الحكم، وعليه فإن خصومة التحكيم عبارة عن سلسلة من الإجراءات المتشابهة التي تتم خلال فترة زمنية محددة تكوين رأي في القضية توصلها لإصدار حكم من قبل المحكمين الذين اختارهم الأطراف.

2- رغم أن كل من التحكيم والقضاء الهدف منهما هو الفصل في منازعات قانونية تنشئ بين الأفراد عن طريق تطبيق القانون، ألا إن خصومة التحكيم تتمتع ببعض المزايا التي تجعلها مختلفة عن الخصومة القضائية أهمها السرعة والبساطة في إجراءاتها المتبعة لإنهاء النزاع بالإضافة إلى أنها توفر للخصوم الحرية في اختيار المحكمين، فالمبدأ هو سلطان إرادة الأطراف، كما التحكيم يتمتع بالسرية التامة التي يرغبها الخصوم حرصاً على مصالحهم مع الغير وغيرها من المزايا.

3- تتعرض الخصومة التحكيمية أثناء سير إجراءاتها إلى عوارض توقف السير فيها شأنها في ذلك شأن الخصومة القضائية، ويكون الوقف إما اتفاقياً بناء على طلب أحد الخصوم أو يكون قضائياً فيما لو اتضح للمحكمة أن الفصل في موضوع الدعوى يتوقف على الفصل في مسألة أخرى، أو قد يقع هذا الوقف كنوع من الجزاء تحكم به المحكمة على من يتخلف من إيداع مستنداته أو أي إجراء يطلب منه في الميعاد المحدد، وقد يكون الوقف قانونياً فتتعد فيه السلطة التقديرية للمحكمة فهو يقع بقوة القانون من يوم تحقق السبب.

4- لم ينظم المشرع العراقي حالة الوقف الاتفاقي لخصومة التحكيم، ورغم هذا لا يمكن القول بعدم إمكانية وقف خصومة التحكيم اتفاقياً؛ لأن نظام التحكيم قائم على أساس إرادة الأطراف فهو يتماشى مع الإطار العام له والأكثر اتفاقاً معه. أما الوقف

القضائي فقد نص عليه المشرع العراقي وأوجب على هيئة التحكيم وقف السير في الإجراءات إذا ما عرضت عليها مسألة تخرج من نطاق الصلاحيات الممنوحة لها وهذا هو موقف المشرع المصري، أما التطبيق الآخر لهذا الوقف الذي توقعه المحكمة جزاءً على الخصم فلم يتطرق إليه المشرع على اعتبار أن إيقاع الجزاءات على الخصم ليست من سلطة هيئة التحكيم.

5- أما الوقف القانوني المقرر بقوة القانون، فهذا أيضاً يتواجد في الخصومة التحكيمية ومن أهم تطبيقاته هي رد المحكم والذي نص عليها القانون العراقي وأحالها إلى القواعد العامة في رد القاضي وقرر وقف الخصومة التحكيمية في حالة تقديم طلب الرد، بعكس القانون المقارن الذي لم يرتب على حالة رد المحكم وقف خصومة التحكيم.

6- أن حالات وقف إجراءات الدعوى التحكيمية وفق قواعد لائحة مركز إكسيد للتوفيق والتحكيم منها ما يرجع إلى الوقف الاتفاقي بإرادة الخصوم، وهو ذات الوقف المنصوص عليه في القوانين الوطنية. ومنها ما يرجع إلى حالات استبدال المحكم ورده، وهو ما يقابل الوقف القضائي للخصومة القضائية في القوانين الوطنية، ومنها ما يرجع إلى تسوية المنازعة أو عجز الخصوم من السير في الدعوى التحكيمية خلال المدة المحدد اتفاقاً أو خلال مدة ستة أشهر المحددة بحسب اتفاقية واشنطن وقواعد لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

7- أن بعض حالات الوقف وفق قواعد لائحة مركز إكسيد للتوفيق والتحكيم تكون مؤقتة يتبع ذلك استئناف الإجراءات وتنتهي الخصومة بصدور حكم من هيئة التحكيم ينهي به المنازعة، وقد تؤدي وقف الإجراءات إلى انتهاء الدعوى التحكيمية دون صدور حكم فيها.

8- يترتب على وقف الخصومة التحكيمية ذات الآثار التي تترتب على وقف الخصومة القضائية، ومن هذه الآثار بقاء خصومة التحكيم رغم ركودها قائمة ومنتجة لآثارها، كما أنها تعتبر راکدة رغم قيامها، وهذا يعني أن الإجراءات فيها تكون معطلة ويمنع اتخاذ أي إجراء خلال مدة الوقف، أما الاثر الأخير فهو وقف المواعيد الإجرائية واستئناف سريانها من جديد بعد انتهاء مدة الوقف.

ثانياً: التوصيات

1- نوصي المشرع العراقي بتشريع قانون خاص للتحكيم كما فعل المشرع المصري؛

وذلك لأهمية هذا النظام باعتباره بديلاً للقضاء العادي حيث انه يؤدي إلى التقليل من المشاكل التي تسود نظام المحاكم العادية من البطء في الإجراءات وكثرة التأجيلات والمصاريف.

2-تنظيم أحكام وقف الخصومة التحكيمية تنظيمياً يتناسب مع نظام التحكيم وعدم إرجاعه إلى القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات المدنية العراقي بشأن وقف الخصومة القضائية.

3-تنظيم أحكام الوقف الاتفاقي لخصومة التحكيم بنص ثابت في قانون التحكيم باعتباره من أهم أنواع الوقف لأن نظام التحكيم قائم على إرادة الأطراف وتحديد سقف زمني له يتلاءم مع طبيعة التحكيم دون إرجاعه إلى المدة المذكورة للوقف الاتفاقي للخصومة القضائية وهي ثلاثة أشهر لانتفاء العلة منها.

4-تعديل نص المادة (261) من قانون المرافعات المدنية العراقي وعدم إرجاع حالات رد المحكم لحالات رد القاضي وجعلها كالاتي: «يجوز رد المحكم إذا وجدت ظروف أثارت شكوكاً حول حيده واستقلاليته، وتستمر هيئة التحكيم بالنظر في الخصومة أثناء مدة تقديم طلب الرد».

قائمة المصادر

أولاً: كتب اللغة

- 1-أبن المنظور جمال الدين محمد مكرم، لسان العرب، دار صادر، المجلد2، بيروت،
 - 2-مرتضى حسن، تاج العروس، دار صادر، بيروت، بلا سنة، نشر.
- ثانياً: الكتب القانونية
- 1-د.أجياد ثامر الدليمي، عوارض الدعوى المدنية، ط1، دار الحامد للنشر، الأردن، 2008.
 - 2-د.أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
 - 3-د.أحمد السيد صاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
 - 4-د.أحمد السيد صاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
 - 5-د.أحمد هندي، أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بلا سنة نشر.
 - 6-د.أحمد محمد عبدالبديع، شرح التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
 - 7-السعيد محمد الأزمازي، انقضاء الخصومة المدنية بغير حكم، المكتب الجامعي الحديث، بلا مكان نشر، 2007.
 - 8-د.جمال أحمد هيكل، الاتفاق الإجرائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر والقانون، بلا مكان نشر، 2014.
 - 9-د.خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
 - 10-د.صلاح الدين الناهي، الوجيز في قانون المرافعات، شركة الطبع، بغداد، 1962.
 - 11-د.طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بلا سنة نشر.
 - 12-د.طلعت يوسف، نظرية الانعدام، ط1، دار الفكر والقانون، بلا مكان نشر، 2012.

- 13- د.عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 2002.
- 14- د.عبدالباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، 1980.
- 15- د.عبدالباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
- 16- د.عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي، رقم (83) لسنة (1969)، مطبعة العاني، بغداد، بلا سنة نشر.
- 17- د.عماد حسن سلمان، المرافعات المدنية (دراسة معززة بالتطبيقات القضائية لمحكمة التمييز)، ط1، مكتبة القانون المقارن، بلا مكان نشر، 2011.
- 18- غادة أنس كيلاني وآخرون، الكامل في التحكيم، دار الأنوار للطباعة، دمشق، 2007.
- 19- د.فارس علي عمر الجرجري، مبدأ حياد القاضي، دار الكتب القانونية-دار شتات للنشر، المحله الكبرى، 2021.
- 20- د.فارس محمد عمران، قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية، ط1، المكتب القومي للإصدارات القانونية، بلا مكان نشر، 2021.
- 21- د.فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 22- فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، ط2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بلا سنة نشر.
- 23- د.فهيمة أحمد علي، الوسيط في سلطة القضاء إزاء خصومة التحكيم، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2017.
- 24- د.قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصمعي، المملكة العربية السعودية، 2009.
- 25- د. ليلي علي سعيد، وقف الخصومة في قانون المرافعات، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2017.
- 26- د. مختار بربري، التحكيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

27- د.محمد الحجار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، بلا دار نشر، لبنان، 1998.

28- د.محمد سعيد الشيبه، خصوصية خصومة التحكيم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016،

29- د.محمد علي سكيكر، تشريعات التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بلا سنة نشر.

30- د.ممدوح عبدالكريم حافظ، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969، مطبعة الأزهر، بغداد، 1973.

31- د.ناجي عبد الخالق، قواعد وإجراءات التحكيم، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت-لبنان، 2018.

ثالثا: الموسوعات

1- د.أيمن سيد خليل، موسوعة ابن حجر للتحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.

رابعا: القوانين

1- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (150) لسنة (1950) المعدل.

2- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم(23) لسنة (1971) المعدل.

3- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم(13) لسنة (1968) المعدل.

4- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83) لسنة (1969) المعدل.

5- قانون التحكيم النموذجي لسنة 1985.

6- قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة (1994) المعدل.

خامسا: الاتفاقيات والقواعد الدولية

1- اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بشأن فض المنازعات الاستثمارية بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

2- قواعد لائحة التحكيم التابعة لمركز إكسيد.

الملخص

تناول هذا البحث تأصيل حالات وقف خصومة التحكيم، إضافة إلى تحديد مدى ملاءمة وقف الخصومة مع طبيعة التحكيم أساساً، إذ هو قضاء معروف باتسامه بالسرعة في حسم المنازعات. وقد جاء تناول الموضوع في ضوء موقف قانون المرافعات المدنية العراقي والقانون المصري وقانون التحكيم النموذجي، إضافة إلى بيان موقف لائحة التحكيم التابعة لمركز (إكسيد) من وقف إجراءات الخصومة التحكيمية. وقد توصل البحث إلى أن المشرع العراقي نظم بعض حالات وقف الخصومة التحكيمية مثل الوقف القضائي، حيث أوجب على هيئة التحكيم وقف السير في الإجراءات إذا ما عرضت عليها مسألة تخرج من نطاق الصلاحيات الممنوحة لها، كما أخذ المشرع العراقي بالوقف القانوني بسبب رد المحكم، وهذا جاء بخلاف موقف القانون المقارن الذي لم يرتب على حالة رد المحكم وقف خصومة التحكيم. وفي نهاية البحث، قدمنا جملة من التوصيات في هذا الشأن أهمها قيام المشرع العراقي بتنظيم أحكام وقف الخصومة التحكيمية تنظيمياً يتناسب مع نظام التحكيم وعدم إرجاعه إلى القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات المدنية العراقي بشأن وقف الخصومة القضائية.

پوخته

ئەم تووژينهويه باسى له رهگ و ريشهه حالتهكانى وهستاندى ناكوكى ناوبژيوانى كردوو، سهبارى ديارىكردى مهوداى گونجاوى وهستاندى ناكوكى لهگهه سروشتى ناوبژيوانى له بنهردا، بهه پنيهه كه دادوهريهكه به خيراى له چارهسركردنى ناكوكهكاندا ناسراوه. هينانى بابتهكه له ژير روشناى ههلويسى ياساى ريكارى شارستانى عيراقى و ياساى ميسر و ياساى ناوبژيوانى نمونهه مامهلهه لهگهه دهكرت، ئەمه سهبارى دهركستنى ههلويسى پهیرهوى ناوبژيوانى سه به ناوهدى (اكسيد) سهبارت به راگرتنى ريكارهكانى ناكوكى ناوبژيوانى. ليكولينهوهكه گهيشته ئەم ئهجامهه كه ياسادانهه عيراقى ههنديك حالتهه وهستاندى ناكوكى ناوبژيوانى ريكخستوه، وهك وهستاندى دادوهرى، كه تييدا پيوويستى دهكات لهسه دهستهه ناوبژيوانى ههستت به وهستاندى بهردهوام بوون له ريكارهكان ئهگه به بابتهك خرابويه بهردهسته لهدهرهوهى بازنهه ئەم دهسهلاتهه پييدراوه، ههروهه ياسادانهه عيراقى به وهستاندى دادوهرى وهركرتوه له حالتهه رتهكردهوهه هوكاردارى ناوبژيوان، ئەوهش به پيچهوانهه ههلويسى ياسا بهراوردكارهكان كه حالتهه رتهكردهوهه ناوبژيوان نابيته هوى وهستاندى ناكوكى ناوبژيوانى. لهكوئايى تووژينهوهكهدا كومهليك راسپاردهمان لهو بارهوه خستوتهروو كه گرنكترينيان برتبه له ههستانى ياسادانهه عيراقى به ريكخستنى برههكانى راگرتنى ناوبژيوانى به ريكخستنى كه گونجاويت لهگهه سيستمى ناوبژيوانى و نهگهراوهه بو ئەم ريسا گشتيانهه كه له ياساى ريكارى شارستانى عيراقيدا هاتوه سهبارت به وهستاندى ناكوكى دادوهرى.

Abstract

This research dealt with the study of cases of suspension of arbitration litigation, as well as determining the suitability of litigation suspension with the nature of arbitration. As is known, this type of judiciary is characterized by speed in resolving disputes. The subject was dealt with in light of the Iraqi Civil Procedures Law, the Egyptian Law and the Model Arbitration Law, in addition to the Arbitration Rules of the (ICSID) Center regarding the suspension of arbitration proceedings. The research concluded that the Iraqi legislator organized some cases of suspension of arbitration litigation, such as judicial suspension, where it obliged the arbitral tribunal to suspend the proceedings if it was presented with an issue outside the scope of the powers granted to it. The Iraqi legislator also took the legal suspension because of the request to exclude the arbitrator, and this came in contrast to the comparative law, which did not take the suspension of the arbitration litigation because of the request to exclude the arbitrator. At the end of the research, we made a number of recommendations in this regard, the most important of which is the need for the Iraqi legislator to organize the provisions for suspending arbitration litigation in an organization commensurate with the arbitration system and not to return it to the general rules contained in the Iraqi Civil Procedure Code regarding the suspension of judicial litigation.

التنظيم القانوني لجريمة انتهاك جمالية المدن في التشريعات العراقية^(*)

"ريڤكخستى ياسايى تاوانى پيشيلكر دنى جوانيناسى شارهكان له ياساكانى غيراقداء"

**Legal regulation of the crime of violating the aesthetics of cities
in Iraqi legislation**

مصطفى ناجي شنبوج^(**)

كلية القانون - جامعة القادسية - العراق

مستهدفا ناجى شهنبوج

زانكوى قادسيه - كؤليزى ياسا

Mustafa Najj Shanboj

College of Law - Al-Qadisiyah University - Iraq

تاريخ قبول النشر: 2022/4/14

(*) تاريخ استلام البحث: 2021/12/9.

(**) mustafanaji89@gmail.com



التنظيم القانوني لجريمة انتهاك جمالية المدن في التشريعات العراقية

مصطفى ناجي شنبوج

كلية القانون - جامعة القادسية - العراق

الكلمات المفتاحية:

قانون العقوبات، قانون البيئة، جمالية المدن، التخطيط العمراني

كليه ووشه:

ياساى سزادان، ياساى ژينگه، جوانكارى شارهكان، پلاندانانى شارهكان.

key words: Penal Code, Environmental Law, Aesthetics of Cities, Urban Planning

المقدمة

ان القانون يعدّ قيلاً على حرية الإنسان كما انه في بعض الأحيان يكون عبئاً على التطور الاجتماعي حتى قيل بان القانون متخلف عن حركة التطور الاجتماعي والسبب الذي بموجبه يكون عبئاً على حرية الإنسان معروف وواضح لأنه يهتم بتنظيم حياة المجتمع وتحقيق الاستقرار فيه مصالح الأفراد في معاملاتهم ومنع الجريمة ومعاينة المجرمين وكذلك تحقيق التوازن الإنساني في الدولة وإشباع الحاجات المادية والمعنوية للأفراد وما يترتب على ذلك من وضع قواعد إلزامية أمره تحد من الإرادة البشرية ولما نلاحظه اليوم من انتشار واضح لمظاهر تخالف ما تم وضعه من تصاميم أساسية للمدن تؤدي إلى انتهاك جماليتها سنبحث هذه المظاهر كجريمة انتهاك جمالية المدن كون نصوص تجريم هذه الظواهر لم تجمع في تشريع واحد ومع ذلك نرى ان الأفراد في كثير من الأحيان يقبلون ان يكون القانون عبأ على حريتهم وذلك لما يحقق لهم فوائد جمة مادية أو معنوية في الشعور بالأمن والسعادة والطمأنينة وملاحقة المجرمين ومعاينتهم وتحقيق الحماية لهم ولأموالهم وأعمالهم، فجريمة انتهاك جمالية المدن هي من أوسع الجرائم انتشاراً في الوقت الحالي نظراً لتساهل السلطات على محاسبة منتهكيها وإن وظيفة الجمالية تعتمد على عناصر معينة، تشكل بمجموعها جمالية المدينة ورونقها فهذه العناصر

أمراً في غاية الأهمية بحيث ان أي اعتداء عليها يشكل جريمة انتهاك جمالية المدن ولعل من أبرز هذه العناصر وأهمها التخطيط العمراني، جمال روائق المدن، جمال الآثار وهو ما سيكون مجال بحث دراستنا.

أهمية البحث:

من المشاهد في عصرنا الحالي إن جريمة انتهاك جمالية المدن تشكل خطراً عاماً على الحياة لدرجة يمكن وصفها بأنها نوع جديد من الإرهاب، وقد ساعدت على ذلك ظاهرة التحضر والمدنية الحديثة التي صاحبت التقدم التقني والثورة الصناعية والعمرانية، بعبارة أدق يمكن القول بان جريمة انتهاك جمالية المدن هي ثمن انتشار حرية البناء غير المدروس وعدم قيام السلطات التنفيذية بواجباتها والعديد من القضايا المصاحبة لتوسع المدن والذي يوجب علينا دراستها في سبيل مكافحة هذه الجريمة.

إشكالية البحث:

لانتشار مظاهر تؤدي إلى انتهاك جمالية المدن أوجب المشرع في العديد من القوانين عدم المساس برونق وجمالية المدن كونها تعتبر جريمة ماسة بالسكينة العامة ألا أن هذه القواعد وكما لاحظنا مبثوثة على عدة تشريعات سنحاول بإيجاز في هذا البحث حصر القواعد التي تجرم هذه الظواهر وما يلاحظ أيضاً بأن هذه الجريمة لا تزال حديثة ولم تشيع بحثاً وان معظم جوانبها ما تزال غامضة ومجهولة وهو الأمر الصعب الذي واجهناه في هذه الدراسة.

منهج البحث:

من أجل الإحاطة بالموضوع سوف ننتهج في هذه الدراسة منهجاً تحليلي يعتمد على دراسة التشريعات الجنائية والحلول الفقهية، كما إننا سننطلق من المبادئ العامة لقانون العقوبات وصولاً إلى استخلاص الأسس والمبادئ التي نرى بأنها كفيلة بحل بوضع حلول لهذه الجريمة.

خطة البحث:

إن جريمة انتهاك جمالية المدن شأنها شأن بقية الجرائم تستلزم بيان عناصر جمالية المدن وأركانها والجزاء المترتب عليها، وعليه سنقسم هذا البحث إلى مبحثين نتناول في الأول مضمون هذه الجريمة وعناصرها والثاني للعقوبة المترتبة على ارتكابها.

المبحث الأول

مضمون جريمة انتهاك جمالية المدن

من حيث اللغة فإن الكلمات التي يتكون منها مفهوم هذه الجريمة واضحة المعالم لغوياً فلا حاجة لبيان ما هو بائن والا عُد ذلك عبثاً وسنعود لنعرف الماء بعد الجهد بالماء هذا من جانب أما من جانب آخر فمن خلال اطلاعي على أغلب القوانين التي جرمت انتهاك جمالية المدن وشروحات الفقهاء لهذه القوانين لم نجد تعريفاً جامعاً واضحاً لهذه الجريمة التي مع واسع انتشارها في مجتمعنا فقلة الدراسات دفعتنا لبحث هذه الجريمة ووضعنا لها تعريفاً عسى ولعل يكون وافياً لمضمونها فعرفناها بأنها "كل فعل أو امتناع عن فعل يعد انتهاكاً للتخطيط العمراني ولرونق المدن ولجمال أثارها جرّمه القانون"

المطلب الأول

عناصر جمالية المدن

من خلال التعريف أعلاه الذي حاولنا من خلاله الوصول لجوهر جريمة انتهاك جمال المدن ومن المعلوم بان كل كيان يقوم على عناصر، وعناصر جريمة انتهاك جمالية المدن يمكن أن نستشفها من تعريفها وهي كما يلي:

أولاً - التخطيط العمراني:

إن التخطيط العمراني السليم للمدينة هو الذي يضيف جمالية على المدن إذ انه المحيط الاصطناعي الذي إقامة الإنسان في إطار الوسط الطبيعي الذي نشأ فيه⁽¹⁾. فالإنسان كما هو معلوم بحاجة إلى مسكن يؤويه وشوارع يمر من خلالها وحدائق يتنزه فيها غير إن إقامة مثل هذه المنشآت ينبغي أن لا يكون عبثاً وبطريقة غير منظمة بل يتم ذلك بناء على دراسة قومية ومحلية تنتهي بإخضاعها لقواعد تنظيمية تحدد الطابع العمراني للمدينة من حيث طبيعة استعمال الأرض وارتفاعات الأبنية وكثافة سكانها وفضاءات الطرق والأرصفة وواجهات الأبنية ونوعية المواد المستخدمة فيها والمناطق التي يمنع فيها أي استخدام غريب للأبنية.

(1) الحلو، د. ماجد راغب، البيئة العمرانية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، المجلد الأول، 1998، ص 98.

بعبارة أخرى إن غياب هذه القواعد يعني ظهور مدينة وعمارة غير صحيحة وظيفياً وعمراًياً وجمالياً⁽¹⁾ أي إن مخالفتها يعدّ مرتكباً لجريمة انتهاك جمالية المدن، وعليه فلا بد من إصدار تشريعات تنظم التخطيط العمراني إذ إنها بدت أمراً ضرورياً لاسيما بعد الثورة الصناعية وما ترتب عليها من رخاء اقتصادي تضم بين ثناياها مجموعة القواعد القانونية ذات الصلة بتنظيم استخدام الحيز المكاني في إقليم ما، بما يحقق الصالح العام⁽²⁾ إذ يحدد استعمالات الأرض من حيث تقسيمها إلى مناطق سكنية وسياحية وصناعية وتجارية، كما يحدد موقع الخدمات والمرافق العامة ولاسيما المطارات وخطوط السكك الحديدية والشبكات والشوارع والمجاري والكهرباء والمناطق الأثرية والتاريخية، مما يهدف إلى تأمين الخير العمراني لمجال التوسع المرفقي⁽³⁾.

ثانياً - جمال المدن ورواقها:

إن وظيفة المدينة الجمالية لا تعتمد على تخطيطها العمراني فحسب بل إن الحفاظ على نظافة المدينة سواء بين الروح والحيوية والتجدد من خلال تزيين الشوارع وواجهات المباني والمنازل إذ تؤدي دوراً كبيراً في الحفاظ على المدينة ورونقها. غير إن تلك الأمور لا تتنكر للدور الأساسي الذي تضطلع به الجهات المعنية بتخطيط المدينة وعمراها إذ إن تنظيم استعمال الأرض وتوزيعها على مناطق سكنية وصناعية وتجارية وسياحية وترفيهية وتحديد الشروط اللازمة للمواد المستخدمة في البناء وتصاميم الأبنية من حيث السعة والارتفاع وتناسق ألوانها وأشكالها واستخدام الزخارف لتزيين المباني أو لإضفاء الطابع الجمالي عليها وتوسيع المساحات الخضراء، كل ذلك يعد أمراً ضرورياً لحسن المظهر الخارجي للمدينة ينبغي السعي إليه متى توفرت مستلزماته⁽⁴⁾.
إذن جمال المدن يتحقق بطلي المساكن والأبنية بلون معين أو عدم الترخيص بالبناء لارتفاع معلوم وعدم رمي الأوساخ والنفايات في الشوارع العامة وكل ما من شأنه ان يوفر

(1) كموته، حيدر عبد الرزاق، تلوث البيئة وتخطيط المدن، المؤسسة الصغيرة، العدد 93، دار الجاحظ، بغداد، 1981، ص 77.

(2) الحلو، د. ماجد راغب، المرجع السابق، ص 23.

(3) الحلو، د. ماجد راغب، المرجع السابق، ص 20.

(4) العنبيكي، د. هادي عبد المحسن، المدينة العربية الإسلامية، سلسلة المائدة الحرة، العدد 33، بيت الحكمة (سابقاً)، بغداد، 1999، ص 85.

السكينة العامة، مهما يكن من أمر فإن جمالية المدن تقوم من خلال تخطيط المدن والحفاظ على جمال رواقها، ولم يتردد المشرع الفرنسي في إصدار القوانين من أجل حماية جمال ورواقها معتبراً إن الإخلال به جرم يعاقب عليه.

ثالثاً - جمال الآثار:

الآثار هي بصمات الإنسان التي يتركها أثناء مسيرة تطوره عبر العصور من أعمال مادية ملموسة، تجسد معنى وشكل الحياة في شتى المجالات، أو كل ما يصدر عن الإنسان من عالم الخيال إلى عالم الوجود من علم وإبداع أو فن أو جمال عبر العصور⁽¹⁾. فعلى الرغم من اختلاف الشعوب واللغات والحضارات فإن الآثار الإنسانية تكاد تكون ذات مضامين متشابهة، ويعد أثراً أي شيء خلقتة الحضارات وتركته الأجيال السابقة مما يكشف عنه أو يعثر عليه سواء كان ذلك عقاراً أم منقولاً يتصل بالفنون أم العلوم والآداب والأخلاق والعقائد وغيرها من إفرازات الحياة والأحداث العامة إذا كان تاريخه يرجع إلى أكثر من مائة عام وكانت فيه قيمة تاريخية أو جمالية، إذ تذهب بعض التشريعات إلى حد اعتبار الطبيعة البيولوجية من بين الآثار والممتلكات الثقافية لاسيما تلك التي لها قيمة جمالية عالمية⁽²⁾ والحقيقة إن الآثار أو الممتلكات الثقافية هي دليل على درجة الرقي والتطور العلمي والفطري والحضاري لشعب من الشعوب أو حضارة من الحضارات، ولكنها في الوقت نفسه تعد من الإرث الإنساني المشترك ومن حق الجميع التمتع بقيمتها الجمالية ناهيك عن قيمتها الاقتصادية.

وهكذا تبرز أهمية الآثار والاعتزاز بها في دول العالم كافة كونها ذات بعدين، الأول: هو البعد المعنوي أو الروحي، والثاني هو البعد المادي، فأما الأول فلا بد من القول من ان الآثار التاريخية هي مصدر لإبداع الشعب ونتاجه الخلاق وهي المنبع الروحي له، فحينما يجد المواطن ان بلده كحضارة تاريخية وأصلية وذات رسالة قدمت للبشرية الكثير من المنجزات فإن ذلك سينعكس إيجابياً على سلوكه في المجتمع كما ان الحفاظ على هذه الآثار يشكل أهمية خاصة في الحفاظ على التاريخ ونقل وقائعه بصورة صحيحة وصادقة من دون تحريف أو تزوير.

(1) الحديشي، د. علي خليل إسماعيل، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 1999، ص 21.

(2) ينظر نص المادة (1) من اتفاقية لاهاي لعام (1954).

أما البعد الثاني(المادي) فيتجسد فيما تمثله الآثار من مصادر للدخل الوطني في المجال السياحي، فعدم الاهتمام بها وتوفير الحماية لها سيؤدي إلى إتلافها أو تهريبها إلى الخارج.

فضلاً لما توفره من مكانة اجتماعية وعظمة وتفاخر أمام الآخرين، ونظراً لهذه الأهمية فقد توصلت معظم التشريعات الجنائية إلى ضرورة توفير الحماية لها وذلك بسن القوانين الخاصة لها والمكملة لهذه القوانين الجنائية ولعل من أبرز هذه التشريعات قانون الآثار رقم 59 لسنة 1936 العراقي عد إصدار قانون التعديل الأول رقم 120 لسنة 1974 وقانون التعديل الثاني رقم 165 لسنة 1974 من أجل المحافظة على الآثار وصيانتها والتصدي لكل من يحاول الاعتداء عليها وذلك لأن المساس بها يشكل ضرر فادح بالتراث الوطني لكل دولة والذي يشكل بدوره التراث العالمي الذي يجب المحافظة عليه وحمايته من أي اعتداء يمكن ان يقع عليه⁽¹⁾.

وتأسيساً على ما تقدم فإن التخطيط العمراني السليم للمدن والمحافظة على جمالية الطرق والشوارع العامة والممتلكات الأثرية تعد جزءاً لا يتجزأ من تحقيق جمالية المدن إذ ان هذه العناصر بمجملها تمثل الجمالية وان أي مساس بها يشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات والقوانين المكملة له بقدر تعلقها بالأمر وهذه الجريمة أطلقنا عليها مصطلح جريمة (انتهاك جمالية المدن) والتي شأنها شأن بقية الجرائم يستلزم قيامها توفر أركان لها.

المطلب الثاني

أركان جريمة انتهاك جمالية المدن

إن أركان جريمة انتهاك جمالية المدن شأنها شأن بقية الجرائم تتكون من ركنين هما ركن مادي وركن معنوي يتطلب كل منهما تفصيل وهذا ما سيتم بالآتي:

أولاً- الركن المادي:

يتكون الركن المادي في أغلب الجرائم الوارد ذكرها في قانون العقوبات من ثلاثة عناصر هي: السلوك، والنتيجة، والعلاقة السببية، بينما جريمة انتهاك جمالية المدن تتكون

(1) أوجي، فراس ياوز عبد القادر، الحماية الجنائية للآثار، رسالة ماجستير، بغداد، 1998، ص2.

من سلوك ونتيجة فقط لأنها من الجرائم ذات الخطر المجرد التي من أبرز سماتها اندماج السلوك بالنتيجة وبالتالي فإن دراسة هذا الركن تنصب على هذين العنصرين دون ثالثهما.

1 - السلوك:

يعدّ الشخص مرتكباً لهذه الجريمة إذا تجاوز الحدود التي خصصها المشرع للبناء والعمران في ضوء المتطلبات الصناعية والاجتماعية والاقتصادية والجغرافية⁽¹⁾. كذلك إذا تجاوز الارتفاع المسموح للأبنية⁽²⁾ كما يعدّ مرتكباً لهذه الجريمة إذا رمى الأوساخ أو الأزبال أو المواد المضرة أو الملوثة أو المقلقة للراحة في محلات تؤثر على راحة المواطنين⁽³⁾ كرمي النفايات وفضلات الحيوانات وجثثها ومخلفاتها في المصادر المائية بما في ذلك المبازل أو تصريف مخلفات نفضية أو بقايا الوقود أو مواد سامة كالمبيدات والمعادن الثقيلة والمركبات السامة الأخرى إلى شبكات المجاري والمسطحات المائية أو ربط مجاري الدور والمصانع والمنشآت الأخرى إلى شبكات تصريف مياه الأمطار إذ لا يجوز رمي أو وضع الأزبال أو الفضلات أو سكب المياه القذرة في الطرقات لأنه يجب على شاغل المحل تجهيز محله بوعاء خاص ذي غطاء لنقل الأزبال يوضع عند باب المحل في الوقت الذي تحدده السلطة لنقلها وتصريفها من قبلها⁽⁴⁾. وكذلك إذا لم تهيأ المحلات اللازمة لخصن المياه القذرة وتأمين الوسائط الضرورية لنقلها بصورة صحيحة وإذا لم يقوم بحرق الفضلات أو إتلافها وأمتنع عن رفعها خلال المدة المحددة قانوناً إذ لا يجوز جمع فضلات الحيوانات أو الأزبال أو محتويات المراحيض أو البالوعات أو المياه القذرة وغيرها داخل المناطق السكنية أو بجوارها إذ هنالك أماكن مخصصة لهذه

(1) ينظر نص المادة (43 / 1 / أ) من قانون إدارة البلديات رقم (165) لسنة (1964).

(2) ينظر نظام الأبنية والعمران رقم (44) لسنة (1935).

(3) ينظر نص المادة (46 / 10) من قانون إدارة البلديات المذكور اعلاه، وينظر: عبدالجواد، احمد عبد الوهاب، منظمات البيئة، المعارف البيئية، الدر العربية للنشر، الطبعة الأولى، 1995، ص 309. وينظر أيضاً قرارات مجلس حماية وتحسين البيئة العراقي ذي الإعداد (2، 4، 5) لسنة (1991)، وقانون استغلال الشواطئ رقم (7) لسنة (1990) في المادة الرابعة منه، وقانون الري، رقم (6) لسنة (1962) المنشور في جريدة لوائح العراقية العدد (645) بتاريخ 12 / 2 / 1962.

(4) ينظر نص المادة (3 / 1 / ثانياً) من قانون السلامة الوطنية العراقي رقم (4) لسنة (1965).

الأغراض تحدد أبعادها وشروطها بالاتفاق مع السلطة الصحية⁽¹⁾ كما يعد الشخص مرتكباً لهذه الجريمة إذا أوقف وسائط نقل الأربال في الطريق العام وترتب على ذلك ازدحام فيه ذلك لأن انسيابية الطرق هي من عناصر جمالية المدن كذلك من دعا في الطريق العام إلى ترويح بضاعته⁽²⁾ لأن المشرع قد نظم الأعمال التجارية بالشكل الذي لا يمس جمالية المدن حينما جعل للباعة المتجولين محل ثابت ينطلقون منه في عرضهم لبضاعتهم وبيعها في المناطق القريبة والمجاورة للمحل الذي يمارسون نشاطهم فيه ومن خلاله، ولعل ما يؤكد صحة هذا الاعتقاد هو نص المادة(48) من قانون إدارة البلديات التي تتكلم عن صلاحية مجلس البلدية⁽³⁾. كذلك يعدّ مرتكباً لهذه الجريمة من خالف التخطيط العمراني كأن يقيم مشروع صناعي أو تجاري في مناطق سكنية أو بالعكس وهذا ما لم يلتفت إليه المشرع في قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006⁽⁴⁾، وكذلك يعدّ منتهكاً لجمالية المدن كل من أطفأ مصباح مستعملاً لإضاءة طريق أو ساحة عامة أو نزع أو أثلفه⁽⁵⁾ أو إزالة علامات التنبيه أو التنوير ليلاً⁽⁶⁾. كذلك من تسبب في مزاحمة الطريق العام بتركه أو توقيف عربة فيه سواء تجرها دابة أو كانت بدونها وذلك أكثر من الوقت الذي يستلزمه تحميل أو تفريغ حمولتها أو صعود الركاب فيها أو نزولهم منها⁽⁷⁾. ولعل من أبرز انتهاك لجمالية المدن هو ترك الحيوانات سائبة في رواء المدن مما يضر بجمالها كما هو الحال لمن يترك كلاب سائبة لم يكافحها بالطرق التي ترتبها خطة القطر الشاملة لمكافحة الكلاب السائبة⁽⁸⁾ وكذلك القطة... الخ، من الحيوانات ومن أقام أو أنشأ صريفة داخل

(1) ينظر نص المادة (3 / 8) من قانون السلامة الوطنية اعلاه.

(2) ينظر نص المادة (488 / ثانياً) من قانون العقوبات العراقي.

(3) نص المادة (48) من قانون إدارة البلديات رقم (165) لسنة (1964) ((إجازة المحلات العامة وفتحها وماهيتها وإلزام أصحابها باتخاذ ما يقتضي من التدابير التي تطمئن راحة وسلامة المواطنين)).

(4) ينظر نص المادة (43 / 3) من قانون إدارة البلديات رقم (165) لسنة (1964). وقانون الاستثمار القديم رقم (115) لسنة (1982)، وقانون الاستثمار (الملغي) رقم (25) لسنة (1992)، وقانون الاستثمار الحالي رقم (20) لسنة (1998).

(5) ينظر نص المادة (490 / ثالثاً) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969).

(6) ينظر نص المادة (490 / ثانياً) من القانون ذاته.

(7) ينظر نص المادة (487 / ثانياً) من القانون أعلاه.

(8) ينظر قانون مكافحة الكلاب السائبة رقم (48) لسنة (1986).

المدن أو على الطرق العامة مما يضر بالمنظر الجمالي للمدينة والمحلات غير الصحية⁽¹⁾ أو ضرب أو اتلف الحقائق أو المتنزعات أو المزروعات أو الأشجار الكائنة على جانبي الطرق العامة أو في وسطها⁽²⁾. وأخيراً يعد الشخص مرتكباً لجريمة انتهاك جمالية المدن حينما يقوم بأي سلوك من شأنه أن يؤثر على تراث المدينة التاريخي والحضاري ومواقعها الجمالية والدينية والأماكن التي لها حرمة دينية أو أثرية، بمعنى حتى الأماكن المخصصة لأداء الشعائر الدينية لأي طائفة ممكن أن تدخل ضمن جمال المدن وبالتالي أي اعتداء يشكل جريمة انتهاك لها⁽³⁾.

2 - النتيجة:

وهي أن يؤدي سلوك الجاني إلى النيل من الحق أو المصلحة المحمية قانوناً. هذا الحق هو راحة واستقرار الناس وهي نتيجة لا يمكن تحققها بصورة مادية مما يعني ان النتيجة في الجرائم ذات الخطر المجرد لا تتحقق فيها نتائج مادية بصورة أساسية وإنما نتيجة قانونية مفادها المساس بالحقوق والمصالح المحمية قانوناً وقد يؤدي هذا المساس إلى تحقيق نتائج مادية وعليه فإن كل انتهاك لجمالية المدن يمس راحة واطمئنان المواطنين يعد في نظر المشرع نتيجة قانونية قد تترتب عليه النتيجة المادية.

ثانياً - الركن المعنوي:

إن معظم الجرائم الماسة بالسكينة العامة قد ترتكب بصورة عمدية، وهذا الأمر يستلزم توفر القصد الجنائي العام لدى فاعلها وقد ترتكب بصورة غير عمدية مما يتطلب تحقق الخطأ لدى مرتكبها.

وبعبارة أدق فإن جريمة انتهاك جمالية المدن إذا ارتكبت بصورة عمدية فإنها من الجرائم العمدية التي يتطلب إحداثها تحقق القصد العام⁽⁴⁾ لدى مرتكبها، بمعنى أن يكون الجاني عالماً بان تجاوزه للحدود التي خصصها المشرع للبناء والعمران في ضوء المتطلبات الصناعية والاجتماعية والاقتصادية والجغرافية، وتجاوزه للارتفاع المسموح

(1) ينظر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (44) لسنة (1965).

(2) ينظر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (296) لسنة (1991).

(3) ينظر نص المادة (372) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969).

(4) الهيتي، محروس نصار، النتيجة الجرمية في قانون العقوبات، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1989، ص 90.

للأبنية ورميه الأوساخ والأزبال في غير الأماكن المخصصة لها، وعدم تهيئة المحلات اللازمة لخزن المياه القذرة وعدم تأمينه للوسائط الضرورية لنقلها بصورة صحيحة، وان امتناعه عن رفع الانقاض من الطريق العام أو على الرصيف خلال المدة المحددة في القانون أو غسله للسيارات في الطريق العام، أو ترويح بضاعته في الطريق العامة، أو إقامته لمشروع صناعي في منطقة تجارية أو سكنية أو بالعكس أو إطفائه لمصباح مستعملاً لإضاءة الطريق العام أو ساحة عامة أو نزع أو إتلافه له أو إزالته لعلامات التنبيه أو التنوير ليلاً أو تركه لعربة أو توقيفها أكثر من الوقت الذي يستلزمه تحميل حمولتها أو صعود الركاب فيها أو نزولهم منها أو تركه للحيوانات السائبة بدون مكافحة، أو إنشاءه الصرائف أو المحلات غير الصحية داخل المدن أو على الطرق العامة، أو من شأن فعله المساس بالتراث التاريخي أو الحضاري للمدينة، أو بالأماكن المخصصة لأداء الشعائر الدينية لمختلف الطوائف، بأنها تسبب النتيجة التي حظرها القانون وهي انتهاك جمالية المدن وان إرادته متجهة إلى تحقيق تلك النتيجة المترتبة على السلوك الذي ارتكبه وان إرادته متجه لذلك، فضلاً عن انه يشترط ان يتوفر لديه هذا القصد وقت ارتكاب السلوك لا قبله ولا بعده، لأنه لو تحقق بعد كان قد ارتكب جريمته بصورة غير عمدية لا تعفيه من المسؤولية، وإنما تتحول إلى جريمة غير عمدية تترتب عليها مسؤولية غير عمدية، أما إذا كان قبله ثم انتفى فلا يعد مرتكباً لجريمة انتهاك جمالية المدن لأن الأفكار لا يعاقب عليها المشرع ما لم تخرج إلى حيز التنفيذ⁽¹⁾ أما إذا ارتكبت بصورة غير عمدية فإن الأمر يشترط ان يكون الجاني غير ملتزم بواجب الحيطه والحذر اللازمين لتفادي وقوع الضرر أو الخطر من جراء ارتكاب فعله الإجرامي وبما ان جريمة انتهاك جمالية المدن قد ترتكب بصورة غير عمدية إذن الأمر يشترط توافر الخطأ في فعل الجاني.

(1) ينظر نص المادة (495) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969).

المبحث الثاني

الجزء المترتب على ارتكاب جريمة انتهاك جمالية المدن

إن الأضرار الناشئة عن جريمة انتهاك جمالية المدن جعلتها لا تفلت من سيطرة القانون، فقد سلكت الدول التي اهتمت بحماية المدن ورونقها من الفساد حماية تشريعية بإحدى وسيلتين: أما إصدار تشريعات متفرقة، وأما إصدار تشريع واحد يشمل جمالية المدن وعناصرها بالحماية.

وعليه يلاحظ بان المشرع العراقي قد اختار الوسيلة الأولى، ولم يصدر تشريع واحد يشتمل نصوصاً تتضمن حماية جمالية المدن ورواقها وإنما كفل حمايتها بنصوص معينة في تشريعات متفرقة، ولهذا نقول إن مكافحة التشريع العراقي لجريمة جمالية المدن تظهر أطرها العامة في تشريعات خاصة متفرقة يجمع بينها ضابط أو رابط أو ترتيب أو تنسيق يؤكد اتجاهها نحو غاية واحدة هي مكافحة خرق جمالية المدن وحماية السكينة، ولكن يلاحظ بان المشرع العراقي قد أورد ثلاثة أنواع من العقوبات كلا حسب فرضها على المحكوم عليه وهي الأصلية التي تلحق المحكوم عليه لمجرد صدور حكم الإدانة والعقوبات التبعية التي تلحق المحكوم عليه تلقائياً دون الحاجة إلى النص عليه في الحكم فضلاً على العقوبات التكميلية التي يستلزم فرضها النص عليها في الحكم. ولكن يلاحظ على هذه الأنواع بان تطبيقها على جريمة انتهاك جمالية المدن من حيث ان بعض العقوبات الأصلية تفرض على مرتكب هذه الجريمة وكذلك العقوبات التكميلية باستثناء العقوبات التبعية التي لا تفرض على مرتكبها وان كانت تلحق المحكوم عليه تلقائياً، لذا سنقتصر في هذا المطلب على العقوبات الأصلية دون التكميلية أو التبعية وبعض التدابير التي تفرض على مرتكبها.

المطلب الأول

العقوبات

لقد سبق ان بينا بأننا سنقتصر على بعض العقوبات الأصلية التي يراد بيها وهي التي تلحق المحكوم عليها لمجرد ثبوت الإدانة واما ان تكون بدنية واما ان تكون مالية واما ان تكون سالبة للحرية الا ان التي تفرض على مرتكب جريمة انتهاك جمالية المدن هي

العقوبات المالية ونوع من العقوبات السالبة للحرية لأنها كما نعلم متعددة ومتنوعة.
أولاً - العقوبات السالبة للحرية:

قرر المشرع العراقي أنواع مختلفة من العقوبات السالبة للحرية هي السجن مدى الحياة⁽¹⁾، السجن المؤبد، والسجن المؤقت، والحبس الشديد والبسيط. معيار التفرقة بين هذه الأنواع هو مدة السلب. فالسجن مدى الحياة يراد به إيداع المحكوم عليه بالسجن حتى انتهاء حياته لأي سبب كان، أما السجن المؤبد فهو إيداع المحكوم عليه لمدة عشرين سنة والمؤقت إيداع المحكوم عليه في المؤسسات العقابية المخصصة لهذا الغرض لمدة أكثر من خمس سنوات إلى خمسة عشر سنة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. أما الحبس الشديد فمدته لا تقل عن ثلاثة شهور ولا تزيد على خمسة سنوات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. والحبس البسيط فمدته لا تقل عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد عن سنة واحدة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽²⁾. والذي يلاحظ بان من العقوبات السالبة للحرية المتحققة في هذه الجريمة هي عقوبة الحبس البسيط حيث نصت المادة (390) من قانون العقوبات العراقي على انه: (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر واحد ولا تزيد على ثلاثة أشهر... من وجد متمسولاً في الطريق العام)⁽³⁾. إذ إن التسول يعد من الأفعال المخلة بجمالية المدن. وكذلك نص المادة السابعة من قانون مكافحة الكلاب السائبة (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر... من لم يعتمد إلى مكافحة الحيوانات السائبة وفق الخطة الشاملة للقطر في الشوارع والطرق العامة)⁽⁴⁾. وكذلك المادة (96/أولاً) من قانون إدارة البلديات: (يعاقب بالحبس لمدة 10 أيام... من فتح مجرى للمياه القذرة أو الفائضة من عقاره إلى الشارع...)⁽⁵⁾.

ثانياً - العقوبات المالية (الغرامات):

وهي إلزام المحكوم عليه بان يدفع إلى الخزينة العامة المبلغ المحدد في الحكم⁽⁶⁾

(1) ينظر أمر سلطة الائتلاف المنشور في جريدة الوقائع ذي العدد (3874) بتاريخ 20 / 4 / 2003.

(2) ينظر نص المواد (87، 88، 89، 91) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969).

(3) ينظر نص المادة (390) من قانون العقوبات العراقي.

(4) ينظر نص المادة (7) من قانون مكافحة الكلاب السائبة رقم (48) لسنة (1986).

(5) ينظر نص المادة (96 / أولاً) من قانون إدارة البلديات رقم (165) لسنة (1964).

(6) الخلف والشاوي، د. علي حسين ود. سلطان عبد القادر، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع



وهي من العقوبات الأصلية التي يلاحظ عليها بان فرضها يترتب عليه انقاص الذمة المالية للمحكوم عليه تحقيقاً للمصلحة العامة وإبراز أهداف العقوبة التي أهمها الردع، فهي تعد بمثابة ضريبة لخرق سكينه الناس وراحة وهدوء المجتمع الذي عكر صفوه مرتكب جريمة خرق جمالية المدن، وهي أما إلزامية أو تخيرية. وهناك طريقتين لتحديد مبلغ الغرامة أما تحديد الحد الأقصى دون الحد الأدنى، وأما تحديد الحدود الدنيا والعليا فيلاحظ لأول وهلة بان المشرع العراقي قد أخذ بالطريقة الثانية إلا انه عاد وتراجع آخذاً بالطريقة الأولى⁽¹⁾ مراعيًا في ذلك الظرف الاقتصادي السائد بحيث إن فرضها يتلاءم معه⁽²⁾.

فالغرامات هي العقوبة الأصلية المقررة لجريمة انتهاك جمالية المدن فقد جاء في المادة(488) من قانون العقوبات العراقي بأنه: (يعاقب بغرامة.....
أولاً: من تجول لعرض بضاعة في الطريق العام أو في الأماكن المخصصة للمنفعة العامة الممنوع فيها ذلك...)

ثانياً: من غسل في طريق عام سيارة أو عربة أو حيواناً وترتب على ذلك زحام في الطريق العام أو إزعاج المارة فيه)⁽³⁾.

وكذلك نص المادة (492) على انه (يعاقب بغرامة... من وضع إعلانات في غير المحلات المأذون بوضع الإعلانات فيها أو نزع أو شوه بغير حق إعلاناً أو موضوعاً في تلك المحلات)⁽⁴⁾.

