

تمّ اعتماد المجلة أكاديمياً من قبل وزارة التعليم العالي والبحث  
العلمي في الإقليم بموجب الأمر الوزاري المرقم 9930 /9 في تاريخ  
2021 /7 /27

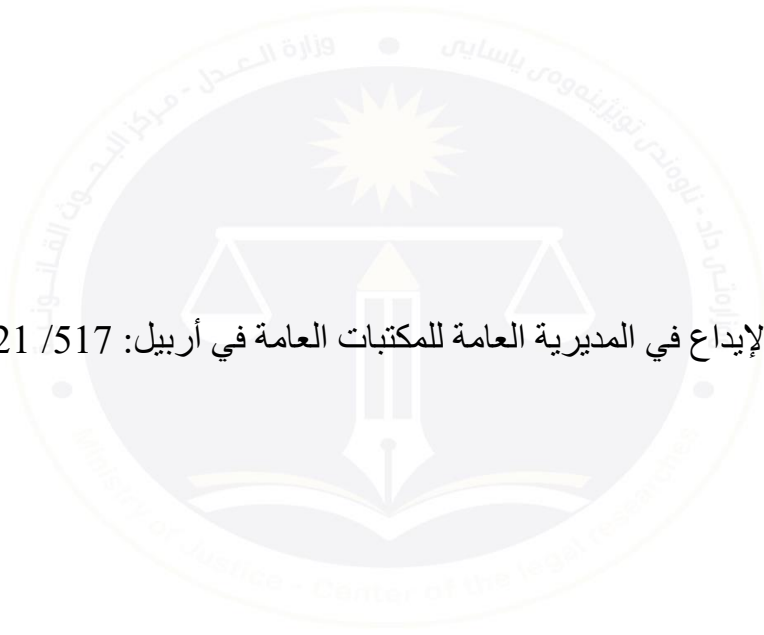


مَجَلَّةُ الْعَقْدِ الْاجْتِمَاعِيِّ

" گۆقاری گریبهستی کومه لایه تی "

" *Social Contract Journal* "

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





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

گۆفارهكه دهردهچیت لهحکومهتی ههریمی کوردستان - عێراق،  
وهزارهتی داد - ناوهندی تویژینهوهی یاسایی

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

# 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 ناوه ندی توژیینه وهی یاسایی له وه زاره تی دادی حکومه تی  
هه ریمی کوردستان – عێراق ده رده چیت، که تاییه ته به بلاو کورده وهی توژیینه وه و لیکۆلینه وهی یاسایی،  
به هه رسی 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"

" عدد خاص 2021 "

" ژماره ی تاییه ت 2021 "

"Special Issue 2021"

**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](mailto:clr.kurtdistan@gmail.com)

[prof.alahmed@gmail.com](mailto:prof.alahmed@gmail.com)

[prof.alahmed@clr.gov.krd](mailto:prof.alahmed@clr.gov.krd)

ترسل جميع المراسلات إلى السيد رئيس التحرير



تطلب منشوراتنا خارج العراق من منشورات زين الحقوقية في بيروت -

الإدارة العامة:

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

[www.zeinjuridique.com](http://www.zeinjuridique.com)

00961 1 391 391

Email: [wassim@zeinjuridique.com](mailto:wassim@zeinjuridique.com)

00961 3 433 733









## عدد خاص 2021

للأبحاث المشاركة في المؤتمر العلمي الأول لمركز البحوث القانونية في  
وزارة العدل في إقليم كردستان العراق، المنعقد في تاريخ  
2021/10/25، تحت شعار: "تطوير أجهزة وزارة العدل طموح  
الحقوقيين جميعاً"

والطاولة المستديرة الأولى التي انعقدت تحت عنوان: (قانون التجارة  
النافذ لعام 1984 ومدى مواكبته للواقع التجاري في العراق  
وكوردستان)



### 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

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 التقييمية 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

## الجزء الأول

الأبحاث المشاركة في المؤتمر العلمي الأول لمركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان العراق، المنعقد في تاريخ 2021/10/25، تحت شعار: "تطوير أجهزة وزارة العدل طموح

الحقوقيين جميعاً"

23 ..... الافتتاحية كلمة السيد وزير العدل في المؤتمر العلمي الأول

25 ..... كلمة السيد رئيس اللجنة التحضيرية للمؤتمر

## البحوث باللغة العربية

آليات مكافحة الفساد المالي في الجزائر في ظل الإصلاحات القانونية الجديدة (دراسة مقارنة) ..... 29

الدكتور أحسن رابحي والدكتور بن غبريد عبد المالك .....  
أنسنة قواعد التنفيذ العيني الجبري بين متطلبات تطوير نظام التنفيذ وعدم إهدار  
ضمانات الدائن ..... 69

أ.د. علاء حسين علي ود. ورود خالد محمد .....  
الادعاء العام بين التبعية والاستقلال دراسة تحليلية في ضوء قانون الادعاء العام العراقي الجديد  
وقانون وزارة العدل في إقليم كردستان العراق ..... 95

أ.د. تيماء محمود فوزي الصراف .....  
مراكز التحكيم التجاري في العراق، الواقع والطموح ..... 129

أ.د. مصطفى ناطق صالح مطلوب .....  
التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار أمام مركز تحكيم دولي تابع لوزارة العدل ..... 159

د. أحمد مصطفى الدبوسى السيد .....  
معاهد القانون المقارن بوزارات العدل ودورها في صياغة القوانين ..... 185

د. عبدالله فاضل حامد .....  
المركز القانوني للادعاء العام في الدعوى المدنية «دراسة مقارنة» ..... 231

د. رؤى خليل إبراهيم الطائي .....  
مركز البحوث القانونية

## الأوراق البحثية والمقالات

- 285..... نفاذ التشريعات العراقية في إقليم كردستان -الإشكالات والحلول-.....  
 أ.م.د.هادي مسلم يونس شنكلي.....  
 آليات وزارة العدل لإقليم كردستان - العراق في تنفيذ المادة (11) من اتفاقية الأمم المتحدة  
 لمكافحة الفساد لعام 2003.....  
 299..... أ.م.د. نغم اسحق زيا.....  
 النظام القانوني لوزارة العدل السويدية دراسة مقارنة .....  
 323..... م.م. دليين سردار زهدي النوري وخالد مظفر حمزة.....  
 البحوث باللغة الكوردية  
 نأمرارة كاني نيشخستني كارة كاني فترمانطة كاني تو مار كاردني خانووية  
 357..... نيشكة شكر اوة لة لايئن .....  
 دكتور لقمان عمر حسين.....

## الجزء الثاني

## طاولة مستديرة

- (قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 النافذ ومدى مواكبته للواقع التجاري في العراق  
 وكوردستان).....  
 377.....

## البحوث باللغة الإنكليزية

- Leviathan as a Theory of the State and Justice: The  
 Leviathanic Justice in the Contemporary States ..... 15**

Hoshang Dara Hama Ameen, Dr. Saeideh Shariati Najafabadi.....

## الجزء الأول

الأبحاث المشاركة في المؤتمر العلمي الأول لمركز البحوث  
القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان العراق، المنعقد في  
تاريخ 2021/10/25، تحت شعار: "تطوير أجهزة وزارة العدل  
طموح الحقوقيين جميعاً"



## افتتاحية العدد الخاص 2021

### كلمة السيد وزير العدل

### في المؤتمر العلمي الأول

أخواتي وأخواني المشاركين الكرام.....

يسرني أن أرحب بكم وأتقدم إليكم بجزيل الشكر لقبولكم مشاركتنا اليوم في أول مؤتمر علمي دولي افتراضي لمركز البحوث القانونية في وزارتنا، لنناقش مسألة في غاية الأهمية، وهي تطوير أجهزة وزارة العدل في إقليم كردستان- العراق ، هذا التطوير الذي يمثل طموح جميع الحقوقيين من قضاة واكاديميين ومستشارين ومحامين وغيرهم، ممن يمارسون العمل القانوني في مختلف أجهزة الدولة وسوح العدالة، إذ تغني أعمال وزارة العدل وتلتي بوظائف جميع السلطات وتتلامس بصورة مباشرة أو غير مباشرة مع الهيئات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فهي حركة الوصل بينها، تناط لها مهماتٍ جسام تمس مصالح المواطنين في تسجيل حقوقهم وحمايتهم وتنفيذها، كما انها تمسّ الصالح العام في الارتقاء بزرع الثقة العامة بالقانون وبأجهزة الحكومة لترسيخ سيادة القانون من خلال سعي الوزارة في تحقيق أهدافها وان تكون اسماً على مسمى لتحقيقها للعدل، وهي أسمى غاية لها، فضلاً عن تحقيقها التوازن المشروع بين المصالح واستقرار التعامل وإعادة النظر في المخزون التشريعي، عبر رسم الاستراتيجيات القانونية على المدى القريب والبعيد.

ان وزارة العدل في إقليم كردستان- العراق، ومن دوافع حرصها على تحقيق برنامج الكابينة التاسعة لحكومة الإقليم برئاسة السيد مسرور بارزاني، تحاول جاهدة مواكبة جميع

التطورات الحاصلة في وظائف وزارات العدل في الدول المتقدمة، ومن خلال سياساتها في إعادة تطوير مهام الوزارة، وعدم حصرها في الإطار الخدمي فقط، وجعلها وزارة ذات نهج فكري قانوني بجانب كونها وزارة خدمية، وهذا ما حققنا جزءاً منه عند تأسيسنا لمركز البحوث القانونية، الذي انطلقت منه أولى المجالات العلمية الدولية المحكمة في العراق وهي مجلة العقد الاجتماعي، كما ان مؤتمرا اليوم هو نتاج هذا المركز الفتى، والذي نطمح ان نرتقي به إلى أعلى الدرجات من نشاطات علمية، لاسيما من الكتب والتراجم ومتون القوانين، فضلاً عن المؤتمرات والندوات واللقاءات العلمية مع ذوي الاختصاص في كافة المجالات القانونية.

اننا اليوم بصدد التطلع إلى ما يصدر عن هذا المؤتمر من مخرجات ومقررات، وتوصيات ومقترحات، نصبو من خلالها إلى تحقيق الهدف والغاية من هذا المؤتمر الرصين لتطوير عمل وزارة العدل في الإقليم، بما يجعلها مؤهلة أكثر وبفعالية أكبر لتحقيق أهدافها وغاياتها، بفضل ما تجودون به من أفكار وآراء تغنون بها جهود تشكيلاتها ومساعي كوادرها في تحقيق أفضل الخدمات للمواطنين وتجسيد صورته من خلال عمليات توثيق حقوق المواطنين وتفعيل وتسريع تنفيذ قرارات وأحكام القضاء باعتبارها عنوان العدالة والحق.

اشكر في النهاية السادة القائمين على هذا المؤتمر وخصوصاً رئيس وأعضاء اللجنة التحضيرية للمؤتمر الذي أتمنى ان تتكلل أعماله بالنجاح والتوفيق.  
وأكرر شكري وامتناني واعتزازي للأساتذة المشاركين ...  
ودمتم بخير وتوفيق.

**فرست أحمد عبد الله**

وزير العدل / حكومة إقليم كردستان - العراق



## كلمة السيد رئيس اللجنة التحضيرية للمؤتمر

ينعقد اليوم المؤتمر العلمي الدولي الافتراضي الأول لمركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان- العراق تحت شعار ( تطوير أجهزة وزارة العدل - طموح الحقوقيين جميعاً)، وبرعاية كريمة من معالي السيد وزير العدل الأستاذ فرست أحمد عبدالله، حيث بادر الباحثون بإرسال ملخصات بحوثهم حال انتشار خبر عقد المؤتمر، حيث ورد إلى اللجنة التحضيرية للمؤتمر أكثر من خمسة وعشرين بحثاً وورقة بحثية، ومن حرص اللجنة العلمية على الطابع العلمي للأبحاث، تم عرضها على المحكمين العلميين لتقييمها، وقد حصلت ثلاثة عشرة مشاركة على اجازتهم، وهذه المشاركات هي التي ستلقى في هذا المؤتمر، الذي سنوزعه على أربعة محاور، تخص كل جلسة محوراً معيناً من محاور المؤتمر الأربعة، وهي :

<p>وسيتأسس الجلسة الخاصة بهذا المحور : معالي السيدة وكيلة وزارة العدل " شيلان عارف حمه "</p>	<p>عنوان الجلسة: (وزارة العدل وأجهزتها العدلية)</p>	<p>المحور الأول</p>
<p>وسيتأسس الجلسة الخاصة بهذا المحور : رئيس الادعاء العام القاضي ازاد خوشناو</p>	<p>عنوان الجلسة: (الادعاء العام)</p>	<p>المحور الثاني</p>

<p>وسيتأسس الجلسة الخاصة بهذا المحور: <u>رئيس مجلس شورى الإقليم</u> القاضي الدكتور سردار ياسين حمدامين</p>	<p><u>عنوان الجلسة:</u> (التشريع والقضاء الإداري ومجلس شورى الإقليم)</p>	<p>المحور الثالث</p>
<p>وسيتأسس الجلسة الخاصة بهذا المحور: <u>مدير عام التسجيل العقاري لإقليم كردستان - العراق</u> الدكتور لقمان عمر حسين</p>	<p><u>عنوان الجلسة:</u> (مركز البحوث والتحكيم والدراسات المقارنة)</p>	<p>المحور الرابع</p>

وستنتهي المؤتمر بكلمة ختامية لالقاء البيان الختامي للمؤتمر وعرض التوصيات التي خرجت بها أبحاث المؤتمر، يتلوها الدكتور هادي مسلم يونس المستشار الأقدم في مجلس شورى الإقليم.

وبعد انتهاء المؤتمر تمت عملية تصفية الأبحاث المشاركة فيه، وتم إرسالها إلى المحكمين المعتمدين لمجلتنا مجلة العقد الاجتماعي، وقد التزم الباحثون بتعديل أبحاثهم وأوراقهم البحثية بما ينسجم مع الشروط العلمية للمجلة، وها هي اليوم تنفذ المجلة لأول عدد خاص لها لتغطية وقائع هذا المؤتمر المهم، فضلاً عن نشر وقائع المحادثات والمناقشات التي تمت بين كبار فقهاء القانون التجاري في العراق والإقليم حول مدى مواكبة قانون التجارة العراقي النافذ لعام 1984 للواقع التجاري الحالي في العراق والإقليم. راجين الله تعالى التوفيق للجميع.

**البروفيسور الدكتور محمد سليمان الأحمد**

رئيس مركز البحوث القانونية

رئيس التحرير

## البحوث باللغة العربية



## آليات مكافحة الفساد المالي في الجزائر في ظل الإصلاحات القانونية الجديدة (دراسة مقارنة)

ميكانيزمهاكانى قه لاچوكردى گندهلى دارايى له جهزائير له ژير روشنايى چاكسازيه

ياسايى يه نوييهكان

(تويژينهوهيهكى بهراوردكارى يه)

Mechanisms of combating financial corruption in Algeria in light of the  
new legal reforms (a comparative study)

الدكتور أحسن رابحي

أستاذ محاضر "أ" كلية الحقوق، جامعة أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر

الدكتور بن غبريد عبد المالك

أستاذ محاضر "ب" كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة - بومرداس، الجزائر

دكتور نهحسهن رابحي

پروفيسورى وانهبيژ (أ) كويژى ماف، زانكوى نهحمهد بن يهحيا نهلونشريسي  
تيسمسيلت، جهزائير

دكتور بن غبريد عهبدولماليك

پروفيسورى وانهبيژ (ب) كويژى ماف، زانكوى نهحمهد بوقره - بومرداس، جهزائير

**Dr. Ahcen Rabhi**

Lecturer "A", Faculty of Law, University of Ahmed Ben Yahia El Wencharisi,  
Tissemsilt, Algeria

**Dr. Bin Ghabrid Abdul Malik**

Lecturer "B", Faculty of Law, University M'hamed Bougherra - Boumerdes, Algeria



## آليات مكافحة الفساد المالي في الجزائر في ظل الإصلاحات القانونية الجديدة (دراسة مقارنة)

الدكتور أحسن رابحي

أستاذ محاضر "أ" كلية الحقوق، جامعة أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر

والدكتور بن غبريد عبد المالك

أستاذ محاضر "ب" كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة - بومرداس، الجزائر

### الكلمات المفتاحية:

جرائم الفساد، النزاهة المالية، إجراءات التتبع المالي، تبييض الأموال، العمليات المالية الصورية، الاستعلام المالي، التمويل المالي الخفي للتنظيمات الإجرامية.

### كليه ووشه:

تاوانه كانى گهنده لى، دهسپاكى دارايى، ريكاره كانى بهدواداچونى دارايى، سبيكر دنه وهى سامان، چالاكى يه دارايى يه رووكه شيه كان، پرسينى دارايى، پاره داركر دنى دارايى شاراوه يى ريكر خراوه تاوانكار يه كان دارايى ريكر خراوه تاوانكار يه كان.

**key words:** Corruption crimes, financial integrity, financial tracking procedures, money laundering, sham financial operations, financial information, hidden financial financing of criminal organizations.

### مقدمة

لقد أصبحت قضايا الفساد على المستويين المحلي والدولي تشكل أبرز الأحداث والأوضاع التي تستقطب الرأي العام على مختلف الأصعدة<sup>(1)</sup>، وذلك لمساسها بشكل أساسي باستقرار النظام العام للدول، وإضعاف قدرتها على تكريس مبادئ العدالة وسيادة

(1) CHOPIN Frédérique, « Rapport français sur la corruption et les délits apparentés dans les transactions commerciales internationales », colloque AIDP, Tokyo, 2002, RIDP 2003. BOURDEAU Michel, « Pratiques ordinaires de la corruption en France », in revue Projet, n°232.

القانون وإرساء قواعد الشفافية، وبالتالي إضعاف شرعية الأنظمة على اختلاف توجهاتها<sup>(1)</sup>. وفي سياق متصل فقد أضحت عمليات مكافحة جرائم الفساد بمختلف أوضاعها وتداعياتها تشكل محور اهتمام المجتمع الدولي بكل مكوناته وأطرافه، وهو ما تجسدت معالمه من خلال سعي معظم دول العالم على وضع مختلف الأطر القانونية والمؤسسية التي تكفل لها المواجهة الفعالة لهذا النوع من الجرائم المستحدثة، وخصوصا ما تعلق منها بضمن مسايرة عدالتها وقضائها لهذه الجهود الدولية، لاسيما من خلال استحداث هيئات وأجهزة متخصصة كفيلة بتعزيز آليات الشفافية والمساءلة، والموكلة كذلك بعمليات الإسهام في تثبيت التدابير المستدامة لمكافحة جرائم الفساد<sup>(2)</sup>.

ضمن هذا السياق تعد الجزائر من بين الدول السبابة إلى الاهتمام بتجريم ظاهرة الفساد بمختلف أبعادها، حيث بذلت في هذا الصدد جهود معتبرة من أجل التمكن من مكافحتها والعمل على الوقاية منها، وهو ما يتجلى خصوصا من خلال مصادقتها وتبنيها لمعظم الاتفاقيات الدولية والإقليمية ذات الصلة بهذا الشأن، في المقابل وعلى الصعيد الوطني فقد اعتمدت مجموعة واسعة من الأطر القانونية والتنظيمية التي كان من شأنها وضع حد لهذه الظاهرة، لاسيما من خلال تكريسها لمؤسسات ذات طابع سيادي تتمتع بالاستقلالية، تتولى بشكل أصيل مهام الرقابة على كافة الممارسات التي يطالها الفساد، وتأتي على رأسها الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، باعتبارها الهيئة المتخصصة الوحيدة في هذا المجال، وخصوصا في خضم ترقيتها إلى مؤسسة دستورية بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>(3)</sup>، الأمر الذي رفع من مركزها القانوني والتنظيمي مانحا

(1) Sur ce point d'analyse voir - ALT Éric et LUC Irène, « La lutte contre la corruption », PUF, 1997, p 14 et s. Voir également - BLANC Olivier, « La corruption sous la Terreur », Ed. Laffont, 1992, collection les Hommes et l'histoire, p 37 et s. **DESSAUX-PRINCE** Gisèle, « Ils ont tué mon père. L'affaire Stavisky », Ed. Plon, 1994, p 94 – 127. **ETCHEGOYEN** Alain, « La valse des éthiques », « » Éditions François Bourin, Paris, 1991, p 12 et s. **HEINDENHEIMER** Arnold, « Perspectives on the perception of corruption », in « Political corruption: a handbook », New Brunswick, Transaction Publishers, 1989, p 42 – 86. **JEANDIDIER** Wilfrid, « Droit pénal des affaires », précis Dalloz, 1996, p 74 et s. **MATHIEZ** A., « Un procès de corruption sous la Terreur. L'affaire de la compagnie des Indes », 1920, p 26 et s. **MENY** Yves, « La corruption de la République », Ed. Fayard, 1992, collection l'espace du politique, p 15 et s.

(2) Rapport sur la corruption dans le monde, Transparency International 2003, <http://www.globalcorruptionreport.org>

(3) القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 63 الصادر بتاريخ 07 مارس 2016.



إياها وصف السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، أو بمعنى آخر ترقيةها من هيئة استشارية فقط إلى مؤسسة استشارية رقابية.

على أساس ماتقدم بيانه، فإن الإحاطة بالتجربة الجزائرية في مجال مكافحة الفساد سواء في إطارها التشريعي أو التنظيمي أو المؤسساتي، تتطلب قدرا كبيرا من البحث والدراسة والتعمق في حيثياتها وخصوصا جوانبها العملية والتطبيقية للوقوف على أهم العراقيل والعقبات التي تحد من دور الهيئات المتخصصة في التصدي لجرائم الفساد الذي تتعرض له الممتلكات والأموال العمومية، وهذا ما يبرر احتلال الجزائر لمراتب متأخرة عالميا في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته، حيث أصبحت الهيئة بحاجة إلى هذا النوع من البحوث والدراسات لتعزيز دورها الإيجابي في وقاية الممتلكات والأموال العمومية من الفساد والعمل على مكافحته.

وتتضح من خلال الرؤية المقتضبة التي أوردناها بخصوص الاستراتيجية المتهجة من قبل المشرع الجزائري في مواجهة جرائم الفساد، أنها تركز بشكل أساسي على الدور المنوط بالهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته في هذا الإطار، وهو ما تثار حوله إشكالية مدى قدرة هذه الهيئة بوصفها السابق أو السلطة بوصفها الحديث على تحقيق متطلبات مكافحة جرائم الفساد والوقاية منها في الجزائر؟

للإحاطة بعناصر هذا الموضوع، والإجابة على الاستشكالات التي تضمنتها هذه الإشكالية العامة، فقد اعتمدنا على مقارنة بين المنهج التحليلي والاستقرائي للأطر القانونية والتنظيمية ذات الصلة بهذا المجال المتشعب، وذلك قصد التمكن من معرفة الإطار القانوني والمؤسساتي الذي كرسه المشرع الجزائري لمكافحة الفساد والوقاية (المبحث الأول)، ومن ثمة الانتقال في (المبحث الثاني) للإحاطة بمكانة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وفق وضعها السابق أو السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته، ودورها في حماية الممتلكات والأموال العمومية، وفي تنفيذ الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد الذي لا شك أنه يشهد نوع من العرقلة بسبب العديد من العوائق التي تتخلله.

## المبحث الأول

### خصوصية الإطار القانوني لمكافحة الفساد والوقاية منه في الجزائر

لقد اتجه المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات الوطنية المقارنة على اختلاف توجهاتها، إلى التأسيس لاستراتيجيته وطنية في مجال مكافحة مختلف مظاهر الفساد، تتماشى مع السياسة العامة للدولة ومع البيئة الداخلية للفساد، وقد كان ذلك من خلال العمل على مسايرة أحكامه التشريعية ونصوصه التنظيمية وآلياته المؤسسية لما أقرته في هذا الإطار الاتفاقيات الدولية والإقليمية، خصوصا وأن المجتمع الدولي قد شهد مؤخرا حركة دولية واسعة لمكافحة الفساد معتبرا إياها أحد أهم المظاهر الحديثة للإجرام المنظم، وهو الأمر الذي دفعه إلى البحث عن الآليات الكفيلة لوضع حد لهذه الظاهرة الخطيرة في إطار عملية إصلاحية متعددة "الأشكال".

وللإلمام بكل هذه العناصر فقد فضلنا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين:

تضمن المطلب الأول - الإطار التشريعي للوقاية من الفساد ومكافحته.

في حين تضمن المطلب الثاني - معالم الإطار التجريمي في مجال مكافحة الفساد. وستناولهما على النحو الآتي:

## المطلب الأول

### الإطار التشريعي للوقاية من الفساد ومكافحته

سعيًا من المشرع الجزائري على ملائمة منظومته التشريعية مع ما تضمنته الاتفاقيات والعهود الدولية المعتمدة في مجال مكافحة جرائم الفساد وتداعيتها السلبية على الدول<sup>(1)</sup>، فقد أقر القانون رقم 06-01 المعدل والمتمم والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، والذي ألغى بموجبه المواد القديمة من قانون العقوبات، التي تناولت بشكل متفرق ومتناثر بعض الأحكام المجرمة لظاهرة الفساد، هذا مع السعي لإحداث مقاربات موضوعية وإجرائية مع الاتجاهات الدولية الحديثة المقررة في هذا الشأن.

هذا ما سوف نحاول الإحاطة به من خلال دراسة الفكرتين التاليتين:

أولا : مضمون قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

(1) VERIN Jacques, « La criminologie et l'immoralité internationale », in RSC 1971/3.745.

ثانيا- الإجراءات المستحدثة في مجال مكافحة الفساد.  
وسنحاول تلخيصهما على النحو الآتي:  
أولا : مضمون قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

في إطار جهود الدولة الجزائرية الرامية إلى فرض مبدأ احترام سيادة القانون على مختلف الأصعدة والمستويات، وخصوصا ما تعلق بوضع الضمانات الكفيلة بالحماية اللازمة للأموال والممتلكات العامة، والذي لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال تعزيز أنظمة الشفافية والنزاهة من جهة، ومن جهة أخرى تفعيل إجراءات الردع والمساءلة في حالة أي عمليات فساد قد تعترض إدارتها وتسييرها<sup>(1)</sup>، وخصوصا ما تعلق بمواجهة تفشي مظاهر الفساد الصادرة من قبل الموظفين والمسؤولين الرسميين في مختلف القطاعات المشكلة لكيان الدولة، فقد أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته<sup>(2)</sup>، سعيا منه لإرساء وتدعيم التدابير التجريبية لهذه الظاهرة، علاوة على تحقيق متطلبات النزاهة والشفافية في تسيير القطاعين العام والخاص وفق برنامج محلي ودولي متجانس<sup>(3)</sup>.

(1) دغو لخضر، القانون في مواجهة ظاهرة الفساد والاعتداء على المال العام، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2016، ص.19.

(2) قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، معدل ومتمم بالأمر رقم 10 - 05 المؤرخ في 26 أوت سنة 2010، والقانون رقم 11 - 15 المؤرخ في 2 أوت سنة 2011.

وقد تضمن النص نفس طريقة المعالجة القانونية لظاهرة الفساد في ظل غالبية الأنظمة القانونية المقارنة لاسيما التشريع الفرنسي، راجع في هذا الخصوص:

Loi n°93-23 du 8 février 1993, J.O 9 février 1993, p.2186. Loi n°2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le code pénal et le code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, J.O 1/7/2000, p.9944. Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, Perben II, Premier Ministre, Communiqué du 9/4/2003.

(3) بن مخلوف فارس، جريمة اختلاس الممتلكات في إطار القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون فرع: القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1، 2013، ص.63

**Voir dans ce sens - CHEVERNY Julien, « Du bon usage de la corruption en France », in revue Esprit, janvier 1973.**

### 1- تحديد الإطار العام للوقاية من الفساد ومكافحته

من خلال استقراءنا لمجمل الأحكام التي تضمنها القانون المذكور أعلاه، فإننا نلاحظ توجه المشرع إلى الإحاطة بهذا الموضوع من خلال معالجته في خضم خمسة أبواب، تضمن الباب الأول منه مادتين فقط نص فيهما على أحكام عامة وتمهيدية، حيث عرضنا بشكل متصل مجموعة من المصطلحات المتداولة في هذا الشأن، مثل الموظف العمومي والموظف العمومي الأجنبي، الجرم الأصلي، الاتفاقية وغيرها، وهذا العرض الابتدائي متوافق مع منهجية اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في معالجتها لذات الموضوع.

وفي سياق متصل فقد تضمن الباب الثاني التدابير الوقاية في القطاعين العام والخاص، حيث نصت المواد من 3 إلى 16 على مبادئ وقواعد السياسة الوطنية المقررة في هذا الشأن، والتي لا تختلف كثيرا عن تلك المقررة في إطار السياسة الجنائية للدولة بشكل عام، في حين تضمن الباب الثالث الأحكام العقابية أو العلاجية كحل أخير لقمع الجريمة بعد ثبوت تجاوزها حدود ومقتضيات التدابير والإجراءات القانونية السابقة أو الوقائية<sup>(1)</sup>.

### 2- توجهات المشرع الجزائري في مجال مكافحة جرائم الفساد

بالموازاة مع ما تم إيرادها آنفا فقد فرضت أحكام القانون المتضمن الوقاية ومكافحة الفساد إلزامية اعتماد أسلوب الانتقاء الموضوعي القائم على شرطي المساواة وتكافؤ الفرص، احتراماً لمبدأ أن للشخص نفس الحق الذي لغيره في تقلد الوظائف العامة في البلاد، كما حدد المشرع كيفية التصريح بالممتلكات ومحتواها وكيفية إبرام المناقصات العامة وتسيير الأموال العمومية، أما عن التدابير الوقائية في القطاع الخاص فقد تضمن جملة من المعايير ذات الطابع المحاسبي لاسيما من خلال إشراك مؤسسات وهيكل المجتمع المدني العاملة في المجالات ذات الصلة في تنفيذ إجراءات وتدابير عقابية وردعية<sup>(2)</sup>.

(1) زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2012، ص.122.

(2) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في  
←

في سياق نفس المسعى فقد استحدثت المشرع من خلال ماتضمنه الباب الثالث من هذا القانون مجموعة من الهيئات الوطنية لمواجهة الفساد سواء من خلال دورها الرديعي أو الوقائي التوجيهي أو التحسيس في مجال محاربة الفساد، مركزا على دورها في استغلال ومعالجة المعلومات المرتبطة بالكشف عن هذه الطائفة من الجرائم، ولهذا نص القانون على القنوات التي تمد الهيئة المختصة بالمعلومات والوثائق المفيدة كما حدد أيضاً علاقتها بالسلطة القضائية، وقد تمت الإحالة على التنظيم فيما يخص تنظيم الهيئة وكيفية سيرها<sup>(1)</sup>.

### ثانيا- الإجراءات المستحدثة في مجال مكافحة الفساد

من خلال استقراءنا لمعالم التجربة التشريعية الجزائرية في مجال مكافحة جرائم الفساد، يمكننا القول بأن بوادرها ظهرت بجلاء مباشرة بعد مصادقة الجزائر على أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003<sup>(2)</sup>، والتي على إثرها أصبح المشرع مرتبط بالتزام دولي وإقليمي يحتم عليه النظر في تشريعاته وتنظيماته المعتمدة في هذا الإطار، والعمل على تكيفها مع ماتضمنته مقتضياتها والتزاماتها<sup>(3)</sup>، في هذا الصدد أيضاً يتعين التذكير بأن القانون رقم 06 - 01 (السابق ذكره) قد تضمن تأشيريات ثقيلة جدا وغزيرة ابتداء من الدستور ثم الاتفاقيات الدولية تلتها عدة أوامر وقوانين عضوية ذات الصلة أهمها قانون العقوبات والقانون الأساسي للتوظيف العامة وقانون الإجراءات الجزائية

←

- القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي، الجزائر، 2013، ص.ص. 75-92.
- (1) رمزي حوحو، لبنى دنش، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مجله الاجتهاد القضائي، العدد 05، 2009، ص.ص. 62..
- (2) صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19 أبريل سنة 2004، يتضمن التصديق بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر سنة 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 26 الصادر بتاريخ 26 أبريل 2004..
- (3) قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14 الصادر بتاريخ 08 مارس سنة 2006

وغيرها<sup>(1)</sup>، الأمر الذي جعل منه بصدق مرجعا تشريعيا حاسما في مجال محاربة الفساد في الجزائر<sup>(2)</sup>.

### 1- حصر السلوكات الإجرامية المرتبطة بجرائم الفساد

من خلال استعراض فحوى ما تضمنته أحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في بابه الرابع، والذي خصصه المشرع لتحديد الإجراءات والتدابير المستحدثة، علاوة على العقوبات الردعية وأساليب التحري المستحدثة على اختلاف مظاهرها وسلوكاتها، في هذا الصدد وعلى خط المقارنة البسيطة بين المواد الملغاة من قانون العقوبات والمواد المقابلة لها في نفس القانون يتبادر للفهم مباشرة أن المشرع قد عمد إلى تجنيح جميع الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب، بما في ذلك الجرائم التي كانت تحمل وصفا جنائيا قبل إلغائها، لكن بالمقابل نص على تشديد العقوبات بالنسبة لجميع الجنح تصل في بعض منها إلى عشرة سنوات بالنسبة لعقوبة الجبس.

على صعيد آخر لم يكتفي المشرع بتجريم الرشوة بمفهومها الضيق بل سعى إلى تعميم تكييفها القانوني بالنسبة لكل الجرائم المشابهة، سواء تعلق الأمر بتلك الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات كالاختلاس واستغلال النفوذ والرشوة في الصفقات العمومية، إلى جانب الجرائم الجديدة التي أوردتها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد مثل رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية وإساءة استغلال الوظيفة والكسب غير المشروع، هذا بالموازاة مع تجريمه لبعض السلوكات التي قد تؤثر على سلوك المهني للموظف مثل حالات تعارض المصالح وتلقي الهدايا، وكذلك تجريم التصريح الكاذب بالملكيات، وكذلك العمليات الخفية الرامية لتمويل الأحزاب السياسية، وهو الاتجاه المكرس والمستقر أيضاً في موقف القضاء الجنائي الفرنسي الحديث<sup>(3)</sup>.

(1) Voir dans ce sens - **RODRIGUEZ** Roland, « le corrupteur en droit pénal des affaires », Mémoire DEA Droit Pénal, Montpellier, 2000, p 24 et s.

(2) عبيدي الشافعي، قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص.33.

(3) Cass.Crim, 20 mars 1997, Bull.Crim. n°827. Cass.Crim, 27 octobre 1997, affaire Carignon, JCP 1998,éd. G. 10017 note M. Pralus. Cass.Crim, 29 septembre 1993,

## 2- ضبط الإجراءات والتدابير التجريبية للفساد

مواصلة في نهجه التحديثي في مجال مكافحة الفساد ، فقد عمل المشرع على ضبط مجموع الإجراءات التي تهدف إلى تسليط أشد العقوبات على كل شخص يلجأ إلى الانتقام أو التهريب أو التهديد بأي طريقة كانت وبأي شكل من الأشكال ضد الشهود والخبراء والمبلغين الضحايا إلى جانب عرقلة السير الحسن للعدالة<sup>(1)</sup>، ويضاف للأحكام الجزائية السابقة للذكر بأن هذا القانون نص أيضاً على قواعد خاصة بالإعفاء والتخفيف من العقاب والمصادر، والتقادم والعناية من ذلك تشجيع التبليغ عن جرائم الفساد من جهة وتحقيق أقصى أثر ردعي للنص القانوني من جهة أخرى.

وبالعودة إلى أحكام الباب الخامس، والواردة تحت عنوان التعاون الدولي واسترداد الموجودات ، حيث جاءت لتجسيد محتوى ما أقرته الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تلك المتعلقة باسترداد الموجودات عن طريق تفعيل مختلف آليات التعاون القضائي لاسيما التعاون الدولي بهدف مصادره عائدات الإجرام<sup>(2)</sup>.

وقد احتوت خاتمة هذا القانون على ثلاثة مواد بعنوان أحكام مختلفة وختامية نصت ضمناً على المواد التي ألغيت من قانون العقوبات والأوامر المتعلقة بالتصريح بالممتلكات ذكر القانون كذلك المواد المحال إليها التسريع الجاري العمل به في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

←  
Bull.crim. n°271. Cass.Crim, 17 mai 1984, Lexilaser.Cass. n°93.82.252. Cass.Crim, 28 janvier 1987, RSC. 1987.686. Cass.Crim, 26 novembre 1991, Droit Pénal, 1992, 116. Cass.Crim, 1<sup>er</sup> décembre 1992, Droit pénal, 1993. comm. 126. Cass.Crim, 9 novembre 1995, Lexilaser n°94.84.204. Cass.Crim, 6 février 1997, Dalloz 1997.J.334. Cass.Crim, 16 novembre 1999, Droit Pénal, 2000/4, comm.40. Cass.Soc.12 juin 1996, revue fiduciaire n°881, pp.68-75. Tribunal correctionnel de Nanterre, 28 avril 1989, Gaz.Pal. 1989.2.857. Tribunal correctionnel de Paris, 28 juin 1997, Le Figaro, 29 juin 1997, p.7. Tribunal correctionnel de Grenoble, 19 mai 1992, RSC 1993/2, pp.336-337. Cour d'Appel de Paris, 28 mai 1990, Lexilaser. Cour d'Appel de Grenoble, 6 janvier 1993, RSC 1993/3, p.549.

(1) رمزي حوحو، مرجع سابق، ص.ص.55-59.

(2) المواد من 37 إلى 70 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سابق.

## المطلب الثاني

### معالم الإطار التجريمي في مجال مكافحة الفساد

استحدث المشرع الجزائري في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الكثير من الجرائم التي لم يكن لها وجود في قانون العقوبات، ولا في قوانين لها صلة أخرى، كقانون الجمارك وقانون مكافحة تبيض الأموال وتمويل الإرهاب وكلها مستوحاة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003، وتتجلى أبرز الصور الإجرامية التي اعتمدها المشرع في إطار منظومته القانونية المستحدثة في مجال مكافحة الفساد كجريمة الإثراء الغير مشروع والرشوة المتعلقة بالموظف العمومي الأجنبي، إلى جانب جرائم معروفة المبدأ من قبل المنظومة القانونية والتي تم توظيفها بمناسبة الوقاية من الفساد كجريمة الإخفاء وإعاقة سير العدالة، مضيفا مبدأ الانعدام والمشار إليه عند معالجة آثار جرائم الفساد<sup>(1)</sup>.

#### أولا - الصور المستحدثة للجرائم المالية

على غرار ما استقرت عليه غالبية الأنظمة القانونية الغربية - لاسيما النظام القانوني الإيطالي<sup>(2)</sup> والأميركي<sup>(3)</sup> والفرنسي<sup>(4)</sup> على سبيل المثال - فإن من أبرز المستجدات التجريبية التي استقر عليها المشرع الجزائري في إطار منظومته القانونية المستحدثة في مجال مكافحة الفساد، لجريمة الرشوة المعروفة هو صفة الجاني، فهو الموظف العمومي الأجنبي وموظفو المنظمات الدولية، وعرف الموظف العمومي في ديباجة هذا القانون

(1) أمال يعيش تمام، صور التجريم المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص.95.

(2) VANNUCCI Alberto, « Parrains et politiciens : mafia et corruption en Italie », in « Démocratie et corruption en Europe », Donatella DELLA PORTA et Yves MENY, Ed. La Découverte Recherches, Paris, 1995.

(3) ROSE ACKERMAN Susan, « Corruption : a study in political economy ». 1978, New York, Academic Press. BENSON Betty. Lee. et BADEN John, « The political economy of governmental corruption : the logic of underground government », in journal of legal studies, 1985, v.14, pp 391-410. ROSE ACKERMAN Susan, « The economics of corruption », Journal of Public Economics, 1975, 4, pp.587-606.

(4) BUISSON Jacques, « La loi n° 95-894 du 3 août 1995 portant amnistie », in revue Procédure, 1995/4, pp 1-4. CHOPIN Frédérique, « L'adaptation de la lutte contre la corruption en droit français à l'espace économique européen et international », revue pénitentiaire et de droit pénal, 2002/1, pp. 55-67.



وفقا لنص المادة 28، وقد بين صورة الرشوة سواء بسلوكها الإيجابي أو السلبي في نص المادة واحد وهي المادة 25 وحصرها في نوع واحد، رشوة الموظف العمومي.

### 1 - التوجه التجريمي الحديث لجريمة الرشوة

يلاحظ في فحوى هذا القانون أن المشرع اعتمد نوعا من التخصيص التجريمي، حيث استحدث المشرع صورة جديد للسلوك الإجرامي المتعلق بالرشوة وذلك بإدراج في ظل نص هذا القانون وبالضبط في نص المادة 40 المتعلقة بجريمة الرشوة في القطاع الخاص والتي لم تكن موجودة سابقا وصفة الجاني فيها كل شخص يدير كيانا تابعا للقطاع الخاص أو يعمل لديه بأي صفة وأكدت الاتفاقية الأممية لمكافحة الفساد أن القطاع الخاص شريك فعال في التنمية الاقتصادية وعليه يجب تأطير نشاطه بصورة دقيقة ثم تجريم الرشوة في القطاع الخاص.

وفي نفس هذا السياق فقد أدرج المشرع ضمن أحكام هذا القانون جريمة الإثراء غير المشروع والتي استمدتها من مفهوم الإثراء بلا سبب، حيث نصت المادة 37 على هذا الجريمة لكن الفقرة الثانية أضافت شكل جديد من التجريم الذي لا مبرر له وهو المساهمة عمدا في التستر على المصدر غير المشروع للجاني لأنه مشترك في جريمة عدم الإبلاغ والإخفاء، ويلاحظ على هذا السلوك أنه لم يكن مجرما من قبل في ظل قانون العقوبات، وقد أشارت إليها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في المادة 20<sup>(1)</sup>، وقد ضبط المشرع الجزائري عناصرها التجريبية وفق الشروط التالية:

- أن يكون الجاني موظف عمومي - حصول زيادة في الذمة المالية للموظف ويشترط المشرع أن تطرأ زيادة معتبرة في الذمة المالية للموظف مقارنة بمداخله المشروعة.

-العجز عن تبرير الزيادة وتقوم هذه الجري مالا إذا عجز الموظف عن تبرير الزيادة في ذمته المالية وبالتالي على كل موظف أن يثبت ويبرر الزيادة في ذمته المالية إلا وكان

(1) ثماني فاطمة، بورماني نبيل، استقلالية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته: بين الرؤية الدستورية والواقع، مجلة التراث، المجلد الثاني، العدد 26، جامعة زيان عشور الجلفة، الجزائر، 2017، ص.ص 92-94.

محل متابعة جزائية<sup>(1)</sup>.

## 2- تجريم السلوكات المتعلقة بالمزايا غير المستحقة

لم يقتصر المشرع على تجريم السلوكات المرتبطة بالرشوة ، بل واصل في نهجه التجريمي لمختلف السلوكات المرتبطة بها، حيث جرم في هذا الإطار أحد أهم السلوكات الإجرامية شيوعا على مستوى الهياكل الإدارية والوظيفية العمومية منها والخاصة، والمتعلقة منها بجريمة تلقي المزايا غير المستحقة، حيث أدرجها كجريمة جديدة استحدثها المشرع الجزائري بموجب المادة 38 من هذا القانون، حيث تداخل هذه الجريمة في بعض عناصرها مع جريمة الرشوة السلبية وتختلف عنها في البعض الآخر والشيء الملاحظ على هذه الجريمة انه من الصعب إثباتها من الناحية العملية لأنه يصعب إثبات أن الهدية حقيقية هي التي أدت وأثرت على سير الإجراءات ولم يكن لطرف آخر أي دخل في مسار الإجراءات.

كما يلاحظ انه بتجريم هذه الأفعال فإن المشرع قد غطى العجز والنقص الذي كان ينتاب جريمة الرشوة، والسلبية والتي أدت إلى خروج الكثير من التصرفات خارج نطاق جريمة الرشوة لأنها داخلة تحت نطاق الهدايا والمزايا، وهذا تطبيقا لما جاء في الشريعة الإسلامية التي تعتبر الهدايا من الجرائم الملحقة برشوة<sup>(2)</sup>.

## ثانيا - جرائم الفساد المتعلقة بالموظف والتزاماته

على اعتبار أن أهم الميزات التي تطبع على قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، أنه قانون مستجد ومستحدث يتضمن مجموعة من الأحكام الحديثة التي تتناسب مع ما تم إقراره في هذا المجال على المستويين الإقليمي والدولي ، ولعل أبرز ما يمكن إيراد في هذا الصدد ، تجريم المشرع لأول مرة لجرائم تتعلق مباشرة بالوظائف العمومية

(1) أمال يعيش مرجع سابق، ص.ص.99-100.

BERNARD Georges, « Economie et morale », in Les Petites Affiches, 1994/153, pp 4-7.

Voir également - CARTIER-BRESSON Jean, « Éléments d'analyse pour une économie de la corruption », in revue Tiers-Monde, 1992/131, pp 581-609.

(2) عزت حسنين، الجرائم الماسة بالنزاهة بين الشريعة والقانون، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1987، ص.ص.69-98.

وبالموظف العمومي بشكل خاص.

### 1- جرائم إخلال الموظف العمومي بالالتزامات المنوطة به

لعل أبرز ما يمكن إيرادها في هذا الإطار ما نصت عليه المادة 34 من هذا القانون ، والتي تتعلق بجريمة إخلال الموظف العمومي بالالتزام الإبلاغ عن تعارض المصالح، والتي تركز على وجود الموظف العمومي في وضعية تعارض مصالح وهو كل خرق لأحكام المادة 8 وإن كان نص التجريم يشير خطأ إلى المادة 9<sup>(1)</sup>.

وبالرجوع لنص المادة 8 نجد أنها تنص على ما يلي : يلتزم الموظف العمومي بان يخبر السلطة الرئاسية التي يخضع لها إذا تعارضت مصلحته الخاصة مع المصلحة العامة من شأنه أن يؤثر ويكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل معتاد، وبذلك فامتناع الموظف عن إخبار وإعلام عن تعارض بين مصلحته الخاصة والمصلحة العامة من شأنه أن يؤثر على أداء عملية ونزاهته وحياده فإنه يعد مرتكب لجريمة تعارض المصالح<sup>(2)</sup>. وبالموازاة مع ماتم إيرادها فقد نص المشرع أيضاً على جريمة عدم التصريح أو التصريح الكاذب بالامتلاكات، وذلك لتفعيل جريمة الإثراء غير المشروع وصورة هذه الجريمة حسب المادة 36 من هذا القانون عدم التصريح بالامتلاكات من قبل الموظف العمومي الخاضع لمثل هذا الالتزام عمداً أو قيامه بتصريح غير كامل أو غير صحيح أو خاطئ أو أدلى عمداً بملاحظات خاطئة، أو خرج عمداً بالالتزامات التي يفرضها عليها القانون<sup>(3)</sup>.

### 2- الجرائم المتعلقة بممارسة الوظيفة العمومية

لعل أبرز صور هذا النوع من الجرائم ، ماتعلق بجريمة إساءة استغلال الوظيفة<sup>(4)</sup>

(1) لقد عرف المشرع قاعدة قانونية متشابهة لهذه الجريمة التي وردت ضمن المواد 554 إلى 565 والمتعلقة برد القضاة.

**Pour aller loin voir - MALINVERNI A., « Criminalité et abus de pouvoir : délits et délinquants au-dessus de la loi », in RSC.1980.793.**

(2) قصاص عبد الحميد، جرائم الفساد في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، قانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 3، 2014، ص.124.

(3) المادة 36 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته .

(4) **Voir dans ce sens - SOULEZ-LARIVIERE Daniel, « Les élus et les fonctionnaires face**

←

والتي تعتبر جريمة جديدة استخدمها المشرع الجزائري بمقتضى المادة 33 من هذا القانون وهي تعتبر صورة من صور الجريمة المتاجرة بالنفوذ المنصوص عليها في المادة 128 من قانون العقوبات<sup>(1)</sup>، فبعد ما كانت للجريمة صورتين فقط، استغلال النفوذ والتحريض على استغلال النفوذ<sup>(2)</sup> أضاف المشرع صورة ثالثة جديدة تماما ولم يعرفها القانون القديم وهي إساءة استغلال الوظيفة<sup>(3)</sup>.

أما الصورة الثانية لهذا النوع من الجرائم فتظهر من خلال جريمة اختلاس الممتلكات والأموال المملوكة للقطاع الخاص<sup>(4)</sup>، والتي استحدثها بموجب المادة 41، حيث يلاحظ عليها أنها لا تختلف عن جريمة الاختلاس التقليدية والمنصوص عليها في المادة 29 من هذا القانون إلا من حيث صفت الجاني إذا تتطلب المادة 41، أن يكون الشخص يدير كيان تابع للقطاع الخاص أو يعمل فيه بأي صفة، مع أن وصف السرقة أو خيانة الأمانة يفي بالغرض بالنسبة لهذا الفعل وبالتالي كان على المشرع الاستغناء عن هذا النص ومن ثمة تجنب مشكلة التضخم في القوانين<sup>(5)</sup>.

ويلاحظ أن المشرع باستحداثه هذه الجريمة في قانون الفساد استجابة لتوافق القانون الداخلي مع الاتفاقية الأممية وتأمين أموال الدول، وحتى يصبح القانون الداخلي يتماشى مع المتطلبات القانونية الدولية وأموال الخواص التي وجدت في حيازة الموظف أو من

←  
au nouveau code pénal», in Les Petites affiches, 1995/110, pp 26-32. **CARTIER-BRESSON** Jean, « L'ère de la corruption ? Corruption, pouvoir discrétionnaire et rentes », in Le Débat, nov. déc. 1993, n°77, éd. Gallimard, pp 4.

(1) المادة 128 ألغيت بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته وتحديدًا بمقتضى المادة 33.

(2) **BECET** Jean-Marie, « Démocratie locale, transparence : nouveaux aspects », in cahiers du CNFPT, 1995/44, pp 30-41. **BECQUART-LECLERCQ** Jeanne, « paradoxes de la corruption politique » in revue Pouvoirs « La corruption », PUF, 1984, n°31.

(3) نجار الويزة، التصدي المؤسساتي والجزائي لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة،

رسالة دكتوراه العلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2014، ص. 316.

(4) **MENY** Yves, « Avant Propos », in « La corruption dans la vie publique », Problèmes politiques et sociaux, n°779, pp.3-7.

(5) هنان مليكة، جرائم الفساد، الرشوة والاختلاس، وتكسب الموظف العام وظيفة في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري، ومقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص. 98.

يتولى إدارة كيان بسبب مباشرة وظيفته ولا شك أن قيام الجاني بالاختلاس الأموال التي وجدت بحوزته وتحويلها لحسابه الخاص دون الصالح العام ولصالح الكيان المسير من طرفه يترتب عليه إخلال بواجب الثقة والأمانة التي تفرضها مقتضيات الوظيفة القائم بمباشرتها<sup>(1)</sup>.

## المبحث الثاني

### الإطار المؤسسي للوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر

لقد صادقت الجزائر في إطار تعزيز جهودها في مجال مكافحة جرائم الفساد على العديد من الاتفاقيات الدولية والعربية والإفريقية المتعلقة بمكافحة الفساد، والتي لعبت دورا هام في تحدد معالم استراتيجيتها المنتهجة في هذا الإطار ، وعلى الصعيد الوطني فقد اتخذت الجزائر سلسلة من التدابير ، في رسم الاستراتيجية العالمية لمكافحة الفساد والإجراءات الهيكلية بحيث قام المشرع الجزائري بوضع آليات للحد واليمنع من انتشار جرائم الفساد إذا استحدثت بذلك الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته حيث تم النص على إنشائها في الباب الثالث من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إلى جانب أجهزة مختصة كذلك الديوان المركزي لقمع الفساد.

وللإلمام بكل هذه العناصر فقد فضلنا تقسيم هذا المبحث على مطلبين أساسيين:  
تضمن المطلب الأول - معالم خصوصية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.  
في حين تضمن المطلب الثاني - النظام القانوني للديوان المركزي لقمع الفساد.  
وستتناولهما على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### معالم خصوصية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

اعتمد المشرع الجزائري على غرار باقي تشريعات الدول الأعضاء على ماتضمنته اتفاقية الأمم المتحدة والمعروفة باتفاقية ميريدا Mérida ، والتي تم التوقيع عليها في 13

(1) **CARTIER-BRESSON** Jean, « L'économie de la corruption », Thèse, 1996, Paris XIII, Villetaneuse, 533 pages. **BANFIELD** E.C, « corruption as a feature of governmental organization », in journal of law and économies, 1975, v.18, n°3, pp 587-606. Voir aussi - **ROUQUIE** Sylvie, « L'argent illicite et les affaires », éditions Montchrestien, 1997, collection Finance et société, 445 pages.

أكتوبر سنة 2003 بنيويورك في الوم أ، حيث اتفق الأعضاء على إنشاء الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وقد اختلفت تسمية هذه الهيئة من دولة إلى أخرى، وقد استحدثت المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، هيئة جديدة أطلق عليها تسمية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته.

وقد خصص لها الأحكام الواردة في الباب الثالث، والذي تضمن إنشاء الهيئة ونظامها القانوني وكذا مهامها، وعلاقتها بالسلطة القضائية باعتبارها الهيئة المتخصصة بمعاوقة المجرمين الذين يرتكبون جرائم الفساد، سواء التي تتعلق بإهدار الأموال العامة، أو تلك التي تتعلق بالمساس بالأموال الوطنية العامة ومنها والخاصة لذلك يتعين علينا تحديد طبيعة هذه الهيئة والصلاحيات التي تتمتع بها لمعرفة قدرتها على أداء المهام المنوطة بها بفعالية واقتدار<sup>(1)</sup>.

#### أولا : المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

نص المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وكذلك المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها<sup>(2)</sup>، حيث نصت أحكامها على أن الهيئة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتوضع لدى رئيس الجمهورية، حيث تتميز بهذا الوصف عن الهيئات أو سلطات إدارية التقليدية<sup>(3)</sup>، وهي لا تخضع لأي رقابة رئاسية كانت أم وصائية<sup>(4)</sup>.

وقد سعى المشرع من وراء إنشائه للسلطات الإدارية المستقلة بصفة عامة، والهيئة

(1) CUSSON Maurice, « La notion de crime organisé », colloque institut de Sciences pénales et de Criminologie d'Aix, 1997, Presses universitaires d'Aix-Marseille.

(2) المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفية سيرها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 74، الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006.

(3) يامة إبراهيم لوائح الضبط الإداري بين الحفاظ على النظام العام وضمان الحريات العامة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2014-2015، ص.68.

(4) Zouaimia Rachid, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, éditions Houma, Alger, 2005, p. 16

الوطنية للوقاية من الفساد بصفة خاصة، إلى القضاء على العراقيل التي تواجه عملية التنمية، والاستثمارات في مختلف المجالات التي يعتبر الفساد من أخطرها، وقد عمل المشرع الجزائري على التصدي لهذا الظاهرة الخطيرة، باستحداث المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منها، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 - 233<sup>(1)</sup>، والذي كان يهدف من وراءه إلى محاربة الرشوة وإضفاء النزاهة والشفافية في المعاملات الإدارية لاسيما المالية منها وترسيخ ثقة المواطنين بمؤسسات الدولة، غير أنه سرعان ما تم حل هذا المرصد، وبعد تأسيس الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته أوكلت لها تلك المهام علما أنتم تغيير تسمية الهيئة إلى السلطة العليا للشفافية والوقاية من الفساد ومكافحته في التعديل الدستوري لسنة 2020.

### 1- النظام القانوني للهيئة

لقد كان استحداث المشرع للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، أمرا حتميا خصوصا بعد مصادقة الجزائر بتحفظ على اتفاقية الأمم المتحدة التي تضمنت توصيات الدول المصادقة على الاتفاقية بالمادة السادسة على إنشاء هيئات داخلية مهمتها الوقاية من الفساد ومكافحته وضبط مرتكبي جرائم الفساد، وهو ما جسده المشرع بموجب نص المادة 17 من هذا القانون، أما المادة 19 منه فقد تضمنت الخطوط العريضة المنظمة لنشاط هذه الهيئة والتي تتحدد في مايلي<sup>(2)</sup>:

- قيام الأعضاء والموظفين التابعين للهيئة المؤهلين للإطلاع على معلومات شخصية وعلى أية معلومات ذات طابع سري بتأدية اليمين الخاصة قبل استلام مهامهم.
- تزويد الهيئة بالوسائل البشرية والمادية اللازمة لتأدية مهامها.
- التكوين المناسب والعالي المستوى لمستخدميها.
- ضمان أمن وحماية أعضاء وموظفي الهيئة من كل أشكال الضغط، أو التهيب أو

(1) المرسوم الرئاسي رقم 96-233 المؤرخ في 2 جويلية 1996، المتضمن إنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41، الصادرة بتاريخ 03 جويلية 1996.

(2) Voir dans ce sens - CHALLE Bernard, « Le service central de prévention de la corruption », in les Petites affiches, 1995/110, pp 19 et s.

الأمانة أو الشتم أو الاعتداء مهما يكن نوعه، التي قد يتعرض لها أثناء أو بمناسبة ممارستهم لمهامهم.

## 2- مهام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

للهيئة الوطنية صلاحية واسعة في مجال متابعة أفعال الفساد، ومن الإجراءات القانونية التي تلجأ إليها هذه الهيئة لكشف عن أفعال الفساد هذا ما نصت عليه في المواد من 17 إلى 24 من هذا القانون، وذلك من خلال تقديم طلبات لأي شخص طبيعي أو معنوي للإطلاع على الوثائق والمعلومات التي تراها مفيدة في تحريتها للكشف عن أفعال الفساد، ويمكن لها الاستعانة بالنيابة العامة بجمع الأدلة والتحريات للكشف عن أفعال الفساد، بتالي يقع عائق الإدارات والمؤسسات العمومية والهيئات التابعة للقطاعين الخاص والعام، وكذلك الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، تزويد بكل المعلومات وكذا الطلبات التي من شأنها الكشف عن جرائم الفساد وعندما تتوصل الهيئة الوطنية في تحريتها إلى وقائع ذات وصف جزائي يحول الملف إلى وزير العدل، الذي يخاطر النائب العام المختص من أجل تحريك الدعوى العمومية، عند الاقتضاء وذلك تطبيقاً لمبدأ الملائمة في تحريك الدعوى العمومية<sup>(1)</sup>.

ويستفاد من هذه المهام الإجرائية المعهد بها للهيئة الوطنية، أنها بالرغم من اعتبارها سلطة إدارية فهي تتمتع بسلطات قضائية شبيهة بسلطات الضبط القضائي، التي تناط بالموظفين وأعاون الإدارات، والمصالح العمومية هذا من جهة ومن جهة أخرى كونها تابعة لرئيس الجمهورية فإن إجراءاتها تتسم بالطابع السيادة يجعل دورها قويا وفعالاً في مجال التحري للكشف عن الجرائم الفساد وإمكانية متابعة الفاعلين وتوقيع العقوبات عليهم بأحكام قضائية<sup>(2)</sup>.

وتتوزع الاختصاصات المخولة لهذه الهيئة إلى محلية ودولية، وتتحدد أبرز اختصاصاتها المحلية في مايلي :

- (1) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، الجزء الأول، دار هومة للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2006، ص.ص.143-146.
- (2) أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص.237.



- إرساء مبدأ الشفافية والنزاهة والمساءلة في المعاملات الاقتصادية والمالية والإدارية.

- تعزيز الدور الرقابي للأجهزة المختصة والتسيير على أفراد المجتمع بإجراءات حصولهم على معلومات ووصولهم إلى السلطات المعنية لتعزيز الرقابة على كل من يتولى وظيفة عامة.

- قمع الفساد ومكافحته وملاحقة مرتكبيه وحجز واسترداد الأموال والعائدات الإجرامية وحماية المال العام.

- تفعيل دور المجتمع المدني في المشاركة الفعالة والنشطة في محاربة الفساد ومكافحته وتوعية أفراد المجتمع بمخاطره وتوسيع نطاق المعرفة بوسائل وأساليب الوقاية منه.

- تعزيز النزاهة الوطنية المتمثلة في إكمال منظومة النزاهة من دعم التوجه لاستغلال القضاء وتطوير إمكاناته وتشجيع نزاهة إضافة إلى أهداف أخرى للهيئة حددها القانون.

بالنظر إلى كون جرائم الفساد غالبا ما تمتد إلى أكثر من دائرة اختصاص وتعدى حدود الإقليم الوطني فإن إجراءات الهيئة الوطنية تتسم بطابع السيادة على الصعيد الدولي كونها تابعة لرئيس الجمهورية وتعمل الهيئة الوطنية على تعزيز التنسيق والتعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيد الدولي، وذلك بناء على نص الفقرة 9 من المادة 20 من هذا القانون وبالموازاة مع ذلك فإن الهيئة تقوم بتطوير التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على المستوى الدولي وتبادل المعلومات، وذلك بمناسبة التحقيقات الجارية وهذا طبقا لمضمون الفقرة 11 من المادة 9 من المرسوم 06-413

أما أبرز المهام المنوطة بالهيئة على المستوى الدولي فنوردها كالاتي:

- قمع الفساد ومكافحته وحصر مخاطره وإثارة وذلك بملاحقة مرتكبيه الموجودين خارج الوطن مع حجز واسترداد الأموال والعائدات الإجرامية.

- تعزيز مبدأ التعاون والمشاركة مع الدول والمنظمات الدولية والإقليمية في البرامج الدولية للنزاهة إلى مكافحة الفساد<sup>(1)</sup>.

(1) CARTIER-BRESSON Jean, « Les réseaux de corruption et la stratégie des trois S : sleep-silence-smile », in « la corruption : l'envers des Droits de l'Homme », Marco

### ثانيا : تقييم دور الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

على اعتبار أن إنشاء المشرع للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته جاء كرد فعل يتزامن مع الكشف عن الفضائح الكبرى للفساد، ورغبة النظام السياسي لمكافحة الفساد، وتماشيا مع التطورات الخارجية، ومطالبة المنظمات الدولية والإقليمية التي تنتمي إليها الجزائر مباشرة إجراءات في مجال مكافحة الفساد واعتبر المشرع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد سلطة إدارية مستقلة قصد منحها الاستقلالية اللازمة لممارسة دورها في الوقاية من الفساد ومكافحته على أكمل وجه، إلا أن المهام الموكلة للهيئة ودورها في مكافحة الفساد لا يرتقي لوجهة هذه الجرائم وقمعها لأن المشرع أوكل للهيئة عدة صلاحيات تتميز بطابعها الوقائي المحض، بالرغم من تسميتها المتعلقة بالوقاية وكذلك مكافحة، وبالتالي لا تتمتع بصلاحيات الكافية لردع وقمع المفسدين.

#### 1- هيئة متخصصة بصلاحيات محدودة

على الرغم من تأكيد المشرع على أن الهيئة هي صاحبة الاختصاص الأصيل على المستوى الوطني في الوقاية من الفساد ومكافحته، إلا أن الملاحظ على مجمل الآليات المنوطة بها والسلطات الممنوحة لها من أجل القيام بدورها على أكمل وجه، لا تعكس إطلاقا الصورة النمطية التي ألفناها حول مختلف الهيئات التي يتم استحداثها واعتمادها في مختلف المجالات غير أنها تبقى مفرغة من مجمل الصلاحيات التي تمكنها من أداء مهامها بفعالية واقتدار، حيث يمكن في هذا الشأن اعتبار هذه الهيئة مجرد سلطة للبحث والتحري عن المعلومات المتعلقة بجرائم الفساد، حيث تم حصر سلطاتها في تلقي التصريحات بالامتلاكات بالرغم من أهميتها في الكشف عن جرائم الفساد<sup>(1)</sup>.

أما من جانب آخر، فتظهر تبعية الهيئة للسلطة التنفيذية كعائق حقيقي وفعلي أمامها وذلك لافتقادها للسلطات المطلوبة في هذا المجال الحساس وذلك في مواجهة مظاهر الفساد على مستوى الهيئات التنفيذية على وجه الخصوص، وما يترتب عنه من نقص في

←

BORCHI et Patrice MEYER-BISCH, Ed. Universitaires Fribourg, Suisse, 1995, collection interdisciplinaire (volume 23), série Droits de l'Homme (n°10).

(1) Pour aller loin voir - DELMAS-MARTY Mireille, « La corruption, un défi pour l'État de Droit et la société démocratique », RSC 1997/3, pp.696-706.

الاستقلالية وضعف في الفعالية وكل هذا ينعكس سلبا على عمل الهيئة. وكذلك المساهمة المحتمشة للهيئة في حل قضايا بالفساد ومنه يظهر لنا أن الهيئة تعاني قصورا شديدا في أداء دورها في مكافحة الفساد.

## 2- عدم تجسيد مقتضيات مركزها القانوني

باستقراء نص المادة 17 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، والتي أكد فيها المشرع على استحداث الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته باعتبارها هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية ولها حق التقاضي، إلا أنه وباستعراض مجمل لمقتضيات مركزها القانوني وإسقاطها على الواقع العملي لنشاط هذه الهيئة، نلاحظ أنه وبالرغم من امتلاكها لحق التقاضي بشكل أصيل كنتيجة من نتائج اكتساب الشخصية المعنوية، إلا أنها في حالة وصولها إلى وقائع ذات وصف جنائي بعد التحقيقات والتحريات التي تقوم بها، فإنها تقوم مباشرة إلى تحويل الملف محل الاشتباه إلى لوزير العدل والذي يخطر بدوره النائب العام، وهو ما يستشف من خلاله أن حق التقاضي المنوط بها محدود جدا، حيث يتيح لها فقط تحويل الملفات محل الاشتباه بالفساد، وإحالة مرتكبيها على القضاء يمر فقط عبر وزير العدل، وليس لها إمكانية إحالة الملف على القضاء مباشرة وهذا تقيدا واضح لسלטتها في تحريك الدعوى العمومية<sup>(1)</sup>.

أما من انه آخر، فإن التقييد لم يقتصر عند هذا الحد بل امتد إلى تقييد سلطتها في متابعة أملاك الأزواج والأولاد البالغين للموظفين والمسؤولين المشتبه صلتهم بقضايا الفساد، أو وكل ماتعلق بالزيادات في ذممهم المالية بصورة غير شرعية، مثل ما تقتضي متطلبات التصريح بالممتلكات وفق نص المادة 5 من هذا القانون<sup>(2)</sup>، والتي لا تلزم المصرح عند اكتتاب تصريحاته، أن تشمل ممتلكاته أو زوجته وأولاده البالغين بل كفي بالتصريح بأملكه وأملاك أولاده القصر وهذا لا يضمن مكافحة الفعالة للفساد إذا يمكن لأي مواطن أو مسؤول أن يكتب ممتلكاته يملكها أو حازها أثناء مدة وظيفية باسم زوجته أو

(1) زوزو زولبخة، جرائم الصفقات وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012، ص. 189.

(2) المادة 5 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

أولاده البالغين مما يفسح المجال أمام الإثراء غير المشروع<sup>(1)</sup>، كما أن الموظفين السامين وذو المناصب القيادية في البلاد غير ملزمين بالتصريح بممتلكاتهم عند نهاية مدة المهمة الوظيفية أو العهدة الانتخابية مما يحول دون إمكانية استغلال المعلومات والمقارنة بين التصريح عن استلام المهام وبعد انتهائها. وكل هذا يدل على ضعف الإدارة السياسة في تكريس استقلالية الهيئة وإضعاف فعالية مهامها ويعيق عملها وتحقيق لأهدافها<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### النظام القانوني للديوان المركزي لقمع الفساد

لقد استحدثت المشرع الجزائري الديوان المركزي لقمع الفساد بموجب نص المادة 24 مكرر من القانون 01-06 المعدل والمتمم بالأمر 10-05، والتي تضمنت إنشاء ديوان مركزي لقمع الفساد يكلف بمهام البحث والتحري عن جرائم الفساد، وقد كان ذلك تجسيدا لتعليمه رئيس الجمهورية رقم 3 المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد المؤرخة في 2009 والتي تضمنت وجوب تعزيز آليات مكافحة الفساد ودعمها على الصعيدين المؤسساتي والعمليتي وأهم ما نص عليه في المجال المؤسساتي هو ضرورة تعزيز مسعى الدولة بإحداث ديوان مركزي لقمع الفساد بصفته أداة عمليتي تتضافر في إطارها الجهود للتصدي قانونيا لأعمال الإجرامية وردعها.

### أولا : الطبيعة القانونية للديوان المركزي لقمع الفساد

إن أبرز ما يمكن الإشارة إليه في خصوص الوضع القانوني والتنظيمي للديوان المركزي لقمع الفساد، أن المشرع استحدثه ومنحه مركزا قانونيا ليكون كأداة عملية لمواجهة جرائم الفساد، لذلك فهو يختلف عن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته من حيث الطبيعة القانونية ومن حيث المهام والسلطات والاختصاصات التي يتمتع بها.

(1) Pour aller loin voir - **MERGEN A.**, « La personnalité du criminel à col blanc », in RICPT 1970, n°4, p 96 et s.

(2) عبد العالي حاحة وأمال يعيش تمام، دور أجهزة القضاء في مكافحة الفساد في الجزائر بين النظرية والتطبيق، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2008، ص.ص. 57-77.

Pour aller loin voir - **TERRE François**, « De la corruption », in revue de jurisprudence commerciale, 1995, n°7-8, pp.257 et s.

## 1- الإطار التنظيمي الديوان المركزي لقمع الفساد

لقد اعتبر المشرع الجزائري الديوان المركزي لقمع الفساد، مصلحة مركزية عملياتية للشرطة القضائية تابعة لوزير العدل، حافظ الأختام، إذ أنه يتمتع بالاستقلالية في ممارسة عمله وتنظيمه، وهو يتكون في غالبيته من أعضاء لهم صفة الضبطية القضائية، ويتمتع بمجموعة من الخصائص تجعله يتميز عن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته. ويتمتع الديوان في هذا الإطار بمجموعة واسعة من الصفات التي تميزه عن غيره ومن أهمها ما يلي:

- الديوان مصلحة مركزية عملياتية للشرطة القضائية: نصت المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره<sup>(1)</sup>، على أن الديوان هو مصلحة مركزية عملياتية للشرطة القضائية، تكلف بالبحث عن الجرائم ومعاينتها في إطار مكافحة الفساد". وهو بهذا لا يختلف عن باقي أجهزة الضبطية القضائية الأخرى، فهو جهاز غالبية تشكيلته ضباط وأعوان الشرطة القضائية الذين ينتمون إلى وازرتي الدفاع والداخلية<sup>(2)</sup>، ويمارسون مهامهم في إطار أحكام قانون الإجراءات الجزائية وقانون مكافحة الفساد، وبذلك فإن الديوان ليس بسلطة إدارية كما هو عليه الحال بالنسبة للهيئة، فلا يمكنه إصدار قرارات أو تقديم آراء وتوصيات، وإنما هو جهاز مكلف بالبحث والتحري عن جرائم الفساد، وجمع الأدلة والقيام بالتحقيقات وإحالة مرتكبيها للمثول أمام الجهات القضائية المختصة<sup>(3)</sup>.

(1) المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المؤرخ في 8 سبتمبر 2011 المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 68، الصادرة بتاريخ 14 سبتمبر 2011.

(2) حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013، ص. 504.

(3) المرسوم الرئاسي رقم 14-209 المؤرخ في 23 جويلية 2014 المعدل للمرسوم الرئاسي رقم 11-426، المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 46، الصادرة بتاريخ 31 جويلية 2014..

- تبعية الديوان المركزي لقمع الفساد لوزير العدل حافظ الأختام: تطبيقاً لأحكام المادة 3 من المرسوم 14-209 المعدل للمرسوم الرئاسي 11-426 الذي يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه<sup>(1)</sup>، تم وضع الديوان تحت وصاية وزير العدل، حافظ الأختام، بعدما كان موضوع تحت وصاية الوزير المكلف بالمالية وهو يتمتع بالاستقلالية في عمله وتسييره.

لكن على الرغم من أن القانون يمنح الاستقلالية في ممارسة المهام الموكلة له. إلا إن إلحاق الديوان بوزارة المالية، وبعدها وزارة العدل يجعله جهازاً خاضعاً للسلطة التنفيذية، مما يفقده الاستقلالية ويؤثر عليه في أداء المهام المنوطة به، ورغم ذلك فإن تحويل الوصاية على الديوان من وزارة المالية إلى وزارة العدل، يعد عملاً إيجابياً من الناحية الفنية، لأنه يضمن من ناحية الشكل مرونة على عملية التحقيق في شبهات الفساد وتخويلها للقضاء للفصل فيها، خلافاً للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته التي تم وضعها لدى رئيس الجمهورية، مما يمنحها استقلالية أفضل في أداء الوظيفة الموكلة لها.

## 2- خصوصيات الديوان المركزي لقمع الفساد

إن أهم المظاهر التي تبرز خصوصية المركز القانوني للديوان المركزي لقمع الفساد، هو عدم تمتع الديوان بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، حيث لم يعترف المشرع الجزائري للديوان المركزي لقمع الفساد بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وإنما جعله جهازاً يتبع وزير العدل حافظ الأختام، فهذا الأخير هو الذي يوافق على الميزانية الديوان بعد أن يعدها المدير العام ويعرضها عليه، حيث يعتبر وزير العدل هو الأمر بالصرف الرئيسي، أما المدير العام للديوان هو أمر بالصرف ثانوي، وهذا بخلاف الهيئة التي تتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي والإداري، والذي يعتبر من أهم الضمانات التي تمكن أي هيئة أو جهاز من ممارسة المهام بعيداً عن مختلف التأثيرات.

ويترب عن عدم تمتع الديوان بالشخصية المعنوية، أنه لا يملك أهلية القيام بالتصرفات القانونية، ولا أهلية التقاضي أو ذمة مالية مستقلة بل هو مصلحة خارجية لوزارة العدل بعد أن كان تابع لوزارة المالية فهو جزء من السلطة التنفيذية مما يجعله

(1) المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426، المرجع السابق ..

خاضعا ، لأوامرها

- **الديوان جهاز ردي:** يعتبر الديوان المركزي لقمع الفساد جهاز ردي فهو كما يدل عليه اسمه أنشئ من أجل قمع الفساد، فهو جهاز يسعى إلى مكافحة الفساد من خلال جمع المعلومات والبحث والتحري عن جرائم الفساد وجمع الأدلة وإحالة مرتكبيها للمثول أمام الجهة القضائية المختصة، فهو يختلف عن الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، التي لها وظيفة وقائية، فهي تسعى في الغالب إلى البحث عن أسباب وعوامل الفساد قبل حدوثها والعمل على إيجاد آليات وسبل لمواجهتها.

### ثانيا- دور الديوان المركزي لقمع الفساد

انطلاقا من مقتضيات الاختصاص المنوط بالديوان المركزي لقمع الفساد ، والذي استحدث من أجل تعزيز آليات محاربة الفساد، فهو يتمتع بصلاحيات وسلطات ذات طابع قمعي تتماشى والدور المنوط به، وهي بذلك تختلف عن تلك الموكلة للهيئة، والتي يغلب عنها الجانب الوقائي، ولتعزيز دور الديوان المركزي لقمع الفساد في محاربة جرائم الفساد وسع المشرع من الاختصاص الإقليمي لأعضاء الديوان باعتبارهم ضباط الشرطة القضائية والذي يشمل كافة إقليم البلاد.

#### 1- من حيث سلطات وصلاحيات الديوان

إن أبرز المهام المخولة للديوان المركزي لقمع الفساد ، هي سلطة البحث والتحري عن الجرائم لمتعلقة بالفساد وهذا ما جاء في نص المادة 24 مكرر من الأمر رقم 10-05، والمادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 11-426 ، والتي تتحدد في ما يلي :

- جمع كل معلومة تسمح بالكشف عن أفعال الفساد ومكافحتها ومركزة ذلك واستغلاله،

- جمع الأدلة والقيام بتحقيقات في وقائع الفساد وإحالة مرتكبيها للمثول أمام الجهات القضائية المختصة وهو ما يميزه عن الهيئة التي لا يمكن لها تحريك الدعوى العمومية إذا توصلت من خلال مهامها إلى وقائع وهذا الأخير له سلطة إخطار النائب العام ، واما تقوم بتحويل الملف إلى وزير العدل ، ذات وصف جزائي المختص من أجل تحريكها.

- التعاون والتساند مع هيئات مكافحة الفساد وتبادل المعلومات بمناسبة التحقيقات الجارية، فهو بذلك يتعاون مع الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وباقي الهيئات

الوطنية التي تتولى الرقابة على أعمال وعلى الصعيد الدولي يتعاون مع جهاز الشرطة ،  
منها المفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة ، الإدارة الجنائية الدولية.  
- اقتراح كل إجراء من شأنه المحافظة على حسن سير التحريات التي يتولاها  
على السلطات المختصة.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري حول ضباط الشرطة القضائية التابعين  
للدیوان سلطة من أجل جمع المعلومات ، استعمال كل الوسائل المنصوص عليها في  
التشريع الساري المعمول به المتصلة بمهامهم. وفي إطار البحث ومعاينة جرائم الفساد  
يؤهل الديوان للاستعانة، عند الضرورة، بضباط الشرطة القضائية أو أعوان الشرطة  
القضائية التابعين لمصالح الشرطة القضائية الأخرى، على أن يتم في جميع الحالات،  
إعلام وكيل الجمهورية لدى المحكمة، مسبقا، بعمليات الشرطة القضائية التي تجري في  
دائرة اختصاصه، كما له بعد إعلام وكيل الجمهورية المختص بذلك مسبقا، أن يوصي  
السلطة السلمية باتخاذ كل إجراء إداري تحفظي عندما يكون عون عمومي محل شبهة في  
وقائع تتعلق بالفساد.

## 2- تقييم دور الديوان المركزي لقمع الفساد

لقد استخدم المشرع الجزائري الديوان المركزي لقمع الفساد، تنفيذا لتعليمه رئيس  
الجمهورية المتعلقة بتفعيل مكافحة الفساد المؤرخة في 13 ديسمبر 2009، والتي تضمنت  
وجوب تعزيز آليات مكافحة الفساد، ويأتي إنشاء الديوان في إطار مسعى الدولة نحو  
مضاعفة جهود مكافحة الفساد، ومواكبة الجهود المبذولة الرامية لمكافحة الفساد على  
المستوى الدولي والداخلي لدول، لهذا أعطى المشرع الديوان المركزي عدة صلاحيات  
للبحث والتحري عن الفساد وبالتالي أصبح جهاز قمعي ردعي إلا أن دور الديوان ومهامه  
تعتبر غير كافية لمواجهة جرائم الفساد الخطيرة وجمعها لعدة أسباب<sup>(1)</sup> :  
- تبعية الديوان لوزير العدل: لقد كان الديوان في بداياته الأولى تابعا لوزير المالية ،  
غير أنه بعد صدور المرسوم رقم 14-209 ، أصبح الديوان تابع للوزارة العدل وتحت

(1) **CARTIER-BRESSON Jean**, « les analyses économiques des causes et des conséquences de la corruption : quelques enseignements », in « Affairisme : la fin du système, comment combattre la corruption », OCDE 2000, pp. 11 - 27.



تصرف وزير العدل يجعل منه تابعا لسلطة التنفيذية، وهو ما يقيد استقلالته التي تمثل الضمان الوحيد لتحقيق أهدافه في مواجهة الفساد وذلك بعيدا عن أي تأثير<sup>(1)</sup>.

عدم تمتع الديوان بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي : بحيث لم يمنح المشرع الشخصية المعنوية والاستقلال المالي بالرغم من المهام الخطيرة والموكل له والمتمثلة بالبحث والتحري عن جرائم الفساد لأن الشخصية المعنوية والاستقلال المالي يعتبران أهم الضمانات المعجدة للاستقلالية أي هيئة أو جهاز من الناحية الوظيفية ، كما أن الديوان ليس له حق التقاضي ونائب العام من يمثله أمام الجهات القضائية وعدم ضمان الاستقلالية الديوان يتنافى وسياسته في مكافحة جرائم الفساد<sup>(2)</sup>.



(1) وهو أهم انتقاد وجه أيضاً لنظام عمل الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد في فرنسا، في هذا الخصوص راجع:

**MENY Yves**, « L'ère de la corruption ? La décennie de la corruption », in *Le Débat*, nov. déc.1993, n°77, pp.15, et s. **FRISON-ROCHE Marie-Anne**, « la constitution d'un droit répressif ad hoc entre système juridique et système économique et financier », in « la justice pénale face à la délinquance économique et financière », ouvrage collectif, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2001, pp.17-30. **GARCIA-MENDEZ E.**, « Les approches de la corruption : le centre et la périphérie » PP33 et s.

(2) Voir dans ce sens - **MESCHERIAKOFF Alain-Serge**, « Le délit dit de favoritisme », in *Les petites affiches*, 1995/7, pp 6-10. Voir également - **PEDRAZZI Claude**, « La corruption », in *RIDP*1982, n°1-2.

### الخاتمة

من خلال ما أوردناه في مقتضى هذه الدراسة وتطبيقاتها في مجال قانون الفساد نخلص أن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد جسد جل الاتفاقيات إلى صادقت عليها الجزائر في مجال مكافحة الفساد وكان منسجما مع الاتفاقيات الدولية إلا أنه يحتاج إعادة النظر فيه بما يضمن فعالية التطبيق ، خصوصا وأن الإطار القانوني لمكافحة الفساد في الجزائر والذي حاول المشرع الجزائري من خلال تحديث معالمه ، أن يساير الجهود الدولية لمكافحة الفساد خصوصا مع مصادقة الجزائر على مجمل الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تم اعتمادها في هذا الإطار ، وهو الأمر الذي استوجب على المشرع إعادة النظر في المنظومة القانونية بهدف تكييفها مع التزاماتها الدولية ، وهو ما تجسدت معالمه بالفعل من خلال الأحكام التي تضمنها القانون الإطار في مجال مكافحة الفساد والوقاية منه ، والذي كان إطارا قانونيا يتميز بنوع من الشمولية ، حيث تضمنت أحكامه جملة من الجرائم ذات الصلة بالفساد لم يعرفها التشريع من قبل ، إضافة لضبط آليات مكافحتها والعقوبات المقررة لها .

وقد قام المشرع في هذا الخصوص بإنشاء هيئات للوقاية من الفساد ومكافحته بناء على ما دعت إليه الاتفاقيات، وكان منسجما إلى حد ما مع لاتفاقيات الدولية والإقليمية إلا أن جرائم الفساد في تزايد مستمر وبشكل رهيب والمنظومة التي رصدها تفتقد إلى فعالية التطبيق والعجز عن ردع المفسدين وسنحاول من خلال خاتمة هذه الدراسة ذكر أهم النتائج المتوصل إليها وذلك التي يمكن إيرادها وفق الشكل التالي :

- على الصعيد الدولي تصاعد الاهتمام بمكافحة الفساد لا سيما المنظمات الحكومية نظرا لعلاقة جرائم الفساد بالجريمة المنظمة وتزايد الضغط على الدول للانضمام للاتفاقيات المكافحة للفساد وإصدار قوانين خاصة تجرمه على مستوى قوانينها الداخلية وهذا ما انتهجته الجزائر - بالرغم من الجهود المبذولة على جميع المستويات الدولية ان التعاون الدولي لمكافحة الفساد لا يزال يفتقد إلى الفعالية والتماثل من الطرف الدول وتحججها بمبدأ سيادة الوطنية وتارة بمصالح الدولة

- ان الجهود المبذولة من طرف المشرع الجزائري في إطار مكافحة الفساد من خلال ما أوجده من آليات تشريعية قانونية ومؤسسية مختصة في الوقاية من الفساد ومكافحته.

إلا أن تراجع الجزائر في مؤشر مدركات الفساد العالمي الذي تعده منظمة الشفافية الدولية يوحي بتعفن الوضع في الجزائر والانتشار المتزايد لجرائم الفساد وهو دليل على فشل الآليات القانونية التي رصدتها الجزائر في مكافحة الفساد وعدم فعاليتها.

وانطلاقاً من جملة هذه النتائج المتوصل إليها، فقد سعينا إلى تقديم بعض الاقتراحات والتوصيات التي من شأنها إثراء موضوع هذا البحث وذلك كما يلي :

- يجب ترقية وتعزيز التعاون بين المصالح المختصة في مجال مكافحة الفساد بين الجزائر ودول العالم لاسيما الدول المتقدمة من أجل تبادل الخبرات وتقريب الرؤى في إطار القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا السياق بحيث لا يمكن محاربة جرائم الفساد إلا في إطار تعاون دولي.

- ضرورة توثيق العلاقات مع المنظمات والمؤسسات الدولية من أجل الاستفادة مما تقدمه من تجارب ودعم في مجال مكافحة الفساد. - تعزيز التعاون الدولي والإقليمي بين الأجهزة الأمنية والقضائية لمحاصرة جرائم الفساد ومعاقبة مرتكبيها.

- منح مؤسسات الرقابة ومكافحة الفساد الضمانات القانونية من أجل تأدية مهامها بشفافية وفعالية ومن أهمها ضماناتها استقلالها عن السلطة التنفيذية ومنحها الاستقلالية الوظيفية والعضوية والمادية .

- يجب على الديوان المركزي لقمع الفساد ان يسعى إلى تطوير التنسيق والتعاون مع كل المصالح المعنية على المستويين الوطني والدولي .

-المراجعة والتقييم والتقويم بطريقة مستمرة لسياسات وخطط وبرامج مكافحة الفساد بما يتلاءم مع التطورات والمستجدات والطرق المستحدثة لممارسة الفساد. وابتكار الدولة لآليات وأدوات وقوانين جديدة تمكن من مكافحة الفساد الجديد .

-إشراك المجتمع المدني من جمعيات وأحزاب وكذا مؤسسات الإعلام في تعميم ونشر ثقافة مكافحة الفساد. من خلال إعداد برامج تربوية وتحسيسية وندوات حول مخاطر الفساد على الدول والمجتمع وتحفيز الإبلاغ عن جرائم الفساد بطرق مادية كمبالغ مالية وطرق معنوية كالترقية في الرتب في مناصب العمل للقضاء على الفساد ومرتكبيه .

## قائمة المراجع

### I- المراجع باللغة العربية

#### أ- المؤلفات

1. عبيدي الشافعي، قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الطبعة الأولى ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر، 2008.
2. عزت حسنين، الجرائم الماسة بالنزاهة بين الشريعة والقانون ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ، 1987
3. - نجار الويزة، التصدي المؤسسي والجزائي لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه العلوم الجنائية ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2014، ص. 316.
4. هنان مليكة، جرائم الفساد، الرشوة والاختلاس، وتكسب الموظف العام وظيفة في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري، ومقارنة ببعض التشريعات العربية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2010..
5. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، الجزء الأول ، دار هومة للنشر والتوزيع، ط 1 ، الجزائر، 2006.

#### ب - الرسائل الجامعية

#### \*رسائل الدكتوراه

1. دغو لخضر، القانون في مواجهة ظاهرة الفساد والاعتداء على المال العام، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، جامعة باتنة 1، الجزائر ، 2016
2. تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي، الجزائر، 2013.
3. - نجار الويزة، التصدي المؤسسي والجزائي لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه العلوم الجنائية ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2014..

4. يامة إبراهيم لوائح الضبط الإداري بين الحفاظ على النظام العام وضمان الحريات العامة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2014-2015.

5. حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013.

#### \*مذكرات الماجستير

1. بن مخلوف فارس، جريمة اختلاس الممتلكات في إطار القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون فرع: القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 1، 2013

2. زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2012

3. قصاص عبد الحميد، جرائم الفساد في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، قانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 3، 2014

#### ج - البحوث العلمية

1. رمزي حوحو، لبنى دنش، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مجله الاجتهاد القضائي، العدد 05، 2009، ص.62..

2. أمال يعيش تمام، صور التجريم المستحدثة بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، مجله الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص.95.

3. ثماني فاطمة، بورماني نبيل، استقلالية الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته: بين الرؤية الدستورية والواقع، مجله التراث، المجلد الثاني، العدد 26، جامعة زيان عشور الجلفة، الجزائر، 2017، ص.92-94.

4. عبد العالي حاحة وأمّال يعيش تمام، دور أجهزة القضاء في مكافحة الفساد في

الجزائر بين النظرية والتطبيق ، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة، 2008 ، ص.ص. 57- 77.

## II- النصوص القانونية :

### أ- النصوص التشريعية

1. قانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 ، المتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 63 الصادر بتاريخ 07 مارس 2016.
2. قانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فيفري سنة 2006 ، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14 الصادر بتاريخ 08 مارس سنة 2006
3. قانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 ، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، معدل و متمم بالأمر رقم 10—05 المؤرخ في 26 أوت سنة 2010 ، والقانون رقم 15-11 المؤرخ في 2 أوت سنة 2011.

### ب- النصوص التنظيمية :

1. المرسوم الرئاسي رقم 04-128 المؤرخ في 19 أبريل سنة 2004، يتضمن التصديق بتحفظ، على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر سنة 2003 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 26 الصادر بتاريخ 26 أبريل 2004..
2. المرسوم الرئاسي رقم 06-413 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، المحدد لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته وتنظيمها وكيفيات سيرها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 74، الصادرة بتاريخ 22 نوفمبر 2006.
3. المرسوم الرئاسي رقم 96-233 المؤرخ في 2 جويلية 1996 ، المتضمن إنشاء المرصد الوطني لمراقبة الرشوة والوقاية منه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 41 ، الصادرة بتاريخ 03 جويلية 1996.
4. المرسوم الرئاسي رقم 11-426 ، المؤرخ في 8 سبتمبر 2011 المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفيات سيره، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 68، الصادرة بتاريخ 14 سبتمبر 2011.

5. المرسوم الرئاسي رقم 14-209 المؤرخ في 23 جويلية 2014 المعدل للمرسوم الرئاسي رقم 11-426 ، المحدد لتشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفيات سيره، . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 46 ، الصادرة بتاريخ 31 جويلية 2014.

## II- Bibliographie en Français

### A- Ouvrages

- 1- ALT (É) et LUC (I), « La lutte contre la corruption », PUF, 1997.
- 2- BLANC (O), « La corruption sous la Terreur », Ed. Laffont, 1992, collection les Hommes et l'histoire.
- 3- CARTIER-BRESSON (J), « Les réseaux de corruption et la stratégie des trois S : sleep-silence-smile », in « la corruption : l'envers des Droits de l'Homme », Marco BORGHI et Patrice MEYER-BISCH, Ed. Universitaires Fribourg, Suisse, 1995, collection interdisciplinaire (volume 23), série Droits de l'Homme (n°10).
- 4- CUSSON (M), « La notion de crime organisé », colloque institut de Sciences pénales et de Criminologie d'Aix, 1997, Presses universitaires d'Aix - Marseille.
- 5- DESSAUX-PRINCE (G), « Ils ont tué mon père. L'affaire Stavisky », Ed. Plon, 1994.
- 6- ETCHEGOYEN (A), « La valse des éthiques », « » Éditions François Bourin, Paris, 1991.
- 7- FRISON-ROCHE (M-A), « la constitution d'un droit répressif ad hoc entre système juridique et système économique et financier », in « la justice pénale face à la délinquance économique et financière », ouvrage collectif, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2001.
- 8- HEINDENHEIMER (A), « Perspectives on the perception of corruption », in « Political corruption : a handbook », New Brunswick, Transaction Publishers, 1989.
- 9- JEANDIDIER (W), « Droit pénal des affaires », précis Dalloz, 1996.
- 10- MATHIEZ (A), « Un procès de corruption sous la Terreur, l'affaire de la compagnie des Indes », 1920.
- 11- MENY (Y), « La corruption de la République », Ed. Fayard, 1992, collection l'espace du politique.
- 12- ROSE ACKERMAN (S), « Corruption : a study in political economy ». 1978, New York, Academic Press.13 - ROUQUIE (S), « L'argent illicite et les affaires », éditions Montchrestien, 1997, collection Finance et société.
- 14- ZOUAMIA (R), Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, éditions Houma, Alger, 2005

**B- Theses et Memoires**

- 15- CARTIER-BRESSON (J), « L'économie de la corruption », Thèse, 1996, Paris XIII, Villetaneuse.
- 16- RODRIGUEZ (R), « le corrupteur en droit pénal des affaires », Mémoire DEA Droit Pénal, Montpellier, 2000.

**C- Articles**

- 17- BANFIELD (E.C), « corruption as a feature of governmental organization », in journal of law and economies, 1975, v.18, n°3.
- 18- BECET (J-M), « Démocratie locale, transparence : nouveaux aspects », in cahiers du CNFPT, 1995/44.
- 19- BECQUART-LECLERCQ (J), « paradoxes de la corruption politique » in revue Pouvoirs « La corruption », PUF, 1984, n°31.
- 20- BENSON (B) et BADEN (J), « The political economy of governmental corruption : the logic of underground government », in journal of legal studies, 1985, v.14.
- 21- BERNARD (G), « Economie et morale », in Les Petites Affiches, 1994/153.
- 22- BOURDEAU (M), « Pratiques ordinaires de la corruption en France », in revue Projet, n°232.
- 23- BUISSON (J), « La loi n° 95-894 du 3 août 1995 portant amnistie », in revue Procédure, 1995/4.
- 24- CARTIER-BRESSON (J), « les analyses économiques des causes et des conséquences de la corruption : quelques enseignements », in « Affairisme : la fin du système, comment combattre la corruption », OCDE 2000.
- 25- CARTIER-BRESSON (J), « L'ère de la corruption ? Corruption, pouvoir discrétionnaire et rentes », in Le Débat, nov. déc. 1993, n°77, éd. Gallimard.
- 26- CARTIER-BRESSON (J), « Éléments d'analyse pour une économie de la corruption », in revue Tiers-Monde, 1992/131.
- 27- CHALLE (B), « Le service central de prévention de la corruption », in les Petites affiches, 1995/110.
- 28- CHEVERNY (J), « Du bon usage de la corruption en France », in revue Esprit, janvier 1973.
- 29- CHOPIN (F), « Rapport français sur la corruption et les délits apparentés dans les transactions commerciales internationales », colloque AIDP, Tokyo, 2002, RIDP 2003.
- 30- CHOPIN (F), « L'adaptation de la lutte contre la corruption en droit français à l'espace économique européen et international », revue pénitentiaire et de droit pénal, 2002/1.
- 31- DELMAS-MARTY (M), « La corruption, un défi pour l'État de Droit



et la société démocratique », RSC 1997/3.

32- GARCIA-MENDEZ (E), « Les approches de la corruption : le centre et la périphérie ».

33- MALINVERNI (A), « Criminalité et abus de pouvoir : délits et délinquants au-dessus de la loi », in RSC.1980.

34- MENY (Y), « Avant-Propos », in « La corruption dans la vie publique », Problèmes politiques et sociaux, n°779.

35- MENY (Y), « L'ère de la corruption ? La décennie de la corruption », in Le Débat, nov. déc.1993, n°77.

36- MERGEN (A), « La personnalité du criminel à col blanc », in RICPT 1970, n°4.

37- MESCHERIAKOFF (A-S), « Le délit dit de favoritisme », in Les petites affiches, 1995/7.

38- PEDRAZZI (C), « La corruption », in RIDP1982, n°1-2.

39- ROSE ACKERMAN (S), « The economics of corruption », Journal of Public Economics, 1975, n°4.

40- SOULEZ-LARIVIERE (D), « Les élus et les fonctionnaires face au nouveau code pénal », in Les Petites affiches, 1995/110.

41- TERRE (F), « De la corruption », in revue de jurisprudence commerciale, 1995, n°7-8.

42- VANNUCCI (A), « Parrains et politiciens : mafia et corruption en Italie », in « Démocratie et corruption en Europe », Donatella DELLA PORTA et Yves MENY, Ed. La Découverte Recherches, Paris, 1995.

43- VERIN (J), « La criminologie et l'immoralité internationale », in RSC 1971.

## الملخص

لقد تباينت وتعددت الحلول القانونية التي تبنتها الدولة الجزائرية في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته بما يوحي بالصعوبات الكبيرة التي يواجهها المشرع من جهة والمؤسسات الدستورية المتخصصة (رئاسة الجمهورية وزارة العدل وزارة المالية وزارة الداخلية) من جهة أخرى من أجل إيجاد حل فعال ونهائي لهذه المعضلة، بالمقابل نرى بأن الحلول القانونية التي تبناها المشرع الفرنسي في ذات المجال تبدوا أكثر دقة وأكثر قوة وأكثر فاعلية (قانون رقم 93 - 122 المؤرخ في 1993/1/29 المتعلق بالوقاية من الفساد والشفافية)، رغم أن المهمة المرجعية لموضوعنا أوكلت لجهة واحدة فقط هي وزارة العدل، بما يدعونا للاستخلاص مبدئياً بأن النجاعة والمردودية في مجال العمل القانوني والقضائي لا يرتبط حتماً بضخامة الحلول القانونية والمؤسسية التي تطبق في هذا المجال بقدر ما يرتبط بمدى جدوى هذه الحلول أو ما يسمى في التعبير الفني (بمبدأ الملائمة والنجاعة التشريعية *Principe d'opportunité et de l'efficacité législative* ، كما يدعونا هذا الأمر إلى الاقتراب من هذه التجربة الفرنسية الرائدة من أجل تسليط الضوء على التخطيط الهيكلي والعضوي لوزارة العدل في مجال تنظيم عمل الهيئة العامة لمكافحة الفساد والوقاية منه وعلاقتها بالجهات القضائية العادية والإدارية المختصة والجهات الأمنية المختصة بقمع الجرائم المالية.

### پوخته

بەدئىيائىي ئەرچارەسەرە ياسايبانەي كە دەولەتى جەزائير پيادەي كردون لە بواری خۆپاراستن لە گەندەلى و قەلاچۆكردى جياواز و ھەمە چەشن، بەجۆرىك سرووشت بەخشى ئەر بەر بەستە قورسانەيە كە ياسادانەر رووبەر وويان دەبیتەوہ لە لايەك و دام و دەزگا دەستور يە تايبەتەكان لە لايەكى ديكە (سەرۆكايەتى كۆمار و وەزارەتى داد و وەزارەتى دارايى و وەزارەتى ناوخۆ) لە لايەكى ديكە لە پيناوى بەدەستەپيناى چارەسەرىكى كارىگەر و كۆتايى بۆ ئەر كيشەيە، لەبەر امبەردا واى دەبينىن ئەر چارەسەر ياسايبانەي كە ياسادانەرى فەرەنسى لە ھەمان بوارد پيناى ھەستوہ، وادەردەكويت كە وردتر و بەھيزتر و كارىگەرتەر بن (ياساى ژمارە ۹۳\_۱۲۲ لە بەروارى ۱۹۹۳/۱/۲۹ ي پەيوەست بە روونى و خۆپاريزى لە گەندەلى)، سەربارى ئەرەي گرنكى سەرچاوہي بۆ بابەتەكەمان دەگەریتەوہ بۆ يەك سەرچاوہ كە بریتيە لە وەزارەتى داد، بە جۆرىك پەلكيشمان دەكات بۆ پوختەكردى ئەرەي كە بە شيوہيەكى سەرەتاي باشى و دەسكەوتى خوارا و لە بواری كارى ياسايى و دادوہرى دا بە دلنيايەوہ پەيوەست نى يە بە گەرەيى چارەسەرە ياسايى و دامەزراوہيەكان كە لەو بواردە جيبەجيبەن، ھيندەي ئەرەي كە پەيوەستە بە بواری سوودبينىن لەو چارەسەرەنە ياخود بە دەستەواژەيەكى ھونەرى ناودەبریت بە (پرەنسيپى گونجاندىن و كارىگەریتى ياسايى)، ھەر وەھا ئەرە بانگەشتمان دەكات بۆ نزيكبوونەوہ لەو ئەرەموانە فەرەنسى يە پيشەنگە لە پيناوى تيشك خستنەسەر كيشانى پيكەتەيى و دامەزراوہيى وەزارەتى داد لە بواری ريكخستنى كارى دەستەي گشتى بۆ قەلاچۆكردى گەندەلى و خۆپاراستن لىي وە ھەر وەھا پەيوەندى بە لايەنە دادوہريەكان ئاسايبەكان و كارگير يە تايبەتەكان و لايەنە ئاسايشيە تايبەتمەندەكان بەسەر كوتكردى تاوانە داراييەكان.

### Abstract

The legal solutions adopted by the Algerian state in the field of preventing and combating corruption have varied and varied, suggesting the great difficulties faced by the legislator on the one hand and the specialized constitutional institutions (the Presidency of the Republic, the Ministry of Justice, the Ministry of Finance, the Ministry of the Interior) on the other hand, in order to find an effective and final solution to this dilemma.



## أنسنة قواعد التنفيذ العيني الجبري بين متطلبات تطوير نظام التنفيذ وعدم إهدار ضمانات الدائن

(دارشته کردنی ريساكانی جنبه جیکردنی كه ره سته یی به زوره ملی له نیوان  
داخواریه كانی گه شه پیدانی سیسته می جنبه جیکردن و به فیرونه دانی ده سته به ریه كانی  
خاوه ن قهرز)

**Humanization of Forcible Specific Implementation Rules Between  
Developing Implementation System Requirements And Not Wasting  
Safeguards for The Creditor**

أ.د علاء حسين علي

جامعة الأنبار / كلية القانون والعلوم السياسية - قسم القانون

ود. ورود خالد محمد

جامعة الأنبار / كلية القانون والعلوم السياسية - قسم القانون

**پروفیسور دکتور/ علا حوسهین علی**

زانکوی ئەنبار/کۆلیژی یاسا و زانسته سیاسیهکان \_ بهشی یاسا.

وہ

**دکتورہ/ ورود خالد موحہمد**

زانکوی ئەنبار/کۆلیژی یاسا و زانسته سیاسیهکان \_ بهشی یاسا.

**prof Dr. Alla Hussen Ali  
Anbar University/ College of Law and Political Science**

**Dr.Wurood Khalid mohmmed  
Anbar University  
College of Law and Political Science/**

أنسنة قواعد التنفيذ العيني الجبري  
بين متطلبات تطوير نظام التنفيذ وعدم إهدار ضمانات الدائن

أ.د علاء حسين علي

جامعة الأنبار / كلية القانون والعلوم السياسية- قسم القانون

د. ورود خالد محمد

جامعة الأنبار / كلية القانون والعلوم السياسية- قسم القانون

#### الكلمات المفتاحية:

الأنسنة، الحبس، الحجز، المنع من السفر.

#### كليه ووشه:

دارشته كردن، بهند كردن، گلدانهوه، قهدهغه كردني گهشت كردن.

**Key words:** humanization, imprisonment, detention, travel ban.

#### المقدمة

يتعلق البحث بأنسنة طرق التنفيذ والوقوف على مدى تلبيتها لمتطلبات تطوير القواعد التنفيذية ومدى استيفائها لمعايير حقوق الإنسان الدولية. حيث تسعى الأنسنة إلى إيجاد وسائل تنفيذية تحقق الموازنة بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين عبر جعل الذمة المالية للمدين وحدها ضامنة للوفاء بديونه . وإذا كان من الضروري الإبقاء على بعض الوسائل التي تتعارض مع قواعد حقوق الإنسان . فإن ذلك يجب أن يكون عبر تضيق نطاقها ووضع ضوابط لها .

وتأتي أهمية البحث من ضرورة التركيز على جعل قواعد التنفيذ الجبري قواعد فعالة بحيث يكون للدائن استخدام وسائل تنفيذية لإجبار مدينه على الوفاء بالتزامه . ولكن يجب أن لا يكون ذلك عن طريق استخدام وسائل تنفيذية تحط من كرامة المدين وإنسانيته . إذ يجب وضع قواعد تنفيذية تحافظ على كرامة المدين وإنسانيته في كافة

الظروف والأحوال . وأن تؤخذ حقوقه الأساسية بعين الاعتبار ، وفي ذات الوقت يكون للدائن القدرة على استيفاء حقوقه عن طريق وسائل تنفيذية فعالة لا تتقاطع مع قواعد حقوق الإنسان.

كما تبرز أهمية الموضوع في كيف أن هذه الأنسنة كما تساهم في استيفاء المعايير الدولية لحقوق الإنسان تسهم أيضاً في تطوير القواعد التنفيذية ورفع كفاءة دوائر التنفيذ عبر جعلها مواكبة لقواعد حقوق الإنسان.

وتكمن مشكلة البحث باحتواء قواعد التنفيذ الجبري على وسائل تنفيذية على الرغم من إنها تمكن الدائن من استيفاء حقه إلا إنها تحد من حرية المدين، ومنها منع المدين من السفر ، وحبس المدين الوسيلة المتعارف عليها في ظل القوانين القديمة. وقد تم هجرها من قبل غالبية التشريعات الحديثة بعد تطور الفكر القانوني بهذا الخصوص.

وقد تناولنا هذا الموضوع عبر اتباع أسلوب المنهج التحليلي للقواعد التي عالجت الوسائل التنفيذية في قانون التنفيذ العراقي مع الإشارة إلى موقف القوانين الأخرى في بعض المسائل كلما اقتضت الضرورة . وكان ذلك وفق خطة بحث مرسومة مقسمة إلى ثلاثة مباحث . خصصنا المبحث الأول لبيان ارتباط قواعد التنفيذ العيني الجبري بقواعد حقوق الإنسان، والذي قسم إلى مطلبين بينا في المطلب الأول ارتباط قواعد التنفيذ العيني الجبري بقواعد حقوق الإنسان على المستوى الوطني. في حين تناولنا في المطلب الثاني ارتباط قواعد التنفيذ العيني الجبري بقواعد حقوق الإنسان على المستوى الدولي. أما المبحث الثاني فعالجنا عبره إخضاع القواعد التنفيذية المتعلقة بشخص المدين وحرية لقواعد حقوق الإنسان . وقد قسم بدوره هو الآخر إلى مطلبين . خصصنا المطلب الأول منه لحبس المدين . في حين خصصنا المطلب الثاني لمنع المدين من السفر . وأخيراً أفردنا المبحث الثالث لإخضاع القواعد التنفيذية المتعلقة بأموال المدين لقواعد حقوق الإنسان. وقسم إلى مطلبين تناولنا في المطلب الأول أنسنة نطاق التنفيذ المالي . أما المطلب الثاني فنبحث فيه أنسنة إجراءات التنفيذ المالي .



## المبحث الأول

### ارتباط قواعد التنفيذ العيني الجبري بقواعد حقوق الإنسان

ترتبط قواعد التنفيذ العيني الجبري بقواعد حقوق الإنسان . إذ تعد إجراءات التنفيذ من النظام العام وبالتالي لا يحق للدائن أن يسلك طريقاً من طرق التنفيذ التي يراها مناسبة له . ويترك الطرق الأخرى المقررة قانوناً .

ونلاحظ ارتباط قواعد التنفيذ العيني الجبري بقواعد حقوق الإنسان على مستوى التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية . وعليه ستعرض من خلال هذا المبحث إلى ارتباط قواعد التنفيذ العيني الجبري بقواعد حقوق الإنسان على المستوى الوطني (المطلب الأول) ، ومن ثم نبين ارتباط قواعد التنفيذ العيني الجبري بقواعد حقوق الإنسان على المستوى الدولي (المطلب الثاني)

## المطلب الأول

### ارتباط قواعد التنفيذ العيني الجبري بقواعد حقوق الإنسان

#### على المستوى الوطني

كانت الحماية التنفيذية في المجتمعات القديمة تنصب على جسم المدين . فالحماية التنفيذية الموروثة عن القوانين القديمة كانت تتمثل بالإكراه البدني . والذي يعد صورة من صور القضاء الخاص الذي كان سائداً في المجتمعات القديمة . إذ كان يباح في القانون الروماني للدائن أن يقوم بالاستيلاء على أموال المدين وعلى المدين نفسه فيسترقه ويستعبده أو يقتله ويقطعه إلى أجزاء ويبيعه خارج اسوار روما<sup>(1)</sup> .

إلا أن هذه الحماية بدأت تتخلص من هذه المفاهيم من خلال تدخل السلطة العامة بما تمتلكه من وسائل القهر والإجبار للقيام بالحماية التنفيذية . وبالتالي تركز مبدأ أساسي في الحماية التنفيذية مفاده أن ليس للدائن أن يقتضي حقه بنفسه . وقد أضفى

(1) د. نبيل عمر، د. أحمد هندي، التنفيذ الجبري(قواعده وإجراءاته)، الدار الجامعية الجديدة، 2002، ص 6.

تدخل الدولة كطرف أساس في التنفيذ نوع من التوازن في تحقيق المصالح المتضاربة لكل من الدائن والمدين . لذا سعت التشريعات الوطنية إلى جعل إجراءات التنفيذ الجبري أكثر قضائية . فعلى سبيل المثال لا يجوز للدائن القيام بإجراءات الحجز على العقار دون أن يمر بإجراءات التنفيذ على المنقول إذا كان القانون يتطلب الحجز على المنقول أولاً<sup>(1)</sup> . وفي حالة تحقق هذا الأمر فإن الإجراءات تكون باطلة بقوة القانون . كما تبطل كل الاتفاقات التي تخول الدائن الحصول على أموال المدين دون اللجوء إلى التنفيذ ، أو أن يقوم ببيع منقولات المدين دون اتخاذ الإجراءات القانونية المقررة بهذا الخصوص وهو ما يسمى بـ "الطريق الممهّد" ، وهذه كلها ضمانات تحقق نوع من الأنسنة في طرق التنفيذ .

فبدأت التشريعات الوطنية تتخلص من الوسائل التنفيذية التي تتنافى في فكرتها ومضمونها حقوق الإنسان على اعتبار أن تلك الوسائل تمس بالكرامة الإنسانية . فتطورت الحماية التنفيذية بعد أن أصبحت ترتبط بفكرة المحاكمة العادلة وبالمفاهيم العالمية لحقوق الإنسان .

فإذا كان من الطبيعي تمكين الدائن من اقتضاء حقه بالطرق القانونية المتاحة والفعالة عن طريق السلطة العامة ، إلا أنه وبالمقابل يجب احترام الكرامة الإنسانية للمدين . منها بالأخص احترام الحياة الخاصة ، واحترام حرمة المسكن ، وتحديد الأموال غير القابلة للحجز<sup>(2)</sup> ، وتمكين الأطراف من اللجوء إلى الصلح .

وفي أغلب الحالات يدوي صوت المدين حين التنفيذ عليه صارخاً أين العدالة . هذه العدالة التي تجرد الإنسان من كرامته ، وتحرمه من حقوقه الأساسية في التشريعات الوطنية، وبالتالي بدأ الفكر القانوني يتطور تدريجياً نحو الفصل بين الذمة المالية للمدين وجسمه . ولعل أول النصوص القانونية التي ذهبت في هذا الاتجاه هو قانون (صولون) الذي صدر على يد صولون حاكم اثينا عام 594 قبل الميلاد<sup>(3)</sup> . إذ بدأ هذا الحاكم حركته

(1) د. سعيد مبارك، أحكام قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980، ط4، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2011، ص 138.

(2) القاعدة هي جواز الحجز على جميع أموال المدين، فالمبدأ المقرر هو أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه .

(3) القروي بشير سرحان، أنسنة طرق التنفيذ في التشريع الجزائري، بحث منشور، مجلة الحكمة

الإصلاحية بإصدار قانون "السيكثيا"، أو ما يعرف برفع الأعباء، وبالتالي ألغيت جميع الديون القديمة سواء كانت مستحقة للدولة أو الافراد. وقد ترتب على صدور هذا القانون أن افلت جميع المدينون من شبح العبودية. كما حرص الحاكم صولون في حركته الإصلاحية على أن يتم التنفيذ على الذمة المالية للشخص باعتبارها الضامنة للوفاء بديونه وليس على جسم المدين<sup>(1)</sup>.

إن مفهوم الحماية التنفيذية تطور وما زال في تطور مستمر؛ وذلك للأهمية التي تكتسبها طرق التنفيذ سواء من الناحية القانونية، أو من الناحية الاقتصادية، فمن الناحية الأولى فقد شهدت العديد من التشريعات تعديلات جذرية في القواعد القانونية المتعلقة بالتنفيذ من خلال تبسيط الإجراءات وجعلها أكثر فعالية. ومنه أيضاً التأكيد على حق الدائن الكامل في التنفيذ مهما كانت طبيعة السند التنفيذي مع مراعاة التغيرات الاقتصادية والاجتماعية.

أما من الناحية الثانية، فإن تنفيذ الأحكام القضائية بفعالية له انعكاس إيجابي من ناحية الاستثمار. ولعل السمة البارزة في مفاهيم طرق التنفيذ هي فكرة الأنسنة، وحفظ الكرامة الإنسانية للمدين. وفي هذا المجال تتقاطع طرق التنفيذ مع بعض الأفكار والمبادئ التي تقتضيها المحاكمة العادلة. منها ضمان حق الدفاع والوجاهية، وغيرها من المبادئ المتعلقة بالمحاكمة العادلة.

ويمكن استخلاص ارتباط قواعد التنفيذ بحقوق الإنسان على مستوى التشريعات الوطنية من خلال ملاحظة الشروط التي تتطلبها تلك التشريعات في التنفيذ العيني الجبري. والتي سعت من خلالها إلى تحقيق الموازنة بين مصلحة الدائن والمدين. وتحقق هذه المصلحة من خلال النص على حق الدائن مطالبة مدينه بالتنفيذ العيني متى كان ذلك لا

←

للدراسات الإسلامية، العدد 25، 2015، ص4.

(1) اسعد الطيب العباسي، الإكراه البدني نظام تجاوزه الدهر، مقال منشور، 2014، على الموقع الإلكتروني :

<https://sudanile.com/archives/65991>

يسبب ارهاقاً للمدين<sup>(1)</sup> ؛ لأن إجباره على تنفيذ التزامه مع تحقق الارهاق يؤدي إلى المساس بكرامة المدين وتحميله التزاماً لا يطبق الوفاء به . ولكن متى كان في هذا العدول عن التنفيذ العيني يلحق ضرراً جسيماً بالدائن فيصير إلى التنفيذ العيني على الرغم من وجود الإرهاق ؛ وذلك لأن مصلحة الدائن بوصفه صاحب حق أولى بالرعاية<sup>(2)</sup> .

ويمكن ملاحظة التطور من خلال الشرط الآخر للتنفيذ العيني الجبري ، وهي أن لا يكون في التنفيذ العيني مساساً بحرية المدين . فلا يمكن إجراء التنفيذ العيني جبراً إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار في التنفيذ في الالتزام بالقيام بعمل<sup>(3)</sup> ؛ لأن إجبار المدين على تنفيذ الالتزام يتنافى مع كرامة الإنسان وحرية التي كرستها التشريعات الوطنية.

على أن ربط قواعد التنفيذ العيني الجبري بقواعد حقوق الإنسان يظهر بشكل متزايد حماية حقوق الدائن بحيث يظهر حق جديد من حقوق الإنسان وهو الحق في التنفيذ العيني الجبري<sup>(4)</sup> .

حقيقة الأمر لا نجد نصوصاً صريحة واضحة تجعل الحق في التنفيذ حقاً أساسياً من حقوق الإنسان . وبالتالي فقد تم ربط هذا الحق بحق أساسي آخر من حقوق الإنسان وهو الحق في محاكمة عادلة<sup>(5)</sup> .

- (1) د. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 54.
- (2) ينظر في هذا المعنى د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الثاني، مكتبة السنهوري بيروت، 2015، ص 315 د. محمد حسنين منصور، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، بلا سنة نشر، ص 19، و د. سعيد مبارك، مصدر سابق، ص 77.
- (3) القروي بشير سرحان، مصدر سابق، ص 6.
- (4) Christine Hugo, in Execution des decisions de justice , libertes de droits fondamentaux, sous-direction remy cabillac ,21 edition ,Daloz, 2015,p2015.
- (5) د. عماد عبد الكريم قطان، حقوق الإنسان وقواعد التنفيذ الجبري في القانون القطري، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية، العدد الثاني السنة العاشرة، 2016، ص 68.

## المطلب الثاني

### ارتباط قواعد التنفيذ العيني الجبري بقواعد حقوق الإنسان

#### على المستوى الدولي

من خلال الرجوع إلى الموثيق والاتفاقيات الدولية التي تتعلق بالموضوع مدار البحث نجد ان الاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان سبقة في اعتبار الحق في التنفيذ حق من حقوق الإنسان وترتبط أساساً بالمحاكمة العادلة<sup>(1)</sup>. ويستند هذا الحق الجديد على التطبيق الأفقي والعامودي للاتفاقية. وقد كرست محكمة حقوق الإنسان الأوروبية هذا الأمر في قضية "هورسي" ضد اليونان بموجب الحكم الصادر في 19 مارس 1987، وقد جاء في الحكم ما يأتي (انه إذا كانت المادة 1/6 تعني فقط إجراءات تحريك الدعوى وسير الخصومة، فإن هذا ينشئ أوضاعاً مخالفة لمبدأ سمو القانون. إن الحق في تنفيذ فعلي للحكم مهما كانت الجهة المصدرة له في أجل معقول يعتبر جزءاً أساسياً من المحاكمة العادلة بمفهوم المادة 1/6)<sup>(2)</sup>.

وعليه فقد أقرت محكمة حقوق الإنسان الأوروبية، ان الحق في التنفيذ كحق من حقوق الإنسان وجعلته جزءاً لا يتجزأ من متطلبات المحاكمة العادلة. وجعلت من المدة التي يستقر فيها تنفيذ الحكم معيار يدخل في تقدير الأجل المعقول الوارد في نص المادة (6) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(3)</sup> وبما أن السندات التنفيذية لا تشمل الأحكام القضائية فقد قررت المحكمة ان الحق في التنفيذ حق أساسي قائم بذاته ومنفصل عن المحاكمة العادلة<sup>(4)</sup>.

إن ارتباط قواعد التنفيذ العيني الجبري بقواعد حقوق الإنسان نجده بشكل واضح وصريح في الاتفاقيات الدولية فأقرت كحق الإنسان أن لا يسجن بسبب عدم قدرته على

(1) Natalie fricero ,Droit des voies d'exécution ,Edition gualino paris 2008, p22.

(2) <https://maitrebel%20kacmi.voi%20la.net/daoudi.html>

(3) تنص المادة (6) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أن لكل شخص عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه الحق في مراعاة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون. انظر :

<https://www.echr.coe.int/Documents/convention-ARA.pdf>

(4) القروي بشير سرحان، مصدر سابق، ص 3.

الوفاء بالتزام مدني ، فقد نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في المادة (11) منه على أنه (لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام مدني) <sup>(1)</sup> حتى انه ذهب إلى ابعاد من ذلك بكثير عندما اعتبر هذا الحق من الحقوق التي لا يمكن للدولة ان تتحلل من بعض التزاماتها بها حتى في حالة إعلان الطوارئ.

حقيقة الأمر ان هناك عدة اعتبارات توجب على المشرع ان يعمل على تعديل قانون التنفيذ بما يتلاءم مع الالتزامات المفروضة عليه بموجب العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية . وتأتي في مقدمة هذه الاعتبارات اعتبارات قانونية فالأصل ان الذمة المالية هي التي تضمن الدين وليس الجسد .

وعليه لا بد من إلغاء النصوص القانونية الواردة في قانون التنفيذ التي تجيز حبس المدين ، وذلك احتراماً والتزاماً بالمادة ( 11 ) من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على ان يتم استبدال عقوبة الحبس بالاحتفاء بالحجز على أموال المدين غير المنقولة وأمواله المنقولة ومنها اقتطاع جزءاً من راتبه أو الدخل المتأتي له من ممارسة عمله وذلك وفقاً لمقدرته المالية .

ان العلاقة بين الدائن والمدين في التشريعات الحديثة هي علاقة بين ذمتهما الماليتين وليست بين شخصيهما ، ولذلك إذا امتنع المدين عن الوفاء بالدين فإن الدائن ينفذ على أمواله فقط .

يعد الحق في محاكمة عادلة حقاً أساسياً من حقوق الإنسان نصت عليه العديد من الاتفاقيات الدولية ، ومنها المادة ( 10 ) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان <sup>(2)</sup>.

## المبحث الثاني

### إخضاع القواعد التنفيذية المتعلقة بشخص المدين وحرية لقواعد

#### حقوق الإنسان

في النظام العدلي العراقي نرى أن المشرع لم يترك أية وسيلة تضمن تحقيق حماية حقوق الأفراد ، فنراه يؤكد في تشريعات متعددة السعي الجاد لضمان الحقوق . ومن هذه

(1) [http://www.nchr.org.jo/User\\_Site/Site/View\\_ArticleAr.aspx?type=2&ID=2161](http://www.nchr.org.jo/User_Site/Site/View_ArticleAr.aspx?type=2&ID=2161)

(2) د. عماد عبد الكريم قطان، مصدر سابق، ص 69-70.

الوسائل قانون رقم (45) لسنة 1980 المعدل الذي تضمن عدة آليات لاستحصال الحقوق وحمايتها . ومنها التنفيذ الرضائي والتنفيذ الجبري الذي يتم بموجبه حبس المدين ومنعه من السفر ، وقد أفرد المشرع المواد من (40-49) من قانون التنفيذ لحبس المدين ، وافر للدائن الحق بطلب منع مدينه من السفر في المادة (30) منه .

وتطبيقاً لقواعد حقوق الإنسان لا بد من إخضاع القواعد التنفيذية المتعلقة بشخص المدين وحرية وهي حبس المدين ومنعه من السفر لتلك القواعد ، وعليه سنتناول حبس المدين (المطلب الأول) ، ومن ثم نخرج على منع المدين من السفر (المطلب الثاني)

## المطلب الأول

### حبس المدين

لا يزال المشرع العراقي يحتفظ بوسيلة من الوسائل التنفيذية التي تتعارض ماهيتها لقواعد حقوق الإنسان كأداة للضغط عليه في حال امتناعه عن الوفاء . وكانت وسيلة حبس المدين في الدين من الوسائل التنفيذية السائدة في المجتمعات القديمة . إذ كان المدين يضمن الدين بشخصه فضلاً عن ماله . وقد ألغت معظم القوانين الحديثة وسيلة الحبس في الدين بشكل عام . وابتقت بعض التشريعات عليها بالنسبة لبعض الالتزامات المالية والمتعلقة بنظام الأسرة ، أو بسلامة المجتمع<sup>(1)</sup> . ففي القانون المصري لا يزال حبس المدين وسيلة لتحصيل الغرامات والمصروفات ومبالغ التعويض التي يحكم بها لمصلحة الدولة ، وكذلك كوسيلة لأداء دين النفقة والحضانة<sup>(2)</sup> .

وقد أجازت الشريعة الإسلامية والتي تعد مصدراً أساسياً للتشريع لدينا ، حبس المدين ولكنها وضعت له ضوابط وشروطاً للتخفيف من آثاره ، فاشتطت أن يكون المدين موسراً وممطلاً في أدا دينه ، ومنع حبسه إذا كان معسراً ، وكذلك منع حبس صغار السن والأصول والفروع<sup>(3)</sup> .

(1) صلاح الدين سلحدار، أصول التنفيذ المدني، مطبعة الداوودي، دمشق، 1979، ص 439.

(2) أمينة مصطفى النمر، قوانين المرافعات، الكتاب الثالث، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 12-14.

(3) محمد خلف بني سلامة، خلوق ضيف الله آغا، حبس المدين في الفقه الإسلامي والقانون الأردني،

أن الأصل في قانون التنفيذ العراقي عدم جواز حبس المدين الذي ترتب عليه دين أو التزام يؤديه إلى الدائن ؛ لأن الحبس يتعلق بتقييد حرية المدين مما جعل المشرع العراقي يترتب ويتأني عند ذلك الأمر ولم يسوغه إلا بعد أن يصبح أمر تنفيذ الالتزام وادا الدين غير ممكن بواسطة الوسائل السلمية الأخرى . فعند ذلك أجاز القانون اتخاذ ما يلزم من إجراءات لحبس المدين .

كما لا يجوز حبس المدين إلا بعد أن يقدم الدائن طلباً ويصدر قرار من القاضي المختص ، وذلك وفق أحكام المادة (40/ أولاً) من قانون التنفيذ . مما يعني أن سلطة التنفيذ لا يمكنها أن تتخذ الإجراءات من تلقاء نفسها وإنما تترك الأمر لمشيئة الدائن . والتفت المشرع العراقي إلى أمر يتعلق بمدى اهتمامه بحماية حرية الأفراد فجعل قرار الحبس بيد قاض مختص فإذا لم تتوفر هذه الشروط التي نص عليها القانون جميعها لا يجوز حبس المدين إطلاقاً ؛ لأنه يكون على دراية أكبر في مجال تنفيذ وتطبيق القانون ، ولعناية المشرع بموضوع الحرية الفردية فإنه قصر الوسيلة لاستحصال الدين لمرة واحدة فقط ؛ وذلك حتى لا يبقى المجال مفتوحاً ويستغل بشكل غير مشروع على حسب ما جاء في المادة (40/ ثالثاً) من قانون التنفيذ.

ونلاحظ بأن المشرع العراقي قد راعى بعض الحالات التي لها صلة بالكيونة الاجتماعية فقام باستثناءها من الخضوع لهذه الوسيلة ولم يجز حبس المدين إذا توفرت فيه إحدى الحالات ومنها إذا كان المدين معسراً.

إن إعطاء الدائن الحق في طلب الحبس قد وجهت له انتقادات بوصفه وسيلة تحد من حرية المدين بسبب التزام مدني ، ودون أن يكون قد ارتكب جرماً جزائياً ؛ لذلك هجرت معظم دول العالم مثل هذه الوسيلة كونها مخالفة لمواثيق حقوق الإنسان ، وعلى الأخص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، والذي نص في المادة (11) منه على أنه (لا يجوز سجن أي إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام تعاقدي) .

←

مجلة الشريعة والقانون، العدد 47، 2011، ص 279 . وانظر أيضاً : ابناس محمد جمعة، حبس المدين -دراسة تحليلية مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2013، ص 25.



والجدير بالإشارة أن قضاة تنفيذ في الأردن وهي من الدول التي تجيز حبس المدين بشروط قد رفضوا حبس المدين تطبيقاً لنص المادة (11) من العهد الدوالي المشار إليه سلفاً ، إذ اعتبروا أن هذا الميثاق يعلو على تشريعهم الوطني<sup>(1)</sup>. وعلى الرغم مما تقدم فإن هذه الوسيلة تبدو فعالة ومشروعة خاصة وأن المشرع العراقي قد قيد حبس المدين باشرطه أن يكون موسراً ويمتنع عن الوفاء ، وأن يقدم الدائن الدليل على يساره ، وكذلك منع الحبس في أحوال معينة ، وعليه فإن إلغاء مثل هذه الوسيلة على الرغم من كون المدين موسراً ظلم بحق الدائن ؛ ولذلك ولتجاوز الانتقادات التي يمكن أن توجه لهذه الوسيلة ، فإن إضافة قيود جديدة كفيلاً بذلك ، كأن يقتصر حبس المدين على ديون عينة والتي تتعارض مع حقوق أساسية أخرى للدائن كحقه في النفقة ، أو أن يكون الدين من أجور وحقوق الفئات الضعيفة كالعمال وغيرهم<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### منع المدين من السفر

منح المشرع العراقي الدائن حق الطلب بمنع المدين من السفر ، وذلك إذا قامت أسباب جدية يخشى منها فرار المدين من الحضور ، أو تهريب أمواله<sup>(3)</sup> بغية التخلص مما عليه من ديون مستحقة . وقد أقر المشرع للدائن هذا الحق في المادة (30) من قانون التنفيذ والتي نصت على أنه ( إذا أثبت الدائن احتمال فرار المدين وطلب أخذ كفالة بالدين فلمنفذ العدل إذا اقتنع بصحة الادعاء أن يقرر إلزام المدين بتقديم كفالة بالدين . فإذا رفض المدين تقديم الكفالة ، فعلى المنفذ العدل أن يقرر منعه من السفر ) . ولعل هذا النص يعزز إلى حد كبير حق الدائن في التنفيذ ، ويمنحه وسيلة فعالة للضغط على إرادة المدين ليجبره على الوفاء بدينه . فما هي شروط منع المدين من السفر ؟ وماهي الآثار المترتبة على هذه الوسيلة ؟

(1) حكم محكمة الاستئناف في الأردن وهو غير منشور، وإنما تم نشر الخبر عبر الموقع الإلكتروني: [https://www.kas.de/documents/252038/253252/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_11579\\_3.pdf/d1e18d65-57b6-a3e6-d336-1c1ecd2ce016?version=1.0&t=1539664274543](https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_11579_3.pdf/d1e18d65-57b6-a3e6-d336-1c1ecd2ce016?version=1.0&t=1539664274543)

(2) د. عماد عبد الكريم قطان، مصدر سابق، ص 87.

(3) د. سعيد مبارك، مصدر سابق، ص 89.

يمنع المدين من السفر بطلب من الدائن المحكوم له يقدمه إلى المنفذ العدل<sup>(1)</sup>، ويشترط لمنع المدين من السفر توافر الشروط الآتية :

- 1- أن يطلب الدائن منع مدينه من السفر.
- 2- أن يثبت الدائن صحة ادعائه المتضمن احتمال سفر المدين بقصد الفرار من الدين وإلا يمنع من ذلك كمل لو تبين بأنه يروم السفر بقصد المعالجة الطبية .
- 3- أن لا يضمن حق الدائن بوسيلة أخرى ؛ لذلك فإن المدين لا يمنع من السفر إذا كانت أمواله محجوزة بما يكفي للوفاء بالدين ؛ لأن الغرض من منع المدين من السفر هو ضمان حق الدائن وقد تحقق ذلك بحجز أموال المدين بما يكفي للوفاء به .
- 4- أن يتمتع المدين عن تقديم الكفالة التي قررها المنفذ العدل . والمنفذ العدل لا يلزم المدين بتقديم الكفالة إلا إذا اقتنع بصحة ادعاء الدائن المتضمن احتمال سفر المدين بقصد الفرار من الدين .

وبتوافر الشروط أعلاه يمكن للدائن أن يطلب بمنع الكفيل من السفر أيضاً<sup>(2)</sup>. وقرار المنفذ العدل بمنع المدين من السفر أو برفض ذلك قابل للتظلم والتميز حسب المواد (118-123) من قانون التنفيذ .

أما بشأن الآثار التي تترتب على صدور قرار بمنع المدين من السفر ، فلا شك بأن هناك العديد من الآثار السلبية والانتقادات العديدة التي يمكن توجيهها إلى هذه الوسيلة كإحدى وسائل الضغط على المدين لإجباره على الوفاء بدينه .

يتعارض المنع من السفر مع حق أساسي للمدين من حقوق الإنسان ، وهو حرية الإنسان في التنقل خاصةً أن سبب المنع من السفر ليس سبباً جنائياً ، وإنما بسبب دين مدني . كما أن الحرية الشخصية وعد تقييد حرية الإنسان في الإقامة أو التنقل من الحقوق التي كفلتها الدساتير

من ناحية أخرى فإن قرار منع المدين من السفر يؤدي في أحيان كثيرة إلى اضرار مادية ومعنوية كبيرة له ، إذ أنه قد يروم التنقل إلى خارج البلاد أما بسبب العمل أو السياحة

(1) ينظر نص المادة (30) من قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 المعدل .

(2) د. سعيد مبارك، مصدر سابق، ص 90.

أو العلاج ، ومنع سفره لأسباب مدنية قد تسبب اضراراً وتسيء إلى سمعته ، خاصة وأن القرار بمنع السفر قد يصدر أثناء النظر في الدعوى وقبل ثبوت الحق بأي شكل من الأشكال ، ودون التأكد من قيام أسباب جدية يخشى معها فرار المدين . ويبقى هذا المعيار معياراً عاماً غير منضبط ، فكثيراً ما يتم منع السفر لأناس مدينين بمبالغ زهيدة ، فضلاً عن أن مديونية هذه المبالغ لم تثبت بعد<sup>(1)</sup>.

ولما تقدم ولكي نصل إلى التوازن المطلوب بين حق الدائن في أن يكون لديه وسيلة فعالة تفعل حقه في التنفيذ ، وفي ذات الوقت تحافظ على حقوق المدين الأساسية فإنه يمكن الإبقاء على وسيلة المنع من السفر مع التشدد بتوفر شرط الخشية من تهريب الأموال أو فرار المدين ، وكذلك تقييد قرار المنع من السفر بأن لا يتم إلا بعد صدور حكم بات واستنفاذه لجميع طرق الطعن<sup>(2)</sup> ، بحيث أصبح هناك حق مستقر وثابت للدائن تجاه مدينه كما فعل المشرع السوري . إذ أشار أنه لرئيس التنفيذ أن يقرر منع سفر المحكوم عليه إلى حين استيفاء المبالغ والتعويضات والالتزامات المحكوم بها من المحاكم المدنية والجزائية وغيرها من المحاكم بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية<sup>(3)</sup>.

### المبحث الثالث

#### إخضاع القواعد التنفيذية المتعلقة بأموال المدين لقواعد حقوق الإنسان

إن إعطاء الدائن الحق بالحجز على أموال مدينه سواء كانت المنقولة أو غير منقولة ، وسواء كانت بحوزته أو بحوزة الغير ، وسواء قبل رفع الدعوى بأصل الحق أو أثناء نظرها أو بعده يظهر بشكل جلي كون حق الدائن في التنفيذ قد تم تفعيله وضمائه عبر تلك الوسائل ، على أنه وبالمقابل فإن هذه الوسائل قد تعرض حقوق المدين الأساسية إلى الخطر ؛ لذلك فقد حرص المشرع على التوازن بين حقوق الأطراف سواء الدائن والمدين. فقد نص قانون التنفيذ على ما يضمن الحقوق الأساسية للمدين بهدف إعادة التوازن للعلاقة القانونية بينهما.

(1) <http://www.al-watan.com/viewnews.aspx?d=20131121&cat=citizen10&pge=7>

(2) د. عماد عبد الكريم قطان، مصدر سابق، ص 80.

(3) ينظر المادة (439/د) من قانون أصول المحاكمات السوري رقم 1 لسنة 2016.

وتهدف قواعد التنفيذ الجبري إلى إيجاد نوع من الحماية للمدين المنفذ ضده، بوصفه الطرف الأضعف في العلاقة التي تربطه بالدائن طالب التنفيذ والذي يتمتع بالعديد من الامتيازات بموجب القانون . وتتمثل هذه الحماية بأنسنة نطاق التنفيذ المالي (المطلب الأول) ، وأنسنة إجراءات التنفيذ المالي (المطلب الثاني)

## المطلب الأول

### أنسنة نطاق التنفيذ المالي

القاعدة العامة تقضي بأن للدائن ضمان عام على جميع أموال مدينه ، وبالتالي يستطيع الدائن من حيث المبدأ أن يحجز على جميع أموال المدين تحقيقاً لفعالية حقه في التنفيذ ، على أن المشرع قد يستبعد أموال المدين من إمكانية الحجز عليها ؛ وذلك لاعتبارات عديدة إنسانية أو اقتصادية أو اجتماعية ، مما يعد قيماً على حق الدائن في التنفيذ . وتحقق فيها معنى الأنسنة من حيث نطاق التنفيذ على أموال المدين ، وهذه الاعتبارات منها ما هو متعلق برعاية شخص المدين ، ومنها ما هو متعلق بغير ذلك من الاعتبارات .

من هذه الاعتبارات الأموال العامة والتي تشمل جميع العقارات والمنقولات العائدة للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة إذا كانت مخصصة لمنفعة عامة . إذ حظر القانون التصرف في هذه الأموال والحجز عليها .

أما ما يخص منع الحجز على أموال المدين رعايةً له ، وحفاظاً على حقوقه الأساسية وكرامته الإنسانية ، وحرصاً على عدم تجريده من كل ما يملك . فقد نص قانون التنفيذ على عددٍ من الأموال مستبعداً إياها من إمكانية الحجز عليها .

فقد راعى القانون حق المدين وأسرته بالحياة والكرامة ، فحظر بشكل مطلق حجز ما يلزم المدين وأسرته من زوجة وأولاد وأقارب والمقيمين معه ، وتعبير ما يلزم المدين وأسرته تعبیر مرن يستقل القاضي بتقديره ويأخذ في الحسبان العرف والمركز الاجتماعي والأدبي للمدين وأسرته<sup>(1)</sup>

وراعى المشرع أيضاً حق المدين في العمل فمنع حجز ما يلزم المدين من كتب

(1) أحمد خليل، التنفيذ الجبري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 146.

وأدوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه ، ومن الطبيعي أن تقدير ذلك يختلف بحسب المهنة<sup>(1)</sup>.

لا يجوز الحجز أيضاً على معاش أو مرتب أو أجر المدين إلا بمقدار الخمس وذلك ليتيح للعامل والموظف المدين الذهاب إلى عمله مطمئناً على حياته وحياة أسرته ، وانعكاس ذلك على إنتاجية المجتمع أيضاً<sup>(2)</sup> ، وفي ذات السياق لم تجز بعض القوانين الحجز على أي جزء من الأجر المستحق للعامل إلا تنفيذاً لحكم قضائي ، وعلى أن لا يتجاوز مجموع المبالغ المحجوز عليها على 35% من أجر العامل المدين<sup>(3)</sup>.

أخيراً حماية لحق المدين في السكن والمأوى<sup>(4)</sup> وعدم تشريده وعائلته من البيت الذي يسكنه ، فقد منع المشرع العراقي الحجز على الدار المملوكة للمدين والتي يسكنها مع أسرته إذا كانت مناسبة لحاله ، فإذا كانت تزيد عن حاجته تباع ويترك له من ثمنها ما يشتري به داراً تناسب حالته ويوقع الحجز على الباقي من الثمن<sup>(5)</sup> . وتجدر الإشارة أنه عندما تقرر المحكمة أن الدار تزيد عن حاجة المدين وتقرر بالتالي الحجز عليها وبيعها ، وعليها ان تسبب هذا الأمر في حكمها ، وعلى هذا استقرت محكمة التمييز القطرية<sup>(6)</sup>.

لا شك في أن استثناء فئات الأموال السابق ذكرها يشكل قيداً على حق المدين في التنفيذ ، وأن الهدف من بعضها هو إقامة التوازن بين الحقوق الأساسية لكل من الدائن والمدين . إلا أنه يلاحظ على بعضها ميلاً إلى المدين على حساب الدائن ، فعدم جواز الحجز على الأجر أو المرتب المعاشي إلا بحدود ( الخمس ) .

وأنه في حال وجود دائن بدين نفقة فإنه يستحق ( نصف الربع ) أي ( ثمن ) الراتب ،

- (1) المادة (62) من قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 المعدل .
- (2) أحمد السيد الصاوي، أسامة روبي عبد العزيز الروبي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، 2005، ص 204.
- (3) المادة 70 من قانون العمل القطري رقم 14 لسنة 2004.
- (4) أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 289.
- (5) المادة 392 من قانون المرافعات القطري رقم 13 لسنة 1990 المعدل .
- (6) محكمة التمييز، الأحكام المدنية، الطعن رقم 52 لسنة 2006 قضائية، تاريخ الجلسة 2006/11/21.

وفي رأينا أن نسبة (الثلث) من الراتب بالنسبة لدين نفقة غير كافية إذا ما أجرينا المقارنة بين حق الدائن بدين نفقة والذي يُغطي الحد الأدنى من ضرورات المعيشة ، وبين حق المدين في استبقاء ما يكفيه اقتطاع الديون ، مع الأخذ بعين الاعتبار مماطلته في الوفاء بحقوق الآخرين ، لذلك فإنه يبدو لنا ان رفع نسبة الاقتطاع من الراتب في حال وجود دين نفقة سيكون أقرب للعدالة ، وذلك على غرار ما فعله المشرع المصري في قانون تنفيذ الأحكام الصادرة عن قانون الأسرة<sup>(1)</sup>

## المطلب الثاني

### أنسنة إجراءات التنفيذ المالي

تعد الحماية الإجرائية من الضمانات الرئيسية للمدين وهي تعد جزءاً لا يتجزأ من الحق في محاكمة عادلة ، ويتحقق المدين من خلالها من الأساس القانوني الصحيح لإجراءات التنفيذ ، ويطلب ببطان هذه الإجراءات في حال مخالفتها للقانون . وحتى يكون ضمان حقوق المدين فعلاً يتعين ان يكون المدين على اطلاع وعلم بكل إجراء تنفيذي ، وعليه أن لا يفاجأ بهذه الإجراءات عدا بعض الأحوال الخاصة كالحجز التحفظي ، وهذا يعرف بمبدأ المواجهة بين الخصوم الذي يعد الإعلان وسيلة تحقيقه . وكذلك الأمر في حال حجز ما للمدين لدى الغير فقد أوجب قانون التنفيذ ان يتم إبلاغ الحجز على المدين المحجوز عليه وذلك بإعلانه عن ان حجزاً قد تم تحت يد الغير المحجوز لديه والتاريخ الذي تم به هذا الحجز ، والمستند القانوني الذي على أساسه تم الحجز سواء كان حكماً قضائياً أم سنداً رسمياً ، وكذلك المبلغ المحجوز من أجله . ويوجب القانون أن يحصل إعلان الحجز إلى المدين في عشرة أيام تلي إعلانه إلى الغير وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن .

(1) سحر عبد الستار، ضمانات حق المرأة في تنفيذ الأحكام الصادرة عن محكمة الأسرة، مجلة الحقوق للبحوث الثقافية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، ص 391.

### الخاتمة

وفي خاتمة البحث يمكن أن بين أهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات:  
أولاً: النتائج

1- أن المشرع العراقي قد أعطى للدائن الحق في التنفيذ والذي يعد حق من حقوق الإنسان بوصفه جزءاً لا يتجزأ من الحق في محاكمة عادلة أقرته الدساتير والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان .

2- منح المشرع للدائن وسائل فعالة تكفل استيفاء حقه فضلاً عن حق الدائن في الضمان العام على أموال مدينه ، والحق في إلقاء الحجز التحفظية والتنفيذية ، يملك الدائن أيضاً وسائل أخرى مثل الحق في حبس المدين ومنعه من السفر ، غير أن هذه الوسائل من شأنها أن تنتهك كرامة المدين وحرية إذا ما تم وضع ضوابط وقيود لها .

3- أن حبس المدين هو أحد أقل الطرق فعالية لاسترداد الديون، لا سيما من الأفراد المعوزين، وهو ما يتفق مع مجموعة كبيرة من الأبحاث العالمية التي أجراها البنك الدولي والمؤسسات المالية الأوروبية. كما أنه لا يعالج المشاكل الاجتماعية والاقتصادية الأساسية التي تؤدي إلى استدانة هؤلاء الأفراد في المقام الأول للخلاص من الحبس.

ثانياً: التوصيات

1-نرى بأنه من الضروري وضع ضوابط وقيود لمنع السفر بحيث يحد من الضرر الذي يمكن أن يترتب بسببه ، فلا يتم منع المدين من السفر إلا بعد صدور حكم نهائي.

2-نوصي بإلغاء وسيلة حبس المدين في كردستان وعموم العراق كإحدى الوسائل التنفيذية التي تنتهك حقوق الإنسان كونه أقل الطرق فعالية لاسترداد الديون كما أن حبس المدين يزيد العبء الذي تواجهه السلطات عن كل شخص يحتجز بسبب عدم سداده الدين فضلاً عن الضغوط التي يسببها الحبس على السجون والمحاكم المكتظة .

3 -إيجاد وسائل بديلة في كردستان وعموم العراق يمكن من خلالها استيفاء حق الدائن وفي الوقت ذاته تحفظ كرامة المدين التي تعيد التوازن بين حقيهما كالتركيز على الصلح بين طرفي العلاقة التنفيذية ، وإن كان لا بد من الإبقاء على عقوبة الحبس فيجب

تضييق نطاق ذلك من خلال جعل الحبس لقاء ديون معينة وليست بشكلٍ مطلق .  
4-نوصي دوائر التنفيذ في كردستان وعموم العراق بإشاعة التعامل بحقوق الإنسان مع المدنيين بما يحفظ التوازن بين الالتزام الدستوري بمراعاة حقوق الإنسان والالتزام المدني بحماية حقوق الدائنين ، وعقد ورش ودورات تدريبية لجميع موظفي دوائر التنفيذ في هذا الخصوص .





## قائمة المصادر

أولاً: الكتب

- 1- أحمد أبو الوفا ، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007.
- 2- أحمد خليل ، التنفيذ الجبري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2003.
- 3- أحمد السيد الصاوي ، أسامة روبي عبد العزيز الروبي ، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية ، 2005.
- 4- أمينة مصطفى النمر ، قوانين المرافعات ، الكتاب الثالث ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، بدون سنة نشر.
- 5- د. رمضان أبو السعود ، أحكام الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2006.
- 6- د. سعيد مبارك ، أحكام قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980، ط4 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2011.
- 7- صلاح الدين سلحدار، أصول التنفيذ المدني ، مطبعة الداوودي، دمشق ، 1979.
- 8- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني ، مكتبة السنهوري بيروت ، 2015.
- 9- د. محمد حسنين منصور ، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، بلا سنة نشر.
- 10- د. نبيل عمر ، د. أحمد هندي ، التنفيذ الجبري(قواعده وإجراءاته) ، الدار الجامعية الجديدة ، 2002.

ثانياً: الرسائل والأطاريح

- ايناس محمد جمعة ، حبس المدين -دراسة تحليلية مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الأزهر ، غزة ، 2013.

ثالثاً: الأبحاث

- 1- سحر عبد الستار ، ضمانات حق المرأة في تنفيذ الأحكام الصادرة عن محكمة

الأسرة ، مجلة الحقوق للبحوث الثقافية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، عدد خاص.

- 2-د. عماد عبد الكريم قطان ، حقوق الإنسان وقواعد التنفيذ الجبري في القانون القطري ، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية ، العدد الثاني السنة العاشرة ، 2016.
- 3-القروي بشير سرحان ، أنسنة طرق التنفيذ في التشريع الجزائري ، بحث منشور ، مجلة الحكمة للدراسات الإسلامية ، العدد 25 ، 2015.
- 4-محمد خلف بني سلامة ، خلوق ضيف الله آغا ، حبس المدين في الفقه الإسلامي والقانون الأردني ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد 47 ، 2011.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

- 1-[http://www.nchr.org.jo/User\\_Site/Site/View\\_ArticleAr.aspx?type=2&ID=2161](http://www.nchr.org.jo/User_Site/Site/View_ArticleAr.aspx?type=2&ID=2161)
- 2-<https://maitrebel%20kacmi.voi%20la.net/daoudi.html>
- 3-[https://www.echr.coe.int/Documents/con\\_vention-ARA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/con_vention-ARA.pdf)
- 4- <https://sudanile.com/archives/65991>
- 5-<http://www.alwatan.com/viewnews.aspx?d=20131121&cat=citizen10&pge=7>
- 6-[https://www.kas.de/documents/252038/253252/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_11579\\_3.pdf/d1e18d65-57b6-a3e6-d336-1c1ecd2ce016?version=1.0&t=1539664274543](https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_11579_3.pdf/d1e18d65-57b6-a3e6-d336-1c1ecd2ce016?version=1.0&t=1539664274543)

خامساً: القرارات القضائية

- 1-محكمة التمييز القطرية ، الأحكام المدنية ، الطعن رقم 52 لسنة 2006 قضائية ، تاريخ الجلسة 2006/11/21.
- 2-حكم محكمة الاستئناف في الأردن وهو غير منشور.
- سادساً : القوانين
- 1-قانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 المعدل .
- 2- قانون المرافعات القطري رقم 13 لسنة 1990 المعدل.
- 3- قانون العمل القطري رقم 14 لسنة 2004.
- 4- قانون أصول المحاكمات السوري رقم 1 لسنة 2016.

سابعاً: المصادر باللغة الأجنبية

- 1- Christine Hugo ,in Execution des decisions de justice , libertes de droits fondamentaux, sous-direction remy cabillac ,21 edition ,Daloz, 2015.
- 2- Natalie fricero ,Droit des voies dexecution ,Edition gualino paris 2008.

## الملخص

تدور فكرة الموضوع حول أنسنة طرق التنفيذ بجعلها تلبى متطلبات تطوير القواعد التنفيذية وتستوفي المعايير الدولية لحقوق الإنسان. حيث يهدف البحث إلى إيجاد وسائل تنفيذية تحقق الموازنة بين مصلحة الدائن وحقوق المدين؛ وذلك من خلال التركيز على جعل قواعد التنفيذ الجبري قواعد فعالة يكون للدائن فيها استخدام وسائل تنفيذية ناجعة لإجبار مدينه على الوفاء بالتزامه، هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب أن لا يكون ذلك عن طريق استخدام وسائل تنفيذية تحط من كرامة المدين وإنسانيته. فإذا كان من الضروري الإبقاء على بعض الوسائل التي تتعارض مع قواعد حقوق الإنسان فإن ذلك يجب أن يكون عبر تضييق نطاقها ووضع ضوابط لها. وقد شخخص البحث مشكلة وجود وسائل تنفيذية على الرغم من إنها تمكن الدائن من استيفاء حقه إلا إنها تحد من حرية المدين وتمس حقوقه الشخصية، ومنها منع المدين من السفر، وحبس المدين كوسيلة متعارف عليها في ظل القوانين القديمة وقد تم هجرها من قبل غالبية التشريعات الحديثة بعد تطور الفكر القانوني بهذا الخصوص. وعلى هذا فإن التوجه لأنسنة قواعد التنفيذ العيني سيسهم من جهة في استيفاء المعايير الدولية لحقوق الإنسان وتلطيف وسائل التنفيذ الجبري التقليدي أو ربما إلغائها، ومن جهة أخرى يسهم في تطوير القواعد التنفيذية ورفع كفاءة دوائر التنفيذ عبر جعلها مواكبة لقواعد حقوق الإنسان.

### پوخته

بۆچوونی بابتهکه دەسوریتەوه له دەوری دەرشتهکردنی ریگاکانی جییهجیکردن بهجۆرنیک که وهلامدهرهوهی داخواریهکانی پهرهپیدانی ریساکانی جییهجیکردن بیت به لهبرچاوگرتنی پیوهره نیودهولهتیهکانی مافی مرۆف.

به جۆرنیک توێژینهوهکه نامانجی دۆزینهوهی هۆکاری جییهجیکردنی که ببیته هۆی بهدییهانی هواسهنگی له نیوان بهرژهوهندی خاوهن قهرز و قهرزدار؛ نهوهش له ریگهی سهرنج خستنهسهه نهوهی که ریساکانی جییهجیکردنی به زۆرهملی ریسای کاریگهرن به جۆرنیک خاوهن قهرز تینیدا دهتوانیت هۆکاری جییهجیکردنی باش و کاریگهر بهکار بهینیت بۆ ناچارکردنی قهرزدار به پابهندبوون بهجییهجیکردنی پابهندبوونهکهی، نهوه لهلایهک و لهلایهکی دیکه پیویسته نهوه لهریگهی نهوه هۆکارانه نهجام نهدریت که زیان به شکۆ و مرۆقابهتی قهرزدار بگهیهنیت.

وه نهگهر مانهوه لهسهه ههندیک ریگا و هۆکار ناکوک لهگهڵ ریساکانی مافی مرۆف پیویست بوو، نهوا گرنکه له چوارچۆیهکی تهسکدا بیت و ریکاری بۆ دابنریت.

توێژینهوهکه جهخت دهکاتهسهه کیشهی بوونی هۆکاری جییهجیکردن که سهرباری نهوهی خاوهن قهرز مافی خۆی بهدهست دههینیتنهوه بهلام دهبیته هۆی سنوردارکردنی ئازادی قهرزدار و بهرکهوتهی به مافه کهسیهکانی دهبیت، لهوانه ریگری گهشتکردن له قهرزدار، و دهستبهسههکردنی قهرزدار وهک هۆکاریکی ناسراو و باو له ژیر روشنایی یاسا کۆنهکان و که له ئیستادا زۆرینهی یاسا نوێیهکان دهسهبرداری بوون پاش گهشهسهندنی تیروانینی یاسایی لهو بوارهدا. لهبر نهوه ئاراستهه بهمرۆیی کردنی ریساکانی جییهجیکرنی کههستههی به زۆرهملی رۆلی ههیه له جییهجیکردنی پیوهره نیودهولهتیهکانی مافی مرۆف وساناکردنی ریکاره جییهجیکرنه زۆره ملی کۆنهکان و رهتکردنهوه و ههلهوهشاندهوهیان لهلایهک، و لهلایهکی دیکه بهشداری دهکات له گهشهپیدانی ریساکانی جییهجیکردن و بهرزکردنهوهی ناستی لیهاتوویی بهرپوههرایهتیهکانی جییهجیکردن له ریگهی له خوگرتن و هاوتهریب بوون لهگهڵ ریساکانی مافی مرۆف.

### Abstract

The main idea of this topic deals with the humanization of the implementation methods by making them meet the requirements of developing implementing rules and fulfill the international human rights standards. The research aims to find executive means that achieve a balance between the creditor's interests and the debtor's rights, by focusing on making the rules of compulsory enforcement effective rules in which the creditor will use effective executive means to compel his debtor to fulfill his obligation. On the other hand, this should not be done through executive means that degrade the debtor's dignity and humanity. If it is necessary to keep some means that violate human rights rules in place, they must be limited in scope and subject to controls. The study identified the problem of the existence of executive means that, while allowing the creditor to fulfill his right, limit the freedom of the debtor and affect his personal rights, such as preventing the debtor from traveling and imprisoning the debtor as a means recognized under old laws, which has been abandoned by the majority of modern legislation following the development of legal thought in this regard. As a result, the tendency to humanize specific implementation rules will contribute, on the one hand, to meeting international human rights standards and mitigating or possibly canceling traditional forced implementation methods; on the other hand, it will contribute to develop implementing rules and increasing the efficiency of implementation departments by bringing them in line with human rights rules.



**الادعاء العام بين التبعية والاستقلال  
دراسة تحليلية  
في ضوء قانون الادعاء العام العراقي الجديد  
وقانون وزارة العدل في إقليم كردستان العراق**

((داواكارى گشتى لهنيوان پاشكوپوون و سهربهخوبوون  
تويژينهوميهكى بهر اوردكاريه لهژير روشنايى ياساى نوئى داواكارى گشتى له عيراق  
و ياساى وهزارهتى داد له ههريمى كوردستانى عيراق

**Public prosecution between dependency and Independence**

أ.د. تيماء محمود فوزي الصرّاف

كلية الحقوق/ جامعة الموصل  
فرع القانون الخاص

پروفيسور دكتوراه تيماء محمود فهوزى سهراف  
كوليجى ماف/ زانكوى موسل  
بهشى ياساى تاييهت

**Prof.dr.Taima Mahmoud Fawzi Al- Sarraf .**  
College of Law, University of Mosul.





## الادعاء العام بين التبعية والاستقلال

### دراسة تحليلية

في ضوء قانون الادعاء العام العراقي الجديد

وقانون وزارة العدل في إقليم كردستان العراق

أ.د. تيماء محمود فوزي الصرّاف

كلية الحقوق / جامعة الموصل

فرع القانون الخاص

### الكلمات المفتاحية:

الادعاء العام – حماية المشروعية – سلطة الادعاء العام

كليله ووشه:

داواكارى گشتى، پاراستنى ره وايهتى، دهسه لآتى داواكارى گشتى.

**Key words:** Public prosecution-legality prosecution – prosecuting authority

### المقدمة

أولاً- التعريف بموضوع البحث:

يمارس الادعاء العام دوراً متميزاً في حماية المشروعية والحفاظ على مصالح المجتمع سواء أكان ذلك من خلال دوره في الدعوى الجزائية أو دوره في الدعوى المدنية من خلال حماية الأسرة والطفولة ومصالح الدولة والطعن لمصلحة القانون. ولا بد أن يستند في أعماله إلى سلطة محددة تخوله القيام بذلك، الأمر الذي اختلف بشأنه القوانين المقارنة فمنهم من أسندها إلى السلطة التنفيذية ومنهم من أسندها إلى السلطة القضائية ومنهم من نادى باستقلالية هذا الجهاز انطلاقاً من دوره الخاص الذي يختلف عن دور الموظف الإداري والقاضي.

وحتى بالنسبة للقوانين التي أسندته إلى جهة معينة مثل قانون وزارة العدل في إقليم كردستان الذي جعله تابعاً لسلطة وزير العدل، إلا أنه من ناحية أخرى جعله أحد تشكيلات

مجلس القضاء. أما بالنسبة لقانون الادعاء العام العراقي على الرغم من نص الدستور على كونه تابع للسلطة القضائية إلا أن قانون الادعاء العام العراقي جعله يتمتع بالاستقلالية المالية والإدارية والشخصية المعنوية، الأمر الذي أثار العديد من المشكلات القانونية والذي يستلزم مناقشة هذه الاتجاهات القانونية والفقهية المختلفة والخروج بمبدأ موحد منها.

### ثانياً- أسباب اختيار الموضوع:

- 1- على الرغم من إقرار مبدأ الفصل بين السلطات، إلا أن هذا المبدأ لم يطبق بشكل كامل في مجال الادعاء العام الأمر الذي أثار الكثير من المشكلات العملية والقانونية.
- 2- رفع التعارض والاختلاف القانوني في تحديد تبعية الادعاء العام بالنسبة لقانون الادعاء العام العراقي وقانون وزارة العدل في إقليم كردستان العراق - وتحديد موقف موحد إزاء تبعية الادعاء العام لجهة معينة-.
- 3- إعطاء الادعاء العام الاستقلالية التامة عن كل من السلطتين التنفيذية والقضائية للسماح له بالقيام بأعماله التي تتسم بالخصوصية كونها تسعى إلى حماية الصالح العام.

### ثالثاً- فرضية البحث:

جهاز الادعاء العام جهاز مستقل لا سلطان عليه لغير القانون.

### رابعاً- تساؤلات البحث:

حاولنا من خلال هذا البحث الإجابة عن التساؤلات الآتية:

- 1- أيهما أدق في المعنى لفظ الادعاء العام أم النيابة العامة؟
- 2- التعريف الجامع المانع لجهاز الادعاء العام؟
- 3- ما هي علاقته مع السلطة التنفيذية؟ وهل يعد تابعاً لها؟ وما هي حجج القائلين بهذا الاتجاه؟
- 4- ما هو تقييم القوانين التي جعلته تابعاً للسلطة التنفيذية؟
- 5- ما هي علاقته مع السلطة القضائية؟ وهل يعد تابعاً لها؟ وما صحة الاتجاه القانوني

والفقهية الذي تبنى هذا الاتجاه؟

6- هل يتمتع جهاز الادعاء العام بالاستقلالية؟

7- ما هو موقف قانون الادعاء العام العراقي والكووردستاني من تبعيته للسلطة القضائية والتنفيذية.

#### خامساً- منهجية البحث:

اعتمدنا في هذا البحث على المنهج التحليلي للنصوص القانونية والآراء الفقهية المختلفة، فضلاً عن اتباع المنهج المقارن إذ قارنا بين قانون الادعاء العام العراقي والكووردستاني، فضلاً عن بيان موقف بعض القوانين المقارنة على سبيل الاستئناس مثل قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (44) لسنة 1986، وقانون المرافعات الأميركية الصادر في 1999/5/1.

#### سادساً- هيكلية البحث:

قسمنا هذا البحث بحسب الخطة الآتية:

المبحث الأول: التعريف بالادعاء العام.

المطلب الأول: تعريف الادعاء العام.

المطلب الثاني: خصائص الادعاء العام.

المبحث الثاني: سلطة الادعاء العام.

المطلب الأول: علاقة الادعاء العام مع السلطة التنفيذية.

المطلب الثاني: علاقة الادعاء العام مع السلطة القضائية.

## المبحث الأول التعريف بالادعاء العام

الادعاء العام هو الجهاز المكلف بمراقبة المشروعية والدفاع عن مصالح المجتمع، يتمتع بالاستقلالية عن المحاكم ويتبع السلطة العامة وغيرها من الخصائص الأخرى، ولغرض إبقاء الضوء على هذه الأمور قسمنا هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف الادعاء العام.

المطلب الثاني: خصائص الادعاء العام.

### المطلب الأول تعريف الادعاء العام

اختلفت القوانين في تسمية هذا الجهاز بين مصطلحين الادعاء العام والنيابة العامة الأمر الذي يثير التساؤل عن أكثرهما دقة، فضلاً عن اختلاف الفقه القانوني في تعريف هذا الجهاز، ولغرض تفصيل ذلك قسمنا هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول تعريف الادعاء العام لغةً

الادعاء على وزن افتعال، مصدر الفعل الخماسي افتعل.

الدعوة بالفتح، الدعوة إلى الطعام، وبالكسر النسب، والدعوة المرة الواحدة<sup>(1)</sup>. ادعى الشيء، انسبه له وزعم انه له، والادعاء مفرد وجمعه ادعاءات: أي طلب الشيء أو توجيه الطلب ضد الخصم أمام القضاء<sup>(2)</sup>.

العام :- هو الشامل، ضد الخاص، والعامة ضد الخاصة وعم الشيء يعمم عموماً، أي شمل الجماعة<sup>(3)</sup>.

(1) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983، ص 205- ص 206.

(2) إبراهيم مصطفى حامد، أحمد حسن الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، ج 1، ص 2، ط 1، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، اسطنبول، بلا سنة طبع، ص 286.

(3) محمد بن أبي بكر الرازي، المصدر السابق، ص 205-206.

وبذلك نجد أن الادعاء العام مصطلح مكون من لفظين الادعاء والعام، ويعني رفع الدعوى نيابةً عن المجتمع. وهناك من أطلق تسمية النيابة العامة على هذا الجهاز الأمر الذي يثير التساؤل عن أيهما أدق لفظاً؟ الأمر الذي سنجيب عليه بعد تأصيله لغةً. النيابة لغةً: نسبة إلى نوب: ناب الأمر نوباً ونوبته وناب عني فلان: قام مقامي. والنوبة الجماعة من الناس ويقال أصبحت لا نوبة لك أي لا قوة لك<sup>(1)</sup>.

من خلال ما تقدم نجد أن مصطلح النيابة العامة يعني الجماعة من الناس وأن يقوم شخص مقام آخر في حين أن مصطلح الادعاء العام يعني رفع الدعوى أي الادعاء بشيء معين نيابة عن المجموع، وبذلك يُعد مصطلح النيابة العامة أدق من الناحية اللغوية لأنه يدل على وجود جهة تنوب عن المجموع في الدفاع عن مصالحها وليس الاقتصار على تحريك الدعوى بل حماية مصالحه أيضاً.

وعليه ندعو المشرع العراقي في قانون الادعاء العام العراقي النافذ والمشرع في إقليم كردستان إلى اعتماد مصطلح النيابة العامة كونه أدق من الناحية اللغوية.

## الفرع الثاني

### تعريف الادعاء العام اصطلاحاً

على الرغم من تنظيم المشرع العراقي والكووردستاني لأحكام الادعاء العام بقانون مستقل إلا أنهما لم يتطرقا إلى تعريفه قانوناً، وحسناً فعلاً في ذلك لأن مهمة التعاريف هي للفقهاء وليس القانون.