كذلك ما نصت عليه المادة (96/ ثانياً) من قانون إدارة البلديات على انه: (يعاقب شاغل العقار بغرامة.....إذا ثبت انه قد ألقيت منه قاذورات أو أزال أو مياه في الشارع)⁽⁵⁾. ويمكن أن تكون كما في نص المادة (96/أولاً) من قانون إدارة البلديات حيث نصت على انه: (يعاقب شاغل العقار بالحبس أو بغرامة... إذا أثبت انه ألقيت منه قاذورات

←

الرسالة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، كلية القانون، 1982، ص310.

- (1) ينظر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (206) لسنة (1994).
- (2) ينظر قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (107) لسنة 26 / 4 / 2001 منشور في جريدة الوقائع العراقية ذي العدد (3877) بتاريخ 7 / 5 / 2001.
- (3) ينظر نص المادة (488 / أولاً / ثانياً) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969).
- (4) ينظر نص المادة (492) من قانون العقوبات المذكور أعلاه.
- (5) ينظر نص المادة (96 / ثانياً) من قانون إدارة البلديات رقم (165) لسنة (1994).

أو أزيل أو مياه في الشارع)⁽¹⁾.

المطلب الثاني التدابير الاحترازية

أورد المشرع العراقي في قانون العقوبات جملة من التدابير الاحترازية سواء السالبة أو المقيدة للحرية أو المادية، كالحجز في مأوى علاجي، أو حظر ارتياد الحانات، أو منع الإقامة، أو مراقبة الشرطة، أو إسقاط الولاية أو الوصاية والقوامة، أو حظر ممارسة العمل، أو سحب إجازة السوق، أو المصادرة، أو التعهد بحسن السلوك، أو غلق محل العمل، أو وقف الشخص المعنوي⁽²⁾.

فمعظم هذه التدابير لا تتناسب مع طبيعة جريمة انتهاك جمالية المدن، إلا إن هذا لا يمنع من أن يكون هنالك جزء ومنها يتناسب مع طبيعتها فمن التدابير التي يمكن أن تفرض على مرتكب هذه الجريمة التعهد بحسن السلوك وحظر ممارسة العمل، وغلق المحل.

أولاً- حظر ممارسة العمل:

وهو الحرمان من مزاولة مهنة أو حرفة أو نشاط صناعي أو تجاري أو فني تتوقف مزاويلته على إجازة من السلطة المختصة قانوناً بصورة عامة⁽³⁾. ولغرض تطبيق هذا التدبير نصت المادة 114 من قانون العقوبات العراقي على (إذا ارتكب شخص جنائية أو جنحة إخلالاً بواجبات مهنته أو حرفته أو نشاطه وحكم عليه من أجلها بعقوبة سالبة للحرية لا تقل مدتها عن ستة أشهر..) ووفقاً لهذا النص لا يمكن تطبيق تدبير حظر ممارسة العمل على من يرتكب جريمة انتهاك جمالية المدن وذلك لأنها ليست من الجنائيات ولا من الجنح فضلاً عن ان العقوبة المترتبة على من يرتكب أي فعل من الأفعال المكونة لها وان كانت سالبة للحرية الا انها لا تصل إلى الحد الذي يفرض معه تدبير حظر ممارسة العمل والذي يستلزم فرضه ان يصدر الحكم بالإدانة بعقوبة سالبة للحرية لا تقل مدتها عن ستة أشهر.

(1) ينظر نص المادة (96 / أولاً) من القانون المذكور آنفاً.

(2) ينظر نصوص المواد (105 - 123) على التوالي من قانون العقوبات العراقي.

(3) ينظر نص المادة (113) من قانون العقوبات العراقي وقانون الصحة العامة رقم (89) لسنة (1981).

ثانياً - التعهد بحسن السلوك:

وهو إلزام المحكوم عليه بان يحرر وقت صدور الحكم عليه تعهداً بحسن سلوكه، إذا ارتكب جنائية أو جنحة ضد النفس أو المال أو ضد الآداب العامة⁽¹⁾. وبما ان جريمة انتهاك جمالية المدن لا تعد جنائية أو جنحة ضد الأشخاص أو الأموال ولا من جنائيات أو جنح الآداب العامة لذا من غير المنطقي تطبيقها في جريمة لا تزيد عقوبتها عن الحبس لبضعة أيام.

ثالثاً - غلق المحل:

وهو المنع من استمرار صاحب المحل من مباشرة عمله الذي استخدم في ارتكاب الجريمة الذي يشكل خطراً على السكينة العامة، فالغلق ينصب في جانبه الأكبر على تقييد أو منع حق الفرد في استغلال ذلك المحل الذي يملكه أو يستأجره لتحقيق غرضه منه، ويختلف الغلق عن المصادرة، من حيث إن المحل المغلق لا يباع للدولة وإنما يبقى دائماً ملكاً لصاحبه حتى لو كان الغلق نهائياً، ويستتبع الغلق حظر ممارسة العمل أو التجارة أو الصناعة نفسها في المحل ذاته سواء كان ذلك بواسطة صاحب المحل أو أحد أفراد أسرته أو أي شخص آخر يكون المحكوم عليه قد أجر له المحل أو تنازل له عنه بعد وقوع الجريمة⁽²⁾. وفي ضوء ما تقدم يمكن لا يفرض هذا التدبير على مرتكب جريمة انتهاك جمالية المدن استناداً إلى النص أعلاه الذي يشترط لتطبيقه الحكم على شخص ارتكب جنائية أو جنحة.

(1) ينظر نص المادة (118، 119) من القانون العقوبات العراقي.

(2) ينظر نص المادة (121) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969).

الخاتمة والنتائج

على ضوء ما تقدم نكون قد انتهينا من هذه الدراسة التي خصصناها (لجريمة انتهاك جمالية المدن كأحد الجرائم الماسة بالسكينة العامة)، لقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى ما يلي:

1 - الهدف من حماية السكينة العامة حماية النظام العام إذ إنها تشكل مع عنصريه الآخرين الصحة العامة والأمن العام منظومة ثلاثية مهمتها الأساسية صيانة المجتمع من خلال نظامه العام.

2 - ان جريمة انتهاك جمالية المدن كأحد الجرائم الماسة بالسكينة العامة هي التي يشكل فيها الخطر عنصراً مميزاً وتكون بذلك لها خصوصية تتمثل بأركانها، فمن حيث الركن المادي فإنه في معظم الجرائم يتكون من ثلاثة عناصر هي السلوك، والنتيجة، والعلاقة السببية، ولكن أغلب الجرائم الماسة بالسكينة العامة يتكون ركنها المادي من عنصرين فقط وهما السلوك والنتيجة دون حاجة إلى ضرورة نسبة الفعل إلى فاعله لأنها تجرم لمجرد ارتكاب السلوك وبالتالي فإنها لا تحتاج من القاضي إثباته والبعض القليل منها يتكون ركنها المادي من عناصره الثلاثة السلوك والنتيجة والعلاقة السببية.

3 - الجرائم بشكل عام إما أن تكون تامة أو غير تامة بالنسبة لعموم الجرائم العمدية، ولكن الأمر يختلف فيما يتعلق بجرائم انتهاك جمالية المدن الماسة بالسكينة العامة فإنها إما ان تقع تامة أو لا تقع لأنها من المخالفات التي لا يتصور فيها الشروع ولكن قد يتصور فيها ذلك إذا تغيرت طبيعتها.

4 - لاحظنا عدم تظمين المشرع نصوصاً في قانون الاستثمار تجرم الاعتداء على جمالية المدن عند القيام ببناء مشاريع ضخمة كسابقاته من قوانين الاستثمار قانون الاستثمار القديم رقم 115 لسنة 1982 وقانون الاستثمار (الملغي) رقم 25 لسنة 1992.

التوصيات والمقترحات

- 1 - إصدار تشريع خاص للجرائم الماسة بانتهاك جمالية المدن، يضم بموجبه عموم النصوص التشريعية المتعلقة بتجريمها والمتفرقة في معظم التشريعات شأنه في ذلك شأن التشريعات الخاصة الأخرى المتداخلة مع الموضوع، كقانون حماية وتحسين البيئة، وقانون منع الضوضاء، وقانون الصحة العامة... الخ، من القوانين التي ترمي إلى حماية النظام العام.
- 2 - إنشاء محاكم متخصصة تأخذ على عاتقها النظر بالدعاوى الناشئة عن هذه الجرائم، يعمل فيها متخصصون بهذا الشأن، كمحاكم الأحداث المتخصصة بالنظر في الدعاوى الناشئة عن الجرائم التي يرتكبها الأحداث، أو محاكم البيئة المتخصصة بالنظر في دعاوى جرائم البيئة وغيرها.
- 3 - استحداث هيئة تراقب من يحاول الإخلال بالسكنية العامة سواء (بجريمة الاعتداء على جمالية المدن أو غيرها من الجرائم الماسة بالسكنية العامة) هذه الهيئة تشبه إلى حد ما قوى الشرطة في وزارة الداخلية ولكنها لا ترقى إلى مستوى وزارة، وتعمل على تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم المختصة بهذا الغرض مرتبطة بوزارة الداخلية.
- 4 - نوصي المشرع بتضمين قانون الاستثمار نصوص تجرم الاعتداء على جمالية المدن عند القيام ببناء مشاريع ضخمة كسابقاته من قوانين الاستثمار قانون الاستثمار القديم رقم 115 لسنة 1982 وقانون الاستثمار (الملغي) رقم 25 لسنة 1992.

المصادر والمراجع

أولاً - الكتب:

- 1 - أوجي، فراس ياوز عبد القادر، الحماية الجنائية للآثار، رسالة ماجستير، بغداد، 1998.
- 2 - الحديثي، د. علي خليل إسماعيل، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
- 3 - الخلف والشاوي، د. علي حسين ود. سلطان عبد القادر، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطابع الرسالة، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، كلية القانون، 1982.
- 4 - عبد الجواد، أحمد عبد الوهاب، منظمات البيئة، الطبعة الأولى، المعارف البيئية، الدر العربية للنشر، 1995.
- 5 - الهيتي، محروس نزار الهيتي النتيجة الجرمية في قانون العقوبات، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1989.

ثانياً - البحوث والدوريات:

- 1 - الحلو، د. ماجد راغب، البيئة العمرانية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، المجلد الأول، 1998.
- 2 - العنبيكي، د. هادي عبد المحسن، المدنية العربية الإسلامية، سلسلة المائدة الحرة، العدد 33، بيت الحكمة (سابقاً)، بغداد، 1999.
- 3 - كمونه، حيدر عبد الرزاق، تلوث البيئة وتخطيط المدن، المؤسسة الصغيرة، العدد 93، دار الجاحظ، بغداد، 1981.

ثالثاً - القوانين:

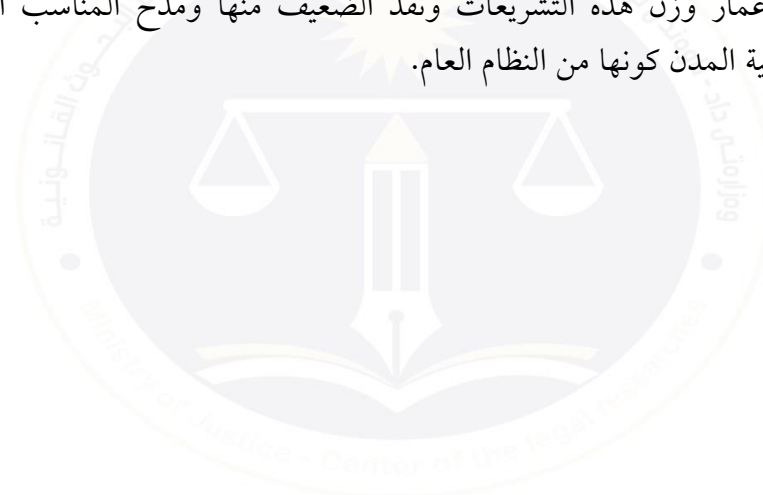
- 1 - قانون الري رقم (6) لسنة (1962).
- 2 - قانون إدارة البلديات رقم (165) لسنة (1964).
- 3 - قانون السلامة الوطنية العراقي رقم (4) لسنة (1965).

- 4 - قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969).
- 5 - قانون الصحة العامة رقم (89) لسنة (1981).
- 6 - قانون مكافحة الكلاب السائبة رقم (48) لسنة (1986).
- 7 - قانون استغلال الشواطئ رقم (7) لسنة (1990).
- 8 - قانون الاستثمار رقم (13) لسنة (2006).



الملخص

تحرص الدول على ان تظهر مدنها بأجمل حلة ويحرص مشرعوها على سن القوانين التي تصبح درعاً لما تصبوا آلية الدول الا اننا نرى في الوقت الحالي قيام بعض الأشخاص بالتجاوز على التصميمات الأساسية التي يتم اعدادها والمصادقة عليها من قبل الدوائر المختصة فلاحظنا بأن هناك حماية جزائية لهذه التصاميم لكنها مبعثرة في عدة تشريعات فخفضنا في غمار وزن هذه التشريعات ونقد الضعيف منها ومدح المناسب الذي يوفر حماية لجمالية المدن كونها من النظام العام.



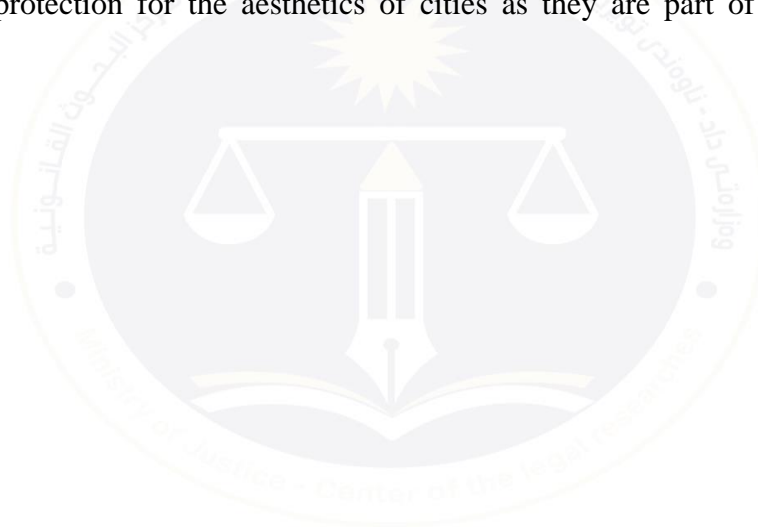
پوخته

ولآتان ئارەزووی ئەو دەکەن شارەکانیان بە جوانترین عەزی دەربەکەون، یاسادانەرانیشتیان حەز دەکەن یاساگەلیک دەربەکەن کە بێنە قەلغان کاتتیک ئامانجیان میکانیزمی دەولەتەکانە، بەلام لە ئیستادا دەبینین کە هەندیک کەس پێشیلی شیواز و ریکخستنه بنەرەتیەکان دەکەن کە لەلایەن فەرمانگەیی تایبەتمەندەوه ئامادەکراوه و پەسەندکراوه، تێبینیمانکرد کە پاراستنی سزایی هەیه بو ئەو نەخشە و پلان سزایانە، بۆیە ئیمە بە قورسایی ئەم یاسایانەدا تێپەڕین، رەخنەمان لە لاوازهکان گرت، و ستایشی ئەوانەمان کرد کە پاراستنی گونجاو دا بین دەکەن بو جوانکاری شارەکان، بەو پێیەیی بەشیکن لە سیستمی گشتی.



Abstract

Countries are keen to show their cities in the most beautiful way, and their legislators are keen to enact laws that become a shield when they aim at the mechanisms of states. However, we see at the present time that some people are violating the basic designs that are prepared and approved by the competent departments. We noticed that there is penal protection for these designs, but Scattered in several legislations, we went through the weight of these legislations, criticizing the weak ones, and praising the appropriate ones that provide protection for the aesthetics of cities as they are part of the public order.





المقالات
وتأريه كان

ARTICLES



الإرهاب وسياسة التجريم والعقاب

تيرۆر وسياسهتی بهتاوانکردن وسزادان

Terrorism and the policy of criminalization and punishment

الأستاذة الدكتورة واثبه داود السعدي

أستاذة القانون الجنائي وعضوة محكمة جنايات الأحداث - بغداد

پ.د. واسبه داود سهعدی

پروفیسور له یاسای تاوانکاری وئهندامی دادگای تاوانهکانی نهوجوهوانان- به غدا

Prof. Dr. Wasiba Dawood Al-Saadi

Professor of criminal law and member of the Juvenile Criminal Court-Baghdad



الإرهاب وسياسة التجريم والعقاب

الأستاذة الدكتورة واثبه داود السعدي

أستاذة القانون الجنائي وعضوة محكمة جنايات الأحداث - بغداد

تشهد المجتمعات المدنية في العقود الأخيرة تحولا جذريا في فلسفة التجريم والعقاب، حيث توسع تدخل القانون الجنائي بنصوص جنائية في تنظيم الكثير من القطاعات التي كانت تنظمها قوانين أخرى غير جنائية وذلك لضمان سلامة وجدية التنفيذ. هذا ونظرا لما تمر به المجتمعات الحديثة من أزمات اقتصادية وسياسية واجتماعية غلب الجانب الرمزي للقانون الجنائي فيها على الجانب الأدائي، حيث أصبح الهدف الأهم للقانون الجنائي هو خلق شعور رمزي لدى المواطن يرمي إلى تطمينه وتهدئته في الوقت الذي كان القانون الجنائي أداة فعالة لحماية المصالح الأساسية التي يقتضيها العيش المشترك داخل المجتمع بإعادة التوازن فيه واحقاق الحق والإصلاح. ويفسر الهدف الجديد للقانون الجنائي قوانين مكافحة الإرهاب وقوانين الطوارئ التي تصدر بين الحين والآخر هنا وهناك، وبما ان هذه النصوص التجريبية جاءت للتهدئة والتطمين لا للمعالجة بشكل أساسي وجذري للأوضاع المضطربة،

فهي لا تستهدف تغيير الوضع المعاش فعلا وإنما تهدف إلى تغيير الصورة الموجودة في ذهن المواطن فقط، فهي قوانين مهدئة على المدى القصير مدمرة على المدى البعيد. إن النزعة العقابية الجديدة التي جاءت بها العولمة أخذت في الهمينة على الخطاب السياسي، حيث اعتبر مؤيدوها، أن تكثيف الضغط الجنائي هو الخيار الوحيد للسياسة الجنائية الناجحة لتثبيت أنظمتهم باعتبارها الأداة الأفضل للدفاع عن المجتمع ضد الإجرام التقليدي والإجرام الناجم عن العولمة والإرهاب الناجم عن الظلم الدولي والجريمة المنظمة والمجسدة لسياسة سيطرة نفوذ القوي (شريعة الغاب). وبذلك يكون القانون الجنائي سلاح ذو حدين يضرب حسب اتجاه المتمنطق به. مثل هذه النظرة اللامتوازنة للقانون الجنائي تؤدي إلى ازدواجية في السياسة الجنائية، فمن جانب يتوجه القانون الجنائي إلى عموم المواطنين مراعيًا بذلك الضمانات الدستورية والمبادئ الأساسية في السياسة الجنائية، ومن جانب آخر تخرج سلطة العقاب عن الضمانات الأساسية السائدة

في الأنظمة الجنائية استنادا إلى قوانين استثنائية تعاقب على مجرد الأعمال التحضيرية أو النوايا والأفكار التي لا تزال تدور في أذهان أصحابها خشية أن تترجم إلى أفعال، فلو تتبعنا مثلا ما عرضته لنا وسائل الإعلام عن معتقلي سجن أبو غريب وسجن بوكا والسجون الأخرى في العراق، لوجدنا بأن الممارسات كلها منافية للقيم الأساسية المتعارف عليها في الأمم المتحضرة حتى انها مجافية للعقل والمنطق القانوني المشبع بثقافة حقوق الإنسان والقواعد العامة الأساسية التي تحكم الفقه الجنائي، وفي الواقع ان هذا ليس غريبا على النظم الدكتاتورية ولا حتى على النظم التي تدعي الليبرالية والديمقراطية أحيانا، فالسلطة الحاكمة تحدد المجرمين العاديين الذين تطبق عليهم القواعد العامة الأساسية التي تحكم الفقه الجنائي وتتناغم مع حقوق الإنسان من ناحية ومن ناحية أخرى تحدد المجرمين الذين يهددون النظام وتطلق عليهم صفة الإرهاب (أعداء الدولة) وتطبق عليهم قوانين مكافحة الإرهاب.

إن قوانين مكافحة الإرهاب في أغلب صورها تناقض القواعد الراسخة في الفقه الجنائي كقاعدة التناسب بين الفعل الجرمي والعقاب المقرر له. وقاعدة قيام المسؤولية الجنائية على أساس القيام بالفعل لا التفكير فيه إذ لا تجرم الخواطر والسرائر الآ إذا ترجمت بأفعال، فالأصل ان الشخص لا يبدان لمجرد الشبهة أو لأن أفكاره شريرة بل يسأل متى ما ترجم نواياه الإجرامية بأفعال، في الوقت الذي نجد ان وصف الإرهابي في الكثير من القوانين العقابية تشمل كل من يعتبر مهددا للنظام حتى وان لم يرتكب عملا إرهابيا. هذا وقد سنت قوانين في أنظمة تدعي بأنها ديمقراطية قوانين استثنائية باسم مكافحة الإرهاب خرجت فيها على دساتيرها أحيانا مستندة إلى الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان التي أجازت في المادة الخامسة عشر منها الخروج على الأحكام العامة في القانون الجنائي إذا كان "ثمة ما يهدد حياة الأمة بالخطر". وعلى ذلك سارت المحكمة الدستورية في إيطاليا في قرارها رقم 87 الصادر في أبريل عام 1976 "إنه يسوغ للمشرع اتخاذ تدابير استثنائية معينة إذا كان ثمة ما يهدد النظام العام" واستنادا إليه عالجت المادة 270 / 3 من القانون الإيطالي الصادر في 15 / ديسمبر / 2001 الإرهاب وكما جاء في المواد 578 من القانون الجنائي الإسباني و2/218 من قانون مكافحة الإرهاب المغربي رقم 29 مايو 2003 التي اعتبرت الإرهابي ليس فقط من يرتكب فعلا إرهابيا بل حتى من يشارك الجماعة الإرهابية أفكارهم وقناعاتهم حتى وان لم يشاركهم في نشاطهم.

ان الإرهاب في حقيقته جريمة كبرى وخطيرة جدا يجب التصدي لها فهي أهم وخطر عوامل هدم الحضارات كما رأينا ما فعله تنظيم داعش في العراق من هدم لحضارات وادي الرافدين إضافة إلى جرائم القتل والاعتصاب وما إليها من جرائم ضد الإنسانية، ان محاربة الإرهاب أمر لا بد منه ويتطلب ذلك حزما وعزما بلا هوادة على ان لا يستغل تعبير الإرهاب والتصدي له في محاربة حركات التحرير من الاستعمار أو التحرر من الظلم والدكتاتورية. هذا ويجب الانتباه إلى إن افول مفهوم الجريمة السياسية يؤدي إلى الإضرار بحركات المقاومة المشروعة للشعوب التي تكابد الاحتلال أو الظلم والدكتاتورية لذا يجب انعاش فكرة الجريمة السياسية والمجرم السياسي في ذهن المشرع الجنائي ورواد الفقه الجنائي الدولي لتعود الفواصل واضحة بين المقاومة وحركات التحرر من ناحية وبين الإرهاب من ناحية ثانية.

مكافحة الإرهاب في العراق:--

أولا - قانون الدفاع عن السلامة الوطنية الصادر في تموز 2004

أعطت الفقرة الأولى من المادة الثالثة فيه " لرئيس الوزراء الحق في تخويل قياديين عسكريين أو مدنيين إمكانية تفتيش الأشخاص والمنازل وأماكن عمل المشتبه بهم واحتجازهم " وفي ذلك خروج على الدستور وعلى قانون أصول المحاكمات الجزائية وكل ما استقر في الفقه الجنائي من حماية الحريات والخصوصية وعدم جواز تفتيش الأماكن والأشخاص واحتجازهم إلا استنادا إلى أمر صادر من الجهة التحقيقية المختصة. مثل هذا القانون الاستثنائي المستند إلى حماية النظام العام من خطر يتهدهده قد يأتي بمرود عكسي إن اساء المخولون استخدامه لأسباب شخصية أو طائفية أو عنصرية وهناك خروقات حدثت وأدت إلى استياء وتمرد الذين مورست التجاوزات بحقهم.

ثانيا - قانون مكافحة الإرهاب رقم 1 لسنة 2005

تعريف الإرهاب

المادة -1-

كل فعل إجرامي يقوم به فرد أو جماعة منظمة استهدف فردا أو مجموعة افراد أو جماعات أو مؤسسات رسمية أو غير رسمية اوقع الاضرار بالممتلكات العامة أو الخاصة بغية الإخلال بالوضع الامني أو الاستقرار والوحدة الوطنية أو إدخال الرعب أو الخوف والفرع بين الناس أو اثاره الفوضى تحقيقا لغايات إرهابية.

المادة -2-

تعد الأفعال الآتية من الأفعال الإرهابية:-

1. العنف أو التهديد الذي يهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو تعرض حياتهم وحررياتهم وامنهم للخطر وتعريض أموالهم وممتلكاتهم للتلف ايا كانت بواعثه واغراضه يقع تنفيذا لمشروع إرهابي منظم فردي أو جماعي.
2. العلم بالعنف والتهديد على تخريب أو هدم أو إتلاف أو اضرار عن عمد مباني أو أملاك عامة أو مصالح حكومية أو مؤسسات أو هيئات حكومية أو دوائر الدولة والقطاع الخاص أو المرافق العامة والأماكن العامة المعدة للاستخدام العام أو الاجتماعات العامة لارتياح الجمهور أو مال عام ومحاولة احتلال أو الاستيلاء عليه أو تعريضه للخطر أو الحيلولة دون استعماله للغرض المعد له بباعث زعزعة الامن والاستقرار.
3. من نظم أو تراس أو تولّى قيادة عصابة مسلحة إرهابية تمارس وتخطط له وكذلك الإسهام والاشتراك في هذا العمل.
4. العمل بالعنف والتهديد على اثاره فتنة طائفية أو حرب أهلية أو اقتتال طائفي وذلك بتسليح المواطنين أو حملهم على تسليح بعضهم بعضا وبالتحريض أو التمويل.
5. الاعتداء بالأسلحة النارية على دوائر الجيش أو الشرطة أو مراكز التطوع أو الدوائر الأمنية أو الاعتداء على القطاعات العسكرية الوطنية أو امداداتها أو خطوط اتصالاتها أو معسكراتها أو قواعدها بدافع إرهابي.
6. الاعتداء بالأسلحة النارية وبدافع إرهابي على السفارات والهيئات الدبلوماسية في العراق كافة وكذلك المؤسسات العراقية كافة والمؤسسات والشركات العربية والأجنبية والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية العاملة في العراق وفق اتفاق نافذ.
7. استخدام بدوافع إرهابية أجهزة متفجرة أو حارقة مصممة لازهاق الارواح وتمتلك

القدرة على ذلك أو بث الرعب بين الناس أو عن طريق التفجير أو إطلاقه أو نشر أو زرع أو تفخيخ اليات أو أجسام ايا كان شكلها أو بتأثير المواد الكيماوية السامة أو العوامل البايولوجية أو المواد المماثلة أو المواد المشعة أو التوكسنات.

8. خطف أو تقييد حريات الافراد أو احتجازهم أو للابتزاز المالي لاغراض ذات طابع سياسي أو طائفي أو قومي أو ديني أو عنصر نفعي من شأنه تهديد الامن والوحدة الوطنية والتشجيع على الإرهاب.

3

المادة -3-

تعتبر بوجه خاص الأفعال التالية من جرائم امن الدولة:

1. كل فعل ذو دوافع إرهابية من شأنه تهديد الوحدة الوطنية وسلامة المجتمع ويمس امن الدولة واستقرارها أو يضعف من قدرة الأجهزة الأمنية في الدفاع والحفاظ على امن المواطنين وممتلكاتهم وحدود الدولة ومؤسساتها سواء بالاصطدام المسلح مع قوات الدولة أو أي شكل من الاشكال التي تخرج عن حرية التعبير التي يكفلها القانون.

2. كل فعل يتضمن الشروع بالقوة أو العنف في قلب نظام الحكم أو شكل الدولة المقرر في الدستور.

3. كل من تولى لغرض إجرامي قيادة قسم من القوات المسلحة أو نقطة عسكرية أو ميناء أو مطار أو أي قطعة عسكرية أو مدنية بغير تكليف من الحكومة.

4. كل من شرع في اثارة عصيان مسلح ضد السلطة القائمة بالدستور أو اشترك في مؤامرة أو عصابة تكوّنت لهذا الغرض.

5. كل فعل قام به شخص كان له سلطة الامر على افراد القوات المسلحة وطلب إليهم أو كلفهم العمل على تعطيل أوامر الحكومة.

المادة -4- العقوبات

1 - يعاقب بالإعدام كل من ارتكب - بصفته فاعلا أصليا أو شريك عمل ايا من الأعمال الإرهابية الواردة بالمادة الثانية والثالثة من هذا القانون، يعاقب المحرض والمخطط والممول وكل من مكن الإرهابيين من القيام بالجرائم الواردة في هذا القانون بعقوبة الفاعل الأصلي.

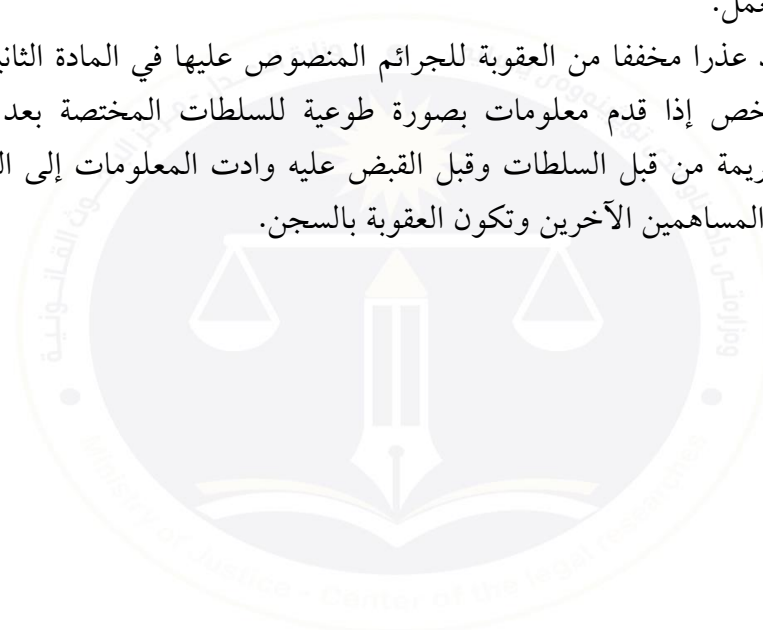
2 - يعاقب بالسجن المؤبد من اخفى عن عمد أي عمل إرهابي أو اوى شخص إرهابي بهدف التستر.

المادة -5-

الإعفاء والاعذار القانونية والظروف القضائية المخففة

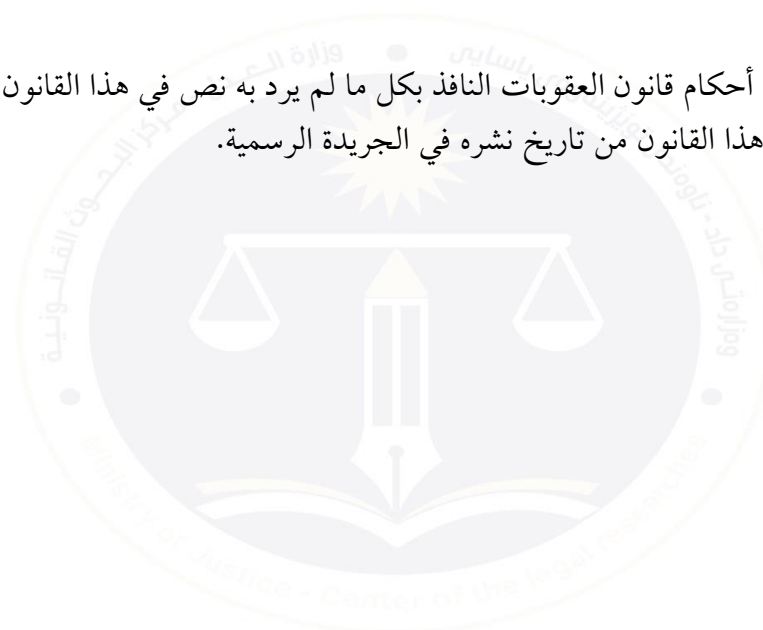
1 - يعفى من العقوبات الواردة في هذا القانون كل من قام باخبار السلطات المختصة قبل اكتشاف الجريمة أو عند التخطيط لها وساهم اخباره في القبض على الجناة أو حال دون تنفيذ العمل.

2 - يعد عذرا مخففا من العقوبة للجرائم المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون للشخص إذا قدم معلومات بصورة طوعية للسلطات المختصة بعد وقوع أو اكتشاف الجريمة من قبل السلطات وقبل القبض عليه وادت المعلومات إلى التمكن من القبض على المساهمين الآخرين وتكون العقوبة بالسجن.



الأحكام الختامية

1. تعد الجرائم الواردة في هذا القانون من الجرائم العادية المخلة بالشرف.
2. تصدر كافة الأموال والمواد المضبوطة والمبرزات الجرمية أو المهينة لتنفيذ العمل الإجرامي.
3. تطبق أحكام قانون العقوبات النافذ بكل ما لم يرد به نص في هذا القانون.
4. ينفذ هذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.



الخلاصة

بالرغم من اني لا اؤمن بان قسوة العقوبة هي العلاج الناجح للحد من الجريمة كما اني لا اؤيد الحكم بالإعدام لخطورة هذه العقوبة وعدم إمكان تلافى وتصحيح الخطأ في تطبيقها، إلا ان ما مر به العراق من رعب وإرهاب وسقوط ثلثه بأيدي إرهابيين عراقيين ومستوردين أجنب قلب الموازين وأوجب اللجوء إلى الشدة والقسوة في العقوبة على ان لا تنسى السلطة ما يلي:- من تسبب في وقوع العراق بيد الإرهاب والإرهابيين من الأشخاص المتنفذين "لغرض في نفس يعقوب" كما يقول المثل من ناحية، ومن ناحية ثانية الأسباب التي جعلت الجبهات ضعيفة وغير مؤمنة بإمكانية تحسين أوضاعها وإنهاء معاناتها فتحوّلت عن جهل أو هروب من الضيم أو تعمد إلى حواضن للإرهاب، ومن ناحية ثالثة الأخذ بنظر الاعتبار عند النطق بعقوبة الإعدام

بأنها من العقوبات البدنية بالغة الخطورة فهي تتمثل بإنهاء حياة المحكوم عليه فيها قسرا وهي اخطر العقوبات عموما والبدنية خصوصا وتتمثل خطورتها في عدم إمكان إصلاح الخطأ بعد الحكم بها وتنفيذها فنتيجة تطبيقها الحالية ونهاية في الوقت الذي تؤمن كافة الاتجاهات الفقهية والتشريعات الجنائية بإمكانية إعادة المحاكمة والتي تعني بوضوح إمكانية صدور أحكام غير عادلة من محاكم عادلة وموضوعية نتيجة اختفاء أدلة في وقت صدور الحكم وظهورها بعد صدور الحكم والبدء بتنفيذه أو ظهور استناد الحكم إلى أدلة غير حقيقية كاستناد الحكم على أدلة اتضح كونها مزورة أو إلى شهادة شهود اتضح انهم شهود زور فتعاد المحاكمة ويصدر حكم في أغلب الحالات ان لم يكن في جميعها مخالف للحكم السابق ويطلق سراح من كان محكوما عليه بعقوبة سالبة للحرية فتتحقق العدالة، فلو كان الحكم إعداما فهل يكفي لمن نفذ فيه حكم الإعدام ولذويه وللمجتمع إعادة اعتباره معنويا؟؟ لذا ولخطورة هذه العقوبة وقسوتها يجب ان تطبق؛

1- على مرتكبي الجرائم ذات الخطورة الفائقة.(الإرهاب)

2- ان لا يستند القضاء عند النطق بها إلى دليل واحد، بل إلى أدلة وقرائن متعددة

تؤيد نسبة الفعل للفاعل.

3- ضرورة العثور على جسم الجريمة عند الحكم على الشخص بالإعدام فمن

ملفات المحاكم (حكم على شخص بالإعدام بتهمة قتله لصديقه الذي اختفى وأثبت

الشهود حصول شجار بين الاثنين مساء اختفائه وعشورهم على قميص فيه دم الاثنين في بيت المدان وبعد أربع سنوات من تنفيذ الحكم بالإعدام ظهر القتل على قيد الحياة عائداً من بلد مجاور ذهب ليعمل فيه ويكسب المال ليعود ويسدد ديونه) وفي مثل آخر من ملفات المحاكم (تم إعدام أحد الأشخاص بتهمة قتله لجابي مصلحة نقل الركاب استناداً إلى شهادات تخميمة واعتراف الجابي الذي انتزع منه بالتعذيب وبعد إعدامه بما يقارب السنة القي القبض على أحد الأشخاص متلبساً بالسرقه وعند تفتيش داره عثر على الحقيبة الجلدية العائدة إلى الجابي واعترف الفاعل بالجريمة التي اعدم بها إنسان برئ

4- وعليه فليس من العدالة الحكم على شخص استناداً إلى اعترافه وبالأخص بعقوبة خطيرة كعقوبة الإعدام فأغلب صور الاعتراف غير حقيقية وذلك:

1- قد يعترف الشخص لانقاذ الفاعل الأصلي اما لوجود روابط معينة تربطهم فيعترف ليحمي غيره

2- قد يعترف بارتكاب الجريمة بمقابل مادي او نتيجة تهديده بامر ما

3- قد يعترف نتيجة اصابته بجنون حب الظهور والتشبه بالمشهورين

4- وأكثر الحالات نتيجة التعذيب الذي يلجأ إليه كادر التحقيق لضعف قدرته المهنية

وانعدام اطلاعه أو استعماله للطرق الصحيحة لاستخلاص الحقيقة من الفاعل

5- لذا نلجأ إلى كشف الدلالة الذي يتم بدلالة المتهم دون أي توجيه من القائم

بالتحقيق ومع ذلك يمكن ان يكون المتهم قد وصلته معلومات من الفاعل الذي يريد حمايته أو بايحاء من يرافقه أثناء الكشف

6- حتى في حالات التلبس يجب التأني باعتمادها فالتبس حالة قيام الفاعل بالفعل أو

في حالة تدل على انه سيرتكبه حالاً أو ارتكبه توا (فقد يدخل شخص مكتباً ويجد مديره مثلاً مطعون وهو يحاول معرفة ان فارق الحياة أو لا ويلقى القبض عليه) فهنا التأكد من وجود سلاح الجريمة معه، من وجود دافع لارتكاب الجريمة، من اتجاه الضربة فقد يقرر الخبير انها من شخص يميني ويتبين بأن المتهم اشول، من وجود اثار أخرى)

7- فمن ملفات المحاكم حكم على شخص بالإعدام لقتله أحد أصدقائه وبتميز القرار

طلب محاميه إعادة الكشف في وقت زمني مماثل لوقت ارتكاب الجريمة وعند اجراء الكشف بالوقت الذي أشار إليه المحامي في لائحته تبين عدم إمكانية الرؤيا وتحديد معالم الشخص وملابسه بالدقة التي أوردتها الشهود وبالتالي دحضت أدلة الإدانة وبرأت ساحة

المتهم وكان والدي رحمه الله هو المحامي في هذه القضية التي رسخت في ذهني منذ طفولتي وجعلتني دائما اقف ضد عقوبة الإعدام واقتصارها على الجرائم ذات الخطورة العالية والتأني في تمحيص أدلة إثباتها وعدم تطبيقها استنادا إلى الاعتراف لوحده فالاعتراف لم يعد سيدا للأدلة وضرورة وجود الدليل المادي للحكم بها. وخلاصة القول لا يجوز الحكم بهذه العقوبة الخطيرة التي لا يمكن تفادي الخطأ في تطبيقها استنادا إلى دليل واحد ايا كان هذا الدليل.



في نظرية التدرجية والتفوق في القواعد الدستورية مقاربة أولية

له تيؤرى پلهبهندي وبألايى ريسا دهستوريهكانهوه
نزىكر دنهوهيهكى سهرهتابيه

**In the theory of gradualism and superiority in constitutional rules
preliminary approach**

الأستاذ الدكتور شيرزاد أحمد أمين النجار
أستاذ علم السياسة والقانون الدستوري
كلية العلوم السياسية
جامعة صلاح الدين - أربيل

پ.ی.د. شیرزاد احمد نهمين النجار
پروفیسوری سیاست و یاسای دهستوری
فاكهلتی زانسته سیاسیهكان
زانكوی سهلاحهدين - ههولنیر

Prof. Dr. Sherzad Ahmed Amin Al-Najjar
Professor of Politics and Constitutional Law Faculty of Political Science
Salahaddin University - Erbil



في نظرية التدرجية والتفوق في القواعد الدستورية مقارنة أولية

الأستاذ الدكتور شيرزاد أحمد أمين النجار
أستاذ علم السياسة والقانون الدستوري
كلية العلوم السياسية
جامعة صلاح الدين - أربيل

1- في الصلة بين النظرية المحضة للقانون ونظرية تدرج القواعد الدستورية

الزمان: الكورس الشتوي للدراسات العليا 1975

المكان: كلية القانون بجامعة فيينا - النمسا

تصنيف المحاضرة: فلسفة القانون

في جوٍ شتائي قارص ودرجات الحرارة تلامس الصفر تهتم كلية القانون بجامعة فيينا، منبع مدرسة فيينا للقانون، بتدريس مادة فلسفة القانون حيث يعتاد طلبة السنة الأولى على ما قدمتها جامعة فيينا من أعمال أصيلة لتطوير دور القانون في المجتمع والدولة. هذه المادة الأكاديمية قام بتدريسها أبرز فقهاء القانون ابتداءً من كلزن⁽¹⁾،

(1) هانس كلزن Hans Kelsen (1881-1973) فقيه قانوني نمساوي. حائز على شهادة دكتوراه في القانون من جامعة فيينا 1906، وشهادة التأهل للأستاذية Habilitation من نفس الجامعة عام 1911، وهو واضع الدستور النمساوي لعام 1920 الناخذ لحد الآن. غادر كلزن إلى جنيف وفي عام 1940 غادر إلى الولايات المتحدة، حيث ترسخت سمعته العلمية والفكرية بسبب دفاعه عن الديمقراطية، ونظريته النقية في القانون. تجاوزت مكانة كلزن الأكاديمية النظرية القانونية وحدها واتسعت لتشمل الفلسفة السياسية وعلم الاجتماع أيضاً، وامتد تأثيره إلى مجالات الفلسفة والعلوم القانونية وعلم الاجتماع والنظرية الديمقراطية والعلاقات الدولية.

كان كلزن طوال حياته المهنية مساهماً هاماً في نظرية المراجعة القضائية والنظرية الهرمية والديناميكية للقانون الوضعي، وعلوم القانون. وفي الفلسفة السياسية، كان مدافعاً عن نظرية هوية قانون الدولة ومدافعاً عن التباين الواضح في موضوعات المركزية واللامركزية في نظرية الحكومة.

←

فيردروس⁽¹⁾ وأستاذنا فيروستا⁽²⁾، وعادة ما يتم تدريس مشكلة "علوية الدستور" في إطار

← كان كلزن أيضاً مدافعاً عن موقف الفصل بين مفاهيم الدولة والمجتمع من حيث علاقتهما بدراسة علم القانون.
من أهم مؤلفاته:

- Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts.(1920)
- Reine Rechtslehre, Vienna 1934
- The Law of the United Nations 1951
- Foundations of Democracy.” Ethics 66(1)1955: 1-101

(1) ألفريد فيردروس Alfred Verdross (1890 – 1980) دبلوماسي ومنظر قانوني نمساوي وأستاذ فلسفة القانون والقانون الدولي في جامعة فيينا بارز. فيردروس إلى جانب Adolf Julius Merkl، كان تلميذاً مبدعاً لـ Hans Kelsen ومدافعاً أميناً لنظرية القانون النقي مؤمناً بوحدة عقيدة القانون الخالصة، فقد فعل الشيء نفسه بالنسبة للعلاقة بين القانون الدولي والقانون الوطني. كان فيردروس أستاذاً في الأكاديمية القنصلية في فيينا من عام 1922، وأستاذاً جامعياً في جامعة فيينا من عام 1924 إلى عام 1960، وقاضياً في المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من عام 1958 إلى عام 1977. كما كان عضواً في لجنة القانون الدولي ومعهد القانون الدولي. من مؤلفاته:

- Universelles Völkerrecht, Berlin: Duncker & Humblot, 2012
- Die immerwährende Neutralität Österreichs, Wien: Verlag für Geschichte u. Politik, 1980, 2. Aufl.
- La neutralità permanente dell'Austria, Wien: Verlag für Geschichte u. Politik, 1980
- The permanent neutrality of Austria, Vienna: Verlag für Geschichte u. Politik, 1978
- Die Quellen des universellen Völkerrechts, Freiburg (Breisgau): Rombach, 1973, 1. Aufl.
- Völkerrecht, Wien: Springer, 1964, 5., Neubearb. u. erw. Aufl. Unter Mitarb. von Stephan Verosta u. Karl Zemanek

(2) إسطفان فيروستا Stephan Verosta (1909–1998) درس القانون في جامعات فيينا وباريس وجنيف ولاهاي. ونال درجة دكتوراه في القانون وحصل على شهادة التأهيل الجامعي عام 1946 ولعب دوراً مهماً في إعادة بناء الخدمة الدبلوماسية النمساوية بعد الحرب العالمية الثانية. من 1956 إلى 1961 كان سفيراً في وارسو، من 1962 إلى 1980 عمل أستاذاً في جامعة فيينا خلفاً لألفريد فيردروس ومستشاراً مهماً لأول رئيس وزراء النمسا بعد الحرب العالمية الثانية Leopold Figl، شارك أيضاً في صياغة معاهدة استقلال الدولة النمساوية عام 1955. دافع فيروستا بشكل قاطع عن أطروحة احتلال النمسا في عام 1938 وبالضد من فكرة ضم النمسا لألمانيا النازية. وبالتالي يمكن اعتبار فيروستا المؤسس والممثل الرئيسي لما يسمى أطروحة الضحية. من عام 1977 إلى عام 1981، كان فيروستا عضواً في لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة.. من مؤلفاته:

←

"نظرية تدرج القواعد القانونية في النظام القانوني"، وهي جزء أساسي من "النظرية المحضنة للقانون"، التي وضعها الفقيه هانز كلزن والذي يعتبر مؤسس النظرية،⁽¹⁾ التي تؤكد أن أساس صحة المعيار يكون هو معيار آخر فقط، والذي يمكن اعتباره المعيار "الأعلى". يمكن النظر إلى النظام القانوني على أنه هيكل للمعايير "الأعلى" و"الدنيا"، وضمن القانون لدولة معينة، فإن دستورها هو أعلى معيار على الإطلاق، "القاعدة الأسمى".⁽²⁾

في المفهوم الكلزني للقانون، فإن النظام القانوني ليس نظاماً من القواعد القانونية يوضع جميعها في نفس المرتبة، بل أن هذا النظام يتكون من عدد مستويات أو طبقات من القواعد القانونية⁽³⁾. وأن المعيار يكون صالحاً إذا تم إنشاؤه وفقاً لقاعدة أخرى، وبشكل أدق معيار أعلى. وهكذا فإن كل مستوى من مستويات التسلسل الهرمي للقانون يستمد صلاحيته من مستوى أعلى من هذا التسلسل الهرمي. بعبارة أخرى، وفقاً لـ كلزن، فإن القاعدة التي لا تتوافق مع القاعدة التي تحكم إنشائها لا يمكن اعتبارها معياراً صالحاً.⁽⁴⁾

يلاحظ العميد جان ماري أوبي⁽⁵⁾ ذلك ويقول أنه حتى لو لم تقبل المفاهيم الكلزنية

-
- ←
- Kollektivaktionen der Mächte des europäischen Konzerts, Wien: Verl. d. Österr. Akad. d. Wiss., 1988
 - Kollektive Massnahmen der Mächte des Europäischen Konzerts (1890 - 1913), Wien: Verlag der Österr. Akad. d. Wiss., 1986
 - Völkerrecht und Rechtsphilosophie, Berlin: Duncker und Humblot, 1980
 - Theorie und Realität von Bündnissen, Wien: Europa-Verlag, 1971
 - Die dauernde Neutralität, Wien: Manzsche Verl.- u. Univ.-Buchhandl., 1967, Erw. Sonderdruck d.f.d. 3. Österreich. Juristentag erstatteten Gutachtens
- (1) Thomas Olechowski, Legal Hierarchies in the Works of Hans Kelsen and Adolf Julius Merkl, in: Ulrike Müßig (Editor), Reconsidering Constitutional Formation II Decisive Constitutional Normativity from Old Liberties to New Precedence, Springer, 2018, Pp. 353-362
- (2) Kemal GÖZLER, LA QUESTION DE LA SUPERIORITE DES NORMES DE DROIT INTERNATIONAL SUR LA CONSTITUTION, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Ankara), Cilt (Vol.) 45, 1996, Sayı (No) 1-4, s.195-211

(3) للتفاصيل ينظر:

هانس كلزن، النظرية المحضنة في القانون، ترجمة: د. أكرم الوتري، منشورات مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1986

(4) GÖZLER, Ibid

(5) جان - ماري أوبي (1922-2000)، أستاذ قانون بارز في فرنسا، درس في كلية الحقوق وكلية الآداب جامعة مونبلييه وباريس. أستاذ بكلية الحقوق في الهند الصينية (1948-50) ومدير معهد

←

يجب أن نعترف بوجود هذه الظاهرة في القانون الوضعي، حيث تتنوع المعايير للسلطات العامة وفقاً لمكانتها في التسلسل الهرمي للهيئات.... ويمكن القول أن بعض القواعد أقل شأنًا من غيرها وأن بعض المعايير متفوقة على غيرها، بمعنى أنها ستفضل على الآخرين، أي أنها ستفضل إذا كان من المستحيل تطبيقها في وقت واحد - بسبب تناقضها.⁽¹⁾

باتباع المفهوم الكلزني، نحدد التسلسل الهرمي للمعايير على أنه علاقة الصلاحية بينهما. لذلك إذا كان هناك تسلسل هرمي بين معيارين، فهذا يعني أن معيار الدرجة الأدنى يستمد صلاحيته من معيار الدرجة الأعلى. بمعنى آخر، المعيار الأدنى غير صالح إذا لم يتوافق مع المعيار الأعلى. لذلك، في حالة وجود تعارض بين معيارين، إذا كانا من مرتبة مختلفة في التسلسل الهرمي، فإن أحدهما مفضل تماماً على الآخر، أي أن القاعدة الأدنى المخالفة للقاعدة الأعلى سوف يبطلها القاضي. من ناحية أخرى، إذا كانت هذه القواعد من نفس الرتبة، يجب على القاضي التوفيق بينها عن طريق التفسير.⁽²⁾

2- الدستور والقواعد الدستورية

أن الدستور يتألف من معايير وقواعد وتشكل جزءاً مركزياً من النظام الدستوري الذي يتكون من مجموعة القواعد والعقائد والممارسات الأوسع التي تُبنى عملية صنع القرار السياسي.⁽³⁾

القواعد الدستورية هي ممارسات تُنظّم العلاقة بين الفروع الرئيسية للحكومة،

←

الدراسات القانونية في كمبوديا (1949-50)، وأستاذ متفرغ ورئيس القانون الإداري (منذ عام 1950) عميد كلية الحقوق (1968-70) جامعة بوردو، رئيس جامعة بوردو 1 (1971-1975).
من مؤلفاته:

- Droit public: I. -Droit constitutionnel, II. -Droit administratif / Jean-Marie Auby et Robert Ducos-Ader, 1966.
- Problématique des droits des malades en droit français
- Droit constitutionnel, libertés publiques, droit administratif / Jean-Marie Auby, Robert Ducos-Ader,... / 6 éd. / Paris: Sirey, 1976
- Sociologie politique et science politique: distinction et identité / [rapport présenté par Jean-Marie Auby,...] / Toulouse: Faculté de droit, 1959
- Droit public... 1, Droit constitutionnel, droit administratif / 2e éd / Paris: Sirey, 1964

(1) كلزن، المصدر السابق

(2) GÖZLER, Ibid

(3) Ibid

صلاحياتهم والقيود المفروضة على صلاحياتهم. إلا أن هذا التحديد للدستور هو غير متكامل وغير كاف لأنه لا يجب على الأقل على واحد أو أكثر من الأسئلة الثلاثة الرئيسية هي:⁽¹⁾ أولاً، إذا لعبت القواعد أو الأعراف الدستورية العديد من الأدوار المختلفة في النظام الدستوري، فهل هناك شيء ما غير واضح وغير معروف يجب على تلك القواعد والأعراف جميعاً أن تفعل؟ ثانياً، ما الذي يجعلها قواعد تقليدية، بصرف النظر عن السمة غير المنظمة لها؟ أم أنها مجرد شروط شاملة للقواعد غير القانونية؟

ثالثاً، ما الذي يجعل هذه الممارسات للقواعد تتخذ صفة قواعد دستورية؟ بصورة عامة إن ممارسات القواعد والأعراف الدستورية هي ممارسات معيارية ومشروطة وتعسفية تنفذ نصاً ومبدأً دستورياً. هذا التعريف بسيط ولكنه قوي، ويحدد السمات البارزة للقاعدة الدستورية، ووظيفتها الأساسية، وعلاقتها بالدستور. وبالتالي تكشف أيضاً عن توترات عميقة في استخدام الممارسة التاريخية في التفسير الدستوري.⁽²⁾ إن فهم ما تفعله المعايير، بمعنى تجسيد القيم في ممارسات، يسلط الضوء على سماتها الرئيسية وكالاتي:⁽³⁾

أولاً، هذه الممارسات هي معيارية، من خلال تفعيل النص والمبدأ الدستوريين، وبالتالي تفرض قواعد الاحترام والولاء لهما. ولأن القواعد الدستورية هي أعراف تأسيسية، فهي معيارية التي ليست فقط، قواعد تلبية الاحتياجات الوظيفية، بل هي ممارسات تخلق مجال الأخلاق الدستورية. وهذه المعايير الدستورية تعكس روح العصر وتعكس كذلك كيف يعتقد الناس أن النص الدستوري أو المبادئ الدستورية يجب أن تكون فعالة وتعمل.