وبناءً على ما تقدم اختلف الفقهاء القانوني في تعريفه للادعاء العام وعلى النحو الآتي:- هناك من عرّف أعضاء الادعاء العام بأنهم طائفة من الموظفين التابعين إلى وزارة العدل يمارسون المهام المحددة لهم في القانون<sup>(2)</sup>. ويلاحظ أن هذا التعريف محل نظر كونه اقتصر على تعريف عضو الادعاء العام ولم يتناول الجهاز ككل بالتعريف، فضلاً عن

(1) أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، ط1، دار صادر، بيروت، بلا سنة طبع، ص774-775.

(2) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، 2000، ص58.

تركيزه على تحديد تبعية الادعاء العام إلى السلطة التنفيذية وهو محل نظر أيضاً لأن هذه التبعية تكون من الناحية الإدارية فقط ولا يحق لوزير العدل التدخل في أعماله. لذلك ذهب رأي<sup>(1)</sup> آخر إلى تعريف المحامي العام المدني بأنه "هو قاض من قضاة الدرجة العليا يعينه المجلس القضائي بوظيفة المحامي العام المدني ومساعدوه هم أيضاً قضاة إلا أنهم لا يقومون بأعمال القضاة في الفصل في المنازعات بين الخصوم إنما هم محامون في الدعوى المتعلقة بالخزينة".

ولا نتفق مع هذا التعريف للأسباب الآتية:

أيضاً اقتصر بالتعريف على عضو الادعاء العام ولم يأتي بتعريف جامع شامل لجهاز الادعاء العام، فضلاً عن أنه أطلق مصطلح المحامي العام المدني على الادعاء العام ولا داعي لتخصيص اللفظ بالمدني لأن عضو الادعاء العام يمارس دورين الأول في الدعوى الجنائية والثاني في الدعوى المدنية ولا داعي كتخصيص الأمر بدوره في الدعوى المدنية فقط. كذلك خلط هذا التعريف بين مصطلح المحامي العام والقاضي إذا أطلق لفظ القضاة عليهم وهناك فرق واضح بين المركز القانوني للقاضي والمركز القانوني للادعاء العام كذلك حصر في نهاية التعريف عمله بالدعوى العمومية التي تكون دفاعاً عن مصالح الدولة فقط دون الإشارة إلى دوره بحماية الأسرة والطفولة، ونظراً لاختلاف المصطلحات بين القوانين المقارنة في تسمية الادعاء العام أو النيابة العامة كما بينا آنفاً<sup>(2)</sup>، فهناك من عرف النيابة العامة بأنها<sup>(3)</sup> "هي الممثلة للمصالح العام والأمانة على مصالح القانون يرأسها النائب العام والذي يتبعه وقوم ويقوم معه بالعمل مجموعة من المحامين العامين ومن رؤساء النيابة ووكلائها ومساعدتهم".

نلاحظ على الرغم من أن هذا الاتجاه عرفها كهيئة إلا أنه ركز على بيان الهيكل التنظيمي لها لذلك لا يمكن ان يكون تعريفاً جامعاً مانعاً.

(1) د. نشأت عبد الرحمن الاخرس، شرح قانون أصول المرافعات المدنية - دراسة مقارنة، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص126.

(2) راجع ص 3 من هذا البحث.

(3) أحمد صدقي محمود، قواعد المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط2، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص88.

في حين عرفها رأي آخر<sup>(1)</sup> بأنها " الممثل للصالح العام ومن ثم فإنها تعد من سلطات الأمن العام في الدولة، لا عن السلطة القضائية ذاتها، وإن كان التنظيم القانوني لهيئة النيابة العامة يباعد الشبه بينها وبين القضاء إلا أن وظيفة النيابة العامة وثيقة الصلة بالوظيفة القضائية وإن أعضاء النيابة العامة يعتبرون من رجال القضاء".

يتبين لنا أن هذا التعريف محل نظر لأنه يعد أعضاء النيابة العامة من رجال القضاء على الرغم من اختلاف المركز القانوني والوظيفي لكل منهما لذلك لا يمكن الأخذ بهذا التعريف. وهناك من عرفها بأنها " هيئة إجرائية تنوب عن الدولة مهمتها مباشرة الدعوى العمومية أي باسم المجتمع والمطالبة بإنزال حكم قانوني فيها"<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر الادعاء العام هيئة إجرائية وهو أمر محل نظر فهو جهاز مستقل له كيانه الخاص وله وظائفه الخاصة التي نص عليها القانون فضلاً عن أن هذا التعريف يشمل اختصاصه في مباشرة الدعوى الجزائية فقط دون ذكر دوره في مباشرة الدعوى المدنية.

في حين عرف رأي آخر<sup>(3)</sup> أعضاء النيابة العامة بأنهم " موظفون عموميون يتبعون السلطة التنفيذية ويمثلونها لدى المحاكم مهمتهم الدفاع عن المصلحة العامة والنظام العام والسهر على تطبيق القانون على أحسن وجه".

نجد أن هذا التعريف محل نظر لأنه يجعلهم تابعين للسلطة التنفيذية الأمر الذي سثبت عدم صحته في ثنايا البحث.

وبناءً على كل ما تقدم يمكننا أن نعرف الادعاء العام بأنه (هيئة خاصة، تتمتع بالاستقلال، تستمد سلطتها من الدستور مكلفة بحماية المشروعية والحق العام نيابة عن المجتمع). فهي هيئة خاصة تستمد خصوصيتها من دورها في الدفاع عن مصالح المجتمع

(1) د. علي إسماعيل دياب غازي، دور اعوان القضاء في تحقيق العدالة، دراسة تحليلية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2020، ص15.

(2) بوحجة نصيرة، سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة الجزائر، 2001، ص17.

(3) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون جهة طبع، 2010، ص168.

وحماية أموال الدولة والأسرة والطفولة وهي مستقلة عن السلطات الثلاث لها تشكيلاتها التي نظمتها الدساتير وقوانين الادعاء العام الخاصة، وهي لا تقوم بتحريك الدعوى فحسب سواء أكانت الدعوى المدنية أو الجزائية إنما مكلفة بحماية المشروعية والنيابة عن الأمة ككل في الحفاظ على مصالحها.

## المطلب الثاني

### خصائص الادعاء العام

يتمتع الادعاء العام بخصائص تميزه عن الأجهزة الأخرى في الدولة سواء من حيث الاستقلالية أو الوحدة وعدم التجزئة، أو التبعية للسلطة العامة، الأمر الذي سنوضحه من خلال الأفرع الآتية:

### الفرع الأول

#### التبعية التدريجية للسلطة العامة

ويقصد بذلك أن الادعاء العام كجهاز يخضع للسلطة العليا في الدولة وهي الدستور، ومن ثم لوزير العدل، في الدول التي تأخذ بذلك، مثل قانون الادعاء العام العراقي الملغي وقانون إقليم كردستان<sup>(1)</sup>.

ومن جهة أخرى يخضع أعضاء الادعاء العام لرئيسهم الأعلى "رئيس الادعاء العام"، سواء بالتصرف أو اتخاذ إجراء معين<sup>(2)</sup>. ويترتب على مخالفة عضو الادعاء العام لتعليمات رؤوسه يترتب عليها خضوعه لعقوبات تأديبية قد تصل إلى لفت النظر أو إنزال الدرجة أو النقل.... الخ، وهذا مجرد جزاء تأديبي لا يؤثر على صحة العمل ولا يؤدي إلى بطلانه.

ويترتب على مبدأ التبعية أيضاً، الاختلاف بين قاضي الادعاء وقاضي الحكم، فقاضي الحكم لا يخضع لغير سلطة القانون. بينما يخضع قاضي الادعاء العام إلى سلطة وزير العدل كما ذكرنا سابقاً.

(1) راجع قانون الادعاء العام العراقي ذي الرقم (159) لسنة 1979 الملغي. وراجع (م/14/ف-أولاً) من قانون وزارة العدل الكردستاني ذي الرقم (13) لسنة 2007 التي نصت (تتألف أجهزة العدل من ..... 3- الادعاء العام).

(2) أحمد صدقي محمود، مصدر سابق، ص 90.



إلا أن هذه التبعية لا تؤثر على طبيعة عمله سواء بتقديم المطالعة أو إبداء الرأي إذ له كامل الصلاحية والحرية ضماناً لتحقيق العدالة<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### وحدة النيابة العامة وعدم تجزئتها

أي أن المدعي العام هو الممثل عن المشروعية والنائب عن المجتمع لذلك لا ينظر إلى شخصه إنما إلى صفته في العمل الذي يقوم به ويترتب على ذلك إمكانية أن يحل أحدهم محل الآخر، فإذا بدأ التحقيق عضو معين، يجوز إكمالته من عضو آخر، وهكذا أو أن يقوم عضو الادعاء بالتراجع في الدعوى والعضو الآخر يطعن وهكذا<sup>(2)</sup>.  
أي أن كل عضو يُعد ممثلاً لهذه الهيئة، وأي عمل يصدر منه كأنما يصدر عن الهيئة بكاملها فأعضاءهم وحدة واحدة متضامنة يحل الواحد فيها محل الآخر ويتم إجراءاته<sup>(3)</sup>.  
إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً، إنما تحكمه قواعد الاختصاص النوعي والمكاني، فكل عضو له اختصاص مكاني معين يعمل في دائرته، إذ يبقى ملتزماً في حدود اختصاصه الإقليمي فلا يجوز أن يحل عضو محل آخر خارج الموقع الجغرافي المحدد استناداً إلى مبدأ عدم التجزئة<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثالث

### الاستغلال عن المحاكم

بالرغم من تبعية الادعاء العام، إلى السلطة القضائية في الدستور العراقي النافذ،

(1) بو حجة نصيرة، مصدر سابق، ص 29.

(2) فهد حمود الخالدي، قرارات النيابة العامة بعد الانتهاء من التحقيق الابتدائي - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2013، ص 24.

(3) ياسر عدنان إبراهيم الدايري، سلطات الادعاء العام وفقاً لأحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية - غزة، 2018، ص 58؛ مقال بعنوان النيابة العامة تعريفها وخصائصها منشور على الشبكة الدولية للمعلومات وعلى الموقع: University/ifesty/e تاريخ الزيارة: 2021/9/14.

(4) فهد حمود الخالدي، المصدر السابق، ص 24.

وقانون الادعاء العام العراقي الجديد إلا أن ذلك لا يعني التدخل في أعماله من قبل السلطة القضائية<sup>(1)</sup>. لذلك لا يجوز للقاضي أن يصدر أوامر له، أو أن يحل محله في عمله، ومن جهة ثانية لا يحق للادعاء العام الاشتراك مع القضاء في المداولة وإصدار الأحكام<sup>(2)</sup>.

وهذا ما أكدته م(1) من قانون الادعاء العام العراقي الجديد إذ منحت لهذا الجهاز الاستقلال المالي والإداري، ليتمكن من قول كلمته بكل حرية، ومن دون تدخل من جهة معينة<sup>(3)</sup>. إلا أنه على الرغم من هذا المبدأ وعلى الرغم من هذا الاستقلال غير متحقق بصورة كاملة سواء في قانون الادعاء العام العراقي الجديد الذي أشار وبوضوح إلى إناطة مجلس القضاء الأعلى بإصدار قرار تعيين عضو الادعاء العام، فضلاً عن عده من مكونات السلطة القضائية<sup>(4)</sup>.

أو في قانون وزارة العدل لإقليم كردستان فعلى الرغم من تحديد تبعته للسلطة التنفيذية إلا أنه من جهة أخرى فقد أشار قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان إلى تشكيل مجلس القضاء بعضوية رئيس الادعاء العام<sup>(5)</sup>.

وأساس هذا الاستقلال ينبغ من مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقوم على مبدأ تحديد اختصاصات كل سلطة في الدولة بموجب الدستور، الأمر الذي يترتب التزاماً سلبياً على السلطات الثلاث، بعدم التدخل في شؤون بعضها البعض.

إلا أنه في الواقع لا يمكن تحقيق مبدأ الفصل بين السلطات بصورة كاملة محاول

(1) م(89) الدستور العراقي لسنة 2005؛ المادة (1) من قانون الادعاء العام العراقي ذي الرقم (49) لسنة 2017.

(2) د. أحمد صدقي محمود، مصدر سابق، ص 98.

(3) م (1) من قانون الادعاء العام العراقي ذي الرقم (46) لسنة 2017 والتي نصت ((أولاً- يؤسس جهاز يسمى جهاز الادعاء العام وبعد من مكونات السلطة القضائية الاتحادية يتمتع بالاستقلال المالي والإداري ويكون مقره في بغداد...)).

(4) م (4/4 و 4 ف5) من القانون أعلاه.

(5) م (33/ف أولاً) من قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان- العراق ذي الرقم (23) لسنة 2007.

البعض أن يقلل من أثر ذلك مخففاً لمبدأ التعاون بين هذه السلطات<sup>(1)</sup>. وهذه مسألة دقيقة لأن التعاون يعني التكامل في حيث أن ينطوي معنى التداخل على جزء من الهيمنة، أو ممارسة بعض الصلاحيات من قبل سلطة أخرى. وإذا ما أردنا تطبيق ذلك على القانون العراقي والكرديستاني، نجد أن ذلك لا يشكل تعاوناً بين السلطتين التنفيذية والادعاء العام والقضائية والادعاء العام، إنما خلط في الاختصاصات لاسيما وأن أساس عمل الادعاء العام يمثل أو يقدم معونة للقضاء سواء من حيث التحقيقات التي يجريها أو المطالعات التي يقدمها. لذلك التعاون مفترض وموجود أصلاً دون الحاجة إلى إيراد نصوص متعارضة سواء في قانون الادعاء العام العراقي أو قانون وزارة العدل في إقليم كردستان.

لذلك ندعو المشرعين العراقي والكرديستاني إلى تبني موقف واحد في تحديد تبعية جهاز الادعاء العام ورفع كل ما يتعارض مع هذه الفكرة في القوانين الأخرى، فإذا ما سلمنا تبعيته للسلطة التنفيذية في إقليم كردستان يجب إلغاء ما يشير إلى كونه من مكونات السلطة القضائية في قانون السلطة القضائية الكرديستاني... وإذا ما سلمنا باستغلاله في قانون الادعاء العام العراقي الجديد يجب رفع كل ما يتعارض مع هذه الفكرة سواء في الدستور أو في قانون الادعاء العام ذاته وبحسب ما تم ذكره سابقاً.

(1) د. طلعت يوسف خاطر، استقلال القضاء، دار الفكر القانوني - المنصورة، 2014، ص56؛ د. هدى سالم محمد، تنظيم الادعاء العام في القانون رقم (49) لسنة 2017، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية الصادرة عن كلية القانون جامعة بابل، ص12، ع1، 2020، ص286.

## المبحث الثاني سلطة الادعاء العام

لا بد أن تستند كل هيئة في الدولة، إلى سلطة تخولها ممارسة أعمالها، ولا يمكن تحديد السلطة التي ينتمي إليها الادعاء العام، إلا بعد تحديد علاقته مع السلطة التنفيذية أو القضائية، والتي يثار الخلاف بصددتها، الأمر الذي سنلقي الضوء عليه من خلال المطلبين الآتيين:-  
المطلب الأول: علاقة الادعاء العام مع السلطة التنفيذية.  
المطلب الثاني: علاقة الادعاء العام مع السلطة القضائية.

### المطلب الأول

#### علاقة الادعاء العام مع السلطة التنفيذية

أشارت بعض القوانين بصورة صريحة إلى تحديد تبعية الادعاء العام بالسلطة التنفيذية وعده جهاز من أجهزة العدل، الأمر الذي أثار خلافاً فقهيّاً بين مؤيد ومعارض لهذه الفكرة الأمر الذي سنفضله من خلال الافرع الآتية:

### الفرع الأول

#### الأساس القانوني لتبعية الادعاء العام إلى السلطة التنفيذية

يُعد النص القانوني هو الأساس الذي يحدد تبعية جهة معينة إلى واحد من السلطات الثلاث الموجودة في الدولة، وركزت بعض القوانين على مسألة كون الادعاء العام جهاز من أجهزة العدل يخضع إلى سلطة وزير العدل. إذ أشار قانون الادعاء العام العراقي الملغى إلى ذلك في م (60) منه والتي نصت على أنه ((لوزير العدل حق الإشراف على جهاز الادعاء العام ومراقبة حسن قيام أعضائه باختصاصاتهم)).  
أما قانون كردستان العراق، فقد أشار صراحةً إلى عدّ جهاز الادعاء العام أحد مكونات أجهزة العدل<sup>(1)</sup>.

إذ نصت م(4/3) ((أولاً- تتألف أجهزة العدل من :- ..... 3- الادعاء العام...)).

(1) م (4/1) من قانون وزارة العدل لإقليم كردستان - العراق ذي الرقم (13) لسنة 2007.

وقد جاء في الأسباب الموجبة لهذا القانون ((بغية ترسيخ مبدأ الفصل بين السلطات ... وانطلاقاً من ضرورة تطوير الأجهزة العدلية نظراً لما تتحمله من مسؤوليته في تحقيق العدالة فقد اقتضت الضرورة إعادة هيكلة وزارة العدل على أسس حديثة لتكون قادرة على القيام بمهامها القانونية والعدلية وفصل المهام القضائية عنها باعتبارها هي جزء من السلطة التنفيذية مع إيجاد نوع من التنسيق والترابط بين الوزارة والسلطة القضائية بغية تأمين مبدأ سيادة القانون...)).

من خلال ما تقدم أعلاه نلاحظ أن هذه المذكرة الإيضاحية قد نصت على مبادئ مهمة نوضحها كالآتي:-

أولاً- التأكيد على مبدأ الفصل بين السلطات والتأكيد على استقلال القضاء وهي خطوة صحيحة تضمن تحقيق فكرة العدالة في المجتمع وتمكين كل سلطة من ممارسة مهامها بحرية واستقلالية... إلا أنه في نهاية المذكرة الإيضاحية تم نقض هذه الاستقلالية والفصل التام بين السلطات من خلال إيجاد نوع من الترابط والتنسيق بين الوزارة والسلطة القضائية... ونجد أن مسألة التنسيق هي رؤية صحيحة لا بد منها وهي حقيقة واقعة إذ لا يمكن الفصل بين السلطات بصورة كاملة... وإذا طبقنا ذلك على الادعاء العام نجد أنه فعلاً خير عون للقضاء بشرط الحفاظ على استقلالية كل منهما وعدم تدخل كل منهما في أعمال الآخر. إلا أن عبارة (الترابط) التي نصت عليها المذكرة توحى بغير ذلك بالتنسيق والتعاون شيء والترابط شيء آخر إذ يجعل الجزء من عناصر الكل أي الادعاء العام هو من عناصر السلطة القضائية ومكوناتها... الأمر الذي يُعد محل نظر.. لذلك نوصي المشرع في إقليم كردستان تعديل ما جاء في المذكرة الإيضاحية لتكون كالآتي "... إيجاد نوع من التنسيق بين الوزارة والسلطة القضائية...".

وقد أكد المشرع في إقليم كردستان - العراق هذه الفكرة في قانون السلطة القضائية والذي نص في م(1/33) منه <sup>(1)</sup> "مجلس القضاء هو أعلى سلطة قضائية في الإقليم ويشكل برئاسة رئيس محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق وعضويته ... رئيس الادعاء العام...". كما نصت م (34) من نفس القانون على أنه "يتولى المجلس الاختصاصات الآتية:-

(1) قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان العراق النافذ.

أولاً- إعداد الخطط لجهاز القضاء ومناقشتها وإبداء ملاحظاته عليها. ثانياً- النظر في تعيين وترقيته ونقل وإعادة القضاة والتحقق من سلوكهم وكفاءتهم والإشراف على استغلال القضاء...".

من خلال النصوص أعلاه نلاحظ أن رئيس الادعاء العام هو أحد مكونات مجلس القضاء وله الحق في الإشراف على القضاة وتعيينهم وترفيعهم الأمر الذي يتعارض مع فكرة تبعيته للسلطة التنفيذية السابق الإشارة إليها في قانون وزارة العدل ولعل السبب في ذلك هو فكرة المشرع التي وضحتها في المذكرة الإيضاحية لقانون وزارة العدل والتي تهدف لإقامة نوع من الترابط والتعاون بين الأجهزة العدلية والأجهزة القضائية.

عليه نجد وبناءً على مقترحنا السابق برفع كلمة الترابط أن يتم تعديل م(1/33) من قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان - العراق ورفع عضو الادعاء العام من تشكيلات مجلس القضاء لتكون بالشكل الآتي (أولاً-1- مجلس القضاء هو أعلى سلطة قضائية في الإقليم ويشكل برئاسة محكمة تمييز إقليم - العراق وعضوية نواب الرئيس ورئيس هيئة الإشراف القضائي ورؤساء محاكم الاستئناف في الإقليم أو من ينوب عنهم).

ثانياً- ومن المبادئ الأخرى التي يمكن استنتاجها من المذكرة الإيضاحية لقانون وزارة العدل الكردستاني بناءً وزارة العدل وإعادة تشكيلها وفق أسس حديثة إذ حاول المشرع أن يواكب النظم القانونية الحديثة وبناءً أجهزته العدلية وفقاً لها.

ثالثاً- التأكيد على كون أجهزة العدل والتي تعد الادعاء العام واحداً من مكوناتها خاضعاً للسلطة التنفيذية ويعد ذلك إشارة صريحة من المشرع في إقليم كردستان - العراق بتحديد تبعية الادعاء العام إلى السلطة التنفيذية.

وقد أكد قانون الادعاء العام في إقليم كردستان<sup>(1)</sup> هذه الفكرة من خلال نص م(5) والتي نصت "يوقف العمل بالمادة (42) من القانون ويحل محلها ما يأتي:

أولاً- يحدد وزير العدل محل عمل عضو الادعاء العام، بعد صدور مرسوم من رئاسة الإقليم بتعيينه...".

يلاحظ من النص أعلاه ارتباط عضو الادعاء العام بوزير العدل في تحديد محل عمله.

(1) قانون ملحق قانون الادعاء العام رقم (159) لسنة 1979 في إقليم كردستان- العراق.

وأن مسألة تعيينه تكون بقرار من رئاسة الإقليم وقد اختلف بذلك عن قانون الادعاء العام العراقي الجديد الذي جعل تعيين الادعاء العام بقرار من مجلس القضاء الأعلى<sup>(1)</sup>. وهذا الأمر يثير إشكالية أخرى في كلى القانونيين فمن جهة اعترف قانون الادعاء العام العراقي الجديد بالاستقلالية لهذا الجهاز فأين هذه الاستقلالية وارتباط تعيينه بقرار من مجلس القضاء لذلك نوصي المشرع العراقي بتعديل م(89) من الدستور وذلك بحذف عبارة جهاز الادعاء العام من مكونات السلطة القضائية.

أما قانون إقليم كردستان العراق فعلى الرغم من تحديد تبعيته لوزير العدل وعده من مكونات السلطة القضائية. إلا أن مسألة تعيينه تكون بيد رئيس الدولة وحسناً فعل في ذلك، وندعو المشرع العراقي إلى جعل تعيين الادعاء العام بيد جهة واحدة هي رئيس الدولة وتعديل م(4) ف (1-4-5-6) من قانون الادعاء العام وذلك بإلغاء عبارة تعيين الادعاء العام بقرار أو ترشيح من رئيس الدولة، وندعو إلى إضافة النص الآتي إلى قانون الادعاء العام العراقي الجديد (يعين رئيس وأعضاء الادعاء العام بقرار من رئيس الدولة). أما فيما يتعلق بموقف القانون العراقي من تبعية الادعاء العام للسلطة التنفيذية نجد أن المشرع العراقي انتبه لهذه المسألة ونص على إلغاء هذا القانون وأشار بدلاً من ذلك إلى استقلاله في القانون الجديد الأمر الذي سنوضحه بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

## الفرع الثاني

### موقف الفقه القانوني من تبعية الادعاء العام إلى السلطة التنفيذية

ذهب البعض من الفقه<sup>(2)</sup>، إلى تحديد تبعية الادعاء العام إلى السلطة التنفيذية وعدتها جزءاً منها، يخضع لرقابة وتوجيه وزير العمل.

(1) م (4) ف (4، 5، 6) من قانون الادعاء العام العراقي ذي الرقم (41) لسنة 2017، والتي جعلت تعيين المدعي العام في المحاكم التابعة لمجلس القضاء الأعلى والمناطق الاستثنائية ومحكمة الجنايات والأحداث بقرار من مجلس القضاء الأعلى في حين يكون تعيين رئيس الادعاء العام بترشيح من مجلس القضاء الأعلى وموافقة مجلس النواب بحسب الفقرة أولاً من المادة أعلاه. في حين يكون تعيين نائب رئيس الادعاء العام بمرسوم جمهوري.

(2) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص58؛ أحمد صدقي محمود، مصدر سابق، ص90؛ نشأت عبدالرحمن الأخرس، مصدر سابق، ص126؛ د. أحمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص168.

واستندوا في ذلك موقف القوانين التي نصت صراحةً على تبعيته للسلطة التنفيذية سواء في دساتيرها أو في قوانينها الخاصة بالادعاء العام، ونجد أن هذا الاتجاه محل نظر للأسباب الآتية:-

أولاً- عند الرجوع إلى قانون إقليم كردستان - العراق وغيره من القوانين الأخرى التي اتفقت معه بالاتجاه<sup>(1)</sup> نجد أن العلاقة بين الادعاء العام ووزير العدل هي علاقة إدارية تقتصر على الرقابة والإشراف الإداري دون التدخل في أعمالهم، ولعل المقصود من ذلك هو من قبيل التقسيمات الإدارية ما بين السلطات الثلاث إذ تبقى علاقة وزارة العدل مع الادعاء العام والسلطة القضائية علاقة تكاملية وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، تقوم على التعاون دون التدخل في أعمالهم<sup>(2)</sup>.

وبذلك نجد أن النص المذكور في قانون وزارة العدل لإقليم كردستان الغاية منه تحقيق هذا التعاون والإشراف الإداري فقط ونظراً للإشكاليات التي يثيرها هذا النص في تحديد تبعية الادعاء العام إلى السلطة التنفيذية فإننا نقترح على المشرع في إقليم كردستان- العراق إلغاء م(4/1) من قانون وزارة العدل، ليحل محله ما يأتي (يخضع الادعاء العام إلى رقابة وإشراف رئيس الادعاء العام).

إن هذا النص المقترح من جهة سيعزز من دور رئيس الادعاء العام بوصفه الممثل والمسؤول الأكبر عن هذا الجهاز، ومن جهة أخرى سيزيل الإشكال الذي سببه النص السابق والجدل الذي اثاره في تحديد تبعيته للادعاء العام، فضلاً عن أنه سيعزز فكرة بناء جهاز للادعاء العام يتمتع بالاستقلال الكامل.

ثانياً- أن الأعمال التي يمارسها الادعاء العام ذات طبيعة تختلف عن العمل الإداري، فلو حاولنا تطبيق المعيار المميز للعمل الإداري على عمله لفشلنا في ذلك.

إذ توجد عدة معايير تميز العمل الإداري عن غيره من الأعمال، فالمعيار الشكلي يجعل العمل إدارياً إذا صدر من جهة تابعة للإدارة بصرف النظر عن مضمونه وطبيعته.

(1) على سبيل المثال راجع م(105) من قانون المرافعات الأميركي الصادر في 1999/5/1.

(2) فتحي أيمن فتحي عبد العال، علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة القضائية وأثرها على استقلال القضاء في التشريع الفلسطيني مقارنةً بالشرعية الإسلامية- دراسة تحليلية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية- غزة، 2017، ص90.



وتم توجيه العديد من الانتقادات لهذا المعيار إذ أن الجهات الإدارية كثيراً ما تقوم بالفصل في المنازعات ويكون بذلك للإدارة، اختصاص قضائي لذلك لا يكفي هذا المعيار لتمييز الأعمال الإدارية<sup>(1)</sup>.

أما المعيار الثاني، هو المعيار الموضوعي أو المادي الذي يعتمد بالأساس على طبيعة وموضوع العمل ذاته، بغض النظر عن الجهة أو السلطة التي أصدرته، فيكون العمل إدارياً إذا صدر من سلطة تتمتع باختصاص تقديري، ويصدر تلقائياً دون الحاجة إلى تقديم طلب وأن تكون الغاية منه إشباع حاجة عامة.

لكن هذا المعيار تعرض للانتقادات لأن الكثير من القرارات لا تصدر إلا بناءً على طلب من الأفراد، والإدارة عندما تفصل في المنازعات تفصل بوصفها جهة ذات اختصاص قضائي لذلك يقترب نشاطها من نشاط القضاء، ويهدف إلى حماية النظام القانوني للدولة.

ونظراً لهذه الانتقادات، ظهر معيار ثالث هو المعيار المختلط الذي يقوم على أساس المزج بين المعيارين الشكلي والموضوعي، إذ ينظر إلى طبيعة العمل من ناحية، وشكله الذي يظهر به من ناحية أخرى، فضلاً عن الإجراءات المتبعة لصدوره<sup>(2)</sup>.

وبناءً على ما تقدم، لا يمكن أن تُعد الأعمال الصادرة من الادعاء العام أعمالاً إدارية فالأعمال الصادرة منه لا تُعد أعمالاً إدارية فهو ليست جهة من جهات الإدارة فعمله ذات طبيعة خاصة نابعة من خصوصيته كجهاز مستقل مهمته الدفاع عن المشروعية والحفاظ على مصالح وأمن المجتمع، لذلك ندعو المشرع في إقليم كردستان - العراق إلى تعديل قانون وزارة العدل وقانون الادعاء العام بما ينسجم مع هذه الفكرة، والتي سنوضحها بالتفصيل في المطلب الثاني.

(1) مريم زايد المزروعى، القضاء الإداري على ضوء قضاء المحكمة الاتحادية العليا، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2019، ص13؛ د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط5، مطبعة جامعة عين شمس - القاهرة، 1984، ص162-164 وص168.

(2) نواف طلال فهد العازمي، ركن الاختصاص في القرار الإداري وأثاره القانونية على العمل الإداري - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012، ص23-44.

## المطلب الثاني

### علاقة الادعاء العام مع السلطة القضائية

أشارت بعض القوانين إلى أن الادعاء العام، هو أحد مكونات السلطة القضائية في الدولة، الأمر الذي أشار خلافاً فقهيّاً بين مؤيد ومعارض لهذه الفكرة، وهذا ما سنوضحه من خلال الأفرع الآتية:-

### الفرع الأول

#### الأساس القانوني لتبعية الادعاء العام إلى السلطة القضائية

يُعد الدستور والنص القانوني الأساس الذي يبرر تبعية الادعاء العام للسلطة القضائية، فضلاً عن طبيعة العمل الذي يقوم به والذي يجعله قريباً من القضاء لذلك أطلق الكثير من الفقه على أعضاء الادعاء العام تسمية اعوان القضاء.

إذ نص الدستور العراقي صراحةً على هذه التبعية، وجعل الادعاء العام من مكونات السلطة القضائية إذ نصت م(89) منه<sup>(1)</sup> على أنه "تتكون السلطة القضائية الاتحادية من مجلس القضاء الأعلى والمحكمة الاتحادية العليا ومحكمة التمييز الاتحادية وجهاز الادعاء العام...". الأمر الذي اكده قانون الادعاء العام العراقي في م(1) منه<sup>(2)</sup>، إذ نصت " أولاً- يؤسس جهاز يسمى جهاز الادعاء العام، ويعد من مكونات السلطة القضائية الاتحادية يتمتع بالاستقلال المالي والإداري ويكون مقره في بغداد. ثانياً- يتمتع جهاز الادعاء العام بالشخصية المعنوية ويمثله رئيس الادعاء العام أو من يخوله".

نلاحظ من خلال ما تقدم الأمور الآتية:

1- تغيير اتجاه المشرع العراقي عن ما كان عليه سابقاً في قانون الادعاء العام الملغى والذي عده تابعاً لوزير العدل.

(1) راجع الدستور العراقي النافذ.

(2) راجع م(89) من قانون الادعاء العام العراقي ذي الرقم (29) لسنة 2017.

في حين يُعد حسب القانون الجديد من مكونات السلطة القضائية وهو أمر محمود، إلا أنه نلاحظ أن قانون الادعاء العام العراقي الجديد جاء حاوياً على العديد من التناقضات، فعلى الرغم من الإشارة الصريحة من الدستور والقانون ذاته لتبعيته للسلطة القضائية فضلاً عن ما نصت عليه م(90) من الدستور العراقي والتي أناطت بمجلس القضاء الأعلى إدارة شؤون الهيئات القضائية والتي حددت م(91/ف2) صلاحيات هذا المجلس إذ نصت "2- ترشيح رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية ورئيس الادعاء العام". إلا أن هذه النصوص تصطدم مع م(1) من قانون الادعاء العام العراقي الجديد والتي منحت الاستقلال المالي والإداري والشخصية المعنوية وذكرت يمثله الادعاء العام أو من يخوله. فأين هذا الاستقلال ونصوص الدستور وقانون الادعاء العام ذاته واضحة في تحديد تبعيته للسلطة القضائية. الأمر الذي يثير لدينا التساؤل الآتي:- هل يقصد من هذا النص جعل الادعاء العام جهازاً مستقلاً قائماً بذاته؟ وهذا ما يفسر إعطائه الاستقلالية والشخصية المعنوية وتمثيله من قبل الادعاء العام، الأمر الذي يحتاج إلى إعادة نظر وتوحيد في موقف القانون العراقي على اتجاه واحد فأما السير مع الدستور بوصفه تابع للسلطة القضائية أو السير مع هذه النصوص المستحدثة من قانون الادعاء العام الجديد، الأمر الذي تؤيده بشدة وللأسباب التي سيتم ذكرها بعد قليل.

أما المشرع في قانون إقليم كردستان - العراق فسبقت الإشارة إلى نصوصه كانت واضحة في تحديد تبعية الادعاء العام لوزير العدل، إلا أنه على الرغم من ذلك لم يخلو موقفه من التناقض، إذ أشارت م(33/ف1) من قانون السلطة القضائية<sup>(1)</sup>. إلا أنه "أولاً- مجلس القضاء هو أعلى سلطة قضائية في الإقليم ويشكل برئاسة رئيس محكمة تمييز إقليم كردستان-العراق وعضوية نواب الرئيس ورئيس هيئة الأشراف القضائي ورئيس الادعاء العام...". فهذا النص يدل بوضوح على أنه من مكونات السلطة القضائية على الرغم من تحديد تبعيته للسلطة التنفيذية كما ذكرنا سابقاً.

لذلك سبق أن اقترحنا تعديل هذا النص برفع رئيس الادعاء العام. وقد أكدت المذكرة الإيضاحية لقانون السلطة القضائية في إقليم كردستان- العراق على الفصل بين

(1) راجع م(33) من قانون السلطة القضائية في إقليم كردستان العراق النافذ.

السلطتين، إذ جاء فيها (لغرض إعطاء السلطة القضائية استقلالها وفصلها عن وزارة العدل باعتبار الأخيرة جزء من السلطة التنفيذية وتحقيق مبدأ الفصل بين السلطات شرع القانون". وقد أكدت م(2/ثانياً) من قانون وزارة العدل الكردستاني في فقرتها (7) إلى أن الوزارة تهدف إلى إعداد وتأهيل القضاة وأعضاء الادعاء العام. وأكدت م(4) من نفس القانون في ف(3) إلى أن جهاز الادعاء العام هو أحد أجهزة العدل، فضلاً عن أن رئيس الادعاء العام هو أحد مكونات مجلس وزارة العدل<sup>(1)</sup>.

عليه ندعو المشرع الكردستاني إلى الاستقرار على موقف موحد وتوحيد النصوص القانونية.

## الفرع الثاني

### موقف الفقه من تبعية الادعاء العام إلى السلطة القضائية

اختلف الفقه في تحديد تبعية الادعاء العام إلى السلطة القضائية إذ ذهب رأي، إلى اعتباره هيئة من الهيئات القضائية وشعبة من شعب السلطة القضائية، إذ تعد نائبة عن المجتمع وممثلة له وتسعى لتطبيق القانون<sup>(2)</sup>.

واستندوا في ذلك إلى قيام الادعاء العام بالفصل في منازعات الحيابة في القانون المصري إذ نصت م(44) منه<sup>(3)</sup> على أنه "يجب على النيابة العامة حتى ما عرضت عليها منازعة من منازعات الحيابة مدنية كانت أو جنائية أن تصدر فيها قراراً وقتياً مسبباً واجب التنفيذ فوراً...".

لذلك استناداً لهذا النص فهي تمارس عملاً قضائياً. لكن هذا الرأي تعرض للنقد فهي لا تعد جهة قضائية كونها تسعى إلى الحفاظ على الأمن لذلك فهي سلطة أمن قضائي وليس سلطة قضاء فضلاً عن تبعية أعضاء الادعاء العام لوزير العدل ولرئيس الادعاء العام، ولا تلزم مطالعته وأراءه القضاء فلا يحق له التدخل في القرار النهائي الذي يصدره

(1) م(5/5) من قانون وزارة العدل كردستان- العراق النافذ.

(2) د. علي إسماعيل دياب غازي، مصدر سابق، ص13.

(3) المادة (44) مكرر من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ذي الرقم (13) لسنة 1986.

القاضي تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات<sup>(1)</sup>.

وذهب رأي<sup>(2)</sup> إلى أنها هيئة قضائية ذات طبيعة مزدوجة تنفيذية وقضائية، على أساس مباشرتها لعمل قضائي وتنفيذي معاً لأن أحياناً يقوم وزير العدل باقتراح تعيين أعضاء الادعاء بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للقضاء، إلا أن التبعية لوزير العدل هنا تبعية إدارية فقط وأن صفتهم الحقيقية هي قضائية.

ونجد أن هذا الرأي محل نظر إذ لا يمكن لجهة واحدة أن تخضع لسلمتين معاً استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات لذلك لا يصلح هذا الرأي لتبرير تبعية الادعاء العام. وبناءً على كل ما تقدم نجد أن الرأي الذي عدّه تابعاً للسلطة القضائية محل نظر للأسباب الآتية:-

1- يختلف العمل الذي يمارسه الادعاء العام عن العمل الذي يمارسه القاضي، فعلى سبيل المثال، الطعن لمصلحة القانون الذي يقوم به رئيس الادعاء في حالة حصول خرق في القانون في أي حكم أو قرار صادر من أية محكمة، عدا المحاكم الجزائية، من شأنه الإضرار بمصلحة الدولة أو أموالها أو مخالفة النظام العام، يقوم رئيس الادعاء العام بالطعن لمصلحة القانون على الرغم من فوات المدة القانونية للطعن، إذا لم يطعن به أي أحد من ذوي العلاقة، والخرق هو المخالفة للقانون التي ينتج عنها ضرر جسيم يمس المصلحة العامة<sup>(3)</sup>. الأمر الذي يتنافى مع طبيعة العمل القضائي، إذ لم يسبق للقضاء ممارسة هذا النوع من الطعون.

(1) د. تيماء محمود فوزي الصراف، دور الادعاء العام في الدعوى المدنية- دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2010، ص111-112.

(2) بو حجة نصيرة، مصدر سابق، ص23؛ بكري يوسف بكري، دور النيابة العامة في الدعوى الجنائية في قانوني الإجراءات الجنائية المصري والفرنسي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، ع30، مجلد2، 2015، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://drive.google.com> تاريخ الزيارة: 2021/9/2.

(3) ماجد طاهر خليل، الطعن لمصلحة القانون في التشريع والقضاء، بحث مقدم إلى مجلس القضاء في إقليم كردستان- العراق كجزء من متطلبات الترقية إلى الصنف الثالث من صنف الادعاء العام، بلا سنة طبع، ص11-12.

2- لو طبقنا المعيار المميز للعمل القضائي على الأعمال الصادرة من الادعاء العام، لا نجدتها تنطبق عليه، فالمعيار الشكلي الذي يعد العمل قضائياً إذا صدر من هيئة تتبع السلطة القضائية لا يمكن أن يطبق لعدم استقرار تبعية الادعاء العام للسلطة القضائية في قانون الادعاء العام العراقي الذي منحه الاستقلالية، وفي قانون إقليم كردستان الذي عدّه تابعاً للسلطة التنفيذية، فضلاً عن ذلك هناك الكثير من الأعمال التي تصدر عن القضاء ولا تتبع السلطة القضائية مثل الأعمال الولائية.

أما المعيار الموضوعي الذي يُعد الأعمال قضائية إذا كانت تتمتع بحجة الأمر المقضي فيه<sup>(1)</sup>، لا يمكن أن تطبق أيضاً على أعمال الادعاء العام لأن الأعمال الصادرة منه لا تتمتع بهذه الحجة.

3- اختلاف الوظيفة القضائية عن وظيفة الادعاء العام، إذ يمارس القضاء دوراً مهماً في الفصل في المنازعات في حين يسعى الادعاء العام إلى حماية المشروعية، والحفاظ على مصلحة المجتمع، فدوره في تقديم المشورة للقضاء لا يجعل منه قاضي، لذلك ذهب رأي إلى اعتباره طرفاً منظماً، الأمر الذي يُعد محل نظر، لأن الكثير من القوانين ساوت عضو الادعاء العام مع القضاء من حيث الرد، في حين لا يخضع الخصم لنظام الرد<sup>(2)</sup>.

4- بالنسبة للدستور العراقي، ولو أنه كان واضحاً في م(89) منه سابقة الذكر، في كونه جزء من السلطة القضائية وأحد مكوناتها، إلا أن المادة الأولى من قانون الادعاء العام العراقي النافذ أعطته استقلالاً مالياً وإدارياً ومنحته الشخصية المعنوية وجعلت رئيس الادعاء العام ممثلاً له، كل ذلك يتعارض مع كونه تابع للسلطة القضائية.

أما قانون إقليم كردستان- العراق، فكما سبق وأن بينا صراحةً النص في قانون وزارة العدل الكردستاني بتبعيته للسلطة التنفيذية، إلا أن قانون السلطة القضائية الكردستاني قد عدّه من مكونات القضاء مما شكل تعارضاً واضحاً، الأمر الذي يستدعي تبني موقف موحد وتعديل النصوص القانونية، ولعل السبب في جعله من مكونات القضاء لارتباط

(1) تيماء محمود فوزي الصراف، القضاء الولائي- دراسة مقارنة، ط1، المكتب الجامعي الحديث- الإسكندرية، 2015، ص49-52.

(2) د. أحمد محمد حشيش، الهيئة القضائية وأعوانها وأعوان أعوانها، دار الكتب القانونية- مصر، 2008، ص221.

عمله بعمل القضاء وضمنان تمتعه بنفس ضمانات القضاء لخطورة العمل الذي يقوم به. نلاحظ من خلال كل ما تقدم، أن جهاز الادعاء العام، هو جهاز مستقل، له خصوصيته وقواعده الخاصة، التي تخوله القيام بمهامه في الدفاع عن المشروعية، لا يخضع إلى السلطة التنفيذية أو السلطة القضائية، إنما يخضع بشكل مباشر إلى الدستور بوصفه السلطة العليا في الدولة، ومن أجل ترسيخ هذه الفكرة ورفع التعارض بين القوانين السابق الإشارة إليها فإننا نقترح ما يأتي:-

1- ندعو المشرع العراقي إلى إضافة النص الآتي إلى الدستور (جهاز الادعاء العام جهاز مستقل لا سلطان عليه لأحد سوى القانون). كما ندعو المشرع العراقي إلى تعديل م(89) من الدستور وذلك بحذف عبارة جهاز الادعاء العام من مكونات السلطة القضائية. 2- نقترح على المشرع العراقي تعديل م(1) من قانون الادعاء العام بحذف عبارة السلطة القضائية لتصبح بالشكل الآتي (أولاً- يؤسس جهاز يسمى جهاز الادعاء العام يتمتع بالاستقلال...).

3- تعديل م(4) من قانون الادعاء العام العراقي- الفقرة (1-أولاً- رابعاً- خامساً- سادساً) وذلك بإلغاء عبارة تعيين الادعاء العام بقرار أو ترشيح من مجلس القضاء الأعلى. 4- إضافة النص الآتي إلى قانون الادعاء العام الكردستاني (أولاً- جهاز الادعاء العام جهاز مستقل لا سلطان لأحد عليه غير القانون. ثانياً- يخضع الادعاء العام لسلطة الدستور بوصفه أعلى سلطة في الدولة).

5- تعديل المادة (4) من قانون وزارة العدل في إقليم كردستان- العراق بحذف ف3 منها (الادعاء العام) من تشكيلات وزارة العدل.

6- تعديل م(5) من قانون وزارة العدل في إقليم كردستان- العراق بإلغاء ف(5) منها (رئيس الادعاء العام/عضواً) أي إلغاء الادعاء العام من تشكيلات مجلس وزارة العدل.

7- تعديل م(33) من قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان- العراق بحذف رئيس الادعاء العام من تشكيلات مجلس القضاء لتصبح بالشكل الآتي(1- مجلس القضاء هو أعلى سلطة قضائية في الإقليم ويشكل برئاسة رئيس محكمة عند إقليم كردستان- العراق وعضوية نواب الرئيس ورئيس هيئة الإشراف القضائي ورؤساء محاكم الاستئناف في الإقليم أو من ينوب عنهم).

## الخاتمة

بعد الانتهاء من هذا البحث توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نبينها كما يأتي:  
أولاً- النتائج:

- 1- يُعد مصطلح النيابة العامة أوسع وأشمل من مصطلح الادعاء العام الذي تبناه المشرع العراقي والكرديستاني كونه يدل على وجود هيئة تنوب عن المجتمع في الدفاع عن مصالحها وليس فقط في تحريك الدعوى العمومية.
- 2- الادعاء العام هو (هيئة خاصة، تتمتع بالاستقلال، تستمد سلطتها من الدستور مكلفة بحماية المشروعية والحق العام نيابة عن المجتمع).
- 3- لاحظنا وجود تعارض في الموقف القانوني العراقي الذي يجعل الادعاء العام جهازاً يتمتع بالاستقلال المالي والإداري إلا أنه مع ذلك يعد أحد مكونات السلطة القضائية، ويعين بقرار من مجلس القضاء الأعلى، كذلك لاحظنا تعارض في موقف قانون إقليم كردستان، الذي حدد تبعية الادعاء العام لوزير العدل إلا أنه يجعله أحد مكونات السلطة القضائية.
- 4- اختلف قانون إقليم كردستان - العراق عن القانون العراقي في مسألة تعيين الادعاء العام والتي تكون بيد رئيس الدولة في إقليم كردستان في حين فرق قانون الادعاء العام العراقي بين تعيين رئيس الادعاء العام، والذي يكون بترشيح من مجلس القضاء الأعلى وموافقة مجلس النواب وبين تعيين نائب رئيس الادعاء العام، الذي يكون بمرسوم جمهوري، أما المدعي العام في المحاكم التابعة لمجلس القضاء الأعلى والمناطق الاستثنائية ومحكمة جنايات الأحداث فيكون تعيينه بقرار من مجلس القضاء الأعلى.
- 5- إن تحديد تبعية الادعاء العام إلى السلطة التنفيذية، المقصود هنا الإشراف وليس التبعية للسلطة ذاتها.
- 6- اختلف الموقف القانوني والفقهني بين تحديد تبعية الادعاء العام للسلطة التنفيذية أو القضائية، وهناك من عده سلطة أمن قضائي.
- 7- لا يمكن تطبيق المعيار المميز للعمل القضائي والإداري على الأعمال التي يقوم بها الادعاء العام كون قراراته لا تتمتع بحجية الأمر المفضي فيه ولا يعد هيئة قضائية



تفصل في النزاع، فضلاً عن أنه لا يعد جهة تابعة للإدارة تصدر قرارات إدارية، لذلك هو جهاز مستقل يخضع مباشرة للدستور.

### ثانياً- التوصيات:

- 1- ندعو المشرع العراقي والكرديستاني إلى تبني مصطلح النيابة العامة، بدلاً من الادعاء العام، لأنه أوسع واشمل في المعنى من الادعاء العام.
- 2- تعديل ما جاء في الأسباب الموجبة لقانون وزارة العدل في إقليم كردستان- العراق وذلك برفع عبارة الترابط بين الوزارة والسلطة القضائية لأنها تدل على التداخل في الاختصاصات لتصبح بالشكل الآتي: (... إيجاد نوع من التنسيق بين الوزارة والسلطة القضائية).
- 3- نقترح على المشرع في إقليم كردستان- العراق إضافة النص الآتي إلى قانون الادعاء العام الكرديستاني (يخضع الادعاء العام إلى رقابة وإشراف وليس الادعاء العام).
- 4- نقترح على المشرع في إقليم كردستان العراق إضافة النص الآتي إلى قانون الادعاء العام الكرديستاني (أولاً- جهاز الادعاء العام جهاز مستقل لا سلطان لأحد عليه غير القانون. ثانياً- يخضع الادعاء العام إلى سلطة الدستور بوصفه أعلى سلطة في الدولة).
- 5- تعديل م(4) من قانون وزارة العدل في إقليم كردستان العراق وذلك بحذف عبارة الادعاء العام من تشكيلات وزارة العدل في الفقرة 3 منها.
- 6- تعديل م(5) من قانون وزارة العدل في إقليم كردستان العراق بإلغاء الفقرة (5) منها، أي إلغاء الادعاء العام من تشكيلات مجلس وزارة العدل.
- 7- تعديل م(33) من قانون السلطة القضائية في إقليم كردستان العراق، بحذف رئيس الادعاء العام من تشكيلات مجلس القضاء لتصبح بالشكل الآتي (1- مجلس القضاء هو أعلى سلطة قضائية في الإقليم ويشكل برئاسة رئيس محكمة تمييز إقليم كردستان- العراق وعضوية نواب الرئيس ورئيس هيئة الإشراف القضائي ورؤساء محاكم الاستئناف في الإقليم أو من ينوب عنهم).
- 8- نقترح على المشرع العراقي تعديل م(1) من قانون الادعاء العام العراقي الجديد

- بحذف عبارة السلطة القضائية ليصبح النص بالشكل الآتي (أولاً- يؤسس جهاز يسمى جهاز الادعاء العام يتمتع بالاستقلال...).
- 9- ندعو المشرع العراقي إلى إضافة النص الآتي إلى الدستور (جهاز الادعاء العام جهاز مستقل لا سلطان عليه لأحد سوى القانون).
- 10- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل م(89) من الدستور بحذف عبارة جهاز الادعاء العام من مكونات السلطة القضائية.
- 11- تعديل م(4) الفقرة (أولاً- رابعاً- خامساً- سادساً) من قانون الادعاء العام العراقي وذلك بإلغاء عبارة تعيين الادعاء العام بقرار أو ترشيح من مجلس القضاء الأعلى.
- 12- وإضافة النص الآتي إلى قانون الادعاء العام العراقي (يعين رئيس وأعضاء الادعاء العام بقرار من رئيس الدولة).

## قائمة المصادر

## أولاً- كتب اللغة:

- 1- إبراهيم مصطفى حامد، أحمد حسن الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، ج2، ط1، المكتبة للطباعة والنشر- اسطنبول، بلا سنة طبع.
- 2- أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، ط1، دار صادر- بيروت، بلا سنة طبع.
- 3- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة- الكويت، 1983.

## ثانياً- الكتب القانونية:

- 1- أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، بدون جهة طبع، 2010.
- 2- أحمد صدقي محمود، قواعد المرافعات في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط2، إثراء للنشر والتوزيع- الأردن، 2008.
- 3- أحمد محمد حشيش، الهيئة القضائية وأعاونها وأعاون أعوانها، دار الكتب القانونية- مصر، 2008.
- 4- د. تيماء محمود فوزي الصراف، دور الادعاء العام في الدعوى المدنية- دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2010.
- 5- د. تيماء محمود فوزي الصراف، القضاء الولائي- دراسة مقارنة، ط1، المكتب الجامعي الحديث، 2015.
- 6- د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط5، مطبعة جامعة عين شمس- القاهرة، 1984.
- 7- د. طلعت يوسف خاطر، استقلال القضاء، دار الفكر القانوني- المنصورة، 2014.
- 8- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية - دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر- الموصل، 2000.
- 9- د. علي إسماعيل دياب، غازي، دور اعوان القضاء في تحقيق العدالة- دراسة

تحليلية، المكتب الجامعي الحديث- الإسكندرية، 2020.  
 10- د. نشأت عبد الرحمن الاخرس، شرح قانون أصول المرافعات المدنية- دراسة مقارنة، ج1، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.

### ثالثاً- رسائل الماجستير:

- 1- بو حجة نصيرة، سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة الجزائر، 2001.
- 2- فتحي ايمن فتحي عبد العال، علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة القضائية وأثرها على استقلال القضاء في التشريع الفلسطيني مقارنة بالشرعية الإسلامية- دراسة تحليلية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، غزة، 2017.
- 3- فهد حمود الخالدي، قرارات النيابة العامة بعد الانتهاء من التحقيق الابتدائي- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2013.
- 4- مريم زايد المزوعي، القضاء الإداري على ضوء المحكمة الاتحادية العليا، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2019.
- 5- نواف طلال فهد العازمي، ركن الاختصاص في القرار الإداري وأثاره القانونية على العمل الإداري- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012.
- 6- ياسر عدنان إبراهيم الديراوي، سلطات الادعاء العام وفقاً لأحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، دراسة تحليلية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية- غزة، 2018.

### رابعاً- البحوث القانونية:

- 1- ماجد طاهر خليل، الطعن لمصلحة القانون في التشريع والقضاء، بحث مقدمة إلى مجلس القضاء ذي إقليم كردستان- العراق، كجزء من متطلبات الترقية إلى الصنف الثالث من صنوف الادعاء العام، بلا سنة طبع.

2-د. هدى سالم محمد، تنظيم الادعاء العام في القانون رقم 49 لسنة 2017، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية الصادرة عن كلية القانون، جامعة بابل، س1، ع1، 2020.

#### خامساً- مصادر الإنترنت:

- 1- بكرى يوسف بكرى، دور النيابة العامة في الدعوى الجنائية في قانوني الإجراءات الجنائية المصري والفرنسي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، ع30، مجلد 2، 2015 منشور على الشبكة الدولية للمعلومات على الموقع: <http://drive.google.com> تاريخ الزيارة: 2021/9/2.
- 2- مقال بعنوان النيابة العامة تعريفها وخصائصها منشور على الشبكة الدولية للمعلومات على الموقع: [university/ifestty/e](http://university/ifestty/e) تاريخ الزيارة: 2021/9/14.

#### سادساً- القوانين:

- 1- الدستور العراقي لسنة 2005.
- 2- قانون ملحق قانون الادعاء العام رقم (159) لسنة (79) في إقليم كردستان.
- 3- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ذي الرقم (44) لسنة 1986.
- 4- قانون المرافعات الأميركي الصادر في 1999/5/1.
- 5- قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان- العراق ذي الرقم (23) لسنة 2007.
- 6- قانون وزارة العدل لإقليم كردستان العراق ذي الرقم (13) لسنة 2007.
- 7- قانون الادعاء العام العراقي رقم (49) لسنة 2017.

### الملخص

يمارس الادعاء العام دوراً متميزاً في حماية المشروعية والحفاظ على مصالح المجتمع. ولا بد أن يستند في أعماله إلى سلطة محددة تخوله القيام بذلك، الأمر الذي اختلفت بشأنه القوانين المقارنة فمنهم من أسندها إلى السلطة التنفيذية ومنهم من أسندها إلى السلطة القضائية ومنهم من نادى باستقلالية هذا الجهاز انطلاقاً من دوره الخاص الذي يختلف عن دور الموظف العادي والقاضي.

وحتى بالنسبة للقوانين التي أسندته إلى جهة معينة مثل قانون وزارة العدل في إقليم كردستان الذي جعله تابعاً لسلطة وزير العدل إلا أنه جعله أحد تشكيلات مجلس القضاء أما بالنسبة لقانون الادعاء العام العراقي على الرغم من نص الدستور على كونه تابع للسلطة القضائية إلا أن قانون الادعاء العام العراقي جعله يتمتع بالاستقلالية المالية والإدارية والشخصية المعنوية الأمر الذي أثار العديد من المشكلات القانونية والإدارية والشخصية المعنوية، الأمر الذي أثار العديد من المشكلات القانونية.

### پوخته

داواکاری گشتی رۆلیکی زۆر نایاب دهگیریت له پاراستنی رهوایهتی و پارێزگاریکردن له بهرژهوهندیهکانی کۆمهڵگه. به دنیایی له کارهکانی دا پشت بهو دهسهلاته سنورداره دهبهستیت که پێپراسپێردراوه بو ههستان بهوکاره، نهو خالهی که یاسا بهراوردکارهکان دهربارهی ناکۆکن دانپالیهتی به دهسهلاتی جیههجیکردن و ههندیکیان دهیدهنه پال دهسهلاتی دادومری و ههندیکیان بانگهشهی سهربهخوبوونی ئەم دهزگایه دهکهن ئەمەش بهرنجانی نهو رۆله تایبهتهی ههیهتی که جیاوازه له رۆلی دادومر و ههروهها فرمانبهری ئاسایی. وهتەنانت سەبارەت بهو یاسایانهی که دهیدهنه پال لایهنتیکی دیاریکراو وهک یاسای وهزارهی داد له ههریمی کوردستان که وای کردوه سهربه دهسهلاتی وهزیری داد بێت جگه لهوهی که یهکیکه له پیکهاتهکانی ئەنجومهنی دادومری، بهلام سەبارەت به یاسای داواکاری گشتی عێراقی سهرباری ههبوونی دهقیکی دهستوری به وهی که ئەم دهزگایه سهر به دهسهلاتی دادومریه، بهلام یاسای داواکاری گشتی عێراقی بهجۆرێک دهلێت که ئەم دهزگایه خاوهنی سهربهخویی دارایی و کارگیریه و کهسایهتی یاسایی نا بهرجهستهی ههیه ئەموش وروژینهی زۆرێک له کیشهی یاسایی و کارگیری و کهسایهتی نا بهرجهستهی یه.

### Abstract

The Public Prosecution Office plays a distinguished role in protecting legality and preserving the interests of society. He must be based in his actions on authority

Specific authorizing him to do this, the matter on which the comparative laws differed, some of them ascribed it to

The executive authority, and some of them assigned it to the judicial authority, and some of them called for the independence of this body on the basis of

His role is different from that of an ordinary employee and judge.

Even for the laws that assigned him to a specific authority, such as the law of the Ministry of Justice in the Kurdistan region, which made him the follower of the authority and the Minister of Justice, but he made him one of the formations of the Judicial Council

As for the Iraqi Public Prosecution Law, despite the constitution stipulating that it is

It is affiliated with the judiciary, but the Iraqi Public Prosecution Law made it enjoy financial, administrative and legal independence, which raised many legal problems.

The administrative and legal personality, which raised many legal problems



## مراكز التحكيم التجاري في العراق الواقع والطموح

(ناوهندهكاني ناوبژيواني بازرگاني له عتيراق)

راستی و بهرزخوازی

Commercial arbitration centers in Iraq.  
Reality and ambition

أ.د.مصطفى ناطق صالح مطلوب

كلية الحقوق-جامعة الموصل

ئامادهكردنی

پروفیسور دكتور مستهفا ناطق صالح مهتلوب

كوليتري ماف\_ زانكوي موسل

**Prof. Dr. Mustafa Nathiq Saleh Wanted**  
College of Law - University of Mosul



مراكز التحكيم التجاري في العراق  
الواقع والطموح  
أ.د. مصطفى ناطق صالح مطلوب  
كلية الحقوق-جامعة الموصل

الكلمات المفتاحية:

مراكز، التحكيم، تأسيس، المشكلات، فض النزاع

كليه ووشه:

ناوهندهكان، ناويژيوانى، دامهزراندن، ناريشهكان، كوتايى هانتى  
ناكوكى.

**key words:** centers, arbitration, establishment, problems, dispute resolution

المقدمة

اولا: التعريف بموضوع البحث.

ان تحقيق الحكم العادل السريع تعد غاية أطراف النزاع مهما كان طبيعة المنازعة وذلك لتستقر المراكز القانونية للخصوم ويعود الحق لأصحابه ويطمئن من صدر الحكم لصالحه باستيفاء حقه، وان وجود التحكيم التجاري كجهة متخصصة للفصل في المنازعات ذات الصبغة التجارية والاستثمارية سيحقق أهم متطلبات العمل التجاري في السرعة والسرية لكون نظام التحكيم يتسم بهاتين الصفتين الأساسيتين.

ومن ضمن محور الاستراتيجيات القانونية الأساسية والمهمة في حسم المنازعات نجد ان وجود مركز تحكيمي عراقي النشأة والتأسيس مع الاستعانة بخبراء يتمتعون بالكفاءة والمعرفة العلمية الواسعة سيحقق قفزة كبيرة في مجال التحكيم مع الاستعانة بقواعد إرشادية نموذجية كما في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في عام 1985 المعدلة عام 2006 لتكون قواعد لأي مركز يؤسس بالعراق مستقبلا، وبدلا من اللجوء لمراكز التحكيم الدولية ممكن ان يحقق المركز التحكيمي الذي يؤسس في العراق خصوصا إذا كان تحت إشراف الدولة أهمية كبيرة للأنشطة التجارية والاستثمارية

المتنوعة.

ومما سبق يحاول البحث تقييم تجارب مراكز التحكيم في العراق وتقديم الاقتراحات المناسبة لإيجاد إطار قانوني أساسي لإنشاء مراكز تحكيمية تتبع القطاع العام أو الخاص في العراق مهمتها الأساسية جذب منازعات التجارة والاستثمار إليها لتحقيق غايته في فض المنازعة بأسرع وأمن طريقة .

#### ثانيا: مشكلة البحث.

يعاني العراق من قصور واضح وكبير في النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم التجاري، بسبب خضوع التحكيم لأحكام قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 وعدم مواكبة هذه النصوص لاهم تطورات التحكيم بكل اشكاله وصوره، فضلا عن ضعف وانعدام دور مراكز التحكيم التجاري في فض منازعات التجارة والاستثمار، ومقارنة مع الدول الإقليمية كما في مصر نلاحظ تأخرنا بشكل ملحوظ في هذا المجال على الرغم من وجود العديد من الشركات والمشاريع الأجنبية الاستثمارية في العراق والتي دائما ما تختار التحكيم المؤسسي لفض أي منازعة تظهر في هذا المجال. ومن جانب آخر نجد عدم وجود قواعد قانونية تستهدف إنشاء مراكز تحكيم محلية أو بالاشتراك مع جهات أخرى تعد هي المرشد لتنظيم هذه المؤسسات المهمة، والخاضعة لها من الناحية القانونية.

#### ثالثا: تساؤلات البحث.

يشير الموضوع عدة تساؤلات هي:

- 1- هل يوجد نظام قانوني خاص لتأسيس مراكز التحكيم في العراق؟
- 2- ماهي مراكز التحكيم وبماذا تختلف عن التحكيم الحر؟
- 2- لماذا لا تؤسس مراكز تحكيمييه من الجهات العامة في الدولة تدر على البلاد أموالا كبيرة وتعد مصدر دخل جديد؟
- 3- ماهو دور مراكز التحكيم في العراق حاليا سواء المؤسسة منها أو التي فتحت فروع لها في العراق؟؟؟

**رابعاً: منهج البحث وهيكلته.**

سيتم معالجة الموضوع من خلال المنهج التحليلي لنصوص القانون العراقي والمصري وبعض قواعد التحكيم الدولية التي لها صلة بالموضوع من خلال استعراضها وبيان حكمها ، والتطرق لآراء الفقه بهذا الشأن وضمن نطاق موضوع البحث ومن خلال الخطة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم مراكز التحكيم التجاري .

المطلب الأول: التعريف بمراكز التحكيم التجاري وأهميتها .

المطلب الثاني : تمييز مراكز التحكيم المؤسسي من التحكيم الحر .

المبحث الثاني: تأسيس مراكز التحكيم في العراق وتطويرها.

المطلب الأول: الأساس القانوني لتأسيس مراكز التحكيم.

المطلب الثاني: مراكز التحكيم في العراق وتطويرها.

**المبحث الأول****مفهوم مراكز التحكيم التجاري**

ان وجود آليات مناسبة تستهدف فض المنازعات التجارية والاستثمارية سيحقق أهمية كبيرة في إيصال الحقوق لأصحابها وتوافر المزايا التي يتمتع بها نظام التحكيم التجاري والذي يتلاءم مع الطبيعة الخاصة لهذه المنازعات يتطلب الأمر هنا التعرف على مفهوم مراكز التحكيم التجاري وأهميتها وتمييزها من التحكيم الحر أو الخاص وهذا ما سيتم بيانه وفقاً للمطلبين الآتيين:

المطلب الأول: التعريف بمراكز التحكيم التجاري وأهميتها.

المطلب الثاني : تمييز مراكز التحكيم المؤسسي من التحكيم الحر.

**المطلب الأول****التعريف بمراكز التحكيم التجاري وأهميتها**

يتطلب معالجة الموضوع هنا بيان تعريف التحكيم عموماً وبيان تعريف مراكز التحكيم بشكل خاص وما يطلق عليه أيضاً بالتحكيم المؤسسي، ومن الضروري أيضاً التركيز على توضيح أهمية مراكز التحكيم التجاري في هذا المجال، وذلك وفقاً للفرعين التاليين:

## الفرع الأول

### تعريف مراكز التحكيم التجاري

يعد نظام التحكيم التجاري من الوسائل الأصيلة والأساسية في فض المنازعات المختلفة، فهو وسيلة يتفق عليها طرفي النزاع على اختيار شخص أو أكثر ليفصل بينهم بحكم تحكيمي منهي للنزاع بعيداً عن ساحات القضاء العادي، وهذا هو الأصل في التحكيم التجاري والذي يمكن اللجوء إليه من خلال اختيار محكم واحد أو أكثر من محكم- شرط ان يكون وترا عند تعددهم.

وعرف نظام التحكيم التجاري بانه: "اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة سواء كانت عقدية أم غير عقدية على ان يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل ان تظهر مستقبلاً عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين بحكم تحكيمي نهائي وملزم"<sup>(1)</sup>.

اما مراكز التحكيم التجاري أو كما تسمى أيضاً بالتحكيم المؤسسي (المنظم): فهي تلك المؤسسات المتخصصة بالتحكيم التجاري وتشمل هذه المؤسسات على مراكز دائمة للتحكيم ولديها قوائم معتمدة لأسماء المحكمين وتبت في المنازعات بناءً على قبول الأطراف الخضوع لها ولقواعدها<sup>(2)</sup>، وتجدر الإشارة إلى ان مؤسسة التحكيم تقوم بعملية تنظيم وإدارة عملية التحكيم ولا تمارس مهمة فصل النزاع بنفسها لأن الأشخاص الطبيعيين هم الذين يقومون بعملية حسم النزاع بالتحكيم (شخص المحكم) لا الشخص المعنوي.

ويتم اللجوء للمركز التحكيمي من خلال اتفاق الأطراف أو النص في عقدهم الأصلي على إحالة ما ينشأ من منازعات أو التي ستنشأ إلى مركز تحكيمي معين حيث يتولى المركز إدارة وتنظيم العملية التحكيمية عن طريق محكمي المركز ومن أمثلة هذه المراكز على سبيل المثال: محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس، مركز القاهرة

(1) د. محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص5.  
 (2) د. حمزة حداد، نظرة المحامي للتحكيم المؤسسي، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم في العالم العربي- رؤية دولية-، مركز تونس للتحكيم التجاري، 2007، ص2.

الإقليمي للتحكيم، مركز العراق للتحكيم التجاري الدولي في محافظة النجف الأشرف وغيرها.

وعرف أيضاً التحكيم المؤسسي<sup>(1)</sup> بأنه: "أحد أنواع التحكيم الذي يدار من قبل هيئات أو منظمات دولية أو إقليمية أو وطنية ويطبق بشأنه قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً من قبل هذه المراكز ويتم اختيار المحكمين من بين قوائم معدة لهذا الغرض"<sup>(2)</sup>. وإذا كان التحكيم مؤسسياً فإن عقد التحكيم يبرم بين مؤسسة أو مركز تحكيم مستقل ومتخصص من جهة وأطراف النزاع وان تعددوا من جهة أخرى، مع تمتع المركز أو المؤسسة التحكيمية بالشخصية المعنوية<sup>(3)</sup>.

ولذلك أصبح لمراكز التحكيم شهرة وانتشار واسع النطاق بفضل ما تقدمه هذه المراكز من خدمات كبيرة للأطراف، ودعم إداري مهم وتسهيلات متنوعة لحسم المنازعات بسرعة وسرية عالية، ومن خلال التعاريف السابقة وما دنا في حديثنا عن التحكيم المؤسسي نجد ان نضع تعريفاً خاصاً له: "هو صورة من صور التحكيم التجاري يلجأ إليه أطراف النزاع لمراكز ومنظمات دولية تحكيمية معترف بها دولياً يكون الغرض من إنشائها القيام بفض المنازعات بين الخصوم من خلال وجود قواعد قانونية تحكيمية خاصة بها قابلة للتطوير والتحديث بين فترة وأخرى ولها شهرة دولية واسعة النطاق".

(1) تجدر الإشارة هنا إلى ان ظهور هذا النوع من التحكيم كان في نهاية القرن التاسع عشر الميلادي. لمزيد من التفاصيل: د. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم، الكتاب الثاني، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص87 و88. و د.رقية عواشيرة، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد2، 2009، ص93.

(2) حسين عيسى، الضمانات العقدية للاستثمار، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 7، العدد 21، 2014، ص200؛ و خالد الطراونة، التحكيم التجاري المفهوم والإجراءات، منشورات غرفة تجارة عمان، تشرين الثاني 2017، ص11.

(3) د.محمد عبد الخالق الزعبي، قانون التحكيم كنظام قانوني قضائي اتفاقي من نوع خاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010، ص26.

## الفرع الثاني

### أهمية وجود مراكز التحكيم

يتيح وجود هذه المراكز التحكيمية أهمية بالغة وفقاً للاتية<sup>(1)</sup>:

- 1- توفر مراكز التحكيم التجاري إمكانية اختيار المحكمين تبعاً لكفاءاتهم ونوعية المنازعة المعروضة وطبيعتها، خاصة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية يحتاج فهمها إلى خبرة خاصة لا تتوفر على نطاق واسع، ويتم الاختيار من خلال قوائم معدة لهذا الغرض.
- 2- يعد التحكيم في مراكز التحكيم المؤسسي الوسيلة الأكفأ في إدارة التحكيم وخاصة عندما يكون التحكيم يتعلق بمنازعات ذات قيمة كبيرة، وموضوعات معقدة.
- 3- يوفر مركز التحكيم الخدمات الإدارية المتكاملة من موظفين مدربين والدعم المطلوب لأطراف النزاع، وتلك الخدمات لا تتوفر في التحكيم الحر<sup>(2)</sup>.
- 4- إن تأسيس مراكز تحكيمية سواء كانت خاصة أم عامة تحت إشراف وزارة العدل أو السلطة القضائية في العراق له مردود إيجابي من عدة نواحي منها: التخفيف عن كاهل القضاة والمحاكم في حسم منازعات ذات طبيعة خاصة وتحتاج إلى خبرة وكفاءة في هذا المجال.
- 5- توفير الرقابة والإشراف والمتابعة على حسم المنازعات التجارية والاستثمارية وتحقيق المردود المالي الكبير من خلال المصاريف التي يستحصلها المركز من المتنازعين.
- 6- تطوير ونشر الثقافة التحكيمية بشكل أوسع وأكبر لدى عامة الناس والأكاديميين والقضاة على حد سواء وكذلك الاستعانة بالخبرات التي لها تأثير كبير في مجال التحكيم لتوفير مركز تحكيم أساسي ومهم في العراق تحت إشراف الدولة.
- 7- تؤدي مؤسسات التحكيم دور كبير في سلامة وصحة حكم التحكيم من حيث الشكل والموضوع، فمثلاً ما نصت عليه قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس من وجوب مراجعة الغرفة لحكم التحكيم كمسودة قبل توقيع المحكمين عليه بصيغته النهائية، وعلى

(1) رقية عواشيرة، مصدر سابق، ص 8 و 9.

(2) د. محمد حمد راشد، النظام القانوني للتحكيم المؤسسي في دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 96.



هيئة التحكيم التقييد بالملاحظات الشكلية التي تبديها الغرفة أما بالنسبة لجوانب الحكم الموضوعية فللغرفة صلاحية لفت انتباه هيئة التحكيم لأي ملاحظات حول ذلك، ولكن يبقى القرار النهائي للهيئة في الأخذ بها من عدمه تلك الرقابة من قبل المؤسسة التحكيمية للحكم يوفر ضمان أكثر لصحة وسلامة حكم التحكيم<sup>(1)</sup>، فهذا الأمر سوف يقلل كثيرا من حالات بطلان حكم التحكيم أو وجود غموض ونقص شكلي فيه من خلال المراجعة الأساسية قبل إصداره.

8- يضمن التحكيم المؤسسي حفظ الملفات والأدلة والمستندات الخاصة بالنزاع التي تم على أساسها فض النزاع بأرشفة المركز إلكترونيا، مما يمكن أن تشكل مبادئ عامة معروفة من قبل الأطراف، مما يحقق نوع من الاستقرار القانوني<sup>(2)</sup>.

9- إن وجود قواعد قانونية خاصة لكل مركز في التحكيم المؤسسي محدثة ومتجددة دائما يجنب الأطراف المتنازعة عناء الاتفاق على الإجراءات الواجبة الاتباع أمام هيئة التحكيم، وتكون أكثر ملائمة للواقع التجاري ولطموح التجار والمستثمرين.

## المطلب الثاني

### تمييز مراكز التحكيم المؤسسي من التحكيم الحر

قد تختلط المسميات والمصطلحات بين التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر أو الخاص إذ ان الأخير، وهو التحكيم الذي يتم إجراءاته من قبل محكم أو أكثر يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع كأصل عام ويملك أطراف النزاع فيه تحديد مكان التحكيم ولغته والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وموضوع النزاع وغيرها من أمور حسم النزاع<sup>(3)</sup>، اما النوع الآخر فهو التحكيم المؤسسي أو تحكيم المؤسسات، والذي تنصب دراستنا، فالمقصود به: "هو ذلك التحكيم الذي يتم من خلاله حسم النزاع عن طريق اختيار الأطراف المتنازعة لمركز من مراكز التحكيم المنتشرة في العالم من خلال اللجوء إليها واختيار قواعدها التحكيمية كمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري أو محكمة التحكيم

(1) المادة (34) من قواعد محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس لعام 2021 .

(2) رقية عواشيرة، مصدر سابق، ص 9 .

(3) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مطبعة الحكمة، بغداد، 1992، ص 23.

التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس أو مركز العراق للتحكيم التجاري الدولي".  
ويعد الأصل في التحكيم التجاري هو التحكيم الحر "الطليق" مالم يتفق الأطراف  
للجوء إلى مركز تحكيم معين.

وعليه قد يتفق الطرفان على إحالة النزاع للتحكيم فحسب دون الإشارة إلى مؤسسة  
تحكيم وفي هذه الحالة نكون أمام ما يمكن تسميته بالتحكيم الحر ومعيار التفرقة بين  
النوعين سواء أكان تحكيم حراً أم مؤسسياً هو معيار شكلي من حيث وجود أو عدم وجود  
إشارة في اتفاق التحكيم لإحدى مؤسسات التحكيم<sup>(1)</sup>.

وإذا كان الأصل هو إطلاق مبدأ سلطان الإرادة للأطراف في مجال التحكيم الحر  
لكن الأمر يختلف في نظام التحكيم المؤسسي ولا يعني ذلك انتفاء مبدأ سلطان الإرادة  
في هذا النوع من التحكيم لأنه يجد له العديد من القيود عند تطبيقه، إذ يلاحظ أن هيئات  
التحكيم والمركز تقوم بوضع القواعد المنظمة بدءاً من تعيين هيئة التحكيم مروراً  
بالإجراءات وصدور حكم التحكيم وتبليغه للأطراف<sup>(2)</sup>.

وينشابه التحكيم الحر مع المؤسسي من خلال وجود طرف ثالث وهو المحكم أو  
هيئة تحكيم لفض النزاع بوجود محكمين متخصصين بنوع النزاع المعروض ذو سمعة  
ومهنية وخبرة وكفاءة عالية، وأيضاً أن اللجوء لهذا النوع أو ذاك من التحكيم يتم من خلال  
اتفاق التحكيم التجاري، وان غاية اللجوء للتحكيم الحر أو المؤسسي هو فض المنازعة  
المعروضة على المحكم.

ومن جانب آخر نجد ان التحكيم المؤسسي يختلف عن التحكيم الحر من خلال ان  
أطراف النزاع في التحكيم الحر لهم حرية واسعة وكبيرة في اختيار محكميهم، بينما  
اللجوء لمركز تحكيمي معين سيؤدي لتقييد أطراف النزاع بقوائم محكمي هذا المركز  
والاختيار من ضمنها، ويوفر التحكيم المؤسسي الدعم الكبير والأجهزة الخاصة لإدارة

(1) د. سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، ط1، دار القضاء في أبو ظبي، 2014، أبو ظبي،  
ص29، ود.محمد حمد، مصدر سابق، ص88.

(2) جميل حليم حبيب، حدود مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية  
الحقوق جامعه عين شمس مصر، 2018، ص337 و338.

النزاع والمكان الملائم الذي يتم إجراء التحكيم فيه ويجهد نفسه على راحة هيئة التحكيم وأطراف النزاع، بينما في التحكيم الحر فلا وجود لمثل هذه الأمور<sup>(1)</sup>.

وعليه يتوافر للخصوم في التحكيم الحر مجموعة من الحريات كما في حرية اختيار المحكمين وتشكيل هيئة التحكيم وحرية اختيار مكان جلسات التحكيم وحرية الاتفاق على المدة التي يجب على هيئة التحكيم الفصل بها للنزاع وطريقة اختيار القواعد الإجرائية وبالتالي فإن التحكيم الحر مجموعة حريات نزع اختصاص المحاكم إلى حرية اختيار المحكم<sup>(2)</sup>.

ويذهب رأي<sup>(3)</sup> للقول بإذعان إرادة الخصوم لمتطلبات المركز التحكيمي لكي يقوم بالإشراف على عملية فض المنازعات، لكن لا نجد مثل هذا الإذعان موجود بشكل كبير لأن الأصل في اللجوء إلى مراكز التحكيم التجاري يكون باختياره وإرادة الأطراف الحرة المختارة ووفقاً لعوامل عديدة تتمثل بسمعة المركز وتخصصه والإمكانات الإدارية المتوفرة لديه.

ولا توجد إشارة للتحكيم المؤسسي أو لمراكز التحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 النافذ؛ بسبب التخوف آنذاك عند تشريع القانون من الخضوع لمراكز التحكيم عموماً والدولية خصوصاً وبسبب سيطرة الدولة على وضع التجارة الخارجية في الفترات الماضية والفلسفة السائدة للدولة في الفترة السابقة من بسط سيادتها على كل شيء وإخضاع منازعاتها لقضائها الوطني الا انه بعد صدور تشريعات خاصة لتشجيع الاستثمار والانفتاح على التجارة الدولية في العراق بعد عام 2003 نجد ان المشرع العراقي أشار في قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 إلى التحكيم الحر والمؤسسي أيضاً من خلال نص المادة(27/اولا) بنصها: "تخضع المنازعات الناشئة عن

(1) شافير، فريست، امهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، إعداد وترجمة إبراهيم ستوت، صادر المنشورات الحقوقية، لبنان، 2011، ص59

(2) أحمد محمد عبد، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، ط7، دار القانون للإصدارات، مصر، 2014، ص21.

(3) أ.محمد جارد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2010، ص133 وما بعدها.

تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه إجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق"<sup>(1)</sup>.

وما نص عليه قانون الاستثمار لإقليم كردستان رقم 4 لسنة 2006 على اللجوء للتحكيم التجاري وبكافة اشكاله ومن بينها مراكز التحكيم لحل النزاعات الخاصة بالمشاريع الاستثمارية<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ ان المشرع المصري أشار للتحكيم الحر الخاص وتحكيم المراكز (المؤسسي) في قانون التحكيم المصري النافذ حيث نص على : "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون 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"<sup>(3)</sup>.

ودخلت مصر عالم التحكيم المؤسسي من خلال إبرام اتفاقية دولية مع اللجنة القانونية الاستشارية الافرو اسبوية أدت إلى إنشاء مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري عام 1978 واعتماد قواعد تحكيم الاونسترال للمركز<sup>(4)</sup>.

وقد يكون اللجوء للتحكيم الحر مفيد وذو اثر كبير للمتنازعين عندما تكون قيمة

(1) المادة 14 من التعديل الثاني رقم 50 لسنة 2015 لقانون الاستثمار العراقي، المنشور بالوقائع العراقية، العدد: 4393 في 2016/1/4، وتجدر الإشارة إلى ان النص السابق كان ينص في المادة 4/27 على التالي: "اذا كان أطراف النزاع خاضعا لأحكام هذا القانون يجوز لهم عند التعاقد الاتفاق على آلية حل النزاع بما فيها اللجوء إلى التحكيم وفقا للقانون العراقي أو أي جهة أخرى معترف بها دوليا" وأيضاً المادة (5/27) منه قبل التعديل: "المنازعات الناشئة بين الهيئة أو أي جهة حكومية أو بين أي من الخاضعين لأحكام هذا القانون في غير المسائل المتعلقة بمخالفة أحد أحكام هذا القانون، تخضع للقانون والمحاكم العراقية في المسائل المدنية، اما في المنازعات التجارية فيجوز للأطراف اللجوء للتحكيم على ان ينص على ذلك في العقد المنظم للعلاقة بين الأطراف".

(2) المادة (17) من قانون الاستثمار لإقليم كردستان العراق النافذ.