ثانياً، إن بقاء القواعد الدستورية مشروطة، حيث إذا ظهرت قاعدة دستورية فإن مدة بقائها تعتمد على مجموعة متنوعة من القوى التاريخية. إذن، فإن المعايير الدستورية في حالة تغير مستمر، لأنها تعتمد على ظروف فكرية وسياسية واجتماعية مختلفة من أجل

(1) Ibid

(2) Ibid

(3) Ibid

بقائها. إذن، فإن المعايير الدستورية هي مؤقتة بطبيعتها. ثالثاً، والأهم من ذلك، أن القواعد الدستورية تعسفية، نظراً لعدم تحديد النص الدستوري والمبادئ الدستورية.

كيف يمكن لمثل هذا الجزء المنتشر من النظام الدستوري أن يكون تعسفياً في جوهره؟ هذا الموضوع يُترك لمسألة التفسير الدستوري.

3- مسألة التسلسل التدرجي بين القواعد الدستورية

التسلسل التدرجي للمعايير القانونية هو ترتيب لمجموعة القواعد التي تشكل النظام القانوني ويقوم على مبدأ أن القاعدة السفلى يجب أن تحترم المستوى الأعلى وتنفذها. وفي حالة تعارض القواعد، يُسمح للقاعدة الأعلى بالسيطرة على القاعدة التابعة لها. وهكذا فإن من يحترم القرار الإداري يجب أن يحترم القوانين والمعاهدات الدولية والدستور. ولا يمكن لمفهوم التسلسل التدرجي للقواعد القانونية أن يكون ذا مغزى إلا إذا كانت المحاكم تحكم باحترامه.

يُعتبر الدستور، أعلى معيار، ومع ذلك، فإن تفوقها يمكن أن يُنافس من قبل القواعد الدولية. هذا هو الحال مع محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي (CJEU) والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (ECHR)، والتي تعطي الأولوية للالتزامات الدولية.

كل دولة لديها بالضرورة دستور. في النظام القانوني الحالي، الدستور هو المعيار الأسمى، ويُعرّف بأنه مجموعة المبادئ والقواعد التي تحكم عمل الهيئات العامة. وبهذا المعنى، فهي في الأساس أداة لترشيد نشاط الدولة، لأنها تحدد الأجهزة العامة للدولة؛ كما أنها أداة لحماية حقوق وحريات الأفراد؛ حتى لو كانت تخضع للقانون الخاص.⁽¹⁾

في هذا الإطار، يمكن أن يحدث نزاع القواعد مقابل المعايير على مستويات مختلفة في التسلسل الهرمي المعقد من التوجيهات والقضايا المعروفة باسم القانون الدستوري، وأنه يمكننا المضي قُدماً وتحديد القواعد مقابل تنازع المعايير في القانون الدستوري إلى أجل غير مسمى.

الشيء المهم الذي يجب إدراكه هو أن العديد من القضايا الخلافية في القواعد

(1) Ibid، يُنظر كذلك

د. منذر الشاوي، في الدستور، مطبعة العاني، بغداد، 1964، ص 81

الدستورية غالباً ما يتم وصفها على أنها خلافات حول الملاءمة النسبية للقواعد والمعايير. بمجرد معرفة أن القواعد الدستورية هي تعسفية وطارئة، فإن النظريات التفسيرية التي تميز الممارسة تفعل ذلك لأسباب تتجاوز الممارسات نفسها. سواء كان القضاة يطبقون "اللمعان التاريخي" أو العلماء الذين يبحثون عن معاني "مصفاة"، فجميعهم يعتمدون ضمناً على نظريات مستقلة للمعيارية القانونية لتأسيس ادعاءاتهم. في القانون الدستوري والنظرية، هناك حاجة إلى شيء آخر غير الممارسة نفسها لتبرير الارتقاء بها إلى القانون. بعد كل شيء، كيف يمكننا أن نتقل بشكل موثوق إلى الممارسات التي هي نفسها عرضية تاريخياً وتعسفية من الناحية المفاهيمية؟ بعد إثارة هذا الموضوع، فإنه من المستحسن أن يُترك لعمل مستقل في المستقبل.

4- نظرية تدرج القواعد الدستورية

هذه النظرية تؤكد بأن القواعد التي تُنسب إليها رتبة أعلى داخل الكتلة الدستورية⁽¹⁾ لها أصل دستوري. وهذا يعني أن هذه النظرية تقوم على فكرة وجود تدرجية ما بين جميع القواعد التي يكون مصدرها في النصوص الدستورية⁽²⁾. وعليه، فإن القواعد الدستورية التدرجية، لها أساس مباشر أو مشتق في نص ذي قيمة دستورية. إذن، يمكن تحديد معايير المرتبة الأعلى داخل الدستور من خلال هذين العنصرين:

- وجود قيم عليا ما بين القواعد الدستورية يكون أساساً للتدرجية الدستورية

(1) للتفاصيل حول مفهوم الكتلة الدستورية bloc de constitutionnalité ينظر:

د. شيرزاد أحمد أمين النجار وشالو صباح عبدالرحمن، دور الكتلة الدستورية في توسعة مرجعية القاضي الدستوري للرقابة على دستورية القوانين،

مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، المجلد 8، العدد 30، ج. 2 (30 سبتمبر/أيلول 2019)، ص ص. 306-331، 26 ص.

أكرور ميريام، كتلة الدستورية: من تشكل المفهوم إلى تحديات التطبيق، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 12، العدد 2، 2020، الصفحات 479-492 إخلاص عزولة، مفهوم الكتلة الدستورية لدى الفقه المقارن، مجلة المنارة للعلوم القانونية والإدارية، عدد خاص، مارس 2020

(2) للتفاصيل ينظر:

د. رجب محمود طاجن، قيود تعديل الدستور. دراسة في القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2006، ص 9

• وجود أصل دستوري للقواعد الدستورية.

1-4-1 التدرجية داخل الكتلة الدستورية

في مذهب القانون الدستوري الفرنسي، يتم إنشاء نوعين من التسلسل التدرجي بشكل عام داخل الكتلة الدستورية. بعض الباحثين يطرحون تسلسلاً هرمياً بين النصوص المختلفة التي تشكل الكتلة الدستورية، بينما البعض الآخر من الباحثين يطرحون التسلسل الهرمي ولكن ليس بين النصوص الدستورية، بل بين الأحكام المختلفة لهذه النصوص الدستورية وفقاً لمحتوى كل منها. وهذا ما سوف نوضحه بالشكل الآتي:

1-1-4 التدرجية بين النصوص الدستورية

تشمل الكتلة الدستورية بمعناها الواسع "جميع معايير القيمة الأعلى من تلك الموجودة في الدستور وفي القواعد الدستورية، وتُعرّف الكتلة الدستورية بالمعنى الضيق بأنها "مجموعة المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية، والامتثال لها ملزم للسلطة التشريعية". وبالتالي، فإن الكتلة الدستورية هي "الإطار الذي يضم كل القواعد ذات القيمة الدستورية والمتضمنة في الدستور بالمعنى الدقيق أو غير متضمنة فيه واستمدت قيمتها الدستورية منه."⁽¹⁾ من الواضح أنه لمعالجة مشكلة التسلسل الهرمي في كتلة الدستورية فقط، فإن الاتجاه الثاني هو الذي يمكن الاحتفاظ به، لأن الكتلة الدستورية بالمعنى الواسع تحتوي أيضاً على القوانين العضوية. ومع ذلك، فإن هذه القوانين هي أقل مرتبة من الدستور. كما أوضح العميد جورج فيدل⁽²⁾، "عندما يوجه القاضي الدستوري اللوم إلى

(1) د. طاجن، المصدر السابق، ص 141

(2) جورج فيدل (1910-2002) فقيه بارز ومرجع أساسي في القانون العام في فرنسا. كان عضواً في هيئة التدريس في جامعات في بواتيه وتولوز كتب في القانون الدستوري والإداري، وهي كتب تركت بصماتها على أجيال من الخبراء القانونيين الفرنسيين. اشتهر فيدل بنظريته عن الأسس الدستورية الموجودة في القانون التنظيمي، وهي نظرية وحدت مجال القانون العام في فرنسا. كان جورج فيدل عضواً في المجلس الدستوري لفرنسا من 1980 إلى 1989. فيدل كان أوروبياً متحمساً ومؤيد معروف للنظريات الفيدرالية. وانتخب عضواً في الأكاديمية الفرنسية 1998. من مؤلفاته:

- An Essay on the Cause Notion of Regulatory Law(1934) .
- Constitutional Law(1949) .
- Regulatory Law(1958) .

قانون عادي... باعتباره مخالفاً لقانون أساسي، فإن أساس هذا اللوم... في التحليل النهائي هو جهله بأحكام الدستور⁽¹⁾. لهذا السبب، يتم أخذ الكتلة الدستورية بمعناها الدقيق: إن الكتلة الدستورية تتكون حصرياً من نصوص على المستوى الدستوري (مثلاً مواد الدستور الفرنسي 1958 وديباخته التي تشير من جهة إلى إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام 1789، ومن جهة أخرى إلى ديباجة دستور عام 1946، التي تتضمن الإشارة إلى "المبادئ الأساسية المعترف بها في قوانين الجمهورية" وإلى "المبادئ الضرورية بشكل خاص في زمننا"). وهكذا فإن قواعد القانون الدولي والمبادئ العامة للقانون ليست جزءاً من ضمن الكتلة الدستورية⁽²⁾.

وبمجرد أن تتكون الكتلة الدستورية من عدة نصوص، فإن مشكلة التسلسل التدريجي لهذه النصوص سوف تنشأ حتماً، ولذلك نتساءل: هل كل النصوص التي تشكل جزءاً من الكتلة الدستورية لها نفس القيمة؟ ألا ينبغي تفضيل البعض على الآخرين في حالة النزاع؟ على سبيل المثال، هل يبطل إعلان 1789 أحكام ديباجة عام 1946 أم لا؟ وهل لها الأسبقية على مواد الدستور؟

قسم من الباحثين في المذهب الفرنسي يجيب بالإيجاب، لأن هناك تسلسل تدريجي بين النصوص التي تشكل الكتلة الدستورية. وفقاً لأطروحاتهم، يسود نص معين الذي يشكل جزءاً من الكتلة الدستورية على النصوص الأخرى لهذه الكتلة. ومع ذلك، فإن هؤلاء الباحثين، وجميعهم مؤيدون للتدرجية الدستورية، لا يتفقون على الرتبة التي ستنسب في التسلسل التدريجي إلى نص معين. فبالنسبة للبعض منهم، يحتل إعلان 1789 المرتبة الأولى في التسلسل التدريجي، بينما بالنسبة للآخرين، فإن ديباجة دستور عام 1946 هي التي تسود على الأجزاء الأخرى من الكتلة الدستورية⁽³⁾.

4-1-2 فرضية تفوق الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 على

ديباجة دستور فرنسا لعام 1946

لتبرير هذه الفرضية وصحتها، قُدمت حُجَّتَانِ هما:

• الطابع المطلق وغير القابل للتقادم للحقوق التي يعلنها الإعلان 1789

(1) Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », op. cit., p.49-50.

(2) GÖZLER, Ibid

د. طاجن، المصدر السابق، ص ص 142-143

(3) GÖZLER, Ibid

فرانسوا غوغيل⁽¹⁾ يؤكد أن الإعلان له الأسبقية مقارنة بـ "المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية الضرورية بشكل خاص لزمنا" المنصوص عليها في ديباجة دستور عام 1946. ويبرر التفوق بكون بنود الإعلان جاءت للإنسان لأنه إنسان،⁽²⁾ ولذلك فإن بنود الإعلان تحتوي على حقوق مطلقة للإنسان وأن هذه الحقوق لا تتقدم. على العكس من ذلك، فإن المبادئ المنصوص عليها في ديباجة دستور عام 1946 هي "ضرورية بشكل خاص في زمننا الحاضر". لذلك ربما لم تكن ضرورية في الماضي، وربما لا تبقى ضرورية في المستقبل... وبالتالي، فإن المبادئ الضرورية بشكل خاص لوقتنا الحاضر، على عكس الحقوق المعلنة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789، تتأثر بشكل ما بالاحتمالية والنسبية⁽³⁾.

ومن جانبه يعتقد ستيفان ريالز⁽⁴⁾ بأن هناك بعض المبادئ التي تشكل أساس أي

(1) فرانسوا غوغيل François Goguel (1909-1999)، عالم سياسي وقانوني فرنسي، يُعتبر أحد مؤسسي "الجغرافيا الانتخابية" وعلم الاجتماع الانتخابي. درس في معهد الدراسات السياسية في باريس وفي كلية الحقوق حيث حصل على الدكتوراه في القانون (1937).
عضوا في المجلس الدستوري الفرنسي من 1971 إلى 1980. كان أستاذاً من عام 1948 إلى عام 1974 في معهد باريس للدراسات السياسية. من مؤلفاته:

- Chroniques électorales: les scrutins politiques en France de 1945 à nos jours.
Vol. 1: La Quatrième République
Vol. 2: La Cinquième République du Général de Gaulle
Vol. 3: La Cinquième République après de Gaulle
- Géographie des élections françaises: de 1870 à 1951(1951)
- La Politique des partis sous la Troisième République.(1946)
- L'état des forces politiques à la veille de l'élection présidentielle. La candidature Defferre: analyse rétrospective, Presses de Sciences Po, 1965.
- Modernisation économique et comportement politique d'après un échantillon d'un trentième du corps électoral français, Presses de Sciences Po, 1969.

(2) د. طاجن، المصدر السابق، ص 144

(3) François Goguel, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux », Colloque international d'Aix-en-Provence des 19, 20, 21 février 1981, in Revue internationale de droit comparé, 1981, p.444.

د. طاجن، نفس المصدر أعلاه ونفس الصفحة

(4) ستيفان ريالز Stéphane Rials (من مواليد 3 أبريل 1951 في باريس) محامٍ وقانوني فرنسي وأستاذ القانون العام في جامعة باثيون-أساس (باريس-2). حصل على درجة الماجستير في التاريخ الحديث (1973)، ودرجة الدراسات العليا في العلوم السياسية (1974) والقانون العام (1975)،

←

463 في نظرية التدرجية والتفوق في القواعد الدستورية مقارنة أولية/ أ. د. د. شيرزاد أحمد أمين النجار

حركة قانونية، وهي مبادئ سابقة ومتفوقة وطبيعية وغير قابلة للتقادم. ولكن في نفس الوقت، هناك مبادئ التي تتوافق مع لحظة معينة من الحضارة القانونية⁽¹⁾، وهي بارزة، لكنها أدنى بشكل واضح من المبادئ الأولى أعلاه وبالتالي تتكون نوع من التدرجية بين هذه المبادئ⁽²⁾.

أندريه دي لوبادير⁽³⁾، ويبيير ديلفولفي⁽⁴⁾ يشيران إلى الطبيعة الليبرالية للمبادئ التي

← وشهادة في قسم "الخدمة العامة" في معهد الدراسات السياسية بباريس (1975) ودكتوراه. في القانون (1978). من مؤلفاته:

- Administration et organisation.(1930-1910)
- La Présidence de la République, Paris, Presses universitaires de France, 1981, 126 p. (2e éd. complétée et mise à jour 1983).
- Le Premier ministre, Paris, Presses universitaires de France, 1981, 127 p. (2e éd. complétée et mise à jour 1985).
- Textes constitutionnels français, Paris, Presses universitaires de France, 1981, 127 p. (33e éd. mise à jour 2022).
- Textes constitutionnels étrangers, Paris, Presses universitaires de France, 1982, 125 p. (17e éd. mise à jour 2022, avec Julien Boudon).
- Destin du fédéralisme, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986.

(1) د. طاجن، المصدر السابق، ص 145

(2) Stéphane Rials, « Les incertitudes de la notion de constitution sous la Ve République », Revue du droit public, 1984, p.603.

(3) أندريه دي لوبادير André de Laubadère (1910 - 1981) قانوني فرنسي بارز متخصص في القانون الإداري. حصل على درجة الدكتوراه في القانون عام 1935 وشهادة التأهيل للأستاذ الجامعي عام 1936، وأصبح أستاذاً في كلية الحقوق بباريس عام 1951. من مؤلفاته:

- Les réformes administratives de 1953: les pouvoirs réglementaires élargis ; la "réforme administrative(1954) "
- La distinction des contrats administratifs et des contrats de droit commun. La formation des contrats administratifs(1956)
- Traité théorique et pratique des contrats administratifs(1959)
- Traité élémentaire de droit administratif: Les grands services publics administratifs, Volume 3(1978)
- Traité de droit administratif(1980)

(4) بيير ديلفولفي Pierre Delvolvé (المولود في 16 سبتمبر 1940)، هو أستاذ وفقهه قانوني فرنسي. وهو أستاذ فخري بجامعة باريس الثانية. تخرج في معهد باريس للدراسات السياسية عام 1962 (قسم الخدمة العامة)، ثم حصل على الدكتوراه في القانون من كلية الحقوق بباريس عام 1966. عمل أستاذ القانون في جامعة القديس يوسف في بيروت من 1967 إلى 1971، وفي جامعة تولوز الأولى

←

أعلنها إعلان 1789 حول حقوق الإنسان والمواطن والطبيعة التدخلية لمبادئ دستور عام 1946، ويضعان المبادئ الليبرالية في المقدمة، ويؤكدان بأن تلك المبادئ يمكن تطبيقها، وينبغي اعتبار أن التدخل الذي دعت إليه الديباجة هو جزء من نظام يحافظ على خاصية الليبرالية⁽¹⁾، ويضيفان " إن الطبيعة التحررية لإعلان حقوق الإنسان والمواطن تجعل له السمو والرفعة على المبادئ ذات الطبيعة التدخلية الواردة في مقدمة دستور 1946"⁽²⁾

• الطبيعة التكميلية لديباجة دستور فرنسا لعام 1946

بنود مقدمة دستور عام 1958 توضح أن ديباجة دستور عام 1946 "تؤكد" و"تكمل" إعلان عام 1789 حول حقوق الإنسان والمواطن.⁽³⁾

جان فرانسوا فلاوس⁽⁴⁾ يؤكد على الطبيعة التكميلية لديباجة دستور عام 1946، وأن

من 1971 إلى 1981، التحق بجامعة بانتيون - أساس باريس 2 في عام 1981. ودّرس تخصصه من المرحلة الجامعية إلى الدكتوراه. وهو المدير السابق لمدرسة الدكتوراه في القانون العام والعلوم السياسية والعلوم الإدارية. انتخب في أكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية في 14 ديسمبر 2009 برئاسة جان فوير. من مؤلفاته:

- Le droit administratif, Dalloz-Sirey, Collection: Connaissance du droit, 160 p., 7ème édition (2018)
- Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 23ème édition 2021.
- Droit public de l'économie, Dalloz - Sirey, Collection: Précis Dalloz, 799 p., 1998; 2ème édition 2021
- Le Principe d'égalité devant les charges publiques, Préface de Georges Vedel, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 468 p(1969) .
- (1) André de Laubadère et Pierre Delvolvé, Droit public économique, Paris, Dalloz, 5e édition, 1986, p.101.

(2) de Laubadère et Delvolvé. Ibid. د. طاجن، المصدر السابق، ص 145

(3) د. طاجن، نفس المصدر أعلاه ونفس الصفحة

(4) جان فرانسوا فلاوس Jean-François Flauss (1948-2010) أستاذ القانون العام في جامعة باريس II (البانثيون). لقد سعى دائماً في جميع أنشطته التربوية والإدارية إلى إيصال رسالة واحدة: القانون في خدمة حقوق الإنسان وضمان احترام الحريات بشكل أفضل. بروفيسور فلاوس متخصص في القانون الأوروبي والدولي لحقوق الإنسان .

- Le référendum européen: actes du colloque international de Strasbourg, 21-22 février 1997 by Institut des hautes études européennes (Strasbourg)
- La protection internationale des droits de l'homme et les droits des victimes international protection of human rights and victims' rights by Institut international des droits de l'homme
- Le Droit des organisations internationales: recueil d'études à la mémoire de Jacques

←

465 في نظرية التدرجية والتفوق في القواعد الدستورية مقارنة أولية/ أ. د. د. شيرزاد أحمد أمين النجار

الحقوق الاجتماعية الواردة في الديباجة لها خاصية دستورية حيث أنها يمكن لها أن تضيف إيجابياً وأن تثير الحقوق والحريات الناتجة عن إعلان 1789، وهذا يعني أن المبادئ الدستورية الناتجة عن إعلان عام 1789، فيما يتعلق بتلك الناتجة عن ديباجة عام 1946، تتمتع بسلطة أعلى، وتكون لها الأولوية.⁽¹⁾

3-1-4 فرضية تفوق ديباجة دستورفرنسا لعام 1946 على الإعلان الفرنسي لحقوق

الإنسان والمواطن لعام 1789

استناداً لرأي المجلس الدستوري الفرنسي بالاعتراف بالقيمة الدستورية لمقدمة الدستور اعتقد بعض الباحثين أن نص ديباجة دستور عام 1946 له الأسبقية على نص إعلان عام 1789⁽²⁾. ويلاحظ العميد فيدل بأنه تم طرح حجتين لمساندة هذا الرأي. الأول هو القول بأنه ينبغي تفضيل النص الأحدث على النص الأقدم. والثاني هو أن المبادئ الضرورية بشكل خاص لزمنا ووقتنا يجب أن تسود على المبادئ الآتية من أوقات أخرى.⁽³⁾

• **الحجة الأولى** نابعة من تطبيق قاعدة القانون اللاحق. وبالتالي، وفقاً لهذه القاعدة، في حالة التعارض، يسود أحدث نص على الأقدم. وبتطبيق هذه القاعدة على الكتلة الدستورية، أكد لويك فيليب⁽⁴⁾ أن الأحكام الواردة في دستور عام 1958 تملو على تلك

←

Schwob(Book)

6 editions published in 1997 in French and Spanish and held by 100 WorldCat member libraries worldwide

• La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales: actes de la journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin

« Les droits sociaux dans la jurisprudence du Conseil », Jean-François Flauss (1)

146 ص المصدر السابق، ص 146 ، Droit social ،consti-tutionnel » ، 1982 ، 3 p.652 - د. طاجن، المصدر السابق، ص 146

(2) د. طاجن، المصدر السابق، ص 152

(3) Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », op. cit., p.53.

(4) لويك فيليب Loïc Philip (من مواليد 10 يوليو 1932، محام وقانوني فرنسي. أستاذ فخري في القانون بجامعة بول سيزان إيكس مرسيليا الثالث، وهو متخصص في القانون الدستوري، والمالية العامة وقانون الضرائب. حصل على جائزة Daniel Strasser من أكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية في عام 2000 عن جميع أعماله. كان رئيساً للجمعية الفرنسية للمالية العامة (SFFP) من 1984 إلى 20051 ومديراً للمعهد العالي للدراسات المحاسبية (ISEC) من 1975 إلى 1999. أستاذ

←

الواردة في ديباجة دستور عام 1946، والتي ستكون لها الغلبة على المبادئ الأساسية التي تقرها قوانين الجمهورية، وهذه الأخيرة ستكون لها الغلبة على إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789. الأحكام الواردة في هذا النص يمكن فقط الحصول على قيمة دستورية لها بقدر عدم تعارضها مع الأحكام الدستورية اللاحقة الأخرى ويجب تحديد نطاقها مع الأخذ في الاعتبار القيود التي ربما تكون قد تدخلت لاحقاً في نصوص ذات قيمة دستورية.⁽¹⁾

• **الحجة الثانية طرحها في عام 1974 فرانسوا لوتشاير⁽²⁾ بالشكل الآتي:**

"إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 استجاب لمتطلبات عصره؛ لكن لعصرنا مطالب أخرى: الملكية باعتبارها "حقاً مصنوعاً ومقدساً" أصبحت وظيفة اجتماعية. يتم تجاوز المساواة القانونية من خلال الاهتمام بالمساواة المادية؛ يجب عدم تفسير إعلان عام 1789 كما كان سيحدث في بداية الثورة الكبرى، ولكن يجب تفسيره وفقاً لزمنا. في هذا الصدد يبدو أن أحد أحكام دستور 1958 "فرنسا جمهورية... اجتماعية"؛ يوفر هذا التأكيد لتفسير إعلان 1789 مما يجعله يتوافق مع متطلبات زمننا⁽³⁾.

←

القانون الفخري في Paul-Cézanne Aix- Marseille III2، 3، هو أحد المتخصصين الفرنسيين في القانون الدستوري والمالية العامة وقانون الضرائب. من مؤلفاته:

- Dictionnaire encyclopédique des finances publiques en deux volumes (1991), éd. Economica.
- Les fondements constitutionnels des finances publiques, Economica, 1995, 112 p.
- Histoire des faits économiques et sociaux de 1800 à nos jours (tomes 1 et 2), 1978 (réédition en 2000), éditions Montaigne.
- Histoire de la pensée politique en France de 1789 à nos jours (2e édition 1998), éd. Economica.
- Droit fiscal constitutionnel, Economica, 1990 et réédition en 2014.

(1) « La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen «Loïc Philip in Etudes offertes à du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel » Presses universitaires d'Aix-Marseille ، Pierre Kayser ، 1979 ، t.II ، p.335-336. د. طاجن،

المصدر السابق، ص 153

(2) فرانسوا لوتشاير François Luchaire (1919-2009) قانوني فرنسي بارز، كان أستاذاً في القانون العام، ومؤسساً مشاركاً لجامعة باريس 1 بانتيون - سوربون، الذي تراسه من 1970 إلى 1976، متخصص في القانون الدستوري.

(3) François Luchaire ، « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et des libertés

←

2-4 التدرجية بين الأحكام الدستورية المختلفة

هذا النوع من التدرجية لا يتعلق بالتدرجية بين النصوص الدستورية المختلفة التي تشكل الكتلة الدستورية، ولكن هذه التدرجية تكون بين الأحكام المختلفة لهذه النصوص الدستورية وفقاً لمحتوى كل منها.

بعض الباحثين يعطون إجابة إيجابية على هذا السؤال. بالنسبة لهم، هناك تسلسل هرمي معين داخل القواعد الدستورية، ويعتقدون أن أحكام الدستور لها قيمة مختلفة. بعض المعايير التي تعتبر أساسية بناءً على محتواها تتفوق على غيرها.

إذن، وفقاً لهذا الرأي، فإن الأحكام التي تُنسب إليها المرتبة الأولى في التدرجية الدستورية تشكل حدوداً للمراجعة الدستورية. بعبارة أخرى، كما يشير العميد فيدل، "توجد مبادئ أساسية في الدستور لدرجة أنها محمية حتى من أي سلطة تأسيسية في المستقبل"⁽¹⁾. هكذا، هناك أحكام، وبسبب أهميتها، ستكون مستثناة من أي تعديل دستوري. وبالتالي، ستكون هذه المبادئ غير قابلة للمساس بها، ليس فقط فيما يتعلق بالسلطة التشريعية، ولكن حتى فيما يتعلق بالسلطة التأسيسية.⁽²⁾

في العقيدة الدستورية الفرنسية، يعتقد بعض الفقهاء أن أحكام الدستور المتعلقة بجوهر الحقوق الأساسية لها قيمة أعلى مقارنة بالآخرين. بينما هناك آخرون يعتقدون أن أحكام الدستور المتعلقة بالسيادة الوطنية هي التي تسود على الآخرين. من الواضح أنه من الناحية النظرية يمكن للمرء أيضاً أن يعتبر أساسياً الأحكام الأخرى للدستور. على سبيل المثال، يمكن اعتبار أن أحكام الدستور التي تحدد خصائص الدولة لها قيمة أعلى من غيرها.

1-2-4 وجود حقوق أساسية من المرتبة الأولى

هناك باحثون يعتقدون أن قيمة الحقوق الأساسية ليست واحدة. "بعض الحقوق" أكثر جوهرية "من غيرها". وهكذا، بالنسبة لهم، هناك حقوق أساسية من المرتبة الأولى،

←

د. طاجن، in Mélanges M. Waline ، Paris ، L.G.D.J. ، 1974 ، p.572-573.

المصدر السابق، ص 154

(1) Georges Vedel، « Introduction »، in La Constitution et l'Europe، Journée d'étude du 25 mars 1992 au Sénat، Paris، Montchrestien، 1992، p.30.

(2) Ibid

أوالمرتبة الثانية، إلخ. ونتيجة لذلك، فإنها تنشئ تسلسلاً هرمياً بين الأحكام الدستورية المتعلقة بالحقوق الأساسية من الدرجة الأولى والأحكام الأخرى. ولهذا السبب، حسب رأيهم، في حالة حدوث تعارض، يجب أن تكون للأحكام الدستورية المتعلقة بالحقوق الأساسية من الدرجة الأولى الأسبقية على غيرها. وبالتالي، يجب ألا يتعارض المعيار الذي حدده قانون المراجعة الدستورية مع معيار الحقوق الأساسية من المرتبة الأولى. في هذا المفهوم، تشكل القواعد الدستورية المتعلقة بالحقوق الأساسية من الدرجة الأولى تقييداً للمراجعة الدستورية.

وهكذا، ووفقاً لبعض الباحثين، فإن المجلس الدستوري الفرنسي يقر في اجتهاده القضائي بتسلسل هرمي مادي للحقوق الأساسية. وبالتالي، فإن المجلس الدستوري الفرنسي يضمن حماية وضمناً مختلفين للحقوق الأساسية حسب محتواها.

الباحث برونو جينيفوا⁽¹⁾ وآخرون يرون أن المجلس الدستوري الفرنسي يؤسس "التسلسل الهرمي المادي للحقوق المضمونة"، ويضيفون أن "الحقوق المنصوص عليها في الإعلان ليست مضمونة كلها بنفس الدرجة"، لذا يقترحون معايير مختلفة لإنشاء التدرجية بين الحقوق الأساسية وهي⁽²⁾:

- "درجة الدقة المعتمدة"،

(1) برونو جينيفوا Bruno Genevois (المولود في 13 ديسمبر 1941 في باريس) قانوني فرنسي كبير متخصص في القانون العام، وكان رئيساً لقسم التقاضي بمجلس الدولة من 2004 إلى 2006. بعد تخرجه من معهد الدراسات السياسية في باريس، التحق بالمدرسة الوطنية للإدارة (ترقية مارسيل بروت)، وتخرج منها. في أبريل 1986، تولى منصب الأمين العام للمجلس الدستوري الفرنسي، وهو المنصب الذي شغله حتى عام 1993، عُين مستشاراً للدولة في أبريل 1988 من مؤلفاته:

- La jurisprudence du Conseil constitutionnel, Paris, Sciences et techniques humaines, 1988.
 - » •Un statut constitutionnel pour les étrangers », RFDA, 1993.
 - » •Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle: les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », RFDA, 1998
 - Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international », RFDA, 1999
 - Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », RFDA, 2002
- (2) F. Gazier, M. Gentot et B. Genevois, « La marque des idées et des principes de 1789 dans la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel », Etudes et documents - Conseil d'Etat, n° 40, Rapport public, 1988, p.181.

- "نقطة معرفة ما إذا كانت تتضمن استثناءات أو مزاجات"،
- "درجة ارتباط الرأي السائد بشأنه"،
- "مدى الرقابة التي يمارسها القاضي على الأفعال أو القرارات التي تشكك فيه أو تنفذ"

وبناءً على هذه المعايير، فإن الحريات التي لها أفضل حماية هي الحرية الفردية، وحرية الرأي والضمير، وحرية الصحافة. في الواقع، كما يلاحظ العميد فيدل، فإن هذا يرقى إلى القول بأن "بعض المبادئ أو الحقوق ستكون من المرتبة الأولى بالنسبة للقاضي، في حين أن البعض الآخر سيكون من المرتبة الثانية أو الثالثة. خطوة بخطوة يمكن أن ينتهي بنا الأمر بنوع من تصنيف الحريات العامة إلى عدة فئات تدرجية".⁽¹⁾

في رأي دومينيك توربين⁽²⁾ أن هناك، خارج التدرجية الظاهرة، "تدرجية في الواقع المادي"⁽³⁾. ووفقاً له، "لا توجد مساواة في القيمة بين الأحكام المختلفة لكل من القواعد التي تشكل كتلة الدستورية"، ويؤكد كذلك أن أحكام إعلان 1789 لا ينبغي أن توضع في فئة واحدة.

ويعتقد ستيفان ربالز أنه "سيكون من الأنسب تكريس سيادة الحرية - وبالتالي المادة 2 من إعلان 1789 - على المبادئ الدستورية الأخرى"⁽⁴⁾

أما لويس فافوريو⁽⁵⁾ فهو لا يقبل بوجود تسلسل هرمي رسمي بين إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام 1789 وديباجة عام 1946 ودستور عام 1958، إلا أنه يتساءل إذا كان

(1) Vedel, G. « La place de la Déclaration de 1789... », op. cit., p.61.

(2) دومينيك توربين Dominique Turpin (مواليد 1957/01/12) أستاذ مشارك في كليات الحقوق، كان رئيس المعهد الفرنسي للقانون الإنساني وحقوق الإنسان وعضواً في اللجنة الاستشارية الوطنية لحقوق الإنسان. وهو العميد الفخري لكلية الحقوق في كليرمون فيران، والرئيس الفخري لجامعة أوفيرني. من مؤلفاته:

- Droit constitutionnel, 2003
- Le régime parlementaire, 1997

(3) Dominique Turpin, Contentieux constitutionnel, Paris, P.U.F., 1986, p.86.

(4) Rials, St., « Les incertitudes de la notion de constitution... », op. cit., p.604.

(5) لويس فافوريو Louis Favoreu (1936 - 2004)، قانوني وأكاديمي فرنسي، أستاذ القانون العام، وكان عميداً لكلية الحقوق ورئيساً للجامعة. من مؤلفاته:

- Droit constitutionnel, Dalloz, Précis Droit public
- Les cours constitutionnelles, PUF, Que sais-je?

ينبغي عدم التمييز بين الحقوق والحريات المختلفة فيما يتعلق الحماية التي توفرها لهم المحكمة الدستورية، فإنه، مع ذلك، يقترح التمييز بين "حريات المرتبة الأولى والثانية"، حيث يضع الحرية الفردية وحرية تكوين الجمعيات والصحافة والتعليم في المقدمة، لأنه يرى أن هذه الحريات الأربع تستفيد من الحماية المعززة في ثلاث نقاط هي:⁽¹⁾

أولاً، لا يمكن للمشرع أن يؤسس تقنية الترخيص؛

ثانياً، لا يمكن للمشرع إلا أن يتدخل لزيادة أو تعزيز الحماية الممنوحة لها؛

ثالثاً، يجب تطبيق هذه الحريات بشكل موحد في جميع أنحاء البلاد.

4-2-2 فرضية تفوق القواعد الدستورية المتعلقة بالسيادة الوطنية

يعتقد بعض الباحثين أن أحكام الدستور المتعلقة بالسيادة الوطنية لها قيمة أعلى من غيرها، وإن هذه الأحكام لا يمكن للسلطة التشريعية ولا لسلطة المراجعة الدستورية أن تقترب منها.

يعتقد ليو هامون⁽²⁾ أن هناك مبادئ أساسية في الدستور لا يمكن الرجوع عنها، وأن السيادة الوطنية تندرج ضمن هذه المبادئ، ويضيف: أن البرلمان الذي يجمع السيادة الوطنية، أو يشوهها، يشبه البرلمان الذي يقيم تمييزاً قانونياً بين الفرنسيين حسب دينهم وعرقهم وطبقتهم.⁽³⁾

(1) Louis Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », in Dominique Rousseau et Frédéric Sudre (sous la direction de -), Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Actes du Colloque de Montpellier des 20 - 21 janvier 1989, Paris, Editions S.T.H., 1990, p.37.

(2) ليو هامون (1908 - 1993) سياسي فرنسي. كان عضواً في الحركة الشعبية الجمهورية واتحاد الدفاع عن الجمهورية. وعضواً في مجلس الشيوخ، ومتحدثاً باسم الحكومة ووزير الدولة للمشاركة والحوافز. نال شهادة دكتوراه في القانون من جامعة باريس 1932. كان أستاذاً في كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة ديجون - بورغوندي (1959) حيث أسس مركز الدراسات والأبحاث السياسية (CERPO)، ثم في جامعة أورليان (1966) وجامعة باريس (1968). كان أحد مؤسسي قسم العلوم السياسية في جامعة السوربون عام 1969. من مؤلفاته:

- La Révision, la vraie fidélité, sorti aux éditions Stock en 1974
- le livre Les juges de la loi - Naissance et rôle d'un contre-pouvoir, le Conseil constitutionnel aux éditions Fayard en 1987
- Aux origines d'un bonapartisme libéral en 1988

(3) L'intervention orale de Léo Hamon au Colloque du 25 mars 1992 au Sénat, in La Constitution et l'Europe, op. cit., p.222.

وبطريقة أكثر منهجية، يقترح البروفيسور أوليفيه بيود⁽¹⁾، التدرجية بين قواعد الدستور اعتماداً على ما إذا كانت تؤثر على سيادة الشعب أم لا، ولذلك فإنه يعطي مكانة أعلى لأحكام الدستور المتعلقة بسيادة الشعب في هرم القواعد الدستورية، وأن هذه الأحكام تصبح غير قابلة المساس بها من قبل سلطة المراجعة الدستورية⁽²⁾. فوفقاً له، هذه "الحماية" للسيادة لا يمكن رفعها إلا من قبل السلطة للمؤسسة، وإذا كان قانون المراجعة الدستورية عاجزاً عن إزالة عقبة السيادة الوطنية، فذلك لسبب أن بالسيادة الوطنية جب تفسيرها بكونها جزءاً من الأحكام غير قابلة المساس بها في الدستور الفرنسي، وبالتالي، تشكل سيادة الدولة (ضمنياً من خلال السيادة الوطنية) قيداً مستقلاً وضميناً مستمداً من التفسير المعقول والمنهجي للدستور⁽³⁾.

وعليه، ووفقاً للبروفيسور بيود، فإن السيادة الوطنية هي جزء من القيود المادية المفروضة على المراجعة الدستورية، وهذا لا يشمل فقط السيادة الوطنية، بل أيضاً سيادة الدولة (السلطة العامة) التي هي شرط مسبق لها. وبالتالي، فإن سيادة الدولة هي جزء من السيادة الوطنية، وهي عنصر غير قابل للمساس من الدستور الفرنسي... على هذا النحو، محمية ضد المراجعة الدستورية⁽⁴⁾.

ويلاحظ البروفيسور بيود وجود تدرجية ما بين الفقرتين 2 و3 من المادة 89 من

(1) أوليفيه بود Olivier Beaud (1958)، محام وأكاديمي فرنسي ومتخصص في القانون الدستوري. يركز بحثه على النظرية العامة للدولة، فلسفة القانون وتاريخ الفكر القانوني. وهو أستاذ جامعي في القانون العام بجامعة بانثيون أساس (باريس الثانية). نال شهادة دكتوراه في القانون في يناير 1989 من جامعة ليل الفرنسية لأطروحة دكتوراه بعنوان "الدولة والسيادة: عناصر لنظرية الدولة"، تحت إشراف الأستاذ ستيفان ربالز. تم تعيينه أستاذاً في كلية الحقوق بجامعة ليل الثانية قبل التحاقه بجامعة باريس الثانية عام 1998. من مؤلفاته:

- La Puissance de l'État, PUF, coll. Léviathan, 1994,
- Théorie de la Fédération, PUF, coll. Léviathan, 2007
- (2) Olivier Beaud, « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht: remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », Revue française de droit administratif, 1993, p.1068.
- (3) Beaud, « La souveraineté de l'État... », op. cit., p.1061-1062.
- (4) Ibid

الدستور الفرنسي⁽¹⁾، حيث إن الفقرة الثانية منها تنص على إجراء الاستفتاء الشعبي لمراجعة الدستور وتعتبر أعلى من الفقرة الثالثة التي تنص على المصادقة البرلمانية، ولذلك يرى البروفيسور بيود أن المسائل المتعلقة بالسيادة لا يمكن مراجعتها من خلال إجراءات المصادقة البرلمانية، بل يمكن ذلك فقط من خلال الاستفتاء التأسيسي، وبالتالي تعتبر أحكام الدستور المتعلقة بسيادة الشعب غير قابلة المساس فيما يتعلق بسلطة المراجعة الدستورية (سلطة التعديل)، تشكل حدوداً مادية للمراجعة الدستورية.⁽²⁾

5- تقديرات نقدية لنظرية التدرجية الدستورية

1-5 نقد أطروحة وجود تدرجية داخل الكتلة الدستورية

ابتداءً، من الضروري التمييز بين "التسلسل الهرمي القانوني بالمعنى الصحيح" و"التسلسل الهرمي الأخلاقي أو السياسي البحت".

التسلسل الهرمي القانوني هو الذي تحدده علاقة الصلاحية بين القواعد الهرمية فيما يتعلق ببعضها البعض. إلى جانب ذلك، يمكننا أيضاً ملاحظة وجود تراتبية أخلاقية أو سياسية بحثة بين القواعد الدستورية. هذا التمييز راجع، كما يؤكد العميد فيدل، إلى أن "جميع الأحكام ذات القيمة الدستورية ليس لها نفس الأهمية أو نفس الكرامة الأخلاقية أو السياسية"⁽³⁾. على سبيل المثال، يمكن القول إن الحكم الذي يحظر الرقابة على الصحافة

(1) المادة 89 من دستور فرنسا لعام 1958 تنص على ما يأتي:

لكل من رئيس الجمهورية وأعضاء البرلمان الحق في المبادرة بتعديل الدستور بناء على اقتراح من رئيس الوزراء.

يجب أن يدرس مشروع أو اقتراح تعديل الدستور وفق الشروط الزمنية المحددة في الفقرة الثالثة من المادة 42 ويصوت عليه مجلسا البرلمان في صيغة موحدة. يصبح التعديل نافذاً بعد إقراره في الاستفتاء الشعبي.

بيد أن مشروع القانون الحكومي الخاص بتعديل الدستور لا يعرض على الاستفتاء حين يقرر رئيس الجمهورية عرضه على البرلمان المنعقد في مؤتمر، وفي هذه الحالة لا يوافق على مشروع التعديل إلا إذا حاز أغلبية ثلاثة أخماس الأصوات المدلى بها. ويكون مكتب الجمعية الوطنية هو مكتب المؤتمر.

لا يجوز البدء بإجراء أي تعديل أو مواصلته عندما تكون وحدة التراب الوطني في خطر.

ولا يجوز تعديل الطابع الجمهوري للحكومة.

(2) Beaud, « La souveraineté de l'Etat... », op. cit., p.1061-1062

(3) Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », op. cit., p.84.

473 في نظرية التدرجية والتفوق في القواعد الدستورية مقارنة أولية/ أ. د. د. شيرزاد أحمد أمين النجار

(المادة 11 من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1789)⁽¹⁾ هو أكثر "أهمية" من ذلك الذي يحظر الجمع بين المنصب الوزاري والتفويض البرلماني (المادة 23 من دستور 1958).⁽²⁾

ابتداءً هناك اختلافات في الأهمية وفي الكرامة الأخلاقية أو السياسية الموجودة بين القواعد الدستورية المختلفة، ولكن هناك تدرجية قانونية بين المعايير والقواعد الدستورية، وهذا يعني أنه في حالة النزاع، يجب أن تسود القواعد الدستورية ذات المرتبة الأعلى على غيرها، ويجب أن يكون المعيار المنصوص عليه في المراجعة الدستورية متوافقاً مع القواعد الدستورية من الدرجة الأولى. وهذا يعني، أنه إذا كان المعيار الذي حددته سلطة المراجعة الدستورية مخالفاً لمعايير المرتبة الأولى، فهو معيار غير صالح. وبالتالي، فإن القواعد الدستورية من الدرجة الأولى تشكل حدوداً وتقييداً لممارسة سلطة المراجعة الدستورية.

أن الجدل الجاري في فرنسا حول وجود تدرجية بين مكونات الكتلة الدستورية (تفوق إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 على ديباجة عام دستور 1946 والعكس بالعكس) يعبر عن سياق سياسي دقيق للغاية. كما يشير إلى ذلك فيليب تيرنير⁽³⁾، بقوله: لا يمكن فهم هذا الجدل القانوني إلا إذا تم وضعه في سياقه السياسي المتوتر للغاية في

(1) المادة الحادية عشر: يحق لكل فرد أن يعلن عن أفكاره وآرائه بحرية، وهذا أحد أتمن حقوق النسان. ونتيجة لذلك، يحق لكل فرد أن يتحدث ويكتب وينشر آراءه بحرية تامة، بشرط أن يكون مسؤولاً عن ذلك عن عواقب انتهاك هذا الحق كما يرى القانون.

(2) Vedel (« La place de la Déclaration de 1789... », op. cit., p.53

المادة (23) من دستور فرنسا 1958 المعدل

لا يجوز الجمع بين عضوية الحكومة وتولي أي وظيفه برلمانية أو أي منصب تمثيلي مهني على المستوى الوطني أو أي وظيفة عامة أو أي نشاط مهني. تتحدد الشروط التي يستبدل بموجبها أصحاب مثل هذه الولايات أو المناصب أو الوظائف بموجب قانون أساسي.

يجرى استبدال أعضاء البرلمان طبقاً لأحكام المادة 25.

(3) فيليب تيرنير Philippe Terneyre، أستاذ القانون العام في جامعة Pays de l'Adour Pau من مؤلفاته:

- Droit administratif des biens. 8e éd. - domaine public et privé. travaux et ouvrages publics. Exprop, 2020
- La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administrative, 1999

الوقت الذي بلغ ذروته مع وصول أغلبية مؤلفة من الاشتراكيين والشيوعيين إلى السلطة في مايو 1981، ولكن النظام السياسي القانوني الفرنسي يقوم أساساً على المبادئ الليبرالية، وأن المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية المحددة في ديباجة دستور عام 1946 هي ضرورية بشكل خاص في زمننا أكثر من مبادئ 1789⁽¹⁾

وفي إطار هذا الوضع، نجد الدراسات التي تؤكد على أطروحات تفوق الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان عام 1789 على ديباجة الدستور الفرنسي لعام 1946 تدرج تحت عنوان "الأطروحات الليبرالية"، بينما تلك الدراسات الخاصة بتفوق ديباجة دستور عام 1946 على إعلان عام 1789 تدرج تحت عنوان رئيسي: "أطروحات التنشئة الاجتماعية"⁽²⁾

راي معاكس ومناقض للآراء الواردة أعلاه يطرحه كمال كوزير⁽³⁾، الذي يؤكد عدم وجود تسلسل تدرجي بين النصوص التي تشكل الكتلة الدستورية، ويرر ذلك بالقول إن جميع مكونات الكتلة الدستورية، أي الدستور نفسه، وديباجة دستور عام 1946 وإعلان عام 1789، تستمد صلاحيتها من قانون واحد وفريد: الاستفتاء التأسيسي عام 1958⁽⁴⁾، وبعبارة أخرى، كما يؤكد العميد فيدل، "لا يمكن إنشاء تسلسل هرمي بين هذه النصوص من وجهة نظر الصلاحية. تنبع قيمتها للجميع من التصويت في استفتاء عام 1958 الذي

(1) Philippe Terneyre, « Point de vue français sur la hiérarchie des droits fondamentaux », in Pierre Bon (sous la coordination de-), Etudes de droit constitutionnel franco-portugais, (Journées d'études des 9 et 10 novembre 1990, à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour), Paris, Economica, 1992, p.41. 160 د.طاجن, المصدر السابق, ص

(2) Terneyre, op. cit., p.38-41.

(3) كمال كوزير Kemal Gözler نال شهادة دكتوراه في القانون بإمتياز من جامعة بوردو بفرنسا عام 1995، وتين أستاذاً مساعداً ثم أستاذ القانون في كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية بجامعة أولوداغ منذ عام 1997. من مؤلفاته:

- Le pouvoir de révision constitutionnelle [Power of constitutional amendment], Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, 2 Volumes, 774 p
- Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu [Introduction to General Theory of Law: Question of Validity and Interpretation of Legal Norms], Ankara, US-A Yayıncılık, 1998, 245+III p.
- Kurucu İktidar [Constituent Power], Bursa, Ekin Kitabevi, 1998, XVI+192 p

(4) Kemal GÖZLER, LA QUESTION DE LA SUPERIORITE DES NORMES DE DROIT INTERNATIONAL SUR LA CONSTITUTION, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Revue de la Faculté de droit de l'Université d'Ankara), Cilt (Vol.) 45, 1996, Sayı (No) 1-4, s.195-211.

475 في نظرية التدرجية والتفوق في القواعد الدستورية مقارنة أولية/ أ. د. د. شيرزاد أحمد أمين النجار

منحهم وضعا قانونياً متساوياً⁽¹⁾

1-1-5 نقد فرضية تفوق الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 على

ديباجة دستور فرنسا لعام 1946

الحجة الأولى التي تم الاستشهاد بها لصالح هذا التفوق كانت تستند إلى الطابع المطلق وغير القابل للتقادم للحقوق التي أعلنها الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان 1789. يلاحظ الباحث تييرري دي مانو⁽²⁾، إن هذه الحجة ترقى فعلياً إلى إدخال القانون الطبيعي في النظام القانوني من خلال تنظيم تسلسل هرمي داخل الكتلة الدستورية التي على رأسها مبادئ غير ملموسة⁽³⁾.

أما بالنسبة للحجة الثانية، والتي تركز على الطبيعة التكميلية لديباجة دستور عام 1946، كما يوضح العميد فيدل بحق، "حقيقة أن ديباجة دستور عام 1946" تؤكد "و" تكمل "إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام 1789 ولكن لا تمنع المكون من تحديد ما تتكون منه هذه الملاحق بشكل إيجابي، ولا يمكن لأي سلطة إزالة أي من هذه الإضافات أو إبطالها. قد تكون هناك مشكلة في تفسيرها، ولكن ليس في صحتها. هاتان وجهتا نظر مختلفتين⁽⁴⁾"

2-1-5 نقد فرضية أسبقية ديباجة دستور فرنسا عام 1946 على إعلان حقوق الإنسان

والمواطن الفرنسي لعام 1789

لتبرير هذه الفكرة تم طرح حجتين:

• **الحجة الأولى** تركز على تطبيق مبدأ القاعدة اللاحقة. وعليه، فإن ديباجة دستور عام 1946، باعتبارها نصاً أحدث، يجب أن تكون لها الأسبقية على إعلان حقوق الإنسان

(1) Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », op. cit., p.52

(2) تييرري دي مانو Thierry Di Manno، أستاذ القانون، عميد فخري لكلية الحقوق - جامعة تولون، من مؤلفاته:

- Le recours au droit comparé par le juge, Bruylant, 2014, A la croisée des droits, 266 p
 - « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, N° 20, 2006, pp. 135-149
 - Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office (Collection Droit public positif) (French Edition) Jan 1, 1994
- (3) Thierry Di Manno, Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994, p.147
- (4) Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », op. cit., p.61.

والمواطن لعام 1789، الذي هو النص الأقدم. ومع ذلك، كما أوضح العميد جورج فيدل، فإن قاعدة القانون اللاحق لا تنطبق على فترة ما بين إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 وديباجة دستور عام 1946، مع أنه تاريخياً، من الواضح أن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 يسبق صدور ديباجة دستور عام 1946، ومن الناحية القانونية تم سنه في القواعد التي تشكل جزءاً جوهرياً من الدستور الفرنسي لعام 1958 في وقت واحد، ولم يكن تأثيره بمرور الوقت لصالح أحدهما أكثر من الآخر، كما يؤكد ذلك البروفيسور دومونيك روسو.⁽¹⁾

• الحجّة الثانية تدرع بها فرانسوا لوتشاير والتي تنص على أن "المبادئ الضرورية بشكل خاص لعصرنا يجب أن تسود على المبادئ الآتية من أوقات أخرى".
أن الفكرة أعلاه حول الأسبقية التدرجية بين النصوص الدستورية التي تشكل الكتلة الدستورية لم يقرها القاضي الدستوري في فرنسا مطلقاً. وكما يشير العميد لويس فافوريو، "تمت تسوية الخلاف من قبل المجلس الدستوري في القرار الصادر في 16 يناير 1982: إعلان حقوق الإنسان والمواطن 1789، ديباجة عام 1946 ودستور عام 1958 تم وضعها على قدم المساواة منذ تأكيدهما أو اعتمادهما من قبل الشعب الفرنسي في استفتاء 28 سبتمبر 1958: لا يوجد تسلسل هرمي بينهما"⁽²⁾. هذا التحليل مدعوم أيضاً من قبل الفقيه فيدل الذي يؤكد أن "... الإعلان يحتفظ بكامل قوته القانونية. لكن لا يوجد في القرار ما يشير إلى أن هذه القوة ستكون أكبر من أحكام ديباجة عام 1946. النصان على قدم المساواة"⁽³⁾. لكن قبل كل شيء، لم يؤكد الفقه اللاحق للمجلس الدستوري أبداً الفرضية القائلة بوجود تدرجية بين النصوص الدستورية التي تشكل الكتلة الدستورية⁽⁴⁾.

في هذا الإطار يُعَلِّق العميد جورج فيدل مايلي:

"لإعلان 1789 وديباجة دستور عام 1946، في القانون الدستوري الوضعي، قيمة مساوية تماماً لقيمة الأحكام الأخرى للدستور. في حالة حدوث تعارض، سيكون هناك مجال لتفسير القواعد، وليس التصنيف التدرجي بينها، وأن أي تأكيد من شأنه أن يؤدي إلى

(1) د. طاجن، المصدر السابق، ص 162

(2) Favreau, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », op. cit., p.37.

(3) Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », op. cit., p.57.

(4) Genevois, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, op. cit., p.198.

477 في نظرية التدرجية والتفوق في القواعد الدستورية مقارنة أولية/ أ. د. د. شيرزاد أحمد أمين النجار

البناء من الصفر ودون أي إشارة إلى القانون الوضعي سيكون بمثابة... نظرية... تعسفية وذاتية بحتة⁽¹⁾.

2-5 نقد فكرة وضع تدرجية بين الأحكام الدستورية المختلفة

أن النقد العام الموجه للفكرة التي تطرح تدرجية بين النصوص المكونة للكتلة الدستورية يمكن أيضاً توجيهه للفكرة التي تطرح تدرجية بين القواعد المختلفة التي تشكل جزءاً من هذه النصوص، وأنه إذا كان هناك تسلسل هرمي بين القواعد الدستورية المختلفة، فيجب أن تستمد صلاحيتها من بعضها البعض.

ففي فرنسا فإن جميع المعايير ذات القيمة الدستورية تستمد صلاحيتها من فعل واحد وفريد: الاستفتاء التأسيسي لعام 1958.

وعليه، فإنه لا يمكن إنشاء تدرجية بين المعايير المختلفة ذات القيمة الدستورية حيث يتم سن جميع القواعد الدستورية من خلال نفس التصويت ويمكن تعديلها أو إلغاؤها وفقاً لإجراء المراجعة نفسه. لذلك فهي لا تختلف عن بعضها البعض سواء في الصلاحية أو في القوة القانونية⁽²⁾.

1-2-5-2 نقد أطروحة تفوق الأحكام الدستورية المتعلقة بجوهر الحقوق الأساسية (أطروحة وجود حقوق أساسية من الدرجة الأولى)

أن النقاش حول التدرجية بين الحقوق الأساسية هو في الواقع امتداد للنقاش حول التدرجية بين إعلان حقوق الإنسان والمواطن عام 1789 وديباجة دستور عام 1946. وقد تفاقم هذا النقاش بسبب غموض قرار المجلس الدستوري الصادر في 16 يناير 1982 بشأن التأميمات⁽³⁾، والذي تحول إلى قرار بشأن التسلسل الهرمي بين الحقوق الأساسية⁽⁴⁾.

بعض الباحثين يرون أن هناك تدرجية بين الحقوق الأساسية وفقاً لمحتواها. إذن، هناك حريات من المرتبة الأولى والثانية. وفي حالة التعارض، فإن الأحكام الدستورية المتعلقة بالحقوق الأساسية من المرتبة الأولى يجب أن تكون لها الأسبقية على غيرها. وبالتالي، يجب ألا تتعارض القاعدة المنصوص عليها في قانون المراجعة الدستورية مع

(1) Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », op. cit., p.54.

(2) Ibid

(3) C.C., n°81-132 DC du 16 janvier 1982, Nationalisations, Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, p.18.

(4) Terneyre, op. cit., p.41

قاعدة للحقوق الأساسية من الدرجة الأولى. في إطار هذا المفهوم، تشكل القواعد الدستورية المتعلقة بالحقوق الأساسية من الدرجة الأولى حدوداً وتقييداً للمراجعة الدستورية. بعبارة أخرى، في هذا المفهوم، ستكون الحقوق الأساسية من المرتبة الأولى خارج نطاق سلطة المراجعة الدستورية.⁽¹⁾

بعض الباحثين في هذا الاتجاه الفكري لا يؤكدون على وجود تدرجية رسمية بين مكونات الكتلة الدستورية، بل يؤكدون على إنشاء تدرجية قانونية مناسبة، واستخلاص نتيجة قانونية هي: أن الحقوق الأساسية تفلت من أي محاولة للمراجعة الدستورية. وهنا يوضح البروفيسور دومينيك روسو⁽²⁾ أنه وراء ظهور التسلسل الهرمي المادي الصارم، تقدم هذه النظرية أو تعيد تقديم تمييز رسمي. في الواقع، ترقى التصنيفات المختلفة... إلى الاعتراف بأولوية المبادئ أو لبعض الحقوق الناتجة عن إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 على تلك الموجودة في ديباجة دستور عام 1946 والتي تكون دائماً ثانوية⁽³⁾.

أن مثل هذه التدرجية سيتضمن بالضرورة تصميماً مادياً للدستور. ومع ذلك، ففي القانون الفرنسي، يتم الاحتفاظ بالمفهوم الرسمي. وفي هذا المفهوم، المهم هو شكل الأحكام وليس مضمونها. وبالتالي فإن جميع أحكام الدستور لها نفس القيمة القانونية مثل القواعد الواردة في نفس النص. وبالتالي، فإن مراجعة حكم يتعلق بحرية من الدرجة الأولى لا تتطلب إجراءً يختلف عن الإجراء الذي ينظم حرية المرتبة الثانية.

(1) GÖZLER، op. cit.، p.86، د. طاجن، المصدر السابق، ص 169

(2) دومينيك روسو Dominique Rousseau أستاذ القانون العام (الدستوري) في كلية الحقوق بجامعة السوربون، باريس 1 بانثيون سوربون. عضو في المعهد الجامعي الفرنسي، خبير في وكالة تقييم البحث في التعليم العالي، عضو سابق في المجلس الأعلى للقضاء (2002-2006)، رئيس المجلس العلمي للجمعية الفرنسية لخريجي الدستور، عضو في المجلس العلمي للأكاديمية الدولية للقانون الدستوري، عضو اللجنة العلمية لمجلة Droit Public، محرر المجلة متعددة التخصصات " Actes de Savoires " (مراجعة المعهد الجامعي الفرنسي الذي تنشره Presses Universitaires of France)، من مؤلفاته:

- Six thèses pour la démocratie continue, Odile Jacob, 2022, 170 p
- Les états d'exception, un test pour l'État de droit, Lextenso, 2021, 315 p.
- Droit du contentieux constitutionnel, LGDJ-Lextenso éditions, 2013, 10e éd., Domat droit public, 584 p
- La question prioritaire de constitutionnalité, Gazette du Palais et de Lextenso, 2012, 2e éd., Guide pratique, 259 p

(3) Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, op. cit., p.112

ينتقد جان إيف شيرو⁽¹⁾ مفهوم التدرجية المادية الذي قدمه برونو جينيفوا بقوله: "الاختلاف في الحماية التي يمنحها القاضي للحقوق ذات القيمة الدستورية يرجع فقط إلى الاختلافات في محتوى القواعد الدستورية التي تضمن هذه الحقوق والحريات. حقيقة أن الدستور يحمي الحريات لا يعني بالضرورة أنها كلها محمية على قدم المساواة. وبالتالي، فإن التدرجية بين الحقوق والحريات وفقاً لدرجة الحماية التي تتلقاها لا يعادل التدرجية بين القواعد الدستورية"⁽²⁾.
ولكن إذا كان هناك تعارض بين الحقوق الأساسية، كما أشار العميد فيدل، فستكون هناك حاجة إلى التوفيق بينها، وليس إنشاء تصنيف هرمي بينهما⁽³⁾.
يلاحظ البروفيسور دومينيك روسو عدم الاتفاق على قائمة الحقوق الأساسية من المرتبة الأولى بين مؤيدي هذا الاتجاه في التدرجية.
البروفيسور برونو جينيفوا وضع في قمة التدرجية كل من: الحرية الفردية، حرية الرأي والضمير، وحرية الصحافة⁽⁴⁾. البروفيسور لويس فافوريو يشطب حرية الرأي والضمير من قائمته، لكنه يضيف حرية تكوين الجمعيات وحرية التعليم⁽⁵⁾؛ بينما البروفيسور دومينيك توربين يضع في قائمته جميع الحقوق الطبيعية وغير القابلة للتقادم للإنسان والحرية والملكية والأمن ومقاومة الاضطهاد⁽⁶⁾.

5-2-2 نقد فرضية تفوق القواعد الدستورية المتعلقة بالسيادة الوطنية

أثناء مناقشة التصديق على معاهدة ماستريخت ومراجعتها عام 1992، نوقشت مسألة ما إذا كانت التدرجية بين أحكام الدستور تؤثر على مبدأ السيادة الوطنية. وكان الهدف هو إظهار أن هذا المبدأ يقع خارج نطاق سلطة المراجعة الدستورية، وأن أحكام الدستور

(1) جان إيف شيرو Jean-Yves Chérot أستاذ القانون العام بجامعة إيكس مرسيليا. وهو متخصص في النظرية القانونية والقانون الاقتصادي العام وقانون الاتحاد الأوروبي. من مؤلفاته:

- trouve Le comportement parlementaire (Economica, 1984),
- Les aides d'Etat dans les communautés européennes (Economica, 1998),
- Droit public économique (2e éd., Economica, 2007).

(2) GÖZLER, Ibid

(3) Vedel, « La place de la Déclaration de 1789... », op. cit., p.54, 57-61; ID, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », op. cit., p.85.

(4) Gazier, Gentot et Genevois, « La marque des idées et des principes de 1789... » op. cit., p.181.

(5) Favoreu, « Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel », op. cit., p.37.

(6) Turpin, Contentieux constitutionnel, op. cit., p.86-87.

المتعلقة بالسيادة الوطنية لها قيمة أعلى من غيرها، وأن هذه الأحكام " لا تخضع لما تخضع له القواعد الدستورية من إمكانية التعديل، فالسلطة التأسيسية المنشأ لا تستطيع بحال تعديل القواعد المتعلقة بالسيادة الوطنية، لأنها من القيود فير المنصوص عليها للتعديل".⁽¹⁾ عليه، " توجد في الدستور مبادئ جوهرية لا يمكن المساس بها، من بينها مبدأ السيادة الوطنية، لأن هذه السيادة ما هي إلا مبدأ يتمتع بقيمة أعلى من القيمة الدستورية العادية"⁽²⁾، وهذا يعني، أن هناك في الدستور تدرجية بين قواعده على أساس من تعلق القاعد بمبدأ السيادة الوطنية.⁽³⁾

إن مبدأ السيادة الوطنية مبدأ ذا قيمة دستورية ناتجة عن المادة 3 من الدستور الفرنسي⁽⁴⁾. وفي التصميم الرسمي للدستور، يؤكد البروفيسور كوزلر، لا يمكن أن يكون لمادة في الدستور قيمة أعلى من مواد أخرى من نفس الدستور. لذلك يمكن مراجعته مثل جميع مواد الدستور الأخرى بواسطة سلطة المراجعة الدستورية. وبالتالي فإن المادة التي تنظم السيادة الوطنية ليست عنصراً غير قابل للمساس بها في الدستور ولا تشكل حداً وتقييداً للمراجعة الدستورية⁽⁵⁾. لذا نتساءل: هل أن الأحكام والقواعد الدستورية التي هي بمنأى من تدخل سلطة المراجعة الدستورية، تحتل مرتبة أعلى في التدرجية الدستورية؟

(1) د. طاجن، المصدر السابق، ص 174

(2) نفس المصدر أعلاه ونفس الصفحة

(3) نفس المصدر أعلاه ونفس الصفحة

(4) المادة (3) من الدستور الفرنسي 1958

السيادة الوطنية ملك للشعب يمارسها عن طريق ممثليه بواسطة الاستفتاء.

ولا يجوز لأي فئة من الشعب أو لأي فرد أن يستأثر بحق ممارسة السيادة الوطنية.

يمكن أن يكون الاقتراع مباشراً أو غير مباشر وفق الشروط المنصوص عليها في الدستور. ويكون دائماً عاماً وعادلاً وسرياً.

وفق الشروط المحددة في القانون، يعتبر ناخباً كل مواطن فرنسي بلغ سن الرشد من الجنسين ويتمتع بحقه المدنية والسياسية

(5) GÖZLER, Ibid

العديد من الدساتير تنص على عدم إمكان المساس بعدد من المواد الدستورية⁽¹⁾ لذلك يبرز تساؤل مهم وهو: هل أن تلك المواد لها قيمة أعلى من الأحكام أو المواد الأخرى في الدستور؟

بعض الباحثين يردون بالإيجاب، وهم يفضلون مسبقاً وجود تدرجية بين المواد الدستورية غير القابلة للمساس بها والمواد الدستورية الأخرى. لأن الدستور نفسه هو الذي ينص على استبعاد هذه الأحكام من المراجعة الدستورية. وأن الدستور نفسه يعطي قيمة أعلى لتلك المواد مقارنة بغيرها. لذلك يتم الحديث عن "التسلسل الهرمي الرسمي" أو "التسلسل الهرمي الإيجابي"، لأنه، في هذه الحالة، "قواعد الدستور المكتوبة والصريحة هي التي تؤسس علاقة هرمية بين أحكامه". ففي إيطاليا، على سبيل المثال، لعبت المحكمة الدستورية الإيطالية دوراً مهماً في ترسيخ هذا التوجه، ففي الحكم الصادر عنها عام 1988 أفادت بأن الدستور الإيطالي الصادر عام 1947 يتضمن بعض المبادئ العليا التي لا يمكن نقضها أو تعديلها...⁽²⁾.

تناول رومان هرتسوغ Roman Herzog، رئيس المحكمة الدستورية الألمانية، هذه المسألة في المؤتمر الثامن للمحاكم الدستورية الأوروبية المنعقد في انقرة ما بين 7-10/5/1990 وأفاد بأنه: "ليس من المنطقي بالضرورة اشتقاق تفوق معيار من طابعه غير الملموس؛ ولكن من ناحية أخرى، لا يمكن للمرء أن يستبعد بالضبط من حظر المراجعة الفكرة القائلة بأن المكون قد أعطى أهمية خاصة لهذه المعايير وبالتالي رفعها إلى مرتبة معينة"⁽³⁾.

هنا نتساءل ما إذا كانت هناك علاقة صلاحية قانونية بين الأحكام غير قابلة المساس بها وأحكام الدستور الأخرى. في رأي البروفيسور كوزلر، لا توجد هذه العلاقة بين هذه الأحكام، لأن كلا النوعين من الأحكام لهما نفس الأصل. إنهم لا يستمدون صلاحيتهم من بعضهم البعض⁽⁴⁾. فعلى سبيل المثال، فإن الصلاحية القانونية لعدم المساس بالشكل

(1) مثلاً: المادة 89 من دستور فرنسا 1958 المعدل في الفقرة 5 تنص على " ولا يجوز تعديل الطابع الجمهوري للحكومة."؛ والمادة 79 من القانون الأساسي الألماني 1949 تحظر تعديل المادتين 1 و20 منه.

(2) GÖZLER, Ibid

(3) GÖZLER, Ibid

(4) GÖZLER, Ibid

الجمهوري والأحكام الأخرى للدستور الفرنسي لعام 1958 نتجت عن الاستفتاء التأسيسي لعام 1958. وكذلك، فإن صلاحية المادتين 1 و20 من القانون الأساسي الألماني والمواد الأخرى من القانون الأساسي الألماني ناتجة عن نفس القانون التأسيسي لعام 1949. وبعبارة أخرى، لا تستمد المواد الأخرى من القانون الأساسي الألماني صلاحيتها من المادتين 1 و20. باختصار، يؤكد البروفيسور كوزلر، فإن الأحكام غير القابلة للمساس بها هي لا تتفوق على مواد الدستور الأخرى. والحجة هنا هي أن البروفيسور كوزلر عرّف التدرجية الدستورية بالصلاحية وليس بصفة المادة كونها غير قابلة للمساس بها. وهكذا وبالنسبة للبروفيسور كوزلر لا يوجد بأي حال من الأحوال تدرجية بين القواعد الدستورية. وبالتالي، فإن حدود المراجعة الدستورية التي أنشأتها العقيدة على أساس تلك التدرجية بين القواعد الدستورية لا تشكل حدوداً أو قيداً للمراجعة الدستورية.⁽¹⁾

6- الاستنتاج

إن المناقشات حول نظرية تدرج القواعد الدستورية التي تؤكد وجود تدرجية ما بين القواعد الدستورية لاتزال مستمرة ومحتمة وأن كل طرف (المؤيد أو الرفض) ما زال متمسكاً بأطروحاته الفكرية، ولكن من الناحية التطبيقية يلاحظ وجود تدرجية ما بين القواعد الدستورية بحيث أن هناك مواد دستورية هي بمنأى من المساس بها وتعديلها أو إلغائها إلا إذا تم إلغاء الدستور برمته بطريق الثورة أو المراجعة الشاملة.

(1) GÖZLER, Ibid

وتارهكان بهزمانى كوردى

Articles in Kurdish

امقالات باللغة الكوردية



خوئندنه وهيهك بۆ بېريارنامهى ژماره (2250) ی نهتهوه يهگرتوو هکان و
رۆلى گهنجان له پرۆسهى ناشتيدا

قراءة لقرار رقم (2250) للأمم المتحدة ودور الشباب في عملية السلام

The review of SC resolution No. 2250 and role of youth in peace process

کرمانج عوسمان

راویژکاری وهزارهتی داد / حکومهتی ههریمی کوردستان – عێراق

Kermanj Othman

Advisor to the Ministry of Justice / Kurdistan Regional Government - Iraq

کرمانج عثمان / مستشار وزارة العدل / حكومة إقليم كوردستان - العراق



خویندنه و هیهک بۇ برپاری ژماره (2250) ی نهتهوه یهگرتووهکان و رۆلی لاوان له پرۆسه ی ناشتی:-

کرمانج عوسمان / راپوژکاری و مزارهتی داد

ئهنجومهنی ناسایشی نهتهوه یهگرتووهکان بهکۆی دهنگ برپاری ژماره 2250 له 2015/12/9 تایبته به رۆلی لاوان له پرسى ناشتی و ناسایش پهسندکرد، له روانگه ی گرنگی برپارهکه و هاوکاری دامهزراوهکانی حکومهت پهیوهست به پرسى لاوان و ریکخراوهکانی لاوان و کۆمهلگه ی مهدهنی له پرسى لاوان له کۆمهلگا تاوهکو له سیاسهت و بهرنامه داریزى داهاوو لهسه ناستی ههریم کاری بۇ بکریت. و بههوی بهشداری بهنده له پرۆسه ی نامادهکاری ئه و برپاره که ئه و کات وهک نوینهری لاوان بهشیک بووم له چالاکیهکانی لاوان له نهتهوه یهگرتووهکان له شارى نییۆرک بویه بهگرنگم زانی خویندنه و هیهک به زمانى خوجی بۇ ئه و برپاره بکه م.

سه رهتا، پیناسه ی کورت و کلاسیکی ناشتی، بریتیه له نهبوونی شه ر. واته ههر کاتیک شه ر نهبوو و دهنگی توپخانهکان و تفهنگهکان کپ کران ئه و ناشتی ههیه و شه ر کۆتایی پیهاتوو، بهلام له راستیدا ئه و پیناسه کلاسیکیهکه ی ناشتی بۇ سه ردهمی ئیستا ناگونجیت چونکه راسته که شه ر نه بیت ناشتی ههیه بهلام بیرۆکه و بیردۆزه ی ناشتی وهکو ههر زانستیکی تری مرۆفایهتی گورانکاری بهسه ر داهاوو و له به ره و پیش چوون دایه، له دونیای سه ردهمدا له گه ل ناشتی کلاسیکی نه بوونی شه ر، ناشتی ته ندروستی و ناشتی کۆمه لایهتی و ناشتی ئابووریش گرنکه، به نموونه بلاوبونه وهی یهک فایرۆسی کوشنده له وانه یه ببیته هوی نهامهتی بۇ مرۆفایهتی و تیکدانى ناشتی کۆمه لگا وهک کۆفید 19 له جیهان، یان له کیشوهری ئه سمه ری ئه فریقیا ناشتی ته ندروستی به پله ی یه که م دیت و دوینی ئیدز و له ئه مرۆشدا ئیبولا کیشه ی بۇ دروست کردوون، یان کاتیک باس له ناشتی کۆمه لایهتی ده که ین له ئیستادا توندوتیزی خیزانی به هه ره شه بۇ سه ر کۆمه لگا داده نریت، بۇ نموونه له کۆمه لگاکانی دوا ی شه ر، به رقه رار بوونی ناشتی کۆمه لایهتی یه کیکه له ئه رکه قورسه کان، یان ناشتی ئابووری به نموونه له وولاتانی پیشکه وتووی وهک ئه مریکا و ئه وروپا مه ترسی له سه ر ناشتی کۆمه لگا بریتیه له ته نگزه ی ئابووری و له ده ست دانى کار و بیکار بوون، بویه ده بیین که ناشتی ئابووری به پله یه ک دیت له و وولاتانه، که واته بۆمان ده رکه وت ناشتی کلاسیکی بریتیه له

ئاشتی نەبوونی شەر و تەهنگ بەلام ئاشتی بە تیگەیشتی ئیستا بریتیه له ئاشتی لەسەر هەموو ئاستەکان. بۆیه ئاشتی بەسەر دوو جۆردا دابەش دەبێت، یەكەمینیان بریتیه له ئاشتی پۆزەتیف، واتە ئاشتیەك كهوا درێژخایەن بێت و بە تەواوی بنرێ شەر بکات، بەنموونە پەیماننامەى ئاشتی فیستقالیا له کیشوهرى ئەوروپا كه تا رادهیهکی باش هۆکاری بەرقەرار بوونی ئاشتی و ئەو خۆشگوزەرانیهی ئەورۆ هاوولاتیانی یەکییتی ئەوروپا تیدا دەژین، بۆیه وولاتان و کۆمەلگای مرۆفایهتی بە هیواى ئەو جۆرهی ئاشتین كه هەمیشە له بەرقەراری دابن هەرۆك له پەیماننامەى نەتەوه یەكگرتووەکانیش ئەوه بە روونی ئامازەى بۆ کراوه، جۆرى دوومهى ئاشتی بریتیه له ئاشتی نیگەتیف واتە بوونی ئاشتی بەمانای ئاگر بەست و ئاشتیەکی کاتیی كه بریتیه له ئاشتی کۆمەلگا بەلام بۆ ماوهیهکی کاتیی، زۆر جار له ماوهی ئاگر بەست ئەو جۆره ئاشتیە بەرجهسته دەبێت بەلام ئەگەری گەرانەوهی شەر هەمیشە له ئارادایە. زۆربەى بیرمەندانی بواری ئاشتی ئەو جۆرهی ئاشتیە بە باشتەر دادەنین لهوهی ئاشتی هەر نەبێت لەسەر بنەمای بوونی باشتەر له نەبوونی تاوهکو دەرفەت برەخسیت بۆ دانوسان و کۆبونەوه و گەشتن بە ئاشتیەکی پۆزەتیف و بەردەوام. لەبەر ئەوهی بیرۆکه و زانستی ئاشتی گۆرانکاری بەسەر داهاتوہ بۆیه شەریش گۆرانکاری بەسەر داهاتوہ، بۆ نموونە له کۆن شەر له نیوان وولاتان و ئیمپراتۆرەکان رووی دەدا بەلام ئیستا زیاتر شەرله ناو وولاتان پروودەدات ئەوهی ناسراوه بە شەرپ ناوخۆ، یان کاتی خۆی بەرەکانی جەنگ دیار بوو له نیوان لایەنەکان بەلام ئەمڕۆ شەر له کوچە و کۆلانەکانە و هەموو شوپنیک دەکریت ببیتە بەرهی جەنگ هەرۆك بینیمان له هیرشەکانی سەر پاريس و کوردستان و زۆربەى وولاتانی تر. روون و ئاشکرایە كهوا شەر تەنها شەر بەرپا دەکات و چارەسەرى پینیه بە واتای شەر بە رینگا چارەسەر هەژمار ناکریت بۆ چارەسەرى ناکۆکیەکان و مەملانییەکان، بەلکو چەندین رینگا تری ئاشتی هەیه كه لاوانی کوردستان گرنگە زانیاری و شارەزایی باشیان لەسەر هەبێت وەك ئامرازەکانی دانووسان و گفتوگۆکردن، نیوهندی کردن، دادگاگان (ناوخۆ یان نیوئەولەتی)، لیژنەکانی دەرخستنی راستیهکان و چەندین رینگا تری ئاشتیانە. هەر کۆمەلگایهك كه بەشەردا تیدەپەریت و دەگاتە قۇناعی ئاشتی جا چ ئاشتی پۆزەتیف یان نیگەتیف بێت ئەوا بە پرۆسەیهکی ئاشتی تیدەپەریت كه له روانگەى ئیمهوه خراوتە روو ئەو کاتەى وەك لاویك دەرفەتی ئەوهم بۆ رەخسا كه بۆ ماوهی 2 سال نوینەرى لاوان بکەم بۆ نەتەوهیەكگرتوہکان

له گهڵ شاندی لاوانی جیهانی ناشتی پارێز له شاری نییۆرک که کارمان کرد بۆ دهرکرنی بریاری ژمارى 2250 ی ئەنجوو مەنى ئاسایشی نەتەوە یەگگرتو هەکان سەبارەت بە لاوان و ناشتی. پڕۆسەى ناشتی له هەر کۆمەلگایەك چوار (4) قۇناغە، که هەر قۇناغێك کۆمەلێك کار و ئەرك و داواکاری خۆی هەیه، قۇناغی یەكەم وەك سەرەتا بە قۇناغی دروست کردن یان بونیاد نانی ناشتی دەست پێدەكات واته (Peace Building) یان (peacemaking) وە قۇناغی دووهم بە بەرپۆهەبردنی ناشتی واته (peace management) دەست پێدەكات و قۇناغی سێیەم بە قۇناغی ناشتی بەردەوام دەست پێدەكات که (sustainable peace) دواتر گەیشتن بە دوا قۇناغ که بریتیه له ئاگادار کردنەوهی پێشوەختە واته (emergency preparedness) وە له هەموو ئەو قوناغانەى سەرەوه لاوانی کوردستان دەتوانن پۆل و کاریگەری باشیان هەبیت له پڕۆسەى ناشتی له رێگای بەشدارى پیکردنیان له هەموو قۇناغەکانی پڕۆسەى ناشتی که لهو نووسینە زانستیه بنەما سەرەکیەکانی ناشتی که له لایەن نەتەوە یەگگرتو هەکان و بریاری (2250) مان خستۆتە روو بۆ ناشنابوونی لاوانی کوردستان.

بنەما سەرەکیەکانی ئاراستەکردنی بەشدارى لاوان له بنیاتنانی ناشتی سکریتیری گشتی نەتەوە یەگگرتو هەکان له راپۆرتی 2012 لەسەر بنیاتنانی ناشتی له دواى جەنگ جەختی کردە سەر: پڕۆسەیهکی سەرکەوتوی بنیاتنانی ناشتی، دەبیت پڕۆسەیهک بێت بگواز ریتەوه و زەمینەیهک تەرخان بکات بۆ له خوگرتنی چەندین ئەکتەری جۆراوجۆر: نوینەرەکانی ئافرەت، لاوان، قوربانییەکان، لایەنە پەراویزخراوەکان، سەرکردە ئابینییەکان و سەرکردەکانی کۆمەلگا، ئەکتەرەکانی کۆمەلگای مەدەنى، پەنابەرەکان، ئاوارەکانی ناوخۆ بۆ بەشداریکردن له دروستکردنی بریار لەسەر هەموو بوارەکانی حوکمرانی و بنیاتنانەوهی پاش مەلانی و دواى جەنگ. بەهێزکردنی پیکەرگێردان و متمانەى کۆمەلایەتی له رێگای پڕۆسەیهکی بەشداریبینیکردن و فراوانی بنیاتنانی ناشتی له کاتی مەلانی و قۇناغی گواستنەوه و دواتریش ئەمە بەر بەستتیکە، بەلام ئەرکیکی زۆر سەرەکییه. زۆریک له لایەنى پەيوەندار بە پەراویزی دەمیننەوه و له پڕۆسەکه دوور دەخرینەوه. بە کورتی، لەخوگرتن و کۆمەکی لهوانەیهی خەلکی گەنج جیگەى بایهخ و پشتگیریهکی کەم بووه له بۆ بنیاتنانی ناشتییهکی کارا.

له گهڵ ئەوهش سەرکردایەتی و رۆلی لاوان سەرچاوهیهکی دەولەمەندن بۆ رێگەگرتن و چارەسەرکردنی مەلانی، توندوتیژی و توندرووی، هەروەها سەرچاوهیهکی سەرەکییه بۆ بەدەستەپێانی ناشتییهکی بەردەوام. لاوان داھینەر و بکەری بەبەهان بۆ گۆرانکاریکردن، هاوکاری لاوان دەبیت زۆر چالاکانه پشتگیری لێبکریت، پرسیاریان لێبکریت و وەکو سەرچاوهیهکی سەرەکی بنیاتنانی کۆمەلگایەکی ناشتیخواز

و پشتگیریکردنی حوکمرانیهتی دیموکراسی و قوناعی گواستنوه چاویان لیبکریت. زیاتر لهمه، بهشداری خهکی گهنج هوشیاری و بهشداری مهدهنی و هاولاتیبونی چالاک سهردهخات. سهرخستنی بهشداری لاوان له بنیاتنانی ناشتیدا پئویستی به ریگا و ریبازی جوراوجور دهبیت:

1- ریبازیکی سهرچاوهگرتوو له مافهکانی مرؤفهوه، له ژیر بنه‌مای پهیماننامه‌ی نهتهوه یه‌کگرتوووه‌کان له‌سهر مافهکانی مندا، پهیماننامه‌ی بنبرکردنی ههموو شیوازیکی جیاکاری دژی نافرته، و پروگرامی جیهانی کردارکی له‌سهر لاوان.

2- ریبازی ئابووری که جه‌خنده‌کاته سهر لاوان وهکو سهرچاوهیهکی بنه‌رهتی بو پیشکهوتنی ئابووری ولاته‌کانیان و سهرخستنی ده‌سپینگه‌یشتنی لاوان به دهرفته ئابوورییه‌کان وهکو بنه‌مایهکی سهرهکی بو پیشکهوتنی خویان.

3- ریبازی رامیاری و کومه‌لایهتی که لاوان به کومه‌لگای ژیاری و هه‌لومهرجی رامیاری ده‌به‌سپینه‌وه و دهرفته جیاوازیان پیده‌به‌خشیت، هه‌روه‌ها راهینان و پشتگیری بو به‌شدارییهکی کارا له ژیانی گشتی.

4- ریبازی سیاسی و کلتوری که شیکردنی بو رولی گهنج له‌سهر بونیاده به‌رجه‌سته‌کان ده‌کات و پشتگیری دایه‌لوگ ده‌کات، له‌وانه دایه‌لوگی نیوان نه‌وه جیاوازه‌کان له‌سهر نه‌و بونیادانه.

بنه‌مای 'نازار پینه‌گه‌یاندن' بنه‌مایهکی بنه‌رهتییه له ههموو نمونه‌کاندا، پئویستی به هوشیاری و لابردنیکی چالاک ده‌ره‌نجامه نیگه‌تیقه‌کانه، که ده‌سپینه‌مه‌ر دانه‌کان ده‌کریت به بی‌ئاگایی نه‌و نازار پینه‌گه‌یانندن دروستی بکن. بو زیاتر خستنه سهر، ههموو به‌شدارییه‌ک ده‌بیت له بنه‌مای ئیراده‌ی نازاده‌وه سهرچاوه بگریت. نه‌و بنه‌مایانه‌ی که له خواره‌وه لیست کراون دار‌یزروان بو پیشکه‌شکردنی ریبهری بو نه‌کتره سهره‌کییه‌کان، له‌وانه حکومه‌ته‌کان، کیانه‌کانی نه‌تهوه یه‌کگرتوووه‌کان، پاره و بووجه‌ تهرخانکرده‌کان و پروگرامه‌کان، خوبه‌خشه‌کان.

نه‌و پره‌نسیپانه دار‌یزروان بو تهرخانکردنی ستراتیژیته و پروگرامی بنیاتنانی ناشتییه‌کی فراوان، نیوان نه‌وه‌کان و به‌شدارییه‌کردنی لایه‌نه‌کان، که به شیوه‌یه‌کی سیستماتیکی به‌شداری و ههماهنگی گهنج سهردهخات و ده‌پار‌یزیت له به‌ره‌سته‌کانی قوناعی ململانی که تیندا توندوتیژی به گشتی ده‌بیته ئاراسته‌تیکی ئاسایی و وهکو نۆرمیک دهرده‌که‌ویت. بنه‌ماکان به شیوه‌ی پیشینه‌یی لیست نه‌کراون، به‌لکو ههموویان وهکو یه‌ک گرنگیان هه‌یه.

یه‌که‌م: به‌شداری لاوان وهکو مهرجیکی سهره‌کی بنیاتنانی ناشتییه‌کی سهرکه‌وتوو.

1.1 پێشینهیی پیدانی بهشداریهکی مانادار، سیسته ماتیک و ریکخراوی لاوان وهکو مهرجیکی سه رهکی بهردهوامیهتی، فره له خوگرتن و سه رهکوتتی ههولهکانی بنیاتنای ناشتی. ئه مه کاتیک زور گرنج ده بێت که لاوان ریزه ی زورینه ی کومه لگا بیکهینیت.

1.2 سه رخستن و پابهندی بیرکردنهوی ئهوی که زورینه ی لاوان خهبات بۆ ناشتی و سه قامگیری ده کهن و ژمارهیهک لهوان چالاکانه بهشدارن له ههولهکانی بنیاتنای ناشتی، ته نه که مینهیهک له لاوان بهشدارن له توندوتیژی.

1.3 بهستنهوی بهشدار ی لاوان به هه موو سیکته رهکانی (کومه لایهتی، ئابووری، کلتوری، سیاسی) و ههروه ها به هه موو ئاستهکان (خیزان، قوتابخانه هوکمرانی ناوخیی، هه ریمایهتی و نیشتمانی).

1.4 سه رخستنی دهستپێشخه ربیهکی هه ماههنگ، درێژخایه ن و بهردهوام بۆ لاوان و له گه ل لاوان، له وانه دهستپێشخه ربی هاوبهش، و دورخستنهوی پرۆژه کورت خایه نهکان که ته نه خزمهت به که مێک له چینی کومه لگا ده گه یه نیت.

دووهم : به ها و سه رچاوه گرتنیک له فره یی و نه زمونهکانی لاوان

1.2 دانپێدانانی ئهوی پێناسهکانی لاوان جیاوازی و به گویره ی هه ل و مه رجه کومه لایهتی، کلتوری و سیاسیهکان ده گۆریت. ههروه ها هه ولدان بۆ تیگه یشتن له هه ل و مه رجه لوکالی و نیشتمانییهکان که خه لک تیایدا ده ژین.

2.2 به هادانان بۆ فره یی له نیوان لاوان و پێشخستنی ستراتیژی ته ئامانجدار مهکان بۆ بهشداریهی کردن و له خوگرتنی خه لکی گه نج و لاو له باکگراواندی جیاوازه وه، جیاوازییهکان له ته مه ن، جێندهر، ره گه ز، کلتور، ئایین، چین، خویندن، پێگه کومه لایهتییهکان، شوینی نیشه جیبوون (شاری/لادیی)، روانگه ی سیکسی، توانا جهسته یی و رۆشه نبیره ییهکان، بهرژه وهندییهکان هه موو ده بێت به هه زده وه له بهرچاو بگه رێدریت.

2.3 بهشداریهی کردنی ئه و لاوانه ی که به زهحمهت دهستمان پێیان ده گات و ئه وانه ش که ده گه رینه وه بۆ ئه و گروپانه ی که به شیوهیهکی نه گونجاو کهوتونه ته ژیر کاریگه ربی مملانیوه، وهکو لاوه که مئه ندامهکان و ئه و گه نجانیه ی له که مینهکان و گروپه ره سه نهکان.

2.4 ئه نجامدانی چه نده هه ولکی دیاریکراو بۆ دهستگه یشتن به گه نجه پهراویزه خراوهکانی نیو هه موو گروپهکان؛ وا داده نیت که دهسته بژیره گه نجهکانی نیو کومه لگای مه دهنی نوینه رایهتی ئه وان ده کهن.

2.5 پشته گیری کردنی لاوان و ئه و ریکخراوه نه ی که لاوان تیایدا سه رکر دایه تی ده کهن بۆ رهنگدانه وه ی جو ره کانی له خوگرتن و دوورخستنه وه و پێشوه خته کار بکه ییت بۆ نه هیشه ننی جیاکاری، که زور جار هۆکار و رهگ و ریشه ی مملانییه و ده بیه ته هۆکاری

توندره قوی.

2.6 ریزگرتن له ئەزمونی لاوان، ئەو گەنجانەش که بەشداربوونە له مەملانی، و ئەنجامدانی چەند هەولێکی تاییەت بۆ رینگەخۆشکردن بۆ بەشداربێهکی کارای لاوان که زۆر هەستیاری بۆ چوونیان بۆ نێو گروپە چەکدارەکانەوه و هەروەها هەستیاریش بۆ تێوهگلان له توندوتیژییەوه.

سێیهەم: هەستیاری بە بەرامبەر داینامیکە جێندەرەبێهکان

3.1 له کاتی مەملانی دەبێت خۆ بە دووربگیردریت له گریمانەیی وینەیی هەزری (الصورة النمطية) دەبارەیی رۆل و رامانەکانی کچان، کورەکان، ئافرەتی لاو، پیاوی لاو و ئەو گەنجانەیی رەگەزی خۆیان گۆریوه.

3.2 ناساندنی چەند گازاندەبێهکی دیاریکراو یان بەرەتەستکارەکان که خەلکی گەنج رەنگە هەیان بێت له ئاکامی مەملانی و توندوتیژییدا، وه زۆربەیی جار ئەو ئەزمونانە به جێندەریکراون.

3.3 دیاریکردنی ئەو ستراتیژیەتانی که رینگەدەدەن دەستت بگات بە ئافرەتە گەنجەکان، بۆ بەشداربێهکردنیان و دروستکردنی زەمینەبێهکی ئارام بۆ کۆمەڵە پرس و نینگەرانییەکی دیاریکراو و پالێشتنیکردنی دەستپێشخەری و هەولەکانیان.

چارەم: رینگەدان بە خاوەندرایەتی، سەرکردایەتی و بەرپرسیاریەتی خەلکی لاو له بنیاتنانی ناستیدا.

4.1 دەستپێشاندنی و دۆزرینەوه و ئەو گەنج و ریکخراوانەیی که گەنج سەرکردایەتی دەکات و بەشدارن له هەولەکانی بنیاتنانی ناستی، لێیانەوه فیر ببین و پشتیگیرییان لێ بکەردریت.

4.2 رەخساندنی دەرفەت بۆ بەشداریی بەرەوامی لاوان، و هەروەها بۆ خاوەنداری و سەرکردایەتی له میکانیزمە لۆکالی، نیشتمانی، هەرنیامەتی و نێودەولەتییەکان بۆ رینگەگرتن، بەرپۆهبردن و چارەسەرکردنی مەملانی و پاراستنی ناستی.

4.3 پتەوکردنی متمانە و پشتگیریکردنی دابەشکردنی دەسەلات له نیوان دروستکەرانی بریار و خەلکی لاو، بەتایبەتی له رینگای دایهلوگی نیوان نەوه جیاوازهکان و ئەو رەهینان و چالاکییانەیی که سەرچاوهی گرتووه له بنیاتنانی متمانە به لاوان.

4.4 کارکردن لهگەڵ ئەو گەنجانەیی که کاریگەرییان هەیه له نیوان هاوریکانیان و پتەوکردنی هونەرەکانی سەرکردایەتیان، له هەمان کاتدا دانیابوون له بەشداریی گەنجە پەراویزخراوهکان.