(3) المادة (1/4) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 النافذ والمعدل.

(4) د.أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، ط2، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر 2004، ص 16.

النزاع قليلة والنزاع محلي ليتم اختيار محكم أو أكثر بهذا الشأن، وقد يكون اللجوء إلى مركز تحكيم إقليمي أو دولي أفضل عندما يكون النزاع كبيرا ومعقدا وبين أطراف يحملون أكثر من جنسية.

## المبحث الثاني

### تأسيس مراكز التحكيم في العراق وتطويرها

يتطلب الأمر هنا البحث في مسألة تأسيس مراكز التحكيم التجاري وبيان الأساس القانوني لظهورها لتمارس عملها بشكل متميز وصحيح، وبالتالي لا بد من التطرق إلى الشكل والأساس الذي تستند إليه مراكز التحكيم التجاري والتعرف على أهم مراكز التحكيم التجاري الموجودة بالعراق وما هو دورها الرئيس في فض المنازعات وما تقدمه من خدمات لأطراف النزاع وبيان أهم المقترحات لتطويرها أسوة بمراكز التحكيم الإقليمية والدولية، وهذا ما سيتم بحثه وفق المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الأساس القانوني لتأسيس مراكز التحكيم.

المطلب الثاني: مراكز التحكيم في العراق وتطويرها.

### المطلب الأول

#### الأساس القانوني لتأسيس مراكز التحكيم

لا بد هنا من بيان الأساس القانوني الذي تستند إليه مراكز التحكيم عند تأسيسها، حيث ان تأسيس أي مركز يحتاج إلى إجراءات خاصة وفقا لما يتطلبه قانون الدولة الذي سيتأسس بموجبه.

ويعد من الأمور البديهية الأساسية ان هذه المراكز تعد أشخاصا معنوية فهي تجمع لأشخاص أو أموال تستهدف تحقيق أهداف معينة محددة. ومادامت هذه المراكز هي أشخاصا معنوية، يتطلب الأمر تحديد أي نوع من الأشخاص المعنوية وشكلها القانوني الدقيق ايضا<sup>(1)</sup>.

(1) تنص المادة (47) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على عدة أشكال وأنواع للأشخاص المعنوية وهي: أ - الدولة. ب - الإدارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية

فيلاحظ تأسيس مراكز التحكيم كجمعية، وتعرف الجمعية بانها: "جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو معنوية لتحقيق أهداف غير الربح المادي"<sup>(1)</sup>. وعرفت أيضاً في ظل قانون المنظمات غير الحكومية العراقي رقم 12 لسنة 2010 النافذ بانها: "مجموعة من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية سجلت واكتسبت الشخصية المعنوية وفقاً لأحكام هذا القانون تسعى لتحقيق اغراض غير ربحية"<sup>(2)</sup>. ولذا نلاحظ وفقاً لما سبق ان الجمعية هي تجمع لأشخاص تستمر فيما بينهم لتحقيق اغراضا غير ربحية، وهي تمثل جهودا ذاتية كمتطوعين فيها طالما انتفى منها الربح، سواء أكان غرضها تحقيق مصلحة عامة أو خاصة أو اغراضا خيرية أو اجتماعية أو فكرية أو دينية أو سياسية أو رياضية وغيرها من الأهداف المشروعة وفقاً للقانون والنظام العام والآداب العامة في البلد المؤسسة فيه<sup>(3)</sup>.

ويمكن القول من جانب آخر إلى تأسيس مراكز التحكيم كشركة، ونجد ان الشركة وفقاً للمفهوم التشريعي انها: "عقد يلتزم به شخصان أو أكثر بان يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة"<sup>(4)</sup>، فالشركة هي أيضاً شخصاً معنوياً قد يكون عاماً<sup>(5)</sup> أو خاصاً، حيث يكون غرض الشركة

←

معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها. ج - الالوية والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها. د - الطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها. هـ - الاوقاف. و - الشركات التجارية والمدنية الا ما استثني منها بنص في القانون. ز - الجمعيات المؤسسة وفقاً للأحكام المقررة في القانون. ح - كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية.

(1) المادة (1/50) من القانون المدني العراقي النافذ.

(2) المادة (1/1) من القانون.

(3) لمزيد من التفاصيل: ليزا عطا عبد الحكيم، التنظيم القانوني لمراكز التحكيم الدائمة، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية-جامعة صلاح الدين-اربيل، 2016، ص16 وما بعدها.

(4) المادة (4) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 النافذ والمعدل.

(5) كما في قانون الشركات العامة العراقي رقم 22 لسنة 1997 النافذ، حيث تكون ملكية رأس مال الشركة مملوكة بالكامل للدولة (القطاع العام).

والشركاء أو المساهمين فيها فض المنازعات.

وتظهر الشركة قانونا من خلال عقد الشركة المرتكز على الأركان العامة للعقد وهي التراضي والمحل والسبب، وهناك الأركان الخاصة والمتلائمة مع عقد الشركة في الأصل والتي تتمثل بتعدد الشركاء ومساهماتهم في رأس مال الشركة بحصة من مال أو عمل، واقتسام الأرباح والخسائر، ونية المشاركة فيها<sup>(1)</sup>.

وبعد هذا العرض لابد من توضيح مدى خضوع مراكز التحكيم للجمعية أم للشركة أم لنظام آخر ممكن تتأسس بموجبه، إذ ان مراكز التحكيم التجاري تتأسس من مجموعة أشخاص وأموال تكون مستقلة ماليا وإداريا لتباشر هدفها الأساس والمهم وهو حسم المنازعات على اختلافات أنواعها وأشكالها ووفقا لطبيعة المركز التحكيمي. وبالتالي من خلال مراجعة ومقارنة بسيطة لمفاهيم كلا من الجمعية والشركة من جهة -كما سبق بيان ذلك- والمراكز التحكيمية من جهة أخرى نلاحظ افتراق الأهداف والاغراض الرئيسة بينهم بشكل كبير.

ومع الهدف الرئيس والاسمي الذي تتأسس بموجبه مراكز التحكيم نجدها أيضاً تشابه مع الجمعية بتحقيق أهدافا اجتماعية وثقافية واقتصادية في البلد، لأن مراكز التحكيم التجاري تستهدف توفير الامان القانوني في إنهاء الخصومات لفئة التجار والمستثمرين من خلال اعتماد وسيلة التحكيم التجاري الأكثر ملائمة لذلك، فضلا عن توطيد العلاقات الاجتماعية والاقتصادية لهذه الفئة من افراد المجتمع من خلال اللجوء لمراكز التحكيم التجاري واعتماد الوسيلة المناسبة لحسم المنازعات.

وعليه فإن هذه المراكز ستحقق تقدما وتطورا في مجال التجارة والاستثمار وتنمية اقتصاد البلد عند وجود هذه الخدمات التحكيمية المتلائمة مع الواقع المطلوب لهذا الغرض.

فمن خلال ما سبق، نلاحظ ان المراكز التحكيمية يمكن ان تظهر وتتأسس على أساس نظام الجمعية، ووفقا لما تتطلبه التشريعات في الجمعيات، وقد تظهر هذه المراكز

(1) د. باسم محمد صالح وعدنان ولي العزاوي، الشركات التجارية، ط2، العاتك، القاهرة، 2007، ص25 وما بعدها.

كشركات مهما كان تصنيفها أو نوعها بهذا الخصوص، وأيضاً يتأسس المركز التحكيمي كمنظمة غير حكومية مستقلة عن أي سلطة في الدولة وتتمتع باستقلال مالي وإداري خاص به، للمركز المؤسس اسم خاص وشخصية معنوية خاصة به، وموطن خاص محدد وللمركز حق التقاضي وفقاً للشخصية المستقلة التي يتمتع بها.

وتجدر الإشارة هنا إلى وجود مراكز تحكيم تجاري تم تأسيسها وفقاً لنظام الجمعية، فعلى سبيل المثال أنشأ مركز تونس للمصالحة والتحكيم عام 1996 وفقاً لنظام الجمعية<sup>(1)</sup>، أو ظهور مركز العراق للتحكيم التجاري الدولي في محافظة النجف الأشرف كمنظمة غير حكومية عام 2011، وهو وفقاً للمادة (2) من نظامه الداخلي باعتباره منظمة من منظمات المجتمع المدني المستقلة وغير الربحية يعمل على حسم المنازعات الناشئة عن العقود التجارية بين الشركات والتجار أو بينهم وبين الشركات الأجنبية.

أو ظهور مراكز التحكيم التجاري وفقاً لقانون غرفة التجارة والصناعة، كما في مركز تحكيم بغداد وفقاً لغرفة تجارة بغداد<sup>(2)</sup>.

وعليه هذه دعوة للمشرع العراقي بإيجاد نظام قانوني خاص لتأسيس مراكز التحكيم في العراق من خلال اعتماد قواعد إرشادية أساسية ومهمة بهذا الشأن لتنظيم عملية تأسيس مراكز التحكيم والترخيص لها.

وندعو مجلس الوزراء بإصدار نظام خاص للترخيص لمراكز التحكيم التجاري في العراق يكون غرضه إيجاد بيئة تحكيمية مناسبة وعادلة وجاذبة للاستثمارات في العراق وتحفيز نشر ثقافة التحكيم التجاري لتخفيف العبء عن القضاء ووضع معايير قيد المحكمين بجداول المراكز التحكيمية في العراق وان يتشكل وفق هذا النظام هيئة مختصة لمنح الاعتراف والتأسيس لمراكز التحكيم من ممثلين عن وزارة العدل والتجارة والصناعة وهيئة الاستثمار وغرف التجارة والصناعة العراقية وعدد من الأشخاص الذين يتمتعون

(1) موقع المركز: <https://ween.tn/fiche/ccat-centre-de-conciliation-et-arbitrage-de-tunis/ar> آخر زيارة 2021/8/10.

(2) نظام التحكيم لمركز التحكيم في اتحاد الغرف التجارية العراقية متاح على الموقع: <http://www.ficc.org.iq/PageViewer.aspx?id=34> آخر زيارة 2021/7/12



بالخبرة والكفاءة والمهنية والتخصص في حسم المنازعات المختلفة. ومما سبق لابد من القول ان ليس كل من يحمل اسم مركز تحكيم هو بالفعل مركز تحكيم بل لابد من توافر أمور أساسية بهذا الخصوص وتتمثل بالآتي: وجود قواعد تحكيم وفق أفضل الممارسات وفريق من المتخصصين للإشراف على تطبيق القواعد، وحرية اختيار المحكمين ووجود قائمة محكمين متخصصين، وعالمية المؤسسة والقبول الدولي له، والتواتر بإدارة القضايا لدى المركز واستقلالية المؤسسة وحيادها، وتقديم خدمات مناسبة لاحتياجات الأطراف من التجهيزات والمرافق الإدارية المتنوعة.

## المطلب الثاني

### مراكز التحكيم في العراق وتطويرها

تعدد وتنوع مراكز التحكيم التجاري وتختلف مسمياتها والخدمات المقدمة من قبلها وما دامنا نتكلم عن مراكز التحكيم التجاري في العراق سواء المؤسسة منها أم التي لها فروع فيه خصوصاً بعد عام 2003، فلا بد ان نبين هذه المراكز الموجودة داخل العراق وما تقدمه من خدمات للمتعاملين معها واهم المقترحات اللازمة بشأنها ووفقاً للفقرات التالية:

#### اولاً: مركز العراق للتحكيم التجاري الدولي-النجف الأشرف-

افتتح هذا المركز رسمياً في 2011/3/12، في محافظة النجف الأشرف بجمهورية العراق، تحت مظلة غرفة تجارة النجف الأشرف وبدعم ومساندة المركز الدولي للقانون والتحكيم/لاهاي-هولندا، وبتعاون فني ومهني من المؤسسة العربية للتدريب والاستشارات والتحكيم/بيروت-لبنان، حيث وقعت اتفاقيتين في بادئ الأمر لغرض التأسيس أولها كانت مع المؤسسة العربية للاستشارات والتدريب في بيروت عام 2009، والثانية مع الفيدرالية الفرنسية للوساطة والتحكيم التجاري الدولي والشراكة الاقتصادية عام 2010، وهي خاصة بتدريب الكوادر العراقية من أهل الاختصاص ليكونوا محكمين، ويمارس المركز العديد من الأنشطة ومنها التحكيم التجاري سواء على الصعيدين المحلي والدولي في مختلف المنازعات التجارية والاستثمارية على اختلاف أنواعها وأشكالها، ويقدم المركز الاستشارات المتنوعة من قبل عدد من الخبراء في القانون والهندسة والمقاولات ورجال الأعمال والاستثمارات وغيرها.

ويتألف الهيكل الإداري للمركز من هيئة عمومية وتضم جميع الأعضاء المنتسبين بالمركز، ومجلس أمناء يتكون من رئيس وستة أعضاء يتم انتخابهم من قبل الهيئة العمومية للمركز ولمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، ومجلس التحكيم يتألف من رئيس وأربعة أعضاء يتم اختيارهم من ذوي الخبرة والكفاءة والمشهود لهم بالنزاهة والعدالة، ويتم الاختيار من قائمة المحكمين التابعة للمركز ولمدة سنتين قابلة للتجديد مرة واحدة ويضم المركز حالياً ما يقرب من 85 محكماً محلياً ودولياً، بالإضافة إلى ما سبق هناك هيئات التحكيم والتي تتشكل من القائمة الخاصة بالمركز والتي يمكن ان يضاف إليها محكمين دوليين من خارج المركز ولجان الخبراء من ضمن قائمة الخبراء التابعة للمركز<sup>(1)</sup>، وهناك أيضاً الأمانة العامة للمجلس وتمثل الإدارة التنفيذية لأعمال المركز (وهي مستقلة مالياً وإدارياً عن غرفة تجارة النجف الأشرف)، وإن هذه الأمانة العامة متخصصة في إدارة العملية التحكيمية واستلام طلبات التحكيم من الأشخاص والشركات واتخاذ الإجراءات اللازمة للتحكيم من حيث الزمان والمكان بناء على رغبة أطراف النزاع. ولقد وضع نظام قانوني خاص بالتحكيم وهو متطابق إلى حد كبير مع القواعد الخاصة بالاونسيترال الصادرة عام 1985 والمعدلة عام 2006 لكي يتم تطبيقها في حسم النزاع وتتكون قواعد المركز من 21 مادة قانونية في التحكيم التجاري<sup>(2)</sup>.

ان اللجوء لهذا المركز لحل المنازعات على اختلاف أنواعها سيكون له فائدة في تقليل الخسائر التي تكبدها الشركات العراقية والأشخاص في منازعاتهم عند اللجوء إلى غرف ومراكز التحكيم الأجنبية<sup>(3)</sup>.

وعلى أية حال وبالرغم من عدم وجود قانون يعالج التحكيم المحلي والدولي في العراق فإن بوادر انتشار التحكيم التجاري وثمراته بدأت في العراق بتتويج افتتاح هذا

(1) المادة (3و4) من قواعد مركز العراق للتحكيم التجاري الدولي.

(2) للتفاصيل أكثر حول قواعد المركز ينظر موقع المركز على الموقع: [www.icacn.org](http://www.icacn.org) آخر زيارة 2021/8/6

(3) للتفاصيل أكثر حول هذا الموضوع يراجع مجموعة مقالات متنوعة منشورة على المواقع الآتية: [www.investbasrah.com](http://www.investbasrah.com) و [www.najaf-mc.com](http://www.najaf-mc.com) و [www.mawtani.com/cocoon/iii/xhtml/ar](http://www.mawtani.com/cocoon/iii/xhtml/ar) آخر زيارة 2021/8/10.

المركز الذي هدفه حسم المنازعات التجارية على اختلاف أنواعها، واكد (جو فرانسو روسو) مدير الفيدرالية الفرنسية للتحكيم التجاري الدولي بان مؤسستنا قامت بعقد اتفاقية مع مركز العراق للتحكيم التجاري الدولي من أجل حل النزاعات القائمة سواء ما تعلق منها بالاستثمارات أو المنازعات التجارية وقامت الفيدرالية الفرنسية بتدريب الكوادر التحكيمية لهذا المركز<sup>(1)</sup>، وهذه بحق خطوة عظيمة في سبيل انتشار وتطور التحكيم التجاري في عراقنا الغالي نتمنى ان يكتب لها النجاح والانتشار، وهي أيضاً دعوة لمشرعنا لضرورة الإسراع بإصدار تشريع التحكيم التجاري، ويسعى مركز العراق للتحكيم التجاري الدولي إلى<sup>(2)</sup>:

- 1- حسم المنازعات الناشئة عن عقود التجارة وعقود الاستثمارات محليا ودولياً.
- 2- تقليل الخسائر المالية التي تتكبدها الشركات العراقية والأشخاص في منازعاتهم عند اللجوء إلى غرف مراكز التحكيم الأجنبية.
- 3- جذب رجال الأعمال والشركات الأجنبية للاستثمار في العراق لعزوفهم عن اللجوء إلى القضاء المحلي في حسم منازعاتهم التعاقدية.
- 4- تطوير المعرفة التحكيمية لدى الأفراد والشركات والمؤسسات العراقية لأهمية التحكيم في حسم المنازعات الناشئة عن العقود التجارية والاستثمارية بأقل الجهود وأقصر الإجراءات
- 5- دعم وتطوير مسيرة العدالة العراقية عن طريق التحكيم.

#### ثانياً: مركز جنيف للتحكيم الدولي فرع العراق

مركز جنيف للتحكيم الدولي وفض المنازعات<sup>(3)</sup> مركز ذو طابع خاص يقوم بممارسة التحكيم الدولي وفض المنازعات بين الأطراف المحلية والدولية ويهدف مركز جنيف إلي نشر ثقافة التحكيم الدولي في مصر كما يتعاون المركز مع العديد من الجهات الدولية

(1) للمزيد من التفاصيل ينظر المقالة المنشورة بتاريخ: 2011/3/14، وعلى الموقع: <http://www.warvin.org>

آخر زيارة 2021/8/1

(2) موقع مركز العراق للتحكيم الدولي: <http://icacn.org/> تاريخ الزيارة 2021/8/1

(3) لمزيد من المعلومات زيارة موقع المركز <http://www.genevaa.com/> آخر زيارة 2021 /8/ 30.

والمحلية في التحكيم الدولي وذلك لرقى التحكيم الدولي علي مستوى الوطن العربي ونشر الوعي وثقافة التحكيم وتخفيف العبء عن القضاء.

أنشأ مركز جنيف للتحكيم الدولي وفض المنازعات في 1 / 6 / 2013 بترخيص من جمهورية مصر العربية لمزاولة هذا النشاط، ومقره القاهرة، ولدي فروع بعدد من الدول من بينها العراق بالعاصمة بغداد.

ويقوم المركز بعمل العديد من المؤتمرات التي تهدف إلى نشر ثقافة التحكيم الدولي كما يقدم المركز العديد من البرامج التدريبية في العديد من مجالات التحكيم الدولي، ويتولى المركز تقديم المساعدة والمشورة في مجال تنفيذ وترجمة أحكام التحكيم. والملاحظ على الغرض من إنشاء هذا المركز وفرعه في العراق هو تجاري من خلال عمل دورات ومؤتمرات وتقديم خدمات قانونية ولا يعد مركز تحكيمياً لفض المنازعات بالفعل.

### ثالثاً: مركز التحكيم التجاري الدولي - بغداد - العراق

لقد شرع اتحاد الغرف التجارية العراقية في تأسيس مركز تحكيم يمارس من خلاله التحكيم كخطوة طموحة ضمن خطواته في تحقيق أهدافه ورعاية المصالح التي خولها إياه القانون وذلك تدعيماً لحاضر يفخر به وتحقيقاً لمستقبل أفضل وتعتمد هذه الخطوة على تكريس العملية التحكيمية في مجالات التجارة الدولية .

وعليه ظهر مركز تحكيم بغداد وفقاً لغرفة تجارة بغداد إذ يرتبط المركز إدارياً ومالياً بالغرفة ويخضع لرقابتها وإشرافها المباشر، حيث أشار قانون الغرف التجارية والصناعية العراقي رقم 43 لسنة 1989 على: "تقوم الغرفة تحقيقاً لأهدافها بما يأتي: ثالثاً: القيام بدور الحكم أو المشاركة في التحكيم لتسوية الخلافات التجارية وتأليف لجان التحكيم وتسمية الخبراء والممثلين لهذا الغرض"<sup>(1)</sup>.

ويؤكد اتحاد الغرف التجارية العراقية إلى تشجيع اللجوء إلى التحكيم في فض النزاعات والخلافات وبالشكل المرسوم في نظام المركز وسيقوم الاتحاد بعقد الندوات

(1) نظام التحكيم لمركز التحكيم في اتحاد الغرف التجارية العراقية متاح على الموقع: <http://www.ficc.org.iq/PageViewer.aspx?id=34>

آخر زيارة 2021/7/12

وتنظيم برامج تدريبية بهدف نشر الثقافة والوعي التحكيمي وتوحيد قواعد العمل في مجالات التحكيم ليصب ذلك في تكوين بيئة محلية ذات قدرة على التفاعل مع القواعد والممارسات الدولية الحديثة في التجارة.

وفي ضوء التطورات الاقتصادية والتكنولوجية التي طرأت على المستوى الدولية ونظراً للدور الحيوي الذي يلعبه التحكيم التجاري الدولي في معالجة النزاعات الناشئة عن العقود التجارية بين القطاعات الاقتصادية كافة إن كانت في العراق أو في الدول الأجنبية أو النزاعات التي تحدث بين الشركات والتجار العراقيين والأجانب وحاجة تلك الأطراف (عراقياً ودولياً) إلى جهة محايدة تكون محل ثقة تتسم بالنزاهة والعدالة فتسعى تلك الأطراف إلى اللجوء لتلك الجهة والتي تسمى مركز التحكيم الدولي يعمل على حسم المنازعات الناشئة عن العقود التجارية بين الشركات والتجار فيما بينهم أو مع نظرائهم في الدول الأجنبية.

إن التعامل التجاري قد تصاحبه في بعض الأحيان حدوث خلافات ولتلافي تلك الخلافات في حالة عدم الاتفاق على حلها ودياً يتم اللجوء إلى التحكيم التجاري مما يستوجب من الشركات والتجار وكل اللذين يهمهم العمل التجاري أن يشترطوا في عقودهم على إشارة اللجوء لمركز التحكيم التجاري في حالة حدوث نزاع يتعذر حله ودياً<sup>(1)</sup>.

إن الغاية من تأسيس هذا المركز هو:

- 1- حسم النزاعات الناشئة عن العقود التجارية بين الشركات أو الأشخاص محلياً وإقليمياً ودولياً عن طريق التحكيم .
- 2- تقليل الخسائر المالية التي تكبدها الجهات المتنازعة في منازعاتهم عند اللجوء إلى مركز التحكيم.
- 3- إشاعة المعرفة التحكيمية ودور التحكيم عن حسم المنازعات بين الأشخاص

(1) للتفاصيل أكثر وقواعد المركز <http://www.ficc.org.iq/PageViewer.aspx?id=34> آخر زيارة 2021/8/8

والشركات بأقل التكاليف واقصر الإجراءات والجهود<sup>(1)</sup> تمهيدا للعمل بنشر ثقافة الاعتماد على التحكيم التجاري وتوضيح مفاهيمه ليتم اللجوء إليه من التجار والمستثمرين المحليين والأجانب مستقبلا، وللمركز قواعد للتوفيق والتحكيم خاصة به تتكون من 34 مادة قانونية خاصة بالتوفيق والتحكيم التجاري<sup>(2)</sup>.

#### رابعا: مركز كردستان للتحكيم:

وهو عبارة منظمة مدنية مستقلة غير ربحية وجزء من منظمة تحكيم كردستان تعمل من أجل نشر وتطبيق التحكيم والوساطة والصلح في حل نزاعات مشاريع الاستثمار والمقاولات والتجارة<sup>(3)</sup>، ولها قواعد تحكيم خاصة بالمركز متوافقة مع التشريعات المحلية وتشابه قواعد التحكيم الدولية<sup>(4)</sup> إذ تستند إلى قواعد التحكيم للاونسترال، وتعد قرارات المركز لها صفة ملزمة للأطراف وقابلة للتنفيذ وفق القوانين.

ولدى المركز قضية تحكيمية واحدة معروضة عليه حاليا ولم تحسم للان<sup>(5)</sup>، ونجد ان هذا المركز يمثل نقطة تحول مهمة وفعالة في مجال التحكيم التجاري خصوصا مع وجود العديد من المشروعات المتنوعة الاستثمارية في إقليم كردستان -العراق مما يتيح امانا قانونيا كبيرا للمستثمرين الأجانب وشركاتهم فيما لو حصل نزاع بهذا الشأن، وأيضاً اعتماد المركز على قواعد الاونسترال في التحكيم التجاري الدولي المستقرة والمتعارف عليها دوليا سيحقق إنهاء المنازعات بلا أي عقبات ومشكلات قد تظهر فيما بعد.

(1) المادة (1/ اولاً) من قواعد المركز.

(2) القواعد الخاصة بالمركز متاحة على الرابط: <http://www.ficc.org.iq/PageViewer.aspx?id=34> آخر زيارة 2021/8/5

(3) جمال حمه رشيد، التحكيم المؤسسي، مقالة منشورة بتاريخ 2019/9/13 وعلى موقع : <http://www.ktahkim.org/ar/wtar/10> آخر زيارة 2021/9/5

(4) القواعد متاحة على الموقع: <http://www.ktahkim.org/media/yasa/%D9%82%D9%88%D8%A7%D8%B9%D8%AF%D8%AA%D8%AD%D9%83> آخر زيارة 2021/9/5

(5) تم الحصول على هذه المعلومة من خلال التواصل مع إدارة المركز بتاريخ 2021/9/10 .

## الخاتمة

### النتائج

- 1- انتشار مراكز التحكيم التجاري يمثل تطورا هائلا في مجال حسم المنازعات المختلفة وتوفير ما يرجوه الطرفين للوصول إلى حكم سريع وعادل.
- 2- وجود مراكز التحكيم يتطلب أمورا أساسية وقواعد دولية مهمة وكوادر إدارية مدربة وسمعة طيبة واعتراف على مستوى الدول وتقديم كافة الخدمات التي يحتاجها المتنازعين.
- 3- يحقق المركز التحكيمي تحت إشراف الدولة مزايا عدة تتمثل بالمرودود المالي والتخفيف من الدعاوى أمام القضاء العادي.
- 4- تظهر مراكز التحكيم للوجود كجمعيات أو شركات أو حتى منظمات إقليمية ودولية مشتركة أو جهات غير مرتبطة بالحكومة وذلك وفق النظام القانوني لأي دولة.
- 5- لا عبرة بما يطلق من مسميات على مراكز التحكيم المتنوعة ما لم يكون هدفها الرئيس هو فض المنازعات عند لجوء الأطراف إليها واما ما تقدمه بعض المراكز من الخدمات العلمية والاستشارية لا يمكن يدخل ضمن مراكز التحكيم لفض المنازعات المختلفة.
- 7- ان تأسيس مراكز التحكيم في العراق سواء من خلال الدولة أم بالتعاون مع جهات ذات خبرة ومهنية في هذا المجال سيفتح المجال لجذب الاستثمار وتحقيق الأمان القانوني للتجار والمستثمرين المحليين.

### التوصيات

- 1- ضرورة تشريع قانون خاص في التحكيم في العراق يواكب التطورات التشريعية المتميزة على المستوى الدولي في هذا المجال.
- 2- نوصي الجهات ذات العلاقة (مجلس الوزراء-وزارة العدل-مجلس القضاء الأعلى) وضمن صلاحياتها القانونية سواء في المركز أم في إقليم كردستان إصدار قانون خاص لتأسيس مراكز التحكيم التجاري في العراق والترخيص لها.
- 3- الدعوة لوزارة العدل في الحكومة الاتحادية وفي إقليم كردستان بإجراء دورات

متخصصة في التحكيم التجاري لإعداد جيل من المحكمين المتخصصين في مجال فض المنازعات التجارية والاستثمارية.

4- نطلب من مركزي العراق للتحكيم التجاري الدولي في محافظة النجف، ومركز تحكيم كردستان في محافظة السليمانية الانفتاح أكثر على المجتمع ونشر ثقافة التحكيم والتوعية بوسائل فض المنازعات التجارية والاستثمارية وتوعية الجمهور عموماً والتجار والمستثمرين المحليين خصوصاً بأهمية التحكيم ودوره في حماية حقوق كل أطراف النزاع.





## المصادر

## أولاً: الكتب.

- 1-د.أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، ط2، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر 2004
  - 2-أحمد محمد عبد، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، ط7، دار القانون للإصدارات، مصر، 2014.
  - 3-د. باسم محمد صالح وعدنان ولي العزاوي، الشركات التجارية، ط2، العاتك، القاهرة، 2007.
  - 4-خالد الطراونة، التحكيم التجاري المفهوم والإجراءات، منشورات غرفة تجارة عمان، تشرين الثاني 2017.
  - 5-د. سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، ط1، دار القضاء في أبو ظبي، 2014، أبو ظبي.
  - 6-شافير، فريست، امهوس، التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية من الناحية التطبيقية، إعداد وترجمة إبراهيم ستوت، صادر المنشورات الحقوقية، لبنان، 2011
  - 7-د. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم، الكتاب الثاني، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008
  - 8-د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مطبعة الحكمة، بغداد، 1992.
  - 9-د.محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
  - 10-د.محمد عبد الخالق الزعبي، قانون التحكيم كنظام قانوني قضائي اتفاقي من نوع خاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2010.
  - 11-د.محمد حمد راشد، النظام القانوني للتحكيم المؤسسي في دول مجلس التعاون الخليجي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
- ثانياً: البحوث.
- 1-د. حمزة حداد، نظرة المحامي للتحكيم المؤسسي، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم في العالم العربي-رؤية دولية-، مركز تونس للتحكيم التجاري، 2007.
  - 2-حسين عيسى، الضمانات العقدية للاستثمار، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 7، العدد 21، 2014

3-د.رقية عواشرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد2، 2009.  
ثالثا: الرسائل والأطاريح العلمية.

1-جميل حليم حبيب، حدود مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعه عين شمس مصر، 2018.

2-ليزا عطا عبد الحكيم، التنظيم القانوني لمراكز التحكيم الدائمة، رسالة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية-جامعة صلاح الدين-اربيل، 2016.

3-أ.محمد جارد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، الجزائر، 2010.

#### رابعا: التشريعات وقواعد التحكيم.

1-القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951

2-قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 النافذ

3-قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 النافذ والمعدل.

4- قانون الشركات العامة العراقي رقم 22 لسنة 1997 النافذ

5-قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006

6-قانون الاستثمار لإقليم كردستان العراق رقم 4 لسنة 2006 النافذ.

7-قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 النافذ والمعدل.

8-قواعد محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس لعام 2021 .

9-قواعد مركز التحكيم التجاري الدولي بالنجف.

خامسا: مصادر الشبكة العالمية للمعلومات.

1- <https://ween.tn/fiche/ccat-centre-de-conciliation-et-arbitrage-de-tunis/ar>

<http://www.ficc.org.iq/PageViewer.aspx?id=342->

[www.investbasrah.com](http://www.investbasrah.com)3-

[www.najaf-mc.com](http://www.najaf-mc.com)4-

[www.mawtani.com/cocoon/iii/xhtml/ar](http://www.mawtani.com/cocoon/iii/xhtml/ar)5-

<http://www.warvin.org>6-

<http://icacn.org> 7-

<http://www.genevaa.com> 8- <http://www.ficc.org.iq/PageViewer.aspx?id=349->

<http://www.ktahkim.org/ar/wtar/10>10-

11-

<http://www.ktahkim.org/media/yasa/%D9%82%D9%88%D8%A7%D8%B9%D8%AF%D8%AA%D8%AD%D9%83>

### الملخص:

ان تحقيق الحكم العادل السريع تعد غاية أطراف النزاع مهما كان طبيعة المنازعة لكي تستقر المراكز القانونية للخصوم ويعود الحق لأصحابه ويطمئن من صدر الحكم لصالحه باستيفاء حقه، وان وجود التحكيم التجاري كجهة متخصصة للفصل في المنازعات ذات الصبغة التجارية والاستثمارية سيحقق أهم متطلبات العمل التجاري في السرعة والسرية لكون نظام التحكيم يتسم بهاتين الصفتين الأساسيتين.

ان تأسيس مراكز تحكيمية سواء كانت خاص أم عامة وبالذات تحت إشراف وزارة العدل أو السلطة القضائية في العراق له مردود إيجابي من عدة نواحي منها: التخفيف عن كاهل القضاة والمحاكم في حسم منازعات ذات طبيعة خاصة، وتوفير الرقابة والإشراف والمتابعة وتحقيق المردود المالي الكبير من خلال المصاريف التي يستحصلها المركز من المتنازعين، وتطوير الثقافة التحكيمية بشكل أوسع وأكبر لدى الأكاديميين والقضاة على حد سواء وكذلك الاستعانة بالخبرات التي لها تأثير كبير في مجال التحكيم لتوفير مركز تحكيم أساسي ومهم في العراق تحت إشراف الدولة.

### پوخته

بهديهاتنی بریاریکی دادپهروهرانه و خیرا به ئامانجی لایهنهکانی ناکوکی دادهنریت جا سرووشتی ناکوکیهکه هرچونیک بیت، بۆ جیگیر بوونی پیگهی یاسای لایهنه ناکوکهکان و گهراندنوهی ماف بۆ خاونهکهی و ههستکردنی به ئارامی بههوی بهدهستهپینانی مافهکهی، وه بوونی ناوژیوانی بازارگانی وهک لایهنیکی تاییهتتمند به کوتایهپینان بهو ناکوکیانهی سروشت و تاییهتتمندی بازارگانی و وهبههپینانیان ههیه بهدیهپهنری گرنگترین داخوایهکانی کاری بازارگانی یهله خیرایی و نهپینی چونکه سیستهمی ناوژیوانی بهو دوو تاییهتتمندیه بنهرتی یه دهناسریتتهوه.

دامهزاندنی ناوهنده ناوژیوانیهکان جا تاییهت بن یاخود گشتی و بهتاییهت لهژیر سهپرهرشتی وهزارتی داد یاخود دهسهلاتی دادوهی بن له عێراق، ئهوه دهسکهوتی ئهرینی ههیه لهچهند لایهنیکهوه: سوککردن و ئاسانکردنی ئهرکی سهرشانی دادوهر و دادگاكان له یهکلاکردنوهی ئهو ناکوکیانهی سروشتیکی تاییهتینان ههیه، وه چاودیری و سهپرهرشتی و بهدواداچوون و لیکولینهوهله لایهن ناوهندهکهوه داهاتیکی دارایی گهوره بهدهست دههینییت له ریگهی ئهو خهرجیانهی که وهری دهگریت له لایهنه ناکوکهکان، وه گهشهپیدانی روشنبیری ناوژیوانی به شیوهیهکی گهوره و فراوان لای کهسانی ئهکادیمی و دادوهرهکان تا رادهیهک و ههروهها پشت بهستن و هاوکاری وهرگرتن لهو شارهزاییانهی که کاریگهری گهورهیان ههیه له بواری ناوژیوانی بۆبهدیهپینانی ناوهندیکی ناوژیوانی گرنگ و بنهرتی له ژیر سهپرهرشتی دهولت له عێراق دا.

**ABSTRACT**

Achieving a just and swift judgment is the goal of the parties to the dispute, whatever the nature of the dispute, so that the legal centers of the litigants are stabilized, the right returns to its owners, and the one in whose favor the judgment is issued is reassured by the fulfillment of his right. Because the arbitration system is characterized by these two basic characteristics

The establishment of arbitral centers, whether private or public, and in particular under the supervision of the Ministry of Justice or the judicial authority in Iraq, has a positive impact from several aspects, including: easing the burdens of judges and courts in settling disputes of a special nature, providing oversight, supervision and follow-up, and achieving great financial returns through expenses. Which the center obtains from the disputants, and the development of the arbitration culture in a broader and greater way among academics and judges alike, as well as the use of experiences that have a great impact in the field of arbitration to provide a basic and important arbitration center in Iraq under the supervision of the state.



## التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار أمام مركز تحكيم دولي تابع لوزارة العدل

(ناوبژیوانی وهك میكانیزمیك بۆ یهكلاكر دنه وهی ناكۆكیهكانی وهبهر هینان  
لهبهردهم ناوهندی ناوبژیوانی نیودهولتهی سههر به وهزارهتی داد)

**Arbitration as a means of settling investment disputes  
In front of the International Arbitration Center of the Ministry of Justice**

د. أحمد مصطفى الدبوسى السيد

أستاذ القانون البحري والتجاري المساعد  
كلية القانون – الجامعة الأميركية في الإمارات

دكتور / نهحمد مستهفا دهبوسى سهيد

پروفیسوری یاریدهدهر له یاسای بازرگانی و دهریایی  
کۆلئیژی یاسا زانکۆی ئەمریکی له شانشینى ئیمپاراتى یه کگرتوو

**doctor Ahmed Mustafa Al-Daboussi Al-Sayed**  
Associate Professor of Maritime and Commercial Law  
College of Law - American University in the Emirates





التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار  
أمام مركز تحكيم دولي تابع لوزارة العدل  
د. أحمد مصطفى الدبوسى السيد  
أستاذ القانون البحري والتجاري المساعد  
كلية القانون – الجامعة الأميركية في الإمارات

### الكلمات المفتاحية:

الاستثمار الأجنبي – الأكسيد – اتفاقية واشنطن

كليه ووشه:

وهبه رهينانى بيانى \_ ئوكسيد \_ ريكه وتنامهى واشنتون.

**Key words:** foreign investment – ICSID -Washington Agreement

### مقدمة

تتسم منازعات الاستثمار الأجنبية التي تدور بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب بعدة خصائص تميزها عن سائر المنازعات الاقتصادية، ومنازعات التجارة الدولية، والتي يرجع أهمها إلى اختلاف المراكز القانونية لأطراف النزاع؛ فإحدهما دولة ذات سيادة تتمتع بمزايا سيادية استثنائية لا يتمتع بها المستثمر الأجنبي الطرف الآخر في النزاع؛ إذ يعد، كأصل عام، شخصا من أشخاص القانون الخاص<sup>(1)</sup>. ولقد ترتب على هذا الاختلاف في المراكز القانونية ليس فقط إمكانية تعدد الأنظمة القانونية التي يمكن أن يثار تطبيقها عند تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية، بل كان له انعكاسه أيضاً على الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لتسوية مثل هذه المنازعات، والتي تعددت ما بين الوسائل القضائية الداخلية للدولة المضيفة للاستثمار، أو اللجوء إلى المحاكم الدولية لتسوية النزاع بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، من خلال الدولة التي يحمل جنسيتها المستثمر الأجنبي مطالبته ضد الدولة المضيفة للاستثمار.

(1) حفيظه السيد الحداد . العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها) دار الفكر الجامعي، الإسكندرية . 2001. ص 8 .

## مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في الصعوبات التي قد أحاطت بالوسائل القضائية الداخلية للدولة المضيفة، بالإضافة إلي ضعف ثقة المستثمرين فيها، والمشكلات التي قد تواجه المستثمر الأجنبي عند اللجوء إلى المحاكم الدولية أدت إلى لجوء الكثير من الدول إلى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، نظرا لما يحقق من فوائد للدولة وللمستثمرين، خاصة في ظل الاتجاه المتزايد نحو إدراج شرط اللجوء إلى التحكيم في معظم العقود والاتفاقات التي تبرمها الدول المضيفة للاستثمار مع المستثمرين الأجانب.

فبالرغم من أهمية نظام التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، إلا أن هناك بعض العقبات التي وقفت حائلا دون تحقيق نظام التحكيم الفاعلية المطلوبة لتسوية مثل هذا النوع من المنازعات، والتي يأتي في مقدمتها عدم وجود التزام دولي يقع على عاتق الدولة المضيفة للاستثمار يلزمها بتنفيذ الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم الموقع بينها وبين المستثمر<sup>(1)</sup>، بالإضافة إلى الصعوبات التي يمكن أن تواجه المستثمر أثناء تنفيذ حكم التحكيم، مثال ذلك يمكن أن يواجه المستثمر الأجنبي عند محاولته تنفيذ هذا الحكم الصادر له من القضاء الوطني إشكالية التمسك بمبدأ حصانة الدولة ضد التنفيذ على نحو ما تقرره معظم التشريعات الوطنية من عدم جواز التنفيذ الجبري على الأموال المملوكة للدولة، إلى غير ذلك من الأسباب التي وقفت حائلا دون فاعلية تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية عن طريق التحكيم<sup>(2)</sup>.

(1) أثبت الواقع العملي في عدد غير قليل من الحالات التجاء الدول المعنية إلى إنكار شرط التحكيم الذي سبق لها قبوله، بدعوى عدم جواز اتفاقها على التحكيم وقفا لقوانينها الداخلية؛ ففي قضية Framatome والتي تعلق باتفاق هيئة الطاقة الذرية الإيرانية مع بعض الشركات الفرنسية على إنشاء مفاعل نووي، دفعت الهيئة الإيرانية ببطان اتفاقهما على اللجوء إلى التحكيم، استنادا إلى عدة أسباب من بينها أن الدستور الإيراني، بعد تعديله أصبح يتطلب موافقة مجلس الوزراء عند التجاء الهيئات العامة لطريق التحكيم، وهو الأمر الذي لم يتم عند إبرام الاتفاق على التحكيم بين الهيئة الإيرانية والشركات الفرنسية.

انظر هذه القضية في Y.B . com . Arab . 97 ، VOL 11 ، P. 1986.

(2) صدر حكم التحكيم في قضية الحكومة الفيدرالية اليوغسلافية ضد الشركة الأوروبية للدراسات

ورغم هذه الصعوبات التي واجهت نظام التحكيم فإن اللجوء المتزايد إليه أظهر مدى ملاءمة تسوية منازعات الاستثمار عن طريق التحكيم، نظرا لما قد يلعبه نظام التحكيم من دور مهم في حسم المنازعات التي يمكن أن تثيرها عقود الاستثمار إلى درجة أن التحكيم قد يصل إلى أن يعد أمرا حتميا لتسوية مثل هذا النوع من المنازعات، ومن هنا بدأ التفكير في محاولة إنشاء مركز تحكيم دولي تابع لوزارة العدل يتولى تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب، حتى يكون التزاما محليا ودوليا باللجوء إلى التحكيم في مثل هذه المنازعات، يرتب مسئوليتها الدولية عند مخالفته.

وفي ضوء ما تقدم يمكننا تناول هذا الأمر من خلال التقسيم الآتي: -

المبحث الأول : تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية عن طريق القضاء الوطني.

المبحث الثاني : اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، ومحاولات إنشاء مركز تحكيم دولي تابع لوزارة العدل.

## المبحث الأول

### تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية عن طريق القضاء الوطني

يعد قضاء الدولة المضيفة للاستثمار هي صاحبة الاختصاص الأصيل بالفصل في منازعات الاستثمارات الأجنبية التي يمكن أن تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التي يتم مباشرة الاستثمار الأجنبي على أراضيها، ما لم يوجد اتفاق بين أطراف النزاع على خلاف ذلك.

←

والمشروعات، المعروفة اختصارًا بـ ( S.E.E. ) بشأن إنشاء سكك حديدية في يوغوسلافيا . انتهى حكم التحكيم عام 1956 لصالح الشركة الأوروبية، إلا أنه عندما لجأت هذه الشركة إلى التنفيذ على الأموال والممتلكات اليوغوسلافية في فرنسا، دفعت الحكومة اليوغوسلافية بحصانتها ضد التنفيذ، وذلك أمام محكمة باريس الجزئية وطلبت من المحكمة إلغاء أمر التنفيذ، ووقف إجراءات الحجز، وقد أجابتها المحكمة إلى طلبها بوقف التنفيذ، مبررة ذلك بأنه إذا كانت يوغوسلافيا قد قبلت التنازل عن حصانتها القضائية، بموجب شرط التحكيم الوارد في عقدها مع الشركة المذكورة، إلا أن هذا التنازل عن الحصانة القضائية لا يترتب عليه التنازل عن الحصانة ضد التنفيذ، راجع ذلك في: - Ph Kahn., R.S.F. de Yougoslavie C. Ste européenne d'études et d'entreprises. Gr. Inst. Paris, clunet, 1971, N , 2 , p.131 .

ويتفق اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة بالفصل في مثل هذه المنازعات مع مبدأ سيادة الدولة الإقليمية، وهو المبدأ الذي يقتضي إخضاع منازعات الاستثمارات الأجنبية التي يتم مباشرتها على إقليم الدولة للسلطة القضائية لهذه الدولة، باعتبار أن ممارسة الدولة للسلطة القضائية يعد من أحد أهم مظاهر مبدأ السيادة الإقليمية، بحيث يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن منازعات الاستثمار الأجنبي وفقاً للقانون الوطني للدولة التي اتخذت هذه الإجراءات.

وعلى الرغم من أن القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار هو صاحب الاختصاص الأصلي بالفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين المستثمرين الأجانب والدولة التي يتم مباشرة الاستثمار على أراضيها، إلا أن اللجوء إلى القضاء الوطني لتسوية هذه المنازعات أثار العديد من الاعتراضات من جانب المستثمرين الأجانب، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الآراء حول مدى إمكانية تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية عن طريق الوسائل القضائية الداخلية للدول المضيفة.

لذا سنوضح فيما يلي أوجه الاعتراضات على تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية عن طريق القضاء الوطني للدولة المضيفة من جانب، ومن جانب آخر مدى ملاءمة تسوية منازعات الاستثمار أمام القضاء الوطني، وذلك من خلال التقسيم الآتي:-

**المطلب الأول: الانتقادات الموجهة للقضاء الوطني كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية.**

**المطلب الثاني: مدى ملاءمة تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية عن طريق القضاء الوطني.**

## المطلب الأول

### الانتقادات الموجهة للقضاء الوطني كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية

تعرض موضوع تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية عن طريق القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار للعديد من الانتقادات من قبل المستثمرين الأجانب، وتتركز هذه الانتقادات في الصعوبات المتمثلة في خوف المستثمر الأجنبي من احتمال تأثر

القاضي الوطني بالتيارات الفكرية والسياسية السائدة في الدولة المضيفة للاستثمار، التي غالباً ما تكون السبب المباشر أو غير المباشر في الإجراءات الحكومية التي كانت سبباً في نشأة النزاع بينه وبين هذه الدولة، أو كانت على الأقل جزءاً منه، فضلاً على أن انتماء القاضي إلى الدولة المضيفة يجعل منها خصماً وحكماً في آن واحد، مما يؤدي في النهاية إلى إمكانية تحيز القاضي الوطني لمصلحة دولته<sup>(1)</sup>، ولهذا الاعتبار نجد هناك دائماً حرصاً من قبل المستثمرين الأجانب على إخراج منازعات الاستثمارات الأجنبية من نطاق اختصاص القضاء الوطني للدول الأجنبية وخاصة النامية منها.

إلا أن واقع الأمر يؤكد على حقيقة الخلاف حول تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية عن طريق القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار بين الدول المصدرة للاستثمارات الأجنبية والدول المستوردة لها، وأن هذا الخلاف يرجع إلى مجموعة من الأسباب ترجع في جانب كبير منها إلى اعتبارات تاريخية وسياسية، تعود إلى الفترات الاستعمارية التي صاحبت الاستثمارات الأجنبية خلال القرن التاسع عشر، وحتى بدايات القرن العشرين، والتي في ظلها تم منح الأجانب وخصاص المستثمرين منهم، وضعاً متميزاً عن الوطنيين إلى الدرجة التي أدت إلى إقرار قضاء خاص لهم، على نحو ما عرف بنظام الامتيازات الأجنبية التي تم فرضها من الدول الغربية المستعمرة على الدول التي كانت تتم الاستثمارات الأجنبية على أراضيها، وذلك بهدف إخراج المنازعات المتعلقة بهذه الاستثمارات من ولاية اختصاص القضاء الوطني للدولة الواقعة تحت وطأة الاستعمار<sup>(2)</sup>، وهو ما يبرر رغبة الدول النامية على التشدد في التمسك باختصاص قضائها الوطني في الفصل في كافة المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية التي يتم مباشرتها داخل أراضيها.

إلا أن تمسك الدولة المضيفة للاستثمار يقابله شك وتخوف من المستثمر الأجنبي

(1) د. عصام بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1972، ص 168.

(2) د. عمرو مراد حيدر، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في إطار اتفاقية واشنطن بشأن إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 2012، ص 91.

حيال الأنظمة القضائية الوطنية للدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية، يعود في جانب كبير منه إلى التوتر في العلاقة بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة<sup>(1)</sup>، ومن هنا يأتي التخوف الدائم لدى المستثمر الأجنبي من الأنظمة القضائية الوطنية للدول المضيفة، حيث يخشى دائما من احتمال تأثر القضاء الوطني بالتيارات الفكرية والسياسية السائدة في الدولة المضيفة، والتي قد لا تتبع نظما وسياسات جاذبة أو مشجعة للاستثمارات الأجنبية بصفة عامة.

لذا يجب علينا بحث دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية، لتحديد مدى ملاءمة الوسائل القضائية الداخلية في تسوية مثل هذا النوع من المنازعات .

### المطلب الثاني

## مدى ملاءمة تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية

### عن طريق القضاء الوطني

يلعب القضاء الوطني دورا مهما في وضع وإرساء قواعد تسوية المنازعات الناشئة عن منازعات الاستثمار الأجنبي، عن طريق إقامة العدالة بين المستثمر الأجنبي والدول المضيفة للاستثمار، لذا لا يمكننا القول كما قد يحاول البعض الترويج من ادعاءات بعدم كفاءة القضاء الوطني في حل منازعات الاستثمار؛ حيث لا تتفق هذه الادعاءات مع ما يتمتع به القضاء الوطني من نزاهة وحياد.

إلا أننا نرى أن مشكلة تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي لا تتمثل في مسألة حياد ونزاهة القضاء الوطني للدول المضيفة للاستثمار، بقدر ما ترجع إلى الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمارات الأجنبي، فما تتمتع به منازعات الاستثمار الأجنبي من خصوصية، سواء من حيث اختلاف المراكز القانونية لأطرافها، أو من ناحية الطبيعة الفنية والاقتصادية التي تتميز بها هذه المنازعات الناشئة عنها، والذي يرجع إلى عدة أسباب منها الطبيعة الاقتصادية والفنية لهذه المنازعات للاستثمار الأجنبي، والذي قد لا يتفق معه أسلوب

(1) د.أحمد صادق القشيري، التأميم في القانون الدولي الخاص، مجلة الطوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، يناير 1979، ص 137.

ونظام العمل في القضاء الداخلي من جانب، ومن جانب آخر اختلاف المراكز القانونية لأطراف النزاع، من حيث إن أحدهما دولة ذات سيادة تتمتع بالحصانة القضائية، والآخر طرف خاص لا يتمتع بنفس السلطات السيادية التي تتمتع بها الدولة يؤدي إلى وجود بعض الصعوبات التي يمكن أن تحيط بتسوية هذه المنازعات عن طريق اللجوء إلى المحاكم الداخلية للدولة المضيفة الطرف الآخر في النزاع<sup>(1)</sup>.

لذا ينبغي عند تقدير مدى ملاءمة تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية عن طريق المحاكم الداخلية، أو القضاء الوطني للدولة المضيفة مراعاة الاعتبارات الآتية :

1- غالباً ما تفتقر المحاكم الداخلية إلى الخبرة الفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمارات الدولية المعقدة والتي يحتاج الفصل فيها إلى خبرة ودراسة بكافة المسائل الاقتصادية التي يدور حولها النزاع، مثال ذلك المنازعات المتعلقة بعقود استغلال الثروات الطبيعية ، وعقود نقل التكنولوجيا ، وغيرها من المنازعات التي تتطلب المعرفة الفنية التي تفتقدها المحاكم الداخلية مما قد يؤدي إلى عدم الوصول إلى تسوية مرضية للنزاع الاستثماري<sup>(2)</sup>.

يضاف إلى ذلك أن إجراءات التقاضي أمام المحاكم الداخلية تتصف بالبطء والتعقيد، بما لا يتفق مع حاجة منازعات الاستثمار إلى سرعة الفصل فيها، لتعلقها بمسائل مالية ونقدية يترتب على عدم الفصل فيها بالسرعة الواجبة تفاقم الأضرار والخسائر المالية التي يمكن أن تلحق بأي من أطراف النزاع، خاصة المستثمر الأجنبي الذي يحرص على استغلال كل وقته وماله، وفي هذا الإطار يتضح أن أسلوب ونظام العمل في المحاكم الداخلية للدولة المضيفة قد لا يتفق مع الطبيعة الفنية والاقتصادية لمنازعات الاستثمار الأجنبية<sup>(3)</sup>.

2- صعوبات اللجوء إلى المحاكم الوطنية في الدولة المضيفة للاستثمار لتسوية النزاع بينها وبين المستثمر الأجنبي ، ويرجع السبب في ذلك إلى اختلاف المراكز القانونية

(1) Nwogugu ( E.I ) : Legal Problems of Foreign Investment , R.C.A.D.I. , vol 1976 , p 231.

(2) DISPUTES SETTLEMENT , ICSID , 2.1 , UNCTAD , UN , New York and Geneva , 2003 , p.7 .

(3) د. عمرو مراد حيدر، مرجع سابق، ص 95.

لأطراف النزاع، فأحدهما دولة ذات سيادة تتمتع بالحصانة القضائية بشأن بعض تصرفاتها السيادية، بينما الطرف الآخر شخص طبيعي أو اعتباري أجنبي لا يتمتع بنفس السلطات السيادية التي تتمتع بها الدولة، ومن ثم يؤدي هذا الاختلاف في المراكز القانونية بين طرفي النزاع إلى صعوبة تحقيق المساواة الكاملة بينهما أمام المحاكم الوطنية للدولة المضيفة<sup>(1)</sup>، وتزيد الصعوبة بلا شك في حالة ما إذا كانت الهيئة القضائية في الدولة المضيفة للاستثمار يتمتع عليها التعرض لتصرفات الدولة، باعتبار أنها من أعمال السيادة؛ حيث قد لا يتسطيع المستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء الوطني لمقاضاة الدولة بشأن هذه التصرفات.

وهناك عائق آخر يمكن أن يواجه المستثمر الأجنبي عند اللجوء إلى القضاء الوطني لتسوية منازعات الاستثمارات التي تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار، وهو حصانة الدولة المضيفة للاستثمار ضد التنفيذ، ففي حال تمكن المستثمر الأجنبي من الحصول على حكم قضائي بشأن النزاع الاستثماري بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار ومحاولته تنفيذ هذا الحكم، فلن يستطيع المستثمر الأجنبي تنفيذ الحكم، نظراً لحصانة الدولة ضد التنفيذ على نحو ما تقرره معظم التشريعات الوطنية من عدم جواز التنفيذ الجبري على الأموال المملوكة للدولة .

ومما سبق يتضح لنا أن هناك العديد من الاعتبارات الموضوعية قد تقف حائلاً في مواجهة تسوية تلك المنازعات أمام القضاء الوطني للدولة المضيفة، يتمثل أهمها في الطبيعة الفنية والاقتصادية لمنازعات الاستثمار، والتي قد لا تتفق مع أسلوب ونظام العمل أمام المحاكم في القضاء الوطني، فضلاً عن اختلاف المراكز القانونية لأطراف النزاع، وما قد يترتب عليه من عدم إمكانية تحقيق المساواة الكاملة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة أمام القضاء الوطني، فتمتع الدولة بحصانة سيادية ضد التقاضي أو ضد التنفيذ قد يشكل عائقاً يواجه المستثمر الأجنبي عند اللجوء إلى المحاكم الداخلية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية.

(1) د . عصام بسيم، مرجع سابق، ص 168.



## المبحث الثاني

### اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبي، ومحاولات إنشاء مركز تحكيم دولي تابع لوزارة العدل

يعد التحكيم من أبرز الوسائل لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، فبالرغم من تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية المنازعات الناشئة عنها، إلا أنه ظلت هناك خاصية ثابتة لهذه العقود وهي تتعلق على وجه الدقة باللجوء إلى التحكيم كوسيلة مقبولة لتسوية منازعاتها.

وترجع أفضلية التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ذلك إلى عدة أسباب، من أهمها ملاءمة نظام التحكيم مع منازعات الاستثمارات الأجنبية بصفة خاصة، إلى الدرجة التي يعد فيها اللجوء إلى التحكيم في شأن هذه الطائفة من المنازعات أمراً حتمياً، يضاف إلى ذلك ما يتميز به التحكيم من سرعة في الإجراءات، ومرونة تتيح للأطراف اختيار المحكمين، والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أو على موضوع النزاع، فضلاً على أن التحكيم يعد قضاء متخصصاً يكفل المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة والفنية اللازمة لفض منازعات الاستثمار التي تتطلب تسويتها معارف اقتصادية وفنية تتلاءم مع اتساع مجالات الاستثمار الأجنبي<sup>(1)</sup>.

وقبل تناول محاولات إنشاء جهاز دولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي تابع لوزارة العدل، يجب علينا أولاً توضيح أهمية الأخذ بنظام التحكيم في مجال تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ذلك من خلال التقسيم الآتي:-

المطلب الأول: مزايا اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: العقبات التي تحد من فاعلية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية.

المطلب الثالث: محاولات إنشاء جهاز تحكيم دولي لتسوية منازعات الاستثمار

(1) See:

Boisard ( M.A ) : Settling Foreign Investment Disputes , ' Unitar Training Programmes Foreign Economic Relations , UNITAR , DOC No 4 , Module VIII- Revised , 2001 , P.7.  
- Rawding ( N ) : Protection Investment under States Contracts , Some Legal and Ethical Issues , A.I.Q. , vol 11 , 1995. Pp 342-343

الأجنبي تابع لوزارة العدل.

## المطلب الأول

### مزايا اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

يعد اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي أحد أسباب تشجيع الاستثمارات الأجنبية في الدول الراغبة في النمو، ويرجع ذلك إلى عدة أسباب، منها ما يتميز به التحكيم من مزايا، كالسرعة، وتوفير النفقات والخبرة، ومنها ما يرجع إلى طبيعة منازعات الاستثمار الأجنبي من ذاتية وخصوصية، والتي يعد سببها الرئيس هو أن أحد أطراف هذه المنازعة دائما ما يكون دولة تتمتع بسلطات سيادية وميزات يكفلها لها القانون الدولي كاحد أهم الأشخاص الدولية على الإطلاق، وهو ما لا يتوافر لدى الطرف الآخر في النزاع، فهذا الوضع القانوني المعتبر للدولة يثير الشك لدى المستثمر الأجنبي، من حيث إمكانية تحيز القضاء الوطني للدولة الطرف الآخر في النزاع، ومن هنا يأتي حرص المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة، أو أحد الأجهزة التابعة لها، على إدراج شرط التحكيم في الاتفاقات أو العقود المبرمة بينهما، واللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار.

لذا نجد أن غالبية الدول التي تسعى لجذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية تحرص على تضمين القوانين الوطنية الصادرة عنها نصوصا صريحة تقضي بقبول التحكيم في منازعات الاستثمار التي يمكن أن تنشأ بينها وبين المستثمرين الأجانب<sup>(1)</sup>، فالتطور الاقتصادي والتجاري المرتبط بمشروعات التنمية يستلزم أن تتضمن العقود الخاص بها والتي ترم بين الدول فيما بينها، أو مع المنظمات والمؤسسات الدولية، أو مع الأشخاص الخاصة شرط التحكيم لتسوية ما قد يثور من منازعات بشأنها.

(1) د حفيظه السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 259.

## المطلب الثاني

### العقبات التي تحد من فاعلية التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية

على الرغم من أهمية نظام التحكيم في مجال منازعات الاستثمارات الأجنبية، إلا أن هناك بعض العقبات التي يمكن أن تحد من فاعليته كوسيلة لتسوية تلك المنازعات، والتي يأتي في مقدمتها عدم تنفيذ تعهد الدولة باللجوء إلى التحكيم، إذ إن مجرد الوعد باللجوء إلى التحكيم الصادر من الدولة المضيفة سواء في قوانينها الداخلية، أو في اتفاق الاستثمار المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي لا يكفي لتنفيذ التعهد باللجوء إلى التحكيم، فالدول المضيفة يمكن أن تلجأ في سبيل التخلص من اتفاقها مع المستثمر الأجنبي على اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار إلى التشكيك في صحة اتفاق التحكيم ذاته، من خلال الاستناد إلى أحكام قانونها الوطني الذي قد يحظر على الدولة أو هيئاتها العامة، اللجوء إلى التحكيم، كما قد يدفع الدولة في سعيها لإثارة العقبات أمام التحكيم بعدم قابلية موضوع النزاع إلى الفصل فيه بواسطة المحكمين لتعلقه بأعمال صادرة عن الدولة بصفتها سلطة سيادية، أي لارتباط موضوع النزاع بأعمال السيادة، إلى غير ذلك من الأسباب التي تهدف بها الدولة إلى إنكار شرط التحكيم الذي سبق لها قبوله، بدعوى عدم جواز اتفاقها على التحكيم وفقاً لقوانينها الداخلية.

ويرجع ذلك إلى النظرة المشوبة بالحذر والتردد التي تنظر بها تلك الدول إلى نظام التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية على أنه لا يمثل ضماناً للدولة المضيفة، وأنه ليس إلا وسيلة لحماية المستثمرين الأجانب<sup>(1)</sup>.

ففي قضية (Framatome) والتي تعاقبت باتفاق هيئة الطاقة الذرية الإيرانية مع بعض الشركات الفرنسية على إنشاء مفاعل نووي، وحينما لجأت هذه الشركات إلى التحكيم لتسوية المنازعات للمطالبة بمستحققاتها المقررة بموجب الاتفاق، دفعت الهيئة الإيرانية ببطلان اتفاقهما على اللجوء إلى التحكيم، استناداً إلى عدة أسباب، من بينها أن الدستور

(1) د. عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص 13.

الإيراني، بعد تعديله، أصبح يتطلب موافقة مجلس الوزراء عند التجاء الهيئات العامة لطريق التحكيم، وهو الأمر الذي لم يتم عند إبرام الاتفاق على التحكيم بين الهيئة الإيرانية والشركات الفرنسية، وقد انتهت هيئة التحكيم في هذه القضية إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما يطرأ على قوانين الدولة أو دستورها من تعديل، حيث أكدت على أن ذلك يعتبر مخالفاً لمبدأ الفاعلية، إذ لا يجوز للدولة أو إحدى هيئاتها العامة التخلص من التزاماتها عن طريق تعديل قوانينها الوطنية<sup>(1)</sup>.

ولا شك في أن مخاوف الدول المضيفة للاستثمار، وخاصة الدول النامية من التحكيم قد انعكس على قوانينها الوطنية وموقفها من مدى صلاحية دخول الدولة أو إحدى مؤسساتها أو هيئاتها العامة طرفاً في اتفاقات التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية<sup>(2)</sup>؛ حيث استندت هذه الدول على تلك القوانين لتحلل من التزاماتها بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، وهو ما كان له أثره في الحد من فاعلية التحكيم كوسيلة مهمة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية.

لذا نقترح لحل هذه الإشكالية إحالة منازعات الاستثمار الأجنبي إلى نظام تحكيم مؤسسي دولي يتبع وزارة العدل في الدولة المضيفة للاستثمار، يتولى تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب عن طريق التحكيم، وفقاً لاتفاقية دولية، لكي يتحول وعد الدولة باللجوء إلى التحكيم إلى التزام قانوني دولي يضمن تنفيذ اتفاقات التحكيم التي تبرم بحرية وإرادة كاملة بين الطرفين من جانب، ويضمن للدولة المضيفة للاستثمار حياداً، وعدالة، وكفاءة المحكمين المختصين بالفصل في منازعة الاستثمار الأجنبي.

(1) Bruno Oppetit Arbitrage et contrats d'Etat , L'arbitrage Framatome et autre C / A tomic Energy Organization of Iran , op . cit . , P. 37 .

(2) د. عمرو مراد حيدر، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في إطار اتفاقية واشنطن بشأن إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مرجع سابق، ص 122.

## المطلب الثالث

محاولات إنشاء جهاز تحكيم دولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي  
تابع لوزارة العدل

يعد التفكير في محاولة إنشاء جهاز تحكيم دولي لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية تابع لوزارة العدل أمراً متفقاً مع الاتجاه السائد لتسوية المشكلات التجارية والاقتصادية، والتي من بينها مشكلة تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب، وحاجة هذه المنازعات إلى تسويتها بطرق قضائية محايدة، يمكن في إطارها تحقيق المساواة بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، وهو ما يمكن أن يتأتى من خلال السماح للأخير بصفته في اتخاذ إجراءات مباشرة لتسوية النزاع بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار باللجوء إلى التحكيم.

لذلك نقترح إنشاء جهاز تحكيم دولي تابع لوزارة العدل يتولى تسوية طريق منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب، وذلك بعدما ظهرت فائدة التحكيم كوسيلة ملائمة تتفق مع الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمارات الأجنبية.

وفكرة إنشاء جهاز تحكيم دولي تابع لوزارة العدل لتسوية المنازعات الاستثمارية تحفظ حقوق الدولة المضيفة للاستثمار وسيادتها على أراضيها، ويحافظ للمستثمر الأجنبي على حقه في عرض النزاع على خبراء متخصصين في نزاع الاستثمار، بدون الخوف من تحيز القضاء الوطني لصالح الدولة المضيفة للاستثمار، فالوسيلة القانونية الدولية الفعالة لتسوية المنازعات قد تكون الأمل الوحيد على المدى الطويل للدول الصغيرة الأقل قوة ضد الدول الكبرى الأكثر قوة، والتي أساء البعض منها استخدام حق الحماية الدبلوماسية، واتخذته وسيلة للتدخل في الشؤون الداخلية للدول المضيفة<sup>(1)</sup>.

وفكرة إنشاء جهاز تحكيم دولي لتسوية منازعات الاستثمار تابع لوزارة العدل لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب، أصبحت أمر مهما في وقتنا الحالي؛ فالظروف الاقتصادية الواقعية المتمثلة في حاجة الدول الأخذ في

(1) Young( R ) : Intenational Remedies in Investment Disputes . Aforward View , op . cit . , PF365-366

النمو إلى تدفق رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة، وما يصاحبها من خبرات فنية وإدارية، ووسائل الإنتاج التكنولوجية المتقدمة التي تساعد في تحقيق خطط التنمية الاقتصادية بها، في مقابل حرص الدول المصدرة لرأس المال الأجنبي في توفير كافة الوسائل اللازمة لحماية استثمارات رعاياها في الخارج، نظراً للفوائد العديدة التي تعود عليها من هذه الاستثمارات.

يضاف إلى ذلك أنها وسيلة محايدة ومقبولة، يتحقق أمامها المساواة التامة بين أطراف النزاع، ويمكن من خلالها للفرد اللجوء إليها بصفته الشخصية للفصل في منازعاته مع الدول المضيفة، دون حاجة إلى مساندة دولته لدعواه، عن طريق الحماية الدبلوماسية، فربما يؤدي ذلك إلى إشاعة الثقة بين المستثمرين الأجانب وتحقيق زيادة في تدفق رأس المال الأجنبي الخاص وما يصاحبه من خبرات فنية وإدارية إلى الأقاليم التي في حاجة إليها<sup>(1)</sup>.

ومن أهم المحاولات التي تمت لتحقيق هذه الأهداف محاولة جمهورية مصر العربية في إنشاء مكتب للتحكيم ليختص دون غيره بتسوية منازعات الشركات الحكومية مع الجهات والأشخاص الطبيعيه والاعتبارية، وتم تنظيم ذلك من خلال قرار وزير العدل - رقم 985 لسنة 1966 بشأن تنظيم مكتب التحكيم، والقانون رقم 97 لسنة 1983 بشأن هيئات القطاع العام وشركاته رقم 97 لسنة 1983.

حيث نص قرار وزير العدل - رقم 985 لسنة 1966 بشأن تنظيم مكتب التحكيم، في المادة الأولى على أن (أ- ينشأ بوزارة العدل مكتب للتحكيم يلحق بالمكتب الفني لوزير العدل ويقوم بأعماله الفنية من يندب لذلك من رجال القضاء وأعضاء النيابة العامة، ويلحق به عدد كاف من الموظفين الإداريين والكتبيين. ب- يتولى المستشار الفني لوزير العدل تنظيم العمل بمكتب التحكيم).

يكون ترشيح رؤساء هيئات التحكيم - في غير المنازعات الإدارية - بمعرفة الإدارة العامة للتفتيش القضائي من بين رجال القضاء من في درجة مستشار بالأقدمية فيما بينهم، مع استثناء المعارين أو المنتدبين في الداخل أو الخارج نظير مكافآت، أو مرتبات إضافية،

(1) د. عصام بسيم. مرجع سابق، ص 170

أو من لم يمض على انتهاء إعارتهم أو نديهم ثلاث سنوات، مع مراعاة أن يكون البدء في الترشيح بمن لم يصبهم دور الانتداب للجان التقييم، وبمن مضى على نديهم لتلك اللجان ثلاث سنوات فأكثر، ثم بمن ندبوا للجنة تقييم واحدة خلال الثلاث سنوات السابقة، ثم بمن ندبوا للجنة خلال تلك المدة وهكذا، مع مراعاة التسوية بينهم في عدد مرات الندب باعتبار الاختيار لرئاسة أربع هيئات تحكيم بمثابة ندب للجنة تقييم واحدة<sup>(1)</sup>.

أما إذا كانت المنازعة إدارية فإن وزير العدل يختار رؤساء هيئات التحكيم في الطلبات والقضايا المقيدة بجدول المنازعات الإدارية من بين مستشاري مجلس الدولة الذين يرشحهم رئيس المجلس، ووفقا لترتيب الأقدمية بينهم<sup>(2)</sup>.

ويجب قيد طلبات التحكيم المقدمة من الجهات المتنازعة إلى وزير العدل وإخطار باقي الجهات المختصة بصورة من تلك الطلبات، وتكليفها باختيار محكم لها خلال أسبوعين من تاريخ إخطارها، فإذا انقضت المدة المذكورة دون إبلاغ وزارة العدل بما يفيد اختيار إحدى الجهات المتنازعة محكما لها قام وزير العدل باختيار أحد رجال القضاء كمحكم عن تلك الجهة<sup>(3)</sup>.

وتشكل هيئة التحكيم في كل نزاع برئاسة مستشار من رجال القضاء أو من يكون في درجته على أن يصدر بذلك قرار من وزير العدل، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة (57) من القانون رقم 97 لسنة 1983 بشأن هيئات القطاع العام وشركاته حيث نصت على أن تشكل هيئة تحكيم في كل نزاع بقرار من وزير العدل برئاسة مستشار من رجال القضاء أو من في درجته يختاره الوزير أو مستشار من مجلس الدولة يرشحه رئيس المجلس وعضوية عدد من المحكمين بقدر عدد الخصوم الأصليين في النزاع).

أما عن نوع المنازعات التي يختص بها مكتب التحكيم فقد نصت المادة (60) من القانون رقم 97 لسنة 1983 بشأن إصدار قانون في شأن هيئات القطاع العام وشركاته على أن تختص هيئات التحكيم المنصوص عليها في هذا القانون دون غيرها بنظر المنازعات

(1) المادة (3) من قرار وزير العدل في مصر - رقم 985 لسنة 1966

(2) المادة (4) من قرار وزير العدل في مصر - رقم 985 لسنة 1966

(3) المادة (62) من القانون رقم 97 لسنة 1983 بشأن هيئات القطاع العام وشركاته رقم 97 لسنة 1983

الآتية: (1) المنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام. (2) كل نزاع يقع بين شركة قطاع عام وبين جهة حكومية مركزية، أو محلية، أو هيئة عامة، أو مؤسسة عامة).

ووفقاً للمادة سالفة الذكر فإن كل منازعة تقع بين شركات القطاع العام، أو كل نزاع يقع بين شركة قطاع عام وبين جهة حكومية مركزية، أو محلية، أو هيئة عامة، أو مؤسسة عامة، يخضع للتحكيم لدى مكتب التحكيم لدى وزارة العدل، ويجوز لهيئات التحكيم أن تنظر أيضاً في المنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام وبين الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية وطنيين كانوا أو أجانب، إذا قبل هؤلاء الأشخاص، وبعد وقوع النزاع إحالته إلى التحكيم.

وتنظر هيئة التحكيم النزاع المطروح أمامها على وجه السرعة ودون تقييد بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية إلا ما تعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية في التقاضي، وعليها أن تصدر حكمها في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ القرار الصادر بتشكيل الهيئة<sup>(1)</sup>.

وتكون أحكام هيئات التحكيم نهائية، وناذة، وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من وجوه الطعن، ويسلم مكتب التحكيم إلى من صدر الحكم لصالحه صورة من الحكم مذيلة بالصيغة التنفيذية<sup>(2)</sup>.

وبعد العرض السابق يتضح لنا أن نظام مكتب التحكيم التابع لوزارة العدل يسهم بشكل كبير في تخفيف المنازعات المعروضة على القضاء، مع إصباح التحكيم بالصيغة القضائية عن طريق تشكيلها من قضاة، وبقرار صادر من وزارة العدل، كما أن النزاع لن يستمر لمدة تزيد عن ثلاثة شهور، بدون التقييد بالمواعيد والإجراءات الواردة في قانون المرافعات والقوانين التجارية، وتكون الأحكام الصادرة فيها نهائية.

وهناك محاولة أخرى تمت من أجل وضع مشروع ميثاق متعدد الأطراف لتنظيم العلاقة بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، تلك المحاولة التي قام بها (Dr Abs) (المدير العام للبنك الألماني)، بالاشتراك مع (Lord Shaw cross)، والذي جاء

(1) المادة (65) من القانون رقم 97 لسنة 1983 بشأن هيئات القطاع العام وشركاته رقم 97 لسنة 1983

(2) المادة (69) من القانون رقم 97 لسنة 1983 بشأن هيئات القطاع العام وشركاته رقم 97 لسنة 1983



معبرا عن آراء دوائر رجال الأعمال في الدول الغربية في الموضوع<sup>(1)</sup>. وإن كان مشروع اتفاقية (أبس وشوكروس) تحدث عن تنظيم الاستثمارات الأجنبية التي تتم في الخارج بصفة عامة ، حيث تضمن التزام الدول بمراعاة تعهداتها في شأن الاستثمارات التي يقوم بها رعايا أي طرف آخر، واهتم المشروع بوضع قواعد تضمن معاملة عادلة ومتساوية لأموال وممتلكات الأجانب<sup>(2)</sup>.

إلا أن مشروع الاتفاقية خصص المادة السابعة منه للقواعد المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة بين الدول الأطراف بشأن تفسير أو تطبيق الاتفاقية ذاتها ، وتلك المنازعات الناشئة بين إحدى الدول الأطراف ومواطني الأطراف الأخرى بسبب الأضرار الناتجة عن الإجراءات الناقصة التي تتخذها الدول المضيفة ، كما اشتمل المشروع أيضاً على ملحق يبين كيفية تشكيل محكمة التحكيم واختصاصاتها<sup>(3)</sup>.

ونصت المادة ( 1 ) من ملحق مشروع الاتفاقية على أن " محكمة التحكيم المشار إليها في المادة السابعة سوف تتكون من ثلاثة أشخاص يعينون كما يلي : - كل طرف من الأطراف يعين محكماً واحداً، والمحكم الثالث ( الذي يسمى هنا أحيانا بالرئيس ) يعين بالاتفاق بين الأطراف وإذا لم يتفقوا ، يعينه رئيس محكمة العدل الدولية، أو إذا فشل في تعيينه يعينه السكرتير العام للأمم المتحدة . وإذا فشل أي من الأطراف في تعيين المحكم يقوم رئيس المحكمة بتعيينه "

إلا أنه يلاحظ أن اختصاص محكمة التحكيم بمقتضى المادة 2/7 بالفصل في

(1) د . حسين الموجي، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي للاستشارات الأجنبية الخاصة مرجع سابق، ص 25

(2) حيث تنص المادة الثانية من المشروع على أن

Each party shall at all times ensure The observance of any undertakings , which it may have given " in relation to investments made by nationals of any other party "

(3) حيث نصت الفقرة (أ) المادة (7) من مشروع الاتفاقية على أن (يجوز لمواطني أحد الأطراف الذي يدعي إصابته بضرر من الإجراءات الناقصة للاتفاقية أن يرفع إلى محكمة العدل الدولية، دعوى ضد الطرف المسؤول عن هذه الإجراءات أمام محكمة التحكيم المشار إليها في الفقرة 1 من المادة، بشرط أن يكون الطرف الذي ترفع ضده الدعوى قد أعلن قبوله لاختصاص هذه المحكمة فيما وتلة بادعاءات مواطني طرف أو أكثر بما فيها الطرف المعني).

المنازعات بين مواطني أحد الدول الأطراف ودولة طرف آخر يعد اختصاصاً اختيارياً ، حيث يشترط الموافقة السابقة للدولة المدعى عليها لانعقاد اختصاص المحكمة بنظر النزاع ، كما أنه لا يوجد في نص المادة 7 ما يفيد حظر حق الدولة في مساندة دعوى مواطنها الذي يدعي إصابته بأضرار نتيجة لإجراءات ناقضة للاتفاقية اتخذتها دولة أخرى ، بالإضافة إلى مشروع الاتفاقية لم يتعرض لموضوع استناد طرق التقاضي الداخلية قبل اللجوء إلى التحكيم المنصوص عليه في الاتفاقية <sup>(1)</sup> وعلى أية حال فإن مشروع اتفاقية Abs - Shaw cross بالرغم من أهميته، إلا أنه لم يحز على موافقة الدول، مما ترتب عليه عدم وضع القواعد الواردة في المادة 7 من المشروع موضع التنفيذ، ومن ثم فلم يحقق هذا المشروع نجاحاً عملياً يذكر.

(1) د . عصام بسيم، مرجع سابق، ص 189 .

## الخاتمة

إن إيجاد وسيلة ملائمة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي يعد من أهم العوامل التي تسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية، ومن هنا تأتي أهمية إنشاء مركز تحكيم دولي تابع لوزارة العدل، حتى يطمئن المستثمر الأجنبي، وتطمئن الدولة المضيفة للاستثمار، وكذلك من أجل تحقيق السرعة والإنجاز في تسوية المنازعة من جانب والحياد والخبرة من جانب ثان، وحتى لا نخالف القواعد الدستورية التي تمنح الحق للمواطنين في اللجوء إلى القاضي الطبيعي، وكذلك للمحافظة على العلاقات الدولية بين الدول المضيفة للاستثمار، والدول المصدرة للاستثمار والتي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي.

وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، وهي على النحو الآتي: -

### أولاً: النتائج:

- 1- التطور الاقتصادي والتجاري المرتبط بمشروعات التنمية يستلزم أن تتضمن العقود الخاصة بها والتي تبرم بين الدول فيما بينها، أو مع المنظمات والمؤسسات الدولية، أو مع الأشخاص الخاصة شرط التحكيم لتسوية ما قد يثور من منازعات بشأنها.
- 2- يعد اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، أحد أسباب تشجيع الاستثمارات الأجنبية في الدول الراغبة في النمو، وذلك لما تمتع به منازعات الاستثمار الأجنبي من ذاتية وخصوصية من جانب، ولما يتمتع به التحكيم من مزايا كالسرعة، وتوفير النفقات، والخبرة.
- 3- أن النظرة المشوبة بالحذر والتردد التي تنظر بها تلك الدول إلى نظام التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية على أنه لا يمثل ضماناً للدولة المضيفة وأنه ليس إلا وسيلة لحماية المستثمرين الأجانب، لم يعد لها محل في وقتنا الحالي.
- 4- محاولة إنشاء جهاز تحكيم دولي لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية تابع لوزارة العدل أمر متفق مع الاتجاه السائد لتسوية المشكلات التجارية والاقتصادية، والتي من بينها مشكلة تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب، وحاجة هذه المنازعات إلى تسويتها بطرق قضائية محايدة.
- 5- إنشاء جهاز تحكيم دولي تابع لوزارة العدل لتسوية المنازعات الاستثمارية يحافظ

للدولة المضيفة للاستثمار على حقوقها، وسيادتها على أراضيها، ويحافظ للمستثمر الأجنبي على حقها في عرض النزاع على خبراء متخصصين في نزاع الاستثمار بدون الخوف من تحيز القضاء الوطني لصالح الدولة المضيفة للاستثمار.

6- إنشاء جهاز تحكيم دولي لتسوية منازعات الاستثمار تابع لوزارة العدل لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب، أصبحت أمر مهما في وقتنا الحالي؛ فالظروف الاقتصادية الواقعية المتمثلة في حاجة الدول الأخذ في النمو إلى تدفق رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة وما يصاحبها من خبرات فنية وإدارية ووسائل الإنتاج التكنولوجية المتقدمة التي تساعد في تحقيق خطط التنمية الاقتصادية بها، في مقابل حرص الدول المصدرة لرأس المال الأجنبي في توفير كافة الوسائل اللازمة لحماية استثمارات رعاياها في الخارج، نظرا للفوائد العديدة التي تعود عليها من هذه الاستثمارات.

#### ثانيا: التوصيات:

توصى الدراسة بإحالة منازعات الاستثمار الأجنبي إلى نظام تحكيم مؤسسي دولي يتبع وزارة العدل في الدولة المضيفة للاستثمار، يتولى تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب، عن طريق التحكيم، وفقا لاتفاقية دولية، على أن يكون نظام هذا المركز على النحو الآتي: -

1- ينشأ بوزارة العدل مركز تحكيم دولي يلحق بالمكتب الفني لوزير العدل، يتولى رئاسته أحد مستشاري وزير العدل.