4.5 رینگەخۆشکردن بۆ دانانی فیدبەک و پەيوەندیکردن بۆ ئەوهی وا له سەرکرده گەنجەکان بکەرت بەرپرسیار بن بەرامبەر هاوریکانیان، کۆمەڵگاکانیان و هاوبەشەکانیان.

پینجهه: نازار نه‌دان

5.1 تهرخانکردنی ژینگه‌یهکی هاندر و ئارام له رووی جهسته‌یی، کۆمه‌لایهتی و هه‌ستکردنهوه بو به‌شداریکردنی لاوان له چالاکیه‌کانی قوناغی پاش مملانی و بنیاتانی ناشتی.

5.2 ناگاداربوون لهو شوکته‌ی که زۆربه‌ی لاوان به‌هۆیه‌وه نالاندووینه، پیشکه‌شکردنی زهمینه‌یهکی ئارام بو هاوبه‌شپیکردنی ئەزمونه‌کانیان، له‌وانه ده‌ستگه‌شتن به‌پشتگیری ده‌روونی و دادگا و خزمه‌تگوزاری تر بو چاککردنه‌وه‌یان و دووباره له‌خۆگرتنه‌وه‌یان.

5.3 وریایی دابه‌شبوونه‌کان و نایه‌کسانیه‌کانی نیوان گه‌نجه‌کان، هاوکاره‌کانیان و کۆمه‌لگاکانیان بیت، خۆی به‌ دووربگیریت له‌ قوولکردنه‌وه‌ی ئەو دابه‌شبوون و نایه‌کسانیه‌کان و هه‌روه‌ها له‌ دروستکردنی وینه‌ی هزری (الصورة النمطية)، یا دروستکردنی بارودۆخیکی زهممه‌ت و مه‌ترسیدار بو لاوان له‌ پێش و له‌ کاتی و دوا‌ی به‌شداریکردنیان.

5.4 دلنیا‌بوون له‌وه‌ی ئاسانکاره‌کان (Facilitators) به‌ شیوه‌یهکی تایبه‌ت راهینانیان پیکراوه‌ بو جار هه‌سهرکردنی ده‌مه‌قالی و بارودۆخه‌ زهممه‌ته‌کان و زانیی ئه‌وه‌ی له‌ کوی ده‌بیت بگه‌رێته‌وه‌ بو لای ئەو گه‌نجانە که رهنگه‌ پێویستیان به‌ خزمه‌تگوزاری تایبه‌ت ده‌بیت.

5.5 وریابوون له‌وه‌ی ده‌رفه‌ت و خزمه‌تگوزاری زیاد له‌ پێویست پیشکه‌ش به‌و گه‌نجانە نه‌کریت که به‌شدار بوونه‌ له‌ توندوتیژی، ئەمه‌ش بو ئه‌وه‌ی رینگه‌ له‌ پالپوونانی ئه‌وانی تر بگیریت و په‌نا بو توندوتیژی نه‌به‌ن و به‌شدار نه‌بن له‌ گروپه‌ چه‌کداره‌کان بو وه‌رگرتنی پاره‌ یان پشتگیری نا‌داریی.

شه‌شه‌ه: به‌شدارپیکردنی گه‌نجه‌کان له‌ هه‌موو قوناغه‌کانی بنیاتانی ناشتی و به‌رنامه‌کانی پاش مملانی.

6.1 به‌شدارپیکردنی گروپه‌ جیاوازه‌کانی لاوان له‌ ده‌ستنیشانکردنی ده‌ستتیه‌وردانه‌ گرنجه‌کان که که ده‌کریت جوڵینه‌ره‌کانی مملانی و توندوتیژی بگوریت، و هه‌روه‌ها له‌ شیکردنه‌وه‌ی مملانییه‌که و رۆلی ئەکتیره‌ جیاوازه‌کان.

6.2 به‌کارهینانی رینگیه‌کی نه‌رم که بگونجیت له‌گه‌ل ته‌مه‌نی گه‌نج بو به‌شداریکردنی راسته‌وخۆی دارشتن، جیه‌جیکردن، چاودیریکردن، هه‌له‌سه‌نگاندن و به‌ دوا‌چوونی به‌رنامه‌ و پرۆسه‌کانی بنیاتانی ناشتی و پاش مملانی.

6.3 کارکردن و پشتگیریکردنی به‌دامه‌زراوه‌پیکردنی به‌شداریکردن و نوینه‌رایه‌تیکردنی لاوان له‌ پرۆسه‌ی حوکمرانیه‌تی ناوه‌خۆ و نیشتمانی، که به‌م شیوه‌یه‌ لاو ده‌توانیت کاریگه‌ری له‌سه‌ر ئەو موماره‌سه‌ و سیاسه‌تانه‌ هه‌بیت که کاریگه‌رییان له‌سه‌ر لاوان هه‌یه‌ و وه‌ دلنیا‌بوون له‌وه‌ی که لاوان پشتگیری و راهینانیکی گونجاویان هه‌یه‌ بو به‌شداریکردن له‌و پرۆسه‌نه‌.

6.4 پيشخستن و ريگهخوشکردن بو بهشدارى و هوشيارى مهدهنى لاي لاوان و ههروهه كار كردنى خو بهخشي له پيناو ناشتى.

6.5 ههبوونى ريخراو، دامهزراوه و دروستكهراى بريارى پهيوهندار بو پابهندبوون به بهربرسيارتهى بهرامبهه لاوان، دامهزراوندى ريگاكان بو پهيوهنديکردن لهگهلا لاوان و وهگرتنى فيدباک لپيانهوه، به تاييهت وهكو بهشيك له ههه بهرنامهيهكى سهراوهگرتوو له لاوان و چوارچيوهى سياسهتهوه.

6.6 پيشكهشکردنى سهراوهى جيگروههوى هيز بو نهو لاوانهى كه هيزى سياسى، كومهلايهتى و نابوورپيان به دهست هيناوه، ههروهه بو نهوانهش كه نامرازهكانى توندوتيزيان به دهسته.

ههفتهم: زيادکردنى زانست، ههلوپست، كارامهپى و تواناى خهلكى گهنج بو بنياتنانى ناشتى.

7.1 بههيزکردنى كارامهپيهكانى خهلكى گهنج بو سهركردايهتیکردن، نيوهندگيرى، دانوستان و چارهسهركردنى مملانى و پهيوهنديکردن، كارامهپيهكانى ژيان و ريسا كومهلايهتپيه ئيجابپيهكان.

7.2 رهخساندى دهرههت بو خهلكى گهنج به هاوبهشکردنى نامانج و خواستهكانيان جگه لهگهلا پهكتر لهگهلا ههزهكارهكانيش، بنياتنان لهسهه نهزمون و هاريكارپيهكانيان، و بهشداريکردن له بواره جياوازهكان، لهوانه پيشكهوتتى كومهلايهتى، سوزدارى، ئاكارى، روحى، مهدهنى، پيشهپى، جهستهپى، ژيرى. كهسيهتى و كلتورى.

7.3 دهستنيشانکردنى نهو خهلكه لاوانهى كه دهتوانن خزمهت بكهه وهكو مودليكي ئيجابى و تهرخانکردنى ريبهرى و ناموزگارى بو تاكه گهجهكان.

7.4 سهرخستنى پهيوهنديپيه ئيجابپيهكان له نيوان لاوان و ههزهكار و رينويكارهكان (guidance) كه دهتوانن له قوناغى گواستههوهى ژيانيان رينيشاندهريان بن و ممانه و ديدگايهكيان بو بهرجهستهکردنى نامانجهكانيان پيشكesh بكهه.

7.5 پيشخستنى ستراتيژيهتى ريگهگرتن له توندوتيزى كه له سهرووى وهلاميكى سادهى ناسايشيانه دهبيت و ريگه له توندوتيزى له نيوخيزان، قوتابخانه و كومهلاگا دهگريت، و ههروههها پشتگيريکردنى دووباره چاگردنهوه و دووباره لهخوگرتن.

ههشتهم: پههپيدانى هاوبهشى نيوان نهوة جياوازهكان له كومهلاگانى لاوان.

8.1 بههوه پيشبردنى دايهلوگو و كفتوكو، تيگههستن له دهرههتهكان بو ههماهنگى له نيوان مندا، لاو، دايك و باوك و گهورهكان، له پيناو پيكهوه كارکردن بو ريگهگرتن و چارهسهركردنى توندوتيزى و تيپهراوندى مملاننيكان.

8.2 كارکردن لهگهلا ههزهكاران كه دهتوانن پههپيدانى گهنج وهكو گورانكارپيهكى نهرينى بن، نهوهك وهكو ههههشيهك لهسهه پيگه و هيزى خويان.

8.3 ناساندن و پیشخستنی رۆلی حکومهته لۆکالی، ههرنمایهتی و نیشتمانییهکان بو پشتگیریکردنی بهشداری لاوان لهو پرۆسه و بریارانه که کاریگهرییان لهسه ژیانان دهییت.

نۆیهم: ناساندن و پشتگیریکردنی نهو سیاسهتانهی که تهواوی پیداویستییهکانی لاوان له خوگریت.

9.1 نهولهویهت پیدان به پیشکهوتنی نهو سیاسهتانه که گهنجیان لهخوگرتهوه و جهختیان لهسه لاوان کردوه وهکو بهشیکێ گرنگی ناشتی.

9.2 یارمهتیدانی دامهزراندن و پشتگیری کۆمپانیا کلۆکالی (global and local)، ههرنمایهتی و نیشتمانییهکان و کهناله گونجاوهکانی تری پهیوهندیکردن که دهتوانن بهشداری لاوان زیاد بکهن له پیشبردنی نهو سیاسهته گشتییانهی که کاریگهرییان لهسه ژیانان ههیه.

9.3 پالپشتیکردنی توێژینهوه لهسه لاوان و بنیاتنانی ناشتی که دهکریت سودی لیهوهربگیریت وهکو سهرچاوهیهک بو سیاسهت.

9.4 پالپشتیکردنی پیشبردنی نهو سیاسته نهتهومییه فراوانانهی که پیداویستی و خهونی لاوان له خو دهگریت و یارمهتی بهشداری و پیشکهوتن و برهوپیدانی لاوان دهکات، ههروهها بهتهواوتهی لهگهڵ ستانداردهکانی مافهکانی مرۆف، میکانیزمه ههرنمایهتییهکان و دۆکیومینته سههکییه سیاسییهکان یهکدهگریتهوه.



ملخصات

الرسائل والأطرح الجامعية المجازة
پوختهى ماسته رنامه و دكتورانامه
زانكویى به به سه نذكر او ه كان

**Abstracts of Approved Universities'
Dissertations and Theses**



حقيقة القرار الإداري كمصدر للالتزام

حسيب صالح إسماعيل

أطروحة دكتوراه في تخصص القانون المدني من كلية القانون/ جامعة السليمانية
أجيزت بتاريخ 2019/4/24

بإشراف: أ. د. محمد سليمان الأحمد/ أستاذ القانون المدني في جامعة السليمانية
تناولت الدراسة أثر القرار الإداري في نطاق القانون الخاص، فيوجد إجماعاً عن معالجة هذا الموضوع فقهاً بصورة وافية، ولا توجد دراسة بخصوص نقاط التلاقي ما بين القرار الإداري والإرادة المنفردة، ومدى إمكانية عد القرار الإداري من تطبيقات الإرادة المنفردة، وكذلك بيان مدى قدرة القرار الإداري على إنشاء الالتزام بوصفه مصدراً مستقلاً للالتزام، وعدم تحجيم دوره بوصفه مجرد تطبيق من تطبيقات الإرادة المنفردة. ويتساءل الباحث في بحثه في ظل حصر مصادر الالتزام وتحديداتها قانوناً، هل يمكن عد القرار الإداري مصدراً للالتزام وإضافته إلى مصادر الالتزام التقليدية الواردة في التقنيات المدنية؟ ما هو مفهوم الأثر القانوني للقرار الإداري في نطاق القانون المدني؟ وهل يختلف عن مفهومه في نطاق القانون الإداري؟ وما مدى قدرة القرار الإداري على إنشاء الحقوق المالية؟ وما أثر ذلك على الصفة المنشئة للقرار الإداري؟ وكيف تتحقق وظيفة القرار الإداري المنشئة للالتزام؟ وإذا أصبح القرار الإداري مصدراً للالتزام، فما هو موقع القرار الإداري بين المصادر الأخرى للالتزام؟ وهل يدخل القرار الإداري في تطبيقات الإرادة المنفردة بوصفه صادراً عن الإرادة المنفردة للإدارة؟ إذا كان الجواب بالإيجاب، فما هو الأساس القانوني لعدّ القرار الإداري من تطبيقات الإرادة المنفردة؟ ولكن قد يكون من الصعب عدّ القرار الإداري من تطبيقات الإرادة المنفردة، نظراً لأن الإرادة المنفردة غير قادرة على إنشاء الالتزام إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، وهي في القانون المدني العراقي خمس حالات ليس بضمنها القرار الإداري، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن

الإرادة المنفردة لا تلزم إلا صاحبها، في حين أن القرار الإداري قد يلزم الإدارة أو الأفراد، وبالتالي هل يُعد القرار الإداري مصدراً مستقلاً للالتزام وليس من تطبيقات الإرادة المنفردة؟ لكن ليس بمقدور جميع القرارات الإدارية إنشاء الالتزامات، فقد تكون الالتزامات ناشئة عن القانون مباشرة، فما هو نصيب القرار الإداري في إحداث هذا الأثر؟ وهل استناد الإدارة في قراراتها إلى نصوص قانونية يجعل من القانون مصدراً للالتزام في جميع الأحوال، ويجعل القرار الإداري تطبيقاً من تطبيقات القانون؟ وما هو دور كل من القانون والقرار الإداري في إنشاء الالتزام بالمعنى المقرر في فقه القانون المدني؟ وهل أن دخول الإدارة طرفاً في الالتزام يجعل من الالتزام الإداري ذا طبيعة خاصة مختلفة عن الالتزام المدني من حيث الأحكام؟

وقسم الباحث دراسته إلى مبحث تمهيدي وثلاثة فصول تناول في المبحث التمهيدي التطور التاريخي لمصادر الالتزام، وتناول في الفصل الأول ماهية القرار الإداري ذو الأثر المالي وتوظيفه المنشئ، ويتكون من مبحثين، الأول: حقيقة القرار الإداري ذو الأثر المالي، والثاني: ماهية الالتزام ووظيفة القرار الإداري المنشئ له. وفي الفصل الثاني تناول الباحث مدى خصوصية القرار الإداري مصدراً للالتزام، من خلال مبحثين الأول: القرار الإداري تطبيقاً للإرادة المنفردة، وفي الثاني: القرار الإداري تطبيقاً للقانون. أما الفصل الثالث فجاء مخصصاً لمبحث الأحكام الخاصة بالالتزام الإداري. وخصص المبحث الأول لتنفيذ الالتزام الإداري، والثاني: لانقضاء الالتزام الإداري.

وتوصل الباحث في نهاية دراسته إلى مجموعة من الاستنتاجات وأهمها تترتب على القرار الإداري آثار تجاه الغير، وتتمثل هذه الآثار بفرض الالتزامات على الغير، بالإضافة إلى منح الحقوق للغير. إن الاختصاص التشريعي للإدارة المتمثل بحق الإدارة في إصدار قرارات لها قوة القانون بناءً على تفويض من السلطة التشريعية، وكذلك حق الإدارة في إصدار التشريع الفرعي، بما لها من اختصاص أصيل في سن التشريع وفقاً للدستور، وما تتصف به قواعد هذا التشريع من العمومية والتجريد والإلزام، يصلحان أساساً للإلزامية القرار الإداري بالنسبة للغير. إن القرار الإداري قد يكون كاشفاً للالتزام، إذ يقتصر دوره

على تقرير حالة موجودة من قبل، وغير محققة بذاتها للآثار القانونية. ويُعد القرار الإداري بفرض الضرائب والرسوم من تطبيقات القرار الإداري الكاشف، وذلك لأن جهة الإدارة لا تملك سلطة تقديرية في إصدار القرار بفرض الضريبة والرسم أو عدم إصداره، ولا تملك تحديد مضمون هذا القرار. وإن القرار الإداري قد يكون مصدراً مباشراً للالتزام، وليس فقط تطبيقاً من تطبيقات القانون، وإن صدر طبقاً له، وذلك عندما تتمتع الإدارة في الظروف الاستثنائية بصلاحيات خاصة تتيح لها اتخاذ قرارات إدارية تفرض التزامات على الأفراد في المجالات التي هي من اختصاص السلطة التشريعية في الأصل. وإن للإدارة، بما لها من امتيازات وسلطات التعديل الانفرادي للعقد الإداري، ومن خلال إصدار قرارات إدارية منفصلة عن هذا العقد، يكون قرارها مصدراً مباشراً للالتزامات المُلقاة على عاتق كل من طرفي العقد الإداري، الإدارة والمتعاقد معها. كما لا يُعد القانون مصدراً للالتزام لمجرد وجود نص قانوني يتضمن التزاماً معيناً، بل لا بد أن يعين القانون أحكام هذا الالتزام تعييناً وافياً نافياً لأي شك ولأي دورٍ لمصادر الالتزام المسماة في القانون أو غير المسماة فيه، من حيث وقت وكيفية نشوئه ومداه وآثاره. وإن مسؤولية الإدارة عن عدم تنفيذها للالتزام قانوني مسؤولية من نوع خاص، تجد أساسها القانوني في عدم تنفيذ الإدارة للالتزام محدد يقع عليها بموجب نص قانوني، ولا تقوم على التزام قانوني سابق، والمتمثل بعدم الإضرار بالغير، كما في المسؤولية التقصيرية، وقد تكون مسؤولية بدون خطأ في بعض الحالات، ومسؤولية خطئية في حالات أخرى تقوم على خطأ الإدارة في عدم تنفيذ التزام محدد بنص القانون.

كما قدم الباحث عدة توصيات بشأن الدراسة من ضمنها اقتراح بتخصيص فصل مستقل في القانون المدني للقرار الإداري بوصفه مصدراً سادساً للالتزام، وإضافته إلى الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول من هذا القانون، وصياغة نص جديد يقضي باعتبار القرار الإداري مصدراً عاماً للالتزام، وعلى الشكل الآتي: (الالتزامات التي تنشأ مباشرة من القرار الإداري، يُعد القرار الإداري مصدراً لها، يحدد نشوئها ومداه وآثارها). وينبغي الاعتراف بأن الإرادة المنفردة تُعدُّ مصدراً عاماً من مصادر

الالتزامات الإرادية، إذ لا يقل دورها شأنًا عن دور العقد. فهناك الكثير من الأوضاع القانونية غير تطبيقات الإرادة المنفردة المذكورة في القوانين المدنية، لا يمكن تفسيرها إلا تفسيرها إلا استناداً إلى الإرادة المنفردة، كالإعلان عن الاكتتاب والالتزام الناشئ عن الأوراق التجارية. ولهذا لا نحبذ حصر قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام في الأحوال التي ينص عليها القانون. وينبغي إطلاق سلطة الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام. لذلك اقترح الباحث تعديل الفقرة (1) من المادة (184) من القانون المدني العراقي، وعلى الشكل الآتي: (تلتزم الإرادة المنفردة صاحبها دون توقف على القبول، وذلك طبقاً لما يقضي به القانون). ويوصي الباحث أيضاً بإضافة نص إلى القانون المدني العراقي يتناول فيه دور القرار الإداري في إنشاء الالتزام، ويكون حسب الآتي: (1- تلتزم الإدارة بما تصدره من قرارات طبقاً لسلطتها التقديرية، وتُعيّن حدود التزاماتها وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة).

2- تكون للقرار الإداري قوة في إلزام المتعاملين مع الإدارة، بشرط عدم تعسفها، وعدم إهدارها للحقوق المقررة قانوناً. كما أوصى الباحث بتغيير أساس مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، وإقامة هذه المسؤولية على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، بحيث لا تستطيع الإدارة التخلص من المسؤولية بنفي قرينة الخطأ، بل يكون لها التخلص منها بنفي علاقة السببية فحسب، وذلك من خلال تعديل نص الفقرة (2) من المادة (219) من القانون المدني العراقي لتكون على الشكل الآتي: (ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى ولو بذل هذه العناية).

الأمن القومي الكوردي وسبل حمايته جنائيا

مسعود حميد إسماعيل

رسالة ماجستير في تخصص القانون الجنائي من كلية القانون/ جامعة كؤيه

أجيزت بتاريخ 2006/11/2

بإشراف الأستاذ المساعد: محمد معروف عبد الله

ركزت الدراسة على مسألة الأمن بالنسبة للمجتمع الكوردي، شأنه في ذلك شأن المجتمعات الإنسانية الأخرى، ونتيجة للموقع القانوني والدستوري الذي تتمتع بها كوردستان الجنوبية (كوردستان العراق) كونه إقليما ضمن الدولة العراقية الاتحادية(الفيدرالية)، يتمتع بسلطات وصلاحيات واسعة تؤهله لوضع استراتيجية شاملة لأمنه القومي المتمثل بكيانه الذاتي القائم، الأمر الذي كان وراء دفع الباحث إلى اختيار الكتابة في هذا الموضوع وبيان مفهوم الامن القومي الكوردي، ومقوماته ومستوياته المختلفة، إلى جانب بيان سبل حمايته، ولاسيما الحماية الجنائية بوصفها من أقوى أنواع الحماية، عن طريق تجريم الأفعال التي تشكل تهديدا حقيقيا ومباشرا للأمن القومي الكوردي. ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة التي جاءت على شكل تسلسل موضوعي وعلمي، بدءاً بدراسة أساسيات الأمن القومي بشكل عام، مروراً بنظرية الأمن القومي الكوردي، وانتهاءً بالحماية الجنائية لهذا الأمن.

ويبدو أن الباحث قد واجه صعوبات عدة أثناء كتابة البحث، وذلك بالنظر إلى حداثة موضوع الأمن القومي الكوردي، سواء على الصعيد السياسي أو الأكاديمي، إلى جانب افتقار التشريعات الكوردستانية إلى قانون موحد ومنظم وخاص بحماية الإقليم من الناحية الجنائية يبين فيه الأفعال التي تشكل جرائم تمس أمنه.

وبحسب وجه نظر الباحث فإن مشكلة الدراسة تكمن بشكل أساس في عدم وجود صياغة واضحة أو نظرية شاملة للأمن القومي الكوردي لحد الآن، سواء من حيث تحديد

مفهومه، أو تحديد عناصره النظرية أو من حيث وجود تطبيق محدد له. والمنهج الأساس الذي اتبعه الباحث في دراسته هو المنهج القانوني التحليلي، بيد أنه، استعان بمناهج أخرى في سبيل الوصول إلى تحليل أكاديمي لظاهرة الامن عموماً، كالمنهج التاريخي لغرض تتبع الجذور التاريخية لظاهرة الأمن، إلى جانب المنهج الوصفي في سبيل معرفة الجوانب المختلفة لمشكلة الدراسة، ومدى الترابط بينها وبين غيرها من الموضوعات المتأثرة بها، ومن ثم معالجة مدى التأثير والتأثير بمشكلة الدراسة. ولم يستغن البحث عن المنهج المقارن فيما يتعلق بدراسة القوانين التي تناولت الحماية الجنائية للأمن القومي.

وخطة الدراسة مبنية على ثلاثة فصول، مبدوءة بمقدمة، ومختومة بنتائج البحث. وتم تخصيص الفصل الأول لدراسة أساسيات الأمن القومي، الذي قسم على ثلاثة مباحث، ينطوي المبحث الأول على التطور التاريخي للأمن، ويتضمن الثاني دراسة مفهوم الأمن القومي، أما المبحث الثالث فيتضمن أهم ملامح الأمن القومي. ويتضمن الفصل الثاني نظرية الأمن القومي الكوردي، ووزع على مباحث ثلاثة، تناول المبحث الأول الوضع القانوني لكوردستان الجنوبية، وأفرد المبحث الثاني لدراسة معالم الأمن القومي الكوردي، أما المبحث الثالث فخصص لدراسة مستويات الأمن القومي الكوردي. أما الفصل الثالث والأخير، فيعرض لدراسة حماية الأمن القومي الكوردي جنائياً، وذلك في مبحثين رئيسيين، يحتوي الأول منها على المبادئ العامة لجرائم امن الدولة وتقسيمها، وينطوي المبحث الثاني على مفهوم الجرائم الماسة بأمن الإقليم.

ومن النتائج التي توصل إليها الباحث هي:

1. إن مفهوم الأمن القومي، يتميز بالغموض والديناميكية والنسيية والتعدد، ويرتبط بكثير من المفاهيم الفلسفية والاجتماعية والاستراتيجية، الأمر الذي انعكس بوضوح في عدم اتفاق الباحثين والمهتمين بمسألة الأمن القومي على مفهوم محدد له.
2. إن الأمن القومي الكوردي مفهوم شامل ومتكامل، ومتعدد الجوانب والأبعاد، وفي شتى المجالات السياسية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية والعسكرية والثقافية.
3. تفتقر التشريعات الكوردستانية، فيما يخص الجرائم الماسة بأمن الإقليم، إلى

تشريع منظم ومحدد لهذه الجرائم من الناحيتين الموضوعية والإجرائية. وخرج الباحث في نهاية رسالته بتوصيات عدة منها:

1. التأكيد على المفهوم التكاملي(الشمولي) للأمن القومي، باعتباره مفهوما يستجيب للتغيرات والتطورات الداخلية والدولية التي طرأت على المجتمعات الإنسانية.
2. ضرورة تبني حكومة إقليم كردستان مفهوم محدد وواضح للأمن القومي الكوردي، بشكل يستجيب للمتطلبات الحالية لإقليم كردستان، وينسجم مع التطورات التي يشهدها الإقليم من النواحي الداخلية والإقليمية والدولية،
3. صياغة أيديولوجية موحدة، بين أجزاء كردستان الكبرى، وتعميق الروابط والعلاقات فيما بينها، ونبذ العنف والقوة في تعاملها مع بعضها.
4. ضرورة سن قانون(حماية إقليم كردستان)، يتضمن بيان الجرائم التي تشكل تهديدا مباشرا لأمن الإقليم، ووضع العقوبات الرادعة لها، سواء من جهة الخارج أو من جهة الداخل.



الخصوصية الثقافية وأثرها على التنظيم القانوني لحقوق الإنسان

رسالة ماجستير

للباحث (رسول محمد سعيد عبدالله) بإشراف الدكتور (لقمان عثمان أحمد/
أستاذ القانون الدستوري المساعد) تم قبول الرسالة من أعضاء لجنة المناقشة
والمؤلفة من السادة (أ.د. عامر عياش عبد/رئيساً، أ.م.د. وسام نعمت
إبراهيم/عضواً، وفارس محمد حسين/ عضواً، أ.م.د. لقمان عثمان أحمد/عضواً
ومشرفاً)، في (4/11/2021)، بتقدير (امتياز)، وهي جزء من متطلبات نيل درجة
الماجستير في اختصاص (قانون حقوق الإنسان).

أولاً: التعريف بالدراسة:

إن التنظيم القانوني لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، تتأثر بثقافة
المجتمعات الإنسانية، وهذه الثقافات الخاصة يمكن عدّها من ضمن العوامل
الرئيسة وتمثل النظرة الخاصة للحياة والإنسان، وتنعكس بشكل مباشر وغير
مباشر في تنظيم الحقوق والحرريات، وتندرج أهمية هذه الدراسة في إن لثقافة
المجتمعات الإنسانية الخاصة سواء التي تقوم على أساس ديني أو فلسفي...،
إسهام في مجال تنظيم الحقوق والحرريات، لذا من هذا المنطلق يكتسب الدراسة
في الموضوع أهمية، وتندرج المبادئ المنظمة للحقوق والحرريات من حيث
الأهمية من ثقافة إلى ثقافة أخرى، وفي هذا الإطار طرحت فرضية تتمثل في عدم
التوافق عند تنظيم بعض الحقوق على المستوى الدولي، والتركيز بدلاً من ذلك
على الجوانب المشتركة والصياغات العامة، والتي يمكن أن تصل لصياغة
غامضة، مثيرة للاختلاف في التفسير في بعض الأحيان، وتواجه موضوع الدراسة

مشكلات، تتمثل بمدى مساهمة الثقافة الخاصة للمجتمعات الإنسانية في التنظيم القانوني للحقوق، منها التي تتعلق بالنظم الدولية بشقيه العالمي والإقليمي، فضلاً عن التنظيم الوطني للحقوق والحريات، وقد تطلب الدراسة سلوك مسارين لتحقيق النتائج المرجوة، الأول ركز فيها على الجوانب الفلسفية والقراءات التي تتبناها الاتجاهات المختلفة في مجال الحقوق والتي ترتبط بثقافة الشعوب الخاصة، بالنسبة للمسار الثاني فقد تناولت الدراسة التنظيم القانوني الدولي بشقيه العالمي والإقليمي وأثر الخصوصية الثقافية فيهما، فضلاً عن جانب التنظيم القانوني للحقوق والحريات الدستورية ضمن المستوى الوطني ومجال الخصوصية الثقافية فيها، وسلوك هذا الأسلوب تطلب انتهاج مناهج منها: المنهج الاستقرائي، والمنهج التحليلي، فضلاً عن المنهج المقارن بين هذه النظم.

ثانياً: هيكلية الدراسة وأهم محتوياتها:

تناولت الدراسة موضوع البحث، وذلك بتقسيمها لثلاث فصول، خص الفصل الأول منه للإطار المفاهيمي للخصوصية الثقافية، وبثلاثة مباحث، خص المبحث الأول منه للتعريف، وستتناول في المبحث الثاني الأساس الفلسفي للخصوصية الثقافية في مجال حقوق الإنسان، وستتطرق في المبحث الثالث، لمسوغات التمسك بالخصوصية لحقوق الإنسان، فضلاً عن التحديات التي تواجهها في مجال تنظيم الحقوق والحريات.

وتناولنا في الفصل الثاني الخصوصية الثقافية لحقوق الإنسان في التنظيم القانوني الدولي بثلاثة مباحث، خص المبحث الأول لدراسة الخصوصية الثقافية في الإعلانات والاتفاقيات العالمية، وخص المبحث الثاني للصكوك الإقليمية بشقيها الإعلان والاتفاقي وأثر الخصوصية الثقافية فيها، وستتناول في المبحث الثالث أساليب تعبير الدول عن خصوصيتها الثقافية في صكوك حقوق الإنسان.

وخص الفصل الثالث لدراسة أثر الخصوصية الثقافية في الصياغة الدستورية للحقوق والحريات بثلاثة مباحث، وستتناول في المبحث الأول منه

النظم التي تتبنى النهج العلماني (اللائكي) عند تنظيمه للحقوق والحريات، وستتطرق في المبحث الثاني للنظم المتبنية للخصوصيات الثقافية الدينية في مسألة التنظيم الدستوري للحقوق والحريات، وتناولنا في المبحث الثالث اتجاه النظم التي تتبنى نهجاً مختلطاً للأسلوبين السابقين (الطريق الثالث) عند تنظيمه للحقوق والحريات في الوثيقة الدستورية.

وتوصلت الدراسة لعدد من النتائج والمقترحات منها:

ثالثاً: النتائج:

1- وجود نوع من التباين والاختلاف النسبي في الرؤى لمفهوم حقوق الإنسان، فالمنظور متعدد والاتجاهات مختلفة، لتعدد الأيديولوجيات الفلسفية القائمة أساساً على الثقافات المتنوعة للمجتمعات الإنسانية، إلا أن تعدد المفاهيم واختلاف الرؤى، لا يعني بالنتيجة عدم وجود مجال للمبادئ التي تمثل التوجهات الثقافية، إذ توجد مبادئ مشتركة تلتقي لتحقيق أهداف سامية تحافظ على الكرامة وإنسانية الإنسان، فالنظرة الشائعة في إن الخصوصية الثقافية تمثل اتجاهاً ضيقاً، لا يمكن ان يعد نتيجة منطقية، على الأقل، من حيث كون هذه الخصوصيات تمثل ما تمثله رافداً أساسياً لما تم التوصل إليه من قيم عالمية لحقوق الإنسان، من جانب آخر إن دراسة الثقافات المختلفة للمجتمعات المتنوعة يُظهر وجود بعض الحقوق تمثل ما تمثله من قيم إنسانية، عن تلك الواردة ضمن القيم العالمية لحقوق الإنسان.

2- إن من نتائج بروز المفهوم العالمي لحقوق الإنسان على الأقل بشكل رسمي في التنظيم الدولي، في الفترة بعد النصف الثاني من القرن العشرين، أفرزت نتيجة تتمثل في قضية التمسك بالنظرة الخاصة التي تتصف بها كل ثقافة على حدة، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، التي مثلت خطوة مهمة نحو التنظيم الدولي، إلا إنها ظلت ضمن الإطار الغربي ذا الطابع الفردي، من جانب آخر فإن مسار قراءتها وتوظيفها لتقريبها من ثقافات أخرى استمرت، حيث

ساعد الطابع العام لنصوص الإعلان هذا الأمر، ويمثل التطور اللاحق المتمثل في صدور إعلان وبرنامج عمل فيينا لعام 1993، نقلة نوعية وأكثر تعبيراً للثقافات العالمية وقراءتها لحقوق الإنسان، بالنظر لما سبقها مؤتمرات تحضيرية عُقدت في قارات رئيسية حول العالم، فالظروف التي عقدت فيها تختلف عن سابقتها، بالنسبة للعهدين الدوليين لعام 1966، فانهما تمثلا خطوة مهمة في مجال التنظيم الدولي لحقوق الإنسان، والانتقال من الصياغة الإعلانية إلى صياغة اتفاقية ملزمة، وتمثلا مرحلة أكثر مرونة في مجال استيعاب اهتمام ثقافات أخرى (غير غربية)، ولا سيما النظرة الاشتراكية للحقوق، ومن نتائجها صدور وثيقتين، بالرغم من كل التطور الذي صاحب العهدان، إلا إنها ظلت ضمن مجال القوى المسيطرة على المشهد الدولي (الرأسمالية والشيوعية)، من دون تمتع الثقافات الأخرى بالتأثير نفسه.

3- لا تتعارض الصكوك الإقليمية على الأقل مع النصوص العالمية حتى وإن كانت تُعبر عن خصوصية معينة، على اعتبارها تحتل مكاناً وسطاً بين القيم العالمية وخصوصيات الثقافات للمجتمعات، لذا تقع النظم الإقليمية ضمن الخيارات المناسبة للمجتمعات، فوجود التوافق الأيديولوجي والثقافي والاجتماعي، يحقق الفعالية لها، فالنظام الأوربي لحقوق الإنسان ضمن هذا المسار، فالمنحى الثقافي الخاص جلي في إيلاء الاهتمام للحقوق المدنية والسياسية (الفردية) على حساب بقية الحقوق، والتي تُعبر عن الفلسفة الغربية، كما توصلنا إلى نتيجة في إن الاتفاقية العربية لحقوق الإنسان يمثل النموذج الهجين في الدمج بين المنظورين الغربي الفردي من ناحية، والمنظور الاشتراكي من ناحية أخرى، مع تطعيمها بالنظرة الإسلامية لحقوق الإنسان.

4- ووصلنا إلى إن هناك عدد من الأساليب تلجأ إليها الدول للتعبير عن خصوصيتها الثقافية منها، الإعلانات التفسيرية التي تصدرها الأطراف بمناسبة التوقيع أو الانضمام لاتفاقيات حقوق والحريات، التي تمثل رؤيتها أو منظورها

التي تتبناها وقراءتها لها، التي في الغالب تتعلق بالفلسفة والثقافة الخاصة به، كما قد يتم التعبير عن خصوصية الأطراف بأسلوب التحفظ التي ترد على الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، على الرغم من النتائج الإيجابية التي يمكن أن تحققها، إلا إنها قد تؤدي إلى إفراغ محتواها والانحراف عن الموضوعات الأساسية.

5- بالنسبة لأثر الخصوصية الثقافية على التنظيم القانوني الوطني بشكل أساس على الدساتير، وصلنا إلى نتائج منها، إن التنظيم الدستوري للحقوق والحريات على اختلافها، لا تخلو من بصمة تحمل خصوصيات المجتمعات التي تحكمها، فالنظم العلمانية، عند تنظيمها للحقوق والحريات، تمنح الأوضاع المادية المجردة الاهتمام، مقابل عدم الاهتمام بالجوانب الدينية والقيم الروحية للمجتمع، وليس هذا النهج ضمن مستوى واحد، ومن ضمنها اتجاهات، راديكالية متشددة، ومنها ما يمكن وصفها بالاتجاه المرن بحيث تترك هامش للقيم الدينية والثقافية، من خلال التزامها بالحياد السلبي بصدد الثقافة والدين والحقوق المتفرعة منها، ويوجد صنف آخر مسمى بـ(الاستيعاب التعددي)، حيث إنها تتسم بطابع التدخل، وحيادها حياد إيجابي، كما وجدنا نظم دستورية تتبع في مجال تنظيمها للحقوق والحريات الدستورية، تسلك اتجاه محافظ بحت، من خلال تمسكها بخصوصيات المجتمع الثقافية الدينية، وذلك بالاعتماد على مبرر يتمثل في، بما إن مجال التنظيم الدستوري ينحصر ضمن المجال الوطني، فهذا الأمر يستلزم التقييد بالقيم والثقافة الخاصة للمجتمعات، وما يحققها من انسجام وقبول والتزام ذاتي بها، وأخيراً هناك نهج لدساتير في مجال تنظيمها للحقوق، وتدمج اتجاهات متعددة، ولا تتقيد بأسلوب معين، هو النهج المختلط أو الهجين، بحيث أن المشرع الدستوري ينتهج أسلوب الجمع بين الأسلوبين السابقين من خلال تبني خصوصية مجتمعاتها الثقافية والدينية وفي جوانب أخرى تتبنى النهج العلماني ونظرتها للحقوق والحريات، وينتج عن هذا الأسلوب أما تغليب الجانب الخاص الثقافي للمجتمع، أو ترجيح كفة المنظور العلماني

وقراءتها للحقوق والحريات، وهو اتجاه بعض الدساتير العربية، ومنها الدستور العراقي لسنة 2005.

رابعاً: المقترحات:

ركزنا في المقترحات المقدمة على جانبين: 1- يتعلق في التنظيم الدولي لحقوق الإنسان، 2- يتعلق بالمجال الوطني وتنظيمها الدستوري للحقوق والحريات، والمدى الملائم للخصوصية الثقافية فيهما.

1- الخصوصية الثقافية والتنظيم الدولي لحقوق الإنسان: تتمثل المقترحات بصدد التنظيم الدولي فيما يأتي:

أ- ضرورة مشاركة الثقافات في صياغة الصكوك الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، ومحو النظرة القائلة بتفوق ثقافة على أخرى، فصيافة قيم مشتركة تمثل مرجعية عالمية لحقوق الإنسان، يتطلب مشاركة الكل بشكل متوازن وعادل، على اعتبار ان التمايز الثقافي أمر واقع لا يمكن تجاهله على وفق التحليل الأكاديمي الذي يقوم على أسس وأدلة قانونية، وهذا بدوره يسهل تحقيق المقترح الثاني، وتعمق التفاهم والاحترام بين الثقافات المتنوعة، فالتمييز الثقافي لا يمكن اعتباره بأي حال من الأحوال عقبة للتقارب بين الشعوب والأمم، وإنما لا بد من توظيف جوانبها الإيجابية خصوصاً الجوانب التي تحقق التفاعل المشترك للحياة الثقافية الدولية وللعلاقات بين الشعوب والأمم، فغياب العدالة والتوازن وتغليب فلسفة وأيديولوجيا لما تمتلكه من عناصر قوة اقتصادية أو فكرية..، لا يحقق بأي حال من الأحوال نتائج إنسانية مشتركة ويستمر معها الجدلية في كل مرحلة من المراحل.

ب- تشجيع الدول للانضمام لاتفاقيات حقوق الإنسان، ويرتبط القبول بمدى مراعاة ثقافة المجتمعات الإنسانية.

ج- توسيع دائرة اللامركزية الثقافية عند صياغة النظم الدولية لحقوق الإنسان، مما يمكن أن يتحقق في تشجيع وتعزيز آليات ذلك التنظيم وتقويتها في الصكوك

الإقليمية لحقوق الإنسان، لما لها من قبول لدى المجتمعات المتمسكة بالثقافة، مع عدم التقليل من دور الصكوك الدولية العالمية لحقوق الإنسان.

2- الخصوصية الثقافية والتنظيم القانوني الوطني لحقوق الإنسان: نقتصر في مجال طرح مقترحاتنا المتعلقة بالتنظيم الوطني على الحالة العراقية، كونها المجال المُفترض علينا تطويرها، ونوصي بـ: استخدام لغة واضحة بدلاً من اللغة الغامضة الذي يكتنف بعض البنود، ولا يمكن أن تحقق العبارات العامة وتلك التي تدمج بين نظريات وفلسفات متعددة المتمتع الفعلي بتلك الحقوق، ويبدو هذا الأمر من نظر الباحث مقصوداً من المشرع الدستوري، على أساس المسار الذي سلكه الدستور هو النهج المختلط، لخلق نوع من القبول لدى الأطراف المتنوعة، إن اعتماد أسلوب "الغموض البتء"، لإعطاء كل طرف "ما يفهم انه حقه، حل لا يحسم الخلاف ولكن يؤجله لحين لحظة تفعيل النص أو المطالبة بالحق، وقد تكون نتائج هذه العملية عكسية، بمعنى إهدار جوهر الحقوق، من خلال التشابك والتعقيد والتفسيرات المتقاطعة، وبالتالي ابتعاد القضاء عن حسمها لأنها تؤدي لنشوء ضغوط من الأطراف المختلفة، فالباحث يقترح إيضاح هذه البنود، أي كان النهج المتبع، سواء ضمن المحافظة على القيم والخصوصية، وهو الأفضل، أم من خلال انتهاج المناهج الغربية أو غيرها، ويحقق هذا الأمر على الأقل نوع من التمتع الفعلي بالحقوق والحريات من دون تجميدها وتحييدها للخلافات حول التفسيرات.



الحماية الدولية لضحايا الأعمال الإرهابية

زمن صعب سرحان الزبيدي

رسالة ماجستير في تخصص القانون الدولي في كلية القانون - جامعة بغداد اجيزت بتاريخ 2022-1-27 بإشراف أ.م.د حسام عبد الامير خلف - أستاذ القانون الدولي في جامعة بغداد - كلية القانون

تناولت الدراسة أهمية توفير حماية فعالة لضحايا الجرائم الإرهابية من الناحية التاريخية والإنسانية والقانونية، فمن ناحية تؤكد الحقائق التاريخية الاعداد الهائلة لضحايا الإرهاب، لاسيما ماحدث مؤخراً في عصر التنظيم الدولي من كوارث ضد الإنسانية جسدت ابشع الصور لانتهاك المبادئ والقواعد الدولية التي كفلها القانون الدولي للضحايا من احترام وحماية ومعاملة إنسانية، لاسيما ما حصل في افغانستان- سوريا- العراق... الخ.

اما من الناحية الإنسانية، فلا شك في ان إهمال ضحايا الإرهاب وتركهم دون حماية، يُعد من أهم الموضوعات التي تؤثر على استقرار مصالح المجتمع الدولي وتمس القيم الإنسانية العليا، لذا فقد كفل القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان الحماية لهؤلاء الضحايا سواء في زمن السلم أو زمن النزاع المسلح.

في حين من الناحية القانونية، تكمن الأهمية في محاولة معرفة القواعد الدولية التي تنظم الالتزامات القانونية المفروضة على الدول في سبيل توفير الحماية والإنصاف لضحايا الجرائم الإرهابية، ومنحهم وضعاً قانونياً يضمن مشاركتهم المستقلة عن الدول في إجراءات المحاكمة أمام القضاء الدولي والداخلي.

بشكل عام، تتمثل أهداف البحث في إبراز فعالية الآليات القانونية والقضائية المتوافرة على الصعيدين الدولي والوطني، في ضمان حقوق الضحية ومراعاة العدالة الجنائية الدولية، وبيان المركز القانوني للضحية من خلال إجراءات مختلفة يمكن اتباعها في هذا الخصوص. ويتساءل الباحث في بحثه ما هو الأساس الذي يمكن ان يقام عليه التزام الدول اتجاه حماية ضحايا الإرهاب؟ ما هي آلية تعويض ضحايا الأعمال الإرهابية وماهي حقوق هؤلاء في القانون الدولي؟ ماهي المصادر التي يمكن الالتجاء إليها لتمويل تعويض

ضحايا الأعمال الإرهابية؟ هل يمكن ان نخرج عن عبء تحميل الدولة مسؤولية تعويض الاضرار، لندخل في دائرة أخرى عن طريق وضع تنظيم قانوني مؤسسي من أجل تقرير تعويض سريع وكامل لهؤلاء الضحايا؟ مدى إمكانية اعتبار جرائم الإرهاب جرائم دولية ومن ثم دخولها في اختصاص القضاء الدولي الجنائي؟

وقسم الباحث بحثه إلى ثلاثة فصول، تناول الفصل الأول تطور حقوق الضحايا في القانون الدولي وأسس حمايتهم إذ قسم إلى مبحثين، جاء المبحث الأول في: الإطار المفاهيمي للضحايا ونطاقهم المادي، وجاء المبحث الثاني في: أسس الالتزام بتعويض ضحايا الأعمال الإرهابية، وفي الفصل الثاني يتناول الباحث النظام القانوني لمساعدة ودعم ضحايا لأعمال الإرهابية، حيث تم تقسيمه إلى مبحثين، يعالج المبحث الأول: الحماية المعيارية لضحايا جرائم الإرهاب، اما المبحث الثاني يتناول الحماية المؤسسية والإجرائية لهؤلاء الضحايا. في حين جاء الفصل الثالث تحت عنوان الحماية الجنائية لضحايا الأعمال الإرهابية والمسؤولية الجنائية الدولية، وقسم إلى مبحثين، في المبحث الأول يتناول الباحث المركز القانوني للضحايا أمام القضاء الدولي الجنائي، اما المبحث الثاني خصص لدراسة إمكانية المساءلة الجنائية الدولية عن الأعمال الإرهابية.

توصل الباحث في نهاية دراسته إلى مجموعة من الاستنتاجات، من أهمها أن مصطلح الضحية هو أعم وأشمل من مصطلح المجني عليه أو المضرور حيث إنه يشملهما معاً، ولهذا كان اختيار الباحث لمصطلح الضحية للدلالة على الوصفين السابقين، وأن العديد من المواثيق على المستوى الدولي والإقليمي كان لها الفضل في توضيح وإرساء هذا الوصف، كما وتلتزم الدولة بتعويض الضحية أو ورثته في الجرائم الإرهابية بغض النظر عن حاجة الضحية أو مستوى دخله، ودون الحاجة إلى إثبات تقصير الدولة في منع وقوع الجريمة والوقاية منها أو تقصيرها في تقديم الجاني للمحاكمة، فضلاً عن ذلك فإن الحق في حماية ضحايا الإرهاب وتعويضهم هو من الحقوق المعترف بها بموجب القانون الدولي، إذ لوحظ ان تبني العديد من النصوص القانونية المعنية بحماية حقوق الضحايا بشكل عام دفع البعض إلى القول بنشوء فرع جديد للقانون الدولي يسمى القانون الدولي للضحايا، وفي سياق اخر، فإن الإطار القانوني لحقوق ضحايا الإرهاب وجد أساسه بشكل خاص بالعديد من المعاهدات والقرارات الدولية فضلاً عن القوانين الوطنية، كل هذا أسس للالتزام عام على الدول بتأسيس نظام قانوني وطني لتعويض الضحايا حتى وان

لم تكن الدولة مسببة للضرر، وعلى الرغم من النص على حق الضحايا بالتعويض في عدد من المعاهدات الدولية، إلا أن القواعد القانونية الخاصة بحماية ضحايا الإرهاب وتعويضهم لم توجد باعتبارها موضوع قائم بذاته إلا مؤخراً كنتيجة للأعداد الكبيرة من الضحايا التي خلفها الإرهاب، سابقاً كان ينظر لضحايا الإرهاب بوصفهم ضحايا أفعال جرمية بشكل عام، ويبدو ان تركيز المجتمع الدولي كان بشكل خاص على محاربة الإرهاب نفسه بدلاً من دراسة النتائج المترتبة عليه من خلال تأسيس قواعد قانونية خاصة بحماية وتقرير حقوق ضحايا الإرهاب، وعلى المستوى الفقهي وجد اتجاه يرى أساساً جديداً لهذه المسؤولية لتعويض ضحايا الإرهاب وهو الأساس الاجتماعي القائم على التضامن بين أفراد ومؤسسات المجتمع لتعويض الضحايا، ومن أبرز الآليات التي جسدت مبدأ التضامن هي صناديق الضمان الوطنية، وصناديق دعم الضحايا على المستوى الدولي، كما ان الاعتراف بالوضع القانوني للضحايا أمام القضاء الدولي الجنائي يضمن لهم مجالاً واسعاً للمشاركة في مختلف مراحل التقاضي في النظام القضائي الدولي، من جانب آخر وبالرغم من أن الاختصاص النوعي للمحاكم الجنائية الدولية لا يشمل الجرائم الإرهابية، إلا أن جانب من الفقه جادل في إمكانية امتداد اختصاص هذه المحاكم ليشملها من خلال تكييف الأفعال الإرهابية على إنها جرائم حرب، أو جرائم ضد الإنسانية ، أو جرائم إبادة جماعية.

كما قدم الباحث عدة توصيات بشأن الدراسة من ضمنها، ضرورة تجديد المواثيق الدولية المعنية بحماية الضحايا، من خلال تعديلها وإدراج ما يمكن من المعايير اللازمة لتوفير حماية أكثر فعالية لضحايا الإرهاب، فضلاً عن نشر ثقافة التوعية والتعليم بحقوق الضحايا ، كما ويجب النظر في وضع معايير وطنية ثابتة تلتزم بمقتضاها الدول بتعويض وحماية ضحايا الإرهاب، ويجب ان يكون تعويض الضحايا كافياً وفعالاً ومتناسباً مع جسامة الجريمة وان يتم بطريقة سريعة ، من جانب آخر فإن الباحث يحث المجتمع الدولي وتحديداً الأمم المتحدة على وضع استراتيجية دولية متكاملة للتعامل مع ضحايا الإرهاب، توفر لهم ولأسرهم كافة أوجه الحماية بشقيها الإجرائي والموضوعي، وتعمل على تيسير حياتهم على الوجه المعتاد، إلى جانب وضع المعايير الدولية اللازمة لإنشاء صندوق دولي خاصة لتعويض ضحايا الإرهاب، يتم تمويله من الأمم المتحدة، وتبرعات الدول والمنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية، فضلاً عن ضرورة تعديل نظام

المحكمة الجنائية الدولية لإدراج جرائم الإرهاب الدولي إلى جانب الجرائم الدولية التي تختص بها المحكمة، كما ونهيب بالمشرع العراقي ان يحذوا حذو المشرع الفرنسي وبعض التشريعات العربية الأخرى، بإنشاء صندوق ضمان وطني لتعويض ضحايا الإرهاب، ونقترح ان تكون آلية عمل الصندوق وفق الآتي:

1- من حيث تنظيم الصندوق: يمكن ان يتكون من رئيس وأعضاء، يتم تعيين الرئيس بقرار من رئيس مجلس الوزراء، اما الأعضاء فهم مندوبين من وزارة العدل، المالية، الصحة، الداخلية، فضلاً عن عضو متخصص في مجال التأمين، وعضو من منظمات المجتمع المدني.

2- من حيث نطاق التعويض: نرى انه يجب ان يضطلع الصندوق بتعويض ضحايا الإرهاب عن جميع ما اصابهم من اضرار جسدية ومعنوية ومادية، وليس كما فعل المشرع الفرنسي حيث فرض التزاماً على شركات التأمين بتغطية الاضرار المادية فقط.

3- من حيث تمويل الصندوق: نقترح ان يكون تمويل الصندوق من نسبة محددة من ميزانية الدولة، لكي لايزيد العبء على كاهل المواطن العراقي.

مسؤولية الإدارة عن تعويض ضحايا جرائم الإرهاب

محمد خورشيد توفيق

رسالة ماجستير في تخصص القانون الإداري من كلية القانون/ جامعة صلاح الدين

أجيزت في سنة 2008

بإشراف الأستاذ المساعد الدكتور: أحمد خورشيد حميدي

تناولت الدراسة موضوع الإرهاب باعتباره ظاهرة معقدة لتعدد أسباب نشأتها وغامضة لانعدام معرفة الدافع إليها أحيانا، وان وقوع جريمة الإرهاب أي جريمة العنف تقترب بالرغبة في احداث الذعر والترويع وتخلف اضرارا جسمانية أو مالية بحتة بالافراد المدنيين (المواطنين) وبالتالي تخول المتضررين من جرائم الإرهاب طبقاً للقواعد العامة رفع الدعوى للتعويض عن الفعل الضار، الا ان المسؤولية المدنية في قواعدها التقليدية لا تكفل تعويض الاضرار التي تخلفها جرائم الإرهاب، حيث يصعب غالبا التعرف على مرتكبيها بينما ينبغي ان لا يعلق حق المضرور في التعويض على وجود فرد مسؤول، وخصوصا إذا كان موضوع الضرر حياة الإنسان أو كيانه أو جسده كما هو الحال في جرائم الإرهاب، إذ ان ترك المضرور من جرائم الإرهاب بدون تعويض يتساوى مع حالة ترك الإرهاب بدون عقوبة، حيث ان طلبات التعويض طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية تصطدم بعقبات عدة تكاد ان تفرغه من مضمونه، فالجريمة الإرهابية يرتكبها شخص أو أشخاص غير معروفين عادة وتدل الإحصائيات على ان أغلب جرائم الإرهاب لم تستطع الأجهزة الأمنية تحديد المسؤول عنها لذا يمكن القول بان دعوى المسؤولية المدنية التي تمثل صورة الحماية الفردية للمضرور في جرائم الإرهاب محفوفة بالمخاطر لصعوبة التعرف على المسؤول الميسور أو الضامن وصعوبات التقاضي وإجراءات الدعوى وموقف المضرور الضعيف في مواجهة الإرهاب.

وتكشف الدراسة دور الدولة المتزايد الذي تقوم به في الاهتمام بمشاكل الافراد

خاصة ضحايا الإرهاب، والأخذ على عاتقها بتعويضهم حين يستحيل عليهم التعويض بطريق آخر، كما بينت هذه الدراسة روح التكافل الاجتماعي التي بدأت تعود إلى مختلف المجتمعات بعد ان اشربت نفوسها بروح الفردية إلى أقصى الدرجات، وكذلك مدى إمكانية إنشاء نظام عام للتعويض عن جرائم الإرهاب على غرار ما هو متبع في الدول الأخرى مثل فرنسا وذلك من أجل الوصول إلى رؤية قانونية لتحمل الدولة المسؤولية عن تعويض ضحايا جرائم الإرهاب في العراق عامة وإقليم كردستان خاصة، وذلك من خلال إيجاد الأساس القانوني لالتزام الدولة بتعويض الاضرار الناتجة عن جرائم الإرهاب.

واتبع الباحث في دراسة موضوع البحث على المنهج التحليلي (Analytical Method) والمقارن (Comparative Method) من خلال عرض القوانين المعنية بمسؤولية الدولة (الإدارة) عن تعويض ضحايا جرائم الإرهاب للدول المختلفة وتحليل هذه القوانين والمقارنة بينها وبين موقف القانون العراقي منها واء الفقه بشأنها وعرض مختلف أحكام القضاء والتعليق عليها وبيان رأينا فيها. وقد عالج الباحث موضوع الدراسة من خلال خطة دراسية مكونة من فصل تمهيد وثلاثة فصول رئيسية، جاء الفصل التمهيدي تحت عنوان: ماهية الإرهاب وضحاياه. وجاء الفصل الأول لدراسة موضوع مسؤولية الإدارة وطبيعتها القانونية. في حين كرس الفصل الثاني لدراسة أساس المسؤولية الإدارية عن تعويض الاضرار الناتجة عن جرائم الإرهاب. أما الفصل الثالث والأخير فكان مخصصاً لتعويض الدولة لضحايا الإرهاب.

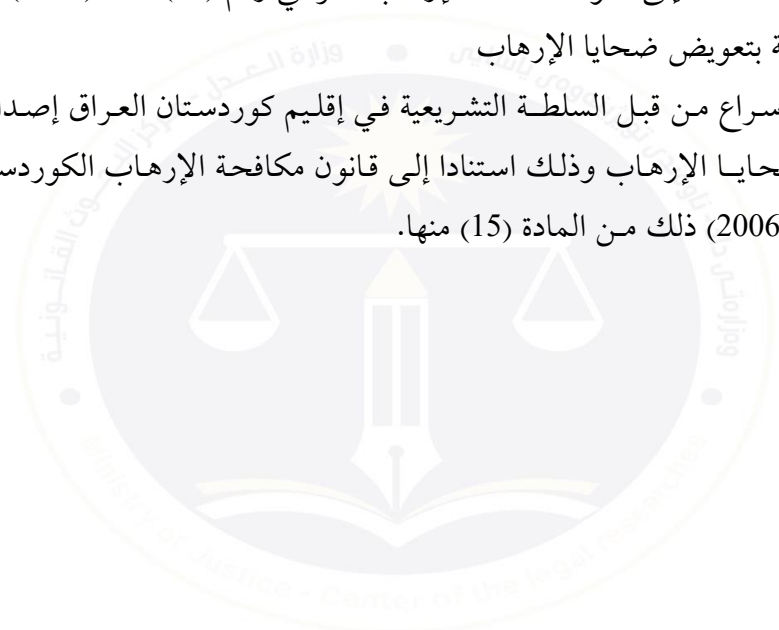
وقد توصل الباحث عند الانتهاء من دراسته إلى جملة من الاستنتاجات أهمها:

1. تعددت الدراسة لبيان طبيعة المسؤولية الإدارية في فرنسا ومصر والعراق. وكانت النتيجة ان هناك أنصار لكلا الاتجاهين في تلك التشريعات
2. أصبح التزام الدولة بتعويض ضحايا جرائم الإرهاب هو التيار الراجح والسائد في أغلب التشريعات المعاصرة.
3. ان إلقاء عبء التعويض على الدولة طبقاً لقواعد المسؤولية الإدارية، استناداً إلى خطأ الإدارة، لا يبدو ملائماً ولا كافياً كأساس قانوني لمحاسبة الدولة (الإدارة) عن

تعويض ضحايا الإرهاب، كان الحل الأمثل هو اسناد مسؤولية الدولة وفق النصوص التشريعية الخاصة.

ومن توصيات الدراسة:

1. إضافة مادة إلى قانون مكافحة الإرهاب العراقي رقم (13) لسنة (2005) تنص على التزام الدولة بتعويض ضحايا الإرهاب
2. الاسراع من قبل السلطة التشريعية في إقليم كردستان العراق إصدار قانون تعويض ضحايا الإرهاب وذلك استنادا إلى قانون مكافحة الإرهاب الكوردستاني رقم (3) لسنة (2006) ذلك من المادة (15) منها.





تنظيم المركز القانوني للمطور العقاري

- دراسة مقارنة -

داليا صالح غازي رسالة ماجستير في القانون المدني بإشراف

الأستاذة الدكتورة

زينة غانم يونس العبيدي

لجنة المناقشة

أ. د محمد سليمان الأحمد رئيساً

أ. د ذنون يونس صالح عضواً

أ. م. د محمد صديق محمد عضواً

أ. د زينة غانم يونس عضواً ومشرفاً

حازت الرسالة على تقدير (امتياز)

نبذة عن الرسالة:

تتناول هذه الدراسة المركز القانوني للمطور العقاري ذلك الشخص المتميز الذي يؤدي دوراً حيويًا وفعالاً في إطار الأنشطة والعمليات التطويرية باختلاف أنواعها التجارية والصناعية والسكنية التي تستهدف إقامة الأبنية والمنشآت أو تطويرها أو العمل على تجديدها أو ترميمها أو هدمها مع إعادة بنائها وذلك من خلال دوره في الإشراف على حسن التنفيذ للمشاريع التي يتولاها بما يمتلكه من خبره تمكنه من استنباط مواطن الضعف ومكامن القوة في هذه المشاريع ويسانده في ذلك العديد من الأشخاص المتداخلين معه في إطار العملية التطويرية الذين يقوم باختيارهم والإشراف على عملهم بدءاً من مرحلة إبرام العقد ومروراً في تنفيذه وانتهاءً بتسليمه وبضمان ما يحدث فيه من تهدم أو عيب أو تعرض أو استحقاق في إطار قانوني يكفل حقوق من يتعامل مع المطورين العقاريين، ذلك

كله يسهم في إقامة هذه المشاريع على أكمل وجه بما يزيد الثقة والطمأنينة لدى من يتعامل معه، ومن ثمَّ ينعكس إيجاباً على سكان الدول في توفير بنى تحتية سليمة لهم، فضلاً عن تخليصهم من أزمة السكن التي تكاد تكون أزمة العصر في ظل ازدياد أعداد السكان مقابل عدم وجود أماكن للسكن، فضلاً عن رغبة الدول في النهوض بمشاريع دولها وتطويرها لجعلها في مصاف الدول المتقدمة تجارياً وصناعياً، وقد توصلنا من خلال دراستنا إلى جملة من النتائج منها أن المطور العقاري هو الشخص الذي يقوم بتحويل العقار من حالة إلى حالة أفضل، وان المشروع التطويري الذي يقوم به المطور العقاري في مجمله يمثل مشاريع تشييد وتجديد وتوسيع وتعليق المباني والمجمعات المعدة لأغراض سكنية أو تجارية أو صناعية من هنا كان من الضروري أن يحيط المشرع العراقي شخصية المطور العقاري بتنظيم قانوني خاص به يكون نابعاً من أهمية الدور الذي يضطلع به.

جزء من النتائج والتوصيات التي توصلت إليها الباحثة

أولاً النتائج:

1. المطور العقاري هو الشخص الطبيعي أو المعنوي المرخص له بأن يتخذ زمام المبادرة والعناية الرئيسة في مزاولة أنشطة التطوير العقاري في إطار قانوني يكفل تنظيم العلاقة بينه وبين كل متداخل في العملية التطويرية.
2. لم يتناول المشرع العراقي المطور العقاري بنصوص صريحة وواضحة ونجد أنه مر عليه مرور الكرام دون أن يبين التنظيم القانوني الخاص به
3. للمطور العقاري عدة أنواع ولا يكون على نوع واحد فقد يكون مطور شخص طبيعي (فرد) أو قد يكون (شخصاً معنوياً) وقد يكون مطوراً رئيساً أو مطور فرعي وقد يكون مطور أراضي خام أو مطور بناء أو مطور صناعي.
4. يشترط فيمن يزاول مهنة التطوير العقاري أن تتوافر فيه عدة شروط والتي

تشكل بمجملها قاعدة أمان لمن يتعامل مع المطور العقاري، وقد اختلفت التشريعات المنظمة لهذه المهنة بالشروط التي أوردتها، فمنها من اشترطت أن يكون المطور العقاري حاملاً لجنسية الدولة التي يزاول نشاطه فيها، ومنها ما يشترط أن يكون ذا مقدرة وكفاءة مالية، ومنها من استلزمت أن يكون في سن معين يؤهله لممارسة هذه المهنة وغيرها.

5. من أجل توفير الحماية للمتعامل مع المطور العقاري فقد أوجدت الدول عدة ضمانات تحمي من خلالها المتعامل مع المطور من أن يقع ضحية للنصب والاحتيال منها ضمانات سابقة على التعاقد، ومن هذه الضمانات: ضرورة حصول المطور العقاري على الترخيص لمزاولة المهنة وضرورة الإعلان عن مشاريعه التطويرية بعد أخذ موافقة الجهة الإدارية المختصة وبالأماكن المخصصة له لأجل إحاطة المعلومات الواردة في الإعلان بالمصادقية عن طريق تأكيد الإدارة منها وفتح حساب الضمان وإدارته.

6. وهناك ضمانات لاحقة على عملية التعاقد وأخرى مترامنة معها تتمثل بدفع الثمن على أقساط، والتسجيل المبدئي الذي يعد بمثابة حجز للوحدة العقارية قبل أن يتم نقل الملكية بشكل نهائي، وكذلك التزام المطور العقاري بالضمان العشري وضمان التعرض والاستحقاق وضمان حسن الإنهاء الكامل للأشغال، وفيما يتعلق بالعيوب فتتميز العقود التي يبرمها المطور العقاري بخصوصية تتمثل بكونه يضمن فضلاً عن العيوب الخفية العيوب الظاهرة التي في البناء.

ثانياً التوصيات:

نأمل من المشرّع العراقي تشريع قانون خاص بالمطورين العقاريين شأنه شأن بقية الدول التي نظمته بنصوص قانونية خاصة ونأمل الأخذ بنظر الاعتبار النصوص القانونية المقترحة الآتية:

1. النص على أنواع المطورين بالشكل الآتي:

- قد يكون المطور العقاري شخصاً طبيعياً أو معنوياً أو مطوراً رئيساً أو فرعياً أو مطور الأراضي الخام أو البناء أو مطور صناعي.

2. تنظيم الشروط الواجب توافرها في من يزاول مهنة المطور العقاري

وبالصيغة الآتية:

يشترط في من يزاول مهنة المطور العقاري ما يأتي:

أ. أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة.

ب. أن تكون له خبرة في مجال إدارة الأنشطة التطويرية وتنفيذها لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات سابقة على تقديم الطلب وأن تتوفر لديه المقدرة المالية لإدارة مشاريعه.

ج. أن لا يكون قد سبق وأن صدر حكم بحقه لارتكابه أحد الأفعال الآتية:

- التزوير والسرققة والرشوة.

- خيانة الأمانة وشهادة الزور واليمين الكاذبة.

- النصب والاحتيال وإصدار شيك دون رصيد.

د. أن لا يكون قد سبق وحكم بإفلاسه إن كان شخصاً معنوياً وأن لا يكون قد سبق وصدر حكم بحق أحد الشركاء المؤسسين له لارتكاب أحد الأفعال الواردة في الفقرة (3).

ه. أن يكون مقيداً بالسجل الخاص بالمطورين العقاريين.

3. نأمل من مشرعنا العراقي النص على التزام المطور العقاري بإنجاز البناء

وبالصيغة الآتية:

أ. يلتزم المطور العقاري بإنجاز البناء وإتمامه في أثناء المدة المتفق عليها، ويتم التحقق من نسب إنجاز المشروع بناء على تقرير صادر من استشاري تعيينه الجهة الإدارية المختصة يوضح فيه ما تم إنجازه.

ب. في حالة نشوب خلاف بين المطور والمتعامل معه فإنه يجوز للجهة

الإدارية المختصة أن تقوم بمساعٍ توفيقية لحل ما ينشأ بينهما من خلافات.
ج. إذا أخل المطور العقاري بتنفيذ التزامه بالإنجاز ولم تفلح المساعي التوفيقية المذكورة في الفقرة (ب) فيحق للمشتري بعد توجيه الأعدار للمطور المطالبة:

- إما الفسخ مع التعويض أو تعيين مطور عقاري آخر على نفقة المطور المخل بالتزامه وفي حدود المبالغ المدفوعة إليه لاستئناف إنجاز المشروع.
د. في حال قيام ظروف طارئة تحول دون إتمام إنجاز البناء في المواعيد المحددة فيحق للإدارة اتخاذ أحد الإجراءات الآتية:

- إيقاف المشروع بصورة مؤقتة لحين زوال الظرف الطارئ
- أن يسند المشروع إلى مطور آخر إذا كان الظرف الطارئ يتعلق بالمطور العقاري مما يتعذر معه قيامه بتنفيذه.
- إعادة المبالغ النقدية إلى المتعاملين مع المطور والتي سبق وأن قاموا بإيداعها في حساب الضمان الخاص بالمشروع.

4. لنص على التزام المطور العقاري بالتسليم ونأمل أن يكون النص بالصيغة

الآتية:

أ. يلتزم المطور العقار بتسليم الوحدة العقارية في المدة المتفق عليها في العقد.

ب. إذا أخل الممطور بالتزامه بالتسليم فيحق للمشتري بعد توجيه أعدار للمطور المطالبة

إما بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً عن طريق اللجوء إلى الجهة الإدارية المختصة لتسليمه الوحدة العقارية وجبراً عن المطور إذا لم يخل المشتري في تنفيذ التزاماته.

أو إذا استحال التسليم فيحق للمشتري استرداد المبالغ التي قام بدفعها مع

المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء عدم التسليم.
5. النص على التزام المطور العقاري بنقل الملكية وتسجيلها وذلك بالشكل الآتي:

- أ. ينشأ في الإدارة سجل خاص يسمى سجل التسجيل العقاري المبدئي تسجل فيه التصرفات كافة التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عقاري آخر أو نقله أو تغييره أو زواله ويكون بمثابة سجل تمهيدي تقيّد فيه التصرفات لحين نقلها للسجل العقاري النهائي.
- ب. يلتزم المطور العقاري بنقل الملكية إلى المشتري في أثناء ستين يوماً من حصوله على شهادة الإنجاز.



مَجَلَّةُ الْعَقْدِ الْأَجْتِمَاعِيِّ

" 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 was approved for academic purposes by the Ministry of Higher Education and Scientific Research in the Kurdistan Region of Iraq, pursuant to Ministerial Order N° (9930/9) on 27/7/2021, and finally accredited in accordance with ministerial order N° (13561) on 17/08/2022.

Issue 5/April 2023

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.

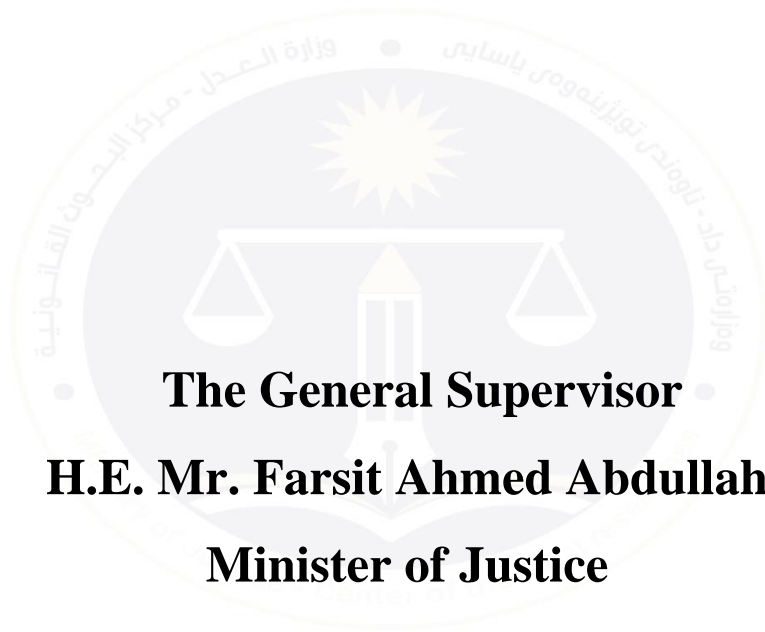
**Our publications are requested from Zain's legal publications in Beirut-
Lebanon.**

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 Yamulki, 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 And Articles In English

تويزينه وه كان ووتاره كان به زمانى

ئىنگلىزى

البحوث واملقالات باللغة الإنكليزية



**Crisis Biography
The Oil and Gas Law
Facts Documented to History**

ببوغرافياي قهيرانى
ياساى نهوت وگاز
راستيهكانى دوكيومينتكراو بو ميژوو

**سيرة أزمة
قانون النفط والغاز
حقائق موثقة للتاريخ**

Mr. Farsat Ahmed Abdullah

Minister of justice in the Kurdistan Regional Government- Iraq

بهريز
فرست نهحمد عهيدولا
وهزيرى داد له حكومهتى ههريمى كوردستان عيراق

السيد
فرست أحمد عبدالله
وزير العدل / حكومة إقليم كردستان - العراق

Translate

ترجمة

وهرگيرانى

Dr. Najmadeen Ahmed Muhamad

PhD-UK, LLM-USA

Independent Scholar

د. نهج مهدي احمد محمد

دكتورا - بهريتانيا، ماستر - نهريكا

تويژهرى سهر بهخو

د. نجم الدين احمد محمد

دكتوراة - المملكة المتحدة، ماجستير - الولايات المتحدة الأمريكية

باحث مستقل

review

بيداچوونهوه

مراجعة

Dr. Sherko Kirmanj

Adjunct Professor, Koya University, Kurdistan Region, Iraq

British Academy Bilateral Chair in Education, Conflict and Crisis, Ulster

University, UK

دكتور شيركو كرمانج

پروفيسورى ياريدهدر له زانكوى كوي، هريمى كوردستان، عيراق

سهروكى دوولايهههه نهكاديمياى بهريتانيا له بوارى پهروهده و ململانى و قهيران،

زانكوى نولستر، بهريتانيا

د. شيركو كرمانج

أستاذ مساعد، جامعة كوي، إقليم كوردستان، العراق

كرسي الأاديمية البريطانية في التعليم والصراع والأزمات، جامعة أولستر، المملكة المتحدة

The oil and gas wealth is considered as a critical matter for those countries where this revenue shapes the main source for financing their annual government's budget, and it plays a decisive role in the governmental plans for development, growth and investment. In the federal states, the oil and gas revenues become much more important as it may lead to serious problems especially between the federal government and the regional governments if the wealth constituted a large and dominant source of state revenues. This is the case in the Federal Republic of Iraq, which has the fifth largest proven petroleum reserves in the world, and oil production accounts for over 90 per cent of government revenue.⁽¹⁾ The issue of oil and gas constitutes the main subject for constitutional discussions and deliberations in Iraq, whether in constitution - drafting committees in the Iraqi transitional national assembly or between the leaders of the Iraqi political components during the constitution-drafting phase. The Iraqi case is much likely other federal states in which the issue of oil and gas was given priority in any constitutional negotiations.

In fact, this issue has always accompanied by fear and mistrust from the regions towards the federal government; that it would not be dealt with fairly, and that would be deprived of its fair share from the national-federal budget and the outcome resources, or that the federal government resorts to using the regions' shares as a weapon to pressure them, such as reducing their entitlements or slowing down the process of transferring the payment by missing the deadlines.⁽²⁾ For this, the regional governments attempt to directly manage their energy resources of oil and gas and thereby they insist that this entitlement must be constitutionally recognized. This helps to avoid any change or modification that this constitutional right of managing the energy resources may be exposed if there are legal regulations or political agenda attempts to give the energy management to the hand of the federal government and its authorities only.

This kind of constitutional guarantees are necessary. Enshrining this in a constitutional rules and principles for the management and regulation of oil and

-
- (1) Mishkat Al Moumin, 'The Legal Framework for Managing Oil in Post-conflict Iraq: A Pattern of Abuse and Violence over Natural Resources', in P. Lujala and S.A. Rustad (eds), *High-Value Natural Resources and Post-conflict Peacebuilding* (London: Earthscan, 2012), 413.
 - (2) This is one reason to say Countries that are rich in oil and gas resources are often described in the as suffering from the 'resource curse' or 'oil curse' Humphrey et al. (eds), *Escaping the Resource Curse*; Ross, *The Oil Curse: How Petroleum Wealth Shapes the Development of Nations* (Princeton University Press, 2013), 1.

gas resources helps a country overcome the challenges of economic and social and political instability,⁽¹⁾ especially, if there is fear, distrust and misuse of power by the federal government.⁽²⁾ As it is the case in Iraq, where the position of the Federal Government sets up some actions against the Kurdistan Regional Government (KRG),⁽³⁾ similar to the position of the Federal Government of Sudan towards the Region of South Sudan before its independent.⁽⁴⁾ Thereby, many federal regions, including the Kurdistan Region – Iraq, tend to insist on providing constitutional guarantees when it comes to the oil and gas revenue. This is so because to reach a fair distribution of this wealth and to establish the superiority of the region's law over the federal or center law in any cases; of a dispute with the federal government; of a difference between the laws of the two sides; or of a contradiction between them, and of any other constitutional guarantees (will be discuss in more details in the forthcoming sections). Although there is clarity in the constitutional texts and its provisions that doesn't require further explanation, as legally said "where there is a text there is no room for interpretation." However, these constitutional provisions turned into ink on paper only because of the intentional avoidance to abide by.

In this article, we shed light on some legal facts that have been developing between the Iraqi Federal government and the KRG on the constitutional issues related to the oil and gas question from historical-legal-critical perspective. The article examines and investigates several legal and academic documents related to the this issue in order to offer and record some objective and neutral facts. To history, there are facts that should be documented.

For this reason, this article presents and discusses the following points:

- (1) Abdullah Al Faruque, "Transparency in Extractive Revenues in Developing Countries and Economies in Transition: A Review of Emerging Best Practices", 24 (2006) *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 66-71
- (2) The report: Oil and Natural Gas: Constitutional Frameworks for the Middle East and North Africa, 21-22, available at <https://www.constitutionaltransitions.org/publications/oil-and-natural-gas/#:~:text=Oil%20and%20Natural%20Gas%3A%20Constitutional%20Frameworks%20for%20the,to%20enhance%20accountability%2C%20transparency%2C%20fair%20distribution%2C%20and%20efficiency.>
- (3) For some legal aspects of this issue see Rex J. Zedalis, *The Legal Dimensions of Oil and Gas in Iraq: Current Realities and Future Prospects* (New York: Cambridge University Press, 2009); also Haysom, Nicholas and Sean Kane, 'Negotiating Natural Resources for Peace: Ownership, Control and Wealth-sharing', Centre for Humanitarian Dialogue, October 2009, 32. available at http://comparativeconstitutionsproject.org/files/resources_peace.pdf.
- (4) In fact, the dissatisfied with constitutional rules for sharing oil revenues has led to tension to the level of violent conflict and war , as it was happen in the Niger Delta, see Kathryn Nwajiaku-Dahou, , 'The Political Economy of Oil and "Rebellion" in Nigeria's Niger Delta', 39 (2012) *Review of African Political Economy*,132-35.

First, The distribution of powers in the 2005 Iraqi Constitution

Federal constitutions differ in their approach of distributing powers and authorities, including the entitlements and power sharing between the federal (central) government and other federal entities- i.e., states, regions, areas, or governorates [hereafter regions] related to the distribution of wealth and revenues. Some federal constitutions gives some exclusive rights and powers to the regions. With the exception of these rights and powers, other jurisdictions belong to the federal government.⁽¹⁾ In others, the powers of the federal government are exclusively determined and the rest of the powers are left to the regions.⁽²⁾ A third group of constitutions follow the method of restricting the powers of both the federal government and the regions or one of them. A list of shared powers is then drawn up between the federal government and the regions; both sides should cooperate in its organization.⁽³⁾

The 2005 Iraqi Constitution adopts the method of specifying the exclusive powers of federal government and leaves the rest of other powers are to the regions to experience. This determination of exclusive powers of the federal government set out in nine clauses of the Article 110.⁽⁴⁾ The Iraqi Constitution

- (1) This method was adopted in the distribution of powers in a few Federal Constitutions such as the Canadian Constitution of 1867 and the amended one in 1951, the Constitution of India in 1949, and the Constitution of Venezuela in 1953
- (2) See e.g., the Switzerland Constitution of 1874, the Constitution of the US in 1789, the Soviet Constitution of 1936, the Basic Law for the Federal Republic of Germany in 1949
- (3) Ariane Muhammad Ali, *The Federal Constitution-Comparative Study* (Sulaymaniyah: Kurdistan Center for Strategic Studies, 2009), 81; Abdel Moneim Mahfouz and Noman Ahmed Al-Khatib, *The Principles of Political Systems-A comparative Study* (Amman: Dar Al-Furqan for Publication and Distribution, 1987), 98; Ismail Al-Ghazal, *Constitutional Law and Political Systems* (Beirut: University Corporation for Studies and Publishing and Distribution, 1982), 10.
- (4) The Article 110 of Iraqi Constitution of 2005 stipulates that: “The federal government shall have exclusive authorities in the following matters:
 First. Formulating foreign policy and diplomatic representation; negotiating, signing, and ratifying international treaties and agreements; negotiating, signing, and ratifying debt policies and formulating foreign sovereign economic and trade policy.
 Second. Formulating and executing national security policy, including establishing and managing armed forces to secure the protection and guarantee the security of Iraq's borders and to defend Iraq.
 Third. Formulating fiscal and customs policy; issuing currency; regulating commercial policy across regional and governorate boundaries in Iraq; drawing up the national budget of the State; formulating monetary policy; and establishing and administering a central bank.
 Fourth. Regulating standards, weights, and measures.
 Fifth. Regulating issues of citizenship, naturalization, residency, and the right to apply for political asylum.
 Sixth. Regulating the policies of broadcast frequencies and mail.
 Seventh. Drawing up the general and investment budget bill.



also implies that all powers not stipulated in the exclusive powers of the federal government belongs to the authorities of the regions and governorates that are not organized in a region as specified in the Article 115.⁽¹⁾ In addition, it identifies a set of shared powers between the federal government and the the regions and governorates as indicated in the Articles of 111, 112, 113 and 114. Then the Iraqi Constitution explains the ways of dealing with those issues in relation to general policies, how to act and manage. This clearly and explicitly stipulated in the Article 115, where it states that “All powers not stipulated in the exclusive powers of the federal government belong to the authorities of the regions and governorates that are not organized in a region. With regard to other powers shared between the federal government and the regional government, priority shall be given to the law of the regions and governorates not organized in a region in case of dispute.”⁽²⁾

It is important to note that the distribution of powers in the Iraqi Constitution is based on expanding the powers of the regions substantially against the federal government. Hence, Articles 115 indicates that all exclusive powers of federal government, which determined by the Article 110, are left to the jurisdiction of the regions and governorates that are not organized in a region. In this study, our focus will be on exploring the issue of oil and gas, and we leave other issues that are stipulated in the Articles 113 and 114.

←

Eighth. Planning policies relating to water sources from outside Iraq and guaranteeing the rate of water flow to Iraq and its just distribution inside Iraq in accordance with international laws and conventions.

Ninth. General population statistics and census.”

- (1) The Article 115 states “All powers not stipulated in the exclusive powers of the federal government long to the authorities of the regions and governorates that are not organized in a region. ...”
- (2) The Article 115 states: “All powers not stipulated in the exclusive powers of the federal government belong to the authorities of the regions and governorates that are not organized in a region. With regard to other powers shared between the federal government and the regional government, priority shall be given to the law of the regions and governorates not organized in a region in case of dispute”.

Second: the position of the federal government on the issue of oil and gas management and the distribution of resources:

A close look at the position of the federal government represented by the Iraqi Ministry of Oil, and the lawsuit it filed to the Federal Court (No. 59/Federal/2012), it becomes clear that the Iraqi Federal government considers the issue of oil and gas to be within its exclusive jurisdictions and powers. This view is in contrary to the Constitutional texts and its provisions, which is obvious and cannot stand other interpretations and misreading. Their argument grounded on the Article 111 that states: "Oil and gas are owned by all the people of Iraq in all the regions and governorates." It seems that the federal government considered itself the sole representative of the Iraqi people.⁽¹⁾

However, this interpretation is misleading because, on the one hand, this reading disengages the Article 111 and the Article 112 (1 and 2) of the Iraqi Constitution, it also ignores the specific exclusive powers of federal government that are stipulated in the Article 110, on the other hand. Although the Article 110 cannot stand other interpretations. Indeed, the federal government's reading to these texts grants new powers to the nine listed exclusive powers given to the federal government as clearly stated in the article.

It also worth mentioning that the Article 111 has more political significance than a legal one. This is done in an attempt that the oil and gas should not be used as means to ignite wars with neighboring countries or internal wars that drained the Iraqi people's wealth and squandered the revenues of the country, as it was occurring and recurring under the previous Iraqi regimes. The misuse of energy recourses led to the impoverishment of Iraqi people and returning their life style to the beginnings of the formation of the Iraqi state, and turned the majority people below the extreme poverty line. Moreover, the Article 111 should not be interpreted in isolation of the Article 112 and its clauses. As it was not in vain when the master-minders of the Constitution placed the Article 112 immediately after the Article 111. The constitutional drafters clearly stipulated how the two levels of the government (federal and region) should deal with each other in managing the oil and gas extracted from the producing fields before the approval of the Constitution in

(1) From comparative constitutional law perspective, the declaration of ownership of natural resources (including oil and gas) has been expressed differently either for the entities of state (e.g., "State" in Article 33(2) of Indonesia Constitution, "Government of the Federation" in Article 44 of Nigeria Constitution, " The Provinces" Article 109 Canada Constitution , " The Republic" in Article 12 Venezuela Constitution,) or for the people (e.g., " Public Property of the Individual Emirates" in Article 23 UAE Constitution).

2005, known as current or present fields, and how to distribute the revenues collected from these fields, and to determine the shares of the regions affected by previous regime policies of destruction and deprivation.⁽¹⁾

Above all, the vesting of ownership in the people in the Article 111 leaves key elements of the ownership unclear. Does ownership by the people mean that resources are to be held in trust by a government that represents the people? Or does it denote a type of communal public ownership? If it means the former, then in Iraqi constitutional system we have multiple levels of government which means we should make sure which level of government (central or federal, or shared ownership, or regions only) owns the resources. If it means the latter, then how exactly, and by whom or by which institution, are the rights of ownership exercised? Without additional provisions detailing resource management and revenue, this constitutional provision that vests ownership of natural resources in the people and requires that those resources be exploited for the benefit of the people may become little more than a broad principle.⁽²⁾ It is here where other provisions might not be necessary to offer further evidence to prove the erroneousness of what the federal authorities have adopted by focusing on the Article 111 to prove their exclusive power over the management of oil and gas, however, it is worth it to provide additional evidences which can offer a scholarly contribution to the constitutional and legal aspects of the question.

For instance, if we closely examine Article 110 of the 2005 Constitution that determines the exclusive powers of the federal government, and if we compare it with Article 25 of the Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period 2004 "TAL",⁽³⁾ which was considered as the Iraqi Constitution of that period, we find that Article 25 of that law has been reproduced to be Article 110 of the 2005 Constitution. Section E of that

- (1) Paragraph 1 of Article 111 stipulates that " The federal government, with the producing governorates and regional governments, shall undertake the management of oil and gas extracted from present fields, provided that it distributes its revenues in a fair manner in proportion to the population distribution in all parts of the country, specifying an allotment for a specified period for the damaged regions which were unjustly deprived of them by the former regime, and the regions that were damaged afterwards in a way that ensures balanced development in different areas of the country, and this shall be regulated by a law."
- (2) Kamil Mahdi, "Iraq's Oil Law: Parsing the Fine Print", 24 (2007) *World Policy Journal*, 11-20.
- (3) The Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period "TAL" is the current Iraqi Constitution, and was signed on 8 March 2004 by the Iraqi Governing Council (IGC). The TAL came into effect on 28 June 2004 following the transfer of sovereignty from the Coalition Provisional Authority (CPA) to the Iraqi Interim Government (IIG).

Article of TAL⁽¹⁾ indicates that the power of management of oil and gas, which is named the natural resources of Iraq, is under the powers of Iraqi Transitional Government. But this Section has been removed both in the text expression and content when the Article 110 was inserted in the 2005 Constitution. Article 110 did not only replaced the term natural resources with oil and gas, it also placed the ownership of oil and gas to all the people of Iraq but it did not address its management.

In the meantime, the Law No. 19 of 2013 of the Second Amendment for the Law for the governorates not organized into regions No. 21 of 2008 has settled this issue as the Federal Legislative Authority (House of Representatives) approved and confirmed that the issue of oil and gas is one of the shared authorities and the laws of the governorates have priority over federal laws in case of disagreement and dispute. This is precisely stated in two sections (5 and 6) of the Law No. 19 of 2013. The Section 5 states that:

“The local governments exercise those powers that stipulated for them in the Constitution and federal laws in the matter of local affairs, except for the exclusive powers of the federal authorities stipulated in Article (110) of the Constitution.”

Similarly, the Section 6 stresses that:

“The shared authorities stipulated in Articles (112, 113 and 114) of the Constitution shall be implied in coordination and cooperation between the federal government and local governments, and the priority shall be given to the law of governorates not organized in a region in the event of a dispute between them in accordance with the provisions of Article 115 of the Constitution.”

There is no doubt that what is valid for the governorates that are not organized in a region is relevant and correct for the federal regions. In addition, the parliamentary committee to prepare a draft amendment to the constitution, which was authorized under Article 142, recommended in its report that the management of oil and gas must be added to the exclusive powers of the federal government. What makes no sense here is that if the power oil and gas

(1) It states: “Managing the natural resources of Iraq, which belongs to all the people of all the regions and governorates of Iraq, in consultation with the governments of the regions and the administrations of the governorates, and distributing the revenues resulting from their sale through the national budget in an equitable manner proportional to the distribution of population throughout the country, and with due regard for areas that were unjustly deprived of these revenues by the previous regime, for dealing with their situations in a positive way, for their needs, and for the degree of development of the different areas of the country”.

are currently within the exclusive jurisdiction of the federal authorities, then what is the need for this recommended amendment. To put it differently, the federal government's interpretation of the Article 111 of the constitution has no basis and contradicts all the rules adopted in interpreting laws. It is only a step on the way to its endeavor to monopolize oil operations in exploration, extraction and management, without a legal basis.

Their arguments rely heavily on those laws that issued in light of the previous Iraqi centralized government during Saddam Hussain's regime and alike, and the insistence on keeping these laws without termination or amendment. All these despite the fact that the centralized political approach and philosophy, and its economic policy inspired by the officially banned Baath's philosophy, which is completely, at least supposedly, different from the philosophy of governance stipulated in the 2005 Iraqi Constitution. This is clearly set out in the first Article of the 2005 Constitution, which states that:

“The Republic of Iraq is a single federal, independent and fully sovereign state in which the system of government is republican, representative, parliamentary, and democratic, and this Constitution is a guarantor of the unity of Iraq.”

That is why, the Federal Ministry of Oil clings to the Law No. 101 of 1971, which expressed highly centralized system of government, restricting all oil and gas affairs to the Ministry of Oil. In addition, the Law No. 84 of 1985, the Hydrocarbon Wealth Preservation Law, completely contradicts the provisions and philosophy of the current decentralized Federal Constitution.

Third, Freezing and distorting the application of the provisions of the Constitution relating to oil and gas:

The two parties (the federal government) and (the KRG) had agreed on the draft of Oil and Gas Law on February 15, 2007, which constituted a strategy stipulated in Section 2 of the Article 11 of the Constitution, and the draft was sent to the State Consultative Council (The State Council currently) with four appendixes on February 28, 2007. However, the State Consultative Council transcended its constitutional authorities. Under the sanctions of the Article 101 of the Constitution the Council's power are limited to "framing and formulating" draft laws, however, it intervened in the thematic and technical aspects of the project contradicting its constitutional powers set in the Article 13(2). Meanwhile, the Council did not summon the representatives of the KRG to discuss the project as it was satisfied with the observations of one party, the Federal Ministry of Oil.

This is despite the fact that the draft of the project had been prepared by experts of both parties as stipulated in the Article 112(2). Therefore, it is legally required that any amendments or modification must be made with the consent of the representatives and experts of both sides. And yet, the Council ignored this legal provision, and instead made fundamental changes to the drafted law that brought the issue back to square one and it undermined the previously agreed project and conceded the management powers of all stages of oil operations to the Federal Ministry of Oil, restricting the authority to grant licenses for exploration, development and production to the central federal authority only on the pretext that "oil and gas belong to the Iraqi people." It even continues to say that the central government represents the Iraqi people in general, and the regions and governorates do not have expertise in this field, and this is what was stated in the letter of the State Consultative Council No. 911 on May 31, 2007.

Subsequently, the then Prime Minister of the Kurdistan Region, Mr. Nechirvan Barzani, sent a letter No. 250 dated July 22, 2007 to the then Prime Minister of the Federal Republic of Iraq, Mr. Nouri al-Maliki, in which he indicated that the State Consultative Council had removed what was stated in the draft law that was prepared "together" by both parties, this is inconsistent with the principles of the 2005 Constitution and the supreme interest of the state. Furthermore, Barzani stated that the Council did not take into consideration the sensitivity of this matter. More worrisome, according to Barzani, the Council's intervention was politically driven not legally, and in a deliberate and illegitimate way. Barzani also attached to his letter a copy of the letter of the State Council, referred to above, and explained that the changes of

the Council included most of what was mentioned in the essential texts, and the content of the legal provisions were reduced by 30% of the original content of the draft law equivalent of one hundred sections, fifteen thousand words, in legal texts where each word had its own value. Nonetheless, in order to facilitate matters for the purpose of preparing the final version - as stated in his letter - the Prime Minister of the Kurdistan Region submitted proposals in Appendix No. 5 based on several articles of the constitution.

Here, it appears that the letter was attached with several special supplements, and that the letter and the position of the State Council, which included the draft law on the management of the financial resources, was not limited to the draft of oil and gas law, as the two parties had previously set up a special committee to draw up a working paper, "A Road-Map", on February 26, 2007 to accomplish the task of legislating both laws - Oil and Gas and Financial Resources Management before March 15, 2007. Section 5 of the Road-Map states that the federal government, in coordination with the KRG, should accomplish the requirements for legislation and implementation of two bills: the Oil and Gas Law and the Financial Resources Management Law simultaneously and activate the stipulated bodies and structures within a period not exceeding the end of May 2007. If these procedures are not materialized within the set dates, then, the Prime Minister of Iraq and the President of the Kurdistan Region will meet to discuss ways to accomplish this within a month and find a solution based on the following two options:

1. The first option is that in the event that Section 5 above is not implemented until May 31, 2007, the two parties shall have the right to arrange development and production contracts in accordance with what is stated in the Constitution, the Draft Law of oil and gas, and the general principles of standard contract models.

2. The second option is to extend the Section 8 that mentioned above.

However, the federal government did not take any step to revive the draft law and/or renew hope that it would be possible. Days and months passed, and the agreed dates were surpassed in vain. All these compelled the KRG to submit its own draft law of oil and gas for the Region, which was approved by the Kurdistan Parliament in an emergency session. The Law No. 8 issued on August 8, 2007 and verified by the Kurdistan Region Presidency based on the provisions of Law No. 1 of 2005 as amended.

It is worth noting that the Region did not have any commercially productive Oil fields when the current Federal Constitution ratified in a referendum in 2005. At the time there were only two producing fields, Tawki

and Taq Taq, which they did not produce more than 120 thousand barrels per day (50 thousand barrels from the Tauki field and 70 thousand barrels from the Taq Taq field). The two parties agreed on how to dispose of the mentioned quantities, develop both fields, pay the dues of the concerned companies, and form a joint committee to exchange information related to the development of the fields and hold periodic meetings.

This agreement as signed by Mr. Ashti Hawrami, Minister of Natural Resources in the Kurdistan Region and Abdul Karim Lahibi, Undersecretary of the Iraqi Ministry of Oil for Extraction Affairs) on April 12, 2010. More importantly the Federal Council of Ministers made the decree No. 199 of 2010 in a session held on May 18, 2010 where it ratified the minutes of the meeting signed by both parties, referred to above, and the Federal Ministry of Finance informed the KRG of ensuring the payment of the dues of the concerned companies after being duly audited in accordance to the minutes of the aforementioned meeting on July 18, 2010.

- On June 24, 2010, the Federal Ministry of Finance sent a letter No. 40 to Kurdistan Region, Ministry of Oil, Minister's Office, which states that “The Federal Ministry of Finance guarantees the payment of the dues of the oil companies under investigation after they are duly audited in accordance to the mentioned minutes.” The Minister of Finance, Engineer Baqir Jabr Al-Zubaidi, has signed the aforementioned letter.

- On July 18, 2010, the then Federal Minister of Oil, Mr. Hussain Al-Shahristani, sent a letter to the Federal Minister of Finance No. F/147. He affirmed the quantities of oil exported from the fields of Tawki and Taq Taq and stressed the need to expedite the resumption of the export of crude oil from the fields of Kurdistan Region through the Iraqi-Turkish pipeline. And that the costs spent by the contracting companies to develop these fields, Tawki and Taq Taq, must be quickly audited. Section 4 of the letter insisted that there should be no connection between the resumption of export and the audits referred to and the payment mechanism - here it refers to the costs of contracting companies.

- On 17/1/2011, a meeting was held at the headquarters of the Federal Ministry of Oil in the presence of the Federal Minister of Oil and the Minister of Natural Resources of the Kurdistan Region. The meeting discussed the export of (40-50) thousand barrels per day from Tawki field through the Iraqi-Turkish pipeline system and the export of (35) thousand barrels per day from the Taq Taq field through the receiving station at “Khurmala” station, and exporting all quantities of fuel oil and oil produced in the Region’s refineries (Bazian, Kalak, and Tawki) by mixing it with the general line exported via the Iraqi-Turkish line.

In section 2 of the minutes of the same meeting, it was agreed to disburse an advance payment to cover the costs of oil production. Section 3 also dealt with the agreement on operating the Region's refineries, supplying gas oil to energy power plants, and mixing quantities of oil and fuel oil with exported crude oil through the Iraqi-Turkish line system. Then section 4 clearly stated that the federal government supplies the fuel oil to cement and brick factories and factories approved by the industrial development in the Region.

● On September 18, 2012, the Federal Council of Ministers issued Resolution No. 333 approving the above proposal of the agreement made between representatives of the federal government and representatives of the KRG. It identified the rates of the quantities of crude oil that will be delivered by the KRG to the Federal Ministry of Oil for the remaining months of 2012. In return, the Federal Ministry of Finance should pay the first advanced payment to the KRG at the beginning of the week after the Council's meeting. Then, the second advanced payment will be paid in the end of week in accordance with the budget law for the year 2012. Meantime, the Region should submit its estimates of the quantities expected to be exported during the year 2013 with a statement of the companies' dues scheduled to allocate for the same period for inclusion in the project of the Federal General Budget Law for the year 2013.

Also, it was stated in section 4 of the resolution that the Federal Ministry of Oil, in conjunction with the Ministry of Natural Resources of the Region, prepare a detailed report on the quantities produced, exported, sold locally and refined, and the dues of companies paid for the period starting from 2008 until the date of the abovementioned resolution by the Federal Council of Ministers No. 333 of 2012. Meanwhile, Section 6 of the resolution dealt with exchanging information on the quantities of refined crude oil and petroleum products and calculating the Region's share thereof according to a 17 percentage of the budget share.