2- يكون الترشيح لعضوية هيئات التحكيم بالأقدمية من بين رجال القضاء العاملين في المحكمة التي تعقد بدائرتها جلسات هيئات التحكيم، على أن يبدأ في الاختيار بمن في درجة رئيس محكمة، ثم القضاة، ويكون من حق هيئة التحكيم الاستعانة بمن تراه من الخبراء والمتخصصين في مجال النزاع.

3- يعرض مركز التحكيم ملف النزاع على رئيس هيئة التحكيم خلال عشرة أيام من تاريخ صدور القرار الوزاري بتشكيل الهيئة، ليتولى تحديد الجلسة في ميعاد أفصاه أسبوعان من تاريخ عرض الملف عليه، ويتولى المركز إخطار المحكمين والجهات

المتنازعة بالجلسة المحددة قبل الجلسة بوقت كاف.

4-تنظر هيئة التحكيم ما يعرض عليها من منازعات على وجه السرعة، حضر الخصوم أو لم يحضروا، بعد التأكد من صحة الإخطار، وعليها الفصل فيها خلال ثلاثة شهور على الأكثر من تاريخ صدور قرار التشكيل.

5- تنظر هيئة التحكيم النزاع المطروح أمامها على وجه السرعة، ودون تقيد بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية، إلا ما تعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية في التقاضي، وعليها أن تصدر حكمها في مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ القرار الصادر بتشكيل الهيئة.

6- يجب أن يتخذ المركز اتفاقية دولية كإطار دولي لتسوية منازعات الاستثمار، كاتفاقية واشنطن. 1968

7- تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية، ونافذة، وغير قابلة للطعن فيها بأي وجه من وجوه الطعن، ويسلم مكتب التحكيم إلى من صدر الحكم لصالحه صورة من الحكم مذيلة بالصيغة التنفيذية.

### الملخص

تتسم منازعات الاستثمارات الأجنبية التي تدور بين الدول المضيفة للاستثمار والمستثمرين الأجانب بعدة خصائص تميزها عن سائر المنازعات الاقتصادية، ومنازعات التجارة الدولية، إلا أن الصعوبات التي أحاطت بالوسائل القضائية الداخلية للدولة المضيفة، وضعف ثقة المستثمرين فيها، بالإضافة إلى المشكلات التي قد تواجه المستثمر الأجنبي عند اللجوء إلى المحاكم الدولية أدت إلى لجوء الكثير من الدول إلى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، نظرا لما يحقق من فوائد للدولة وللمستثمرين، خاصة في ظل الاتجاه المتزايد نحو إدراج شرط اللجوء إلى التحكيم في معظم العقود والاتفاقات التي تبرمها الدول المضيفة للاستثمار مع المستثمرين الأجانب. ومن هنا بدأ التفكير في محاولة إنشاء مركز تحكيم دولي تابع لوزارة العدل يتولى تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب، حتى يكون التزاما محليا ودوليا باللجوء إلى التحكيم في مثل هذه المنازعات، يرتب مسئوليتها الدولية عند مخالفته.

وقد توصلنا في نهاية الدراسة إلى إمكانية عرض منازعات الاستثمار الأجنبي إلى نظام تحكيم مؤسسي دولي يتبع وزارة العدل في الدولة المضيفة للاستثمار، يتولى تسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب، عن طريق التحكيم، وفقا لاتفاقية دولية.

### پوخته

ناکۆکیه کانی وه به ره ئانی بیانی که له نیوان دهول هتی میواندار و وه به ره ئانی بیانیه کان ده سوړی ته وه، به ژماره یه ک تاییه تمه نندی جیاده کری ته وه له ناکۆکیه ناوبریه کانی دیکه، و ناکۆکیه کانی بازرگانی نی و دهول هتی، به ئام ئه و ئاسته نگانیه که دهوری هۆکاره دادوه ریه ناوخۆیه کانی دهول هتی میوانداریان داوه، و لاوازی متمانه ی وه به ره ئانی نه ران تیی پدا، سه رباری ئه و کئی شانه که پرو به پرووی وه به ره ئانی بیانی ده بنه وه له کاتی په نابردن بۆ دادگا نی و دهول هتی هتی کان، سه رده کئی شتی ت به ره و په نابردنی زوری ک له دهول هتی کان بۆ ناوبریانی وه ک هۆکاری ک بۆ چاره سه رکردنی ناکۆکیه کانی وه به ره ئانی بیانی، به له بهر چا و گرتنی ئه و سو ده ی که به دهستی دهی نی ت بۆ دهول هت و وه به ره ئانی نه ران، به تاییه ت له ژیری روشنایی گه شه سه ندنی ت پیروانین به ئاراسته ی دانانی مه رچی په نابردن بۆ ناوبریانی له زورینه ی گری به ست و به ئانی نامه کاندای که دهول هتی میواندار ئه نجامی ده دات له گه ل وه به ره ئانی نه ره بیانیه کان.

لئ ره وه بۆ چوونی هه ول دان بۆ دروست کردنی ناوه ندی کی ناوبریانی نی و دهول هتی سه ر به وه زاره تی داد ده ست پی ده کات، که چاره سه رکردنی ناکۆکیه کانی وه به ره ئانی بیانی له نیوان دهول هتی میواندار و وه به ره ئانی نه رانی بیانی له ئه ست بۆ بگری ت، تا وه کو ده بی ته پابه ندی بونی کی ناوخۆیی و نی و دهول هتی په نابردن بۆ ناوبریانی له و ناکۆکیانه ی که له سه ر پی چه وانه کردنیان به رپر سیاریه تی نی و دهول هت دروست ده بی ت.

له کۆتایی لی کۆل بنه وه که دا گه پشینه ئه وه ی که ده کری ت ناکۆکیه کانی وه به ره ئانی بیانی بخری ته به رده م سیستم کی ناوبریانی دامه زرا وه ی نی و دهول هتی سه ر به وه زاره تی داد له دهول هتی میواندار، که ئه رکی چاره سه رکردنی ناکۆکیه کانی وه به ره ئانی له ئه ست بۆ ده گری ت له ری گه ی ناوبریانی وه به ره پی ی ری که ونه مای نی و دهول هتی، له نیوان دهول هتی میواندار و وه به ره ئانی نه رانی بیانی.

### Abstract

Foreign investment disputes between host countries and foreign investors have several characteristics that distinguish them from other economic and international trade disputes, but the difficulties surrounding the domestic judicial means of the host country, the weak confidence of investors in them, as well as the problems that foreign investors may face when resorting to international courts have led many States to resort to arbitration as a means of resolving foreign investment disputes, given the benefits to the State and investors, particularly in the context of the trend. Increasingly, the requirement to resort to arbitration is included in most contracts and agreements concluded by host countries with foreign investors. Therefore, consideration has begun to be given to the attempt to establish an international arbitration Centre under the Ministry of Justice to resolve foreign investment disputes between host States and foreign investors, so that it is a domestic and international obligation to resort to arbitration in such disputes, which would assume its international responsibility when it is violated. At the end of the study, we found that foreign investment disputes could be presented to an international institutional arbitration system under the Ministry of Justice of the host country, which would resolve investment disputes between host States and foreign investors, through arbitration, in accordance with an international convention.



## معاهد القانون المقارن بوزارات العدل ودورها

### في صياغة القوانين

(پهیمانگاکانی یاسای بهراوردکاری له وهزارهتهکانی داد و روئیان له  
دارشتنی یاساکاندا)

Institutes of comparative law in the ministries of justice and their role in  
drafting laws

د. عبدالله فاضل حامد

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد/ جامعة دهوك

دكتور/ عهبدوڤا فازل حاميد

پروفیسوری یاریدهدر له یاسای نیودهولتهتی تاییهت/ زانکوی دهوک

**Dr. Abdullah Fadhel Hamid**  
Assistant Professor of Private International Law, University of Duhok,  
Kurdistan of Iraq



## معاهد القانون المقارن بوزارات العدل ودورها في صياغة القوانين

د. عبدالله فاضل حامد

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد/ جامعة دهوك

## الكلمات المفتاحية:

صياغة القوانين، تطوير القوانين، الدراسات المقارنة، أهداف القانون المقارن

كليه ووشه:

دارپشتنی یاساکان، گه شه پیدانی یاساکان، توژیینه وه به راوردکاریه کان، ئامانجه کانی یاسای به راوردکاری.

**Key words:** drafting laws, developing laws, comparative studies, objectives of comparative law.

## المقدمة

لا أحد ينكر ما لدراسات القانون المقارن من أهمية في مجال صياغة وتطوير القوانين، وتكمن هذه الأهمية في تحديد الجوانب الإيجابية في القوانين محل المقارنة للاستفادة منها محلياً. فها هو أرسطو، في القرن الخامس والرابع قبل الميلاد، يقارن بين دويلات المدن اليونانية على النحو الآتي: "عندما نشرع في تحديد أي دولة هي الأفضل بالنسبة للأفراد القادرين على أن يعيشوا حياتهم كما يرغبون قدر المستطاع، يجب علينا أن نأخذ بنظر الاعتبار الدساتير المعمول بها في كل دولة، إضافة إلى الدساتير المقترحة من قبل الأفراد، كي نحدد أي منها صحيحة ومفيدة"<sup>(1)</sup>. واستناداً على هذه المقولة، يشير فقيه القانون الجنائي الألماني "فيورباخ" إلى ضرورة دراية الباحث القانوني بالقانون المقارن؛ لأن أغنى مصدر لجميع الاكتشافات المفيدة في مختلف العلوم التجريبية يكمن في وسيلة الدمج والمقارنة، وإن دراسة المتناقضات المتشعبة تؤدي دون شك إلى وضوح القدر

(1) See Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, The Oxford Hand Book of Comparative Law, Second Edition, 2019, p. 4.

المنسجم والملائم من بينها، فمن خلال ملاحظة أوجه الشبه والاختلاف في الأشياء محل المقارنة يمكن التمييز بدقة خصوصية كل شيء على حدة وطبيعته الداخلية، فكما أن اختلاف اللغات والألسن أنتج علماً مناسباً في اللغات، يمكن بالمثل مقارنة القوانين والأعراف العائدة للأمم مختلفة، كي نصل إلى خلق علم قانوني عالمي، على نحو يستطيع لوحده بدون شروط إضافية ضمان حياة يسودها العدل والاستقرار بالنسبة لأي دولة معنية بما ذكر<sup>(1)</sup>.

وقد تتولى مهام الدراسات المقارنة، هيئات ومعاهد متخصصة، يعمل فيها خبرات قانونية فذة، إن كانت المعاهد وطنية (محلية)، أو كانت دولية. والوطنية منها قد تأخذ أشكال عدة منها: معهد، أو مركز، أو حتى جمعية، كما في جمعية القانون المقارن العراقية، والذي كان أحد أهدافها، حسب نظامها الداخلي، إنشاء معهد عالي متخصص بالدراسات المقارنة. وأياً كانت أشكال الهيئات والمعاهد الوطنية، فإنها تهدف إلى مقارنة القوانين الوطنية مع نظيراتها الأجنبية بغية تحقيق أمرين هما:

1. تحديد الجوانب الإيجابية في القوانين الأجنبية للاستفادة منها في تطوير القوانين الوطنية. وقبل ذلك، تكون المقارنة قد حددت مواطن العوار في القوانين الوطنية. أو على الأقل، تهدف الهيئة الوطنية إلى تحديد المبادئ القانونية الشائعة في القانون المقارن كي تكون منهالاً متاحاً للقاضي الوطني، يستلهم منها الحكم في المنازعات عند الضرورة.
2. تعريف رجال القانون والمتعاملين على المستوى الدولي بالقوانين الأجنبية في إطار نظرية تنازع القوانين، لاسيما تلك التي تحظى بفرص كبيرة في التطبيق أمام المحاكم الوطنية، والعكس صحيح ومطلوب أيضاً، أي تعريف المحاكم الأجنبية بالقوانين الوطنية، وخاصة تلك التي تحظى بفرص كبيرة في تطبيق القانون الوطني.

أما المعاهد والهيئات الدولية المختصة بدراسات القانون المقارن، فإنها تهدف عادة إلى توحيد القانون الخاص على المستوى الدولي من خلال إبرام الاتفاقيات الدولية وعقد المؤتمرات أو حتى إصدار تشريعات نموذجية غير ملزمة، كما في القوانين النموذجية

(1) See Hein Kotz, Comparative law in Germany Today, article, Revue internationale de droit compare, Annee 1999, p.753-754. Available at the following link: [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1999\\_num\\_51\\_4\\_18179](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1999_num_51_4_18179)

الصادرة عن لجنة القانون التجاري الدولي التابع للأمم المتحدة (الاونسيترال)، أو مبادئ اليونيدروا بشأن عقود التجارة الدولية الصادرة عن معهد توحيد القانون الخاص (اليونيدروا). ومن الناحية الإدارية، يمكن أن يكون معهد القانون المقارن مستقلاً، حكومياً أو غير حكومي، أو يكون ملحقاً بجهة أخرى، كما في الجامعات ووزارات العدل. والنموذج الأخير معمول به في بعض الدول كما في سويسرا.

يهدف هذا البحث إلى دراسة النموذج الأخير لمعاهد القانون المقارن الوطنية، بهدف تشخيص دورها في صياغة القوانين، ودراسة جدوى وجودها في وزارة العدل في العراق وإقليم كردستان-العراق. ونفترض أهمية هذه المعاهد، انطلاقاً من السياسة التشريعية والاقتصادية في البلد، فعلى مستوى السياسة التشريعية، نرى إن البلد في صدد إكمال بنينه التشريعية عبر إصدار ما يجب إصداره ومراجعة ما يجب مراجعته من تشريعات قديمة، قد لا تتلاءم مع فلسفة المجتمع، بأبعادها المختلفة، في الوقت الحاضر. كل ذلك، يأتي بعد الاطلاع على القوانين الأخرى لمعرفة الاتجاهات التشريعية العامة في مختلف الدول. أما على مستوى السياسة الاقتصادية، فإن كلاً من العراق وإقليم كردستان-العراق يتبنيان سياسة السوق المفتوحة وجذب الاستثمارات الأجنبية بالقدر الممكن، وأن أحد عوامل الجذب هو تهيئة بيئة قانونية مناسبة، فيها تنظم العلاقات مع الأجانب على نحو عادل، ويضمن الاستقرار ويحمي التوقعات المشروعة. وعلى هذا النحو، تأتي الدراسات المقارنة لتعريف المشرع بتجارب الأمم الأخرى في هذا الشأن وجدوى تطبيقها محلياً. ولا شك، أن هذا الأسلوب في الدراسات يحمي المشرع الوطني من الارتجال في وضع القوانين، التي سرعان ما يظهر قصورها وعوارها بمجرد وضعها موضع التطبيق الفعلي. كما نفترض أن يهدف هكذا معهد إلى إجراء الدراسات والأبحاث في مجال القانون المقارن وتقييم الدراسات والاستشارات القانونية في مجالات القانون المقارن للجهات الحكومية وغير الحكومية والأفراد، وتنظيم زيارات علمية بين خبراء المعهد والمراكز والمعاهد العاملة في مجال القانون المقارن على المستوى الإقليمي والدولي وعقد ندوات ومؤتمرات ودورات تدريبية وورش عمل في مجال القانون المقارن، إضافة إلى إصدار مجلة تعنى بنشر الدراسات القانونية المقارنة.

بقدر تعلق الأمر بهيكلية البحث، فإننا قمنا بتوزيعه على المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم القانون المقارن وأهدافه  
 المطلب الثاني: مفهوم معاهد القانون المقارن ومهامها  
 المطلب الثالث: دور معاهد القانون المقارن بوزارات العدل في صياغة القوانين

## المطلب الأول

### مفهوم القانون المقارن وأهدافه

إن تحديد مفهوم معاهد القانون المقارن ودورها في صياغة القوانين، يستلزم منا أن نحدد في البداية مفهوم وأهداف القانون المقارن ذاته. عليه، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول مفهوم القانون المقارن، أما الفرع الثاني فسنعرضه لأهداف القانون المقارن.

## الفرع الأول

### مفهوم القانون المقارن

تشير الدراسات المهمة بتتبع تاريخ القانون المقارن إلى أنه قديم قدم القانون ذاته، فقد بدأت الدراسات القانونية المقارنة من خلال ملاحظة دويلات المدن اليونانية للقواعد والمبادئ القانونية المتفوقة والعائدة لدويلة أخرى، ومن ثم محاولة محاكاتها أو تبنيها كلياً. وهكذا، تشير هذه الدراسات إلى أن بعض الدويلات اليونانية تبنت قوانين دويلة أخرى، إما على نحو كلي أو جزئي، وهذا التبني للقوانين في هذا الوقت لم يكن تبنياً لقوانين أجنبية بقدر ما هو تبني لأفضل القوانين اليونانية ذاتها<sup>(1)</sup>. كما تشير ذات الدراسات إلى وجود أكثر من ملامح على الدراسة القانونية المقارنة في كتاب "السياسة" لأرسطو، أو على الأقل في أعمال طلبته، حيث قام هؤلاء بتجميع دساتير (158) دويلة مدينة يونانية في أربع مصنفات تتناول أعراف الإغريق والرومان والبربر، جميعها فقدت، ولم يبقى منها سوى دستور "أثينا" الذي اكتشف في نهاية القرن التاسع عشر مكتوباً على ورق البردي في مصر<sup>(2)</sup>. ولاحقاً، كانت للقوانين اليونانية أثر كبير على القانون الروماني

(1) Walther Hug, The History of Comparative Law, Harvard Law Review, Apr., 1932, Vol. 45, No. 6 (Apr., 1932), p. 1029.

(2) Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, op. cit. p. 4.

القديم لاسيما قانون الألواح الاثني عشر<sup>(1)</sup>، فخلال الفترة التي تم فيها صياغة القانون الروماني، كانت المفاهيم القانونية اليونانية لها أثر معتبر في تطوير القانون الروماني لا سيما الجزء المعروف بـ "قانون الشعوب"، الذي اختص بالأساس في حكم علاقات الأجانب، والذي ابتدعه اجتهاد قاضي الأجانب "البريتور" مستلهماً أحكامه من الأعراف التجارية التي تطورت بتأثير المفاهيم اليونانية التي كانت شائعة الاستخدام بين تجار حوض البحر المتوسط<sup>(2)</sup>، وفيما بعد كان لقانون الشعوب الأثر البالغ في القانون الروماني ذاته وقوانين بقية بقاع العالم، حيث شكل نواة مدونة "جوستنيان"، والأخيرة هي من ألهمت المشرع الفرنسي في وضع القانون الفرنسي القديم.

وفي القرون اللاحقة على سقوط الإمبراطورية الرومانية حتى القرن التاسع عشر بقي التأثير بين القوانين المختلفة موجوداً، وإن كانت درجة التأثير -خوباً وسطوعاً- معتمدة على نمط الأنظمة السياسية السائدة، فكان المقارنة تخبو في ظل الأنظمة الإقطاعية، التي ما برحت تعتنق الإقليمية وتنفر من الأجنبي، وتسطع في ظل الأنظمة الجمهورية والديمقراطية المنفتحة على الغير والأجنبي. وعلى هذا النحو لم يتم التنظير للقانون المقارن وإبراز أهميته كفرع من فروع المعرفة القانونية إلا في القرن التاسع عشر، والفضل في ذلك يعود إلى الفقهاء الفرنسيين والألمان<sup>(3)</sup>، الذين أكدت كتاباتهم على ضرورة أحياء

(1) تشير الرواية التاريخية في وضع قانون الألواح الاثني عشر إلى أنه لما طالب العامة في روما بتدوين القوانين رغبة منهم في الحد من تحكّم الأشراف، أرسلت بعثة إلى بلاد اليونان، وقامت هذه اللجنة بدراسة القوانين اليونانية وخصوصاً قانون "صولون" الذي وضع في أثينا عام 600 قبل الميلاد، ثم عادت البعثة ومعها نتيجة أبحاثها، فشكّلت في عام 451 قبل الميلاد لجنة من عشر رجال لوضع التقنين المطلوب مستعينة بهذه الأبحاث. نقلاً عن د. عبدالمنعم البدرابي، أصول القانون المدني المقارن، ط2، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، 1970، ص43.

(2) Walther Hug, op cit. p. 1031.

(3) لمعت من الفقه الفرنسي في مجال القانون المقارن أسماء كل من مونتيسكيو ولامبير وسالي، وفي الفقه الألماني كل من فيورباخ وكانت وكوهلر وسافيني. للمزيد من التفصيل بشأن رواد القانون المقارن في القرن التاسع عشر ينظر د. عبدالسلام الترماني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، ط2، جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص30-37.

الدراسات في حقل القانون المقارن<sup>(1)</sup>. فبالنسبة لـ "فيورباخ"، يعتبر القانون من العلوم التجريبية، ويرى أن تطويره ينبغي أن يستند على الملاحظة التجريبية، ولأن العلم القانوني لا يتحدد بمكان وزمان، فقد ذهب إلى الاعتقاد أن الملاحظة يجب أن تكون شاملة قدر الإمكان وأن تتضمن القانون ومؤسساته في كل الأزمان والأمم<sup>(2)</sup>. ونتيجة هذا الحراك الفكري بشأن أهمية القانون المقارن، عُقد أول مؤتمر للقانون المقارن في باريس عام 1900، والذي يعد تاريخاً لميلاد القانون المقارن كفرع من فروع المعرفة القانونية<sup>(3)</sup>، وكانت الفكرة الأساسية التي دعي من أجلها المؤتمر هو الدعوة إلى قانون مشترك للإنسانية المتحضرة، وهو ما يمثل القانون الطبيعي على شرط أن يتجرد من صفة الثبات ليكون مرناً يجري مع الظروف المتحولة وأن يحتفظ بصفة العمومية<sup>(4)</sup>. وهكذا استمر نمو وتطور القانون المقارن خلال القرن العشرين وحتى يومنا هذا، حيث شهدت هذه الفترة تأسيس معاهد القانون المقارن الوطنية والدولية<sup>(5)</sup>، التي ساهمت بشكل فعال في عقد اتفاقيات دولية عديدة تتناول تنظيم مسائل قانونية معينة على المستوى العالمي، إضافة إلى القوانين النموذجية والمبادئ العامة، وبكل تأكيد ما كانت لترى النور هذه المنجزات القانونية لولا دراسات القانون المقارن.

مما سبق، يبدو واضحاً أن مصطلح "القانون المقارن" لا يشير إلى فرع قانوني كبقية الفروع، بقدر ما يشير إلى منهج في البحث والدراسة القانونية، فإذا كانت كلمة "القانون" تشير عادة إلى مجموعة من القواعد المعيارية المنخرطة في تنظيم علاقة أو مركز قانوني ما، كما في قواعد القانون المدني أو التجاري أو العقوبات، فبكل تأكيد لا وجود لتلك

(1) في دور الفقه الفرنسي في تأسيس علم القانون المقارن وخاصة دور الفقيه "لامبير" ينظر د. محمد كمال الدين إمام، مقاصد الشريعة والقانون المقارن، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي - مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية ومركز الدراسات القانونية والاقتصادية بكلية حقوق إسكندرية، 2011، ص 273.

(2) Ibid, p. 1054.

(3) See Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, op cit. p. 30.

(4) د. عبدالسلام الترماني، المرجع السابق، ص 38.

(5) على المستوى الدولي تم تأسيس اللجنة الدولية للقانون المقارن ضمن هيئة اليونسكو عام 1949.



القواعد في القانون المقارن، كما لا وجود لنوع من العلاقات أو التعاملات التي يتولى تنظيمها القانون المقارن<sup>(1)</sup>. فعلى سبيل المثال، عندما يقال: "القانون المدني المقارن"، فإن هكذا قانون لا يحوي قواعد موضوعية تنظم علاقات القانون المدني، كتلك التي تنشأ عن العقد أو العمل غير المشروع أو غير ذلك، فكل ما يدل عليه مصطلح "القانون المدني المقارن" هو أن القوانين المدنية العائدة لأمكنة أو أزمدة مختلفة تم إخضاعها لعملية المقارنة؛ لأجل التأكد من المدى الذي تتشابه أو تختلف فيه فيما بينها، وأيها في النهاية متماشية أكثر مع ظروف المجتمع الآنية وتوجهاته الاستشرافية، وكذلك تشخيص المبادئ القانونية المشتركة (العامة) بين النظم محل المقارنة، وتمحيص أي منها تراعي أكثر غايات القانون الرئيسة من عدل وإنصاف واستقرار في النظام المجتمعي. وبناء على نتيجة المقارنة، عادة ما يقترح الباحث المقارن على المشرع، ورجال القانون عموماً، تبني الاتجاه الأنسب في عملية التشريع أو الحكم القضائي<sup>(2)</sup>. لذلك، طرحت تسميات أخرى للدلالة على كنه هذا الفرع المعرفي، مثل "التشريع المقارن، الفقه المقارن، الطريقة المقارنة"، ويشير الفقه - بحق - إلى أن المصطلح الألماني "Rechtsvergleichung" أي "مقارنة القوانين" يدل بشكل أوضح على مضمون هذا الفرع المعرفي<sup>(3)</sup>، ولعل أن مصطلح "القانون الموازن وعلم الخلاف"، الذي فضله الدكتور صلاح الدين الناهي، أقرب إلى مضمون هذا الفرع القانوني؛ لأنه يدل على التمييز والمفاضلة بين القوانين، بخلاف المقارنة التي ليس فيها ما يدل على إجراء الموازنة بين النظم والقوانين لتبيان ما بينها من خلاف ووافق<sup>(4)</sup>، ومع ذلك فإن التسمية الشائعة الاستخدام في مختلف اللغات هي "القانون المقارن". وعلى هذا الأساس، عرف جانب من الشراح القانون المقارن بأنه ((العلم الذي يتناول

(1) See H. C. GUTTERIDGE, Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research, CAMBRIDGE AT THE UNIVERSITY PRESS, 1946. p. 1.

(2) Ibid, p.1.

(3) Albin Eser, The Importance of Comparative Legal Research for the Development of Criminal Sciences, Verlag nicht ermittelbar, Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, 1997, p.496.

(4) د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعة أسعد، بغداد، 1968، ص7.

بالدراسة المقارنة نظاميين قانونيين أو أكثر بصدد موضوع أو مشكلة معينة بهدف استخلاص أوجه التشابه والاختلاف بينهما، أو بقصد إبراز المفاهيم والأفكار وأساليب الصياغة القانونية، والوقوف على العوامل والمؤثرات التي جعلت لكل شريعة طابعها المميز وسماتها الخاصة<sup>(1)</sup>، كما عرفه جانب آخر من الشراح بشكل مختصر بأنه ((علم يبحث عن القواعد المشتركة بين القوانين والنظم القانونية المختلفة))<sup>(2)</sup>، أو هو - كما عرفه مؤتمر لاهاي للقانون المقارن في عام 1937 - القانون الذي يعمل على المقارنة بين تشريعات البلدان المختلفة لاستخلاص أوجه الشبه والاختلاف بينها<sup>(3)</sup>. ويلاحظ على هذه التعاريف أنها لا تشير إلى الغاية من القانون المقارن، والتي نعتقد أنها تدخل في ماهية القانون المقارن؛ لذلك يمكننا تعريف القانون المقارن بأنه ذلك الفرع المعرفي القانوني الذي يهتم بدراسة نشأة القوانين وتطورها في المجتمعات المختلفة وعبر الأزمنة المختلفة بهدف فهم أصول القوانين في كل مجتمع، إضافة إلى دراسة التشريعات الوضعية السارية في فترة زمنية واحدة في مجتمعات مختلفة بقصد إظهار أوجه الشبه والاختلاف بينها في سبيل إعادة النظر في صياغة القوانين السيئة وتطويرها. ومن هذا التعريف يتبين أننا نؤيد ما ذهب إليه "لامبير"، الفقيه الفرنسي المعروف في ميدان القانون المقارن، حيث قسم القانون المقارن إلى<sup>(4)</sup>: أولاً، تاريخ القانون المقارن الذي يهتم بنشأة القوانين وتطورها عبر الأزمنة، وهو يمثل أحد فروع المعرفة القانونية. ثانياً، التشريع المقارن الذي يهتم بمقارنة القوانين الوضعية من ناحية تحديد أوجه الشبه والاختلاف، وهو لا يمثل فرعاً من المعرفة القانونية بقدر ما يمثل طريقة في البحث والدراسة القانونية.

- (1) د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 28.
- (2) د. بن سعيد موسى، القانون المقارن، مطبوعة محاضرات، جامعة محمد بو ضياف، المسيلة، كلية العلوم الإنسانية، 2020، ص 2.
- (3) في الحقيقة يوجد خلاف محتدم في الفقه بشأن تعريف وطبيعة القانون المقارن، إذ يذهب فريق إلى سلب صفة الفرع المعرفي عن القانون المقارن ولا يرون فيه إلا طريقة في الدراسة المقارنة، بينما يذهب فريق آخر إلى تأكيد ان القانون المقارن هو أحد فروع المعرفة القانونية. في تفاصيل تعريف وطبيعة القانون المقارن ينظر د. عبدالمنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 19-42.
- (4) في موقف الفقيه "لامبير" من ماهية القانون المقارن ينظر المرجع نفسه، ص 25.

والجدير بالإشارة، أن أسلوب المقارنة في البحث والدراسة القانونية قد يكون كلياً يتناول الأنظمة القانونية محل المقارنة في مجملها، كما لو تمت المقارنة بين نظام القانون العام ونظام القانون المدني، ويمكن أن يكون أسلوب المقارنة جزئياً يخوض في مسألة قانونية بعينها، كما لو تمت مقارنة نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، وبهذه المثابة لا يعد القانون المقارن مجرد دراسة للأنظمة القانونية الأجنبية، وإنما هي دراسة هادفة تصبو إلى تحقيق مجموعة من المكاسب في قمتها تطوير القوانين وإعادة صياغتها من خلال الاستفادة من إيجابيات الأنظمة القانونية محل المقارنة<sup>(1)</sup>. ومن ناحية أخرى، يقسم الفقه أسلوب المقارنة إلى نوعين أساسيين هما: أولاً، المقارنة الوظيفية (Functional Comparison)، وتنطلق هذه المقارنة من فرضية مفادها: أن وظيفة القانون تتمثل في الاستجابة للمشاكل الاجتماعية، وأن جميع المجتمعات تواجه مشاكل ذات طبيعة واحدة كمشاكل العقد أو العمل غير المشروع، وهو ما يمنح الفرصة للمقارنة بين الأنظمة القانونية المتعددة، ولو كانت مختلفة في بنيتها النظرية والفلسفية، طالما أنها تأخذ على عاتقها تحقيق ذات الوظيفة، وتتناول ذات المشاكل الاجتماعية؛ وبذلك تكون القوانين متناظرة وظيفياً، كما لو تم إجراء المقارنة بين نظام التسجيل العيني كركن لإبرام العقد وشرط لنقل ملكية العقار في القانون العراقي، ونظام الشهر العقاري في القانون المصري؛ لأن كلاً من التسجيل العيني والشهر العقاري يؤديان الوظيفة ذاتها بغض النظر عن الاختلاف الجوهري بينهما، وتتمثل الوظيفة في التنبيه إلى جدية الآثار العقدية وعدم الاستعجال في إبرام العقد، وكل ذلك يضمن في النهاية استقرار المعاملات المالية الواردة على العقار، والأخيرة غاية من غايات القانون الجوهري. ثانياً، المقارنة القانونية الإرثية (Cultural Legal Comparison)، وهذا الأسلوب يرفض بداية تحجيم دور المقارنة بين القوانين في الإطار الوظيفي، وإنما يدعو إلى فهم القانون الوطني كتعبير عن الفلسفة والثقافة العامة والإرث القانوني للمجتمع الذي ولد من رحمته، وهو ما يعني

(1) See Ralf Michaels, Comparative Law, forthcoming in, Oxford Handbook of European Private Law (Basedow, Hopt, Zimmermann eds., Oxford University Press, p.1. Article available at following link:

[https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3014&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3014&context=faculty_scholarship)

[//scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3014&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3014&context=faculty_scholarship)

ضرورة التركيز على الجوانب المنطقية والعقلية المعبر عنها في النظام القانوني، وهي جوانب لا يمكن تلمسها إلا من خلال دراسة النظام القانوني المعني ومقارنته بغيره من الأنظمة القانونية. والمسلمة في أسلوب المقارنة الإرثية هي التسليم بأن الاختلاف بين الأنظمة القانونية أمر لا يمكن تجاوزه، وأن حماية هذا الاختلاف جدير بالاعتبار؛ ولهذا السبب ترفض المقارنة الإرثية المفاضلة بين القوانين أو محاولة توحيدها، فكلاهما أمر غير ممكن ولا بالمرغوب فيه، وبدلاً من ذلك ينبغي تعزيز تقبل القانون الأجنبي بما يحتويه من اختلافات<sup>(1)</sup>. ورغم الاختلاف الواضح بين أسلوب المقارنة المشار إليهما آنفاً، إلا أن كلاهما يرفضان اقتصار المقارنة على العناوين العرضية في القانون، بدلاً من ذلك يجب البحث في دور القانون في المجتمع وتقبل وتقدير وجود الاختلافات بين الأنظمة القانونية، فحتى المقارنة الوظيفية لا تنكر الاختلاف بين الأنظمة القانونية، وهي تتيح للمقارن أن يحدد بالتتابع أوجه الشبه في حلول الأنظمة القانونية، وفي ذات الوقت اختلاف الطرق الموصلة لهذه الحلول في كل نظام قانوني، وهذه الاختلافات في طرق الوصول إلى ذات الحلول يكمن فيها دور الإرث القانوني لكل لمجتمع، وهو ما دفع في النهاية جانب من الفقه إلى محاولة الدمج بين أسلوب المقارنة الوظيفية والإرثية تحت مفهوم "النماذج القانونية Legal Paradigms"، وبذلك ينصرف مفهوم النموذج القانوني إلى النمط الذي تعالج به الأنظمة القانونية المشاكل بطريقة معينة (المقارنة الإرثية)، كل ذلك لغرض تلمس الحلول التي يتبعها كل نظام (المقارنة الوظيفية التناظرية)<sup>(2)</sup>.

وفي الوقت الذي تتناول فيه بعض الدراسات المقارنة في العلوم الأخرى المسائل التي تهتم بها بعيداً عن مداخله العوامل السياسية والأخلاقية السائدة في زمان ومكان معينين، كما في علم اللغات المقارن، يتحتم على القانون المقارن دراسة قوانين منتمية لأزمنة وأمكنة مختلفة، تختلف فيها -ضرورة- المزاجات السياسية والأخلاقية، مما يعني أن القانون المقارن يتناول في سبيل إنجاز مهمته قوانين متأثرة أيما تأثير بالمزاجات السياسية والأخلاقية السائدة في المكان والزمان اللذان نشأت فيه، وهذا دون شك يزيد من صعوبة

(1) See Ralf Michaels, op. cit. p.2.

(2) Ibid, p. 2.

المقارنة، ويفرض تحمل الكثير من العناء في سبيل التوصل إلى نتائج موضوعية ومحايدة تخرج من رحم المقارنة، كل هذا قد يغيب في بقية فروع المعرفة المقارنة<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### أهداف القانون المقارن

إن تحديد أهداف القانون المقارن يعد من المسائل الجدلية في الفقه، لا سيما فيما يتعلق بالأهداف العملية، لأن كل فرع معرفي علمي يتبغي - ما عدا النتائج النظرية - تحقيق نتائج عملية على أرض الواقع، فحتى العلوم النظرية والفلسفية المحضة قد تترجم نظرياتها يوماً ما على أرض الواقع. فعلم الفلك، على سبيل المثال يهدف إلى دراسة حركة النجوم، ولكن دراساته ليست محض نظرية؛ لأنها جعلت استطاعة الإنسان الوصول إلى سطح القمر أمراً ممكناً بمرور الزمن، وهو إنجاز ما كان يتحقق دون الدراسات الفلكية. وعلى هذا النحو، يهدف القانون المقارن كغيره من حقول المعرفة إلى اكتساب المعرفة بشأن المواضيع التي يتناولها، وهي بالتحديد اكتساب المعرفة بشأن القانون في المجتمعات المختلفة وطرق وأساليب نشوئه وتطوره، والعديد من نتائج الدراسات القانونية المقارنة تترجم كنتائج على أرض الواقع، كتطوير القوانين وإعادة صياغتها على المستوى الوطني، بعد مقارنتها بنظيرتها الأجنبية. وكذلك، توحيد بعض القوانين الخاصة على المستوى الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية.

وفي حقل المعرفة القانونية المقارنة، عادة ما ينطلق القانون المقارن من فرضية أساسية تتمثل في تعدد القواعد والنظم القانونية بتعدد المجتمعات والأزمنة؛ لذلك يعتمد القانون المقارن إلى دراسة هذا التعدد في القواعد القانونية من أجل تحديد إلى أي مدى هي متطابقة أم مختلفة<sup>(2)</sup>، ويمكن الاهتداء بهكذا دراسة في تقويم القوانين وتصويبها.

(1) RODOLFO SACCO, Legal formants: A dynamic approach to comparative law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 39, No. 1. (Winter, 1991), p. 5. Article available at following link:

<https://www.jstor.org/stable/pdf/840669.pdf?refreqid=excelsior%3A5db9af23b26753eb62967f632982f5c5>

(2) RODOLFO SACCO, op. cit. p.5.

وإذا كان صحيحاً، أن أهداف القانون المقارن هي من المسائل التي لم يتفق بشأنها فقه القانون المقارن، وهو عدم اتفاق منشأه الاختلاف في تصوير طبيعة القانون المقارن كما مر بنا في المطلب السابق. رغم ذلك، يمكن لنا أن نجمل أهداف القانون المقارن بما يأتي:

1. تعزيز التواصل بين المجتمعات، إن سهولة التواصل بين المجتمعات بحكم تطور وسائل الاتصال والمواصلات الحديثة، قد يواجه عقبة تتمثل في عدم فهم الأفراد للبنية القانونية فيما وراء حدود دولتهم التي ينتمون إليها، ذلك أنه إذا لم يفهم الأفراد ثقافة القانون الأجنبي، فإنهم قد يسيئون فهم ذلك القانون، وحتى الانتقاص من قدره<sup>(1)</sup>، وهو ما قد يؤثر في النهاية على وتيرة العلاقات القانونية بين الأشخاص المتممين لثقافات قانونية مختلفة، وهذا ما يؤثر في النهاية على حجم التبادلات التجارية والاقتصادية عبر الحدود الدولية. ويبدو أن تذليل مثل هذه العقبة هي مهمة يتعهد القانون المقارن بأخذها على عاتقه، فيصبح التذليل أمراً ممكناً من خلال التعريف بالتراث الثقافي للمجتمعات الأجنبية، ويعاون القانون المقارن في هذا الصدد دراسات القانون الدولي الخاص الذي يشارك القانون المقارن في هذه المهمة، إن لم يكن القانون الدولي الخاص صورة القانون المقارن في هذا المجال المعرفي. عليه، إذا لم يتم دراسة الاختلافات القانونية عبر أسلوب المقارنة، قد ينجم عن ذلك سوء فهم للمفاهيم القانونية الأجنبية<sup>(2)</sup>، وبهذا يعد القانون المقارن أداة للمعرفة القانونية خارج الحدود السياسية للدول، وأن الباحث المقارن يؤدي مهمة جد صعبة، وضرورية في الوقت ذاته، تتمثل في طرق أبواب التراث القانوني للمجتمعات الأجنبية وفتحها لغير المخاطبين به أصلاً، وهي أبواب يرى الفقه -بحق- إنها لم تعد مغلقة حقيقة بفضل القانون المقارن<sup>(3)</sup>. فمن خلال الدراسات القانونية المقارنة،

(1) للمزيد من التفصيل بشأن دور القانون المقارن في تعزيز العلم بالقوانين الأجنبية ينظر روجر كوتيريل، القانون المقارن والثقافة القانونية، كتاب إكسفورد للقانون المقارن، المجلد الثاني، ترجمة د. محمد سراج، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2010، ص 1093.

(2) Uwe Kischel, Comparative Law, Translate by Andrew Hammel, Oxford University Press, 2019, p. 47.

(3) H. Patrick Glenn, Aims of comparative law, ELGAR ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, Edited by Jan M. Smits, Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, USA, 2006, p. 58.

يمكن معرفة الأصل التاريخي لتقسيمات القانون والخصائص التي تتميز بها مفاهيمها القانونية عن المفاهيم النظرية في البلاد الأخرى، وبالدراسة المقارنة نستطيع أن نعلم سبب تمييزنا بين القانون العام والقانون الخاص وبين القانون المدني والقانون التجاري<sup>(1)</sup>، كما يمكن للأفراد معرفة الاختصاص التشريعي بشأن علاقاتهم الخاصة الدولية، مما يحمي توقعاتهم المشروعة ويحقق لهم الأمان القانوني.

2. تعزيز فهم القوانين الوطنية، ويتحقق ذلك من خلال إطلاع الباحث القانوني على القوانين الأجنبية محل الدراسة المقارنة، مما يساعده في فهم نظامه القانوني الوطني على نحو أسرع وأعمق، لاسيما إذا كانت بعض المفاهيم القانونية الوطنية مأخوذة في الأصل من القانون الأجنبي محل المقارنة<sup>(2)</sup>. فعلى سبيل المثال إطلاع الباحث العراقي على القانون المدني الفرنسي بمناسبة الدراسة المقارنة، يكون سبباً في فهمه العميق لبعض أحكام القانون المدني العراقي التي ترجع في أصولها إلى تقاليد القانون المدني الفرنسي.

3. إثبات تفوق القانون الوطني، يمكن أن تهدف الدراسات القانونية المقارنة إلى إظهار تفوق القوانين الوطنية على نظيرتها الأجنبية، أو على الأقل إبراز نديتها في مقابل القوانين الأجنبية من أجل التقليل من هيمنتها. وهذا ما يمكن تلمسه بوضوح في دراسات الفقه الإسلامي المقارنة مع القوانين الوضعية والتي تنجزها عادة الجامعات والمعاهد الإسلامية، إذ عادة ما يهدف الباحث المقارن إلى إظهار سمو وتفوق الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية. ومثال آخر يشير إليه جانب من الفقه، هو أنه في أعقاب الحرب العالمية الأولى تم إنشاء معهد "ليون" للقانون المقارن في فرنسا عام 1920، وكان مبرر إنشائه هو: أن الانتصار العسكري على دول المركز (ألمانيا وحلفاءها) سيكون ناقصاً إذا لم يتبعه مواجهة هيمنة النظام القانوني الألماني<sup>(3)</sup>.

4. إظهار المراحل التطورية للقانون وتصنيفاته، نتيجة للشهرة الواسعة التي حققتها نظرية "داروين" بشأن التطور البيولوجي للكائنات الحية في القرن التاسع عشر، استلهم

(1) د. عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 51-5-52.

(2) Uwe Kischel, op. cit. p53.

(3) Uwe Kischel, op. cit. p46.

منها الباحثين في العلوم الاجتماعية ما يمكن تسميته بـ "الداروينية الاجتماعية"، أي البحث في نظريات التطور والتصنيف في العلوم الاجتماعية حالها حال علوم الأحياء. وهذا ما شجع بالفعل الفقه القانوني المقارن على البحث في مراحل تطور القانون، منطلقين في ذلك من فرضية تقضي بأن تواجد أفراد مختلفين يتبعون قوانين مختلفة في أزمنة مختلفة يتيح للقانون المقارن أن يلعب دوراً في كشف عملية تطور القوانين. وبموازاة كشف المراحل التطورية للقانون، يسهل على القانون المقارن تصنيف الأنظمة القانونية (العائلات القانونية) الرئيسة في العالم وبيان أوجه الشبه والاختلاف بينها<sup>(1)</sup>، ويبدو أن تتبع تطور القوانين تقبل حتى تطبيق نظرية "الانتقاء الطبيعي"، وإلا بماذا يفسر تبني بعض الأنظمة القانونية الأجنبية من قبل دول أخرى، كما في تبني العديد من الدول -منها دول عربية دينها الرسمي الإسلام- لنظام القانون المدني الفرنسي الأصل، والأخير -في نظرنا- ما هو إلا انتقاء طبيعي للقانون الروماني القديم.

5. يتيح القانون المقارن الفرصة للخبرة الوطنية في إغناء القوانين ذات الصبغة الدولية، وذلك من خلال المشاركة في إعداد الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية، وكذلك قواعد القانون غير الرسمي (القانون المرن) كما في المساهمة في إعداد مبادئ العقود التجارية الدولية المعروفة بمبادئ "اليونيدروا" والتي يتم إصدارها من قبل معهد روما لتوحيد القانون الخاص.

6. إصلاح وتطوير الأنظمة القانونية، بعد أن شهد العالم نشوء الدولة الوطنية في القرن التاسع عشر، والتي بدأت في القارة الأوروبية ثم امتدت إلى بقية القارات، أسرف المشرعون في سن التشريعات الوطنية، ليتناولوا بذلك مختلف العلاقات السياسية والاجتماعية والاقتصادية في المجتمع بالتنظيم التشريعي، وكانت النتيجة وجود آلاف التشريعات النافذة ومئات التشريعات التي هي قيد الإصدار كل عام، حتى أصبحت الدول أمام ظاهرة "التضخم التشريعي". ولاشك، أن رصانة التشريعات صياغة، وملائمتها لظروف المجتمع أحكاماً وغاية، ليس بالأمر السهل، ولكنه ليس مستحيلاً إذا أطال المشرع

(1) H. Patrick Glenn, op. cit. p.59.



النظر في القوانين المقارنة وقيّم أثارها في مجتمعاتها<sup>(1)</sup>، وسبيل المشرع في ذلك هي الدراسات المقارنة المنجزة من قبل معاهد متخصصة، وفي هذا الجانب نستطيع تلمس أهداف القانون المقارن العملية والبنوية<sup>(2)</sup>. وعلى هذا النحو، يساهم القانون المقارن في صياغة القوانين الوطنية صياغة رصينة، ويطور من أحكامها كي تكون ملائمة مع معتقدات وتقاليد المجتمع، وأكثر تحقيقاً للعدل في الوقت ذاته. ومع ذلك، فإن الصياغة الرصينة للقوانين توجب على المشرع أن يكون حذراً في اقتباساته من القانون المقارن<sup>(3)</sup>، وأن لا يصل تأثير المشرع بالقوانين الأجنبية إلى حد استيرادها كما هي، بحيث تقتصر مهمة المشرع على مجرد مهر تلك القوانين بالختم الوطني لتكون نافذة. فما لا يمكن الجدل فيه، هو أن عملية استيراد القوانين فيها أيما مخالفة لمبادئ القانون المقارن ذاته وأسس التشريع السليمة؛ لأن الحقيقة في مجال صياغة القوانين هي أن المشرع في كل زمان ومكان يستلهم أحكام القواعد القانونية من رحم مجتمعه وما يؤمن به من معتقدات وأفكار وما يمارسه من أعراف وما يلتزم به من أخلاق، فتشكّل القواعد القانونية وقد ترجمت فيها تلك الأفكار والمبادئ السائدة بين أفراد المجتمع، فتأتي القاعدة منسجمة مع طموحات الأشخاص وتوقعاتهم. وهذا يدل على أن القاعدة لا تأتي من فراغ وإنما لها أبعاد إنسانية واجتماعية وأخلاقية واقتصادية متجذرة في المجتمع<sup>(4)</sup>، فلكي تتحقق غاية القانون في العدل والاستقرار لا بد أن تسن القاعدة وقد تضمنت الأبعاد الموضوعية المحلية المتوافقة

(1) إن تقنيات صياغة التشريعات الحديثة استحدثت ما بات يعرف بـ "تقييم الأثر التشريعي"، والذي يعني تحليل وتقييم النتائج والآثار الاقتصادية والاجتماعية والمالية والبيئية، المتوقعة قبل استحداث أو تعديل أي أداة تشريعية، وتقييم التكاليف والفوائد أو المزايا المتعلقة بالتدخل التشريعي، بهدف تحديد الخيارات المتاحة واختيار الأنسب منها، سواء كانت تشريعية أم غير تشريعية، وتدوّن مخرجات التحليل بوثيقة تعد لهذه الغاية ليتم إرفاقها مع مشروع السياسة أو التشريع أو البدائل غير التشريعية المعدة. نقلاً عن الدليل الإرشادي لسياسة تقييم الأثر، رئاسة الوزراء الأردنية، إدارة تطوير الإداء المؤسسي والسياسات، وحدة دعم اتخاذ القرار، عمان، 2020، ص 10.

(2) See Ibid, p.60.

(3) ينظر د. صلاح الدين الناهي، مرجع سابق، ص 61.

(4) في تفصيل أبعاد القاعد القانونية ينظر د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط 1، مؤسسة بحسون للتوزيع والنشر، بيروت، 1992، ص 21-43.

مع معتقدات وأفكار المخاطبين بالقاعدة، ولن يتحقق ذلك فيما لو وضعت قاعدة قانونية حالمة أو أنها تترجم أبعاداً غير الأبعاد الوطنية والتي لا تتلاءم مع ظروف مجتمع المشرع. ومع ذلك، فإن ولادة القانون من رحم المجتمع، لا يعني بأي حال عدم الاستفادة مما ثبت فعاليته من أحكام في القانون الأجنبي، والتي تعالج مشاكل مماثلة في دولة المشرع، ولكن كما قلنا بعد دراسة معمقة لهذا القانون.

## المطلب الثاني

### مفهوم معاهد القانون المقارن ومهامها

لعل في تأسيس معاهد متخصصة في القانون المقارن دليل واضح على أهمية الأخير؛ فمنطقياً ما تؤسس المعاهد، ولا تسخر الخبرات فيها، ولا تصرف النفقات على أنشطتها، إلا لخدمة فرع معرفي جليل، خاصة إذا صاحبه في الجلالة حداثة مصطلحاته ووعورة مباحثه، كما هو الحال تماماً في القانون المقارن. وهكذا، تفرض الاستطاعة في سبر أغوار القانون المقارن، ومن ثم الاحتفال بمنجزاته المهمة على الصعيدين الوطني والدولي، وجود مثل هذه المؤسسات المتخصصة بغض النظر عن تسميتها، جمعية كانت أو معهد أو مركز، وبصرف النظر عن تبعيتها الإدارية والمالية، مستقلة كانت أو تابعة لمؤسسة أخرى، فالتسمية والتبعية هنا ليست بذات أهمية بقدر ما للوظيفة والأهداف من أهمية، وهو ما تشترك فيه معظم مؤسسات القانون المقارن. ولأجل الإحاطة بمفهوم معاهد القانون وبيان مهامها، سنقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول

#### مفهوم معاهد القانون المقارن

بدأ الاهتمام بالقانون المقارن في القرن التاسع عشر، كفرع معرفي، بتدريسه كمادة قانونية في الكليات والجامعات<sup>(1)</sup>، فتاريخياً بدأ تدريس القانون المقارن لأول مرة في فرنسا

(1) لاشك أن الذي شحّص أهمية القانون المقارن مما مهد لاعتباره مادة تدرس في كليات القانون هو الكتابات الفقهية في القرون الثلاثة السابقة للقرن التاسع عشر، مثل كتابات الفقيه الفرنسي المعروف (مونتيسكيو) وغيره.

عام 1832 من خلال إنشاء كرسي للقانون المقارن في كلية "College de France"، ثم تبع ذلك إنشاء كرسي للقانون الجنائي المقارن في جامعة باريس عام 1846<sup>(1)</sup>. ولم يقتصر تدريس مادة القانون المقارن على الجامعات الفرنسية، بل تعداها إلى الجامعات في الدول الأخرى، وهو ما نعتقده أحد مفاعيل القانون المقارن ذاته، فكأن الجامعات الأجنبية كانت تقارن مناهجها بمناهج الجامعات الفرنسية، ونتيجة المقارنة هو أن تحذو الأجنبية حذو الفرنسية. ففي بريطانيا مثلاً، استحدثت جامعة إكسفورد كرسي لأصول القانون والتاريخ المقارن لأول مرة عام 1869<sup>(2)</sup>، وهكذا شاع تدريس القانون المقارن في جامعات العديد من الدول الغربية مثل ألمانيا والولايات المتحدة الأميركية وغيرها. أما في الجامعات العربية والعراقية، فعادة ما تدرس مادة القانون المقارن في مرحلة الدراسات العليا، وقد بدأ ذلك في النصف الأول من القرن العشرين. وفي نظرنا، واستناداً إلى أهداف القانون المقارن التي ذكرناها سابقاً، يفترض أن يكون هذا القانون مادة أساسية تدرس في مرحلة البكالوريوس؛ لأنه يوسع من مدارك الطالب القانوني بشأن أصول القانون ومراحل تطوره، والتعرف بعمق على أهم المبادئ العامة في النظم القانونية الرئيسية حول العالم، وهو ما ينمي في النهاية الملكة القانونية لدى الطالب، وهي ملكة تعد الهدف الأساسي في كليات القانون.

وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر، لم تكتفي الدول الأوروبية بتدريس القانون المقارن كمادة في كليات القانون، بل سرعان ما شرعت في تأسيس هيئات متخصصة في دراسات القانون المقارن، وكان أول هيئة للقانون المقارن قد تأسست في باريس عام 1869 باسم "جمعية التشريع المقارن Société de Législation Comparée" وتمثل نشاطها البارز في نشر الدراسات المقارنة، وفي عام 1878 قام الفقيه الألماني كوهلر (Kohler) بتأسيس "مجلة القانون المقارن" في مدينة شتوتغارت. وقد كان الدافع في إنشاء مثل هذه المعاهد والمجلات المتخصصة في القانون المقارن هو رغبة الدول الأوروبية في توحيد القانون الخاص، وهو ما تتوج بعقد المؤتمر الدولي الأول للقانون المقارن عام 1900

(1) George Winterton, Comparative Law Teaching, The American Journal of Comparative Law, Winter, 1975, Vol. 23, No. 1, Oxford University Press, p.90.

(2) Ibid, p.92.

والذي كان بمثابة الميلاد الرسمي للقانون المقارن كفرع من قروع القانون<sup>(1)</sup>. وفي الولايات المتحدة الأميركية اتبع ذات التدرج بشأن الاهتمام بالقانون المقارن، حيث بدأت الجامعات بتدريسه كمادة، مثال ذلك إنشاء جامعة "هارفرد" في عام 1909 برنامج قانوني للدراسات العليا يتطلب دراسة القانون الروماني والقانون المدني الحديث (Modern Civil Law)، ثم ما لبث أن أنشأت الهيئات المتخصصة في القانون المقارن، مثل إنشاء مدرسة "باركر" للقانون الأجنبي والمقارن في جامعة "كولومبيا" عام 1931<sup>(2)</sup>.

عوداً على بدء، وكما ذكرنا فيما سبق، فإن القانون المقارن هو فرع ضمن الفروع القانونية الأخرى، حاله حال القانون المدني والتجاري والجنائي والدستوري وغيره، طبعاً مع فارق المضمون والطبيعة. إلا أنه يلاحظ أن معظم الفروع القانونية تدرس في كليات القانون دون أن يخصص لها هيئة أو معهد متخصص يكون في خدمته، فالفرع القانوني الذي يفتقد لمعهد متخصص يكون في خدمة تعزيز معرفة الطالب القانونية بشأن أحكام هذا الفرع وصقل ملكته القانونية عموماً. والاستثناء على هذا المبدأ هو وجود بعض الفروع القانونية التي لا يتم الاكتفاء بتدريسها، وإنما يخصص لها هيئة أو معهداً متخصصاً يخدم فيها خيرة الخبرات القانونية مثل القانون الدولي والقانون المقارن، فكأنما مثل هذه الفروع (التي لها معاهد متخصصة) تخدم الباحث القانوني من خلال دراساتها المتخصصة، كما يجب أن تُخدم أيضاً من قبل خيرة الباحثين، وهكذا تكون المنفعة متبادلة بين الباحث القانوني والقانون المقارن ضمن مؤسسة بحثية متخصصة. وعلى هذا النحو، يحق لنا أن نتساءل عن أسباب تفرد القانون المقارن بمعاهد متخصصة دون معظم الفروع القانونية الأخرى، وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي تحديد تلك الأسباب، والتي نرى أنها ما يأتي:

1. حداثة القانون المقارن كفرع قانوني، مقارنة ببقية الفروع القانونية كالقانون المدني أو الجنائي مثلاً.
2. صعوبة مباحثه، والمتمثلة في تأصيل أصول القانون وتطوره، ومقارنة الأنظمة القانونية المختلفة.

(1) Ibid, p.92.

(2) Ibid, p.93.

3. دولية أو حتى عالمية مباحث وأهداف القانون المقارن<sup>(1)</sup>، وهو ما يعني وجود مشقة وعبء كبير في سبيل إنجاز مباحثه، لا يقوى على الخوض فيها غير المعاهد المتخصصة.

4. أهميته العملية المتمثلة في توحيد القانون الخاص على المستوى الدولي، وترصين الصياغة القانونية المحلية وتطويرها.

ويبدو أن السبب الأخير لوحده يكون كافياً لإنشاء معاهد القانون المقارن، إن كانت وطنية أو دولية.

وبقد تعلق الأمر بمفهوم المعهد بشكل عام، فإنه يعني كل منظمة دائمة أنشأت لغرض معين، وتكون عادة مؤسسة بحثية كما يمكن أن تكون المعاهد في بعض البلدان جزءاً من الجامعة أو أي مؤسسة للتعليم العالي<sup>(2)</sup>. أما معنى معهد القانون المقارن فإنه يختلف باختلاف طبيعته من حيث كونه وطنياً أو دولياً، فالدولية منها تهتم بدراسة النظم القانونية الرئيسة في العالم بغية توحيدها لاسيما في مجال القانون الخاص، وكذلك أخذ المبادرة في وضع تشريعات نموذجية ينتج عن الأخذ بها توحيد القانون في المجال محل التنظيم من قبل القانون النموذجي، مثال ذلك ما تقوم به لجنة القانون التجاري (الأونسيترال) التابعة لمنظمة الأمم المتحدة<sup>(3)</sup>، أو ما تقوم به الأكاديمية الدولية للقانون المقارن<sup>(4)</sup>،

(1) ينظر د. صلاح الدين الناهي، مرجع سابق، ص 51.

(2) ويكيبيديا على الرابط الآتي:

<https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%85%D8%B9%D9%87%D8%AF>

(3) أنشئت الأونسيترال بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (2205-د-21) في 17 كانون الأول عام 1966، وهي تضطلع بدور هام في تطوير الإطار القانوني لتسهيل التجارة والاستثمار الدوليين من خلال تعزيز مناسقة قانون التجارة الدولية وتحديثه تدريجياً عبر إعداد صكوك تشريعية وغير تشريعية في عدد من مجالات القانون التجاري الأساسية وترويج استخدام تلك الصكوك واعتمادها. ينظر دليل الأونسيترال، حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الأمم المتحدة، فيينا، 2013، ص 1.

(4) تأسست الأكاديمية الدولية للقانون المقارن عام 1924 ومقرها في لاهاي، وهي جمعية خاصة تهدف إلى دراسة القانون المقارن على أسس تاريخية، والعمل على التقدم بالتشريع في البلاد المختلفة وعلى الخصوص في ميدان القانون الخاص عن طريق التقريب والتوفيق بين التشريعات المختلفة.

وكذلك معهد "روما" لتوحيد القانون الخاص (اليونيدروا)<sup>(1)</sup>. وفي المقابل، ينصرف معنى معهد القانون المقارن الوطني إلى المؤسسة التي تعمل على تعزيز فهم القانون المقارن، كل ذلك في سبيل تطوير القواعد القانونية الوطنية من خلال إجراء الدراسات ونشرها، وأيضاً عقد الندوات والمؤتمرات في هذا الشأن. ومن الناحية الإدارية والمالية، قد يكون المعهد مستقلاً في تبعيته الإدارية والمالية بحيث لا يرتبط بمؤسسة أخرى، مثال ذلك المعهد البريطاني للقانون الدولي والمقارن<sup>(2)</sup>، وأيضاً الجمعية الأميركية للقانون المقارن<sup>(3)</sup>. ويمكن أن يكون المعهد تابعاً لجامعة معينة، مثال ذلك معهد باريس للقانون المقارن الذي يتبع جامعة باريس الثانية<sup>(4)</sup>. كما يمكن إلحاق معهد القانون المقارن بوزارة العدل، مثال

← نقلاً عن د. عبدالمنعم البدر اوي، مرجع سابق، ص 64.

(1) تأسست اليونيدروا كمعهد (المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص) في عام 1926 على شكل هيئة مساعدة ضمن منظمة عصبة الأمم، وبعد تعطيل المنظمة الأخيرة في بداية الحرب العالمية الثانية، أعيد تأسيس اليونيدروا في عام 1940 وفق اتفاقية متعددة الأطراف يطلق عليها قانون اليونيدروا (Unidroit Statute)، وتهدف اليونيدروا كهيئة إلى دراسة الطرق والوسائل التي تكفل تحقيق التحديث والمواءمة والتنسيق في القانون الخاص، لاسيما القانون التجاري، بين الدول أو مجموعات من الدول، ويتم ذلك عبر صياغة صكوك قانونية ومبادئ وقواعد موحدة، كما تعمل اليونيدروا على التحضير تدريجياً لاعتماد الدول لما صاغته من قواعد موحدة في القانون الخاص.

(2) تأسس هذا المعهد في عام 1958 وهو يعتبر امتداد للمعهد الإمبراطوري البريطاني الذي تأسس عام 1898 والذي كان من أهدافه تعزيز دراسات القانون المقارن. ينظر

Norman Marsh QC, British Institute of International and Comparative Law, A brief history: 1895 – 1958, November 1998, p.1. Available At [https://www.biicl.org/documents/14\\_12\\_a\\_brief\\_history\\_of\\_biicl.pdf](https://www.biicl.org/documents/14_12_a_brief_history_of_biicl.pdf)

(3) الجمعية الأميركية للقانون المقارن (ASCL) هي المنظمة الرائدة في الولايات المتحدة الأميركية التي تروج للدراسات القانونية المقارنة، تأسست في عام 1951، وهي تضم أكثر من 100 مؤسسة راعية في كل من الولايات المتحدة وخارجها. تنشر الجمعية المجلة الأميركية للقانون المقارن، وهي المجلة الأميركية المتميزة في مجال المنح الدراسية في القانون المقارن، وتعد الجمعية اجتماعات سنوية يقدم فيها علماء القانون المقارن أبحاثاً ويفحصون بشكل نقدي قضايا قانونية مهمة من منظور مقارن. ينظر الموقع الرسمي لجمعية القانون المقارن الأميركية على الرابط الآتي: <https://ascl.org/brief/>

(4) تأسس معهد باريس للقانون المقارن في عام 1931، يمكن الانتماء إليها من قبل الأكاديميين

←

ذلك المعهد السويسري للقانون المقارن. والأخير، تأسس عام 1982 كمؤسسة مستقلة ضمن تشكيلات وزارة العدل والشرطة الفدرالية السويسرية، ويضطلع بدور المركز الذي يحوي معلومات مفصلة عن القانون الدولي والقانون الأجنبي. وفي ذات الوقت، يمثل شبكة وطنية ودولية يجمع الخبراء والمعاهد الموثوقة ذات الخبرة التي تقترب في رسالتها وقيمتها من رسالة وقيم المعهد السويسري للقانون المقارن. وفي مجال البحث والدراسات، فإن المعهد السويسري هو أحد المراكز البحثية، يتدرب ويبحث فيها الأكاديميين ورجال القانون من سويسرا ومختلف الدول الأجنبية، ويمتلك في هذا السبيل مكتبة كبيرة في مجال القانون الدولي والقانون الأجنبي، كما يعتبر المعهد مركزاً للتوثيق الأوروبي<sup>(1)</sup>. ومثال آخر على معاهد القانون المقارن الملحقة بالحكومة هو معهد التشريع والقانون المقارن الروسي، والذي تأسس عام 1923، وهو يمارس وظيفتين أساسيتين هما: أولاً، إجراء البحوث في الفروع الرئيسية للتشريعات الوطنية وتوجهاتها التنموية. ثانياً، إجراء الدراسات القانونية المقارنة حول التشريعات وممارسات إنفاذ القانون في الدول الأجنبية<sup>(2)</sup>.

ويجدر بالإشارة، أنه في حال تعدد المعاهد الوطنية المختصة في دراسة القانون

←

والباحثين من مختلف الأنظمة القانونية، وتهدف إلى تدريس القانون المقارن وإنجاز البحوث المتخصصة بشأنه، وفي مجال التدريس يحاضر فيها في درجة الماجستير أساتذة أكاديميين وخبراء مهنيين فرنسيين وأجانب من مختلف القارات، وبذلك يطلع الطالب (الفرنسي والأجنبي) على التراث القانوني لمختلف الأنظمة القانونية في العالم. وفي مجال البحوث القانونية المقارنة، تنجز البحوث الفردية بإشراف المعهد من قبل الباحثين، كما يعقد المعهد المؤتمرات وورش العمل في مجال القانون المقارن كل عام، وما يتم إنجازه من بحوث ومصنفات يتم نشرها مما جعل المعهد يمتلك أغنى المكتبات المتخصصة في دراسات القانون المقارن. ينظر الموقع الرسمي لمعهد باريس للقانون المقارن على الرابط الآتي: <http://idc.u-paris2.fr>

(1) ينظر الموقع الرسمي للمعهد السويسري للقانون المقارن على الرابط الآتي: <https://www.isdc.ch/en>

(2) للمزيد ينظر الموقع الرسمي لمعهد التشريع والقانون المقارن الروسي على الرابط الآتي: <https://izak.ru/en>

المقارن ضمن الدولة الواحدة، فالأمثل هو جمعها تحت عباءة مركز وطني يشرف على جميع المعاهد الوطنية، وهذا ما حصل بالفعل في فرنسا حيث تم إنشاء "المركز الفرنسي للقانون المقارن" عام 1951 والذي يضم بالإضافة إلى معهد باريس للقانون المقارن، كل من "جمعية التشريع المقارن" و"لجنة التشريع الأجنبي للقانون الدولي"<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني

### مهام معاهد القانون المقارن

من الصعوبة بمكان تحقيق أهداف القانون المقارن دون وجود معهد متخصص يسخر فيها الجهد والخبرات الفذة في سبيل تلك الأهداف، وحالما تبذل هذه الجهود، إن عبر ورش العمل والمؤتمرات وإن عبر الدراسات القانونية المقارنة، حتى يولي المعهد هذا الجهد القانوني الاهتمام اللازم من خلال نشرها في مجلات خاصة بها، كي تكون متاحة للباحثين ورجال القانون. وبكل تأكيد، ستري هذه الجهود -يوماً ما- طريقها إلى الواقع القانوني من خلال تطوير القوانين وترصين صياغتها على المستوى الوطني، وتوحيدها على المستوى الدولي.

استناداً إلى ما ذكر أعلاه، تتعدد المهام المنوطة بمعاهد القانون المقارن، ولعل أهم هذه المهام ما يأتي:

**أولاً: المهام الأكاديمية التخصصية،** يمكن أن يتولى معهد القانون المقارن، لاسيما الملحق منها بجامعة معينة، كما في معهد باريس للقانون المقارن، مهمة فتح مقاعد دراسية متخصصة في القانون المقارن، خاصة في مراحل الدراسات العليا كفتح مقاعد لنيل درجة الماجستير في القانون المقارن<sup>(2)</sup>.

(1) اختصت "جمعية القانون المقارن الفرنسية" بتنمية الروابط بين فقهاء البلاد المختلفة المشتغلين بالقانون المقارن، أما "لجنة التشريع الأجنبي للقانون الدولي" فهي تشرف عملياً على مصلحة التشريع الأجنبي بوزارة العدل، وينحصر نشاطها في مد البرلمان والسلطات القضائية والجهات الإدارية بالمطبوعات التي تلزمها في خصوص التشريعات الأجنبية. نقلاً عن د. عبدالمنعم البدرابي، مرجع سابق، ص 66.

(2) في المهام التدريسية لمعهد باريس للقانون المقارن ينظر الموقع الرسمي للمعهد على الرابط الآتي:  
<http://idc.u-paris2.fr/>



ثانياً: المهام البحثية، وهي تعد من المهام الرئيسة لمعاهد القانون المقارن بمختلف صنوفها، وتنصرف هذه المهام إلى البحث بتعمق في قضايا القانون المقارن ذاته كفرع معرفي، إضافة إلى إجراء الدراسات القانونية المقارنة بهدف تطوير القانون الوضعي على المستوى الوطني، وكذلك محاولة توحيدته على المستوى الدولي. وتشهد المرحلة الزمنية التي عاشها القانون المقارن، والتي بدأت من مؤتمر باريس عام 1900، على حجم البحوث والدراسات المنجزة خلال هذه الفترة، كما تشهد المصنفات في القانون المقارن والمكتبات المتخصصة على نوعية الفقهاء والباحثين المهتمين بهذا النوع من الدراسات. فمما لا جدال فيه، هو نوعية المصنفات، والمنجزة بخبرات وإقلام نوعية أيضاً، مشهود على براعتها في الدراسات القانونية، وبكل تأكيد معظم هذه المنجزات البحثية عادة ما تتم في إطار معاهد متخصصة في القانون المقارن<sup>(1)</sup>. ويجدر بالذكر، إن إنجاز الدراسات المقارنة يمكن أن تتم بمبادرات شخصية من قبل الباحثين والأكاديميين يتولى المعهد دعمها، وطنيين كانوا أو أجانب، أو تتم من خلال المؤتمرات العلمية التي تقام برعاية معاهد القانون المقارن. وعلى هذا الأساس، تمثل معاهد القانون المقارن مؤسسات رائدة في العلوم الاجتماعية، ذات أهداف ومهام أساسية في المجتمع.

ثالثاً: المهام العملية المتعلقة بصياغة وتطوير القوانين، ليس بدعاً القول أن مختلف الفروع المعرفية تكمن أهميتها في الجوانب العملية، وما تساهم به حقيقة في تحسين وتطوير الحياة المجتمعية بمختلف مظاهرها، وهذه المساهمة العملية تكون بارزة أكثر في بعض الفروع المعرفية لا سيما التطبيقية منها، كالطب والهندسة والفيزياء وغيرها. ومع ذلك، فإن الفروع المعرفية الاجتماعية لا أحد ينكر مساهماتها الرائدة في معالجة الظواهر التي تتناولها، معالجة واقعية، وبذلك لا يمكن أن نتصور فرعاً معرفياً، تخدم فيه عقول متميزة وجبارة، تقتصر وظيفته على التحليل والتنظير دون أن يجد ترجمة له على أرض الواقع، بل من الضروري وجود تطبيق لكل تنظير، له أهمية، في واقع حياة الأفراد، ونؤكد هنا أن القانون المقارن لا يعد استثناءً على هذه القاعدة؛ لأن اقتصار القانون المقارن على

(1) See W. J. Kamba, Comparative Law: A Theoretical Framework, The International and Comparative Law Quarterly, Jul., 1974, Vol. 23, No. 3 (Jul., 1974), p.485.

دراسة النظم القانونية في العالم لا تؤتي أكلها إذا اقتصرنا على تجميع المصنفات القانونية في شرع من الشرائع ووضعها جنباً إلى جنب، كما لو أننا نتجول في أروقة متحف قانوني ثم نخرج دون أن نأخذ شيئاً، بل لا بد أن تكون الدراسة انتقادية تحليلية تهدف إلى تقييم القوانين محل المقارنة وإعادة تركيبها<sup>(1)</sup>، فإن كان لا بد من الولوج في دراسة مقارنة، فيجب على أقل تقدير أن نخرج بنتيجة نخدم بها القانون الوطني أو حتى الدولي. وعلى هذا الأساس، فإن جل دراسات وأبحاث القانون المقارن يمكن أن تترجم على أرض الواقع، بحيث تؤثر إيجاباً في التنظيم القانوني لعلاقات الأفراد في المجتمعين الوطني والدولي، ونعتقد أن الإيجابية هنا تتمثل في وجود قواعد قانونية تحقق العدالة والاستقرار بشكل أمثل، وهو جل ما يسعى إليه القانون في المجتمعات المختلفة. ويبدو أن وجود معهد للقانون المقارن، يكون مؤهلاً بحكم تخصصه، أن يتولى مهمة تحديد الجوانب العملية التي تحتاج إلى المزيد من البحث والدراسة المقارنة، فكأن المعهد يتخذ هنا دوراً موجهاً للباحثين والأكاديميين، بحيث يوجههم إلى المجالات والحقول القانونية التي تستحق الدراسات المقارنة. وبعد أن تنجز الدراسة المقارنة، وقد شخصت الحلول فيها من خلال المنهج المقارن، يستطيع المعهد حث الجهات ذات العلاقة على تبني تلك الحلول، كل ذلك من أجل تطوير القوانين القديمة عبر تعديلها وإعادة صياغتها أو حتى استحداث قوانين جديدة.

رابعاً: المهام التثقيفية، إن جميع منجزات معاهد القانون المقارن من دراسات وأبحاث يجب أن تكون متاحة لجمهور رجال القانون من مشرعين وقضاة وباحثين وغيرهم، وطنيين كانوا أو أجنبان؛ ولهذا السبب نجد أن جميع معاهد القانون المقارن عادة ما تقوم بنشر دراساتها في مجلات ودوريات متخصصة في القانون المقارن<sup>(2)</sup>. ولا شك، أن هذه

(1) ينظر د. صلاح الدين الناهي، مرجع سابق، ص 32.

(2) مثال ذلك، مجلة القانون المقارن العراقية، والمجلة الدولية للقانون المقارن التي تصدرها جمعية القانون المقارن الفرنسية، والمجلة الأميركية للقانون المقارن التي تصدرها جمعية القانون المقارن الأميركية. للمزيد بشأن مجلات ودوريات القانون المقارن ينظر د. عبدالسلام الترماني، مرجع سابق، ص 21-23.

الدوريات المتخصصة تساهم بشكل فعال في توسيع أفق القانون حيث يلم المخاطب بها -من رجال القانون- بالقوانين الأجنبية ويتسع أفق تفكيره وخياله ويحملة ذلك على شيء من التفكير بدلاً من الاستسلام للحلول الواردة في تشريعه الوطني، وبهذا تمارس المعاهد القانون المقارن مهمة وصل العالم ببعضه دون افتئات على الروح الوطنية، مما يعني في النهاية التعاون بين رجال القانون من جميع القوميات والبلاد<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث

#### دور معاهد القانون المقارن بوزارات العدل في صياغة القوانين

إذا كان صحيحاً أن صياغة القوانين وتشريعها هي من صميم اختصاصات السلطات العامة في الدولة، وعلى وجه التحديد السلطتين التشريعية والتنفيذية، فإن رصانة التشريع صياغةً ليس واجباً حكرياً على هذه السلطات، وإنما الأفضل مشاركة جهات متعددة في عملية الإعداد والصياغة، لا بل بات ضرورياً في الوقت الحاضر استعانة السلطة العامة، المشرعة للقانون أو النظام، الاستعانة بخبرات مهنية في هذا الباب؛ نظراً لكثرة التشريعات وتخصصها، إضافة إلى احتواءها على الكثير من المسائل الفنية المعقدة، وهو ما يفرض دقة الصياغة والتوفيق بين التشريعات المختلفة. ولهذا، يجب أن لا تتحرج السلطة المشرعة للقانون في الاستعانة بالمهني والمتخصص في فن الإعداد والصياغة التشريعية، وأن لا تحسب ذلك نوعاً من العيب، بل العيب، وكل العيب، هو صدور تشريع بعوار بين، يعوزه الدقة في الصياغة، أو لا تنسجم أحكامه مع ظروف وحاجات المجتمع. وهكذا، فإن الذي تقدمه الأشخاص والجهات المتخصصة في الإعداد والصياغة للسلطة المشرعة للقانون يساهم بالتأكيد في إرشادها أثناء عملية الإعداد والصياغة، وما أحوج هذه السلطة إلى هذا الإرشاد في ظل تضخم القواعد القانونية التشريعية، كيف لا وهي تأخذ على عاتقها المبادرة في تنظيم تفاصيل الحياة المجتمعية التقنية منها والأخلاقية.

وفي الحقيقة، تحرص الأنظمة القانونية المختلفة على وجود الجهات الاستشارية في مجال التشريع، وهي متعددة، فقد تكون رسمية مثل مجلس الدولة أو دائرة قانونية مختصة

(1) ينظر د. صلاح الدين الناهي، مرجع سابق، ص 60.

بإعداد ومراجعة المشروع القانوني المزمع اقتراحه من قبل الحكومة مثلاً، ولعل أن الأكفأ من بين هذه الجهات الاستشارية هو معهد القانون المقارن الملحق بوزارة العدل بحكم تخصصه في دراسات القوانين الوطنية ومقارنتها بالقوانين الأجنبية. أضف إلى ذلك، أن وجود هكذا معهد يؤدي إلى الاستغناء عن الدائرة القانونية الملحقة برئاسة الحكومة، والتي تتولى إعداد وصياغة مشروعات القوانين المقترحة من قبل الحكومة، وهذا لا شك يقلل النفقات من جهة، كما يكون المعهد أكثر تأهيلاً في باب الصياغة من غيره؛ نظراً لتخصصه في الدراسات القانونية المقارنة. ومن ناحية أخرى، يمكن للمعهد أن يكون عوناً حقيقياً في مجال الإعداد والصياغة حتى للسلطة التشريعية (البرلمان) نظراً لتخصصها وتمتعها بنوع من الاستقلالية قياساً على دائرة قانونية ملحقة برئاسة الحكومة مباشرة. ولأجل الإحاطة بما ذكر، سنقسم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

## الفرع الأول

### مفهوم الصياغة القانونية

لعلنا لا نبالغ إذا قلنا، أن القانون يصنع صناعة كأى مصنوع آخر. ولا يخفى على أحد، أن المنهج في المصنوعات هي جلب المادة الأولية وإعدادها كخطوة أولى، وبعدها تخضع المادة لمجموعة من العمليات الفنية لتخرج في النهاية وقد اتخذت شكلاً وقالباً مميزاً. فعمل لوح من الشكولاتة مثلاً، لا بد فيه، بداية، من جمع مادة الشكولاتة الخام، وهي بذور شجرة الكاكاو، لتخضع هذا البذور، بعدها، لعمليات طحن وتحضير مع إضافات من مواد أخرى، وبعد أن يتم تجهيز المادة، فإنها تصب في قوالب والواح مميزة تلاقي استحسان الجمهور، فيقبلون على تناولها بشغف. وهكذا هو المنهج بالنسبة لجميع المصنوعات، حتى أن الشكل أو الترتيب المميز في صناعة الأشياء بات من الحقوق التي يحميها القانون<sup>(1)</sup>. ومثل بقية المصنوعات، لا بد لصانع التشريع أن يجمع المادة الأولية في البداية، وهي المشكلة المجتمعية التي يراد حلها، أو الفكرة التي يراد ترويجها وتنظيمها عبر التشريع. والأمثل دائماً في صناعة التشريع، أن تجمع مادته من رحم المجتمع

(1) ينظر المادة (36) من القانون العراقي رقم (65) لعام 1970 المعدل، بشأن براءة الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المصنوع عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية.

وحاجات أشخاصه، لا أن يتخيل المشرع مشاكل أو أفكار لا وجود لها، أو أن يستورد (يستزج) قوانين كما هي، كأى بضاعة جاهزة الصنع؛ لأن في ذلك إما ترف قانوني لا داعي له، أو استزراع لقانون أجنبي في جسد المجتمع، والذي قد لا يقبله ويلفظه في النهاية. وفي الخطوة الثانية، ينبغي أن تعجن مادة التشريع جيداً، كي تكون متناسقة وذات قوام يظهر شخصيته، عبر التدقيق والمراجعة وأن تهيأ أحكامها وفق قيم المجتمع ذاته، وبمختلف أبعادها السياسية والأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية، لكي تلائم في النهاية قيم الجمهور ومعتقداته، وإلا حصل نفور جماعي منها، وهو ما لا يريده أي مشرع حقيقي. وفي المرحلة الأخيرة، أي بعد الانتهاء من إعداد مادة القانون، تصب المادة التشريعية في قالب قانونية تمثل قواعد واضحة اللغة والعلة والأحكام، سلسلة التعبير والأسلوب، مبنية تبويماً منطقياً، تتألف من فرض مشكل موجود في الواقع، وحكم عادل ومعقول في النص، ومتناسقة في الوقت ذاته مع بقية القواعد، غير متعارض مع أي قاعدة في المنظومة القانونية ككل.

ومن أجل تحري المثالية في صناعة التشريع، فإن الأصح توزيع المهام، بحيث يتولى من له حق اقتراح التشريع اختيار المشكلة أو الفكرة التي لها أولية في المعالجة التشريعية من وجهة نظره، وفي ضوء السياسة التشريعية العامة في البلد. وأن يعهد إلى جهة ثانية مختصة، جمع المادة التشريعية، على أن يتولى صياغتها جهة ثالثة مختصة بفن الصياغة، وفي الحاليتين يمكن الاستفادة من الدراسات المقارنة والمنهج المقارن. وهكذا، سيصل التشريع إلى السلطة المشرعة وقد اقترب من الكمال قلباً وقالباً. عليه، يقصد بفن الصياغة القانونية مجموعة الوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية في نصوص تشريعية تعين على تطبيق القانون من الناحية العملية، وذلك باستيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة التشريعية<sup>(1)</sup>. ولعل أن سبيل الصياغة في تسهيل تطبيق القانون، هو استخدام مناهج وأساليب يمكن بها، قدر المستطاع، احتواء كافة الوقائع المحتمل دخولها في مجال القاعدة القانونية، إضافة إلى القدرة على خلق أفكار قانونية تهدف إلى إشباع حاجات المجتمع المستحدثة، وذلك من خلال استخدام

(1) د. محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص 58.

وسائل مصنعة وأفكار قانونية مبتكرة<sup>(1)</sup>.

استناداً على ما سبق ذكره، يمكننا القول أن الصياغة التشريعية تعد فناً بحد ذاته، وأن حال هذا الفن كحال بقية الفنون، يستلزم من مدعيه إتقان قواعده تمام الإتقان، بحيث يمتلك القدرة على تطبيقها في الواقع على نحو احترافي. وبهذه المثابة، يشترط في صائغ التشريع الجيد أن يكون ذو معرفة تامة بقواعد الصياغة، وهي معرفة لا تكتسب إلا بدراسة القوانين دراسة مستفيضة خلال تجربة طويلة، فيجب أن يكون الصائغ الذي يمارس صياغة التشريعات على قدر عال من العلم والمعرفة في علم القانون وأصوله، وأن يكون عارفاً بتاريخ القانون وتطوره، ومدركاً لظروف الزمان والمكان والبيئة التي نشأت فيها القواعد القانونية السابقة، ليكون قادراً على بناء الافتراضات القانونية التي ستعكس حتماً على القواعد القانونية الجديدة المراد صياغتها<sup>(2)</sup>. ومن هذه الناحية، نعتقد أن معهد القانون المقارن ذو خبرة ودراية كافية لصياغة القوانين بشكل يقترب من المثالية، فدراسة القوانين من حيث نشأتها وتاريخها وأصولها هو الملعب والميدان الرئيس لمعهد القانون المقارن. وإن حدث وشكك مشكك في علاقة معهد القانون المقارن بفن الصياغة القانونية، نجد من كتب في فضائل القانون المقارن يرد -ونحن نؤيدهم- بالقول: أن الدراسة المقارنة تعد من العوامل المساعدة في الصياغة التشريعية، ويتجسد ذلك في الاستعانة بالطرق والأساليب المتبعة في البلاد الأخرى لصياغة أحكام التشريع المحلي<sup>(3)</sup>. فكثيراً ما تعد الدراسات القانونية المقارنة جزءاً من الجهود المبذولة لتحسين القاعدة القانونية، حينما يثور الشك في استقامتها، وهو ما يدفع المشرع أو القاضي في حدود سلطاتهم في صياغة القواعد القانونية، أو حتى الجهات الاستشارية -مثل معاهد القانون المقارن- التي تسعى إلى التأثير في الصياغات التشريعية أو في عمل المحاكم، إلى السعي نحو معرفة كيفية حل الأنظمة القانونية الأخرى للمشكلات ذاتها التي يُبحث عن حلها، فعلى سبيل

(1) المرجع نفسه، ص58.

(2) ينظر د. ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجديدة وأثرها على الإصلاح القانوني، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الخامسة، 2017، ص389.

(3) المرجع نفسه، ص390.

المثال، درس مجلس اللوردات الإنكليزي المشكلة التي يثيرها مبدأ "خصوصية العقد privity of contract"، والذي ينص على أن العقد لا يمكن أن يمنح حقوقاً أو يفرض التزامات على أي شخص ليس طرفاً في العقد، وأن أطراف العقد فقط تكون قادرة على المطالبة بإنفاذ حقوقهم أو المطالبة بالأضرار على هذا النحو، وهو ما يعرف بمبدأ "نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص"، ولحل الإشكال ناقش المجلس تجربة البلاد الأخرى التي أجازت الاشتراط لمصلحة الغير، وهو ما اقتنع به المجلس وعدل من حكم المبدأ المذكور<sup>(1)</sup>.

وكما هو معروف، فإن التشريع يقوم على عاملين متميزين هما معطيات الحياة الاجتماعية والصناعة القانونية. عليه، يترتب على اختلاف وتباين معطيات الحياة الاجتماعية من بلد إلى آخر نسبية التشريع وتفاوت مضمونه، وهو ما يجب مراعاته وأخذه بعين الاعتبار في الدراسة المقارنة لفن الصياغة التشريعية بأنواعها المختلفة<sup>(2)</sup>. ولهذا، فإن الذي يثبت أن مؤهلات معهد القانون المقارن مجدية في مجال الصياغة التشريعية، هو أن الصياغة القانونية لا ترتبط بالظروف المحلية للمجتمع إلا بدرجة ثانوية، على العكس من عامل المعطيات الحياتية الاجتماعية، أي المادة الأولية في صناعة التشريع. فالشكل الخارجي للقانون يتمتع باستقلال نسبي، ولا يتأثر تلقائياً بتغيير المضمون، ويساعد ذلك على النقل والاقتراب على صعيد فن الصياغة القانونية من خلال الدراسة المقارنة. ومع ذلك، ينبغي أن يتم ذلك بحذر شديد؛ لأن الظروف المحلية قد تكون ذات تأثير، ولو بصفة ثانوية في نطاق اختيار قالب الصياغة للقاعدة القانونية<sup>(3)</sup>.

(1) جرهارد دانمان، القانون المقارن: دراسة لأوجه التشابه والاختلاف، كتاب أكسفورد للقانون المقارن، المجلد الأول، ترجمة د. محمد سراج، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2010، ص 610.

(2) د. ليث كمال نصراوي، مرجع سابق، ص 390.

(3) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 59.

## الفرع الثاني

### دور معاهد القانون المقارن بوزارات العدل في مجال صياغة القوانين وقت التحولات القانونية الكبرى

يصبح دور معاهد القانون المقارن، ومنها المعاهد الملحقة بوزارات العدل، بارزاً ومحورياً إذا كان المجتمع بصدد تحول جوهري في النظام القانوني، وهو ما حدث ويحدث في العديد من المجتمعات. ولا يخفى، إن التحولات القانونية الجوهرية عادة ما تحدث عند انهيار نظام سياسي معين، يعقبه بالضرورة انهيار في المنظومة القانونية، أو على الأقل تصبح الحاجة ملحة لإجراء تعديلات أو ترميمات جوهرية على النظام القانوني السائد وقت النظام السياسي البائد؛ لأن الأنظمة القانونية في الغالب تستند في مبادئها وأحكامها على العقيدة السياسية الحاكمة في البلد، فإن تغيرت، حل محلها عقيدة سياسية جديدة، وفي العديد من الأحوال هي عقيدة المعارضة، أي نقيض العقيدة السياسية البائدة، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى تغيير النظام القانوني في جوانب عديدة منه في البلد، إن لم تتغير كلياً. فعلى سبيل المثال، يختلف النظام القانوني السائد في ظل نظام سياسي إمبراطوري عن النظام القانوني الذي يسود في ظل نظام جمهوري، كما يختلف النظام القانوني السائد في دولة تؤمن بالاشتراكية، وتتخذها منهجاً، عن النظام القانوني السائد في دولة تعتنق المذهب الفردي والرأسمالية والسوق المفتوحة. والاختلاف في الحالة الأخيرة، لا يقتصر على المبادئ الأساسية، وإنما قد يتعداها إلى التفاصيل، بمعنى سيحدث تغيير جوهري في النظام القانوني للبلد. فما كان سائداً من قوانين في الدولة العثمانية، مثلاً، يختلف بالضرورة عما سادت في دولة نشأت على انقاضها بعد الحرب العالمية الأولى، مثل تركيا والعراق وسوريا.. الخ، وما كان سائداً من أنظمة قانونية في الاتحاد السوفيتي كان يختلف كثيراً عن الأنظمة القانونية التي اعتمدت في الجمهوريات التي قامت على انقاضه عام 1991، ومنها روسيا الاتحادية نفسها<sup>(1)</sup>. وهكذا، في التحولات الجوهرية الحاصلة في النظام القانوني لبلد ما، غالباً ما يتم الاعتماد، في بناء المنظومة القانونية الجديدة، على الأنظمة الموجودة

(1) See Gianmaria Ajani, Legal Transplants in Russia and Eastern Europe, The American Journal of Comparative Law, Winter, 1995, Vol. 43, No. 1 (Winter, 1995), Oxford University Press, p.94.



في الدولة الأخرى، وخاصة تلك التي تناظرها في النظام السياسي، ولكن بعد دراسة تلك القوانين بتعمق، ووفق المنهج المقارن، كي يقع الاختيار على ما ثبت كفاءته من بين الأنظمة القانونية الأجنبية. ففي كل الأحوال، ينبغي التأكد من ملائمة النظام أو القانون الأجنبي، أو حتى القاعدة الواحدة، لظروف البلد العازم على "استزراع" ما تريد "استزراعه" من قانون أو قاعدة في النظام القانوني الأجنبي<sup>(1)</sup>. وتاريخياً، حدثت عمليات عديدة من الاستزراع أو الاستقبال القانوني، كما في استزراع القانون الروماني في أوروبا وأجزاء أخرى من العالم، وأيضاً استقبال أو استزراع نظام السوابق القضائية الإنكليزي في العديد من الدول<sup>(2)</sup>. وبدون شك، أن مرحلة التحول القانوني هي مرحلة جد حساسة ومفصلية، ولكي تكون العملية ناجحة ومبنية على أسس علمية ومنطقية، لا بد من تظافر جهود عظيمة، لاسيما الخبيرة منها في مجال القانون الأجنبي المزمع استزراعه أو استقباله، ولا نعتقد بوجود منافس حقيقي لمعاهد القانون المقارن في هذا المجال.

ويجدر بالذكر، إن التحولات السياسية وما يترتب عليها من تغيير في الأنظمة القانونية، مر العراق بها أكثر من مرة، في تاريخه الحديث، منذ تأسيسه عام 1921، ففي بداية تأسيسه على الملكية، كنظام للحكم، تزامن معها عملية الشروع في إقامة النظام القانوني العراقي الجديد، وإلغاء أو تعديل القوانين العثمانية المعمول بها آنذاك، وقد مثل ذلك نقطة تحول سياسية وقانونية مهمة، نتج عنها استقبال قوانين العديد من النظم القانونية الأجنبية، مثال ذلك استزراع مبادئ قانون العقوبات الإنكليزي في قانون العقوبات البغدادي لعام 1919<sup>(3)</sup>، وكذلك استزراع مبادئ القانون المدني الفرنسي، عبر القانون

(1) الاستزراع القانوني (Legal Transplant) - أو الاستيراد القانوني - مصطلح يستخدم مجازاً للإشارة إلى الانتشار التدريجي للقانون، أو الطبيعة المستمرة للعملية التي تقود أحياناً إلى تغيير قانوني عبر الانتحال (Appropriation) من الأفكار الأجنبية. للمزيد من التفصيل ينظر ميشيل غرازيادي، القانون المقارن ودراسة الاستزراع والاستقبال، كتاب إكسفورد للقانون المقارن، المجلد الأول، مرجع سابق، ص 666.

(2) المرجع نفسه، ص 669.

(3) إن طريقة استزراع هذا القانون، هي محل تحفظ، إذ كان استزراعاً جاهزاً و كلياً للقانون الإنكليزي في المجتمع العراقي، حدث كل ذلك دون إجراء دراسة قانونية مقارنة كافية في الجانبين الموضوعي والصياغي.

المدني المصري، في القانون المدني العراقي رقم (40) لعام 1951<sup>(1)</sup>. والتحول السياسي الثاني في العراق، حدث في عام 1958، حينما انتهت حقبة الملكية وبدأ العهد الجمهوري؛ وقد تأثر الأخير أيما تأثير بالفكر والمنهج الاشتراكي، وهو فكر يقع على طرفي نقيض من مبادئ ومعتقدات النظام الملكي الفردية والرأسمالية، وهو ما استتبع انبثاق محاولة جادة لإعادة صياغة القوانين، أو إصلاح النظام القانوني، كما سمي في حينه، وقد أريد حدوث ذلك في ضوء الفلسفة والعقيدة الجديدة لنظام الحكم، وبالفعل وضعت ورقة للإصلاح القانوني، تم إقرارها بموجب القانون رقم (35) لعام 1977 تحت عنوان "قانون إصلاح النظام القانوني"، وقد ورد في الأسباب الموجبة لهذا القانون "ان ورقة عمل إصلاح النظام القانوني في العراق التي أعدتها وزارة العدل استمدت معينها من المبادئ والأهداف التي يسعى إلى تحقيقها، واعتمدت في تحديد أهداف ومنطلقات ومضامين الإصلاح القانوني، الأسس الأيديولوجية والمفاهيم التي تضمنها التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي ولأجل وضع ورقة العمل موضع التنفيذ، فقد شرع هذا القانون". وفي الواقع، صدرت مجموعة من التشريعات العراقية على ضوء قانون إصلاح النظام القانوني، لاسيما التشريعات ذات الطابع التجاري والاقتصادي، مثل قانون التجارة رقم (30) لعام 1984، وقانون النقل رقم (80) لعام 1983 وغيرهما، حتى أنه وضع مشروع للقانون المدني العراقي عام 1986 على هذا الأساس، ولكنه بقي مشروعاً ولم يرى النور. ويلاحظ أن ما ورد في الأسباب الموجبة للقانون المذكور، أنها تؤكد ما نذهب إليه في هذا البحث، فمن ناحية أولى، تؤكد هذه الأسباب الموجبة أن الإصلاح القانوني المزمع إجراءه يتم في ضوء العقيدة السياسية للحزب الحاكم. ومن ناحية ثانية، تؤكد الدور الذي تلعبه وزارة العدل في مجال صياغة القوانين، فالوزارة الأخيرة هي التي وضعت ورقة الإصلاح القانوني، وهذا محل تقدير من وجهة نظرنا، ولكن لو أن معهداً متخصصاً في دراسات القانون المقارن ضمن تشكيلات الوزارة ذاتها، قد ساهم في الإعداد لكان أفضل؛ لأن

(1) إن لجهود القانونية المقارنة التي بذلت في سبيل تشريع القانون المدني العراقي، هي محل تقدير، حيث جرت بالفعل الدراسات والجلسات العديدة التي استغرقت سنوات، كان الهدف منها مواءمة الفقه الإسلامي مع مبادئ القانون المصري (الفرنسي الأصل)، وشارك في إعداده خيرة الفقهاء والخبراء القانونيين في ذلك الوقت، يترأسهم الفقيه المصري المعروف (د. عبدالرزاق السنهوري).

صياغة ورقات الإصلاح القانوني ومن ثم صياغة القوانين على ضوءها، يحتاج إلى صائغ خبير في القانون المقارن، كما هي خبراء معهد القانون المقارن، وهذا القول لا يعني، بأي حال من الأحوال، أن من وضع ورقة إصلاح النظام القانوني لم يكن له دراية بالقانون المقارن ولا بفنون الصياغة القانونية، كل ما في الأمر أن وجود شخصية معنوية مثل المعهد بإمكانه جمع الخبرات القانونية -الوطنية والأجنبية- لاستغلال كفاءتها في صياغة وتطوير القوانين إلى أقصى الحدود.

أما التحول السياسي الثالث في العراق، فقد حدث في عام 2003، حيث انتهت حقبة الجمهورية الشمولية، ليحل محلها نظام برلماني ديمقراطي فدرالي، وبكل تأكيد كان ضرورياً أن يصاحب هكذا نظام سياسي جديد، حملة واسعة في التشريع والصياغة، تعيد النظر في البنية القانونية للبلد ككل، وهذه الحملة القانونية لا جدال أنها تحتاج إلى صياغة قوانين جديدة، وفي أفضل الأحوال إعادة النظر في التراث القانوني الموجود من الحقبة السابقة، كي تلائم الفلسفة والعقيدة السياسية والاقتصادية الجديدة في البلد، وقد بدأت الحملة القانونية والصياغية بإصدار الدستور العراقي لعام 2005، إضافة إلى أوامر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) التي أدخلت تعديلات عديدة على القوانين النافذة، وخلال فترة قصيرة جداً، حوال سنة واحدة تقريباً (العام 2004)<sup>(1)</sup>، وقد تزامن ذلك مع إلغاء

(1) ما قامت به سلطة الائتلاف المؤقتة في حينه، لم يكن استزاعاً صحياً للقوانين الأجنبية في البنية القانونية العراقي، بل كان أقرب إلى النقل الحرفي لقوانين أجنبية أو مجرد ترجمة لها من اللغة الأجنبية إلى لغة التشريع العراقي العربية، وهذا يدل بوضوح على الغياب التام للدراسات القانونية المقارنة وحتى غير المقارنة، مما أدى إلى وجود عدم انسجام بين القانون والبيئة المجتمعية، إضافة إلى أخطاء صياغية فادحة بات البعض منها من النواذر التي تلقى للسخرية والضحك -بكل أسف-، مثال ذلك ما ورد في المادة (3/ب) من الفصل الثالث (مكرر ثالثاً) من قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المصنف عنها والدوائر المتكاملة والأصناف النباتية رقم (65) لعام 1970 المعدل بموجب أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم (81) لعام 2004، حيث ورد فيها لفظ (المملكة) بدلاً من "جمهورية العراق"، فمشروع هذا القانون قطعاً لم يستشر خبيراً واحداً جيداً في التشريع والصياغة، بل أنه لم يكلف نفسه عناء استبدال عبارة "المملكة الأردنية، بـ"الجمهورية العراقية"، فما بالك بدراسة تقييم الأثر التشريعي لهذا القانون، ومدى توافقه مع بقية المنظومة التشريعية العراقية، كما أن هكذا عنوان بائس وطويل للتشريع المذكور، يدل على أن من وضعه لا

←

قرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) والتي كانت قرارات تشريعية لها طبيعة القانون. ولا يكاد يختلف اثنان أن جميع ما صدر من قوانين وتعديلات خلال هذه الفترة، بما في ذلك الدستور ذاته، امتاز بصفة الاستعجال وعدم الرصانة في الصياغة القانونية؛ نظراً لعدم مراعاة مراحل وفنون صناعة التشريع في تلك القوانين، وفي اعتقادنا إن عدم الرصانة في التشريعات لم يقتصر على مجموعة القوانين التي صدرت في السنوات الأولى من التحول السياسي عام 2003، بل لا زالت عدم الرصانة - بكل أسف - هي صفة بارزة في التشريعات العراقية، حتى في ظل وجود سلطة تشريعية منتخبة (مجلس النواب العراقي) منذ العام 2006، ولا عذر في هكذا تقصير، وأقل ما يمكن عمله، هو استدراك ما حصل من أخطاء في هذا الصدد، عبر تأسيس جهات مهنية مختصة بالتشريع والصياغة القانونية، ولا نجد ممثلاً لهذه الجهة غير معهد القانون المقارن.

إن ما ذكرناه آنفاً، من ضرورة وجود معهد للقانون المقارن، يفترض أنه أخذ دوره الريادي في التحولات القانونية الكبرى في العراق خلال تاريخه الحديث - وهو ما لم يحصل بكل أسف - وأضعف الإيمان هو استدراك أهميته والتأسيس له مستقبلاً، كل ذلك ينطبق على إقليم كردستان-العراق أيضاً، لا بل تزداد أهمية هكذا معهد في الإقليم لأسباب إضافية منها:

1. أن إقليم كردستان حديث العهد في التشريع والصياغة التشريعية، إذ امتلك سلطة إصدار القوانين بعد انتفاضة العام 1991 كسلطة أمر واقع، ثم استمدت السلطة التشريعية شرعيتها الدستورية من الدستور العراقي النافذ لعام 2005<sup>(1)</sup>.
2. يوجد في إقليم كردستان-العراق إرادة سياسية جادة في بناء منظومة قانونية متطورة تحاكي ما موجود في الدول ذات النظم القانونية العريقة.
3. يسعى إقليم كردستان-العراق في بناء منظومته، وهو يحيا تحت ظلال نظام

←

يفقه فقط مبادئ القانون المقارن في مجال الصياغة القانونية، بل لا يفقه أبجديات القانون أصلاً.

(1) تنص المادة (121/أولاً) من الدستور العراقي على أن ((لسلطات الأقاليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفقاً لأحكام هذا الدستور، باستثناء ما ورد فيه من اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية)).

العولمة وما ساهمت به من خلط الثقافات القانونية المختلفة، وفي ظل تطور تكنولوجيا باهر، تسربت بمفاعيلها القانونية إلى مختلف نواحي الحياة.

4. يتبنى إقليم كردستان-العراق في المجال الاقتصادي سياسية متصالحة ومنفتحة على الخارج، في أضعف إيمانها تسعى إلى جلب الاستثمار الأجنبي في قطاع الطاقة والإعمار، وأيضاً تشييط القطاع السياحي والترويج له في سبيل جذب السائح الأجنبي. ولا شك، إن نجاح هكذا سياسة اقتصادية تحتاج إلى بنية قانونية داعمة وجاذبة للمستثمر والسائح الأجنبي.

وهكذا يظهر لنا من الأسباب المذكورة أعلاه، أن وجود معهد للقانون المقارن ملحق بوزارة العدل في إقليم كردستان-العراق، هي حاجة قانونية ملحة، كي يكون عوناً في مجال الصياغة والتشريع، وهو ليس بمعاون عادي، وإنما هو الخبير والمهني في مجال الصياغة التشريعية، ذو دراية واسعة بأصول القانون وتاريخ تطوره ودوره في بناء المجتمعات القانونية المتحضرة. وعند البحث عن نظير لهذا المعهد في الدول الأخرى، وتحديدًا من ناحية تبعية المعهد الإدارية، فإنه يمكننا الإشارة إلى معهد القانون المقارن بوزارة العدل السويسرية، وكذلك معهد التشريع والقانون المقارن الروسي الملحق بالحكومة. ولكن بالنظر إلى استقرار التشريع وعراقته في سويسرا، فإن مهام المعهد تتعدى مجرد الصياغة التشريعية وتطوير القوانين، ليركز على دراسات القانون المقارن، والاهتمام بتعريف القوانين الأجنبية في سويسرا، على العكس من المعهد الروسي الذي يقود تحولات قانونية جذرية في المجتمع الروسي بعد انهيار الاتحاد السوفيتي (سابقاً) عام 1991، لذلك فإن إنشاء معهد للقانون المقارن في إقليم كردستان-العراق ستكون الأولوية في مهامه قريبة من مهام المعهد الروسي لا السويسري. وبملاحظة مهام المعهد الروسي في مجال صياغة القوانين، نجد أنه يتولى إعداد الخطة التشريعية للحكومة الروسية، ويعمل على تطوير وصياغة القوانين الفدرالية، كما يقوم بإجراء دراسات قانونية بشأن مفاهيم القوانين والأنظمة الفدرالية وصياغتها، لاسيما تلك التي هي محل اعتبار في نظر الحكومة، إضافة إلى تقديم المشورة القانونية للمؤسسات الرسمية<sup>(1)</sup>.

(1) ينظر الموقع الرسمي لمعهد التشريع والقانون المقارن الروسي على الرابط الآتي: <https://izak.ru/en/about/>

### الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث بشأن معاهد القانون المقارن ودورها في صياغة القوانين، فإننا توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات، نجملها على النحو الآتي:  
أولاً: الاستنتاجات

1. يمارس لقانون المقارن دوراً بارزاً في التقريب بين التراث القانوني والحضاري للمجتمعات المختلفة، ويحدث ذلك من خلال دراسة الأنظمة القانونية المختلفة؛ لتحديد أوجه الشبه والاختلاف بينها، وتشخيص الإيجابيات والسلبيات، كل ذلك بهدف تعزيز الإيجابي والترويج له محلياً ودولياً، ومعالجة السلبي إن كان قابلاً للمعالجة، وإلا التحذير منه عبر إبراز مفاعيله السلبية في المجتمع.
2. إن القانون المقارن ليس فرعاً علمياً نظرياً، كما قد يدعي البعض، وإنما يمكن ترجمة العديد من نظرياته وأبحاثه على أرض الواقع القانوني لدولة ما، أو واقع القانون الدولي. فما استقبل الأنظمة القانونية الأجنبية؛ وصياغة وتطوير القوانين الوطنية، وتوحيد القانون الخاص على المستوى الدولي، إلا من المساهمات الفعلية لدراسات القانون المقارن.
3. ينصرف معنى معهد القانون المقارن الوطني إلى المؤسسة التي تعمل على تعزيز فهم القانون المقارن، كل ذلك في سبيل تطوير القواعد القانونية الوطنية من خلال إجراء الدراسات ونشرها، وأيضاً عقد الندوات والمؤتمرات في هذا الشأن.
4. تعد المهام البحثية لمعهد القانون المقارن من المهام الرئيسة له، وتنصرف هذه المهام إلى البحث بتعمق في قضايا القانون المقارن ذاته كفرع معرفي، إضافة إلى إجراء الدراسات القانونية المقارنة بهدف تطوير القانون الوضعي.
5. إن معهد القانون المقارن ذو خبرة ودراية كافية في صياغة القوانين بشكل يقترب من المثالية، فدراسة القوانين من حيث نشأتها وتاريخها وأصولها هو الملعب والميدان الرئيس لمعهد القانون المقارن.
6. إن بناء منظومة قانونية جديدة بسبب وجود تحولات جوهرية حاصلة في النظام السياسي لبلد ما، غالباً ما يؤدي إلى الاعتماد على الأنظمة القانونية الموجودة في الدول

الأخرى، وخاصة تلك التي تناظرها في النظام السياسي، ولكن بعد دراسة تلك القوانين بتمعق، ووفق المنهج المقارن، ولكي تكون العملية ناجحة ومبنية على أسس علمية ومنطقية، لا بد من تضافر جهود عظيمة، لاسيما الخبرة منها في مجال القانون الأجنبي المزمع استزراعه أو استقباله، وقد ثبت أنه لا وجود لمنافس حقيقي لمعاهد القانون المقارن في هذا المجال.

### ثانياً: المقترحات

1. نهيب بحكومة إقليم كردستان-العراق ووزارة العدل، الإعداد لتأسيس معهد للقانون المقارن يكون تابعاً لوزارة العدل من الناحيتين الإدارية والمالية، على أن يضم في عضويته رجال القانون ذوي الخبرة في مجال القانون المقارن من أكاديميين وقضاة ومحامين.
2. نقترح أن يكون من مهام معهد القانون المقارن بوزارة العدل في إقليم كردستان-العراق، دراسة مقترحات القوانين التي تقدم من الحكومة من أجل إعداد التشريع المقترح وصياغته بعد إجراء دراسات قانونية مكثفة بشأن مقترح القانون. إضافة إلى المهام الأخرى التي يؤديها معاهد القانون المقارن عادة كالتواصل مع المعاهد الأجنبية وتبادل الخبرات معها، والمساهمة في إعداد المؤتمرات المحلية والدولية المختصة في القانون المقارن، وأيضاً دعم الدراسات القانونية المقارنة.
3. نوصي وزارة العدل في إقليم كردستان-العراق، العمل، بالتنسيق مع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، على ابتعاث باحثين أكفاء إلى معاهد القانون المقارن العريقة، كمعهد باريس للقانون المقارن، في سبيل إعداد خبراء متميزين في دراسات القانون المقارن، كل ذلك من أجل إعداد خبرات متخصصة في القانون المقارن تخدم المعهد مستقبلاً.
4. نقترح على كليات القانون في جامعات الإقليم اعتبار القانون المقارن مادة أساسية تدرس للطلبة في مرحلة البكالوريوس.

## قائمة المراجع

## أولاً: الكتب

1. جرهارد دانمان، القانون المقارن: دراسة لأوجه التشابه والاختلاف، كتاب أكسفورد للقانون المقارن، المجلد الأول، ترجمة د. محمد سراج، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2010.
2. روجر كوتيريل، القانون المقارن والثقافة القانونية، كتاب إكسفورد للقانون المقارن، المجلد الثاني، ترجمة د. محمد سراج، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2010.
3. د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة في القانون الموازن وعلم الخلاف، مطبعة أسعد، بغداد، 1968.
4. د. عبدالسلام الترماني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة، ط2، جامعة الكويت، الكويت، 1982.
5. د. عبدالمنعم البدرابي، أصول القانون المدني المقارن، ط2، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، 1970.
6. د. محمد حسين منصور، القانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
7. د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط1، مؤسسة بحسون للتوزيع والنشر، بيروت، 1992.
8. ميشيل غرازيادي، القانون المقارن ودراسة الاستزراع والاستقبال، كتاب إكسفورد للقانون المقارن، المجلد الأول، ترجمة د. محمد سراج، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2010.

## ثانياً: البحوث والمحاضرات

1. د. بن سعيد موسى، القانون المقارن، مطبوعة محاضرات، جامعة محمد بو ضياف، المسيلة، كلية العلوم الإنسانية، 2020.
2. د. ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجديدة وأثرها على الإصلاح



القانوني، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الخامسة، 2017.  
3. د. محمد كمال الدين إمام، مقاصد الشريعة والقانون المقارن، مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي - مركز دراسات مقاصد الشريعة الإسلامية ومركز الدراسات القانونية والاقتصادية بكلية حقوق إسكندرية، 2011.

#### ثالثاً: الأدلة الإرشادية

1. الدليل الإرشادي لسياسة تقييم الأثر، رئاسة الوزراء الأردنية، إدارة تطوير الإداء المؤسسي والسياسات، وحدة دعم اتخاذ القرار، عمان، 2020.
  2. دليل الأونسيرال، حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الأمم المتحدة، فيينا، 2013.
- رابعاً: المواقع الإلكترونية
1. الموقع الرسمي لجمعية القانون المقارن الأميركية على الرابط الآتي:  
<https://ascl.org/brief/>
  2. الموقع الرسمي لمعهد باريس للقانون المقارن على الرابط الآتي: <http://idc.u-paris2.fr>
  3. الموقع الرسمي للمعهد السويسري للقانون المقارن على الرابط الآتي:  
<https://www.isdc.ch/en>
  4. الموقع الرسمي لمعهد التشريع والقانون المقارن الروسي على الرابط الآتي:  
<https://izak.ru/en>

#### رابعاً: المراجع باللغة الإنكليزية

1. Albin Eser, The Importance of Comparative Legal Research for the Development of Criminal Sciences, Verlag nicht ermittelbar, Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, 1997.
2. George Winterton, Comparative Law Teaching, The American Journal of Comparative Law, Winter, 1975, Vol. 23, No. 1, Oxford University Press.
3. Gianmaria Ajani, Legal Transplants in Russia and Eastern Europe, The American Journal of Comparative Law, Winter, 1995, Vol. 43, No. 1 (Winter, 1995), Oxford University Press.

4. H. C. GUTTERIDGE, Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research, CAMBRIDGE AT THE UNIVERSITY PRESS, 1946.

5. Hein Kotz, Comparative law in Germany Today, article, Revue internationale de droit compare, Annee 1999. Available at the following link: [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1999\\_num\\_51\\_4\\_18179](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1999_num_51_4_18179)

6. H. Patrick Glenn, aims of comparative law, ELGAR ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, Edited by Jan M. Smits, Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, USA, 2006.

7. Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann, The Oxford Hand Book of Comparative Law, Second Edition, 2019.

8. Norman Marsh QC, British Institute of International and Comparative Law, A brief history: 1895 – 1958, November 1998, p.1. Available At [https://www.biicl.org/documents/14\\_12\\_a\\_brief\\_history\\_of\\_biicl.pdf](https://www.biicl.org/documents/14_12_a_brief_history_of_biicl.pdf)

9. Ralf Michaels, Comparative Law, forthcoming in, Oxford Handbook of European Private Law (Basedow, Hopt, Zimmermann eds., Oxford University Press. Article available at following link:

[https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3014&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3014&context=faculty_scholarship)

10. RODOLFO SACCO, Legal formants: A dynamic approach to comparative law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 39, No. 1. (Winter, 1991). Article available at following link: <https://www.jstor.org/stable/pdf/840669.pdf?refreqid=excelsior%3A5db9af23b26753eb62967f632982f5c5>

11. Uwe Kischel, Comparative Law, Translate by Andrew Hammel, Oxford University Press, 2019.

12. Walther Hug, The History of Comparative Law, Harvard Law Review, Apr., 1932, Vol. 45, No. 6 (Apr., 1932).

13. W. J. Kamba, Comparative Law: A Theoretical Framework, The International and Comparative Law Quarterly, Jul., 1974, Vol. 23, No. 3 (Jul., 1974).

## الملخص

يتناول هذا البحث معاهد القانون المقارن ودورها في صياغة القوانين، وقد أثبت أن القانون المقارن، بواسطة معاهده، يمارس دوراً بارزاً في التقريب بين التراث القانوني والحضاري للمجتمعات المختلفة، ويحدث ذلك من خلال دراسة الأنظمة القانونية المختلفة لتحديد أوجه الشبه والاختلاف بينها، وتشخيص الإيجابيات والسلبيات، كل ذلك بهدف تعزيز الإيجابي والترويج له محلياً ودولياً، ومعالجة السلبى إن كان قابلاً للمعالجة، وإلا التحذير منه عبر إبراز مفاعيله السلبية في المجتمع. كما بين البحث أن معنى معهد القانون المقارن الوطني ينصرف إلى تلك المؤسسة التي تعمل على تعزيز فهم القانون المقارن، كل ذلك في سبيل تطوير القواعد القانونية الوطنية من خلال إجراء الدراسات ونشرها، وأيضاً عقد الندوات والمؤتمرات في هذا الشأن. وتعد المهام البحثية لمعهد القانون المقارن من المهام الرئيسة له، وتنصرف هذه المهام إلى البحث بتعمق في قضايا القانون المقارن ذاته كفرع معرفي، إضافة إلى إجراء الدراسات القانونية المقارنة بهدف تطوير القانون الوضعي. وقد خلص البحث إلى عدد من المقترحات منها: ضرورة قيام حكومة إقليم كردستان-العراق ووزارة العدل فيها، بالإعداد لتأسيس معهد للقانون المقارن يكون تابعاً لوزارة العدل من الناحيتين الإدارية والمالية، على أن يضم في عضويته رجال القانون ذوي الخبرة في مجال القانون المقارن من أكاديميين وقضاة ومحامين، وأن يكون من بين مهامه الأساسية دراسة مقترحات القوانين التي تقدم من الحكومة من أجل إعداد التشريع المقترح وصياغته بعد إجراء دراسات قانونية مكثفة بشأن المقترح القانون.

### پوخته

ئهم تووژینهوهیه پهیمانگانگی یاسای بهراوردکاری و روئیان له دارشتنی یاساکان لهخو دهگریت، سهلمینهری ئهوهیه که یاسای بهراوردکاری، له ریگهی پهیمانگانگیهوه، روئیکی گهوره دهگریت له نزیکردنهوهی کهلهپوری یاسایی و شارستانی کومهلگه جیاوازهکان، ئهوهش روودهدات له ریگهی تووژینهوه له سیستمه یاساییه جیاوازهکان بو دیاریکردنی رووی لیکچوون و جیاوازی نیوانیان، وه دیاریکردنی لایهنی ئهرینی و نهرینیان، ههموو ئهمانه به ئامانجی پالپشتی ئهرینی و بانگهشه کردن بو له سهر ئاستی ناوخویی و نیودهولتهتی، وه چاکردنی نهرینهکانی ئهگهر شایهنی چارهسهرکردن بو، وه ئهگهر نا هوشداریدان لئی له ریگهی دهرخستنی کاریگریه نهرینهکانی له کومهلگهدا.

ههروهها تووژینهوهکه روونی دهکاتهوه که واتای پهیمانگی یاسای بهراوردکاری نیشتمانی درژدهبینهوه بو سهر ئهوه دامهزراوهی که کار بو پشگریکردنی تیگهیشتن له یاسای بهراوردکاری دهکات، ههموو ئهوانه له پیناوی گهشهپیدانی ریسایاساییه نیشتمانیهکان له ریگهی ئهجامدانی تووژینهوه و بلاوکردنهوهی، وههروهها بهستنی کوو و گووگره سهبارت بهو بابته.

وه ئهجامدانی تووژینهوه به یهکیک له ئهرکه سههرهکیهکانی پهیمانگی یاسای بهراوردکاری دادهنریت، وه ئهوه ئهرکه هووکاری ئهجامدانی تووژینهوهی قوله لهو بابتهانهی یاسای بهراوردکاری له خودی خویدا وهك لقیکی زانیاری، لهپال ئهجامدانی لیکوئینهوهی یاسایی بهراوردکاری به ئامانجی گهشه پیدانی یاسای دانراو.

تووژینهوهکه کورت دهبینهوه له ژمارهیهک پینشیار لهوانه: گرنگی ههستانی حکومهتی ههریمی کوردستانی \_ عیراق و به تاییهت وزارتهتی داد، به ئامادهکاری بو دامهزراندنی پهیمانگی تاییهت به یاسای بهراوردکاری که سهر به وهزارتهتی داد بیت له ههر دوو رانگهی کارگیری و دارایی یهوه، وه کهسانی خاوهن ئهزموونی یاسایی و شارمزا له بواری یاسای بهراوردکاری له کهسانی ئهکادیمی و دادوهران و پاریزهران پهیهندی پیوه بکهن و بینه ئهندام، وه له نیوان ئهرکه سههرهکیهکانی دا لیکوئینهوه لهو پینشیاران ه یاسایانه بکریت که لهلایهن حکومهتهوه پینشکesh دهکرین له پیناوی ئامادهکردنی یاسای پینشیارکراو و دارشتنهوهی پاش ئهجامدانی لیکوئینهوهی یاسای چر سهبارت به پینشیاری یاسا.

### Abstract

This research deals with the institutes of comparative law and their role in drafting laws. It has proven through this research that comparative law, through its institutes, plays a prominent role in bringing the legal and cultural heritage of different societies closer together, and this occurs through the study of different legal systems, in order to determine the similarities and differences between them, and to identify the pros and cons in the laws under comparison, all with the aim of promoting the positive, make propaganda for it locally and internationally, correcting the negative if it is correctable, otherwise warning against it by highlighting its negative effects in society .The research also showed that the meaning of the National Comparative Law Institute refers to that institution that works to enhance the understanding of comparative law, all in order to develop national legal rules through conducting and publishing studies, as well as holding seminars and conferences. The research task of the Institute of Comparative Law is among its main tasks, and these tasks are devoted to researching in depth the issues of comparative law itself as a branch of knowledge, in addition to conducting comparative legal studies with the aim of developing positive law. The research concluded with a number of recommendations, including: The necessity for the Kurdistan Regional Government - Iraq and the Ministry of Justice to prepare for the establishment of an institute for comparative law that will be affiliated with the Ministry of Justice in both administrative and financial sides, provided that its membership includes jurists with experience in the field of comparative law, including academics, judges and lawyers, and that one of its primary tasks is to study the proposals of laws submitted by the government in order to prepare the proposed legislation and draft it after conducting extensive legal studies on the proposed law.



## المركز القانوني للادعاء العام في الدعوى المدنية «دراسة مقارنة»

(پینگه‌ی یاسایی داواکاری گشتی له  
داوای شارستانی دا)

legal position of the public prosecution in the civil case  
(comparative study)

د. رؤى خليل إبراهيم الطائي

مدرس قانون المرافعات والإثبات- كلية الحقوق - جامعة الموصل

دکتۆره/ رونا خه‌لیل ئیبراهیم طائی  
مامۆستای یاسای دادبیینی و سه‌لماندن

**Dr. Ruaa Khalil Ibrahim Al-Taee**  
Pleadings and Evidence Law Teacher  
University of Al Mosul  
college of Law





## المركز القانوني للادعاء العام في الدعوى المدنية «دراسة مقارنة»

د. رؤى خليل إبراهيم الطائي

مدرس قانون المرافعات والإثبات- كلية الحقوق - جامعة الموصل

### الكلمات المفتاحية:

الادعاء العام، الدعوى المدنية، المركز القانوني، تدخل الادعاء العام في الدعوى.

### كليه ووشه:

داواكارى گشتى، داواى شارستانی، پئگه‌ی یاسایی، به‌شداریکردنی داواكارى گشتى له داوا.

**Key words:** the public prosecution, the civil lawsuit, the legal status, the public prosecution's intervention in the lawsuit.

### المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى اله وصحبه أجمعين ... وبعد فإن مقتضيات البحث في هذا الموضوع تستلزم تناوله وفقاً للآتي:-

#### أولاً:- مدخل تعريفي بموضوع البحث

إذا كان عمل القضاء وحكمة وجوده يرتبط بسعيه إلى تحقيق العدل الذي ينطوي عليه الحكم أو القرار الصادر من المحكمة المرفوع أمامها الدعوى ، فإن مفهوم العدل في هذا النطاق هو نتيجة لما توفره وقائع الدعوى مقترنة بالنصوص القانونية وما يترجح لدى القاضي من أدلة لينتهي على أساسها لبناء حكمه أو إصدار قراره بشأنها، ان امر النظر وإصدار الحكم عادة ما يستقل به قاضي الموضوع فرداً كان أم هيئة قضائية لذلك فإن الأمر يحتاج إلى جهد وعناية مهنية عالية من لدن القاضي ولا ضير من ان يستعين بما يوفره القانون له من أدوات أخرى لاعانتته في بلوغ الحكم العادل قضائياً. وهنا يأتي دور الادعاء العام ليقدم مثل هذا العون فهو القضاء الواقف.

وإذا كانت الفكرة العامة والسائدة لدى الجميع إن دور الادعاء العام يتمثل بتحريك

الدعوى الجزائية دون الدعوى المدنية، على اعتبار إن الدعوى الجزائية تكون ذات طابع عام وتشمل هذه الدعوى أي مخالفة لقاعدة عامة، أما الدعوى المدنية فإنها تكون ذات طابع شخصي لأنها تمس مصالح الافراد .

ولكنه في ذات الوقت فإن البعض من هذه الدعاوى المدنية تمس بالإضافة إلى مساسها بمصالح الافراد مصالح أخرى تكون جديرة بتوفير الحماية لها، وانطلاقاً من هذا المساس نجد إن أغلب القوانين قد توجهت إلى تدخل الادعاء العام في هذا النوع من الدعاوى تحقيقاً للعدالة وضماناً لوحدة المجتمع .

لقد عزز تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية التي تمس مصالح الدولة أو المجتمع دور القضاء المدني في حماية تلك المصالح وذلك من خلال قيامه بالمهام اللازمة لحماية تلك المصالح التي لم يكن بإمكان القضاء ممارستها بالنظر لطبيعته الحيادية تجاه المتقاضين كالطعن بالأحكام الصادرة في هذه الدعاوى لمخالفتها للقانون .

#### ثانياً:- أسباب اختيار الموضوع

هناك عدة أسباب دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع منه:

1- إن تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية يعد من المواضيع التي لا يزال يكتنفها الغموض من قبل الفقه القانوني، إذ إن من النادر أن نجد الإشارة إلى هذا الموضوع بشكل يغطي جميع جوانبه .

2- الوقوف على مواطن النقص أو الخلل في قانون الادعاء العام العراقي رقم 49 لسنة 2017 واقتراح الحلول القانونية لها .

3- ندرة المؤلفات العراقية التي تناولت هذا الموضوع بالبحث، إذا تقتصر أغلب هذه المؤلفات على بيان الحالات التي يحق للادعاء العام التدخل فيها، ولم ينل المركز القانوني للادعاء العام في القضاء المدني الاهتمام المطلوب من جانب الفقه .

#### ثالثاً:- تساؤلات البحث

نسعى من خلال هذا البحث إلى إيجاد الإجابة عن تساؤلات عديدة قد تتبادر إلى الذهن منها:-

1- كيف كفل المشرع العراقي الحماية القانونية لمصلحة الدولة ومصلحة الهيئة الاجتماعية؟ وهل كان موفقاً في هذه الحماية؟

- 2- من هو الادعاء العام؟ ما هي علاقته بالدعوى المدنية؟
- 3- ما هي طبيعة وظيفة الادعاء العام في الدعوى المدنية؟
- 4- هل يعد الادعاء العام خصماً موضوعياً في الدعوى المدنية؟
- 5- ما هو التكييف القانوني لحضور الادعاء العام في الدعوى المدنية؟

#### رابعاً:- منهجية البحث

اعتمدنا في إعداد هذا البحث على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية التي تنظم هذا الموضوع حيثما وردت سواء في القانون العراقي أم في القوانين محل المقارنة، مع تحليل موقف الفقه في هذا المجال، فضلاً عن اعتمادنا على المنهج المقارن للقوانين ذات العلاقة بموضوع البحث كقوانين المرافعات المدنية وفي مقدمتها قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968، وقانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني رقم (29) لسنة 2002، وقانون الادعاء العام العماني رقم (92) لسنة 1999 .

#### خامساً: هيكلية البحث

- احتوت الدراسة موضوع البحث على ثلاثة مباحث، فكانت هيكلية البحث كالآتي:-
- المبحث الأول / التعريف بالادعاء العام .
  - المطلب الأول / تعريف الادعاء العام .
  - الفرع الأول / التعريف اللغوي للادعاء العام .
  - الفرع الثاني / التعريف الاصطلاحي للادعاء العام .
  - المطلب الثاني / تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية .
  - المطلب الثالث / حالات تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية .
  - المبحث الثاني/ المركز القانوني للادعاء العام في الدعوى المدنية .
  - المطلب الأول / تعريف الخصم .
  - المطلب الثاني / مفهوم المركز القانوني للخصم .
  - المطلب الثالث / طبيعة وظيفة الادعاء العام في الدعوى المدنية ومركزه القانوني .

#### الخاتمة

## المبحث الأول

### التعريف بالادعاء العام

يقوم القضاء بتطبيق القانون وتفسيره وذلك بإزالة العقبات التي يثيرها هذا التطبيق في الحياة العملية. ويساعد القاضي في أداء مهمته اعوان سواء أكانوا هيئات أو أشخاص يقدمون له ما يراه لازماً لتحقيق العدالة وحسن تطبيق القانون.

ويعد هذا في الواقع من أهم الضمانات التي تكفل الوصول إلى الحقيقة ووجود حل عادل للمنازعات وفقاً لما يقرره القانون، وينظم القانون مشاركة هؤلاء الأشخاص للخصوم والقاضي في إجراءات الخصومة .

ويعد الادعاء العام من أبرز اعوان القضاء إذا انه مع تطور الأنظمة القضائية أصبح الادعاء العام ركناً مهماً من أركان العدالة باعتباره ممثل عن المجتمع وبه تتحقق الرقابة على المشروعية .

وفي العراق ترسخ دور الادعاء العام وتوسعت صلاحياته لكي يلعب دوراً بارزاً في تحقيق العدالة وكان من ثمرة ذلك صدور قانون الادعاء العام رقم 159 لسنة 1979 وتلاه صدور قانون الادعاء العام الحالي رقم 49 لسنة 2017 بحيث شملت اختصاصاته ليس فقط الأمور الجزائية ودفاعه عن الحق العام ، بل أعطاه المشرع العراقي أيضاً الحق في التدخل في الدعوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها وكذلك حقه في التدخل بدعوى الأحوال الشخصية لحماية الأسرة والطفولة .

وانطلاقاً من الدور المهم والتميز الذي يؤديه الادعاء العام وخاصة في الدعوى المدنية لذلك لا بد من الوقوف عند التعريف بالادعاء العام وبيان الوظائف المناطة به في نطاق الدعوى المدنية ومن أجل الإحاطة بهذه المواضيع سنقسم هذا المبحث على النحو الآتي:-

المطلب الأول / تعريف الادعاء العام .

المطلب الثاني / تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية .

المطلب الثالث / حالات تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية .

## المطلب الأول تعريف الادعاء العام

إن مصطلح الادعاء العام يعد من المصطلحات القانونية المتداولة على صعيد القانون والفقهاء، لذلك لا بد من تعريف هذا المصطلح والوقوف على معناه تمهيداً للسير في البحث في دوره في القضاء المدني وتحديد مركزه القانوني، لذلك سوف نتناول في هذا المطلب تعريف الادعاء العام في الاصطلاح اللغوي ومن ثم تعريفه في الاصطلاح الفقهي من خلال تقسيم هذا المطلب على النحو الآتي:-

الفرع الأول / التعريف اللغوي للادعاء العام.

الفرع الثاني / التعريف الاصطلاحي للادعاء العام.

### الفرع الأول

#### التعريف اللغوي للادعاء العام

إن الادعاء العام مصطلح مركب، لذا يتحتم بيان المقصود بكل كلمة على حده للوصول إلى معرفة المقصود به، فالادعاء في اللغة له معان كثيرة منها دعاه يدعو دعاءً وناداه وصاح به وتداعى العدو تداعياً أي اقبل عليه<sup>(1)</sup>، ويأتي الدعاء بمعنى التمني كقوله تعالى (ولهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون)<sup>(2)</sup> أي ما يتمنون وهو راجع إلى معنى الدعاء أي ما يتمناه ويدعوه أهل الجنة يأتيهم. فيقال فلان في خير ما ادعى أي ما تمنى ، وفلان يدعي بكرم فعالة أي يخبر عن نفسه بذلك ، ودعا الرجل ناداه والاسم الدعوة ودعوت فلان صحته به واستدعيته. والتداعي التحاجي وداعاه أي حاجه في أمر ما، وادعيت الشيء زعمته لي حقاً كان أو باطل<sup>(3)</sup>، من كل ما سبق يتضح لنا إن الادعاء هو الطلب أي طلب الحق أمام القضاء .

(1) ينظر: الشيخ عبد الله البستاني، المعجم الوسيط، مكتبة لبنان، بيروت، 1980، ص198.

(2) سورة يس الآية (57) .

(3) ينظر: أبو الفضل جمال الدين محمد مكرم المعروف بأبي منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، مكتبة لبنان، بيروت، 1994، ص986.

أما العام فهو اسم فاعل وعكس الخاص وهو لف وضع وضعا واحداً لكثير غير محصور مستغرق جميع ما يصلح له<sup>(1)</sup> وللعام معان كثيرة منها عم الشيء عموماً أي شمل الجماعة فهو عام . وعمم القوم فلان عليهم أي قلدوه أمرهم وألزموهم به. والعامه خلاف الخاصة ، والمعتم السيد الذي يقلده القوم أمورهم ويلجأ إليه العامة<sup>(2)</sup> .  
ومن التعريف اللغوي السابق لكلمة الادعاء وكلمة العام يتضح لنا إن تعريف الادعاء العام في الاصطلاح اللغوي هو تخويل وتفويض من المجتمع لشخص عام يمثل المجتمع ككل ولا مصلحة له في هذه الدعوى .

## الفرع الثاني

### التعريف الاصطلاحي للادعاء العام

يسعى القضاء إلى تحقيق العدل من خلال الحكم أو القرار الصادر من المحكمة المرفوع أمامها الدعوى، فإن مفهوم العدل في هذا النطاق هو نتيجة لما توفره وقائع الدعوى مقترنة بالنصوص القانونية وما يترجح لدى القاضي من أدلة ليخلص على أساسها لبناء حكمه أو إصدار قراره بشأنها، ان امر النظر وإصدار الحكم عادة ما يستقل به قاضي الموضوع فرداً كان أم هيئة قضائية لذلك فإن الأمر يحتاج إلى جهد وعناية مهنية عالية من لدن القاضي ولا ضير من ان يستعين بما يوفره القانون له من ادوات أخرى لاعانتته في بلوغ الحكم العادل قضائياً. وهنا يأتي دور الادعاء العام ليقدم مثل هذا العون فهو القضاء الواقف<sup>(3)</sup> .

ولم يورد المشرع العراقي تعريفاً للادعاء العام في القوانين المتعاقبة ذات الصلة وهذه ميزة تحسب له، لأن إيراد المشرع للتعريفات يعد من المثالب التي تؤخذ عليه عند سن

(1) ينظر: الشيخ عبد الله البستاني، المصدر السابق، ص 437.

(2) ينظر: ابن منظور، المصدر السابق، ص 889 .

(3) ينظر: يقتصر اصطلاح القضاء على طائفتين هما القضاة وأعضاء الادعاء العام، اذ يطلق على القضاة بالقضاء الجالس لانهم يباشرون أعمالهم وهم جلوس، وتسمى الطائفة الثانية بالقضاء الواقف لانهم يؤدون أعمالهم وهم وقوف يمثلون الحكومة والمجتمع أمام المحاكم للدفاع عن مصلحة المجتمع والنظام العام، لمزيد من التفصيل ينظر: محمد أبو العلا عقيدة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، 2001، ص 51 .

التشريع وإدراكاً منه أن إيراد التعاريف وصياغتها هي من صميم عمل الفقهاء. وانطلاقاً من ذلك حاول بعض فقهاء وشرّاح قانون الادعاء العام تحديد أو تعريف المعنى الاصطلاحي للادعاء العام بوصفه جهازاً أو كياناً معنوياً حدد القانون دوره في مجال القضاء، فمنهم من يرى ان الادعاء العام ذو طبيعة خاصة ومركز مستقل وانه يحضر في الدعوى أو يتدخل فيها ليقوم بمهمة اناطها القانون له بصفته وكيلاً عن الهيئة الاجتماعية<sup>(1)</sup>. ومنهم من يرى بأنه هيئة خاصة ومستقلة تستمد سلطتها من الدستور<sup>(2)</sup> وتختص بوظيفتها في الرقابة على مشروعية الأعمال والتصرفات القانونية المختلفة الصادرة من الأشخاص الطبيعية والمعنوية حماية للحق العام ونيابة عن المجتمع<sup>(3)</sup>. ومنهم من يرى بأنه من يطالب بحق المجتمع ومصالحه العليا ويحافظ على المشروعية وتطبيق القانون<sup>(4)</sup>، فالادعاء العام هو المحامي عن المجتمع يتولى حماية حقوقه من الهدر والضياع وهو يتولى أيضاً معاونته القضاء في اداء مهمته وتحقيق رسالته<sup>(5)</sup>. وأعضاء الادعاء العام هم طائفة من الموظفين والتابعين لوزارة العدل وظيفتهم الأصلية هي تأمين حسن مجرى الأحكام القانونية لأجل حفظ الامن والحقوق العامة<sup>(6)</sup>.

- (1) ينظر: الياس سعيد منصور، الادعاء العام ومهامه في مسائل الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد(14)، السنة(16)، العدد(50)، 2011، ص57.
- (2) نصت المادة(89) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 على(تتكون السلطة القضائية الاتحادية، من مجلس القضاء الأعلى والمحكمة الاتحادية العليا ومحكمة التمييز الاتحادية وجهاز الادعاء العام...).
- (3) ينظر: د. تيماء محمود فوزي، دور الادعاء العام في الدعوى المدنية-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2002، ص57.
- (4) ينظر: د. هدى سالم محمد الأتقجي، تنظيم الادعاء العام في قانون رقم 49 لسنة 2017 العراقي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، السنة(12)، العدد(1)، 2020، ص280.
- (5) ينظر: أياد جعفر علي أكبر، دور الادعاء العام في حماية المال العام في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة البصرة، 2016، ص7.
- (6) ينظر: فارس الخوري، أصول المحاكمات الحقوقية، ط2، الدار العربية، عمان، الاردن، 1987، ص79.

والادعاء العام من حيث التسمية يقابل مصطلح (النيابة العامة) كما في التشريع المصري الا ان اختلاف التسمية ليس له اثر ملحوظ على طبيعة عملهما أو على الصلاحيات المخولة لهما<sup>(1)</sup>.

ونرى من وجهة نظر متواضعة ان الادعاء العام والنيابة العامة مصطلحان مترادفان من حيث المعنى والدلالة ومع ذلك نفضل استعمال مصطلح الادعاء العام بدلاً من النيابة العامة لانها التسمية المعروفة في العراق ومتداولة الاستعمال أكثر من النيابة العامة فتسمية الادعاء العام في القانون العراقي تبقى مناسبة ومرتبطة بخصوصية يتمتع بها المشرع العراقي إذ أصبح يشكل ارثاً قانونياً وقضائياً.

وقد نص المشرع العراقي على تأسيس جهاز يسمى "جهاز الادعاء العام" وعده جزءاً من السلطة القضائية ومنحه الشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي وأناط تمثيله برئيسه أو من يخوله<sup>(2)</sup>.

ويتكون جهاز الادعاء العام في العراق من رئيس الادعاء العام ونائبه، وعدد من المدعين العامين ونواب المدعين العامين، ومعاوني الادعاء العام<sup>(3)</sup>، ويعين كل من رئيس الادعاء العام ونائبه بمرسوم جمهوري لمدة أربعة سنوات قابلة للتجديد على ان يكونا من قضاة الصنف الأول الذين شغلوا منصب رئيس أو نائب رئيس محكمة استئناف، ويعين المدعون العامون ونوابهم من قبل مجلس القضاء الأعلى على ان يكونوا من خريجي المعهد القضائي المحامين أو المحققين الذين لا تقل مدة عملهم عن عشر سنوات، أما معاوني الادعاء العام فيعينون أيضاً من قبل مجلس القضاء الأعلى على ان يكونوا من الحاصلين على شهادة اولية في القانون ولهم خدمة في المحاكم أو الدوائر القانونية في

(1) ينظر: عكاشة محمد عبد العال، طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص634.

(2) ينظر: المادة(1) من قانون الادعاء العام العراقي رقم (49) لسنة 2017؛ والتي تقابلها المادة(21) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972 المعدل؛ والمادة(1) من قانون الادعاء العام العماني رقم (92) لسنة 1999 .

(3) ينظر: المادة(3/3) فقرة اولاً من قانون الادعاء العام العراقي؛ والتي تقابلها المادة(23) من قانون السلطة القضائية المصري؛ والمادة(5) من قانون الادعاء العام العماني.



مؤسسات الدولة مدة لا تقل عن ثلاث سنوات<sup>(1)</sup>.

وقد حدد قانون الادعاء العام المهام المناطة بجهاز الادعاء العام ومنها مهامه أمام المحاكم المدنية إذ اسندت إليه مهمة الحضور في بعض الدعاوى المدنية وإبداء الرأي فيها وتقديم الطلبات ومراجعة طرق الطعن بالأحكام الصادرة فيها حماية لمصالح الدولة والهيئة الاجتماعية<sup>(2)</sup>.

وإذا كان الإجراء مما يقوم به المدعي العام كالطعن في الأحكام والقرارات لمصلحة القانون فيلزم ان تتوفر فيه الوظيفة والاختصاص والصلاحية الشخصية، والمقصود بالوظيفة ان يكون القائم بالإجراء القضائي بدرجة مدعي عام، اما الاختصاص فيقصد به ان يكون الإجراء القضائي داخلا في اختصاص المدعي العام، والصلاحية الشخصية يقصد بها ان لا يقوم لدى المدعي العام سبب من أسباب التنحي وان لا يكون قد حكم برده<sup>(3)</sup>.

وبعد الوقوف عند تعريف الادعاء العام يثار تساؤل حول تبعية الادعاء العام هل يكون تابع للسلطة التنفيذية للدولة أم لسلطتها القضائية؟

للإجابة على هذا التساؤل نجد ان القوانين قد اختلفت في هذه التبعية فمنهم من يربط جهاز الادعاء العام بالسلطة القضائية ويجعلها جزءاً منها كما هو الأمر بالنسبة للمشرع المصري<sup>(4)</sup> وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع العماني الذي ينظر إلى الادعاء العام على أنه جزء من السلطة القضائية يشرف عليه المجلس الأعلى للقضاء<sup>(5)</sup>، ومنهم من يربطه بالسلطة التنفيذية كما هو الأمر بالنسبة للمشرع العراقي في قانون الادعاء العام العراقي رقم (159) لسنة 1979 الملغي إذ نص وبشكل صريح على تبعية وارتباط جهاز الادعاء

(1) ينظر: المادة(4) من قانون الادعاء العام العراقي، والمادة(3) من قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (112) لسنة 2012.

(2) ينظر: المواد(12، 11، 7، 6، 5) من قانون الادعاء العام العراقي النافذ.

(3) ينظر: د.ياسر باسم ذنون، د. إحياد ثامر نايف، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ج3، مطابع شتات، القاهرة، 2012، ص247.

(4) ينظر: المواد (21-27) من قانون السلطة القضائية المصري المعدل .

(5) ينظر: المادة(64) من النظام الأساسي العماني رقم (101) لسنة 1996 .

العام بالسلطة التنفيذية يمثلها وزير العدل<sup>(1)</sup>.

ويجب ملاحظة ان ارتباط جهاز الادعاء العام بالسلطة التنفيذية لا يعني الخضوع التام لها بل ان سلطتها عليه تقتصر على الإشراف والرقابة من قبل وزير العدل لأنه يمثل السلطة التنفيذية في البلاد، في حين تكون المسائل الفنية والإدارية المتعلقة بعمل الجهاز والمهام الموكلة إليه قانوناً من اختصاصه وحده<sup>(2)</sup>.

الا ان المشرع العراقي عندما أصدر قانون الادعاء العام النافذ رقم (49) لسنة 2017 الغى تبعية جهاز الادعاء العام بالسلطة التنفيذية والحقه بالسلطة القضائية ونص على يؤسس جهاز يسمى جهاز الادعاء العام ويعد من مكونات السلطة القضائية الاتحادية يتمتع بالاستقلال الإداري والمالي ويكون مقره في بغداد.....<sup>(3)</sup>.

ويلاحظ على هذه المادة انها بدأت بكلمة (يؤسس) الأمر الذي يوحي بان وظيفة الادعاء العام ظهرت إلى حيز الوجود لأول مرة بموجب قانون الادعاء العام العراقي الصادر في عام 2017 في حين كان للادعاء العام ظهور بموجب قانون أصول المحاكمات الجزائية العثماني لعام 1879، واعقبه قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي لعام 1931، ثم قانون الادعاء العام لعام 1979 ولم يتم تأسيسه بموجب القانون الجديد، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى استبدال مصطلح (يؤسس) الوارد في المادة أعلاه لمصطلح (تنظيم).

كما ويلاحظ على هذه المادة انها أشارت إلى الاستقلال المالي والإداري لجهاز الادعاء العام في الوقت الذي نرى فيه ان الاستقلال لا يشمل فقط الاستقلال المالي والإداري وإنما هو استقلال له أوجه عدة إذ ليس للمحكمة ان تتدخل في عمل الادعاء العام أو أن توجه له الانتقاد أو اللوم.

(1) نصت المادة(26) من قانون الادعاء العام العراقي رقم(159) لسنة 1979 الملغي على(يرتبط رئيس

الادعاء العام بوزير العدل الذي له حق المراقبة والإشراف على جميع أعضاء الادعاء العام).

(2) ينظر: فخري جعفر أحمد، دور الادعاء العام في القضاء الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون،

جامعة كربلاء، 2014، ص54.

(3) المادة(1/أولاً) من قانون الادعاء العراقي النافذ.

## المطلب الثاني

### تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية

أن الهدف من الدعوى المدنية هو تطبيق القانون وتنفيذه في إطار المفاهيم والأصول العامة التي تحددها السلطة العامة في الدولة، وإن تدخل الادعاء العام أمام القضاء المدني يكفل بلا شك تحقيق هذا الهدف وبالتالي توفير الامان القانوني للمتقاضين والحفاظ على الصالح العام والخاص معاً، ومنع اتخاذ الدعوى المدنية كوسيلة للكيّد أو المماطلة أو تحقيق مكاسب أو منافع شخصية وما يرافق ذلك من عدم استقرار في المعاملات والخصومات وبقائها في حيز القضاء فترة من الزمن .

مما يدل على أهمية دور الادعاء العام في القضايا المدنية والتي ترجع إلى خطورة الاثار الاقتصادية وحتى السياسية المترتبة على هذا النوع الدعاوى، وانطلاقاً من هذه الأهمية نجد ان أغلب النظم الإجرائية المعاصرة قد منحت الادعاء العام دوراً في الدعوى المدنية إلى جانب دوره في الدعوى الجزائية والمتمثل بتوجيه الاتهام وإقامة الدعوى الجزائية ومتابعتها، فالدور الذي يقوم به الادعاء العام لا يقتصر على تصديه للدعاوى الجزائية فحسب بل يتعداها ويمتد ليشمل الدعاوى المدنية استناداً إلى مهامه واختصاصاته التي حددها له القانون .

يتخذ تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية طريقتين الأولى طريق الدعوى الأصلية أي عن طريق إقامة الدعوى المدنية ابتداءً من قبل الادعاء العام وهنا يكون خصماً (مدع) أو طرفاً أصلياً في الدعوى ضد من اعتدى على مصلحة خاصة للدولة أو المجتمع خول القانون حمايتها في حالات محددة، كما يكون للدعاء العام المخاصمة بصفة مدعي عليه في دعوى مدنية يقيمها خصم له مصلحة معترضاً على قرار أو إجراء اتخذه الادعاء العام وكان ماساً بحقوقه<sup>(1)</sup>.

أما الطريق الثاني الذي من خلاله يستطيع الادعاء العام التدخل في الدعوى المدنية

(1) ينظر: محمد صالح الأمين، المركز القانوني للدعاء العام ودوره أمام القضاء المدني في القانون المقارن ودوره في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة اهل البيت، تصدرها جامعة أهل البيت، العدد(10)، 2010، ص177.

فهو عن طريق الانضمام إلى أحد طرفي الدعوى المدنية المقامة حماية لمصلحة الدولة أو المجتمع ويفترض في هذا الطريق أن هناك دعوى مدنية رفعت من طرف (مدع)، أو رفعت ضد مدعى عليه يرعى مصلحة قائمة للدولة أو للهيئة الاجتماعية وإن هذه المصلحة جديرة بالحماية من قبل الادعاء العام طبقاً للقانون<sup>(1)</sup>.

والتدخل الانضمامي للادعاء العام في الدعوى المدنية إما ان يكون تدخل وجوبي أي إن القانون ألزم الادعاء العام بالتدخل إلى جانب الطرف المعني بالحماية أو إلى جانب ممثله القانوني، وإما أن يكون التدخل جوازي أي تترك مسالة تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية لتقديره فإذا وجد إن هناك مصلحة عامة تستدعي الحماية وإن تدخله من شأنه أن يقوي مركز الطرف المعني بالحماية فعليه التدخل إلى جانب ذلك الطرف<sup>(2)</sup>.

وفيما يتعلق بموقف المشرع العراقي والقوانين محل المقارنة من طرق تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية نجد إنه حصر تدخل الادعاء العام بالطريق الثاني أي التدخل بطريق الانضمام إلى الطرف المستحق للحماية دون الطريق الأول فهو لم يسمح للادعاء العام بإقامة الدعوى ابتداءً وهذا الاتجاه سار عليه المشرع العراقي في قانون الادعاء العام رقم (159) لسنة 1979 الملغي وكذلك في قانون الادعاء العام رقم (49) 2017 النافذ إذا نص (على الادعاء العام الحضور أمام محاكم الأحوال الشخصية وغيرها من المحاكم المدنية في الدعاوى المتعلقة....)<sup>(3)</sup>.

خلافاً لموقف القوانين محل المقارنة، إذ نجد إن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري سلك كلا الطريقين لتدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية والذي نص على (لليابة العامة رفع الدعوى في الحالات التي ينص عليها القانون ويكون لها في هذه

(1) ينظر: د. تيماء محمود فوزي، مصدر سابق، ص 89؛ د. عبد المنعم عبد الوهاب العامر، النطاق

القانوني لتدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد (3)، العدد (4)، 2020، ص 117.

(2) ينظر: د. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015، ص 186.

(3) المادة (6) من قانون الادعاء العام العراقي النافذ.

الحالات ما للخصوم من حقوق<sup>(1)</sup> ويلاحظ على نص هذه المادة ان المشرع المصري قد أفاد بحق الادعاء العام في رفع الدعوى المدنية ابتداءً وبذلك فإنه سوف يكون مدعياً في الدعوى، كما وإنه أقر أيضاً للادعاء العام الانضمام في الدعوى المدنية المقامة ونص على انه (في جميع الدعاوي التي تكون فيها النيابة العامة طرفاً منضمماً.....)<sup>(2)</sup>.

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع العماني الذي سلك كلا الطريقتين لتدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية وأجاز له رفع الدعوى ابتداءً ونص على (للادعاء العام رفع الدعوى في الحالات التي ينص عليها القانون ويكون له في هذه الحالة ما للخصوم من حقوق)<sup>(3)</sup> إذ يعتبر الادعاء العام مدع أو مدع عليه فيصبح خصماً موضوعياً لأطراف الدعوى يتقاضى مثلهم، وكذلك أقر له بالتدخل في الدعوى المدنية المقامة .

ولا نؤيد موقف المشرع العراقي أعلاه في عدم فسح المجال أمام الادعاء العام للتدخل في الدعوى المدنية عن طريق رفع الدعوى ابتداءً تماشياً مع الاتجاه الغالب في التشريعات المعاصرة، لذلك وانطلاقاً من الرغبة في تفعيل دور الادعاء العام المدني بشكل متكامل ندعو المشرع العراقي إلى إضافة نص صريح يعطي فيه للادعاء العام الحق في إقامة الدعوى بصفة أصلية .

وبصدد موقف المشرع العراقي وإتباعه طريق الانضمام في الدعوى المدنية من قبل الادعاء العام يثار التساؤل الآتي:

هل يتدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية بشكل وجوبي أم جوازي؟  
للإجابة عن هذا التساؤل نجد إن موقف المشرع العراقي بهذا الخصوص لم يكن ثابتاً وإنما طرأ عليه التغير، إذ إنه في قانون الادعاء العام العراقي رقم (159) لسنة 1979 الملغي كان للادعاء العام الجمع بين صورتين الانضمام (الوجوبي والجوازي) من خلال وجوب تدخله في حالات معينة وجواز التدخل في حالات أخرى<sup>(4)</sup>، أما في القانون النافذ نجد إنه

(1) المادة(87) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 .

(2) المادة(95) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ والتي تقابلها المادة(97) من قانون الإجراءات المدنية العماني.

(3) المادة(89) من قانون الإجراءات المدنية العماني رقم (29) لسنة 2002 .

(4) ينظر: المادتين(12/ الفقرة الأولى) و(13/الفقرة الأولى) من قانون الادعاء العام العراقي الملغي.

اعتمد التدخل الوجوبي في جميع الحالات التي يتدخل فيها الادعاء العام في الدعوى المدنية والتي نص القانون على حضوره أمام المحاكم المختصة بنظرها ويمكن أن نستنتج موقف المشرع العراقي هذا من خلال المادة (الخامسة) بفقرتيها الخامسة والسادسة من قانون الادعاء العام رقم (49) لسنة 2017النافذ والتي أدرج فيها المشرع العراقي مجموعة من الدعاوى المدنية والتي يتدخل فيها الادعاء العام وبدأ هذه المادة بعبارة "يتولى الادعاء العام المهام الآتية" وحيث إن المهمة هي تكليف أو توكيل يعطى لشخص ما من أجل القيام بأمر محدد وتنفيذه بطريقة إلزامية<sup>(1)</sup> لذلك يكون على عاتق الادعاء العام إلزام وواجب وهو حضور الدعاوى التي اشتملت عليها الفقرتين أعلاه هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد إن المادة (السادسة) من ذات القانون نصت(على الادعاء العام الحضور أمام محاكم الأحوال الشخصية وغيرها من المحاكم المدنية....) ويلاحظ على هذه المادة إنها حددت دعاوى مدنية أخرى يحضر فيها الادعاء العام ومما لا شك فيه إن حرف "على" الوارد في بداية المادة القانونية يدل على الوجوب والإلزام .

ونؤيد موقف المشرع العراقي في اعتماده طريق التدخل الوجوبي للدعاء العام في الدعوى المدنية التي تضمنتها المادتين(5و6) من قانون الادعاء العام النافذ نظراً لأهمية تلك الدعاوى ومساسها بحقوق ومصالح الدولة والافراد معاً، وندعو المشرع العراقي إلى إضافة نص يبين فيه بطلان الإجراءات أو الحكم في حالة عدم تدخل الادعاء العام في تلك الدعاوى كما هو الحال في الدعاوى الجزائية .

أما فيما يتعلق بموقف القوانين محل المقارنة نجد إن كل من القانون المصري والقانون العماني قد أشاروا إلى حالات يتدخل فيها الادعاء العام وجوباً "تدخل وجوبي" وحالات أخرى يكون التدخل فيها جوازيماً "التدخل الجوازي"<sup>(2)</sup>

وبعد تحديد موقف المشرع العراقي واتخاذ مسلك التدخل الوجوبي للدعاء العام

(1) ينظر: لويس معلوف، المنجد في اللغة، ط19، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، بدون سنة طبع، ص887.

(2) ينظر: المواد(88و89و90) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ والمواد(90و91و98) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني.

في الدعوى المدنية يثار التساؤل الآتي:-

كيف يعلم الادعاء العام بالدعوى المدنية موضوع تدخله؟

للإجابة على التساؤل نجد إن المشرع العراقي في قانون الادعاء العام الملغي كان ينص على إلزام محكمة الموضوع بإخبار الادعاء العام بقسم معين من الدعوى موضوع تدخله وهي الدعوى التي تكون الدولة طرفاً فيها أو المتعلقة بحقوق مدنية ناشئة للدولة عن دعوى جزائية، وكان المشرع العراقي قد حدد سقف زمني لاخبار الادعاء العام وهو قبل نظر تلك الدعوى بثلاثة أيام على الأقل وتزويده بصورة من عريضتها ومستنداتها لإتاحة الفرصة له للحضور فيها وإبداء رأيه وطلباته في موضوع الدعوى والاستماع إلى أقول الطرفين ودفعهم<sup>(1)</sup>، وقد تعرض موقف المشرع العراقي هذا في وقته للانتقاد لأنه قصر العمل بالتبليغ على قسم من الدعوى المدنية دون القسم الآخر<sup>(2)</sup>.

ونجد إن المشرع العراقي عندما سن قانون الادعاء العام النافذ لم يتدارك الخلل التشريعي الذي وقع فيه على النحو المبين أعلاه بل على العكس من ذلك فبدلاً من أن يضع نص قانوني يلزم فيه المحكمة المختصة بإخبار الادعاء العام بالدعوى المرفوعة في الوقت المناسب في جميع الدعوى المدنية التي يتدخل فيها الادعاء العام قام بإلغاء النص الملزم للمحكمة باخبار الادعاء العام ولم يتضمن نص بديل عنه ضمن نصوص القانون النافذ، فيكف له أن يلزم الادعاء العام بالحضور في الدعوى المدنية موضوع التدخل دون أن يحدد له طريقة للعلم برفعها أمام المحكمة المختصة والعلم بموضوعها ومواعيد المرافعة فيها لكي تتحقق الغاية من تدخله في هذا النوع من الدعوى المدنية الا وهي حماية مصلحة الدولة ومصلحة الافراد فيها، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى إضافة نص قانوني يلزم فيه محكمة الموضوع بتبليغ الادعاء العام بنسخة من عريضة الدعوى موضوع تدخله ومستنداتها عند تحديد موعد للنظر فيها وتسلم الأوليات المتعلقة بالدعوى موضوع التدخل إلى الادعاء العام بسجل رسمي وذلك لكي يتمكن الادعاء العام من إداء المهام

(1) ينظر: المادة (14/ اولاً) من قانون الادعاء العام العراقي الملغي.

(2) ينظر: د.عبد الامير العكيلي، د. ضاري خليل محمود، النظام القانوني للادعاء العام في العراق والدول العربية، مطبعة اليرموك، بغداد، 1999، ص 189.

المكلف بها في نطاق القضاء المدني على اتم وجه وكذلك وضع الادعاء العام في دائرة المسؤولية إذا ما تخلف أو أخل بالمسؤولية الملقاة على عاتقه .

في الوقت الذي نجد فيه إن القوانين محل المقارنة قد اهتمت بمسألة إعلام الادعاء العام بالدعوى المدنية التي يكون تدخله فيها ضروري للمحافظة على مصلحة الدولة والافراد، فالمشرع المصري جعل مهمة إخبار الادعاء العام واجب على قلم كتاب المحكمة ونص على (في جميع الأحوال التي ينص فيها القانون على تدخل النيابة العامة يجب على قلم كتاب المحكمة إخبار النيابة العامة بمجرد قيد الدعوى فإذا عرضت أثناء نظر الدعوى مسألة مما تتدخل فيها النيابة العامة فيكون اخطارها بناءً على أمر من المحكمة)<sup>(1)</sup>، فالملاحظ على النص إن المشرع المصري ومن أجل ضمان تدخل الادعاء العام سواء في دعاوى المدنية التي ينص القانون على تدخله الوجوبي أو الجوازي فإنه في نفس الوقت ضمن وصول العلم للادعاء العام بهذه النوع من الدعاوى وجعل هذا الأمر واجب على المحكمة التي تنظر الدعوى ونؤيد موقف المشرع المصري لأن عدم تنظيم مسألة اخبار الادعاء العام بالدعوى المدنية تؤدي إلى عدم تدخله فيها رغم أهمية هذا التدخل هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن عدم تنظيم هذا الأمر كإنما يدل على إن المشرع اراد القول للادعاء العام اذهب انت للمحكمة وتحري عن وجود دعاوى مدنية تستلزم تدخلك فيها وهذا ما لا يعقل أبداً لما فيه من إرهاب للادعاء العام وزيادة الأعباء الملقاة على عاتقه .

### المطلب الثالث

#### حالات تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية

يتدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية إما بحضوره المباشر لجلساتها وإبداء رأيه وأقواله وطلباته ودفعه فيها ، وإما بالطعن في الحكم القضائي الصادر في الدعوى المدنية التي يكون له التدخل فيها، والدعاوى المدنية موضوع التدخل هي :-

(1) المادة(92) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ والتي تقابلها المادة(94) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني .



### أولاً:- الدعاوى المتعلقة بالقاصرين والمحجور عليهم والغائبين والمفقودين

يجب على الادعاء العام الحضور في الدعاوى المتعلقة بالقاصرين والمحجور عليهم والغائبين والمفقودين<sup>(1)</sup>، والقاصر<sup>(2)</sup> هو الجنين أو الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد أي السن القانوني وهو تمام الثامنة عشر من العمر<sup>(3)</sup>، ومن تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية<sup>(4)</sup> أو فاقدتها<sup>(5)</sup>، والمحجور عليهم أما أن يكون الحجر بحكم القانون بسبب الجنون أو العته أو صغر السن<sup>(6)</sup>، أو أن يكون الحجر بقرار من المحكمة المختصة كالسفيه وذو الغفلة<sup>(7)</sup>،

- (1) ينظر: المادة(6) من قانون الادعاء العراقي النافذ؛ والتي تقابلها المادة(1/89) من قانون المرافعات المدنية المصري؛ والمادة(91) من قانون الإجراءات المدنية العماني .
- (2) نصت المادة(3/ثانياً) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (78) لسنة 1980على(يقصد بالقاصر لاغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة إنه ناقص الأهلية أو فاقدتها والغائب والمفقود الا إذا دلت القرينة على خلاف ذلك).
- (3) نصت المادة(3/أولاً-1) من قانون رعاية القاصرين العراقي على( الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية).
- (4) ناقص الأهلية هو كل شخص مميز اكمل سن السابعة من العمر ولم يبلغ سن الثامنة عشر، أو كل شخص تقرر المحكمة أنه ناقص الأهلية بناءً على تقرير لجنة طبية مختصة بأنه ضعيف الإدراك، لمزيد من التفصيل ينظر: د. عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للالتزامات، ج1، ط1، مطبعة جامعة جيهان، أربيل، العراق، 2011، ص196.
- (5) فاقد الأهلية هو كل شخص دون سن التمييز أي لم يكمل سن السابعة من العمر أو كان مجنوناً أو معتوها(المادة94 من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951) .
- (6) نصت المادة(94) من القانون المدني العراقي على(الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاته)، والمجنون هو من فقد عقله وانعدم تمييزه فلا يعتد بأقواله وأفعاله، أما المعتوه فهو من ضعفت قواه العقلية فأصبح قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، لمزيد من التفصيل ينظر: فؤاد يوسف نهران، دليل انطوان، أحكاماً لأحوال الشخصية، المنشورات الحقوقية، بدون مكان طبع، 2002، ص251.
- (7) نصت المادة(95) من القانون المدني العراقي على(تحجر المحكمة على السفيه وذوي الغفلة ويعلن الحجر بالطرق المقررة)؛ والتي تقابلها المادة(113) من القانون المدني المصري رقم(131) لسنة1948؛ والمادة(43) من قانون المعاملات المدنية العماني رقم (29) لسنة 2013. السفيه هو الذي يبذر أمواله فيما لا مصلحة له فيه وعلى غير مقتضى العقل والشرع ولو كان ذلك في سبيل الخير، أما ذو الغفلة فهو الذي لا يهتدي إلى التصرفات الربحة ولا يميزها عن غيرها فيغبن في المعاملات لحسن نيته، لمزيد من التفصيل ينظر: د. تيماء محمود فوزي، النيابة عن ناقصي الأهلية وفاقدتها أمام القضاء المدني-دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد(18)، العدد(62)، 2018، ص45 .

ولعموم عبارة "المحجور عليهم" الواردة في نص قانون الادعاء العام ولان المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيده لذلك فإن هذا المصطلح يشمل أيضاً المحكوم عليه بالسجن المؤبد أو المؤقت لأنه يحرم طيلة فترة تنفيذ العقوبة من إدارة أمواله أو التصرف فيها بغير الايصاء أو الوقف الا بإذن من المحكمة المختصة<sup>(1)</sup>، أما الغائب فهو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد عن السنة دون أن تنقطع أخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره<sup>(2)</sup>، ويعتبر الغائب بحكم القاصر ويخضع لكل ما يخضع له الأخير، أما المفقود فهو الغائب الذي لا يعرف أن كان حياً أو ميتاً وتحكم المحكمة المختصة بموته بناءً على طلب ذوي الشأن<sup>(3)</sup>.