A copy of the Council of Ministers Resolution No. 333 of 2012 was sent with the proposal of the agreement to the Council of Representatives attached to a letter from the Legal Affairs Department at the Council of Ministers No. 38667 dated December 11, 2012.

And the proposal of the agreement included several other topics related to the ruling expenditures and the sovereign expenditures of the federal government, which witnessed an increase and greatly affected the share of the provinces and the Kurdistan Region. The total expenditures amounted to 28% of the budget, which is equivalent to 41 trillion dinars of the total budget for 2013, while the proportion of sovereign expenditures for 2011 (22,02%) and

2012 were (26.5%), and the rise was continuing year after year.

The delegation of the Kurdistan Region requested the need to establish regulations and criteria to determine the annual percentage of sovereign expenditures from the total annual budget and thus determine the elements of the sovereign expenditures. It was decided at the meeting that the Federal Ministry of Finance would provide clarifications, details and statements regarding these sections and indicate the date of the advent of loans and debts, as the Region does not bear loans and debts yet after the date of April 9, 2003 if the Region did not benefit from it.

At the same meeting, the delegation of the Region requested from the federal government to contribute to the cost of producing crude oil exported from the Region, and that 17% of the revenues to be allocated to the Ministry of Natural Resources for the Kurdistan Region to contribute to the cost of producing and exporting oil in the Region. The Federal government has no object on this request. It has been found that the expenses of oil production and export by the federal government, the Ministry of Oil, considered among the sovereign expenditures, meanwhile the expenses of production and export of Kurdistan Region's Ministry of Natural Resources are not counted as sovereign expenditures.

Also, the delegation of the Kurdistan Region suggested amending section 3 of the agreement concluded on September 13, 2012 by adding "The dues of contracts of foreign oil companies in the Kurdistan Region estimated by the Ministry of Natural Resources" with the addition of a new section to the last section of calculating the Kurdistan Region's share of the total budget for 2013 should not exceed 50% of the imports gained from the sale of exported oil from the region according to the agreements concluded on January 17, 2011."

To this end, all participants agreed on the Region's suggestion to create a separate text and section for the Region's contracts "that what was mentioned above came within the minutes of the meeting of representatives of both parties: the federal government and the KRG regarding the discussion of items and articles related to the Kurdistan Region in the draft federal budget law for the Republic of Iraq, which was agreed upon." The text of the agreed minutes of the meeting was presented to the Federal Supreme Court and was compiled along the other documents presented by the Ministry of Natural Resources under the sequence Appendix No. 6 in Case No. 59/Federal/2012 to prove that oil production in the Kurdistan Region and its export was only managed with the knowledge and approval of the federal government as a constitutional right of the Region.

Fourth: The ambivalence position of the Iraqi federal government

At a time when contacts and mutual understandings between the Iraqi federal government and the KRG were in full swing to reach solutions to financial problems in general and oil issue in particular with the aim of reaching a long-lasting formal agreement, however, on the ground things were heading in the wrong direction. This became more obvious when the Federal Ministry of Oil took the KRG represented by the Ministry of Natural Resources to court with case No. 59/Federal/2012. When there was a clear and concrete agreement between the Federal government and the KRG, as we explained with documents above, that gave the KRG the right to produce and export oil, and even obligated it to the quantities that should be produced at the instructions and decisions of the Federal government to supplement the Iraqi annual budget. It even requested to speed up the resumption of the export of crude oil from the fields of the Region.⁽¹⁾ The Federal government committed to pay in advance, by the Federal Ministry of Finance, the cost of production in the Region (minutes of the previously mentioned meeting on January 17, 2011).⁽²⁾ Additionally, the two parties had agreed to settle accounts between them starting from the 2004 to 2012 in conjunction with the Federal Office of Financial Supervision and the Office of Financial Supervision of the Region, no later than October 15, 2013.⁽³⁾

This was supposed to be renewed in all subsequent annual budgets, and despite the fact that some articles of the federal general budget have been amended to be consistent with the agreement of the two parties according to the minutes of the meeting approved by the Federal Council of Ministers in its decision No. 333 for the year 2012 on September 18, 2012, however, the Federal Ministry of Oil retained the case 59/Federal/2012 with a claim based on the Law of Organizing the Ministry of Oil No. 101 of 1976, given that the aforementioned law stipulates that the Ministry of Oil manages the oil sector and is concerned with exploration, drilling, extraction and liquidation operations of oil and gas as well as the refining and producing gas, all these in addition to the transportation and marketing of crude oil, etc., justifying this by Article 130 of the Constitution, which states: "Existing laws shall remain in force, unless annulled or amended in accordance with the provisions of this Constitution". This is without paying attention to the Article 13 of the Constitution where section 2 states: "No law that contradicts this Constitution

-
- (1) The Federal Ministry of Oil/ Minister's Office No. F/147 on 7/18/2010.
 - (2) Meeting minutes of 17/1/2011.
 - (3) Minutes of the meeting of the two parties dated 21/October/2012.

shall be enacted. Any text in any regional constitutions or any other legal text that contradicts this Constitution shall be considered void.” The question here is that what is the logic to make contradictory legal texts with its provisions hostage to the will of a minister or a cabinet?

The law on which the Iraqi government claim relied on in the lawsuit contradicts the provisions of the 2005 Constitution in whole and in part. This is because it reflects the philosophy of a centralized system that had been ousted from power almost ten years before the lawsuit was instituted, and without any understanding to that the current “federal” system differs constitutionally from the previous systems fundamentally to the point of contradiction. The federal government should have amend the law of the Ministry of Oil if it respects the constitution and believes in its provisions and the federal system, or nullify the case that was made by the Ministry of Oil, as it is not within the logic of law to put aside the aforementioned agreements, and to go ahead along with the allegations in which the claimant denied the constitutional rights of the Kurdistan region in the field of oil and gas.

When the KRG sensed the Federal government’s inaction in taking the necessary steps to legislate the federal oil and gas law, and when the State Council made fundamental and sensitive changes to the content of its provisions, and when the KRG was not receiving any response for re-negotiation and dialogue on its articles in which the changes were made, it was compelled to proceed to legislate a special law for oil and gas for the Region by Kurdistan Parliament No. 28 of 2007. This law was in line with and compatible with the provisions of the 2005 Iraqi Constitution stipulated in the articles 111, 112, 115 and 121. The project for the proposed law was prepared by local and international experts with high expertise in the fields of oil and gas and the aspects of local and international law.

Finally, Professor James Crawford (SC, FBA, LLD) was consulted to ensure that the KRG oil and gas law is compatible with the provisions of the 2005 Iraqi Constitution.⁽¹⁾ In summary, he thought that:

(1) Professor James Crawford is Whewell Professor of International Law, Director of the Lauterpacht Centre for International Law, University of Cambridge and a Fellow of Jesus College, Cambridge. He was a member of the United Nations International Law Commission from 1992-2001 and Special Rapporteur on State Responsibility (1997-2001). In addition to scholarly work on statehood, self-determination, investment law and international responsibility, he has appeared frequently before the International Court of Justice and other international tribunals, and is actively engaged as expert, counsel and arbitrator in international arbitration. Crawford, James. "The authority of the Kurdistan regional government over oil and gas under the constitution of Iraq." 3 (2008) *Oil, Gas & Energy Law* 6.

1. Article 112 of the Constitution authorizes the federal government to administer the oil and gas extracted from the “existing” fields. But this right must be exercised in conjunction with the government of the producing region and governorate, and it is subject to the condition of equitable distribution of revenues. There is no constitutional provisions for non-producing fields and future fields in Article 112. The regional administration of these fields must respect the strategic policies that will be drawn up by the federal government and the KRG.

2. The KRG is bound by the content of the Article 111, and it should not manage alone the current fields in the absence of any arrangements for revenue sharing.

By the current fields the Constitution means the producing fields before the enactment of the Constitution in 2006. Crawford precisely stated that federal government does not have any unilateral authority under the Article 112(2) on the “non-current” fields. In the absence of agreed strategic policies between both parties, the KRG has the right to move forward in exercising its constitutional right in a manner consistent with its constitutional duties.

3. The Kurdistan Region’s Oil and Gas Law (meaning Law No. 22 of 2007) is consistent with the Iraqi constitution, and with the continued absence of any agreement according to the text of Article 112(2) regarding the necessary strategic policies, the KRG has the right to manage its oil and gas resources. It shall do so overtly and in a manner that gives effect to the principles set forth in that Article.

4. The current contracts signed by the KRG for the exploration and development of oil and gas since 1992 remains valid unless they contradict with the constitution. Until an agreement is reached between the Iraqi federal government and the KRG on strategic policies, the authority of the KRG, in accordance to the constitutional mandate and the implementation of new contracts shall remain unrestricted.

Fifth: Signs of losing the confidence of the KRG in the attitudes of the federal government:

Despite of the shifting and contradictory positions of the Federal Government and its justifications that contradict the provisions of the Constitution, all of which, we believe, are rooted in nationalistic premises at times and its inferiority view toward the Kurdistan Region and its people as well as its lack of will to move forward in establishing and consolidating the principles and rules of federally governance, on one the hand, and to its adherence to centralized tendencies, on the other, the KRG insisted on its position to preserve its constitutional rights. The right that the KRG are entitled to in the current constitution was not a favor from anyone rather, these rights were gained, and for this, sacrificed were given in years of struggle by the people of Kurdistan which endured dramatic destruction. Nonetheless, the KRG maintained its efforts to reach a solution that complies with the provisions of the Constitution. Later, it concluded an agreement with the Federal Government in 2014 requiring the Region to export 550 thousand barrels of oil per day, at a rate of 250 thousand barrels from the Region's fields in addition to 300 thousand barrels from the Kirkuk oil fields, which are managed by the North Oil Company, provided that the quantity is marketed through the Iraqi SOMO Company. In return, the Federal government should send 17% of what is decided in the general budget to Kurdistan Region (equivalent to a trillion and two hundred billion Iraqi dinars). With the flow of oil and its continuity, the amounts transferred to the region were less than the agreed percentage for financing the region's budget and were limited to 40% of the amount due to the Region in accordance to the ratio agreed upon between both parties, which amounted to (a trillion and 200 billion Iraqi dinars) in accordance with Article 112(2) of the Constitution.

But the federal government did not abide by what had been agreed on, and the Region's entitlement was reduced to 488 billion dinars instead of 543 billion dinars until April 2014. This is despite the fact that the Region increased the amount of oil produced during the mentioned period to reach 562 thousand barrels, which is higher than the number agreed on in the agreement.⁽¹⁾

(1) Dr. Govand Shirwani, article published in Al-Zaman newspaper, dated 8/6/2015

Sixth: The position of Iraqi legal scholars on the oil and gas crisis

In order not to be accused of being biased towards the KRG and being told that we only choose those research papers supporting the Region regarding the distribution and sharing of powers between the Federal government, the region and the governorates that are not organized in a region, we are going to use other studies and articles that were written by legal professors in other parts of Iraq.

In the opening of his article titled “The Centre, the Region and the Constitution”, Zuhair Al-Maliki⁽¹⁾ states that: “Article 115 of the Constitution granted the regions all powers except the exclusive powers given to the federal government. The article went further arguing that: “all powers not stipulated in the exclusive powers of the federal government belong to the authorities of the regions and governorates that are not organized in a region. With regard to other powers shared between the federal government and the regional government, priority shall be given to the law of the regions and governorates not organized in a region in case of dispute,” as stated in the constitution. Moreover, Article 121(2) suggests that “in case of a contradiction between regional and national legislation in respect to a matter outside the exclusive authorities of the federal government, the regional power shall have the right to amend the application of the national legislation within that region.”

Then, Zuhair Al-Maliki discusses the Article 112 of the Constitution saying: “From the text of the previous article, we see the management of oil and gas extracted from the current fields should be between the center and the region, and that the formulation of strategic policies necessary for developing oil and gas resources is one of the joint powers between the center and the region, as the Constitution stipulates vividly and undividedly. In this case, since the authority is one of the shared powers, then, the second section of the Article 121 must be enforced as it is not one of the exclusive powers of the Center.”⁽²⁾ He concludes that “we must emphasize that the constitutional text, whether we like it or not, remains the supreme law of the state, and respect for the provisions of the constitution and its supremacy is the first manifestation of the state’s respect for itself and its position among the other nations on this planet.”

(1) <https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=405685>

(2) *ibid*

Jawad Kazem Al-Bakri published an article titled “Basics of Wealth Distribution in Federal Systems.”⁽¹⁾ His views can be characterized by objectivity and impartiality. The last two pages of the article is dedicated for “How to deal with the issue of oil and gas.” He states that we note that the Iraqi constitution has dedicated Articles 111 and 112 for the question of oil and gas. But they did not address “future fields”, and this means that these type of fields will be within the jurisdiction of the regional governments in which they are located entirely and are not covered by the restrictions contained in section 1 of Article 112 regarding the distribution of resources, because the aforementioned restriction is on the “current fields” and also because Article 115 stipulates that: “All powers not stipulated in the exclusive powers of the federal government belong to the authorities of the regions and governorates that are not organized in a region.”

He also admits that the Article 111 included a general statement in which it acknowledged the ownership of oil and gas for all the Iraqi people in all the regions and governorates but it did not state that it belongs to the Iraqi state. This implies that “it is not the private ownership to Iraqi State.” This implies two possibilities, first, the Iraqi people in all the regions and governorates own all the oil and gas that is found in all the regions and governorates in a common way. But this text denies that what is meant by ownership is it what is known in the civil law “as it is the direct authority of the owner over the property, which it exercises with three elements: use, exploitation and disposal”. Second, what the founders of the constitution meant, as we mentioned earlier, is that oil and gas imports should be placed and allocated to serve the Iraqi people, and that the text came “as a reaction to the prevailing situation under the previous regimes and their reckless policy.” One of the rules of interpretation is to carry the words in the manner that has meaning, because it is practically impossible for the Iraqi people in all regions and governorates to exercise the elements of ownership in all those different regions.⁽²⁾

The author of the article maintains that the Iraqi Constitution has adopted the approach of determining the exclusive powers of the federal government and what remains is for the regional governments. As for the shared powers between the two parties, the final word is for the regions if there

(1) <https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=125312>

(2) ibid

is any conflict and disagreement between the Federal government and the regions. This is based on Article 115, which pointed to the non-current (future) oil and gas fields which are exclusively within the jurisdiction of the regions. As for the current fields, their management is shared between the federal government and the regional government, and in the event of a dispute, the final word is given to the regional laws, which has priority over the federal laws.⁽¹⁾



(1) ibid

Seventh: The position of the Federal Supreme Court on the oil and gas crisis between the Federal Government and the KRG:

The Federal Ministry of Oil had filed the lawsuit No. 59/Federal/2012 to the Federal Supreme Court against the Ministry of Natural Resources of the Kurdistan Region, requesting the arbitrator to hand over the entire oil produced in the region to the Federal Ministry of Oil. The case has been filed by the Federal government without any consideration to the agreements and settlements that were made between the Federal government and the KRG, and without consideration to the constitutional obligations of the Federal government towards the Region, and even without paying attention to what had been conceded, agreed upon and established in the annual budgets law of the Iraqi government as settled in the budgets of the years 2006 to 2021. The agreements made were sometimes kept and other times were not kept

This case was followed by another lawsuit No. 110/Federal/2019 filed by a citizen from Basra in his personal capacity against the Prime Minister of the KRG and the Speaker of the Parliament of Kurdistan, requesting the unconstitutionality of the Oil and Gas Law of the Kurdistan Region No. 22 of 2007 and claiming the unconstitutionality of the KRG's contracts with foreign companies. In light of the clarity of the provisions and articles of the Constitution and the forms of agreements between the Federal government and the KRG, which were reflected in the laws of the annual budgets of the Federal government, the Supreme Court was expected to issue a decision to pave the way for solving the problem between the two parties. One expected that the Court's decision would be directed at resolving the issues, especially between the two governments, as it is said "the constitutional judiciary can play a crucial role in resolving disputes over the competencies between the federal government and the regional government, provided that the Federal Supreme Court possesses a qualified legal structures and possesses legal specific specialization"⁽¹⁾ However, the Federal Court in more than one cases showed that it is a sources for complicating and deepening the issues and differences between the Center and the Region, and at times even closing the path for solutions,.

The Federal Supreme Court issued a statement on February 15, 2022 signed by majority judges after unifying the two lawsuits, in which it:

1. Decided that the Oil and Gas Law No. 22 of 2007 of the KRG is unconstitutional and for this it must be revoked ,

(1) <https://abu.edu.iq/sites/default/files/jurnals/abu/6/6-8.pdf>

2. Obligated the KRG to hand over all oil production to the federal government and enabled it to exercise its powers of discovery, extraction, export and sale.

3. Decided that the plaintiff has the right to pursue the invalidity of oil contracts with external parties (states and companies).

4. Obligated the KRG to enable the Iraqi Ministry of Oil and the Federal Financial Supervision Bureau to review the oil contracts concluded by the KRG regarding the export and sale of oil for the purpose of auditing and determining the financial rights owed by the regional government and determining the share of the provinces of the Kurdistan region from the general budget and not delaying it after the implementation of all sections of this decision from the regional government.

The decision was issued by a majority based on the Articles 93 (2), 94, 110, 111, 112, 115, 121, and 130 of the Constitution. The grounds that the decision was based on does not give it a character to be considered an objective and impartial judicial decision. The decision was devoid of a convincing explanation that suggests the validity of the applicability of the provisions of the articles on which it was based on from the legal and material facts of both lawsuits. Instead, it almost adopted the plaintiffs' statements as conclusive evidence and ignored the documented evidence presented by the defendants, which were referred to in the previous pages of this article. They were presented as defense statements during the court procedures. The plaintiff of the Case 59/Federal/2012 was unable to challenge the validity of any of them at the time.

Here, we should discuss the grounds that the Federal Supreme Court supported in its decision, as follows:

1. The Court considered oil and gas to be among the exclusive authority of the Federal Government, contrary to the provisions of the Constitution. It did so while the authority over oil and gas has not been mentioned in Article 110 which identifies the exclusive jurisdictions of the Federal government. The federal government does not have any jurisdiction to add to any further power, just as the Court does not have the authority to add any new jurisdictions to the federal government, especially as we mentioned earlier that the origin of Article 110 of the Constitution is reproduced and copied word by word from Article 25 of "The Law of Administration for the State of Iraq for the Transitional Period (TAL)" and that section (E) of the this law, which was related to natural resources, including oil and gas was later excluded when it was reproduced and inserted as Article 110 in the 2005 Constitution. In the

new constitution, it came to exclude oil and gas. This implies that the management of the oil and gas shall be covered by Article 115 of the Constitution, which stipulated that “All powers not stipulated in the exclusive powers of the federal government belong to the authorities of the regions and governorates that are not organized in a region.” It is not legally logical to say that its exclusion was an inadvertence or an act that has no consequences or implications, as the reason for exclusion, as in the form adopted in the Article 25 /E, was to make gas and oil to be administered in consultation with the regions and governorates. This necessitated to be included in the shared jurisdiction and to be excluded from the jurisdictions of the federal government in the 2005 Constitution.

2. The court’s tendency to include oil and gas to the exclusive powers of the Federal authorities, as it stated in the decision: “The Federal authorities are constitutionally authorized to make foreign, economic and trade policies, hence, it is not permissible for governorates or regions to violate the constitution.” As this conclusion has no legal basis, we have two observations on this reasoning on which the Court relied in its decision:

i. Article 110(1) did not make “setting” the sovereign foreign, economic, and trade policies within the exclusive jurisdiction of the federal authorities, and the aforementioned section did not stipulate that.

ii. Rather, what is stipulated is “drafting” policies, not setting it, and there is a big difference between the two. Drawing policy means putting out broad lines without details to achieve a specific goal.

iii. As for “setting policies” it is considered within the jurisdiction of the regions and governorates that are not organized in a region. The court had to take note of the constitutional terms used and not confuse them, which are (drawing, setting, implementing, organizing), as each term has its legal, economic and administration interpretation, signification and meaning as not every foreign trade considered sovereign. Sovereignty is trade between countries, it is not dealing with foreign companies, which is also available to individuals.

iv. The Constitution has singled out oil and gas policy with a specific provision. This has nothing to do with the Article 110, but it is with the Article 112, and it required to be drawn up by the Federal government and the Region together, and thus it is considered one of the shared powers between the federal authorities, regions and governorates that are not organized in a region. The text is clear which does not need diligence or interpretation, and ignoring its clarity raises eyebrows.

The constitutional texts distinguish between the “producing oil fields” prior to the enforcement of the Constitution and the “current and future fields”, it dealt with them separately. The Court ignored this aspect and ignored what was stated in the constitution and worked out incorrect conclusions that are far away from legal understandings. It considered oil and gas within the exclusive jurisdiction of the federal authorities.

3. The court dealt with section 3 of Article 110 of the Constitution which states that regulating trade policy across the borders of regions and governorates in Iraq is the exclusive jurisdiction of the federal authorities, and this is what no one disputes. But what is the relationship of this section to the issue of Oil and gas and lawsuits filed in this case? Especially, since the aforementioned section has nothing to do with sovereign trade across international borders stipulated in section 1 of the same article, rather it concerns the internal borders of regions and governorates that are not organized in a region. The text is clear, and it deals with drawing up internal trade affairs. More importantly, the legislator has ended the section with a sentence “in Iraq”. Despite this, the court, in its decision, conflated the two issues together, and it brought together the regulation of internal trade in the matter without justification or legal basis.

4. The Court relied on Article 111, which is an article with a generic meaning and understanding, as the court itself indicated in one of the pleadings it was confirmed in its minutes. Indeed, no one denies that the revenues of oil and gas are for the Iraqi people, but ownership and management are two different matters. It is not clear, does the constitutional drafters meant that the Iraqi people take over the management of oil directly? Article 112(1), which immediately follows Article 111 in the Constitution, detailed how to manage oil and gas in relation to (current) fields and how to distribute revenues to regions and governorates that are not organized in a region.

Also, to let people know what they own and how they distribute their revenues should be through annual budgets and investment projects. This has nothing to do with the existing problems between the federal government and the KRG, and it is not valid to be used as basis for its verdict, since the quantities produced are known and specific, and the federal government deducts their stakes from the region’s share in the event that they are not exported through the SOMO company, and this solution is agreed upon and is seen as an established base in the annual federal public budgets. What is important is that the value of the product enters the state’s general budget (and is delivered to the state treasury in cash or judgment) and is calculated when distributing resources to regions and governorates that are not organized in a

region, and the annual budgets stipulate a clear procedure between the two parties.

5. In its decision, the Court based its decision on the starting texts of the Article 115 of the Constitution, where it states: “All powers not stipulated in the exclusive powers of the federal government belong to the authorities of the regions and governorates that are not organized in a region”. The question here is that did Article 110 of the Constitution in any way stipulates the authority over oil and gas within the exclusive jurisdiction which the Court based its decision on? The answer is no.

Furthermore, it is not clear why did the Court neglected the last portion of same article, which states: “With regard to other powers shared between the federal government and the regional government, priority shall be given to the law of the regions and governorates not organized in a region in case of dispute.”

What the Court intended in referring to one portion of the article is that it considered oil and gas within the exclusive jurisdiction of the federal authorities, ignoring every other things stated in Article 112, which considers the management and the drawing of strategic policies to be among the shared jurisdictions between the federal government, the region and governorates that are not organized in a region. It also overlooked the law enacted by the Iraqi Council of Representatives No. 19 of 2013 amending the Law of Governorates not Organized in a Region No. 21 of 2008.⁽¹⁾

6. The Court stressed that the administration of the Federal Government of Oil and Gas represented by the Federal Ministry of Oil is subject to the provisions of the valid laws which are still legally binding based on Article 130 of the Constitution, also the Law No. 101 of 1976 as well as the Hydrocarbon Wealth Law No. 84 of 1985.⁽²⁾ However, it ignored Article 13 of the Constitution, which considers the Constitution to be the supreme and the highest law on the land, and that it nullifies any text contained in the constitutions of the regions or laws that contradicts with texts of the Constitution.⁽³⁾

(1) The Law of Governorates Not Organized in a Region No. 21 of 2008.

(2) Article 130 of the Constitution: “The legislation in force shall remain in force, unless it is repealed or amended, in accordance with the provisions of this Constitution”.

(3) Article 13 of the Constitution (First: This constitution is the supreme and supreme law in Iraq, and it is binding in all parts of it, without exception. Second: It is not permissible to enact a law that contradicts this constitution, and every text contained in the constitutions of the regions, or any other legal text that contradicts it, shall be considered null.”

By adopting this approach, the Court has decided to set a very dangerous judicial precedent, which is the legality of keeping the old laws inconsistent with the provisions of the current constitution indefinitely. This makes the Constitution to be hostage to the will of the ministries and government departments, if they wish, they adopt a project to revoke or amend, and if they wish, they overlook it indefinitely. This is exactly what the Federal Ministry of Oil adopted. We may ask, doesn't this position blow up the constitution, and doesn't this means retraction of its provisions, and reverse towards centralization order?

We may wonder, was the intention of the founders of the current constitution behind the legislation of Article 130 to abandon laws that conflict with the Constitution? And the valid laws before its establishment as valid and applicable unless it is canceled or amended, or they meant the laws prior to the entry into force of the Constitution that were not inconsistent with its provisions? The answer lies in the text of Article 13 of the Constitution, sections (1 & 2). According to this understanding that inspired the Court, the legislation of Article (13) was in vain, For no reason!

Not to mention that the Court ruled to abolish laws of the Region because, as it claims, it contradicts the Iraqi previous regimes laws. A set of laws that preceded the enforcement of the current Constitution which contradicts the philosophy of the post-centralization governance on which the current Constitution laid its foundations. After the enforcement of the current constitution in 2005, if the priority is given to the laws of the region when it conflicts with the federal law issued by the federal authority in the center, then, priority should be given to the laws of the region when it conflicts with an Iraqi law issued before the entry into force of the current constitution. In addition, the Courts actions and rules contradicts the spirit that the new constitution established for.

7. In justifying its ruling, the Federal Supreme Court relied on the decisions of one of the United States courts. This is an unprecedented procedure in the Iraqi judiciary, that should have been avoided.

8. The Court touched on matters outside the subject matter of the case and that are outside the Court's jurisdiction. The case was widely circulated by social media for political purposes to cover up the Federal government's policy of withholding the budget of the Kurdistan region since 2014 and not financing the region according to what was agreed upon. It was also to cover up the central government's refusal to finance the Region in a way that guarantees paying the salaries of the region's civil servants on time, which is an obligation on the federal government, given that the salaries of employees, retirees,

martyrs, and political prisoners are among the rights of citizenship. In my opinion, the Court should have not opened this door and stir up the emotions of the citizens of Kurdistan. This is far removed from the duties and obligations of the Court. While the Court tries to show willingness to accommodate the rights of the citizens of the governorates of the Kurdistan Region from the budget, and requests speeding up the process, it linked the rights of citizens to the implementation of the Court rulings. It does this without any legal basis. By doing so, it has exceeded the jurisdiction of the legislative and executive authorities and the principle of separation of powers, and it has adopted a jurisdiction that does not belong to it.

9. By issuing its decision to nullify the Kurdistan Region's Oil and Gas Law No. 22 of 2007, the Court had exceeded its jurisdiction, and regardless of the validity of its decision, the Court had to rule that the law was unconstitutional and not to be revoked entirely. This is because nullifying any law is a legislative act for the institution that legislated it, which in this case is the Kurdistan Regional Parliament. More importantly, its decision to nullify the entire law without addressing what is in the KRG's law that contradicted the provisions of the Constitution, as it claimed, and without even requesting its amendment, by doing so, it has stripped the Kurdistan Regional authorities of the right to legislate, a right that is constitutionally recognized.

10. The Court did not differentiate between the "current" fields referred to in the Constitution in Article 112(1), whose management is shared between the Federal government and the government of the regions and governorates that are not organized in a region which were producing before the Constitution came into force, and the "future" fields supposed to start producing after the enforcement of the Constitution, which is covered by Article 115. Thereby, the Court has mixed them up despite the different provisions of the Constitution in relation to them.

11. The decision of the Federal Supreme Court came as a surprise to the scholars, jurists, including judges and lawyers in the Region and many outside,⁽¹⁾ because the Court failed in applying the provisions of the Constitution on which it relied on in relation to both lawsuits and avoided discussing documents and facts in an objective and neutral way. And it interpreted the articles of the Constitution in a way that leads them to a prior political goal to keep the management of oil operations in the hands of the federal authorities. For this, the Federal Court assumed a divisive role in deepening and complicating the dispute between the KRG and the Federal

(1) Dr. Sadaa Al-Dulaimi, research published on February 17, 2022 in social media.

government, and we hope that this is the last decision that aimed to close the paths of solution of the current crises and problems of Iraq. And we hope that it seizes appropriate opportunity to reconsider and correct the decision by making it an objective decision and in service of justice, because what it went to in its decision is not correct under the provisions of the 2005 Constitution. Otherwise, it may lead to the classification of the Court's decision among the futile decisions that lack constitutional support.

To this end, we can say that the subject of oil and gas between the KRG and the Iraqi Federal Government became a complex issue and thereby a source of political conflict. The effect of the conflict has been to delay development and reduce investor confidence.⁽¹⁾ Although the Iraqi 2005 Constitution regulates some fundamental aspect of this matter at a primary level, there has been misinterpretation, and to some extent misapplication, of the provisions of Constitution. From a constitutional perspective and from analyzing the legal documents during this crisis, this article has highlighted several important aspects of this issue. All evidence led to the conclusion that the KRG attempts to show its good intention and to follow all necessary legal procedures to exercise its constitutional right and duties in relation to ownership, management, development and revenue sharing of the oil, gas and other natural resources. However, the Federal Government has not only ignored these facts as a matter of legal and constitutional duties, but it also attempted to cover a political agenda on this case. This way of miscommunication in dealing with this national and legal crisis increases the gaps and mistrust between the two governments.

The best solution, in our view, is to go back to the philosophical foundations of the Iraqi 2005 Constitution which based on compromise, balancing and sharing power between the central (federal) government and the KRG. Indeed, deeper reasons bear special mention. First, Iraqi constitutional provisions offer greater stability and certainty than ordinary policies and political debate which all must return to. Given that constitutional texts usually require high thresholds for their reading, the inclusion of a regulatory framework in a constitution provides added security for stakeholders that the main principles and rules governing their activity will not easily change. This

(1) Mishkat Al Moumin, 'The Legal Framework for Managing Oil in Post-conflict Iraq: A Pattern of Abuse and Violence over Natural Resources', in P. Lujala and S.A. Rustad (eds), *High-Value Natural Resources and Post-conflict Peace building* (London: Earthscan, 2012), 413–35; Hussain, Syed, 'Iraq's Ambitions Crumble as Oil Giants Opt Out', *Gulf Business*, 16 November 2013, available at <http://gulfbusiness.com/2013/11/iraqs-ambitions-crumble-as-oil-giants-opt-out/#.U3q0MvldUSQ>.

allows the federal government and the KRG to coordinate their behavior. Second, a clear constitutional framework provides guidance to both the legislature and relevant decision-making bodies. Constitutionally entrenched organizing principles assist in the prevention of disputes and may further increase the efficiency of the new regime of Iraq, a decentralized-post-2003 Iraq.

The new regime in federal Iraq supposed to be a source of resolving disputes in peaceful and open mind ways as well as on the legal basis. The consideration of how much authority central and regional governments should have for oil and gas management is a key element in decoding the puzzle of oil and gas in Iraq. Third, the constitutional regulation of oil and gas regimes should serve to signal the importance of the natural resources to the country. Constitutional treatment is not only symbolic, but also highlights the social and economic norms and goals that Iraq may have for its natural resources. Considering this, the federal government should work hardily to formulate a set of regulation for the management of oil and gas that reflects the current constitutional provisions and the reality of all Iraqi people's needs, including the Kurdistan's people needs and dreams within Iraq. The federal government must answer why since 2007, a proposed Oil and Gas Law (also known as the Hydrocarbon Law) has been before the national parliament but it has yet to be approved. It must answer on what constitutional basis and in the vacuum created by the lack of a national oil law, the Iraqi Ministry of Oil has been responsible for management and regulation of the sector, having entered into long-term contracts with IOCs following open bidding rounds.⁽¹⁾ It should have answered why there is no implication of Article 106 of constitution that demands "a public commission shall be established by a law to audit and appropriate federal revenues", which shall comprise 'experts from the federal government, the regions, [and] the governorates'. The provision sets out the Commission's responsibilities for verifying the fair distribution of grants, aid and international loans in accordance with regional entitlements, verifying the 'ideal' use and distribution of federal financial resources, and guaranteeing transparency and justice in appropriating funds to the regions. It must also answer why there is no application of the Article 121(3) which governs the revenue distribution process, by requiring that regions and governorates be allocated an 'equitable share' of the national revenues, sufficient to discharge their responsibilities and duties, taking into account their resources, needs and their proportion of the national population.

(1) Christopher M. Blanchard, 'Iraq: Oil and Gas, Revenue Sharing, and US Policy', Congressional Research Service, 3 November 2009



An Attempt to Find a Legal Framework for Statelessness in International Law^(*)

ههولئیک بۆ دۆزینیهوهی چوار چۆمهیهکی یاسایی بۆ بئێ رهگهزنامهیی له یاسای
نۆودهولهتیدا

محاولة لإيجاد إطار قانوني لانعدام الجنسية في القانون الدولي

Assist. Prof. Dr. Khalid Al-Saleem^(**)

Iman Abdullah Omer^(***)

Soran University, Faculty of Law, Political Science and Management,
Department of Law

پ.ی.د. خالد سلیم

ئیمان عبدالله عومەر

زانکۆی سوران، فاکهلتی یاسا، زانسته سیاسیهکان و کارگێری، بهشی یاسا.

أ.م.د. خالد السليم

إيمان عبد الله عمر

جامعة سوران، كلية الحقوق، العلوم السياسية والإدارة، قسم القانون.

(*) تاريخ استلام البحث: 2022/6/28. تاريخ قبول النشر: 2022/7/27.

(**) khalid.saleem@soran.edu.iq

(***) iao960h@law.soran.edu.iq



An Attempt to Find a Legal Framework for Statelessness in International Law

Assist. Prof. Dr. Khalid Al-Saleem
Iman Abdullah Omer

Soran University, Faculty of Law, Political Science and Management,
Department of Law

key words: Statelessness; Nationality; Legal Framework; International Law; International Conventions.

كليته ووشه:

بئناسنامهي؛ ناسنامه؛ چوارچيوهي ياسايي؛ ياساي نيودهولتهتي؛
ريككهوتته نيودهولتهتيهكان.

الكلمات المفتاحية:

انعدام الجنسية؛ جنسية؛ الإطار القانوني؛ قانون دولي؛ الاتفاقيات الدولية.

1. Introduction and Methodology

1.1. Introduction

Statelessness is a status that has always become a big problem for those who are suffering the situation. At the same time, it has mostly been ignored and marginalized by decision-makers and also by scholars. However, ignoring the issue does not mean that there is not such a problem; it even made its solution harder. This research is an attempt to highlight the problem of statelessness which is the problem of approximately 12 million people around the world. It tries to pay scholarly attention to the issue that it needed so⁽¹⁾. The fact is that while there are different suggested solutions in international law, the problem remained unsolved. This simply means that more work needs to be done in different aspects including politically, legally, and scholarly.

(1) UN, ('12 million' stateless people globally, warns UNHCR chief in call to States for decisive action', 12 November 2018) <https://news.un.org/en/story/2018/11/1025561>. (Accessed date 2 September 2021).

Regarding the definition, Article 1 of the 1954 Convention, relating to the Status of Stateless Persons, defines a stateless person as “a person who is not considered as a national by any State under the operation of its law.” Nowadays, there are lots of people, both individuals and groups, who are living in such a status. Besides, the factors that led people to be stateless still are there. Thus, the problem has not been solved and even has not been stopped yet. This research is an attempt to make a legal framework for statelessness; so that scholars and decision-makers would be able to have a clearer understanding of statelessness.

1.2. Methodology

This study is aiming at making a legal framework for statelessness within international law. It is an attempt to contribute to the related literature in a way that it offers a framework in which it can cover all legal aspects of the concept. The study’s question here is: how statelessness, as an issue of individuals and states, could be put in a framework of international law?

To answer the question, both primary and secondary data would be used in this research. The collected data would go under critical analysis. It uses qualitative methods of critically analyzing data⁽¹⁾ within legal studies of international law, and more specifically public international law. The research’s methodology is to describe, discuss and analyze the concept of statelessness within international law, aiming at creating a legal framework. Therefore, the study would be an analytical one in which it analyzes primary sources, such as the documents of international conventions on human rights, nationality and statelessness, and also secondary sources.

Therefore, the research depends on both primary and secondary sources. For the primary ones, there are international law instruments such as documents of the United Nations and the texts of the international conventions. The secondary sources, moreover,

(1) See: K. Hammarberg and more, 'qualitative research methods: when to use them and how to judge them' (2016) Human reproduction 498-501.

are those books and journal articles that can be collected and used to add more value to the research.

1.3. Background of the Study

Recognition of statelessness as a global problem was in the first half of the twentieth century, which occurs from some causes such as discrimination, confusion of nationality laws of states, state succession, marginalization, and disregard of certain groups in society or stripping of certain groups or individuals of their nationality. Statelessness occurs most of the time when a profound change in international relations, or change in international borders or political systems by national leaders because they have a special purpose, occurs. Also marginalize or deprive people of citizenship because they have different racial, religious, or ethnic minorities that have grown up in statelessness.

This study aims to select and demonstrate the principles of international law in regulating issues of nationality and stateless persons. Nationality law or its definition, the acquisition, loss, and restoration of nationality is subject to the discretion of the state and guaranteed by the authority itself, but the developments that occurred in human rights norms despite the 20th century led to the change of this authority if it leads to statelessness or is not applied on an equal footing. UNHCR is one of the UN agencies it works to reduce stateless cases and help stateless people.

The first attempts to address cases of statelessness in the international community were made in looking back to 1923. The Permanent Court of International Justice, in its advisory opinion on the Tunis and Morocco Nationality Decrees, stated that:

"The question whether a certain matter is or is not solely within the domestic jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends on the development of international relations. In the present State of international law, questions of nationality are, in the opinion of this Court, in principle with this reserved domain... [T]he right of a State to use its discretion is nevertheless restricted by obligations which it may have undertaken towards other states'. In such a case, jurisdiction which, in principle,

belongs solely to the State is limited by the rules of international law”⁽¹⁾

The same issue was touched upon some years later in 1930 at the Hague Conference. Where the Convention on Certain Questions Connecting to the Conflict of Nationality Laws was adopted and a Special Protocol regarding Statelessness was formed. This protocol provided several rules for dealing with people who lost their nationality without obtaining another. It is also to handle some of those special cases where nationality was undetermined.⁽²⁾ Article 1 of the Special Protocol about statelessness that “*if a person, after entering a foreign country, loses his nationality without acquiring another nationality, the State whose nationality he last possessed is bound to admit him, at the request of the State in whose territory he is*”⁽³⁾ The current definition still embodies this perspective. The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 1948 included the right to a nationality. Article (15) contained “*Everyone has the right to a nationality. No one shall be arbitrarily deprived of his nationality, nor denied the right to change his nationality*”.

This right is included in the Universal Declaration of Human Rights and has been given a specific facet in two international legal instruments on the status of nationality, the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons and the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness. Regional treaties, such as the 1969 American Convention on Human Rights and the 1997 European Convention on Nationality, as well as recognizing each person's nationality, exonerate the rights and responsibilities of states in this system. International law states that each state has the

-
- (1) See: **Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Permanent Court of International Justice**, 7 February 1923, available at <<https://www.refworld.org/cases,PCIJ,44e5c9fc4.html>> (accessed 17 January 2022).
- (2) Kateryna Ustymenko, “**Defining Statelessness: The Conception of the Definition and Why It Matters Today**”, (Bachelors Degree in Human Rights Institute for the Study of Human Rights, University in the City of New York, l2013)11
- (3) “Special Protocol Concerning Statelessness,” Art. 1

right to determine who its citizens are by virtue of domestic law. This definition must be consistent with general principles of international law, in particular with principles relating to the acquisition, loss, or denial of nationality.⁽¹⁾ The international convention on the protection of the right of all migrant workers and members of their families assure that each child of a migrant worker shall have the right to a name, the registration of birth, and nationality.⁽²⁾

This research will explain the conventions and instruments that international law has to protect the right to nationality and also stateless persons. The study will explain the reformulated nationality as a global problem and show the first rule of international law regarding nationality. Then it will attempt to show the treaties and ideas in international law that affirm the right to nationality of every person. That is based on Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights which states that “everyone has the right to a nationality” And no one shall be arbitrarily deprived of their nationality or denied the right to change their nationality “These treaties and conventions can provide support to stateless persons in such a way as to give them the full right to acquire a nationality. However, the study will refer to the classification of the 1954 Convention to the Statue of the Stateless Person and the 1961 Conference on the Reduction of Statelessness. The study aims to demonstrate the work and steps that have been taken by international law to protect nationality rights and stateless people.

-
- (1) Panel discussion, 50th Anniversary of the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons", Geneva, 6(October 2004), < <https://www.unhcr.org/415825134.pdf> > (accessed 20 January 2022).
 - (2) The international convention on the protection of the right of all migrant workers and members of their families, article 29.

2. On Statelessness

2.1. Defining Statelessness

Defining statelessness requires understanding nationality and its significance in the lives of individuals at both national and international levels. The right to have a nationality and belong to a country is considered one of the most necessary human rights. That is because it is related to the realization of other human rights. A person with a nationality can enjoy having at least basic human rights. Thus, to be respected and protected as a human being, one should have a nationality of a country. Nationality is important, not just inside a country, but also at the international level too. Those who do not have a nationality, or are not belong to a state, are stateless persons. Article (1) of the 1954 Statelessness Convention defines the term stateless person as a "*person who is not considered as a national by any state under the operation of its law*". In other words, these *de jure* (legal) stateless persons do not have any nationality and they do not belong to any state. ⁽¹⁾

Most *de jure* stateless persons are stateless since birth. They never got nationality when they were born or subsequently or they are those people who have lost their nationality in some way and have not got a new one. By contrast, *de facto* stateless people are those who have a nationality in theory but whose nationality is ineffective in practice. They are people who no longer enjoy the protection and assistance of their country of origin or the authorities have refused to grant them assistance and protection. ⁽²⁾

-
- (1) **The 1954 Convention Relating to the status of Stateless persons**, <https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1954-Convention-relating-to-the-Status-of-Stateless-Persons_ENG.pdf >
- (2) Kristina Kreuzer, "**Reconceiving Statelessness An Analysis of potential Solutions to realise the Right to a legal Identity in Europe**", European Master's Degree in Human Rights and Democratisation A.Y. 2017/2018,p.,33. <https://repository.gchumanrights.org/bitstream/handle/20.500.11825/877/Kreuzer_rev.for_RL.pdf?sequence=1&isAllowed=y. > access date 1October 2021.

2.2. Causes of Statelessness

There are different causes for statelessness; the most apparent ones are **Discrimination**: Everyone who holds the nationality of a state is a citizen who should have the same rights and freedoms without any discrimination.⁽¹⁾ However, in many parts of the world, some children and adults have been deprived of citizenship and the corresponding civil rights in their own countries, or stripped down of citizenship, only because of their gender, race, or national origin. This discrimination against individuals and specific social groups of a country leads to statelessness.⁽²⁾

The Conflict between Laws: The most common way of conferring nationality law is by *jus soli* and *jus sanguine*. These have become the principles by which many nations define nationality. Perhaps both are easy in theoretical classification but the practical presentation is not so. Some countries find a balance between them, some countries follow one of them and in some countries both principles are applicable.⁽³⁾ The conflict between the laws of one country with another and/or with international law has become the main cause of statelessness.⁽⁴⁾

State Succession: State succession means the merging of two or more states into one. In such a case, the state will lose its control over some parts of its land or whole territory.⁽⁵⁾ State succession is a cause of statelessness because while a state loses its control over some parts of its territory, the people who live in that area become stateless. When a country changes its territory or sovereignty,

(1) Hersch Lauterpacht, **An International bill of Rights of Man,**) 1954(,115.

(2) Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, <https://www.hrw.org/legacy/campaigns/race/hrw-statement1.htm> access date 10 October 2021.

(3) Zecharias Fassil, "**report on citizenship law; Ethiopia**" (9)European university institute, (April 20206).
<https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/66827/RSC_GLOBALCIT_CR_2020_9.pdf?sequence=1&isAllowed=y > accessed date 22 october 2021.

(4) See: **Uslegal, jus soli and legal definition,** <https://definitions.uslegal.com/j/jus-soli/>

(5) See: Disha Mohanty, state succession under international law, <<https://blog.ipleaders.in/state-succession/>>

national laws and registration procedures will change. People may become stateless if they cannot obtain citizenship under the new administrative procedures and new citizenship legislation.⁽¹⁾ State succession is often but is not a sure outcome of the war.

Renunciation: Renunciation is an optional rejection of citizenship by a citizen of a state who does not want to belong to that state anymore. When a person optionally and freely renounces his/her nationality or citizenship or rejects the protection of a state is called to renounce his/her citizenship. However, this is something rare and is not often happen. Some people freely renounce a nationality because they do not wish to be nationals of a particular state or they believe that they will get nationality in another country.⁽²⁾ Nationality laws in many countries allow people to renounce their citizenship without getting another citizenship or the protection of another state such as the United States. Some states do not let a person renounce citizenship until they obtain another citizenship such as in Iraq.⁽³⁾

2.3. Effects of Statelessness

Statelessness is not only about having any national identity, but it also extended beyond that. It has many consequences such that stateless people are often excluded from basic human rights. It means that if one does not have a nationality, the list of things they may be able to do is never ending, or there are many basic human rights that a stateless person cannot enjoy. It will be having an impact on the political and social tensions of states around the

(1) Nationality and statelessness, a guide for parliamentarians, p34.

(2) UNHCR, **Hand book on protection of stateless person**, Geneva 2014, <https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2017/04/CH-UNHCR_Handbook-on-Protection-of-Stateless-Persons.pdf>, accessed 25 October 2021, 56.

(3) آمال عبدالله تقي، الفرق بين التجريد من الجنسية العراقية وما يشتهر به من حالات دراسة مقارنة مع القوانين الانجلوامريكية، ص 5 <https://www.iasj.net/iasj/download/ddd47b79874cffc6> تاريخ زيارة الموقع 10 أيار 2022.

world too.⁽¹⁾

It is confirmed that individuals that they do not have nationality are the most vulnerable, susceptible, and marginalized in society. That is because they do not have protection from any state. This protection comprises many social, economic, political, and civil rights; for instance, education right, health care, and employment.⁽²⁾ There are social, cultural, legal, political, economic, and developmental impacts of statelessness.⁽³⁾ Stateless people are usually excluded from development and prosperity. They are suffering from poverty. Even, in some cases, some of them are selling their children to earn some money. Thus, stateless people are facing lots of economic problems as they have no job opportunities and suffer from poverty.⁽⁴⁾

In terms of political rights, the stateless people are having no right to vote, candidacy, get a passport, travel from a country to another in a legal way such as getting a valid visa, taking part in public issues of a country, owning a property, and even they have no access to health care services. This means that they have no impact on the political life of themselves and of the country in general.⁽⁵⁾ In terms of social life, they are facing inertia and instability in their social life. They are also being deprived of social prosperity, having a house, being free in movement, and the like. In terms of freedom from arbitrary detention, the stateless people are

-
- (1) Mark Manly, "**Statelessness: The Impact of International Law and Current Challenges**" the royal institute of international affairs, (4 November 2014)2 <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/field/field_document/20141104StatelessnessInternationalLaw.pdf> accessed 11 November 2021.
- (2) Zahra Al Barazi and Jason Tucker, **challenging the disunity of statelessness in the middle east and north Africa**, 88
- (3) Arendt, Hannah. "The Decline of the Nation-State and the End of the Rights of Man." (2009).p282.
- (4) Bilkis Afroza Siddika, "**impact of statelessness**",(vol.7) no.12[open journal of social sciences](3 December 2019) 6.
- (5) See; Gibney, Matthew J. "**Statelessness and citizenship in ethical and political perspective.**" Nationality and statelessness under international law (2014): 44-63.

again being deprived.⁽¹⁾ Even psychologically, the stateless people are feeling alienation, deprivation, exclusion, discrimination and other feelings like them that make the stateless people in an unstable psychological environment.⁽²⁾



(1) *ibid*

(2) *ibid*

3. Nationality in International Law

3.1. The 1948 Declaration of the Human Rights

The Universal Declaration of Human Rights is an international human rights document that represents the declaration adopted by the United Nations in December 1948 in Paris.⁽¹⁾ The Declaration speaks of the opinion of the United Nations on the human rights protected by all people. The Universal Declaration of Human Rights consists of 30 articles and outlines the opinion of the General Assembly on the human rights of all people.⁽²⁾ After World War II, the Universal Declaration of Human Rights organized nationality as a basic right of humans. Article 15 showed that *"Everyone has the right to a nationality and no one shall be arbitrarily deprived of his nationality nor denied the right to change his nationality"*.

The paleness of Article 15 is that it does not specify what nationality an individual is entitled to. In addition, the situations in which one must investigate that denial is arbitrary are subject to debate. Besides, despite the high moral standards of the Universal Declaration, it is not an international treaty and is not directly binding on UN member states. However, many international schools are famous in that many provisions of the Universal Declaration have earned the status of customary international law. Thus, the principles of Article 15 have an impact on most of the international conventions. Most of the binding international treaties confirmed nationality right for everyone.⁽³⁾

(1) Universal declaration of human rights, < <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> >

(2) See: **Australian Human Rights commission**, < <https://humanrights.gov.au/our-work/what-universal-declaration-human-rights> > (accessed 30March2022).

(3) René de Groot, **"Survey on Rules on Loss of Nationality in International Treaties and Case Law"**, No. 57, [Liberty and Security in Europe] (2013), p 4.

3.2. The 1957 Convention on the Nationality of Married Women

The convention on the nationality of married women is an international convention of the United Nation in 1957.⁽¹⁾ It entered into force in 1958. It has 75 state parties.⁽²⁾ Before this convention, there was not any legislation or conventions to protect the nationality right of married women in retain or renounce nationality as men could. Women's organizations realize that should be a convention to protect married women who are married in those that they have a different nationality or foreigner.

The 1957 Convention on the Nationality of Married Women has particular provisions about a wife's nationality in the three first articles. According in Article 1 confirmed that *"neither the celebration nor the dissolution of a marriage between one of its nationals and an alien, and the change of nationality by the husband during marriage, shall automatically affect the nationality of the wife"*

Also, Article 2 states that *"neither the voluntary acquisition of the nationality of another State nor the renunciation of its nationality by one of its nationals shall prevent the retention of its nationality by the wife of such national."* Also Article 3, is divided into two parts, states that *"the alien wife of one of [the Contracting State's] nationals may, at her request, acquire the nationality of her husband through specially privileged naturalization procedures"*

(1) 1957 Convention on the Nationality of Married Women, <https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVI-2&chapter=16&Temp=mtdsg3&clang=_en>

(2) See; the 1957 Convention on the Nationality of Married Women <https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVI-2&chapter=16&Temp=mtdsg3&clang=_en>

that the grant of such nationality may be subject to such limitations as may be imposed in the interests of national security or public policy.

The convention obliges parties to confirm that marriage shall not have any effect on the wife's nationality. It also obligated state parties to confirm that the nationality acquisition of another country should be free and renunciation as well and does not prohibit the wife from retaining her nationality.

There are countries where when a woman marries a foreigner, she would lose her citizenship. Nonetheless, she would obtain the nationality of the man; this is called "dependent nationality". In such cases, the state will change the status of the woman's nationality automatically. Thus, if a woman marries a foreigner, she would become stateless. Then this would be like that upon the end of their marriage, because of the divorce or the death of the husband. That is because the only link between the woman and the man to get dependent citizenship is their marriage. However, when the marriage ended up, the woman will not obtain her nationality again.⁽¹⁾ For such cases, Vietnam is a clear example. There are a big number of Vietnamese women who are married foreigners. Because of the marriage and aiming at getting the nationality of their husbands, many of these women gave up their citizenship. Conversely, in some cases, because of divorce or death, the marriages ended up. This happened even before the women get the nationality of their husbands. This made these women stateless, as they lost their nationality and did not get the nationality of their husbands. In 209, the Vietnamese government tried to find a solution for these cases of statelessness. It amended some laws

(1) Radha Govil and Alice Edwards," **Women nationality and statelessness**," Edited by Alice Edwards and Laura van Waas, **Nationality and Statelessness under International Law**, (Cambridge University Press, 05 October 2014) 178-179.

aimed at allowing Vietnamese women to regain their Vietnamese nationality.⁽¹⁾

3.3. The 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

Is one of the United Nations conventions adopted in 1965 and entered into force in 1969.⁽²⁾ It remains the primary international human rights convention that realizes and prohibits racial discrimination in all sectors of private and public life. Also, it is obligate its parties to eliminate racial discrimination and to promote understanding among all races. It criminalizes hate speech against any race or takes part in any racist organization.⁽³⁾

There is a complex relationship between discrimination and statelessness; however, discrimination is not just mean deprivation of nationality because they have a different race, color, or ethnic group. Most of the time discrimination is happening in the acquisition of citizenship especially acquiring citizenship at the birth important cause of statelessness. However, nationality is commonly critical to the full and equal exercise of human rights and freedoms. Under international law, a State's nationality law must be reliable to international human rights law.⁽⁴⁾

The 1965 Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination obliges states to "*guarantee the right of everyone,*

-
- (1) Radha Govil and Alice Edwards, " **Women nationality and statelessness,**" Edited by Alice Edwards and Laura van Waas, **Nationality and Statelessness under International Law**, (Cambridge University Press, 05 October 2014) 178-179.
 - (2) 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial> >
 - (3) See: 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. < <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx> >
 - (4) The UN Refugee Agency, **Background note on discrimination in nationality laws and statelessness**, october2021, <<https://www.refworld.org/pdfid/616fda104.pdf> >(accessed 31January2022).p.5.

without distinction as to race, color, or national or ethnic origin, to equality before the law "particularly in the enjoyment of several fundamental human rights, including the right to a nationality."⁽¹⁾

The convention does not mean that there is no difference and discrimination between all people. However, it contains a narrow exception to the basic rule of non-discrimination that allows states to distinguish between citizens and non-citizens Article 1(2) states, "*This Convention shall not apply to discrimination, exceptions, limitations or preferences made by a state party to this Convention between citizens and non-citizens*". At the same time, Article 1(3) states that states shall treat equally different groups of non-nationals.

The committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination has also shown that states can only make a distinction between citizens and non-citizens. This is with the understanding that this distinction will not have any negative impact on the other rights that the non-citizen ones enjoyed. Thus, Article 1 (4) prohibited every kind of discrimination if it is not consistent with the convention's objectives and purposes.⁽²⁾ For example, now, lots of Bidoon people are living in Kuwait. They are belonging to there; as they were born and raised there. Besides, there are some Bidoon people whose mothers were from Kuwait and had relatives of Kuwaiti nationality. Nevertheless, the Kuwaiti government has always deprived the Bidoon people of achieving the rights of citizenship. The Bidoon people have been classified by the Kuwaiti authorities classify them as "non-Kuwaiti" or "unidentified (citizens)." This led the authorities to consider them to

(1) The 1965 Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Article 5.

(2) Maria Hellborg" **Statelessness and Nationality**" (Master's Thesis in International Law, UPPSALA University, 2015), p 17.

be “improperly residing legal” on Kuwaiti territories. What Kuwaiti authorities claim is that some Bidoon belongs to different nationalities. The government claims that some of them have come from countries like Iraq and Saudi Arabia, aiming at joining the Kuwaiti army. Adding that, during the Iraq war, some of Bidoon has come from Iraq to Kuwait aiming at obtaining Kuwaiti citizenship. That was why they were concealing their real nationality. Generally, Bidoon people have been recorded by government officials as “stateless”.⁽¹⁾

3.4. The 1966 International Covenant on Civil and Political Rights

It is one of the conventions that affirmed the right to a nationality.⁽²⁾ That will help stateless persons to acquire a nationality and protect their children from becoming stateless. The 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) repeats the fundamental principle of universal coverage in the form of a legally obligatory international treaty that prohibits discrimination on any grounds; for example race, color, sex, language, religion, political or other opinions, national or social origin, ownership, birth or another status.⁽³⁾

The ICCPR also fixes states to guarantee rights to all persons subject to their jurisdiction, no matter what of national origin or citizenship status. As stated in Article 13 "*An alien lawfully in the territory of a State Party to the present Covenant may be expelled therefrom only in pursuance of a decision reached in accordance*

(1) منظمة العفو الدولية، كويتيون بدون.. امنحوا الجنسية، أيلول 2013، ص2.

<https://www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52380de7427> /4/.(2022)

(2) The 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>>

(3) Blitz, B.K., *Statelessness, protection and equality*, *Refugee Studies Centre*, 2009, p 17.

with law and shall, except where compelling reasons of national security otherwise require, be allowed to submit the reasons against his expulsion and to have his case reviewed by, and be represented for the purpose before, the competent authority or a person or persons especially designated by the competent authority." which is means to protect stateless people from arbitrary expulsion.

Further sets out nationality right in Article (24) "*1: Every child shall have, without any discrimination as to race, colour, sex, language, religion, national or social origin, property or birth, the right to such measures of protection as are required by his status as a minor, on the part of his family, society and the State. 2: Every child shall be registered immediately after birth and shall have a name. 3: Every child has the right to acquire a nationality.*"⁽¹⁾ Also, Article 26 mentioned that "*All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any grounds such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.*" This means equality should be before the law, all individuals should be equal without any discrimination. This means that the 1966 Convention on Civil and Political Rights (ICCPR) guarantees equal rights for every person including the right to citizenship without any differences or discrimination. Thus, according to 1966, a stateless person is entitled to citizenship.

(1) International Covenant on Civil and Political Rights, Article 24.

3.5. The 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women had been drafted in 1979, ⁽¹⁾It is giving the legal status of women receives the broadest attention in a way that would be able to women are equal to men, such as Article (9) "*States Parties shall grant women equal rights with men to acquire, change or retain their nationality. They shall ensure in particular that neither marriage to an alien nor change of nationality by the husband during marriage shall automatically change the nationality of the wife, render her stateless or force upon her the nationality of the husband.*" "*States parties shall grant women equal rights with men with respect to the nationality of their children.*"⁽²⁾ Various other international legal instruments address the right to a nationality.

Lebanon is one of the countries where nationality laws do not allow mothers to grant nationality to their children, Rama is one of those children who was born in Lebanon to a Lebanese mother, and a stateless father, Rama is stateless because her father does not have a nationality and her mother is deprived of the right to grant her nationality to her child under Lebanon nationality laws.⁽³⁾

(1) 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

(2) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, article 9.

(3) See: UNHCR, **Gender discrimination and childhood statelessness**, <<https://www.unhcr.org/ibelong/gender-discrimination-and-stateless-children/>> (accessed date 27/4/2022).

3.6. The 1989 Convention on the Rights of the Child

The 1989 convention on the rights of the child is another agreement that confirmed the right to citizenship and it is an attempt to protect children from being stateless and to confirm the registration and nationality of each child.⁽¹⁾

Article 7 (1) in the 1989 convention states "*The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.*" it is clear that every child has right to have a name and acquire a nationality. States should try to register births to confirm this happens. Under Article 7(2) "*States Parties shall ensure the implementation of these rights in accordance with their national law and their obligations under the relevant international instruments in this field, in particular where the child would otherwise be stateless.*" It is a statement possibility to happen statelessness can exist if the child is not registered immediately after birth.

Also, Article 8(1) declares that "*States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference. 2. States Parties shall ensure the implementation of these rights in accordance with their national law and their obligations under the relevant international instruments in this field, in particular where the child would otherwise be stateless.*" 'It is not just mentioned that child should have their name and nationality and ensure children right also remarks the non-deprivation of basics of a child's identity and calls

(1) The 1989 Convention on the Rights of the Child,
<<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>>

upon states to find a solution for child's identity in such cases too.⁽¹⁾ The above articles add extra weight to claims for the ban of arbitrary renunciation and lack of citizenship towards children, not least because the CRC has been ratified by 196 countries.⁽²⁾

3.7. The 1990 International Convention on the Protection of the Right of All Migrant Workers and Members of their Families

The 1990 International Convention on the Protection of the Right of All Migrant Workers and Members of their Families is a global diplomatic deal to ensure in having equality and dignity between all migrant workers and members of their families.⁽³⁾ The Convention is an attempt to protect the rights of migrant workers and members of their families. It stipulates many rights for all migrant workers and members of their families without any discrimination, and among these rights are obtaining the name, registration, and nationality of the child. This article protects the immigrant child from being stateless.⁽⁴⁾

3.8. The 2007 Convention on the Rights of Persons with Disabilities

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities converse that the disabled person has their rights and enjoys full equality under the law,⁽⁵⁾ They have the right to acquire and change

(1) Blitz, B.K., *Statelessness, Protection and Equality*, p. 18.

(2) UN Treaty Collection, "1989 Convention on the Rights of the Child",
<https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en>

(3) The international convention on the protection of the right of all migrant workers and members of their families
<https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en>

(4) Article (29) the international convention on the protection of the right of all migrant workers and members of their families.

(5) Convention on the Rights of Persons with Disabilities,
<<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>>

a nationality and are not deprived of their nationality arbitrarily or based on disability. Furthermore, Children with disabilities shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by their parents.⁽¹⁾



(1) The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, article 18.

4. Statelessness in International Law

4.1. The 1951 Convention relating to the Status of Refugees

In the aftermath of the Second World War, the war had left millions of people as a refugee or stateless, thus one of the important issues that make the United Nations busy is how to address these people and how to meet their needs.⁽¹⁾ Thus, in 1949 resolution of the UN Economic and Social Council (ECOSOC) make a new Hoc committee to wording a convention on the status of refugees and stateless persons and how it tries to end stateless statues. The 1951 refugee convention entitled stateless people and tried to protect them so that they have the same protection as refugee people. Subsequently depriving individuals of citizenship because of their race, religion, nationality, being a member of a social group or political opinion can designate that person as a refugee.⁽²⁾

This agreement is the first truly international agreement dealing with the essential aspects of a refugee's life. It outlined a set of basic human rights that should be at least equivalent to the freedoms that foreign nationals enjoy in the country. The Convention defines what is meant by the term “refugee”. It outlines the rights of the refugee, including rights such as freedom of belief and movement from one place to another, the right to education, travel documents, and the opportunity to work. One of the main provisions of this Convention stipulates that refugees may not be returned.

Article 1 of the Convention clearly defines who is a refugee. A person who is outside his country of nationality or habitual

-
- (1) 1951 Convention Relating to the Status of Refugees
<<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-relating-status-refugees>>
- (2) Nationality and statelessness, handbook for parliamentarians N.22,
<<https://www.refworld.org/pdfid/53d0a0974.pdf>> p.9.

residence, because of a well-founded fear of being persecuted on account of race, religion, nationality, membership of a particular social group, or political opinion, and is unable or unwilling to seek shelter because of that fear Under the protection of that country or return to it for fear of persecution.⁽¹⁾

Stateless persons and refugees, mostly, have the same feeling. They may always be afraid of a well-founded fear of being persecuted for many reasons of race, religion, nationality, and not able to have any protection in any state.⁽²⁾ There is no doubt that the 1951 Stateless Refugee Convention expressly states that a refugee may be both a refugee and a stateless person. Article 1 of the 1951 Convention states that to be a refugee, a refugee must be outside the country of his or her nationality. But it adds that a refugee must be outside the country of his "usual former residence" to divorce a stateless person. It is clear, then, that according to international law, a person can be both a stateless person and a refugee.⁽³⁾ Refugees and stateless persons have historically received protection and assistance from international refugee organizations that predated UNHCR. The draft Statelessness Protocol was intended to reflect the link between refugees and stateless persons. However, the

(1) *Article 1(A,2) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, It states:((As a result of events occurring before January 1, 1951 and due to well-founded fear of persecution on account of race, religion, ethnicity, membership of a particular social group or political opinion, he is outside his country of nationality). avail himself of the protection of that country; or that being without nationality and being outside his former country of ordinary residence in consequence of such events, he is unable or, because of such fear, is unwilling to return to it.....))* <https://www.unhcr.org/uk/1951-refugee-convention.html> (accessed 5 June 2011)

(2) Peter van Krieken, " **The High Commissioner for Refugees and Stateless Persons**", (Volume 26, Issue 01) [Netherlands International Law Review](1979), <http://journals.cambridge.org/abstract_S0165070X00017666> (accessed 13 April 2022), p.27.

(3) توماس مكجي، الإقرار للاجئين العديمي الجنسية، نشرة الهجرة القسرية 65، ص 45
<https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/ar/recognising-refugees/mcgee.pdf> (20 April 2022)

immediate needs of the refugees, and the imminent dissolution of the International Organization of Refugees, did not leave sufficient time for a detailed analysis of the situation of stateless persons at the 1951 UNHCR conference convened to examine both issues. Thus, the 1951 Convention relating to the Status of Refugees was approved at the conference, while the adoption of the protocol dealing with stateless persons was postponed to a later time.⁽¹⁾

4.2. The 1954 Convention relating to Status of Stateless Persons

It is the first instrument that was specially formulated to protect the rights and improves the life of the stateless person. It is The 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons.⁽²⁾ With all the work done by the international community and the drafting of the Universal Declaration of Human Rights which is an attempt to protect human rights and promote human dignity equally without any discrimination. The international community is once again guessing about how effective this approach is in dealing with all forms of human equality. Since there is nobody competent to apply international law at the international level, the body competent to apply international law is the countries themselves. This makes the work of the international community more difficult. Consequently, the international community should work harder and attempt to form their conventions and their work in a way that nation-states can not be able to go beyond international law.⁽³⁾

(1) المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، الجنسية وانعدام الجنسية، دليل البرلمانين رقم 11 - 2005، ص 11.

(2) The 1954 convention relating to the status of stateless person, < https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1954-Convention-relating-to-the-Status-of-Stateless-Persons_ENG.pdf >

(3) Carol Batchelor, 'Stateless Persons: Some Gaps in International Protection', (vol.7) [International Journal of Refugee Law] (1995), p 239.

Hannah Arendt has described human rights as "inalienable" because they were imagined to be independent of all governments, but it turns out that when human beings needed their government to obtain their rights, they had to revert to their lowest rights, if it is not there will be no power was left to protect them or was ready to guarantee it.⁽¹⁾ At that time a large number of people do not have any position and do not belong to any country. World War II had several impacts on people; one of them is the redrawing of borders that make people to become displaced while residing in different areas of its territory. Thus, some of these people found themselves losing the previous legal bond with their states due to the legal consequences of state succession or denationalization.

Here is the simple question that shook the international community: What are their rights? Who is responsible for their protection and rights? These questions forced the UN Economic and Social Council to undertake a comprehensive study of the stateless problem to see what action it could take they drafted a protocol on the stateless person as an addition to the 1951 Refugee Convention.⁽²⁾ The most important mechanism and the international instrument is the 1954 Convention. It is an attempt to control the problem of stateless persons, solve the problem of stateless persons in the state, and establish their rights. It also attempts to ensure that stateless persons are granted their fundamental rights and freedoms without discrimination.⁽³⁾

(1) Hannah Arendt, **The Decline of the Nation-State and the End of the Rights of Man in The origins of totalitarianism**(New York, 1948) p 291-292.

(2) See: UN, **A study of statelessness**, Lake Success - New York, 1 August 1949. <<https://www.refworld.org/docid/3ae68c2d0.html> > accessed date 14 April 2022.

(3) UNHCR, **Nationality and statelessness**, handbook for parliamentarians, N22, <<https://www.unhcr.org/protection/statelessness/53d8ddab6/nationality-statelessness-handbook-parliamentarians-22.html> > p 10. accessed date 3 April 2022.

After the adoption of the Convention relating to the Status of Refugees, negotiations continued on the problem of the status of statelessness, and the Convention Relating to the Status of Stateless Persons was adopted on September 28, 1954, and entered into force on June 6, 1960. It creates a framework for the international protection of stateless persons and is the most complete systematization of the rights of stateless persons yet tried at the international level.⁽¹⁾ The connection between both the stateless and the refugee after the war was intrinsic in Europe, and the presence of the two problems created a legal framework to solve two problems. However, not all stateless people become refugees or have to cross borders, some people are in the country and do not cross the border and have no nationality and no state protects them. Moreover, all countries have different laws and methods for resolving issues of nationality or determining nationality, and this law may differ from the law and nationality rules of another country. Therefore, the cause of statelessness is not always discrimination or deliberate denial of human rights. Some cases of statelessness arise due to a conflict of laws between states. For these reasons, a legal framework for addressing and resolving stateless cases was necessary. Therefore, it was appointed under the auspices of the United Nations.⁽²⁾

The 1954 convention reflects the Refugee Convention in form and design; both are the same in so many conditions. Although there are important oversights in the 1954 Convention, such as the

(1) Convention Relating to the status of Stateless Person, <https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1954-Convention-relating-to-the-Status-of-Stateless-Persons_ENG.pdf> p 3. Accessed date 4April2022.

(2) UNHCR, "The 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons: Implementation within the European Union Member States and Recommendations for Harmonisation", (Vol.22)2[Department of International Protection UNHC](2004), p. 9.

lack of protection against penalization for illegal entry. So, where a *de jure* stateless person is a refugee, protection should also be given under the 1951 Convention as it offers both a well standard of protection and is far more usually approved and realized in practice.⁽¹⁾ The 1954 Convention Relating to the Status of Stateless Persons has a helpful focus. It talks about the legal status of stateless persons. It outlines the term a “stateless person” and offers basic standards of protection that rise based on the strength of the connection between the stateless person and the country in question. More specifically, the 1954 agreement states:

1. States have to determine all stateless people in their country and give them identity, travel documents, and nationality through naturalization.

2. States are not allowed to exclude stateless persons legally in their area and states should do protection against any resolution to exclusion a stateless person.

3. Giving freedoms and rights to the stateless person without having any difference between race, religion, or anything.⁽²⁾

The Convention defining stateless person then outlined the rights and duties of a stateless person and it tries to improve a stateless person's situation with select a minimum standard without discrimination of transaction for the stateless to enjoy. The convention also states that sometimes, states must give stateless persons the same rights as their nationals or foreign nationals who are lawfully residing in the country. Like state parties, they must grant stateless persons' rights in many areas, for example, religion,

(1) Foster, M., & Lambert, H, (2016)" **Statelessness as a Human Rights Issue: A Concept Whose Time Has Come** "(Vol.28)4[International Journal of Refugee Law](2016)p3.

(2) See: Legal Assistance Centre, **the stateless conventions and why Namibia should accede to them,**

<http://www.lac.org.na/projects/grap/Pdf/statelessness_conventions.pdf> accessed date 14April2022.

public relief, labor legislation, primary education, access to the courts, and intellectual property. It also gives them the right to housing, employment, freedom of movement, the right to form associations, and the right to ship ownership as well. However, some stateless people live illegally in the country under the 1954 Convention, states parties are not allowed to grant all rights and protection, which means that their rights and protection are limited.⁽¹⁾ The convention has 96 parties.⁽²⁾

4.3. The 1961 Convention on the Reduction of Statelessness

The 1961 Convention on the reduction of statelessness is an important international treaty that sets out rules for the acquiring and non-removal of citizenship to stop new cases of statelessness. It is a necessary instrument for the prevention and reduction of statelessness.⁽³⁾ The number of states party to the convention is increasing day by day. For now, 77 states are party to the convention.⁽⁴⁾ The Statelessness Convention of 1961 is not the first international argument for addressing the problem of statelessness. As we have seen before, the 1930 Hague Convention on Emphasis on Incompatibility Questions of Nationality Laws presents some limitations on the autonomy of states in matters of nationality and one of its aims was to ensure that every individual had a nationality. However, at the time, the 1930 Hague Convention was a major change or revolution around questions of nationality, but it was not

(1) David Weissbrodt, Clay Collins, "The Human Rights of Stateless Persons" (Vol28) 1[Human Rights Quarterly] (2006), p6.

(2) See; United Nations treaty collection,
<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-3&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en>

(3) 1961 convention on the reduction of statelessness,
<https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1961-Convention-on-the-reduction-of-Statelessness_ENG.pdf>

(4) See: **fact sheet: the 1961 convention on the reduction of statelessness.**
<<https://www.refworld.org/pdfid/612608084.pdf>> accessed date 21 Feb 2022.

enough to make a serious impact on stateless issues. But, what this Convention did achieve was to demonstrate that multilateral agreements could offer a way forward in solving nationality problems and combating statelessness.⁽¹⁾

The 1961 Convention is the primary convention on statelessness. It focuses on reducing statelessness worldwide, which is different from the 1954 Convention. The 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons describes who a stateless person is, what his obligations and rights are, and how the international community attempts to protect his or her freedoms and rights. The protection of stateless persons and their rights is the goal of the 1954 Convention. But the second treaty which is the 1961 Convention aims to reduce the number of stateless people and reduce the reasons a person might be stateless and also affirm the right of every person to acquire a nationality. The 1961 Convention has some rules regarding nationality that a state party must adopt. It has some rules for the state party to allow those individuals who were born in its territory in some way to be able to obtain citizenship, also the state parties try to avoid those situations in which the persons may lose their citizenship. This means that the 1961 Convention is not only about avoiding statelessness but also aims to stop and reduce it.⁽²⁾ The Convention contains four main areas or four measures that states parties must provide to prevent and reduce statelessness:

1. Measures to avoid statelessness among children

Provides for the nationality of children In Articles 1 to 4, citizenship states shall be granted to those children who become stateless in some way and are related to them through birth in their

(1) A handbook for parliamentarians, **Nationality and statelessness.**, 2005, p 8 <http://archive.ipu.org/pdf/publications/nationality_en.pdf > accessed date 20, feb 2022.

(2) David Weissbrodt and Clay Collins, Human Rights Quarterly, p 247.

country of descent. As a result, when a child is born in the state and his parents are not from this state, such a child will not acquire the citizenship of the state if it is not at birth obtained by law or on request. The 1961 Convention allowed states to grant citizenship based on certain conditions or habitual residence for a certain period to avoid statelessness among children. Article 2 mentioned that " *A foundling found in the territory of a Contracting State shall, in the absence of proof to the contrary, be considered to have been born within that territory of parents possessing the nationality of that* " this means that states shall grant nationality to the foundling.⁽¹⁾

2. Measures to avoid statelessness due to loss or renunciation of nationality.

In Articles 5 - 8 one of the principles that are not allowed in the 1961 Convention is loss of nationality by operation of law if it would be a cause of statelessness. But these articles have two exceptions that allow for the loss of citizenship. First, Article 7(4) states that you have been away from the country for some time over seven years and the person does not speak clearly to the authority of the intention to return citizenship. Second, the Convention has permits for the loss of nationality by operation of law for nationals born in a foreign country if they do not take residence in this country before the end of one year after realizing the age of majority or do not register before the ending of that period.⁽²⁾

3. Measures to avoid statelessness due to deprivation of nationality.

(1) UNHCR, Preventing and Reducing Statelessness, January 2014, <<https://www.unhcr.org/protection/statelessness/519e210a9/preventing-reducing-statelessness-january-2014.html> > p4. accessed date 22 feb 2022.

(2) René de Groot, **Survey on Rules on Loss of Nationality in International Treaties and Case Law**, 6-7.

The 1961 Convention provides for statelessness due to deprivation of nationality in both Articles (8-9), and did not allow deprivation of nationality if it was a cause of statelessness; it is not prohibited in limited cases (Article 8).⁽¹⁾ Also, Article 9 of the Convention states that “there shall not be A Contracting State may deprive any person or group of persons of their nationality on racial, ethnic, religious or political grounds.”⁽²⁾

4. Measures to avoid statelessness in the context of State succession

State succession, such as the cession of a territory by one state to another and the formation of new states, can be a cause of statelessness. Avoidance of statelessness in such cases is necessary to help stability. Article 10 highlights the particular framework of State succession and asks States to include provisions to confirm the prevention of statelessness in any treaty dealing with the transfer of territory. Here, when there is no treaty, the involved state should confer its citizenship to the people that if there would not any treaty, as a result of transferring the territory, they would lose their nationality and become stateless.⁽³⁾

There are some action plans that countries have taken to solve the problem of statelessness such as the Somalia Action Plan against Statelessness and the Brazil action Plan. These action plans work to solve the stateless problem in every country. The most significant action plan is developed by the United Nations in October 2013. It described the “complete commitment of the

(1) See: Article (8) at The 1961 Convention.

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/6_1_1961.pdf

(2) UNHCR, **FACT SHEET: THE 1961 CONVENTION on THE REDUCTION of STATELESSNESS**, < <https://www.refworld.org/pdfid/612608084.pdf> > accessed date 28 Feb 2022.

(3) See: UNHCR, **fact sheet: the 1961 convention on the reduction of statelessness**. <<https://www.refworld.org/pdfid/612608084.pdf>> accessed date 21 February 2022.

international community to end statelessness 2014-2024” as the Global Plan of Action. The United Nations, the United States, civil society, and national organizations have all worked on this. The action plan aims to end statelessness within 10 years.⁽¹⁾

The Iraqi government has ratified most international conventions which are state’s nationality right such as (ICCPR, CRC, ICERD, and CEDAW). Iraq has lots of stateless problems such as depriving Fails Kurds of nationality and forced deportation to Iran. after the fall of Saddam Hussein’s regime in 2003, ⁽²⁾many Fails Kurds returned some of them required their nationality but still there is an unknown number of Fails Kurds who do not get benefited from the 2006 Nationality Law and do not able to require their Iraqi nationality.⁽³⁾ Another stateless group in Iraq are the Doms, known as Roma, who are connected through tribal ties. There are currently no accurate statistics on the number of Doms in Iraq. Some estimates put the number at between 50,000 and 200,000. The human rights situation for the Doms in Iraq is dangerous. Many are displaced inside Iraq and forcibly evicted from their homes. They are forced to live on dry land without access to water, electricity, health care, food and other basic services. Some people have civil documents, but the level of renewal of these documents is very limited, due to the Iraqi authorities often refusing to renew these documents, or refuse to transfer citizenship to their children under the principles of Law No. 26 of 2006. Or they have a form of

(1) See: UNHCR, Global Action Plan to End Statelessness 2014-24
<<https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/545b47d64.pdf>>

(2) كاضم الحبيب، لمحات من نضال حركة التحرر الوطني للشعب الكوردي في كوردستان العراق، (دار اراس للطباعة والنشر، الطبعة الثانية و 2005) 315.

(3) Institute on statelessness and inclusion, **Statelessness in Iraq**, November 2019,
<<https://statelessjourneys.org/wp-content/uploads/StatelessJourneys-Iraq-final.pdf> > p.11-12, accessed date 22 April 2022.

citizenship that distinguishes them from ordinary people and limits their rights. In 2019, the Ministry of Interior issued a decision requiring national identity departments to provide a unified identity card for Doms, making it easier for them to access basic services. ⁽¹⁾ Palestinian refugees are essentially stateless people in Iraq. Under the 2006 Iraqi Citizenship Law, Palestinian refugees do not receive Iraqi citizenship even if they live in Iraq for a long time. ⁽²⁾ Palestinian refugees live in poor conditions and even work insecurely in the public sector twice because of their unclear legal status; the government does not recognize them as refugees or citizens and does not have the resources to grant them citizenship. ⁽³⁾ There are a large number of Syrian refugees in Iraq, most of them in the Kurdistan Region. Many of them are Syrian Kurds who were deprived of their citizenship in 1962 in the north-eastern Syrian city of Hasakah. According to the Iraqi nationality Law, any foreigner who has stayed in Iraq for ten years is entitled to apply for citizenship, ⁽⁴⁾ but this provision does not apply to stateless Syrian Kurds who came to Iraq in 2004 because they are considered illegal. They have entered Iraqi territory. For now, today there are many children born under ISIS rules, and also those children that they born and whose father is a member of the ISIS group in a marriage relationship, their birth certificates are issued by the ISIS group which is unacceptable by the Iraqi government. Some Iraqi people lost their documents when they flee. ⁽⁵⁾ However, with all these

(1) See: **Minority Rights Group International, Iraq: Roma**,(November 2017), available at: <https://minorityrights.org/minorities/roma-21/>

(2) Article 6(2) Iraqi nationality law " *Second, "Iraqi citizenship may not be granted to Palestinians to guarantee their right to return to their homeland."*

(3) Institute on statelessness and inclusion, **Statelessness in Iraq**, p.16.

(4) Article 6(1) of **Iraqi Nationality Law** " *The Minister may accept the naturalization of a non-Iraqi who has fulfilled the following conditions: Permission to legally reside in Iraq for a period of no less than a period of no less than consecutive years prior to the submission of the application.* "

(5) See: Norwegian refugee council, < <https://www.nrc.no/news/2019/april/new-report-45000->



statelessness problems that Iraq has, Iraq is not a state party to either the 1954 Convention Relating to the Status of Stateless Person, the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, or the 1951 Convention Relating to the status of Refugee.



children-may-become-stateless-in-post-is-iraq/> accessed date 22April2022. ←

5. Conclusion

Article 1 (1) of the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons defines a stateless person as “*a person who is not considered a national by any State under its law.*” This is a good help to understand statelessness. However, making a legal framework for statelessness in international law requires more. This study attempted to do so. It looked at statelessness as the problem of individuals, groups, states, and then the international community.

Historically, the first step to recognizing statelessness as a problem in the international community was in the twentieth century. The first attempt to address the issues of statelessness was in 1923 - the opinion of the Permanent Court of International Justice on the problem of nationality in Tunisia and Morocco. The opinion says that the question of nationality is not only connected between individuals and the local jurisdiction of a country but also has an impact on international relations. The same issue has repeated some years later at the 1930 Hague Conference. This recognition provides for the conflict of nationality laws and formed a special protocol about statelessness. The protocol contained some rules for dealing with people who had lost their citizenship three times without having another. Then, the Universal Declaration of Human Rights mentioned nationality as a basic human right. Article (15) affirmed the right of every individual to enjoy a nationality. “*No one shall be arbitrarily deprived of his or her nationality, or denied the right to change his nationality.*” This move ensures that the international community has a right to acquire a nationality.

The nationality mentioned as a right of every person in the Universal Declaration serves as proof for all stateless persons throughout the world to interact with them. Although the Universal Declaration is not an international treaty and is not binding on UN

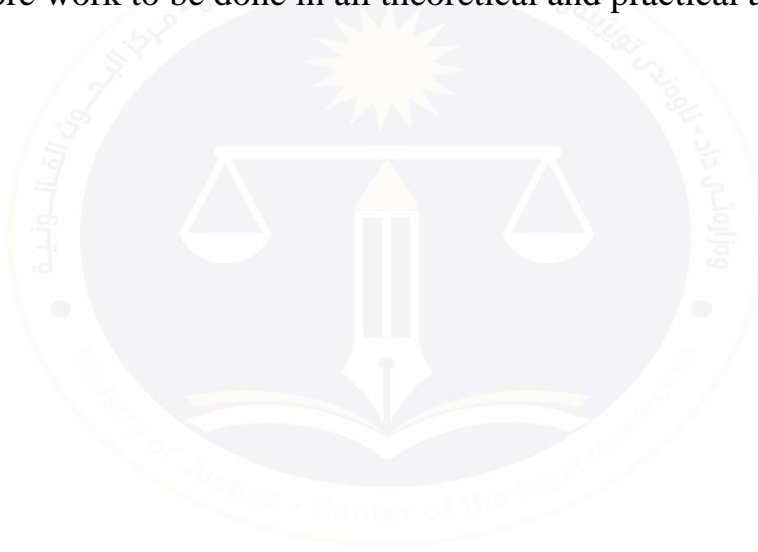
member states, it does take a form of customary international law in which the guaranteed nationality is right for each individual and is evidence that all stateless people around the world protect themselves with having this right in the Universal Declaration of Human Rights has been given a standard to lots of international convention that convening about human's right such as (convene on the civil and political rights, convention on the elimination of all forms of racial decimation, convention on the elimination of all forms discrimination against women, convention on the nationality of married women, convention on rights of persons with disability, convention on the protection of the right of all migrant workers and member of there families) and also it has been given particular feature of two international legal instruments on the status of statelessness.

First, the 1954 Convention Relating to the Status of Stateless the Person. It has the same form as the 1951 Refugee Convention. It states about the stateless persons and their rights; it also tries to protect them and improve their life. It ensures that states should give identity, that states are not allowed to exclude stateless people in their territory, and give rights and freedoms to all stateless persons without any discrimination.

Second, the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, which is different from the 1954 Convention, is not about the rights of stateless persons and how to protect them, but it is about how to reduce statelessness. The 1961 Convention attempted to reduce statelessness while giving one or more the opportunity to all children born in land states to acquire citizenship. It states loss or renunciation as well. In the manner that states that citizenship law should not include the principle of loss or renunciation unless there is an exception and in a narrow scope. It also ensures that states are not allowed to deprive any person or group of their nationality on

racial, ethnic, religious, or political grounds. The last measure is to emphasize the reduction of statelessness at the time of state succession.

The fact is that the problem of statelessness is still an unsolvable one and there are still millions of people who live without having a nationality, without belonging to a state. This indicates that there is still more work to be done in all theoretical and practical aspects.



References:**BOOK**

- Arendt, Hannah. **"The Decline of the Nation-State and the End of the Rights of Man."** (2009).
- Blitz, B.K., **Statelessness, protection and equality**, *Refugee Studies Centre*, 2009.
- Hannah Arendt, **The Decline of the Nation-State and the End of the Rights of Man in The origins of totalitarianism**(New York, 1948).
- Hersch Lauterpacht, **An International bill of Rights of Man**, (1954.)
- Mark Manly, **"Statelessness: The Impact of International Law and Current Challenges"** the royal institute of international affairs,(4 November 2014).
- René de Groot, **Survey on Rules on Loss of Nationality in International Treaties and Case Law**.
- UNHCR, **Nationality and statelessness**, handbook for parlamantarians, N22,10.
- Zahra Al Barazi and Jason Tucker, **challenging the disunity of statelessness in the middle east and north Africa**.

Journals

- Bilkis Afroza Siddika, **"impact of statelessness"**,(vol.7) no.12[open journal of social sciences](3 December 2019).
- Carol Batchelor, **'Stateless Persons: Some Gaps in International Protection'**,(vol.7) [International Journal of Refugee Law](1995).
- David Weissbrodt, Clay Collins, **"The Human Rights of Stateless Persons"**(Vol28)1[Human Rights Quarterly] (2006).
- Foster, M., & Lambert, H, (2016)" **Statelessness as a Human Rights Issue: A Concept Whose Time Has Come"** (Vol.28)4[International Journal of Refugee Law](2016).
- Gibney, Matthew J. **"Statelessness and citizenship in ethical and political perspective."** Nationality and statelessness under international law (2014).
- Peter van Krieken," **The High Commissioner for Refugees and**

Stateless Persons", (Volume 26, Issue 01)[Netherlands International Law Review](1979).

- Radha Govil and Alice Edwards," **Women nationality and statelessness**", Edited by Alice Edwards and Laura van Waas, **Nationality and Statelessness under International Law**, (Cambridge University Press, 05 October 2014).

- René de Groot, "**Survey on Rules on Loss of Nationality in International Treaties and Case Law**", No. 57, [Liberty and Security in Europe] (2013).

- UNHCR, "**The 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons: Implementation within the European Union Member States and Recommendations for Harmonisation**",(Vol.22)2[Department of International Protection UNHC](2004).

Thesis

- Kateryna Ustymenko, "**Defining Statelessness: The Conception of the Definition and Why It Matters Today**", (Bachelors Degree in Human Rights Institute for the Study of Human Rights, University in the City of New York, (2013).

- Kristina Kreuzer," **Reconceiving Statelessness An Analysis of potential Solutions to realise the Right to a legal Identity in Europe**", European Master's Degree in Human Rights and Democratisation A.Y. 2017/2018.

- Maria Hellborg" **Statelessness and Nationality**" (Master's Thesis in International Law, UPPSALA University, 2015).

Conventions

- The 1954 Convention Relating to the status of Stateless persons.
- The 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).
- The 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.
- The 1989 Convention on the Rights of the Child.
- The Convention on the Rights of Persons with Disabilities.
- The international convention on the protection of the right of all migrant workers and members of their families.

- The international convention on the protection of the right of all migrant workers and members of their families.
- Universal declaration of human rights.
- The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees.
- The 1957 Convention on the Nationality of Married Women.
- The 1961 convention on the reduction of statelessness.
- The 1965 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

Online Sources

- A handbook for parliamentarians, **Nationality and statelessness.**, 2005, p 8 <http://archive.ipu.org/pdf/publications/nationality_en.pdf > accessed date 20, feb 2022.
- **Fact sheet: the 1961 convention on the reduction of statelessness.** accessed date 21 Feb 2022.> <https://www.refworld.org/pdfid/612608084.pdf><
 - Institute on statelessness and inclusion, **Statelessness in Iraq**, November 2019, <https://statelessjourneys.org/wp-content/uploads/StatelessJourneys-Iraq-final.pdf> > accessed date 22 April2022.
 - Legal Assistance Centre, **the stateless conventions and why Namibia should accede to them,** < http://www.lac.org.na/projects/grap/Pdf/statelessness_conventions.pdf > accessed date 14April2022.
 - **Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Permanent Court of International Justice**, 7 February 1923, available at
 - Norwegian refugee council, < <https://www.nrc.no/news/2019/april/new-report-45000-children-may-become-stateless-in-post-is-iraq/> > accessed date 22April2022
 - Panel discussion, "50th Anniversary of the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons", Geneva, (6 October 2004),< <https://www.unhcr.org/415825134.pdf> > (accessed 20 January 2022).
 - Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, <https://www.hrw.org/legacy/campaigns/race/hrw-statement1.htm> access date 10 October 2021.

- See: **Australian Human Rights commission**, <
<https://humanrights.gov.au/our-work/what-universal-declaration-human-rights>
 > (accessed 30March2022).

- See: UNHCR, **Gender discrimination and childhood statelessness**, <
<https://www.unhcr.org/ibelong/gender-discrimination-and-stateless-children/>
 > (accessed date 27/4/2022).

- See: **Uslegal, jus soli and legal definition**,
<https://definitions.uslegal.com/j/jus-soli/>- See: Disha Mohanty, state succession
 under international law, < <https://blog.iplayers.in/state-succession/> >

- The UN Refugee Agency, **Background note on discrimination in
 nationality laws and statelessness**, october2021, <
<https://www.refworld.org/pdfid/616fda104.pdf> > (accessed 31January2022).

- UN Treaty Collection, “**1989 Convention on the Rights of the Child**”,
 <[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-
 11&chapter=4&clang=_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en) >

- UN, ('12 million' stateless people globally, warns UNHCR chief in call to
 States for decisive action', 12 November 2018)
<https://news.un.org/en/story/2018/11/1025561>. (Accessed date 2
 September2021).

- UN, **A study of statelessness**, Lake Success - New York, 1 August 1949.
 <<https://www.refworld.org/docid/3ae68c2d0.html> > accessed date
 14April2022.

- UNHCR, **Hand book on protection of stateless person**, Geneva 2014, <
[https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2017/04/CH-
 UNHCR_Handbook-on-Protection-of-Stateless-Persons.pdf](https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2017/04/CH-UNHCR_Handbook-on-Protection-of-Stateless-Persons.pdf)> , accessed 25
 October2021.

- UNHCR, **Global Action Plan to End Statelessness 2014-24**
 <<https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/545b47d64.pdf/>>

- **United Nations treaty collection**,
 <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=
 V-3&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-3&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en) >.

- Zecharias Fassil, "report on citizenship law; Ethiopia" (9)European university institute, (April 2020)6.

<https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/66827/RSC_GLOBALCIT_CR_2020_9.pdf?sequence=1&isAllowed=y

> accessed date 22 october 2021.

<<https://www.refworld.org/cases,PCIJ,44e5c9fc4.html>> (accessed 17 January 2022).

Arabic sources

- آمال عبدالله تقي، الفرق بين التجريد من الجنسية العراقية وما يشته به من حالات دراسة مقارنة مع القوانين الانجلوأميركية، ص5
<https://www.iasj.net/iasj/download/ddd47b79874cffc6> تاريخ زيارة الموقع 10 ايار 2022.

- منظمة العفو الدولية، كويتيون بدون... امنحوا الجنسية، أيلول 2013، ص2.

[https://www.refworld.org/cgi-](https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52380de74)

[bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52380de74](https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52380de74)

- توماس مكجي، الإقرار للاجئين العديمي الجنسية، نشرة الهجرة القسرية 65، ص 45

[https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/ar/recognising-](https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/ar/recognising-refugees/mcgee.pdf)

< refugees/mcgee.pdf

- كاضم الحبيب، لمحات من نضال حركة التحرر الوطني للشعب الكوردي في كردستان العراق، (

دار اراس للطباعة والنشر، الطبعة الثانية و 2005)315.

Abstract

Statelessness is a status of having no status within the law. It has no nationality and belongs to no nation. This has always become a big problem for both stateless individuals and states with stateless populations. It is an issue for all individuals, states, and the international community at the same time. However, it has mostly been ignored and marginalized by decision-makers and also by scholars. This research is an attempt to make a legal framework for statelessness in international law. It is to ask: how statelessness, as an issue of individuals and states, could be put into a framework of international law? To address the question, the study uses qualitative methods of critically analyzing data within legal studies of international law, and more specifically public international law. The research depends on both primary and secondary sources; such as documents of international law and the related literature in books and journal articles. The study was conducted by following a structure in which it covers the concept of statelessness, its definition, causes and effects of statelessness, and also the issue of nationality and statelessness in international law. These are all aimed at making a legal framework for statelessness in international law.

پوخته

بئناسنامهیی بریتیه له دۆخیک که تاک هیچ پیگهیهکی له ناو یاسادا نیه. بریتیه له نهوونی ناسنامهی ولاتیک، واته تاک سهر به هیچ دهولتیک نیه. ئەمه ههمیشه بووته کیشهیهکی گهوره ههم بۆ تاکي بی ناسنامه و ههمیش بۆ ئەو دهولتانهی که دانیشتوانی بی ناسنامهیان ههیه. ئەمه پرسى تاک و دهولت و کۆمهلگهیی نیودهولتهتیه له یهک کاتدا. لهگهڵ ئەوهشدا، له لایهن بریاردهران و ههروهها له لایهن توێژهرانهوه پشتگۆی و پهراویزخراوه. ئەم توێژینهوهیه ههولیکه بۆ دروستکردنی چوارچۆمهیهکی یاسایی بۆ بئناسنامهیی له یاسای نیودهولتهتیدا. بۆ ئەوهیه که پرسی: چون دهوانریت بئناسنامهیی وهک پرسى تاک و دهولت بخرینه چوارچۆمهیی یاسای نیودهولتهتیهوه؟ بۆ وهلامدانهوه پرسیارهکه، توێژینهوهکه شیوازی چۆنایهتی بهکاردههینیت بۆ شیکردنهوهی رهخنهیی داتاگان له چوارچۆمهیی زانستی یاسا و یاسای نیودهولتهتیدا، به تایهتیریش یاسای نیودهولتهتی گشتی. توێژینهوهکه پشت به ههردوو سهرحاوهی سههرتایی و لاوهکی دههستتیت؛ وهک بهلگهنامهکانی یاسای نیودهولتهتی و ئەدهبیاتی پهیوهندیدار له کتیب و جۆرنال ئارتیکل. توێژینهوهکه به پهیرهوکردنی نهخشهیهک ئەنجامدراوه که تئیدا چهمی بئناسنامهیی و پئناسهکهی و هۆکار و کاریگهریهکانی بئناسنامهیی و ههروهها پرسى ناسنامه و بئناسنامهیی له یاسا نیودهولتهتیهکان دهگریتهوه. ئەمانه ههمووی به ئامانجی دروستکردنی چوارچۆمهیهکی یاساییه بۆ بئناسنامهیی له یاسای نیودهولتهتیدا.

الملخص

انعدام الجنسية هو حالة لا تتمتع بوضع قانوني. ليس لها جنسية وكونها لا تنتمي لأمة. لقد أصبح هذا دائمًا مشكلة كبيرة لكل من الأفراد عديمي الجنسية والدول ذات السكان عديمي الجنسية. إنها قضية جميع الأفراد والدول والمجتمع الدولي في نفس الوقت. ومع ذلك، فقد تم تجاهله وتهميشه في الغالب من قبل صناع القرار وكذلك من قبل العلماء. هذا البحث هو محاولة لوضع إطار قانوني لانعدام الجنسية في القانون الدولي. يجب أن نتساءل: كيف يمكن وضع انعدام الجنسية، كقضية تتعلق بالأفراد والدول، في إطار القانون الدولي؟ لمعالجة السؤال، تستخدم الدراسة أساليب نوعية لتحليل البيانات بشكل نقدي ضمن الدراسات القانونية للقانون الدولي، وبشكل أكثر تحديدًا في القانون الدولي العام. يعتمد البحث على المصادر الأولية والثانوية؛ مثل وثائق القانون الدولي والأدبيات ذات الصلة في الكتب والمقالات الصحفية. أجريت الدراسة باتباع هيكل يغطي فيه مفهوم انعدام الجنسية، وتعريفه، وأسبابه وآثاره، وكذلك قضية الجنسية وانعدام الجنسية في القانون الدولي. وتهدف هذه جميعها إلى وضع إطار قانوني لانعدام الجنسية في القانون الدولي.

محتويات العدد

Researches In English

تويّزينه وه كان به زمانى ئينگليزى

البحوث باللغة الإنكليزية

Crisis Biography The Oil and Gas Law Facts Documented to History.17

Mr. Farsat Ahmed Abdullah

An Attempt to Find a Legal Framework for Statelessness in International Law.....49

Prof. Dr. Khalid Al-Saleem - Iman Abdullah Omer