إن جميع الفئات التي ذكرت في أعلاه وفر لها المشرع العراقي الحماية القانونية بالنظر لظروفهم الخاصة، ومن صور هذه الحماية إلزام الادعاء العام بالتدخل إلى جانبهم في سائر الدعاوى المتعلقة بهم سواء بوصفهم مدعين أو مدعى عليهم من أجل حماية مصالحهم وبصرف النظر عن من يمثلهم في تلك الدعوى سواء أكان ولياً شرعياً أم كانت الوصاية لدائرة رعاية القاصرين أو كان وصياً مختاراً من الاب أو معيناً من المحكمة المختصة<sup>(4)</sup>. ولا يقتصر دور الادعاء العام في هذه الدعاوى على الحضور فقط وإنما عليه تقديم الطلبات وإبداء الرأي فيما يدعيه أو يدفع به الخصوم بالشكل الذي يعزز مصلحة من تدخل لجانبه، وإذا صدر الحكم في الدعوى وكان مخالفاً للقانون، أو ماساً بحقوق أو مصالح الطرف الذي تدخل لمصلحته، أو كان الحكم لا يوفر الحماية لتلك الحقوق والمصالح فعلى الادعاء العام الطعن فيه بالطرق القانونية<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: المادة(97) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.

(2) ينظر: د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص208.

(3) ينظر: د. جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص16.

(4) ينظر: المواد (27و34) من قانون رعاية القاصرين العراقي .

(5) ينظر: د. عبد الله بن علي بن سالم شبلي، علاقة الادعاء العام بالخصومة المدنية في سلطنة عمان، بحث منشور في مجلة الآداب، العدد(15)، 2020، ص406.

## ثانياً: دعاوى التفريق والطلاق وهجر الأسرة وتشريد الأطفال

تعد الأسرة اللبنة الأولى في المجتمع، وبصلاحها يصلح المجتمع ويزدهر بشتى مجالاته، وحماية الأسرة والطفولة هو من المبادئ التي اقرها الدستور والزم الدولة وكل مؤسساتها بتطبيق هذا المبدأ<sup>(1)</sup>، لذلك نجد إن قانون الادعاء العام قد نص على وجوب حضور الادعاء العام في دعاوى الطلاق والتفريق والهجر سواء التي تقام أمام محكمة الأحوال الشخصية أو أمام محكمة المواد الشخصية، ويشمل لفظ "التفريق" الوارد في نص المادة السادسة من قانون الادعاء العام العراقي التفريق القضائي المنصوص عليه في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل في المواد من (40) إلى (45) والتفريق الاختياري "الخلع"، كما ويشمل أيضاً التفريق للبلوغ<sup>(2)</sup>، ويأتي تدخل الادعاء العام في هذا النوع من الدعاوى المدنية لحماية الأسرة والطفولة.

أما فيما يتعلق بموقف القوانين محل المقارنة، نجد إن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لم يتضمن الإشارة إلى هذه الدعوى ضمن الدعاوى التي احتوتها المادة (88) والتي أوجبت على الادعاء العام التدخل فيها، أما فيما يتعلق بالقانون العماني فنجد إنه لم ينص على هذه الحالة ضمن حالات التدخل التي تضمنتها المادة (91) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: المادة (29) من الدستور العراقي لعام 2005 النافذ.

(2) ينظر: المادة (2/308) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(3) سبق وأن بينا ان القوانين محل المقارنة قد أوجبت على الادعاء العام التدخل في بعض الدعاوى المدنية فنص قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري في المادة (88) منه على (فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجب على النيابة العامة أن تتدخل في الحالات التالية والا كان الحكم باطلا: 1- الدعاوى التي يجوز لها ان ترفعها بنفسها 2- الطعون والطلبات أمام محكمة النقض ومحكمة تنازع الاختصاص 3- كل حالة أخرى ينص القانون على وجوب تدخلها فيها) ويقابلها المادة (90) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، وأجازت له ذات القوانين التدخل في دعاوى أخرى ونصت المادة (89) قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على (فيما عدا الدعاوى المستعجلة يجوز للنيابة العامة أن تتدخل في الحالات الآتية: 1- الدعاوى الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين 2- الدعاوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية والهبات والوصايا المرصدة للبر 3- عدم الاختصاص لانتفاء ولاية جهة القضاء 4- دعاوى رد القضاة وأعضاء النيابة ومخاصمتهم 5- الصلح ←

### ثالثاً: - الدعاوى التي تكون الدولة طرفاً فيها

يجب على الادعاء العام الحضور في الدعاوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها والدعاوى المتعلقة بالحقوق المدنية الناشئة للدولة عن الدعاوى الجزائية<sup>(1)</sup>، ويجب عليه بيان أقواله وتقديم مطالعته حولها ومراجعة طرق الطعن القانونية في القرارات والأحكام الصادرة فيها<sup>(2)</sup>، والسؤال الذي يثار بهذا الصدد هل يشترط في الدولة أن تكون خصماً أصلياً في الدعوى؟

لا يشترط لتدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها أن تكون الدولة خصماً أصلياً مدع أو مدعى عليه في هذه الدعوى وإنما يشمل كل صفة أخرى لوجود الدولة في الدعوى المدنية كما لو تدخلت في الدعوى بصفة شخص ثالث مختصماً كلا الطرفين في الدعوى أو منضماً لاحدهما أو تم إدخالها من قبل المحكمة للاستيضاح منها .

### رابعاً: - الدعاوى المقامة أمام محكمة العمل

تعد شريحة العمال من الشرائح المهمة في المجتمع، وفي الغالب تكون هذه الشريحة هي الاضعف في علاقة العمل ومن أجل ضمان تطبيق قانون العمل ولتحقيق العدالة والتوازن بين العلاقات، نجد إن قانون الادعاء العراقي النافذ نص على وجوب تدخل الادعاء العام في الدعاوى التي تختص محكمة العمل بنظرها والمتعلقة بتطبيق قانون العمل رقم (71) لسنة 1987 المعدل، وقانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم (39) لسنة 1971.

### خامساً: - الدعاوى المقامة أمام محكمتي القضاء الإداري وقضاء الموظفين

حدد قانون مجلس شورى الدولة اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في

←

الواقعي من الإفلاس<sup>6</sup>-الدعاوى التي ترى النيابة العامة التدخل فيها لتعلقها بالنام العام والآداب العامة<sup>7</sup>- كل دعوى أخرى ينص القانون على جواز تدخلها فيها) تقابلها المادة(91) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني .

(1) ينظر: المادة (6/5) من قانون الادعاء العام العراقي النافذ .

(2) ينظر: د. عبد المنعم عبد الوهاب العامر، مصدر سابق، ص 122.

صحة الأوامر والقرارات الإدارية الفردية والتنظيمية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والقطاع العام التي لم يعين مرجع للطعن فيها<sup>(1)</sup>، كما وحد القانون ذاته اختصاص محكمة قضاء الموظفين بالفصل في الدعاوى التي يرفعها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام في الحقوق الناشئة عن قانون الخدمة المدنية رقم (24) لسنة 1964 المعدل، أو القوانين أو الأنظمة التي تحكم العلاقة بين الموظف والجهة التي يعمل فيها كقانون الخدمة الجامعية رقم (23) لسنة 2008، بالإضافة إلى الفصل في الدعاوى التي يرفعها الموظف على دوائر الدولة والقطاع العام لطعن في العقوبات الانضباطية المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع العام رقم (14) لسنة 1991 المعدل<sup>(2)</sup>.

وقد نص قانون الادعاء العام العراقي النافذ على تدخل الادعاء العام في هذه الدعاوى المقامة أمام هاتين المحكمتين<sup>(3)</sup>، ويكون تدخله بانضمامه إلى جانب دوائر ومؤسسات الدولة التي تعد مدعى عليه في هذه الدعاوى، إن تدخل الادعاء العام في هذه الدعاوى إنما يتماشى مع المهمة الأساسية له والتي تتمثل بحماية نظام الدولة ومصالحها ومنها بلاشك العلاقات الوظيفية التي ترتب التزامات وأعباء مالية على المال العام<sup>(4)</sup>.

#### سادساً:- الدعاوى المتعلقة بحماية الأسرة والطفولة

نص قانون الادعاء العام العراقي النافذ على (وأي دعاوى يرى الادعاء العام ضرورة تدخله فيها لحماية الأسرة والطفولة)<sup>(5)</sup> فيلاحظ من هذا النص إن على الادعاء العام واجب الحضور في كافة الدعاوى المتعلقة بالأسرة والطفولة، ومما لا شك فيه أن هذا النوع من الدعاوى يكون من السعة بحيث لا يمكن تعيينها باسم معين أو تعيين المحكمة المختصة بنظرها فيدخل في ضمورها كل دعوى تمس الأسرة والطفولة سواء كانت متعلقة

(1) ينظر: المادة (7/رابعاً) من قانون مجلس شوري الدولة رقم (71) لسنة 1987 المعدل.

(2) ينظر: د. عصمت عبد المجيد، معضلة القيود على اختصاصات القضاء الإداري، بحث منشور في مجلة جامعة جيهان، أربيل، العراق، المجلد (1)، العدد (1)، 2017، ص 24.

(3) ينظر: المادة (5/خامساً) من قانون الادعاء العام العراقي النافذ.

(4) ينظر: د. عبد المنعم عبد الوهاب العامر، مصدر سابق، ص 123.

(5) المادة (6) من قانون الادعاء العام العراقي النافذ.

بالجانب المالي كالنفقة أو بجانب معنوي كالنسب أو الضم وساء ان كانت هذه الدعاوى مقامة أمام محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية أو محكمة البدأة . كما ويلاحظ على هذه المادة أن تقدير التدخل متروك للادعاء العام نفسه الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف التقدير من مدع إلى مدع آخر الأمر الذي يؤدي إلى عدم سير موضوع تدخل الادعاء العام في هذا النوع من الدعاوى على وتيرة واحدة ، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى تلافي هذا الخلل التشريعي الذي تضمنته المادة السادسة من قانون الادعاء العام النافذ من خلال تحديد معيار محدد للدعاوى التي يجب على الادعاء العام التدخل فيها والمحكمة المختصة بنظرها لتفادي اختلاف تقدير ضرورة التدخل من مدع إلى آخر . أما فيما يتعلق بموقف القوانين محل المقارنة، نجد إن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لم يتضمن الإشارة إلى هذه الدعوى ضمن الدعاوى التي احتوتها المادة (88) والتي أوجبت على الادعاء العام التدخل فيها، أما فيما يتعلق بالقانون العماني فيجد إنه لم ينص على هذه الحالة ضمن حالات التدخل التي تضمنتها المادة(91) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، الا إن هذا القانون أتاح للادعاء العام إجراء تحقيقاته في مسائل الأحوال الشخصية بعد طلب المحكمة منه ذلك عندما لم يكن بالإمكان تحديد دخل المطلوب الحكم عليه بنفقة، أو ما في حكمها إذا كان محل منازعة جدية وذلك من أجل تحديد دخله إن لم يكن في أوراق الدعوى ما يكفي لتحديده<sup>(1)</sup> .

#### سادساً:- الطعن في الأحكام القضائية

للالدعاء العام مراجعة طرق الطعن المقررة قانوناً للطعن في الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المدنية التي يتدخل فيها، والسؤال الذي يثار بهذا الصدد هو: هل يحق للادعاء العام سلوك أي طريق من طرق الطعن القانونية؟ أم إن حقه في الطعن مقيد بطريق دون غيره؟

بالرجوع إلى المادتين (5/ سادساً و6) من قانون الادعاء النافذ نجد إنهما قد نصا وبشكل مطلق على مراجعة الادعاء العام لطرق الطعن المقررة قانوناً بالنسبة للدعاوى المدنية التي يتدخل فيها ولأن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيده لذلك يفهم

(1) ينظر: المادة (286) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني.

من نص المادتين إن للادعاء العام مراجعة جميع طريق الطعن التي حددها قانون المرافعات المدنية العراقي<sup>(1)</sup>.

ولكننا لو رجعنا إلى المادة (169) مرافعات عراقي<sup>(2)</sup> التي تقضي بأن الطعن في الأحكام لا يقبل الا من الخصم الذي خسر الدعوى والادعاء العام ليس بخصم فيها(كما سنوضحه في المبحث التالي) فيكف يحق له سلوك كل طرق الطعن؟ فضلاً عن إن بعض طرق الطعن تكون لها أحكام خاصة لا يمكن العمل بها أو سلوكها من قبل الادعاء العام، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى ضرورة تحديد طرق الطعن التي يحق للادعاء العام اتباعها في الدعاوى التي يتدخل فيها. ويسعفنا في تحديد طرق الطعن التي يحق للادعاء العام إتباعها قرار الهيئة الموسعة لمحكمة التمييز الاتحادية في معرض تدقيقها لطعن تمييزي مقدم من نائب الادعاء العام في كركوك حول قرار محكمة استئناف كركوك بصفتها الأصلية والذي قضى برد لائحته الاستئنافية شكلاً لكونه ليس خصماً أصلياً ولا شخصاً ثالثاً في الدعوى البدائية المتعلقة بالطعن الاستئنافية، وتوصلت الهيئة الموسعة إلى صحة الحكم المميز وموافقته للقانون. فقضت بتصديقه ورد عريضة الطعن التمييزي، وجاء في حيثيات قرارها إن ممارسة الادعاء العام لحق الطعن في الأحكام القضائية يجب أن لا يتعارض مع طبيعة بعض الطعون ومنها الطعن بالاستئناف وأضافت من الواضح أن قصد المشرع العراقي في الفقرة سادساً من المادة (5) من قانون الادعاء العام بمنحه حق الطعن هو الطعن بطريق التمييز وتصحيح القرار التمييزي فقط<sup>(3)</sup>، فبالاستناد إلى هذا القرار القضائي لا يحق للادعاء العام الطعن في الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المدنية التي ألزمتها المادتين (5/سادساً و6) من قانون الادعاء العام النافذ بالحضور فيها الا بطريق التمييز أو تصحيح القرار التمييزي عند توافر الأسباب والشروط للطعن بأحدهما<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: المادة (168) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

(2) تقابلها المادة (211) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ والمادة (202) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني .

(3) القرار المرقم 343/الهيئة الموسعة المدنية/201814/2018/11/11 نقلاً عن: د. عبد المنعم عبد الوهاب العامر، مصدر سابق، ص 126 .

(4) ينظر: المواد(219و220و221و222و223)من قانون المرافعات المدنية العراقي .

## سابعاً :- الطعن لمصلحة القانون

وهو حق منحه القانون للادعاء العام في التدخل بالطعن بالأحكام المدنية، إذا حصل فيها خرق للقانون وكأن من شأنه الاضرار بمصلحة الدولة ومخالفة النظام العام وذلك بالرغم من فوات المدة القانونية للطعن فيها<sup>(1)</sup>، والطعن لمصلحة القانون هو طريق استثنائي من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون لأنه يجيز الطعن بالحكم على الرغم من اكتسابه درجة البتات، ولأنه لا يشترط التدخل المسبق لرئيس الادعاء العام أو من يعمل تحت أمرته من المدعين العامين أو نوابهم في دعوى الحكم المطعون فيه<sup>(2)</sup>.

وقد نص قانون الادعاء العام العراقي النافذ على هذا الطريق من طرق الطعن وخص به رئيس الادعاء العام حصراً لكنه يجوز للاخير أن يخول أحد مرؤوسيه أو الممثل القانوني لجهاز الادعاء العام بهذه المهمة وجاء فيه (إذا تبين لرئيس الادعاء العام حصول خرق للقانون في حكم أو قرار صادر عن أي محكمة عدا المحاكم الجزائية..... يتولى عندها الطعن في الحكم أو القرار لمصلحة القانون رغم فوات المدة القانونية للطعن إذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه أو قد تم الطعن فيه ورد من الناحية الشكلية)<sup>(3)</sup>.

ويشترط لسلك هذا الطريق من طرق الطعن أن لا يكون الحكم المطعون فيه قد سبق الطعن فيه من قبل أطرافه بطريق التمييز، وأن يتضمن الحكم المطعون فيه خرقاً للقانون أو مخالفة للنظام العام، وأن لا تمضي على اكتساب الحكم المطعون فيه الدرجة القطعية خمس سنوات، وأن يقدم الطعن بعريضة إلى المحكمة المختصة بنظر الطعن مع بيان أسباب الطعن<sup>(4)</sup>، وينبغي ملاحظة إن المشرع العراقي في قانون الادعاء النافذ لم يحدد المحكمة المختصة بنظر الطعن لمصلحة القانون على عكس القانون الملغي والذي أناط

(1) ينظر: د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ط1، دار السنهوري، لبنان، 2016، ص520.

(2) ينظر: ليث عبد الوهاب عبد المطلب، الطعن لمصلحة القانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2006، ص45.

(3) المادة(7/ثانياً) من قانون الادعاء العراقي النافذ؛ والتي تقابلها المادة(250) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري؛ والمادة(241) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني.

(4) ينظر: د.عباس العبودي، مصدر سابق، ص523-526.



الاختصاص لمحكمة التمييز على أن ينظر الطعن من هيئة خماسية برئاسة رئيس المحكمة أو أحد نوابه<sup>(1)</sup>.

إن عدم تحديد المحكمة المختصة بنظر الطعن لمصلحة القانون في القانون النافذ أثار الشك حول موقفه فهل يبقى الاختصاص لمحكمة التمييز على الرغم من إن المادة(17) من قانون الادعاء العام الحالي ألغت قانون الادعاء السابق؟  
لذلك ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (7/ثانياً-أ) من قانون الادعاء النافذ لتكون بالشكل الآتي (إذا تبين لرئيس الادعاء العام حصول خرق للقانون في حكم أو قرار صادر عن أي محكمة عدا المحاكم الجزائية ..... يتولى عندها الطعن لدى محكمة التمييز في الحكم أو القرار لمصلحة القانون رغم فوات المدة القانونية للطعن إذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه أو قد تم الطعن فيه ورد من الناحية الشكلية) .

## المبحث الثاني

### المركز القانوني للادعاء العام في الدعوى المدنية

ان التطبيق العادل والموضوعي للقواعد القانونية في الدعوى المعروضة أمام القضاء هو وسيلة القضاء في أحقاق الحق وتحقيق العدالة، وفي منح الادعاء العام فرصة للتدخل في نوع معين من الدعاوى المدنية ما يساعد القاضي في حسن تطبيق القانون وصحة الحكم القضائي الصادر من المحكمة المختصة فتدخل الادعاء العام في القضاء المدني يحقق الغاية التي يسعى إليها القانون الا وهي حماية مصالح الدولة ومصالح الافراد في ذات الوقت .

ولما كان نظام الادعاء العام المدني قائماً على أساس تدخل الادعاء العام في دعاوى مدنية معينة فإن هذا الأمر يثير تساؤل مفاده هل يعتبر الادعاء العام خصماً في الدعوى المدنية التي يتدخل بها؟ وهل سيسند إلى الادعاء العام مركز قانوني إجرائي كامل بوصفه خصماً ذا صفة أم سيسند إليه مركز قانوني إجرائي ذو طبيعة خاصة تتلاءم مع طبيعة تدخله في الدعوى المدنية؟

(1) ينظر: المادة(32/سادساً) من قانون الادعاء العام العراقي رقم (159) لسنة 1979 الملغي.

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من التعرف على المقصود بالخصم والوقوف عند النظريات التي حاولت تحديد مفهوم الخصم، مع بيان المقصود بالمركز القانوني للخصم وبيان خصائصه وصولاً إلى تحديد طبيعة المركز القانوني للادعاء العام عند تدخله في الدعاوى المدنية، لذلك سنقسم هذا المبحث على النحو الآتي:-

المطلب الأول / تعريف الخصم .

المطلب الثاني / مفهوم المركز القانوني للخصم .

المطلب الثالث / طبيعة وظيفة الادعاء العام في الدعوى المدنية ومركزه القانوني .

## المطلب الأول

### تعريف الخصم

اثارت فكرة تعريف الخصم بالمعنى العام الفقه الإجرائي، وصيغت بذلك عدة نظريات في تحديد مفهوم الخصم، وسوف نستعرض هذه النظريات من أجل الوقوف عند أي من هذه النظريات هي الأصلح للتطبيق على دراستنا موضوع البحث .

#### أولاً:- النظرية الإجرائية للخصم

وهي النظرية السائدة في تحديد مفهوم الخصم، إذ تتبنى فكرة الخصم من خلال الاعتماد على معيار إجرائي هو الطلب القضائي، وبالتالي يعرف الخصم بهذا المعنى بأنه من يقدم الطلب القضائي باسمه للحصول على حماية قضائية أو من يقدم في مواجهته هذا الطلب وينطبق هذا الوصف على أطراف الخصومة الأصلية المدعي والمدعى عليه، كما ينطبق على الغير المتدخل في الخصومة القضائية سواءً من يتدخل أو يختصم فيها<sup>(1)</sup> .

فالشخص وفقاً لهذه النظرية يكتسب صفة الخصم بناءً على اعتباره طرفاً في خصومة ووفقاً للواقع الإجرائي، بصرف النظر عما إذا كان من قدم الطلب باسمه هو صاحب الحق أو المركز القانوني الموضوعي المطلوب حمايته أم لا، وما إذا كانت له صفة في الخصومة أم لم تكن له صفة فيها، ونفس الحكم ينطبق على من يقدم ضده الطلب، إذ يعتبر خصماً

(1) ينظر: د. ضمير حسين ناصر، تصحيح الإجراء القضائي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد(4)، السنة(6)، 2014، ص 238 .

بصرف النظر عن كونه الطرف السلبي في الحق في رفع الخصومة<sup>(1)</sup>. ويلاحظ على النظرية الإجرائية أنها اعترفت بمركز الخصم للشخص بغض النظر عن وضعه بالنسبة للحق الموضوعي المتنازع عليه، فقد يكون الشخص مقدم الطلب هو صاحب الحق الموضوعي - كمن يطالب مدينه قضاءً بحق مستحق الاداء - وعندئذ تجتمع لهذا الشخص صفته كطرف في الخصومة القضائية، وكطرف في الحق الموضوعي. وقد يكون الشخص خصماً وله صفة في الخصومة القضائية دون ان يكون طرفاً في الحق الموضوعي محل الخصومة القضائية، كما في حالة الدعوى غير المباشرة التي يقيمها الدائن على مدين مدينه فهو طرفاً في الخصومة القضائية وخصماً، ولكنه ليس طرفاً في الحق المطالب به أمام القضاء<sup>(2)</sup>.

وفيما يتعلق بالدراسة موضوع البحث ومدى اعتبار الادعاء العام خصماً عند تدخله في الدعوى المدنية فإن هذه النظرية يمكن الاستناد إليها في منح الادعاء العام وصف الخصم بالنسبة للقوانين التي تجيز للادعاء العام رفع الدعوى المدنية ابتداءً كالقانون المصري لأن هذه النظرية اعتمدت على معيار إجرائي في تحديد وصف الخصم وهو تقديم الطلب القضائي، أما في القانون العراقي فلا يمكن الاستناد إلى هذه النظرية لأن قانون الادعاء العام العراقي النافذ أجاز للادعاء العام التدخل في الدعوى القائمة والمرفوعة أمام القضاء المدني دون أن يجيز له رفع الدعوى ابتداءً.

### ثانياً:- النظرية الثلاثية للخصم

يعتمد أنصار<sup>(3)</sup> هذه النظرية في تحديدهم لمفهوم الخصم على المهمة التي يضطلع بها الخصم في المراحل المختلفة للخصومة، وبذلك فإن مفهوم الخصم يحدد بثلاثة معان

- (1) ينظر: د. محمود السيد عمر التحيوي، تعدد الخصوم وأثره على خصومة الطعن في الحكم القضائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 16.
- (2) ينظر: السيد عبد العال تمام، تأثير ارتباط الدعوى على وحدة الخصومة المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991، ص 63.
- (3) ينظر: د. إبراهيم أمين النفاوي، مسؤولية الخصم عن الإجراءات-دراسة مقارنة في قانون المرافعات، ط1، بدون مطبعة ومكان طبع، 1991، ص 16؛ د. إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 222.

مختلفة، وذلك على النحو الآتي :-

1-الخصم من مباشر الإجراءات / ويقصد بالخصم بهذا المعنى من مباشر إجراءات الخصومة كتقديم الطلب القضائي أو يقدم هذا الطلب في موجهته، سواءً باشر تلك الإجراءات باسمه أو باسم غيره، أو يدعى لذلك .ووفقاً لهذا المعنى فإن الممثل الإجرائي يعدُ خصماً<sup>(1)</sup>.

2-الخصم من يتحمل آثار الإجراءات / ويقصد بالخصم بهذا المعنى من يتحمل نتيجة الخصومة من الناحية الإجرائية، فهو من تسند إليه الواجبات والأعباء المترتبة على الإجراءات ، فهو من يقدم الطلب باسمه أو في موجهته. سواءً كان طرفاً في الرابطة الموضوعية أم لا، ويتحمل بهذا المعنى الحكم بالمصاريف في حالة الخسارة، ولا يعد الممثل الإجرائي خصماً وفقاً لهذا المعنى<sup>(2)</sup>.

3-الخصم من يتحمل آثار الحكم / ويقصد بالخصم بهذا المعنى من تسند إليه آثار الحكم القضائي الصادر من المحكمة المقامة أمامها الخصومة، كحجية الأحكام وتسند هذه الاثار إلى أطراف الحق محل النزاع الذين اشتركوا في الخصومة ، أو مثلوا فيها عن طريق غيرهم<sup>(3)</sup>.

ولا يمكن الاستناد إلى هذه النظرية في منح وصف الخصم للدعاء العام لأسباب متعددة منها انه لا يتحمل أي مصاريف أو أعباء مالية عند تدخله في الدعوى المدنية وهذا ما نص عليه قانون الادعاء العام النافذ العراقي ( يعنى الادعاء العام من دفع ايه رسوم بسبب الطعن بالأحكام والقرارات الصادرة في الدعوى المدنية)<sup>(4)</sup>.

#### رابعاً:- النظرية الخصم الكامل والخصم الناقص

ويقصد بالخصم الكامل الشخص الذي يكون طرفاً في الخصومة، ويباشر إجراءاتها

(1) ينظر: السيد عبد العال تمام، مصدر سابق، ص62.

(2) ينظر: د. محمود السيد التحيوي، إجراءات رفع الدعوى الأصل والاستثناء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص548.

(3) ينظر: علي عبيد عويد صليبي الحديدي، الحلول الإجرائي في الدعوى المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2012، ص302.

(4) المادة (11/ الفقرة رابعاً) من قانون الادعاء العام العراقي النافذ.

بنفسه وليس عن طريق ممثله الإجرائي، ويكون طرفاً في الدعوى (أي لديه صفة في الدعوى)، وطرفاً في الحق الموضوعي، ويسند له القانون بذلك كافة الحقوق والواجبات الإجرائية المترتبة على مركز الخصم، كالتدخل الاختصامي عندما يتدخل في الخصومة القضائية ويباشر إجراءاتها بنفسه، حيث تترتب له كافة الحقوق ويعد خصماً كاملاً في مركز المدعي<sup>(1)</sup>.

أما الخصم الناقص فهو الشخص الذي لا تتوفر لديه كل العناصر المذكورة في الخصم الكامل، وكتيجة لذلك لا يسند إليه القانون كافة الحقوق والواجبات الإجرائية الممنوحة لمركز الخصم الا بالقدر الذي يتناسب مع مركزه الإجرائي الناقص<sup>(2)</sup>، ومثاله المتدخل الانضمامي في الخصومة، والذي يسري في مواجهته ما يكون قد تحقق فيها قبل تدخله من سقوط لحق أو مركز إجرائي لمن انضم إلى جانبه، وكذلك لا يحق له التقدم بأدلة الإثبات الا أن يكون محلها في نطاق طلبات الطرف الذي انضم إليه، ويحق له التمسك بالدفع المتعلقة بالطرف الذي تدخل إلى جانبه، ويسقط تدخله بالتبعية إذا زالت الخصومة الأصلية لسبب إجرائي أو بسبب تنازل المدعي عن حقه أو عن الدعوى<sup>(3)</sup>.

وتُميز هذه النظرية بين الخصم الكامل والخصم الناقص بحسب العنصر المتخلف لديه. الا إنها تشترط توفر الحد الأدنى لإضفاء صفة الخصم عليه، ويتعلق هذا الحد الأدنى بتوجيه الطلبات باسمه أو توجيه الطلبات إليه من الخصم الآخر<sup>(4)</sup>، وينطوي تحت ما يصطلح عليه بالخصم الناقص طبقاً لهذه النظرية :

- 
- (1) ينظر: د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 456؛ حبيب عبيد مرزة العماري، الخصم في الدعوى المدنية-دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2009، ص 11 .
- (2) ينظر: هادي حسين عبد علي، الدعوى الحادثة-دراسة تأصيلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص 263.
- (3) ينظر: حلمي مجيد، قواعد المرافعات اللبية، منشورات الجامعة المفتوحة، بدون مكان طبع، 1992، ص 187؛ الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الكتاب الأول (مبادئ الصومة المدنية)، مطابع التوحيد الحديثة، المنوفية، 1999، ص 94.
- (4) ينظر: السيد عبد العال تمام، مصدر سابق، ص 63.

1- **الخصم غير العادي:** وهو الذي يباشر إجراءات الخصومة بناءً على صفة غير عادية، وهذه الصفة تعطى بموجب نص تشريعي، وذلك في حالة إجازة القانون لشخص ما المطالبة بحق لغيره، كصفة الدائن في الدعوى غير المباشرة<sup>(1)</sup>. حيث يعترف القانون الوضعي بها للدائن بسبب مركز قانوني يكون مرتبطاً في نفاذه بالمركز القانوني للمدعي في الخصومة الأصلية<sup>(2)</sup>.

2- **الخصم التبعي:** وهو الذي يشارك في إجراءات الخصومة بناءً على صفة مشتقة من أحد الخصوم الأصليين وليس صفة أصلية، ولذلك فإن موقفه يكون تبعياً بالنسبة له كالشخص الذي يتدخل انضمامياً إلى جانب أحد أطراف الخصومة، إذا يأخذ صفة الخصم التابع، فليس له أن يتخذ موقفاً متعارضاً مع مصلحة من انضم لجانبه، إذ لا يستطيع التصالح أو الإقرار أو توجيه اليمين الحاسمة أو يتخذ تصرفاً منهياً للخصومة القضائية<sup>(3)</sup>.

3- **الخصم المركب:** وهو الذي يتقاضى في الخصومة لا بنفسه وإنما عن طريق ممثله الإجرائي، فيتوزع مركز الخصم بين الأصيل ومثله الإجرائي، كالولي الذي يمثل القاصر في الخصومة، حيث تكون الدعوى باسم القاصر وهو الخصم الأصيل التي تسري بمواجهته آثار الحكم الذي سوف تصدره المحكمة، بينما يباشر الممثل الإجرائي (الولي) الإجراءات بإرادته وتتخذ بمواجهته، وهو الذي يعتد به بقواعد التبليغ والحضور والغياب ويجوز استجوابه. ففي هذه الحالة يكون الخصم مركباً من شخصين، الأول الأصيل، والثاني الممثل الإجرائي<sup>(4)</sup>.

وفيما يتعلق بدراستنا محل البحث قد يترأى للوهلة الأولى أن نظرية الخصم الكامل والخصم الناقص هي التي يمكن الاستناد إليها في إعطاء الادعاء العام وصف الخصم

(1) ينظر: المواد (261 و262) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

(2) ينظر: علي عبيد عويد صليبي الحديدي، مصدر سابق، ص 303.

(3) ينظر: د. عباس زياد السعدي، الخصومة في الدعوى المدنية، بدون مطبعة، بغداد، 2012، ص 89؛ د. أحمد هندي، مصدر سابق، ص 456.

(4) ينظر: د. محمود السيد التحيوي، الصفة غير العادية وآثارها في رفع الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 164.

الناقص وبالتحديد (الخصم غير العادي) لأنه يباشر إجراءات الدعوى بناءً على صفة غير عادية، وهذه الصفة منحت له بموجب نص تشريعي الا وهو قانون الادعاء العام العراقي النافذ، الا ان هذا القول لا يمكن الأخذ به على إطلاقه ذلك لأن الخصم غير العادي عندما منحه القانون رخصة المطالبة بحق غيره كانت هذه الرخصة قائمة على شرط وهو ان يكون مركزه مرتبطاً بالمركز القانوني للمدعي في الخصومة الأصلية كما في تدخل الدائن في الدعوى غير المباشرة كون مركز الدائن مرتبط بمركز المدين ولا نجد عنصر الارتباط بين مركز الادعاء العام ومركز الخصم الذي تدخل إلى جانبه في الدعوى المدنية دفاعاً عن مصلحة الدولة والهيئة الاجتماعية .

## المطلب الثاني

### مفهوم المركز القانوني للخصم

إن اكتساب الشخص وصف الخصم يجعله في مركز قانوني إجرائي يمنحه مجموعة من الحقوق الإجرائية ويفرض عليه مجموعة من الواجبات الإجرائية، والسؤال الذي يثار بهذا الصدد:

هل يتمتع الادعاء العام بذات المركز القانوني الذي يتمتع به الخصوم في الدعوى المدنية؟ أم أن له مركز قانوني خاص به؟

ومن أجل الإجابة عن هذا التساؤل والوصول إلى تحديد المركز القانوني للادعاء العام في الدعوى المدنية لابد من بيان المقصود بالمركز القانوني للخصم بشكل عام. فالمركز القانوني للخصم كما عرفه البعض هو مركز يمد الخصم ببعض السلطات الإجرائية والتي تتميز بأنها مقررة لمصلحة صاحبها، فله استعمالها أو عدمه، وهي سلطات يقابلها مجرد خضوع من القاضي والخصم الآخر<sup>(1)</sup>، وهذه السلطات قد تستمد من مجرد صفة الخصم من دون أن ترتبط بمركز إجرائي محدد كتقديم وقائع متعلقة بالدعوى، وقد تكون مستمدة من مركز إجرائي معين في الخصومة فلا يكفي لاكتسابها مجرد اكتساب الشخص صفة الخصم وهذه السلطات تعرف بالحق الإجرائي كالحق في الطعن الذي لا

(1) ينظر: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص384.

يكون الا للمحكوم عليه<sup>(1)</sup> .

ويلاحظ على هذا التعريف انه لم يحدد ماهية المركز القانوني هل هو مركز موضوعي؟ أم إنه مركز إجرائي؟ أم إنه خليط منهما؟ ، كما ويلاحظ عليه القول بخضوع القاضي أو أحد الخصوم في مواجهة سلطات الخصم الآخر، فقيام الخصم بالإجراءات لا يقابله خضوع من القاضي أو الخصم الآخر، فوفقاً لنظام التقاضي لا يمكن القول بتسليم الخصم الآخر لكل ما يقوم به الخصم الأول في الدعوى والا لما كانت هناك حاجة لتقديم الدفع .

كما عرفه جانب آخر من الفقه<sup>(2)</sup> بأنه مركز قانوني إجرائي (مركز المدعي ومركز المدعى عليه) يتضمن مجموعة من الحقوق والواجبات الإجرائية والتي تتم مباشرتها عن طريق إجراءات التقاضي أو الأعمال الإجرائية وتخفي هذه المراكز خلفها المراكز الموضوعية للخصوم المتنازع فيها .

وتدور هذه المراكز بين المدعي والمدعى عليه، وهي مراكز تدور وجوداً وعدمياً مع صدور الادعاء من أحد الخصوم فمن يصدر منه الادعاء يعد مدعياً ومن يوجه ضده الادعاء يعد مدعى عليه ويتبادل الخصوم شغل هذه المراكز طوال فترة بقاء الخصومة، وبالاستناد إلى هذا التعريف للمركز القانوني فإن الأشخاص الجدد الذين يتدخلون في الدعوى أو يتم إدخالهم لا تكون لهم مراكز قانونية وإنما يتم إدماجهم في المراكز الإجرائية القائمة لأن هذه المراكز خاصة بأطراف الادعاء أو الخصوم بالمعنى الدقيق دون غيرهم<sup>(3)</sup> .

ويلاحظ على هذا التعريف إنه خلط بين من يصدر منه الادعاء ومن يعتبر مدعياً على الرغم من وجود فرق بينهما إذ قد يصدر الادعاء من النائب كالوكيل بينما يكون المدعي هو الأصل الموكل، كما ويلاحظ على هذا التعريف إنه لا يعترف بالمركز القانوني

(1) ينظر: د.أحمد إبراهيم عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائي في قانون المرافعات المصري والفرنسي، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص13.

(2) ينظر: د.نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص295.

(3) ينظر: علي عبيد عويد صليبي الحديدي، مصدر سابق، ص293.



للادعاء العام عند تدخله في الدعوى المدنية لأنه قصر هذا المركز على المدعي والمدعى عليه فقط .

وعرفه قسم آخر<sup>(1)</sup> بأنه مجموعة من الحقوق والواجبات الإجرائية التي ينسبها القانون إلى الشخص بوصفه خصماً ووفقاً لهذا التعريف فإن الشخص لا يكتسب وصف الخصم الا عن طريق المطالبة القضائية<sup>(2)</sup> والتي يتحدد أطراف الخصومة على أساسها<sup>(3)</sup> . لذلك فإنه وفقاً لهذا التعريف فإن وجود المركز القانوني الإجرائي يتوقف على اكتساب الشخص وصف الخصم ويتوقف اكتساب الوصف الأخير على المطالبة القضائية التي يتحدد على أساسها المدعي والمدعى عليه في الدعوى<sup>(4)</sup> .

ويلاحظ على هذا التعريف إنه علق نشوء المركز القانوني للشخص على اكتسابه وصف الخصم بالمطالبة القضائية، في حين إن الشخص يكتسب وصف الخصم بتوافر الصفة في طلب الحماية القضائية وهي مرحلة سابقة على المطالبة القضائية، ذلك إن المشرع عندما يحدد الحقوق والمراكز القانونية التي يريد حمايتها فإنه يحدد الأشخاص الذين يحق لهم طلب هذه الحماية<sup>(5)</sup>، أي يحدد صاحب الصفة في طلب الحماية القضائية ومن يراد الاحتجاج عليه بهذه الحماية، فإذا وجد الشخص نفسه في دائرة هذه الحماية فإنه يصبح صاحب صفة أي خصماً في الدعاوى المرتبطة بالحقوق والمراكز القانونية محل الحماية<sup>(6)</sup> .

(1) ينظر: د. وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد(1)، السنة(2)، 1976، ص8.

(2) ينظر: الصفحة رقم (10) من البحث.

(3) ينظر: د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص5.

(4) ينظر: د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص369.

(5) ينظر: على سبيل المثال المواد(147و151و168و185و186و190و192و218و220و233) من القانون المدني العراقي؛ والمواد(25و34و40و41و43و58و59و60و62) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل.

(6) ينظر: د. عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري

كما وعُرف المركز القانوني بأنه وصف قانوني إجرائي يثبت لمن تتوافر فيه الصفة في طلب الحماية القضائية أو من يراد الاحتجاج عليه بهذه الحماية، ويترتب على هذا المركز مجموعة من الحقوق والواجبات الإجرائية التي يقررها قانون المرافعات لإضفاء الحماية القضائية على الحقوق الموضوعية<sup>(1)</sup>، وتمثل هذه الحقوق بمجموعة من السلطات أو المكنات التي يمكن له أن يستعملها والتي لا يقابلها التزام من الخصم المقابل أو من المحكمة، كما وتمثل الواجبات بالالتزامات أو الأعباء التي يترتب على عدم القيام بها جزاء أو فوات مصلحة ذاتية للخصم<sup>(2)</sup>.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يجعل حق اللجوء إلى القضاء من ضمن الحقوق الإجرائية الناشئة عن وجود الشخص في مركز قانوني إجرائي دون ان يتعلق وجوده بوجود المطالبة القضائية كونه حق سابق عليها .

وبالاستناد إلى التعريف الأخير للمركز القانوني نجد إن هذا المركز يكون متحرك لا يختص به من بدأت بهم الدعوى فقط وإنما يشمل المتدخلين والمختصين فيها .

وبعد الوقوف على المقصود بالمركز القانوني يثار تساؤل مفاده : ما هو المركز القانوني للادعاء العام عند تدخله في الدعوى المدنية؟ ستكون الإجابة عن هذا التساؤل في المطلب التالي

### المطلب الثالث

#### طبيعة وظيفة الادعاء العام في الدعوى المدنية ومركزه القانوني

إن تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية وفقاً للحالات التي نص عليها قانون الادعاء العام العراقي يثير تساؤلات عديدة منها ما يتعلق بطبيعة الوظيفة التي يقوم بها الادعاء العام في نطاق القضاء المدني هل هي وظيفة تنفيذية؟ أم هي وظيفة قضائية؟ ومنها ما يتعلق بتحديد وصف الادعاء العام عند تدخله بالدعوى المدنية هل يعتبر خصماً

←

والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995، ص 131.

(1) ينظر: د.إحياء ثامر نايف الدليمي، إبطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرائية-

دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2011، ص 31.

(2) ينظر: علي عبيد عويد صليبي الحديدي، مصدر سابق، ص 296.

موضوعياً؟ ومنها ما يتعلق بماهية المركز القانوني الذي يتمتع به عند تدخله بالدعوى المدنية .

فيما يتعلق بالإجابة عن التساؤل الأول نجد إن الفقهاء انقسموا إلى ثلاثة آراء، ذهب الرأي الأول إلى إنها وظيفة تنفيذية وعللوا رأيهم هذا بأن الادعاء العام لا يقوم بتطبيق القانون بذاته وإنما يسعى إليه ويطلب من المحكمة تطبيقه باعتباره ممثلاً للحق العام<sup>(1)</sup> . وذهب الرأي الثاني إلى إنها وظيفة قضائية لأن الادعاء العام يعمل بالفعل على تطبيق القانون من خلال تدخله لدى القضاء المدني ومطالبته بتطبيق القانون<sup>(2)</sup> .

بينما يرى الرأي الثالث إلى إن وظيفة الادعاء العام في الدعوى المدنية تكون ذات طبيعة خاصة، فهي ليست وظيفية إدارية (تنفيذية) لكونه ممثلاً للحق العام لا يهدف فقط حماية مصلحة الدولة الخاصة وإنما يتعداها لحماية مصلحة المجتمع ككل، فهو يتدخل أحياناً في الدعوى المدنية وأمام القضاء المدني ليدافع عن المصلحة الاجتماعية على الرغم من كون الدولة هي الطرف الآخر فيها كتدخله لحماية مصلحة القاصر في دعوى مدنية متعلقة بمال تنازعه عليه دائرة حكومية، كما إن وظيفة الادعاء العام ليست وظيفية قضائية لأن الادعاء العام ليس بقاضي يحكم في الخصومة المدنية وإنما هو طرف فيها كالتطرف الآخر<sup>(3)</sup> .

ونؤيد ما ذهب إليه الرأي الثالث لأن وظيفة الادعاء العام في الدعوى المدنية هي ذات طبيعة خاصة تقوم على حماية مصالح الدولة والافراد من خلال تمثيلهما بنص القانون أمام القضاء المدني لضمان التطبيق السليم للقانون .

أما فيما يتعلق بالإجابة عن التساؤل الثاني نجد إن البعض من شراح قانون الادعاء العام من يرى بأن وصف الادعاء العام بأنه خصماً في الدعوى أمر معيب ويخلص إلى اعتباره جزءاً متمماً لهيئة المحكمة<sup>(4)</sup> .

(1) ينظر: د. عبد المنعم عبد الوهاب العامر، مصدر سابق، ص 118.

(2) ينظر: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص 752.

(3) ينظر: الباس سعيد منصور، مصدر سابق، ص 61.

(4) ينظر: محمد صالح أمين، المركز القانوني لنظام الادعاء العام في القانون المقارن وتطبيقه في

ويرى البعض الآخر من شراح القانون ان تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية يبقى ضمن الهدف المركزي الذي رسمه له القانون ليشمل الحماية العامة للمشروعية وليس المشروعية الجزائية فقط، وذلك من خلال التدخل في الدعوى المدنية ولكن ليس بصفة خصم لأي من أطراف الدعوى، بل للتثبيت والاطمئنان على حقوق الدولة وأموالها في إطار الدعوى المدنية وحماية حقوق الأسرة ووحدتها في نطاق دعوى الأحوال الشخصية فضلاً عن حماية حقوق القاصرين وأموالهم وفي كل ذلك هو مترفع نزيه عن أي صفة من صفات الخصومة<sup>(1)</sup>.

ونرى من وجهة نظر متواضعة إن الادعاء العام لا يمكن اعتباره خصماً عندما يتدخل في الدعوى المدنية ودليلنا في ذلك هو:-

أولاً:- نص المشرع العراقي الذي جاء فيه (الحضور في الدعوى المدنية....)<sup>(2)</sup> فكلمة الحضور التي استهل بها المشرع العراقي هذه المادة للإشارة إلى تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية لا تعني التدخل كخصم ابتداءً في الدعوى المدنية وإلا لاستعاض المشرع العراقي عن كلمة الحضور بكلمة "إقامة الدعوى" والتي استهل بها المادة (5/ أولاً) وأراد بها تكليف الادعاء العام بتحريك الدعوى الجزائية للمطالبة بالحق العام ابتداءً بصفة مشتكي (خصم) في قضايا الفساد الإداري والمالي<sup>(3)</sup>.

خلافاً لموقف القوانين محل المقارنة، فالمشرع المصري أعطى للادعاء العام وصف الخصم بالنص الصريح (لليابة العامة رفع الدعوى في الحالات التي ينص عليها القانون

←

القانون العراقي، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين، بغداد، العدد(1-2)، 2001، ص17.

(1) ينظر: عبد الامير العكيلى، ضاري خليل محمود، النظام القانوني للادعاء العام في العراق والدول العربية، بغداد، 1995، ص24.

(2) المادة(5/ سادساً) من قانون الادعاء العام العراقي النافذ.

(3) ينظر: نصت المادة(5/أولاً) من قانون الادعاء العراقي على ( يتولى الادعاء العام المهام الآتية: أولاً- إقامة الدعوى بالحق العام وقضايا الفساد الإداري والمالي ومتابعتها استناداً إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971 المعدل).

ويكون لها في هذه الحالات ما للخصوم من حقوق<sup>(1)</sup>، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع العماني إذ نص على (للاذعاء العام رفع الدعوى في الحالات التي ينص عليها القانون....)<sup>(2)</sup>.

ثانياً:- إن قانون المرافعات المدنية العراقي حدد حالات تدخل الغير الانضمامي في الدعاوى المدنية، وأجاز تدخل كل ذي مصلحة شخصاً ثالثاً في الدعوى إما منضماً لأحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه إذا كانت له علاقة بموضوع الدعوى أو تربطه بمن يريد الانضمام إليه من الخصوم رابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئة، أو كان يضار من الحكم الصادر في الدعوى، كما وأجاز قانون المرافعات لكل خصم أن يطلب من المحكمة إدخال من كان يصح اختصامه في الدعوى عند رفعها أو لصيانة حقوق الطرفين أو أحدهما<sup>(3)</sup>، وإلى جانب ذلك أجاز قانون المرافعات العراقي للمحكمة إدخال من له علاقة بموضوع الدعوى للاستيضاح منه عما يلزم لحسمها<sup>(4)</sup>، ونجد إن تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية ليس من صور التدخل الانضمامي التي نص عليها المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية فهو لا يتدخل في الدعوى المدنية ليطلب الحكم لصالحه كما إنه لا يرتبط مع من تدخل إلى جانبه من الخصوم برابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئة ولم يتدخل في الدعوى المدنية بناءً على طلب أحد الخصوم أو بطلب من المحكمة المختصة بنظر الدعوى، من أجل هذا كله لا يمكن عد الادعاء العام خصماً موضوعياً في الدعوى المدنية وإنما هو خصم شكلي يكون لتدخله في الدعوى المدنية طبيعة خاصة لأن القانون هو من فرض عليه هذا التدخل .

أما فيما يتعلق بالتساؤل الثالث والذي يدور حول حقيقة المركز القانوني للاذعاء العام عند تدخله في الدعوى المدنية فهو يتمتع بمركز خاص ومستقل لكي يستطيع تحقيق

- (1) ينظر: المادة(87) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .
- (2) ينظر: المادة(89) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني .
- (3) ينظر: المادة(69) من قانون المرافعات المدنية العراقي .
- (4) ينظر: المادة(3/69) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

الأهداف السامية من تدخله في الدعوى المدنية<sup>(1)</sup>، نجد من وجهة نظر متواضعة بأن مركز الادعاء العام ودوره في العمل القضائي بشكل عام وفي مجال الدعوى المدنية بشكل خاص يبقى مرتبطاً بالمبادئ الأساسية التي وردت في الباب الأول من قانون الادعاء العام والمتمثلة باحترام المشروعية ومراقبة تطبيق القانون ومراقبة تنفيذ الأحكام والقرارات، مما يعني لزوم وجود هذا الجهاز كمعين للقضاة والخصوم معاً على وجه الاستقلال والحياد لأنه المدافع عن تطبيق القانون ومن ثم حسن سير العدالة، وبناءً على ذلك لا يمكن اعتبار الادعاء العام طرفاً في الدعوى لأن الطرف يسعى دائماً للدفاع عن مصلحة ذاتية في حين ان الادعاء العام يسعى بتدخله إلى تطبيق القانون وحماية مصالح الدولة والهيئة الاجتماعية بشكل عام وحماية وحدة الأسرة ورعاية الطفولة بشكل خاص هذا الأمر الذي يجعل تدخله استثنائي ويضعه في مركز قانوني خاص مستقل عن الخصوم في الدعوى المدنية فلا يكتسب عند تدخله المركز القانوني للخصم بالمعنى المقصود .

(1) ينظر: د. تيماء محمود فوزي، مصدر سابق، ص 997.

## الخاتمة

بعد أن أنهينا البث في موضوع المركز القانوني للادعاء العام في الدعوى المدنية توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نعرضها على النحو الآتي :-

### أولاً:- النتائج

1- يعد جهاز الادعاء العام من مكونات السلطة القضائية الاتحادية، يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري .

2- وسع المشرع العراقي من دور الادعاء العام وصلاحياته بحيث شملت اختصاصاته ليس فقط الأمور الجزائية ودفاعه عن المجتمع والحق العام، بل أعطاه أيضاً الحق في التدخل في الدعوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها ودعاوى الأحوال الشخصية لحماية الأسرة والطفولة .

3- للادعاء العام عند تدخله في الدعوى المدنية صفة خاصة فهو لا يعد خصماً أصلياً، ولا خصماً منضماً اختصاصياً إلى جانب أحد الخصوم الأصليين فيها، ويتمتع بمركز خاص ومستقل لكي يستطيع تحقيق الأهداف المرجوة من تدخله في هذا النوع من الدعاوى .

4- يأخذ تدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية صورتين: الأولى الحضور في بعض الدعاوى التي تنظرها المحكمة المختصة وهي الدعاوى المتعلقة بالقاصرين والمحجور عليهم والغائبين والمفقودين، ودعاوى التفريق والطلاق والهجر، ودعاوى المتعلقة بالأسرة والطفولة وتلك التي تكون الدولة طرفاً فيها وأخيراً الدعاوى التي تنظرها محكمتي القضاء الإداري وقضاء الموظفين، والصورة الثانية لتدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية تتمثل بالطعن في الحكم القضائي إما من خلال الطعن بالتمييز أو تصحيح القرار التمييزي أو بالطعن لمصلحة القانون في أي حكم صادر في غير الدعاوى الجزائية .

### ثانياً:- التوصيات

1- ندعو المشرع العراقي إلى استبدال مصطلح (يؤسس) الوارد في المادة (1/أولاً) من قانون الادعاء العام العراقي النافذ لمصطلح (تنظيم أو ينظم) لأن وظيفة الادعاء العام

- ظهرت إلى حيز الوجود قبل تاريخ نفاذ هذا القانون .
- 2- لكون المشرع العراقي لم يفسح المجال أمام الادعاء العام للتدخل في الدعوى المدنية عن طريق رفع الدعوى ابتداءً، وانطلاقاً من الرغبة في تفعيل دور الادعاء العام في القضاء المدني بشكل متكامل ندعو المشرع العراقي إلى إضافة نص صريح يعطي فيه للادعاء العام الحق في إقامة الدعوى بصفة أصلية .
- 3- من أجل تفعيل دور الادعاء العام في دعاوى المدنية وضمان تدخله فيها تحقيقاً للأهداف المبتغاة من هذا التدخل، ندعو المشرع العراقي إلى إعادة صياغة نص المادة (5/5) الفقرتين خامساً وسادساً) واستبدال عبارات "الحضور في الدعوى" و"الحضور أمام المحاكم" بعبارات أخرى مرة تكون قاطعة في دلالتها على وجوب تدخل الادعاء العام في تلك الدعاوى.
- 4- ندعو المشرع العراقي إلى إضافة نص قانوني إلى قانون الادعاء العام الحالي يتضمن وضع آلية محددة لتبليغ الادعاء العام بالدعاوى المدنية موضوع تدخله المقامة أمام المحاكم الداخلة ضمن اختصاصه المكاني .
- 5- من أجل تلافي الخلل التشريعي الذي تضمنته المادة السادسة من قانون الادعاء العام النافذ باحتواها على عبارة ( وأي دعاوى يرى الادعاء العام ضرورة تدخله لحماية الأسرة والطفولة..) ندعو المشرع العراقي إلى تحديد معيار للدعاوى التي يجب على الادعاء العام التدخل فيها والمحكمة المختصة بنظرها وعدم ترك التدخل لتقدير الادعاء العام لتفادي اختلاف تقدير ضرورة التدخل من مدع إلى آخر لاختلافهم في وجهات النظر فقد يعتبر مدع ان تدخلهم ضروري لحماية الأسرة والطفولة في حين لا تكون ذات النظرة لمدع آخر في دعوى أخرى متعلقة أيضاً بحماية الأسرة والطفولة .
- 6- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادتين (5/سادساً) و(6) من ادعاء نافذ يتضمن التعديل تحديد طرق الطعن التي يحق للادعاء العام اتباعها في الدعاوى المدنية التي يتدخل فيها وعدم ترك الطعن بشكل مطلق .
- 7- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (7/ثانياً-أ) من قانون الادعاء النافذ لتكون بالشكل الآتي (إذا تبين لرئيس الادعاء العام حصول خرق للقانون في حكم أو قرار



صادر عن أي محكمة عدا المحاكم الجزائية ..... يتولى عندها الطعن لدى محكمة التمييز في الحكم أو القرار لمصلحة القانون رغم فوات المدة القانونية للطعن إذا لم يكن أحد من ذوي العلاقة قد طعن فيه أو قد تم الطعن فيه ورد من الناحية الشكلية) .

8- ندعو المشرع العراقي إلى إضافة نص يبين فيه بطلان الإجراءات أو الحكم في حالة عدم تدخل الادعاء العام في تلك الدعاوى كما هو الحال في الدعاوى الجزائية .

9- من خلال الزيارة الميدانية إلى محكمة استئناف نينوى ومحكمة الأحوال الشخصية اتضح لنا انحسار دور الادعاء العام على أرض الواقع في نطاق الدعاوى المدنية بسبب قلة كادر الادعاء العام ومعاونه في المنطقة الاستئنافية حيث إن هذا العدد لا يكفي للقيام بالمهام المتعلقة بالدعاوى الجزائية في محاكم التحقيق والجنح والجنائيات والمحاكم الأخرى ذات الصفة الجزائية ومتابعتها ومتابعة تنفيذ الأحكام الصادرة فيها لدى الدوائر ذات العلاقة، إن تكليف الادعاء العام بالتدخل في الدعاوى المدنية وزيادة الأعباء الملقاة على عاتقه لا بد أن يستتبعه زيادة في عدد منتسبي دائرة الادعاء العام من المدعين العامين ونوابهم ليؤدوا مهامهم الجزائية والمدنية على اتم وجه .

## المصادر

## أولاً: معاجم اللغة العربية

1- أبو الفضل جمال الدين محمد مكرم المعروف بأبي منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، مكتبة لبنان، بيروت، 1994.

2- الشيخ عبد الله البستاني، المعجم الوسيط، مكتبة لبنان، بيروت، 1980.

3- لويس معلوف، المنجد في اللغة، ط19، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، بدون سنة طبع.

## ثانياً: الكتب القانونية

1- إبراهيم الشريعي، الصفة في الدفاع أمام القضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

2- إبراهيم أمين النياوي، مسؤولية الخصم عن الإجراءات-دراسة مقارنة في قانون المرافعات، ط1، بدون مطبعة ومكان طبع، 1991.

3- أحمد إبراهيم عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائي في قانون المرافعات المصري والفرنسي، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

4- أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015.

5- أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

6- الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الكتاب الأول (مبادئ الصومة المدنية)، مطابع التوحيد الحديثة، المنوفية، 1999.

7- حلمي مجيد، قواعد المرافعات اللببية، منشورات الجامعة المفتوحة، بدون مكان طبع، 1992.

8- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

9- سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار النهضة العربية،

القاهرة، 2005.

10- عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، ط1، دار السنهوري، لبنان، 2016

11- عباس زياد السعدي، الخصومة في الدعوى المدنية، بدون مطبعة، بغداد، 2012.

12- عبد الامير العكيلي، د. ضاري خليل محمود، النظام القانوني للدعاء العام في العراق والدول العربية، مطبعة اليرموك، بغداد، 1999.

13- عبد الحكيم عباس قرني عكاشة، الصفة في العمل الإجرائي في قانون المرافعات المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995.

14- عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للالتزامات، ج1، ط1، مطبعة جامعة جيهان، أربيل، العراق، 2011.

15- عكاشة محمد عبد العال، طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

16- فارس الخوري، أصول المحاكمات الحقوقية، ط2، الدار العربية، عمان، الاردن، 1987.

17- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 و2017.

18- فؤاد يوسف نهرا وليل انطوان، أحكاما لأحوال الشخصية، المنشورات الحقوقية، بدون مكان طبع، 2002.

19- محمد أبو العلا عقيدة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، 2001

20- محمود السيد التحيوي، إجراءات رفع الدعوى الأصل والاستثناء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

21- محمود السيد التحيوي، الصفة غير العادية وآثارها في رفع الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

22- محمود السيد عمر التحيوي، تعدد الخصوم وأثره على خصومة الطعن في الحكم القضائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

- 23- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- 24- نبيل إسماعيل عمر، سقوط وتصاعد وانتقال وتحول المراكز الإجرائية في قانون المرافعات المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 25- ياسر باسم ذنون، د. إحياد ثامر نايف، بحوث ودراسات في القانون الخاص، ج3، مطابع شتات، القاهرة، 2012.
- ثالثاً:- الرسائل والأطاريح الجامعية
- 1- إحياد ثامر نايف الدليمي، إبطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرائية-دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2011
- 2- أياد جعفر علي أكبر، دور الادعاء العام في حماية المال العام في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة البصرة، 2016.
- 3- السيد عبد العال تمام، تأثير ارتباط الدعاوى على وحدة الخصومة المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1991.
- 4- تيماء محمود فوزي، دور الادعاء العام في الدعوى المدنية-دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة الموصل، 2002.
- 5- حبيب عبيد مرزة العماري، الخصم في الدعوى المدنية-دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2009.
- 6- علي عبيد عويد صليبي الحديدي، الحلول الإجرائية في الدعوى المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2012.
- 7- فخري جعفر أحمد، دور الادعاء العام في القضاء الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2014.
- 8- ليث عبد الوهاب عبد المطلب، الطعن لمصلحة القانون، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2006.
- 9- هادي حسين عبد علي، الدعوى الحادثة-دراسة تأصيلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.

## رابعاً:- البحوث القانونية

- 1- الياس سعيد منصور، الادعاء العام ومهامه في مسائل الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد(14)، العدد(50)، 2011.
- 2- تيماء محمود فوزي، النيابة عن ناقصي الأهلية وفاقديها أمام القضاء المدني-دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد(18)، العدد(62)، 2018.
- 3- ضمير حسين ناصر، تصحيح الإجراء القضائي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد(4)، السنة(6)، 2014.
- 4- عبد الله بن علي بن سالم شبلي، علاقة الادعاء العام بالخصومة المدنية في سلطنة عمان، بحث منشور في مجلة الاداب، العدد(15)، 2020.
- 5- عبد المنعم عبد الوهاب العامر، النطاق القانوني لتدخل الادعاء العام في الدعوى المدنية في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد(3)، العدد(4)، 2020.
- 6- عصمت عبد المجيد، معضلة القيود على اختصاصات القضاء الإداري، بحث منشور في مجلة جامعة جيهان، أربيل، العراق، المجلد(1)، العدد(1)، 2017.
- 7- محمد صالح أمين، المركز القانوني لنظام الادعاء العام في القانون المقارن وتطبيقه في القانون العراقي، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين، بغداد، العدد(1-2)، 2001.
- 8- محمد صالح الأمين، المركز القانوني للادعاء العام ودوره أمام القضاء المدني في القانون المقارن ودوره في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة اهل البيت، تصدرها جامعة أهل البيت، العدد(10)، 2010.
- 9- هدى سالم محمد الأطرقي، تنظيم الادعاء العام في قانون رقم 49 لسنة 2017 العراقي، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، السنة(12)، العدد(1)، 2020.
- 10- وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، بحث

منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد(1)، السنة(2)، 1976.  
خامساً:- التشريعات مرتبة بحسب دولة الإصدار وتاريخه

#### أ: التشريعات العراقية

- 1-دستور جمهورية العراق لعام 2005 النافذ.
- 2-القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
- 3-قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل.
- 4-قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.
- 5-قانون المرافعات المدنية العراقي رقم(83) لسنة 1969 المعدل .
- 6-قانون الادعاء العام العراقي رقم (159) لسنة 1979 الملغي
- 7-قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (78) لسنة 1980 المعدل.
- 8-قانون مجلس شورى الدولة رقم(71) لسنة 1987 المعدل.
- 9-قانون مجلس القضاء الأعلى رقم (112) لسنة 2012.
- 10- قانون الادعاء العام العراقي النافذ رقم (49) لسنة 2017.

#### ب. التشريعات المصرية

- 1- القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 المعدل .
- 2- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968 المعدل .
- 3- قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972 المعدل.

#### ج. التشريعات العمانية

- 1- النظام الأساسي العماني رقم (101) لسنة 1996.
- 2- قانون الادعاء العام العماني رقم (92) لسنة 1999.
- 3- قانون الإجراءات المدنية العماني رقم (29) لسنة 2002.
- 4- قانون المعاملات المدنية العماني رقم (29) لسنة 2013.

## الملخص

نظم المشرع العراقي أحكام جهاز الادعاء العام بقانون خاص هو قانون الادعاء العام العراقي النافذ رقم (49) لسنة 2017 ، والادعاء العام هو الجهاز الذي يمثل المصلحة العامة فهو ممثل عن المجتمع وحامي العدالة وبه تتحقق الرقابة على المشروعية لذلك أصبح ركناً من أركان العدالة ، وقد ترسخ دور الادعاء العام وتوسعت صلاحياته لكي يلعب دوراً بارزاً في تحقيق العدالة بحيث شملت اختصاصاته ليس فقط الأمور الجزائية ودفاعه عن الحق العام ، بل أعطاه المشرع أيضاً الحق في التدخل في الدعوى المدنية التي تكون الدولة طرفاً فيها وكذلك حقه في التدخل بدعوى الأحوال الشخصية لحماية الأسرة والطفولة. وذلك إما بحضوره في الدعوى المدنية منضماً إلى جانب الطرف المعني بالحماية أو بالطعن بالأحكام الصادرة في تلك الدعوى المدنية إذا ما وجد إنها تضمنت خرقاً أو مخالفة للقانون أو كانت ماسة بمصالح الدولة أو حقوق الأطراف المعنية بالحماية. إن تدخل الادعاء العام في القضاء المدني له غاية كبيرة وهي حماية مصالح الدولة والهيئة الاجتماعية .

### پوخته

ياسادانهرى عيراقى بريارهكانى تاييهت به دهزگاي داواكارى گشتى له ياسايهكى تاييهت دا بهناوى ياساي داواكارى گشتى عيراقى بهركارى ژماره 49 ى سالى 2017 ريكخستووه، داواكارى گشتى نهو دهزگايهيه كه ويناي بهرژموهندي گشتى دهكات و نوينهرى كومهنگيه و پاريزهرى دادپهروهرى و به هويهوه چاوديري لهسهر رهوايهتى بهدهست ديت، لهبهر نهو بوته كولهكه يهك له كولهكهكانى دادپهروهرى، رولي داواكارى گشتى چهسپاوه و تاييهتمهندي و دهسهلاتهكانى فراوان بووه به جورىك كه روليكي ديار بگيريت له بهديهينانى دادپهروهرى دا، به شيويهك تاييهتمهنديهكانى تنها كارى سزايى و پاريزگاريدن له مافى گشتى لهخو نهگريت، بهلكو ياسادانهر مافى دهستوردان له داواى شارستانى كه دهولت لايهنه تنيذا پنيداوه، وه ههروهها مافى دهستوردانه داواى بارى كهسى بو پاراستنى خيزان و مندال پيداوه، نهوش يان به نامادهبوونى له داواى شارستانى و چوونه پال لايهنى دياريكراو بهپاراستن، ياخود به تانوودان له بريارههيه كه لهو داوا شارستانيانه دهردهچن، نهگهر دهركهوت كه پيشيل يان پيچهوانهى ياساي تنيديه ياخود بهركهورنى به بهرژموهندي دهولت ياخود به مافى لايهنهكانى دياريكراو بو پاراستن ههيه. بيگومان دهسوردانى داواكارى گشتى له دادوهرى شارستانى دا مهبهستىكي گهورهى ههيه كه برتيه له پاراستنى بهرژموهنديهكانى دهولت و دهسته كومهلايهتیهكان.



### Abstract

The Iraqi legislator regulated the provisions of the Public Prosecution Service with a special law, which is the effective Iraqi Public Prosecution Law No. 49 of 2017, and the Public Prosecution is the agency that represents the public interest, as it is a representative of society and the protector of justice, and with it, control over legality is achieved. Therefore, it has become a pillar of justice, and it has become firmly established. The role of the Public Prosecution and its powers expanded in order to play a prominent role in achieving justice so that its competencies included not only criminal matters and his defense of the public right, but the legislator also gave him the right to intervene in the civil lawsuit to which the state is a party, as well as his right to intervene in personal status lawsuits to protect the family and childhood. This is either by his presence in the civil lawsuit joining the side of the party concerned with protection, or by appealing the judgments issued in those civil lawsuits if it was found that they included a breach or violation of the law or were affecting the interests of the state or the rights of the parties concerned with protection. The intervention of the public prosecution in the civil judiciary has a great purpose. It is to protect the interests of the state and the social body.





## الأوراق البحثية والمقالات

## په راوی توڙینه وهی

## Research Documents



## نفاذ التشريعات العراقية في إقليم كردستان - الإشكالات والحلول -

به ركاربوونى ياساكانى عىراقى له هه رىمى كوردستان  
-گرفت و چاره سه ره كانى-

**Enforcement of Iraqi legislation in the Kurdistan Region  
- Problems and solutions -**

أ.م.د.هادي مسلم يونس شنكالي

المستشار الأقدم في مجلس الشورى لإقليم كردستان - العراق

پروفیسوری یاریده ده ر دكتور هادی مسلم یونس شنکالی  
راویژکاری پیشکته وتوو له ئه نجومه نی شوورای هه رىمى كوردستان - عىراق

**Assistant Professor Dr. Hadi Muslim Younes Shankali  
Senior Adviser to the Shura Council of Kurdistan Region - Iraq**



## نفاذ التشريعات العراقية في إقليم كردستان -الإشكالات والحلول-

أ.م.د.هادي مسلم يونس شنكالي

المستشار الأقدم في مجلس الشورى لإقليم كردستان - العراق

### الكلمات المفتاحية:

التشريع، نفاذ التشريع، قانون إنفاذ، سريان القانون.

### كليله ووشه:

ياسا، بهركاربوني ياسا، ياساى بهركاربون، جييه جي كردني ياسا.

**key words:** Legislation, enforcement of the legislation, law of enforcement, law enforcement.

### مقدمة

نتيجة للانتفاضة التي قام بها الشعب في إقليم كردستان اعقاب حرب الخليج الثانية والاحداث التي اعقبها، وفرض منطقة حظر الطيران من قبل قوات التحالف انذاك ، والتي أدت في نهاية المطاف إلى حصول شبه انفصال بين إقليم كردستان وبين بقية أجزاء العراق، لا سيما بعد انسحاب الإدارات الحكومية من الإقليم اعتبارا من 1991/10/23. حيث اعقب ذلك تشكيل برلمان كردستان بموجب القانون رقم 1 لسنة 1992 ، عندها ظهرت إشكالية مدى إمكانية الاستمرار في تطبيق التشريعات الصادرة من الحكومة المركزية في العراق ، بما فيها التشريعات التي ستصدر بعد تشكيل برلمان كردستان، والذي كان يمثل السلطة التشريعية المخولة بتشريع التشريعات في الإقليم ، وعلى اثر ذلك أصدر هذا البرلمان القرار التشريعي رقم 11 لسنة 1992 والذي جاء في مادته الثانية على انه (لا يعمل بأحكام التشريعات والقرارات والأنظمة والتعليمات الصادرة أو التي ستصدر عن سلطات الحكومة المركزية بعد سحب الإدارات الحكومية من إقليم كردستان في 23 / 10 / 1991 . الا بعد إقرار مشروعية سريانها في الإقليم من قبل المجلس الوطني

لكوردستان العراق (. ولا يزال هذا القرار ساريا رغم التغييرات التي شهدتها العلاقة بين الإقليم والحكومة المركزية في حينها ومن ثم انفا الحكومة الاتحادية.

وفي هذه الفترة الممتدة بين تاريخ 10/23/1991 ولغاية الآن شهد الواقع القانوني في الإقليم عدة أصناف من التشريعات من قبيل ذلك؛ التشريعات العراقية التي كانت قد شرعت قبل التاريخ أعلاه، والتشريعات التي شرعت لتعديل تلك التشريعات قبل وبعد ذلك التاريخ، والتشريعات التي صدرت عن الحكومة المركزية في الفترة التي اعقبت التاريخ المذكور ولغاية نيسان عام 2003 حيث كانت العلاقة بين الإقليم والعراق شبه مقطوعة، والتشريعات التي صدرت من إدارة قوات التحالف بعد نيسان 2003 والتي عدت فيها تشريعات القوات الاحتلال والذي شمل كل العراق بما فيه الإقليم، ثم التشريعات التي شرعت بعد صدور الدستور الاتحادي العراقي في سنة 2005 حيث أصبح العراق بموجبه دولة فدرالية اعترف ذلك الدستور بسلطات الإقليم وبما صدرت عنها من التشريعات والقرارات والتصرفات في حدود اختصاصاتها من خلال المواد ( 117 و 121 و 141 ) منه. وبعد صدور هذا الدستور تشكل البرلمان العراقي وأصبح للإقليم وممثلين في ذلك البرلمان فضلا عن ممثلين له في السلطات الأخرى.

ورغم كل هذه التطورات والتغييرات التي شهدتها العلاقة بين إقليم كردستان والسلطات العراقية في مختلف المراحل التي أشرنا إليها بقي القرار رقم 11 انف الذكر ساريا والذي يفترض بموجبه ألا يعمل باي تشريع صادر أو سيصدر عن الحكومة العراقية الا بعد إقرار مشروعية سريانه من قبل برلمان كردستان، وقد أفرز هذا الواقع وهذا التنوع في أصناف التشريعات المعمول بها في العراق الكثير من الإرباك والاشكالات للمختصين بالشأن القانوني والقضائي والإداري في الإقليم.

وحيث انه ليس هناك اصعب على المختصين في الشأن القانوني والقضائي من عدم التأكد من النصوص التي يلزم تطبيقها على واقعة أو مسألة معينة وفيما إذا كانت النصوص التي بين يديه معمول بها أم لا .

ومن الجدير بالذكر ان مجلس الشورى لإقليم كردستان كان قد أصدر أكثر من رأى بخصوص كيفية التعاطي مع مسألة إنفاذ التشريعات العراقية في الإقليم (سنعرض مضامينها في الورقة).



ونتيجة لما تقدم قد لا نبالغ إذا قلنا ان هناك نوعا من الفوضى في هذا المجال نجم عنه السير بالاتجاه المعاكس لهدف القانون وهو استقرار الأوضاع والمراكز القانونية. ولأجل تسليط الضوء على تفاصيل ما اجملناه وتحليل هذه المشكلة بشكل تفصيلي ومحاولة اقتراح ما نراها مناسبة من حلول لها نقدم هذه الورقة والتي ستكون من محورين وكالاتي :

اولا نفاذ التشريعات العراقية في الإقليم بين متطلبات تطبيق القرار رقم 11 والواقع. ثانيا الحلول المقترحة لمشكلة نفاذ التشريعات العراقية في الإقليم.

اولا: نفاذ التشريعات العراقية في الإقليم بين متطلبات تطبيق القرار رقم 11 والواقع ان البحث في هذا الموضوع تتجاذبه عدة مسائل أو حقائق يجب ان لا تغيب عن البال وهي تتمثل في: كون العراق دولة فيدرالية وبالتالي تتمتع الأقاليم بالسلطات التي يخولها الدستور لتسيير شؤونها الخاصة بها طالما انها لا تمثل تجاوزا على الصلاحيات الحصرية للسلطات الاتحادية، وان إقليم كردستان لا يزال جزءا من العراق ، وبالتالي هناك تداخلا بين منظومته القانونية والمنظومة القانونية العراقية، بل ان هناك العديد من التشريعات العراقية لازالت نافذة في الإقليم شأنه في ذلك شأن باقي أجزاء العراق ، والحقيقة الأخرى ان الإقليم لم يتمكن من تشريع العدد الكافي من التشريعات التي تعالج مختلف المجالات بما يغني عن تطبيق التشريعات العراقية، لاسيما تلك التي لا تتعلق باختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية . والى جانب هذه الحقائق الدستورية والقانونية ، فإنه ومن الناحية الواقعية هناك تغييرات حصلت في الواقع السياسي في العراق انعكست بشكل أو باخر على العلاقة بين الإقليم وسلطاته وبين السلطات الحاكمة في المركز منذ ان أصبح الإقليم كيانا يتمتع بنوع من الاستقلالية بعد العام 1991 ، ومن ثم غدت تظهر معالمه كإقليم بعد العام 2003 ، حتى امسى إقليما ضمن العراق الفدرالي بعد إقرار دستور العراق الاتحادي في العام 2005 الذي نص في المادة الأولى على ان العراق دولة اتحادية (فيدرالية) واعترف هذا الدستور بإقليم كردستان وبسلطاته وما صدر وما سيصدر عنها (المواد 120 و121 و141) .

ورغم تضمن الدستور العديد من النصوص لتنظيم العلاقة بين الإقليم وبين السلطات

الاتحادية الا ان هناك العديد من المسائل العالقة بين الطرفين ، ولعل أحد أهم أسباب ذلك ان الدستور قد نص على وجوب تنظيم العديد من المسائل ذات الصلة بتشريعات ومن ذلك مسائل النفط والغاز والكمارك والموارد المائية والمحكمة الاتحادية والهيئات المستقلة بما فيها الهيئة العامة لمراقبة تخصيص الواردات الاتحادية ومجلس الاتحاد ... غير ان معظم هذه التشريعات لم تشرع .

ومن الحقائق الأخرى التي يجب ان لا تغيب عن البال الظروف التي صدر في ظلها القرار رقم 11 من برلمان كردستان ، فقد صدر في ظروف كانت العلاقة بين كردستان ككيان واقعي وبين السلطات في بغداد يسودها عدم الثقة ونوع من العداء ، ولذلك فقد شرع هذا القرار بغية السيطرة على جميع التشريعات والقرارات التي صدرت أو تصدر من بغداد بعد سحب الإدارات في التاريخ المبين في القرار وهو 10/23/1991 ، اذن صدر هذا القرار في ظل هذه الظروف في الوقت الذي لم يكن هناك تفكير بوجود دولة فدرالية ولا دستور ينظم العلاقة بين كيان كردستان وبين الحكومة في بغداد انذاك، وبقي هذا القرار قائما لغاية كتابة هذه السطور رغم احداث 2003 ومن ثم صدور الدستور الاتحادي سنة 2005 .

وقد نجم عن كل ذلك صدور العديد من التشريعات في العراق أو التعديلات على التشريعات القائمة دون ان يكون بالإمكان من الناحية القانونية العمل بها رغم كونها تشريعات ضرورية، الا انه لا يعمل بها رغم عدم وجود بدائل عنها في الإقليم بسبب القرار المذكور، في حين ان هناك العديد من التشريعات العراقية تم إصدار تشريعات بإنفاذها فأصبحت نافذة ويعمل بها في الإقليم ، وهناك العديد من التشريعات قد تم العمل بها في الإقليم رغم انها قد صدرت بعد تاريخ 10/23/1991 ولم يصدر قانون بإنفاذها) ومنها - على سبيل المثال - قانون المرور رقم 86 لسنة 2004 وقانون التقاعد الموحد رقم 27 لسنة 2006 وقانون رواتب موظفي الدولة رقم 22 لسنة 2008 ، كما ان هناك تعديلات قد صدرت بعد ذلك التاريخ على التشريعات التي كانت نافذة في الإقليم ويتم العمل ببعضها من قبل بعض الجهات والدوائر دون الأخرى ، بل وصل الأمر إلى الاختلاف بين المحاكم فيما بينها والإدارات فيما بينها في مدى إمكانية الأخذ بهذه التعديلات من عدمها، ومن قبيل ذلك التعديلات على قانون الخدمة المدنية العراقي وتشريعات الملكية

الفكرية كقانون براءات الاختراع وقانون العلامات التجارية وغيرها من التشريعات، بل ان هناك جملة من التشريعات يتم العمل بها في الإقليم - سواء صدر قانون بإنفاذها أم لا- وقد تم إلغائها في العراق ، ومن ذلك قانون التقاعد الموحد المشار إليه انفا وقانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 وغيرها الكثير.

وفي الفترة ما بين سن الدستور ولغاية العام 2013 حينما اتسمت العلاقة بين الإقليم والسلطات الاتحادية بشيء من الاستقرار، حيث كان للإقليم ممثلين في السلطات الاتحادية وبمختلف المستويات وكانت التشريعات تشرع والقرارات تتخذ والسياسات تتبع بالتوافق بين السلطات الاتحادية والإقليم في غالب الأحيان . لذلك فقد بدت الحاجة إلى تفعيل قرار برلمان كردستان رقم 11 أقل في تلك الحقبة .

وفي تلك الفترة وفي ظل تلك الظروف فقد أصدر مجلس الشورى لإقليم كردستان أكثر من رأي بخصوص نفاذ التشريعات العراقية في الإقليم نعرض اثنين منها:  
حيث جاء في الرأي الأول الصادر بالعدد 2011/36 في 2011/10/11 : تطلب رئاسة مجلس الوزراء لإقليم كردستان . رئاسة الديوان بكتابها المرقم (9440) في 2011/8/25 الرأي من مجلس الشورى لإقليم كردستان - العراق الرأي حول مدى إنفاذ القوانين الاتحادية الصادرة من الحكومة المركزية في إقليم كردستان وذلك حسب بنود الدستور العراقي .

لقد كفل الدستور العراقي الصادر في عام 2005، لإقليم كردستان سلطاته التشريعية والتنفيذية والقضائية، بحسب المواد (117) و(120) و(121) و(141) منه، وقد ضمن الدستور الحد الأدنى من الحقوق الدستورية لسلطات الإقليم، حيث نصت المادة (115) من الدستور على (( كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، والصلاحيات الأخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم، تكون الأولوية فيها لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم، في حالة الخلاف بينهما)).

كما أن البند ( أولاً وثانياً ) من المادة (121) من الدستور نصت على (( أولاً : لسلطات الأقاليم، الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، وفقاً لأحكام هذا الدستور، باستثناء ما ورد فيه من اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية.

ثانياً : يحق لسلطة الإقليم تعديل تطبيق القانون الاتحادي في الإقليم، في حالة وجود تناقض أو تعارض بين القانون الاتحادي وقانون الإقليم، بخصوص مسألة لا تدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية)).

وحيث ان البند / ثانياً من قرار المرقم (11) لسنة 1992 الصادر من برلمان كردستان في 1992/8/31 نصت على (( ثانياً : لا يعمل بأحكام القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات الصادرة أو التي ستصدر عن سلطات الحكومة المركزية بعد سحب الإدارات الحكومية من إقليم كردستان في 1991/10/23. إلا بعد إقرار مشروعية سريانها في الإقليم من قبل المجلس الوطني لكوردستان - العراق)).

وإزاء هذه النصوص الدستورية وقرار برلمان كردستان، يرى المجلس بأنه لإنفاذ القوانين الاتحادية في الإقليم لابد من التمييز بين ثلاثة أنواع من القوانين وحسب الآتي:

1. القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات الصادرة عن السلطة المركزية قبل سحب الإدارات الحكومية من إقليم كردستان في 1991/10/23 فهي تعد نافذة في الإقليم تلقائياً ما لم يكن قد تم إلغاؤها من قبل السلطة التشريعية في الإقليم أو صدر ما يخالفها من هذه السلطة أو تضمنت مخالفة الدستور.

2. القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات الصادرة عن السلطة المركزية بين تأريخ سحب الإدارات الحكومية في 1991/10/23 وتأريخ سقوط النظام السابق في 2003/4/9 لا تطبق في الإقليم إلا بعد صدور قانون لإنفاذها فيه استناداً للقرار المرقم (11) لسنة 1992 الصادر من برلمان كردستان في 1992/8/31.

3. أما القوانين الاتحادية الصادرة بعد تأريخ 2003/4/9 ونظمت موضوعاً ليس له تنظيماً تشريعياً في إقليم كردستان تطبق تلقائياً في الإقليم، دونما حاجة لقانون خاص بإنفاذها، وآية ذلك تكمن في أن الإرادة الشعبية للإقليم قد ساهمت في تشريع هذه القوانين من خلال ممثلي الإقليم في البرلمان الاتحادي.

أما ما يتعلق بأحكام القرار المرقم (11) لسنة 1992 الصادر من برلمان كردستان فقد صدر في حينه بسبب قيام النظام السابق بسحب الإدارات الحكومية من إقليم كردستان.

مما تسبب في انقطاع العلاقة القانونية والإدارية بين الإقليم والمركز ، وحيث ان سقوط النظام السابق في 2003/4/9 تسبب في إزالة المانع وإذا زال المانع عاد الممنوع ( البند / ثانياً من المادة (الرابعة) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 وتعديلاته)، لذا فإن القرار المذكور فقد الغرض من تشريعه فيما يتعلق بالقوانين الصادرة بعد تأريخ 2003/4/9، و صدر الرأي بالاتفاق في 11 / 10 / 2011.

وجاء في رأي آخر للمجلس ذاته صدر بالعدد 2012/35 في 2012/3/25: تطلب رئاسة مجلس الوزراء - رئاسة الديوان بكتابها المرقم (9428) في 2011/8/25 الرأي من مجلس شورى إقليم كردستان - العراق بشأن نفاذ قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم (20) لسنة 2009 ، والصادر من البرلمان الاتحادي، في إقليم كردستان وفيما إذا كان بحاجة إلى إصدار قانون لإنفاذه من عدمه؟.

وحيث أن قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم (20) لسنة 2009 والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم (4140) الصادر في 2009/12/28 قد صدر بعد سقوط النظام البائد .

وحيث أن القانون المشار إليه أعلاه ليس له تنظيمًا تشريعيًا في إقليم كردستان وحيث أن الإرادة الشعبية للإقليم قد شاركت في إصدار هذا القانون من خلال ممثلي الإقليم في البرلمان الاتحادي.

وحيث ان البند ثانياً من المادة (3) من القانون المذكور قد أشار إلى تأسيس لجنة في إقليم كردستان لممارسة مهامها.

عليه ولما تقدم من الأسباب يرى المجلس بأن قانون تعويض المتضررين جراء العمليات الحربية والأخطاء العسكرية والعمليات الإرهابية رقم (20) لسنة 2009 يُطبق تلقائياً في الإقليم دونما حاجة لقانون خاص بإنفاذه مما يتطلب الاسراع بتأسيس لجنة خاصة بالکیفیه المبینه فی المادتين (3)/ ثانياً و(6) / أولاً من القانون المذكور لممارسة مهامها، و صدر الرأي بالاتفاق في 2012/3/25

الا ان الأوضاع قد تغيرت بعد سنة 2013 حيث لم يعد العراق محكوماً بمبدأ الشراكة والتوافق والتوازن ، بل امسى محكوماً بمبدأ الأغلبية من الناحية الفعلية سواء على صعيد السلطة التشريعية أم التنفيذية ، فقد شرعت العديد من التشريعات وصدر كثير من القرارات من شأنها المساس بحقوق إقليم كردستان ، ومن ذلك قانون هيئة المنافذ الحدودية وقانون تعديل قانون المحكمة الاتحادية وقانون الموازنة وغيرها الكثير .

إلى جانب ذلك فإن الكثير من الجهات الممثلة في البرلمان تحاول الالتفاف على المظاهر الفيدرالية في الدستور، اما بسن تشريعات تمنح السلطات الاتحادية العديد من الصلاحيات خارج المادة 110 من الدستور ، أو بالامتناع عن سن تشريعات من شأنها منح الصلاحيات للأقاليم بما فيها إقليم كردستان ولنا في كل من قانوني النفط والغاز ومجلس الاتحاد أوضح مثالين .

ولذلك ظهرت الحاجة مجدداً إلى الإبقاء على القرار 11 وتفعيله أكثر بغية مراجعة كل ما يصدر من السلطات في العراق قبل العمل بها في الإقليم . وفي ظل هذه المعطيات وحيث (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) فقد أصدر مجلس الشورى لإقليم كردستان رأياً بالعدد 2013/40 في 2013/12/23 نعرضه فيما يأتي :

- الجهة طالبة الرأي : وزارة الكهرباء في إقليم كردستان - العراق

تطلب وزارة الكهرباء في إقليم كردستان - العراق بكتابها المرقم (17099) في 2013/12/4، الرأي من مجلس شوري إقليم كردستان - العراق، بشأن مدى إمكانية العمل بقانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 21 لسنة 2013، والذي ألغى بموجبه قانون المرقم 32 لسنة 1986.

وحيث ان الدستور العراقي الصادر عام 2005 ، قد كفل لإقليم كردستان سلطاته التشريعية والتنفيذية والقضائية، بحسب المواد 117 و120 و121 و141 منه ، وقد ضمن الدستور الحد الأدنى من الحقوق الدستورية لسلطات الإقليم، حيث نصت المادة 115 من الدستور (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم والصلاحيات الأخرى المشتركة بين الحكومة الاتحادية والأقاليم تكون الأولوية فيها لقانون الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة

في إقليم في حالة الخلاف بينهما) .

كما أن البند (أولاً وثانياً) من المادة 121 من الدستور نصت على (أولاً: لسلطات الأقاليم الحق في ممارسة السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية وفقاً لأحكام هذا الدستور، باستثناء ما ورد فيه من اختصاصات حصرية للسلطات الاتحادية... ثانياً: يحق لسلطة الإقليم تعديل تطبيق القانون الاتحادي في الإقليم، في حالة وجود تناقض أو تعارض بين القانون الاتحادي وقانون الإقليم بخصوص مسألة لا تدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية).

وحيث أن القانون رقم 32 لسنة 1986 ( قانون بيع وإيجار أموال الدولة) هو القانون النافذ والمطبق في الإقليم استناداً إلى المادة (الثانية) من القرار المرقم 11 لسنة 1992 الصادر من برلمان كردستان - العراق في 1992/8/31 الذي جاء فيه (ثانياً : لا يعمل بأحكام التشريعات والقرارات والأنظمة والتعليمات الصادرة أو التي ستصدر عن سلطات الحكومة المركزية بعد سحب الإدارات الحكومية من إقليم كردستان في 1991/10/23. الا بعد إقرار مشروعية سريانها في الإقليم من قبل المجلس الوطني لكوردستان العراق).

عليه ، فإن المجلس يرى :

إن من حق سلطة الإقليم إصدار التشريعات الخاصة بالإقليم وإنفاذ أو عدم إنفاذ التشريعات الصادرة من الحكومة الاتحادية أو تعديل تطبيقها في الإقليم، وعند تعارض تشريعات الإقليم مع التشريعات الاتحادية بخصوص مسألة لا تدخل في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، تكون الأرجحية لتشريعات الإقليم.

وتم فإن القانون النافذ في إقليم كردستان - العراق هو القانون رقم 32 لسنة 1986، أما تطبيق القانون رقم 21 لسنة 2013 فيلزم إصدار قانون بإنفاذه من برلمان إقليم كردستان - العراق.

وصدر الرأي بالاتفاق في 2013/12/23 .

ثانياً: الحلول المقترحة

انتهينا في الفقرة السابقة إلى انه لا غنى عن تطبيق التشريعات العراقية في الإقليم طالما انه ليست هناك بدائل لها في الإقليم ، وانتهينا في ذات الوقت إلى لزوم وضرورة

مراجعة تلك التشريعات وبخاصة الصادرة منها بعد العام 2013 للأسباب التي عرضناه في الفقرة السابقة ، فضلا عن ان القرار رقم 11 لا يزال قائما وهو قرار تشريعي ملزم، بل ان مصلحة الإقليم تتطلب دراسة التشريعات العراقية قبل العمل بها في الإقليم. وهذا كله لا اشكال فيه في تقديري ولكن الاشكال هو في الاليات التي تتم بها تطبيق القرار رقم 11 ، حيث لا توجد منهجية واضحة لا في كيفية مراجعة التشريعات التي تصدر في العراق لا من حيث انتظام هذه المراجعة وديمومتها أولاً باول ، ولا من حيث الجهة المختصة بالمراجعة ، ولا من حيث الجهة التي تقرر المضي في الإنفاذ من عدمه ، كما لا توجد معايير وأسس واضحة لما يعد منها في صالح الإقليم من عدمه. ولذلك يشير الواقع في الإقليم ان اقتراح انفاذ التشريعات العراقية في الإقليم تارة يتبناه مجلس الوزراء وتارة تقترحه وزارة ما وأخرى من البرلمان، وهذه وتلك اما استشعارا بحاجة الإقليم لإنفاذ هذه التشريعات ، واما تحت ضغط مطالبة السلطات في الحكومة الاتحادية .

وقد نجم عن ذلك وجود فراغ تشريعي في عديد المجالات في الإقليم مع وجود تشريعات صادرة من الحكومة الاتحادية واذكر منها على سبيل المثال قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وقانون غسل الأموال وقانون تسجيل واعتماد وحماية الأصناف الزراعي، وغيرها رغم حاجة الإقليم إليها. كما نجم عنه ان تتم إنفاذ تشريعات معينة ثم تعدل في العراق فلا يتم العمل بالتعديلات وهذه مشكلة أخرى. بل ان انعدام المنهجية أدى إلى العمل بتشريعات لم يتم إنفاذها اصلا، كقانون الرواتب والتقاعد الموحد ومن الطريف الإشارة هنا الا انه يتم العمل بقانون التقاعد الموحد العراقي لسنة 2006 في الإقليم وهو ملغي بالقانون الحالي لسنة 2014 الا انه لا يعمل بهذا الأخير بزعم عدم إنفاذه في الإقليم .

وازاء كل ما تقدم بيانه فإنه يبدو لنا ان المصلحة تكمن في الإبقاء - حاليا - على القرار التشريعي رقم 11 أنف الذكر، على ان يتم العمل بأحكامه بشكل منهجي وعلمي تحقيقا للغاية المبتغاة من تشريعه، ولما تتطلبها المعطيات التي عرضناها في هذه الورقة التي تقتضي مراجعة التشريعات العراقية قبل العمل بها في الإقليم . هذا ما تتطلبه أحكام المادة الأولى من ذلك القرار التي تنص على انه (على كافة الوزارات وهيئات إقليم كردستان غير المرتبطة بوزارة دراسة التشريعات والقرارات والأنظمة والتعليمات الصادرة



عن السلطة المركزية وتحديد ما لا يتماشى منها مع مصلحة شعب كردستان وعرضها على المجلس الوطني للبت في مشروعية سريان أحكامها داخل الإقليم من عدمه (٥).  
لذا فإن الحل الواقعي والعلمي لتطبيق القرار يتلخص في تشكيل جهة محددة ودائمة تكون مهمتها تطبيق القرار 11 ، أي تتولى مراجعة التشريعات العراقية القائمة حسب حاجة الإقليم ومتابعة ما تصدر من تشريعات، ومن ثم دراستها في ضوء مصلحة الإقليم وشعبه والتوصية على أساس ذلك بإنفاذها كما هي أو مع تعديل تطبيقها أو إيقاف تطبيق بعض نصوصها، وهذا يستلزم بطبيعة الحال ان تكون تلك الجهة من ذوي الاختصاص وان تكون عالمة بمصالح الإقليم وبالسياسة التشريعية للحكومة، وذلك يعني ان تكون تلك الجهة قريبة من مصدر القرار في السلطة التنفيذية ، أي ان تكون في مجلس الوزراء بوصفها الجهة المختصة بالسياسة العامة والسياسة التشريعية للحكومة .وفي سياق عملها تتلقى هذه الجهة المقترحات بإنفاذ التشريعات العراقية من الهيئات والوزارات في الإقليم كلا حسب اختصاصها وحاجتها.

وجدير بالإشارة إلى انه قد تم في الاونة الأخيرة تشكيل مركز استشاري في رئاسة مجلس الوزراء، ورغم عدم وضوح ادوار ومهام هذا المركز لعدم وجود قانون بتشكيله وتحديد اختصاصاته، فإنه يبدو لنا ان وجود هذا المركز لا ينفي الحاجة إلى وجود الجهة المختصة المتفرغة التي اقترحناها .

وفي هذا السياق لابد لهذه الجهة المقترحة من التنسيق بشكل منهجي وثابت ووفق سياقات واضحة ومحددة مع اللجنة القانونية في البرلمان بخصوص آليات تطبيق القرار رقم 11 .

ولعل من شأن ذلك ان يمنع الاشكالات المتعلقة بنفاذ التشريعات العراقية في الإقليم وبتطبيق القرار المذكور .



## آليات وزارة العدل لإقليم كردستان - العراق في تنفيذ المادة (11) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003

(ميكانيزمه كاني وهزاره تي دادى ههريمى كوردستان - عيراق بۆ جيبه جيكردى  
ماددهى (11) له ريكه وتننامهى نهته وه يه كرتوه كان بۆ قه لاچوكردى كهنده لى بۆ  
سالى 2003)

The mechanisms of the Ministry of Justice of the Kurdistan Region-Iraq  
in implementing Article (11) of the United Nations Convention against  
Corruption 2003

أ.م. د. نغم اسحق زيا

كلية القانون - جامعة دهوك - كردستان العراق

پروفيسورى ياريددهر دكتوره/ نه غهم نيسحاق زيا  
كوليژى ياسا\_ زانكوى دهوك - كردستان - عيراق.

Dr. Nagham Eshak Zaya  
College Of Law. University Of Dohuk .



## آليات وزارة العدل لإقليم كردستان - العراق في تنفيذ المادة (11) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003

أ. م. د. نغم اسحق زيا

كلية القانون - جامعة دهوك - كردستان العراق

### الكلمات المفتاحية:

الفساد، وزارة العدل، آليات مكافحة الفساد، المادة 11 اتفاقية مكافحة الفساد، وحدة الإشراف العدلي، العمل القضائي.

### كلمته ووشه:

گهندهلی، وهزارهتی داد، میکانیزمهکانی قه لاجوکردنی گهندهلی، ماددهی (11) ریکهوتننامهی قه لاجوکردنی گهندهلی، یهکبوونی سهپریشتیاری دادی، کاری دادوهری.

**key words:** Ministry of Justice, Anti-Corruption Mechanisms, United Nations Convention Against Corruption, Judicial Oversight Unit, Judicial Work.

### المقدمة

ان الإصلاحات في أي مجال من مجالات الحياة وفي أي قطاع سواء في قطاع الحكومة أو القطاع الخاص لها تأثير مباشر على نوعية الحياة والتمتع الفعال بالحقوق الأساسية للإنسان على أساس المساواة والعدل ورفع ثقة الافراد في نظامهم القانوني وبدوره في استقرار نظامهم الاقتصادي والاجتماعي في الحال التي يتم فيها احترام سيادة القانون، هذا المفهوم يشمل أجهزة العدل وكيفية أدائها لوظائفها وبمهنية عالية تتحدد بمجموعة من المبادئ يفترض بالدولة بيانها في القوانين والأنظمة وبشكل خاص في مدونات سلوك معنية بوظائف أجهزة العدل، واتخاذ ما يلزم من تدابير وقائية وعلاجية بالمساءلة والردع للتجاوزات التي تهدد سيادة القانون وتمنع من تمتع الافراد الكامل بحقوقهم. ويمكن ان تدخل تلك التجاوزات ضمن أعمال الفساد المحظورة دوليا في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

والمشكلة الأساسية هنا ان الفساد كجريمة وكظاهرة متنامية امر وارد وقوعه في جهاز القضاء والنيابة العامة مما يزيد من خطورته على حياة وحقوق الافراد وعلى قيم الديمقراطية والعدالة والتي تقود إلى اثار سلبية جمّة . مما دفع إلى معالجته في مادة مخصصة من الاتفاقية وهي المادة /11 وتنفيذها في ضوء الأحكام العامة الواردة في الاتفاقية والمبادئ الرئيسية لمكافحة الفساد مثل المشاركة والشفافية والحصول على المعلومات والمساءلة .

والفرضية هنا تكمن في ان تنفيذ حكم المادة (11) على المستوى الوطني تتولاه بدرجة رئيسية الدولة بدءا بالقوانين وإصدار الأنظمة والتعليمات لتضمن نزاهة العمل في قطاع العدل ،مع تأسيس أجهزة فعالة لمكافحة الفساد والمساءلة عنه . وكلما كانت الدولة تأخذ وعلى محمل جدي بمواجهة الفساد والفساد في قطع العدالة وباليات قانونية ومؤسسية واضحة وقوية كلما كانت القيم الأساسية للمجتمع في مأمن من التجاوز عليها بجرائم الفساد.

وقد اخترنا تحليل آلية مكافحة الفساد الدولية في أجهزة العدل المشار إليها في اتفاقية مكافحة الفساد من خلال وظائف وزارة العدل في إقليم كردستان العراق معتمدين على مجموعة القوانين النافذة للوقوف على إمكانيات الوزارة في إطارها القانوني والمؤسسي لمكافحة الفساد والكشف عنه في نطاق الجهاز القضائي والادعاء العام . مشيرين في ذات الوقت إلى الجهات الأخرى المعنية بالأمر في نطاق كيفية الاستفادة من إمكانيات الوزارة ووظائفها بالتعاون مع هذه الجهات والأجهزة المعنية بمتابعة العمل القضائي ومكافحة الفساد .

ولأجل توضيح مسار الورقة فقد تناولناها في محورين أساسيين :

### المحور الأول

## معطيات أساسية عن الفساد في اتفاقية الأمم المتحدة لعام 2003

### والعمل القضائي

أولا // المقصود بالفساد في اتفاقية الأمم المتحدة لعام 2003 ونطاق المادة (11):

1- المقصود بالفساد: تعد لفظة الفساد الترجمة الأكثر حرفية للكلمة الإنكليزية

"corruption" والمصطلح الأكثر استخداماً للتعبير عن مفهوم الفساد في إطار الحكم الجيد. وكما في اللغة الإنكليزية، تتمتع هذه اللفظة بدلالات تتعدى حدود مفهوم الفساد السياسي أو الإداري لتشمل معانٍ أوسع مثل الفساد الأخلاقي أو ممارسة الأعمال التي المحظورة من الله أو الدين. ويشاع استخدام الفعل الذي تشتق منه، فُسُد، للإشارة إلى أي عملية تلف أو انحلال أو تعفن.<sup>(1)</sup>

وقد انصبت اتفاقية الأمم المتحدة على مكافحة الفساد وتحديد المطلوب من الدول القيام به للقضاء على هذه الظاهرة المتنامية، دون الدخول في معالجة مفهوم الفساد أو تقديم تعريف خاص به بالرغم من اتفاق الدول على خطورة هذه الافة وضرورة مكافحتها، وارتكزت على تحديد صور معينة للفساد سواء على المستوى الحكومي أو على مستوى القطاع الخاص. في المقابل حددت منظمة الشفافية الدولية المقصود بالفساد على انه "سوء استعمال المرء للسلطة التي أوّتمن عليها لتحقيق مكاسب خاصة" متضمنا ثلاثة عناصر أساسية لتوصيف الفعل بالفساد وهي "سوء الاستعمال" و"السلطة المؤتمن عليها" و"المكاسب الخاصة"<sup>(2)</sup> وهو معنى لاقى قبولا عالميا مع غياب التعريف في اتفاقية مكافحة الفساد.

2- نطاق المادة (11) من اتفاقية مكافحة الفساد : أشارت المادة في مضمونها إلى مكافحة الفساد في جهازين مهمين من أجهزة تحقيق العدالة وهما الجهاز القضائي وجهاز النيابة العامة .

أ- مكافحة الفساد في الجهاز القضائي : يشكل الفساد في القضاء مثالا بارزا على انتهاك حقوق الإنسان وهدم لسيادة القانون. فاذا كان الفساد في جميع المجالات يهدد سيادة القانون والديمقراطية وحقوق الإنسان فإن الحق في اللجوء إلى المحاكم والحق في

(1) شارل د. عدوان، مصطلحات الفساد في اللغة العربية، برنامج إدارة الحكم، الشرق الأوسط وشمال افريقيا، اخبار وأفكار، المجلد 1، العدد 2، كانون الأول 2008، ص 10 وما بعدها.

(\*) صادق العراق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 بالقانون رقم (35) بتاريخ 2007/8/12. المصدر الوقائع العراقية رقم العدد: 4047 ، بتاريخ: 2007/08/30، الصفحة: 5.

(2) التقرير النهائي للجنة الاستشارية لمجلس حقوق الإنسان : آثار الفساد السلبية على التمتع بحقوق الإنسان، 2015، ص 4.

محاكمة عادلة أمام هيئة قضائية مستقلة ونزيهة ومؤهلة يتعرضان في حالة الفساد في القضاء لتأثير سلبي مباشر. ومن هنا كانت ضرورة مكافحته في اتفاقية مكافحة الفساد لعام 2003 لكن مع مراعاة خصوصية العمل القضائي بان تكون تدابير مكافحة الفساد داعمة لنزاهة الجهاز القضائي وهدفها منع الفساد دون المساس باستقلالته - مبدأ استقلال القضاء -، وعليه ان عملية المنع والقمع هي امر واجب واستنادا إلى الحكم العام الوارد في م / 3 " منع الفساد والتحري عنه وملاحقة مرتكبيه، وعلى تجميد وحجز وإرجاع العائدات المتأتية من الأفعال المجرمة..." لكن مع الأخذ بما نصت عليه المادة 11 الخاصة بالتدابير المتعلقة بالجهاز القضائي في فقرتها الأولى "نظرا لأهمية استقلالية القضاء وما له من دور حاسم في مكافحة الفساد، تتخذ كل دولة طرف، وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني ودون مساس باستقلالية القضاء، تدابير لتدعيم النزاهة ودرء فرص الفساد بين أعضاء الجهاز القضائي. ويجوز أن تشمل تلك التدابير قواعد بشأن سلوك أعضاء الجهاز القضائي.

ويشير مصطلح النزاهة الوارد في الفقرة الأولى من م/11 إلى المفهوم الشمولي المعبر عن قدرة النظام القضائي أو فرد من القضاء على مقاومة الفساد، مع الاحترام الكامل للقيم الأساسية للاستقلالية والحيادية والكرامة واللياقة والمساواة والكفاءة والمثابرة التي تعد قيم أساسية لسلوك الجهاز القضائي المثبتة في مبادئ بانغلور بشأن سلوك الجهاز القضائي عام 2001.

ب- مكافحة الفساد في جهاز النيابة العامة: او كما يسمى في بعض الدول ومنها العراق بالادعاء العام ، حيث تنص معايير المسؤولية المهنية وبيان الواجبات والحقوق الأساسية للمدعين العامين التي اعتمدها الرابطة الدولية للمدعين العامين في عام 1999 على أنه يتعين على المدعين العامين أن يحافظوا في جميع الأحوال على حرمة وهيبة مهنتهم وأن يسلكوا على الدوام سلوكاً مهنياً وفقاً للقانون ولقواعد وأخلاقيات مهنتهم وأن يمارسوا في جميع الأحوال أعلى معايير النزاهة والاحتراس، ولاجل ذلك يعد تحديد مهام الادعاء العام وبيان معايير السلوك المهني له امر أساسيا يتم العمل بموجبه وبعبكسه فانهم سيكونون عرضة للمساءلة القانونية، وقد أجازت الفقرة الثانية من م/11 للدول استحداث وتطبيق تدابير ذات مفعول مماثل للتدابير المتخذة عملا بالفقرة 1 من هذه



المادة داخل جهاز النيابة العامة في الدول الأطراف التي لا يشكل فيها ذلك الجهاز جزءا من الجهاز القضائي، ولكن يتمتع باستقلالية مماثلة لاستقلالته" مما يضمن كفاءة العمل في جهاز النيابة العامة ونزاهته بما يحقق مصلحة المجتمع وتعزيز أركان سيادة القانون والعدالة.

ثانيا// اشكال الفساد المحظورة في الجهاز القضائي وأجهزة النيابة العامة : أوردت الاتفاقية صيغا معينة لأعمال الفساد المحظورة في القطاع العام والخاص، وبالنسبة إلى القطاع العام فقد وضحتها المواد (15-25) والواجب مكافحتها بتجريمها وفق المادة 30 الفقرة (1) بأن "تجعل كل دولة طرف ارتكاب فعل مجرم وفقا لهذه الاتفاقية خاضعا لعقوبات تُراعى فيها جسامه ذلك الجرم، واتخاذ ما يلزم من تدابير متنوعة أخرى لمنع وقوعها والحد منها"، وهذا النص يشمل الجرائم أدناه في القطاع العام والتي تنطبق على التجاوزات أثناء ممارسة العمل القضائي والنيابة العامة، اللذين تنطبق عليهما أحكام المادة (2) الفقرة (أ) الخاصة بالقطاع العام التي حددت المقصود من الموظف العام بأنه "موظف عمومي": "1" أي شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا لدى دولة طرف، سواء أكان معيناً أم منتخبا، دائما أم مؤقتا، مدفوع الأجر أم غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن أقدمية ذلك الشخص؛ "2" أي شخص آخر يؤدي وظيفة عمومية، بما في ذلك لصالح جهاز عمومي أو منشأة عمومية، أو يقدم خدمة عمومية، حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي للدولة الطرف وحسب ما هو مطبق في المجال القانوني ذي الصلة لدى تلك الدولة الطرف؛ "3" أي شخص آخر معرّف بأنه "موظف عمومي" في القانون الداخلي للدولة الطرف. بيد أنه لأغراض بعض التدابير المعينة الواردة في الفصل الثاني من هذه الاتفاقية، يجوز أن يُقصد بتعبير "موظف عمومي" أي شخص يؤدي وظيفة عمومية أو يقدم خدمة عمومية حسب التعريف الوارد في القانون الداخلي للدولة الطرف وحسب ما هو مطبق في المجال المعني من قانون تلك الدولة الطرف". والجرائم المشمولة بالاتفاقية هي:

1- جريمة الرشوة م/15 .

2- اختلاس الممتلكات أو تبديدها أو تسريبها بشكل آخر من قبل موظف عمومي

م/17 .

3- المتاجرة بالنفوذ م/18.

4- إساءة استغلال الوظائف م/19.

5- الإثراء غير المشروع م/20.

6- غسل العائدات الإجرامية م/23.

7- إعاقعة سير العدالة م/25.

ثالثا // الخطوات الأساسية لتنفيذ م/11 من اتفاقية مكافحة الفساد في الجهاز القضائي

وجهاز النيابة العامة :

(1) تتفرع الخطوات إلى مجموعة من التدابير يجب الأخذ بها لضمان نزاهة القضاء

وجهاز النيابة العامة وهي كالآتي :

1- التدابير الخاصة بنزاهة القضاء ودرء الفساد:

- اعتماد مدونة السلوك القضائي كخطوة مهمة وحاسمة في تحقيق نزاهة القضاء، وتعميمها على أوسع نطاق في المجتمع، واعتمادها ضمن برامج تدريب القضاة لتحقيق أعلى مستوى من الأخلاق القضائية وفق مبادئ بانغلور الخاصة بالسلوك القضائي.(2) والحرص على قابلية مدونة السلوك للإنفاذ بوضع آلية لتلقي الشكاوى بشأن أي سلوك غير أخلاقي من أعضاء السلطة القضائية والتحقيق والبت فيها، والأفضل ان لا تحصر هذه الآلية بيد القضاء بل ينبغي اشراك جهات أخرى من خارج القضاء لضمان الشفافية في عمل القضاة .

- التدريب القضائي: ينظمه ويشرف عليه جهاز القضاء بالتعاون مع جهات أخرى،

لتوسيع مدارك القانون ذات الصلة بالقانون الوطني والدولي والقيم الاجتماعية ..الخ.

- الإفصاح عن الذمم المالية والانتماءات.

(1) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد : دليل التنفيذ وإطار التقييم بشأن المادة (11) إعداد مكتب

الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، 2016. ينظر كذلك الدليل المرجعي بشأن تدعيم نزاهة

القضاء وقدرته، إعداد مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، نيويورك، 2013.

(2) أوضحت مبادئ بانغلور لعام 2001 القيم الرئيسية بشأن السلوك القضائي لتمثل معيارا شاملا لنزاهة

القضاة في حال احترامها وتطبيقها وهي (الاستقلالية والحياد والكرامة واللباقة والمساواة والكفاءة

والمثابرة)

- اعتماد أسس سليمة في تعيين القضاة وترقيتهم ونقلهم واجورهم، والمسائل المتعلقة بإجراءات التأديب والتنحية، وامن القضاة وحصانتهم. وضمان الولاية القضائية على كافة المسائل ذات الطابع القضائي والحماية من تدخل السلطة التشريعية أو التنفيذية في عمل السلطة القضائية.

- تقليل فرص الفساد في المحاكم عن طريق ضمان نزاهة الموظفين في المحاكم وان تكون المسؤولية الرئيسية في الأشراف على إدارة المحاكم محددة بالجهاز القضائي أو بهيئة تخضع لتوجيهه ورقابته. ومراقبة عملية إسناد القضايا إلى القضاة التي تعد مصدرا محتملا للفساد من خلال التلاعب في عملية إسناد القضايا. الى جانب أهمية ضبط سجلات القضايا، مع أهمية متابعة إدارة القضايا بإجراءات تتخذها المحكمة لرصد ومراقبة سير القضايا، فمن شأن سوء إدارة القضايا ان يسهل انتشار الفساد كإحالة القضايا إلى قاضي متساهل أو وجود النقص في الملفات والمحفوظات والمستندات .

- ضمان شفافية الإجراءات القضائية.

2- التدابير الخاصة بجهاز النيابة العامة<sup>(1)</sup>: بالعودة إلى م/ 11 فإن جهاز النيابة العامة اما ان يكون جزءا من الجهاز القضائي وبذلك تنطبق عليه أحكام الفقرة الأولى بالتدابير المشاركة إليها سابقا، او ان يكون مستقلا عن الجهاز القضائي ويقدم خدماته ضمن الهيكل المؤسسي لوزارة العدل أو كجزء من جهاز الشرطة وفي هذه الحالة يجوز للدول ان تتخذ تدابير شبيهة بما ورد في الفقرة الأولى لتدعيم النزاهة ومكافحة الفساد فيه بقدر ادائه لوظيفة النيابة العامة المستقلة. وتتضمن هذه التدابير:

- ضمان الالتزام بالمعايير المهنية ووضع مدونة للسلوك .
- تحديد شروط التوظيف لشغل وظيفة النيابة العامة .
- التدريب.
- وضع شروط واضحة للخدمة والإجراءات التأديبية.
- الإفصاح عن المسائل المالية والانتماءات.
- المساءلة.

(1) دليل تنفيذ المادة (11) لعام 2016، المصدر السابق .

3-المساءلة القضائية للعاملين في أجهزة العدل عن أعمال الفساد<sup>(1)</sup>: المساءلة مفهوم متأصل في سيادة القانون وكثيراً ما يُستخدم في الصكوك الدولية والإقليمية بحيث يشمل مفاهيم الاستجابة، والمسؤولية، والتبعية وإمكانية التحكم والشفافية في نظام القضاء. ويُستخدم مصطلح "المساءلة" بالنظر إلى شموليته استخداماً عاماً في عنوان أية آلية تهدف إلى جعل المؤسسات كل واحدة تتجاوب مع جمهورها. والمساءلة في معناها العملي هي أساساً آلية لضمان رقابة السلطة العامة. وانطلاقاً من هذا الفهم، يعني تنفيذ آليات المساءلة القضائية أن بإمكان بعض الأطراف، بل ينبغي لها، أن تمارس سلطة الإشراف والرقابة على أطراف أخرى. ولذلك، يجب وضع مجموعة معايير واضحة تحول دون مساءلة القيمين على شؤون القضاء والمؤسسات بصورة تعسفية لمنع الأطراف المشرفة من إساءة استخدام سلطتها وممارسة تأثير غير مشروع. وتفترض المساءلة مسبقاً الاعتراف بمشروعية المعايير المعمول بها كما تفترض وجود آليات وإجراءات واضحة ينص عليها القانون وقواعد واضحة بشأن سلطة الأطراف المعنية بالإشراف ولكي يتسنى وضع آليات المساءلة القضائية موضع التنفيذ، يلزم أيضاً أن تُحدّد بوضوح العلاقة بين القيم على شؤون القضاء الذي سيخضع للمساءلة والمحفل أو الهيئة أو المؤسسة التي يكون مسؤولاً أمامها. ويجب أن تُتاح للقيم على شؤون القضاء الذي سيخضع للمساءلة الوسائل التي تمكّنه من تقديم ما يناسب من التفسيرات والمبررات لأي سلوك أو إجراء يعتبر غير لائق أو غير مناسب أو غير قانوني من خلال الإجراءات القانونية الواجبة. ويجب أن تكون الجهة التي تقوم بالمساءلة القضائية، سواء أكانت محفلاً أم هيئة أم مؤسسة، مخولة صلاحية طرح الأسئلة وتقييم ما إذا كان يجب أن يتعرض القيم على شؤون القضاء لعقوبات أم لا. ولذلك، هناك صلة وثيقة بين المساءلة، التي تنطوي على إمكانية فرض عقوبات، ومفهوم تحمّل المسؤولية، الذي يشمل عدم الالتزام بتقديم المعلومات.

وخلاصة الأمر تتوزع هذه التدابير إلى مجموعة وقائية وأخرى هدفها ردع الفساد بمساءلة الأشخاص المتجاوزين في كلا الجهازين وفق ما تقرره القوانين الوطنية المعنية

(1) تقرير المقررة الخاصة المعنية باستقلال القضاة والمحامين، غابرييلا كنول، مجلس حقوق الإنسان، الدورة السادسة والعشرون، 2014، ص 11. رقم الوثيقة (A/HRC/26/32)

بمكافحة الفساد وتنظيم شؤون القضاء والادعاء العام وغيرهم من العاملين في أجهزة العدل .

## المحور الثاني // الأطر الخاصة بوزارة العدل لتنفيذ المادة 11 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

أولاً / الإطار القانوني العام لعمل الوزارة-التشريعات ذات الصلة بتنفيذ المادة 11: نقف هنا عند عدد من القوانين يمكن من خلالها تطبيق حكم المادة 11 من اتفاقية مكافحة الفساد والتي تخدم متابعة مسألة النزاهة وضمانيها في أجهزة العدل عموماً وجهاز الادعاء العامة خاصة بمجموعة من التدابير الوقائية التي يمكن استخلاصها من الإطار القانوني مع ما يمكن تطبيقه من أحكام رادعة للفساد في قطاع العدل بما يتماشى مع الالتزامات الدولية لمكافحة الفساد

1- قانون رقم (13) لسنة 2007 قانون وزارة العدل لإقليم كردستان: ينظم هذا القانون أهداف واتجاهات عمل الوزارة الأساسية التي تصب أيضاً في مصلحة معالجة قضايا الفساد وتعزيز النزاهة ضمن صفوف العمل القضائي من خلال المادة 2 منه (الفقرتين الأولى والثانية)، وجل أهدافها هي تحقيق العدالة في الإقليم وحماية حقوق المواطنين عن طريق تطبيق وإعداد القوانين واحترام مضامينها بما يحقق الدفاع عن حقوق الإنسان وينسجم مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهود والمواثيق الدولية المتعلقة بها. ويكون ذلك من خلال مجموعة متنوعة من المهام تتولاها الوزارة لتحقيق أهدافها وكما يأتي:

- أ- التقنين والنظر في المنازعات الإدارية والقضاء الإداري وضماني وحدة التشريع وإبداء الرأي في الأمور القانونية لكوردستان - العراق وأجهزتها.
- ب- تسجيل التصرفات العقارية والأحكام القضائية على الحقوق العقارية وتنظيم وتوثيق التصرفات القانونية وتثبيت الحقوق الناشئة عنها وإضفاء الصفة الرسمية عليها.
- ت- إعداد وتأهيل القضاة وأعضاء الادعاء العام والكوادر القانونية لمنتسبي الوزارة وأجهزة ومؤسسات الإقليم الأخرى.
- ث- مراجعة وتدقيق وتفتيش سجلات الوزارة وأجهزتها كافة لضماني العدالة والنزاهة

والكفاءة في أداء أعمالها ونشاطاتها.

ج- عقد الاجتماعات مع القضاة بما فيهم قضاة محكمة التمييز ومنتسبو أجهزة العدل الأخرى بما يكفل تحقيق أهداف الوزارة.

ح- التنسيق مع مجلس القضاء والجهات ذات العلاقة بهدف تطبيق القوانين وتحقيق العدالة وأهداف الوزارة.

خ- الإسهام في تقييم القوانين النافذة لمعرفة مدى مطابقتها للواقع المتطور ومساعدتها بالحق العام ومصالح المجتمع الكوردستاني.

د- دراسة الظواهر الاجتماعية المختلفة والإسهام في رصد ظاهرة الإجرام والمنازعات وكيفية معالجتها بالتعاون مع الأجهزة الأخرى ذات العلاقة في الإقليم. ويمكن هنا دراسة حجم ظاهرة الفساد عموماً والفساد ودوره في عرقلة الوصول إلى العدالة وضمن حقوق الإنسان بما يتفق مع الإعلانات والمواثيق الدولية. بالاعتماد على هذه المهام يمكن للوزارة ممارسة الدور الوقائي في مكافحة الفساد والذي سنسلط الضوء عليه في الإمكانيات المتاحة لاحقاً .

2 - الإطار المؤسسي لوزارة العدل: حيث تتكون من عدة أجهزة يمكن الاعتماد

عليها في عملية مكافحة الفساد وهي :

أ- المجلس الاستشاري

ب- هيئة الإشراف العدلي.

ت- الادعاء العام.

ث- مديرية التسجيل العقاري العامة.

ج- المديرية العامة للدوائر العدلية.

ح- مركز البحوث .

ثانياً// الإطار القانوني الخاص بهيئة الإشراف العدلي في وزارة العدل : ونسلط الضوء

هنا على هيئة الإشراف العدلي التي من أبرز مهامها الإشراف والرقابة كما ورد في المواد(13-16) والمواد (20-33) ويتولى كذلك التحقيق في الشكاوى وفقاً للمادة (17) من قانون الإشراف العدلي رقم 124 لسنة 1979 وهو القانون المعتمد في إقليم كردستان حالياً لتنظيم عمل هيئة الإشراف العدلي ، ومن خلالها يمكن الوقوف على الدور الوقائي

وتعزيز الردع لأعمال الفساد في الأجهزة التي يشملها اختصاص هيئة الإشراف العدلي انطلاقاً من الأهداف التي تعمل على تحقيقها والأسس التي يبنى عليها عملها والأجهزة المشمولة بها. كما سنبينه أدناه .

1- الأهداف : ينصب عمل الهيئة كما بينت المادة 1/ على تحقيق :

أ-ضمان قيام المحاكم وأجهزة العدل بواجباتها في تطبيق القوانين واحترام مضامينها لتحقيق العدالة .

ب- الوقوف على مدى مواظبة القضاة وموظفي أجهزة العدل في حسم الأمور المعروضة عليهم من حيث حسن الاداء والسرعة في الإنجاز.

ت- التعرف على ما يعترض المسيرة العدلية من معوقات وما يقع فيه منتسبو أجهزة العدل من أخطاء واقتراح الحلول الكفيلة بعلاجها.

ث- متابعة تنفيذ خطط وزارة العدل لتطوير أجهزتها وأتاحه الفرصة لوقوفها على معوقات العمل وما يصادفه منتسبيها من صعوبات ومشاكل.

ج- تشخيص العناصر الكفوءة ذات الصفات المميزة تمهيدا لإحلالها في المراكز التي تناسبها.

2- أسس العمل : ولأجل تنفيذ الأهداف أعلاه هناك عدد من الأسس لا بد من العمل عليها أشارت إليها المادة 2 ومضمونها:

أ-إرشاد وتوجيه القضاة وموظفي أجهزة العدل لاتباع أفضل الصيغ في اداء واجباتهم.

ب- الرقابة على حسن الاداء وتقييم الجهد المؤدى، والتنبيه إلى الاخطاء والسلبيات التي قد تقع أثناء العمل، واقتراح أسلوب معالجتها وسبل تجنبها.

ت- الوقوف على مدى حرص منتسبي أجهزة العدل في المحافظة على الأموال التي في عهدتهم أو التي تقع تحت إشرافهم.

ث- تقييم كفاءة أجهزة العدل في إنجاز أعمالها، وتقديم المقترحات والتقارير التي تساعد على تطويرها نحو الأفضل.

ج- عقد الندوات الدورية مع منتسبي أجهزة العدل لمناقشة أسلوب العمل وتذليل المعوقات .

3- الأجهزة المشمولة بالإشراف : وبموجب الأحكام أعلاه فإن قانون 1979 قد جعل

من هيئة الإشراف العدلي جهة إشراف ورقابة على جهازين رئيسيين من أجهزة العدل وهما الجهاز القضائي وجهاز الادعاء العام كما نوضح أدناه:

أ- الرقابة والإشراف على المحاكم في الجانبين الإداري والقانوني وفق المواد (23-26). وقد أحيلت هذه السلطة بما فيها تلقي الشكاوى والتحقيق المتعلقة بالجهاز القضائي المبينة في م/17 إلى الإشراف القضائي التابع لمجلس القضاء بموجب قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان المرقم (23) لعام 2007 بالنص في المادة 34 منه على "ثانيا - النظر في تعيين وترقية ونقل وإعادة القضاة والتحقق من سلوكهم وكفاءتهم والإشراف على استقلال القضاء . والفقرة رابعا- تكون النواحي الإدارية والتنظيمية للمحاكم بما فيها شؤون الخدمة لمنتسبيها وانضباطهم حصرا من اختصاص مجلس القضاء"، بحيث اقتصر عمل هيئة الإشراف العدلي حاليا على الرقابة والإشراف على جهاز الادعاء العام ودوائر التنفيذ وكتاب العدول .

ب- الرقابة والإشراف على أعمال الادعاء العام وفق المادة 28، فالمشرف العدلي مخول عند إشرافه على الجانب القانوني من أعمال الادعاء العام بملاحظة مدى قيام المدعين العامين ونوابهم بالواجبات المناطة بهم وفق القانون. والأسلوب الذي يتبعونه في تحريك الدعوى بالحق العام ومدى متابعتهم لها. وكذلك دراسة عدد كاف من مطالعاتهم المقدمة أمام محاكم الجزاء أو التحقيق أو الهيئات القضائية الأخرى للوقوف على ما تضمنته من مناقشات قانونية أو فقهية وآراء جديرة بالتقدير. ومدى متابعتهم القرارات التي يصدرها قضاة التحقيق والجزاء ومراجعتهم طرق الطعن بشأنها ومتابعتها. ومتابعة مدة رقابة رئاسة الادعاء العام على أعمال المدعين العامين ونوابهم. ومدى قيام هيئات ودوائر رئاسة الادعاء العام بالواجبات المناطة بها وفق القانون. وفي تحليل هذه النصوص فسيكون لجهة الإشراف العدلي دورا مهما في متابعة أعمال الفساد والتحقيق فيها ومكافحتها فيما يخص جهاز الادعاء العام الذي لا يقل خطورة عن العمل الذي يتولاه القاضي في منظومة العدل وضمان المساواة أمام القانون والحق في محاكمة عادلة ملتزمين بالمعايير المهنية الخاصة بجهاز الادعاء العام من حيادية ونزاهة واستقلال والعمل وفقا لأحكام القانون دون ان يكون هناك منفعة شخصية أو تحت تأثير انتماء معين يؤثر على تحقيق العدل ويزعزع ثقة الناس بهذا الجهاز الخطير.



ثالثاً// الإمكانيات المتاحة: من خلال هذه الوظائف والأهداف والأجهزة يمكن لوزارة العدل ان تكافح الفساد في جهازين رئيسيين من أجهزة العدالة وهما جهاز القضاء وجهاز النيابة العامة - الادعاء العام - ومن دون المساس بمبدأ الاستقلالية من خلال أنشطة عدة توضح أهمية مكافحة الفساد في العمل القضائي، وتأثيره على سيادة القانون وحقوق الإنسان والأمن القومي والتنمية وثوابت المؤسسات الديمقراطية وأهمية الشفافية والنزاهة ودورها الإيجابي في الحصول على مكاسب في إطار تعزيز سيادة القانون وترسيخ العدالة وحماية الإنسان وحقوقه وعملية التنمية ودعم المجتمع الديمقراطي من خلال لكن مع ضرورة التمييز بين ما يمكن اتخاذه وفقاً للقوانين النافذة والتطبيق العملي بالنسبة إلى الجهاز القضائي مقارنة بجهاز الادعاء :

1- فيما يخص الجهاز القضائي يمكن ان يكون دور الوزارة وقائياً خاصة بعد إصدار قانون السلطة القضائية في إقليم كردستان رقم (23) لعام 2007: ويمكن هنا الاستفادة من نص المادة (2) الفقرة (9-12) والتواصل مع القضاة ومجلس القضاء في الإقليم بعقد الاجتماعات مع القضاة بما فيهم قضاة محكمة التمييز ومتسبو أجهزة العدل الأخرى بما يكفل تحقيق أهداف الوزارة. والتنسيق مع مجلس القضاء والجهات ذات العلاقة بهدف تطبيق القوانين وتحقيق العدالة وأهداف الوزارة. خاصة مع ما يمكن للوزارة الإسهام به في تقييم القوانين النافذة لمعرفة مدى مطابقتها للواقع المتطور ومساها بالحق العام ومصالح المجتمع الكردي. ودراسة الظواهر الاجتماعية المختلفة والإسهام في رصد ظاهرة الإجرام والمنازعات وكيفية معالجتها بالتعاون مع الأجهزة الأخرى ذات العلاقة في الإقليم.

أ- حوارات الطاولة المستديرة.

ب- دورات عن الفساد ونزاهة القضاء وسيادة القانون والعدالة والحقوق الأساسية للإنسان.

ت- عقد مؤتمرات خاصة حول الفساد والعمل القضائي.

ث- فتح قنوات التنسيق مع المجتمع المدني وغيره من المعنيين بمتابعة أعمال الفساد والعمل الإحصائي حول مستوياته .

ج- مراجعة مدونة المعايير المهنية لسلوك القضاة وتعزيزها بالمعايير العالمية خاصة

تلك التي اعتمدها مبادئ بانغلور 2001.

ح- دعم الحاجة إلى إصدار قانون جديد ينظم عمل هيئة الإشراف خاصة بوجود مشروع قانون جديد مطروح حالياً أمام برلمان إقليم كردستان.

2- فيما جهاز الادعاء العام: بمتابعة تطبيق الأحكام الخاصة بالرقابة والإشراف على جهاز الادعاء العام من جانب هيئة الإشراف العدلي فإن تنفيذ مقتضيات المادة (11) من اتفاقية مكافحة الفساد تكون متوفرة مع تمكين الملاحقة القضائية في الحال التي تشكل أفعال جهة الادعاء العام جريمة يحاسب عليها القانون وتدخل ضمن الجرائم المحظورة في هذه الاتفاقية في المواد (15-25). مع ما يكون القانون النافذ في الإقليم قد نص عليها أيضاً بعدها جرائم أو إخلال بالوظيفة العامة.

3- أجهزة أخرى لوزارة العدل: تطوير عمل أجهزة الوزارة في نطاق مكافحة الفساد وتحقيق العدالة بوجود العدد الحالي والمتنوع من الأجهزة واختصاصاتها المختلفة في مجالات ذات صلة بمواضيع رئيسية تهم الافراد والمجتمع. إلى جانب إمكانية استحداث أجهزة أو وحدات أخرى تكون مهمتها متابعة أعمال الفساد ودراستها كظاهرة خطيرة.

رابعاً//التعاون والتنسيق بين الأجهزة والهيئات الوطنية المعنية بالفساد في العمل القضائي ومنها لجنة النزاهة البرلمانية وهيئة النزاهة في إقليم كردستان. خاصة فيما يتعلق باختصاص الوزارة في اقتراح القوانين ومتابعتها ودراسة الظواهر الاجتماعية كظاهرة الفساد والاستفادة من اختصاص لجنة النزاهة البرلمانية في الإقليم بخصوص مكافحة الفساد في أجهزة العدل.

كما يمكن للوزارة ان تسترشد فيما يتعلق بالمقصود من جريمة الفساد والتي يمكن ان تقع أيضاً في الجهاز القضائي وجهاز الادعاء بقانون هيئة النزاهة في الإقليم ذي الرقم (3) لعام 2011 المعدل بالقانون رقم(4) لعام 2014 ، الذي وضع جريمة الفساد: بأنها أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد (233، 234، 271، 272، 275، 276، 290، 293، 296) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969، والجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة، والمتمثلة في الرشوة والاختلاس وتجاوز الموظفين حدود وظائفهم، وجرائم غسيل الأموال وإخفائها (حيازة الأموال الناتجة عن جناية أو جنحة الفساد)، وأي جريمة تشملها أحد الظروف المشددة المنصوص عليها في الفقرات (خامساً وسادساً

وسابعاً) من المادة (135) من قانون العقوبات المعدل بقانون تنظيمي صادر عن مجلس الحكم (المنحل) الملحق بأمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (55) لسنة 2004.<sup>(1)</sup> إلى جانب الدور المشترك والمتبادل من جانب الجهتين لتطوير جهود مكافحة الفساد ونشره وتثقيف المجتمع على أدوات مكافحته وصوره وأهمية مشاركة الإعلام والمجتمع المدني بما يرقى بثقة الفرد بأجهزة الإقليم .

ليس هذا وحسب بل تستطيع الوزارة عمل تقييم للقانون وتعديلاته والتعليمات الصادرة ذات الصلة بعمل هيئة النزاهة وما إذا كان يلبي احتياجات تنفيذ المادة 11 من اتفاقية الأمم المتحدة والأحكام الخاصة بصور الفساد والمعاقبة عليها .



(1) الفقرة سابعاً من المادة 1/ لقانون رقم (7) لسنة 2014 قانون التعديل الأول لقانون الهيئة العامة للنزاهة في إقليم كردستان - العراق رقم (3) لسنة 2011.

## الاستنتاجات والتوصيات

أخذ الفساد حيزاً كبيراً من الاهتمام في الأوساط المختلفة الدولية والوطنية نظراً للأثار السلبية التي تنتج عنه وخطورتها خاصة فيما إذا كان مستشرياً في قطاع تحقيق العدالة وهو أهم وأخطر القطاعات لتمامه المباشر بالإنسان والمجتمع والدولة. ولأجل تحقيق مكافحة ناجعة للفساد فقد افصحنا اتفاقية مكافحة عن الإجراءات الوطنية الفعالة الواجب اتخاذها لتدعيم النزاهة ومنع وقوع أعمال الفساد ويشمل ذلك جهاز القضاء وجهاز النيابة العامة.

وانطلاقاً من عرضنا لمتطلبات تحقيق المنع والقمع من خلال حكم المادة 11/ الواجب تنفيذها في سياق الأحكام العامة الواردة في الاتفاقية بشأن أشكال الفساد والسبل الكفيلة لمواجهته مع ما تتمتع به وزارة العدل لإقليم كردستان - العراق من سلطات وفقاً للقوانين الداخلية النافذة في إقليم كردستان، التي تتيح لها إمكانيات مهمة تتوزع بين الوقائية لتحجيم معدل الفساد في أجهزة العدل بمعاونة الجهات الحكومية الأخرى والإعلام والمجتمع المدني بشكل عام، والإشراف والرقابة خاصة فيما يتعلق بجهاز النيابة العامة - الادعاء العام - وحتى الأجهزة الأخرى. وعليه يمكن لوزارة العدل ان تعتمد على إطارها القانوني والمؤسسي وزيادة ورفع فعاليته وتطويره لمكافحة الفساد في قطاع العدل للوصول إلى معايير تنفيذ المادة 11/ انطلاقاً من مكافحة الفساد على المستوى المؤسسي في مجمل عمل السلطة القضائية والادعاء العام وعلى المستوى الفردي بمتابعة القوانين النافذة وتطويرها في قضية المسائلة القانونية للأشخاص العاملين في كلا الجهازين، وهنا يمكننا طرح عدداً من التوصيات انطلاقاً من الإطار القانوني والمؤسسي لعمل وزارة العدل وتوجيهه نحو تطبيق حكم المادة 11 من الاتفاقية وهي:

1- الاستفادة من سلطتها في متابعة القوانين وتنفيذها لمتابعة الخلل في القوانين النافذة أو قصورها أو التحديات التي تقف عقبة أمام تنفيذها الفعال وبخاصة متابعة القوانين الخاصة بمكافحة الفساد وهل تصل إلى مستوى المعايير الدولية لكي تكون عملية مكافحة الفساد فعالة.

2- مراجعة مدونات السلوك الخاصة بالعمل القضائي وجهاز الادعاء العام كجزء من

وظيفتها الرئيسية في التنسيق مع مجلس القضاء والجهات ذات العلاقة بهدف تطبيق القوانين وتحقيق العدالة وأهداف الوزارة.

3- توجيه الأجهزة في وزارة العدل إلى مسالة مكافحة الفساد خاصة وان عمل بعض من هذه الأجهزة كدوائر التنفيذ والادعاء العام وكتاب العدول يخضع لإشراف ورقابة الوزارة من خلال هيئة الإشراف العدلي .

4- ضرورة توثيق قنوات التنسيق والتعاون فيما بين الوزارة والأجهزة المعنية بالفساد ك لجنة النزاهة وهيئة النزاهة في الإقليم لنشر الوعي لمكافحة الفساد بين المجتمع وأهمية الشكاوى لكشف الفاسدين والمتجاوزين على مبادئ السلوك القضائي اللازم احترامها من جانب القضاء والمعايير المهنية لعمل الادعاء العام.

5- إقامة دورات تدريبية للقضاة والمدعين العامين حول المعايير المعتمدة دولياً للسلوك القضائي والمهنية في عمل الادعاء العام ومتطلبات تحقيقها.

6- ضرورة وضع صياغة قانونية جديدة لعمل هيئة الإشراف العدلي خاصة مع سحب يده عن أعمال القضاء قانونياً وإدارياً وحصرها في يد السلطة القضائية ومجلس القضاء بعد صدور قانون السلطة القضائية لعام 2011، وقصر وظيفته على جهاز الادعاء العام ودوائر التنفيذ وكتاب العدول بحسب القانون الحالي وهو قانون لا يواكب التطورات الحالية بالنظر إلى صدور قوانين جديدة وأجهزة مستقلة تتابع أيضاً الجرائم التي ترتكب من قبل العاملين في السلطة القضائية والتي قد تدخل ضمن توصيف جرائم فساد كقانون هيئة النزاهة المعدل لعام 2014.

7- إعداد دراسات لرصد ظاهرة الفساد في المجتمع ومعدلاته والمجالات المستشري فيها واشكاله لما لها من أهمية في إطار تقديم المقترحات لمعالجتها ومواجهتها قانونياً .

## المصادر

- 1- شارل.د.عدوان ، مصطلحات الفساد في اللغة العربية، برنامج إدارة الحكم ، الشرق الأوسط وشمال افريقيا ،اخبار وأفكار، المجلد 1، العدد 2، كانون الأول 2008 .
- 2- قانون مصادقة العراق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المرقم (35) بتاريخ 2007/8/12. المصدر الوقائع العراقية رقم العدد:4047 .
- 3- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.
- 4- التقرير النهائي للجنة الاستشارية لمجلس حقوق الإنسان :آثار الفساد السلبية على التمتع بحقوق الإنسان، 2004.
- 5- دليل التنفيذ وإطار التقييم بشأن المادة (11) إعداد مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، 2016. ينظر كذلك الدليل المرجعي بشأن تدعيم نزاهة القضاء وقدرته، إعداد مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة ،نيويورك، 2013.
- 6- مبادئ بانغلور للسلوك القضائي لعام 2001 .
- 7- مبادئ الرابطة الدولية للمدعين العامين عام 1999.
- 8- قانون هيئة الإشراف العدلي رقم (124) لعام 1979.
- 9- قانون وزارة العدل، رقم (13) لعام 2007.
- 10- قانون السلطة القضائية رقم (23) لعام 2007.
- 11- تقرير المقررة الخاصة المعنية باستقلال القضاة والمحامين، غابرييلا كنول، مجلس حقوق الإنسان، الدورة السادسة والعشرون، 2014، ص11. رقم الوثيقة (A/HRC/26/32)
- 12- القانون رقم (7) لسنة 2014 قانون التعديل الأول لقانون الهيئة العامة للنزاهة في إقليم كردستان - العراق رقم (3) لسنة 2011.

## الملخص

يشكل الفساد عاملاً هداماً لمبدأ سيادة القانون وتحقيق العدالة ويقود إلى التعرض لحقوق الإنسان وإضعافها وعرقلة لمسار التنمية في الدول والمجتمعات التي يستشري فيها، لا يستثنى أو يخلو أي قطاع من قطاعات العمل منها فالفساد ممكن تلمسه في العمل القضائي والمؤسسة القضائية وهو من القطاعات الخطيرة التي لها تماس مباشر بالقيم الثلاث سيادة القانون وتحقيق العدالة وحماية حقوق الإنسان، وقد تم تضمينه في المادة 11 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2002 تحت عنوان "التدابير المتعلقة بالجهاز القضائي وأجهزة النيابة العامة"، والتي صادق عليها العراق بالتشريع رقم 23 بتاريخ 3002/8/13، مما يجعل العراق بكافة محافظات والإقليم مشمولاً باحترام أحكام الاتفاقية وتنفيذها في مجال مكافحة الفساد. والربط بين مكافحة الفساد في الجهاز القضائي وبين عمل وزارة العدل في إقليم كردستان العراق يأخذ مساره في السلطة التي تتمتع بها وزارة العدل والأهداف التي تسعى إلى تحقيقها في ضمان سيادة القانون وحقوق الإنسان وتحقيق العدالة، انطلاقاً من القوانين الخاصة بعمل الوزارة ووحداتها التي تتكون منها خاصة وحدة الإشراف العدلي التي تمتلك اختصاصاً مهماً في الدور الرقابي والإشراف في جانبه القانوني والذي يشمل أجهزة القضاء والقضاة، وهو ما ارتكزت على تحليله الورقة في جانب الإمكانيات التي تمتلكها وزارة العدل لمكافحة الفساد في العمل القضائي، من بين مجموعة أخرى من المؤسسات الخاصة التي تقوم بهذا العمل انطلاقاً من قوانين خاصة قد تتعارض أو تعرقل عمل الوزارة في الحال الذي لا يكون فيه هناك تنسيق أو نسق تشريعي معين يعالج هذه المشكلة خاصة وإن قانون وحدة الإشراف العدلي عليه ملاحظات نظراً للفترة الزمنية التي صدر فيها ومع قيام مجلس القضاء وتداخل بعض الاختصاصات التي تتطلب إعادة النظر في الوضع القائم.

### پوخته

گه‌نده‌لی پیکه‌پنه‌ری هۆکاریکی رووخینه‌ره بۆ بنه‌مای سه‌روهری یاسا و جیه‌جیکردنی دادگه‌ری و سه‌ر ده‌کیشیت بۆ وه‌ستان له‌ رووی مافه‌کانی مرۆف و لاوازکردنیان و به‌ربه‌ست خستنه‌ به‌رده‌م رێچکه‌ی گه‌شه‌پیدانی ده‌ولت و و کۆمه‌لگه‌کان که‌ تییاندا بلاوه‌، هه‌یچ که‌رتیک له‌ که‌رته‌کانی کار به‌ده‌رنی یه‌ لێ، ده‌کریت گه‌نده‌لی ته‌نانه‌ت به‌ر کاری دادی و دامه‌زراوه‌ی دادوه‌ریش بکه‌ویت که‌ ئه‌وه له‌ که‌رته مه‌ترسیداره‌کانه به‌ جوړیک به‌رکه‌وتنی راسته‌وخۆی به‌ هه‌ر سێ به‌های سه‌روهری یاسا و به‌دیه‌پانی دادپه‌روه‌ری و پاراستنی مافه‌کانی مرۆف هه‌یه‌، ئه‌وش ده‌ستبه‌ر کراوه و پارێزراوه به‌ پێی ماده‌ی (11) له‌ به‌لیننامه‌ی نه‌ته‌وه‌یه‌که‌گرتومه‌کان بۆ قه‌لاچۆکردنی گه‌نده‌لی بۆ سالی 2003 له‌ژێر ناوێشانی "رێکاره‌کانی په‌یوه‌ست به‌ ده‌زگای دادی وه‌ ده‌زگاکانی نوێنه‌رایه‌تی گشتی"، که‌ عێراق قبو‌لی کردوه‌ و په‌شته‌راستی کردۆته‌وه‌ به‌ یاسای ژماره‌ 35 له‌ به‌رواری 2007/8/12، به‌ جوړیک عێراق به‌ ته‌واوی پارێزگاکانی و هه‌ریمیش له‌ چوارچۆیه‌ی ریزگرتندان له‌ بریاره‌کانی ئه‌م به‌لیننامه‌یه‌و ده‌بیت جیه‌جیی بکه‌ن له‌ بواری قه‌لاچۆکردنی گه‌نده‌لی دا.

په‌یوه‌ندی نیوان قه‌لاچۆکردنی گه‌نده‌لی له‌ ده‌زگای دادی و نیوان کاری وه‌زاره‌تی داد له‌ هه‌ریمی کوردستانی عێراق رێچکه‌ی گرتوه‌ له‌ ده‌سه‌لاته‌ی که‌ وه‌زاره‌تی داد هه‌یه‌تی و هه‌روه‌ها ئه‌و ئامانجانه‌ی که‌ هه‌ولده‌دات به‌دیان به‌نییت له‌ ده‌سته‌به‌رکردنی سه‌روه‌ری یاسا و مافه‌کانی مرۆف و به‌دیه‌پانی دادپه‌روه‌ری، له‌ سۆنگه‌ی یاساکانی تاییه‌ت به‌کاری وه‌زاره‌ت و یه‌که‌کانی که‌ لێی پیکدیت و به‌ تاییه‌ت سه‌رپه‌رشتیاری دادی که‌ خاوه‌نی تاییه‌تمه‌ندیه‌کی گرنه‌گه‌ له‌ چاودێری و سه‌رپه‌رشتی له‌ لایه‌نی یاسایی یه‌وه‌ که‌ ده‌زگاکانی دادگه‌ و دادوه‌ره‌کان له‌خۆده‌گریت، ئه‌وش ئه‌و لایه‌نه‌یه‌ که‌ ئه‌م په‌رهبه‌ سه‌رنج ده‌خاته سه‌ر شیکردنه‌وه‌ی له‌ لایه‌نی ئه‌و توانایانه‌ی که‌ وه‌زاره‌تی داد هه‌یه‌تی بۆ قه‌لاچۆکردنی گه‌نده‌لی له‌ کاری دادی، له‌ نیوان کۆمه‌لگه‌ی دیکه‌ له‌ دامه‌زراوه‌ی تاییه‌ت که‌ هه‌له‌دستن به‌م کاره‌ له‌ ژێر رۆشنایی یاسای تاییه‌ت به‌ خۆیان دژیه‌ک ده‌بیت و به‌ربه‌ست ده‌خاته به‌رده‌م کاری وه‌زاره‌ت له‌ کتیکدا که‌ هه‌یچ رێکخستنیکی یاخود گونجاندنیکی یاسایی دیاریکراو نه‌بیت که‌ چاره‌سه‌ری ئه‌و کیشه‌یه‌ بکات، به‌تاییه‌ت که‌ یاسای یه‌که‌بونی سه‌رپه‌رشتیاری دادی سه‌رنجی له‌سه‌ره‌، به‌ له‌به‌ر چاوه‌گرتنی ئه‌و ماوه‌ی که‌ یاساکه‌ی تیدا ده‌رچوه‌ له‌گه‌ڵ بوونی ئه‌نجومه‌نی دادوه‌ری و پیکداچوونی هه‌ندیک تاییه‌تمه‌ندی که‌ ده‌خوازن چاوه‌پیداخشانده‌وه‌ به‌و دۆخه‌ی که‌ هه‌یه‌ بکریت.



### Abstract

Corruption is a form of destructive factor for the law sovereignty principle and the achievement of justice which leads to exposure and weakness of human rights and obstruction of the development path in the countries and societies where corruption is rampant there. There is no sector of work is excluded or devoid of them.

Corruption can be felt in the judicial work and the judicial institution, and it is one of the dangerous sectors that have direct contact with the three values of the sovereignty of law, the achievement of justice and the protection of human rights, and it was included in Article 11 of the United Nations Convention against Corruption in 2003 under the title "Measures related to the judiciary and public prosecution agencies", Iraq is ratified by Legislation No. 35 on 12/8/2007, which makes Iraq in all its governorates and KRG are covered by respecting and implementing the provisions of the Convention in the field of anti- corruption, and the link between corruption and the link between justice and justice and the situation in the region of justice and the economic situation, of which justice and unity consist of judicial supervision, which has an important competence in the supervisory role and supervision in its legal aspect, which includes the judiciary and the and judges, which are based on its analysis in the paper in the aspect of the capabilities that the Ministry of Justice possesses to fight corruption in judicial work, among other group of private institutions that carry out this work, there are special laws that may impede the work of the ministry in the case when there is no specific legislative coordination or coordination that addresses this problem, especially since the law of the Judicial Oversight Unit contains observations due to the time period in which it was issued and with the establishment of the Judicial Council and the overlap of some competencies which required to do review in the current situation.



## النظام القانوني لوزارة العدل السويدية دراسة مقارنة

م. دلين سردار زهدي النوري

ماجستير قانون / أستاذة جامعية / مستشارة قانونية

أ. خالد مظفر حمزة

مدير فرع منظمة الصداقة الدولية السويدية في إقليم كردستان العراق

سيستهمي ياسايي وهزارهتي دادى سويد، خواندنكا  
بهر اورد

دلين سردار زهدي النوري

ماستر ل بوارى ياسا/ راويكارا ياسايي - ماموستا زانكويي

خالد مظفر حمزة

بهر يو بهرى لقي ريكر او ي دؤستايهتي نيودهولتهتي سويد / ههر يمي  
كوردستاني عيراق

**Legal system of Swadesh Ministry of Justice  
Comparative study**

**Dileen Sardar Zuhdi Nouri**  
/ Legal Advisor- academic staff

**Mr.Khalid Munther Hamza**

Director of the Swedish Friendship Organization branch in the Kurdistan  
Region of Iraq



## النظام القانوني لوزارة العدل السويدية دراسة مقارنة

المستشارة القانونية : دلين سردار زهدي النوري

وخالد مظفر حمزة

مدير فرع منظمة الصداقة الدولية السويدية في إقليم كردستان العراق

### الكلمات المفتاحية:

وزارة العدل، سيادة القانون، نظام الحكم، العدالة، النظام القضائي، القضاة، المحاكم.

### كليه ووشه:

وهزارهتي داد، سهروهري ياسا، سيستمي حوكمراني، دادپهروهريتي،  
سيستمي دادوهريتي، دادوهركان، دادگاكان.

**key words:** Ministry of Justice, rule of law, balance between powers, independence of the judiciary, system of government, democracy.

### المقدمة

تبنى معظم دول العالم اليوم النظام الديمقراطي كأساس للدولة والحكومة وحياء الفرد، وتسعى بكافة الوسائل لترسيخ النهج الديمقراطي من خلال حماية الحقوق الأساسية والحريات العامة وتحقيق العدالة وإرساء قواعد القانون، وهذا مما يعكس قدرة مؤسسات الدولة من بناء دولة أساسها العدل والقانون، كل حسب نظام الحكم في الدولة ومدى احترام حقوق الإنسان على أساس نظام مؤسساتي.

ونظراً إلى جدية هذا الاهتمام تقوم الدولة الديمقراطية في أحد أهم جوانبها على مبدأ التوازن والفصل بين السلطات، ويتعلق أعمال هذا المبدأ بضرورة احترام القانون. وتحقيقاً لما تقدم تظهر أهمية دور وزارة العدل، كونها وسيلة لتحقيق مبدأ سيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات الأساسية، وتدعيم الثقة لدى الفرد في شرعية الدولة.

### أهمية البحث:

ترجع أهمية هذا البحث إلى مجموعة من البنود أهمها:

- 1- تعريف المجتمع بوزارة العدل؛ لأنه من الواضح غياب المعرفة الحقيقية للأفراد إلا من نخبة من المثقفين بما لهو من دور في أداء مهامها في تطبيق القانون.
- 2- بيان مكانة توكير أعضاء السلطة القضائية (القضاة) في مملكة السويد وكذا في إقليم كردستان باعتبار ان القضاء مستقل في إقليم كردستان، حيث إنهم لا يخضعون إلى سلطات أي جهة أخرى، وإن عملهم يتبغى إقرار الحق والعدل.
- 3- توكير سمو الدستور، وخاصة مبدأ استقلال السلطة القضائية وعدم الإخلال بها، وعدم التدخل في شؤونها عن طريق العوامل الخارجية، التي تؤدي إلى إهدار الدستور وقيمته.
- 4- إعطاء الثقة بشرعية النظام السياسي وإبعاد نظام الحكم عن شبهات الاستبداد والظلم، وتحقيق مبدأ المساواة للأفراد فيما يتعلق بحقوقهم.

#### منهج البحث:

منهج البحث المتبع في هذه الدراسة هو المنهج المقارن، حيث يتم طرح جوانب البحث ضمن إطار النظام القانوني السائد في كل من وزارة العدل السويدية مع مقارنة بوزارة العدل في إقليم كردستان العراق.

وسنحاول بتناول الموضوع في ضوء تلك الملامح المرتبطة بوزارة العدل في كل من النظامين القانونيين السويدي وإقليم كردستان، وبشكل موسع يتماشى مع عنوان الدراسة، حيث يلقي الضوء من خلال دراسته للموضوع على المزايا والسمات التي تمتاز بها وزارة العدل من هيبة.

#### أهداف البحث:

تصبو غاية هذا البحث إلى تحقيق عدد من الأهداف:

- 1- بيان مفهوم وزارة العدل وهيكلية الوزارة في النظام السويدي وإقليم كردستان ودوره في تحقيق مبادئ العدالة والديمقراطية.
- 2- تحديد أهم العوامل المؤثرة في استقلال السلطة القضائية ومعالجتها.
- 3- الأمل في أن تكون هذه المحاولة المتواضعة لبنة جديدة تضاف إلى صرح الدولة القانونية على مستوى علمي في وزارة العدل، وخاصة في إقليم كردستان العراق.

#### 4- مواكبة النظام القضائي مع التطور الرقمي الحاصل في العالم إشكالية البحث:

تتجلى مشكلة البحث من ناحية في عدم وجود قضاء إداري مستقل عن السلطة التنفيذية في العراق، وفي إقليم كردستان، من ناحية أخرى في عدم وجود محكمة دستورية مستقلة في إقليم كردستان العراق والتي أشير إليها بمشروع دستور إقليم كردستان؛ حتى يرتكن إليها كمرجع أساسي في رقابة القوانين كافة الصادرة من برلمان إقليم كردستان-العراق.

وتتضخم إشكالية البحث في محاولة الإجابة عن عدة تساؤلات، مدارها؛ هل القضاء مستقل في كلا البلدين السويد وإقليم كردستان؟ وما الوسائل التي تؤدي إلى انتقاص هيمنة السلطة التنفيذية على السلطة القضائية؟ وما ضمانات استقلال القضاء؟ وما الآثار المترتبة على استقلال السلطة القضائية؟

#### نطاق البحث:

يشمل نطاق البحث التعرف على النطاق القانوني لوزارة العدل السويدية بشكل عام وطبيعة النظام القانوني فيها بشكل خاص وما هي آلية عملها من أجل صيانة حقوق الإنسان وتحقيق أقصى درجات العدل مع بيان تقسيمات المحاكم وعمل القضاة في ظل نظام الحكم السويدي، بالإضافة إلى تسليط الضوء على طبيعة نظام عمل وزارة العدل في إقليم كردستان وكذلك طبيعة النظام القضائي باعتبار ان القضاء مستقل في الإقليم:

#### منهجية البحث:

اعتمدنا في كتابة بحثنا هذا على المنهج المقارن الوصفي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع النظام القضائي وآلية عمل وزارة العدل في النظام السويدي بشكل خاص، مع مقارنتها في إقليم كردستان العراق.

#### هيكلية البحث:

سنحاول في هذا البحث التركيز على بيان دور وزارة العدل في تحقيق سيادة القانون، وذلك في مبحثين، نتناول في المبحث الأول الطبيعة القانونية لوزارة العدل، وذلك في

مطلبين الأول يتضمن الطبيعة القانونية لوزارة العدل السويدية والثاني يتضمن الطبيعة القانونية لوزارة العدل في إقليم كردستان، أما المبحث الثاني فستتناول عن آليات عمل القضاة في ظل النظام القضائي وذلك من خلال مطلبين، الأول يتضمن آليات عمل القضاة في ظل النظام القضائي السويدي، والثاني يتضمن آليات عمل القضاة في ظل النظام القضائي في إقليم كردستان.

### تمهيد

تعتبر وزارة العدل السويدية من أهم ركائز المملكة السويدية، فهي متطورة جداً، تواكب الأحداث والتطورات، وتتابع أدق جزئياته، ولهذا فوزارة العدل السويدية من أكثر وزارات العالم تطوراً وليونة في طرح وتقنين وقبول كل الأفكار، لعرضها ومناقشتها والنظر في إمكانية صياغتها في إطار قانوني تحميه الدولة. فهي مسؤولة عن التشريعات المتعلقة بالدستور والقانون الإداري العام والقانون المدني وقانون الإجراءات والقانون الجنائي. تتعامل الوزارة أيضاً مع المسائل المتعلقة بسياسة الهجرة واللجوء. وكذلك على الصعيد الدولي، تشارك الوزارة في الجهود المبذولة لإرساء أسس التعاون الدولي ضد الجريمة العابرة للحدود.

وفي العراق تعتبر وزارة العدل العراقية والدوائر التابعة لها من التشكيلات السيادية وقد تأسست في وقت مبكر من عمر الدولة العراقية في عام 1921، ومن أهم واجبات الدولة هو إقامة العدالة بين الناس وأن يأخذ كل مواطن حقه بالطريقة القانونية وذلك حتى يطمئن الناس على أموالهم وعلى سلامتهم وحياتهم.

يعد النظام القضائي هو الحجر الأساسي في إرساء سيادة القانون والأمن القانوني في السويد فهو يتألف من الشرطة والمدعي العام والمحكمة والمعاملة الإصلاحية. ويشمل ذلك منع الأنشطة الإجرامية ومكافحتها، والتحقيق في الجريمة، وإنفاذ الأحكام، وتقديم الدعم لضحايا الجريمة وعليه نحاول في هذا البحث بيان طبيعة النظام القضائي السويدي مع مقارنة في النظام القضائي في العراق وإقليم كردستان.



## المبحث الأول

### الطبيعة القانونية للوزارة العدل في السويد وإقليم كوردستان

تهدف وزارة العدل إلى تنظيم وتطوير هيئات القضاء والأجهزة المعاونة لها، كما تهدف إلى تعزيز دور القضاء بما يكفل أداء رسالته في إقامة العدل بين الناس وحماية حقوقهم، وتوفير كل الخدمات والتجهيزات الفنية والمالية والإدارية لجميع أجهزة القضاء ومراقبة سير العمل فيها بما يحقق سلامة تطبيق القوانين وإرساء العدل بين الناس، وتمارس الوزارة نشاطها وتضع الخطط والبرامج اللازمة لإنجاز المهام المناطة بها استناداً إلى الدستور والقوانين النافذة وخطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية وبرامج الإصلاح القضائي.

### الفرع الأول/ الطبيعة القانونية للوزارة العدل في السويد

يعد نظام الحكم السويدي من الأنظمة التي تراعي التخصص بكل تشعباته المجتمعية العصرية ووزارة العدل السويدية (Swedish Ministry of Justice) هي الوزارة على مستوى وزاري من حكومة السويد التي تتعامل مع المسائل المتعلقة بمقايض نظام العدالة، مثل التشريعات المتعلقة بالدستور، فضلاً عن إنفاذ القانون وإجراءات مكافحة الإرهاب، وكذلك سلطات الادعاء، ودائرة السجون والمراقبة والمجلس الوطني لمنع الجريمة مسؤولة أمام وزارة العدل. بالإضافة إلى التعامل مع التشريعات المتعلقة بالدستور، فإن الوزارة مسؤولة عن التشريعات والإجراءات المتعلقة بالقانون الإداري والقانون المدني وقانون الإجراءات والقانون الجنائي. تتعامل الوزارة أيضاً مع المسائل المتعلقة بسياسة الهجرة واللجوء. على الصعيد الدولي، تشارك وزارة العدل في جهود التعاون مع الدول الأخرى من أجل مكافحة الجريمة العابرة للحدود. وهي تقع في مستشارية الحكومة في ستوكهولم.

### أولاً/ القانون السويدي

السويد لديها نظام القانون الجنائي والقانون المدني نظام للقوانين التي تم إنشاؤها من قبل برلمان السويد. ومع ذلك، السويد لديها أيضاً نظام واسع من القانون الإداري. يخضع القانون الداخلي السويدي بموجب القانون الاتحاد الأوروبي والقانون الدولي والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.<sup>(1)</sup>

(1) <http://domstol.se/>.

### ثانياً/ الإدارة في وزارة العدل السويدية

وزارة العدل في حكومة السويد يرأسها وزير العدل. وهي تهتم في المقام الأول بالتشريعات المتعلقة بالسلطة القضائية. تقع مسؤولية الإدارة اليومية الفعلية للمحاكم على عاتق إدارة المحاكم الوطنية Domstolsverket.

لا يزال القانون الوطني للعام 1734 سارياً، رغم عدم بقاء أي شيء من نصه الأصلي تقريباً. ففي فترات العصر الحديث، نمت كمية ضخمة من التشريعات خارج القانون الوطني.

### ثالثاً/ النظام القضائي في السويد

يتكون النظام القضائي في السويد من القانون السويدي وعدد من الوكالات الحكومية المكلفة بالحفاظ على الأمن وسيادة القانون داخل البلاد. وتشمل أنشطة هذه الوكالات الشرطة وإنفاذ القانون، النيابة العامة، المحاكم، والسجون وغيرها من الخدمات الإصلاحية في قصر بوند في ستوكهولم، والإسكان في المحكمة العليا.

يتميز القضاء السويدي بالسمة الإنسانية العالية والاحترام الكبير الذي يلاقيه كل الأطراف من معاملة يتساوى فيها القاضي مع المتهم، من هنا تُقسم المحاكم إلى فروع دقيقة في الاختصاص، ويُراعى دائماً طلب الخبرة من المختصين لدى الحاجة إليها. والقانون السويدي يتيح لكافة الأطراف حق الدفاع عن طريق طلب المحامين والمترجمين، ففي كل محكمة يتواجد القضاة والمحلفين والمدونين، ويضاف إلى جلسات المحاكم تسجيل جلساتها بالكامل. ويساهم العنصر النسائي بقسم كبير من نشاط المحاكم والقضاة. ومن أهم ميزات المحاكم السويدية.. النزاهة الكاملة.. وبعد دخول السويد الاتحاد الأوروبي صارت السويد ملزمة بحق استئناف قرارات المحاكم العليا لدى المحكمة العليا الأوروبية.

يمثل مبدأ المساواة أمام القانون وحق الفرد في أن تنظر في قضيته محاكم مستقلة ونزيهة وقائمة بذاتها شرطين أساسيين لحسن سير الديمقراطية. ويحمي صك الحكم استقلال القضاء في السويد.

ولا يجوز للبرلمان أو للحكومة أو لأي سلطة عامة أخرى أن تحدد كيفية فصل محكمة في قضية معينة أو كيفية تطبيق محكمة مبدأ سيادة القانون في قضية ما. ولا يجوز عزل القضاة إلا إذا ما أثبتوا أنهم غير مؤهلين بوضوح لتقلد مناصبهم، بسبب ارتكاب عمل

إجرامي أو إهمال فادح أو متكرر لمهامهم الرسمية، أو إذا ما أُجبروا قانوناً على التقاعد. وتؤدي المحاكم دوراً رئيسياً في حماية حقوق الأفراد في السويد. وقد اعتمدت سبل الانتصاف المتاحة في إطار نظام القضاء السويدي وسيلةً لحماية حقوق الإنسان. ويتألف النظام القضائي من محاكم عامة ومحاكم إدارية. والمحاكم المعنية بالشؤون العامة هي محاكم المقاطعات ومحاكم الاستئناف والمحكمة العليا. وتوجد محاكم إدارية إقليمية ومحاكم استئناف إدارية ومحكمة إدارية عليا مختصة في الشؤون الإدارية. وأنشئ عدد من المحاكم والهيئات القضائية للنظر في فئات محددة من القضايا.

وينص صك الحكم على أنه لا يجوز تسوية منازعة قانونية بين جهات خاصة من قبل سلطة أخرى عدا المحاكم إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك. ويكفل صك الحكم في جميع الظروف إمكانية أن تنظر المحكمة بلا تأخير في قرار الحرمان من الحرية. وبخصوص تنظيم الجهاز القضائي، يشير صك الحكم إلى المحكمة العليا والمحكمة الإدارية العليا ويضيف أن إنشاء أي محكمة أخرى يكون بموجب القانون. وتبين في نص قانوني الأحكام المتعلقة بوظائف المحاكم في مجال إقامة العدل والخصائص الرئيسية لتنظيم المحاكم والإجراءات القانونية.

وتقسم المحاكم السويدية إلى ثلاثة أنواع:

محاكم عادية للخصومات الخاصة..

محاكمات إدارية تتعلق بالخصومات بين المواطنين وبين دوائر الدولة ومؤسساتها..

ومحاكم خاصة جدا.

تقع المسؤولية الرئيسية لتطبيق وإنفاذ القانون على عاتق المحاكم والسلطات الإدارية. لدى السويد ثلاثة مستويات من التسلسل الهرمي للمحاكم وهي محاكم المقاطعات ومحاكم الاستئناف والمحكمة العليا، ولمحاكم المقاطعات الدور المهيمن، يمكن طلب الإذن بالاستئناف للمراجعة على المستويين الثاني والثالث. كما ان هناك هيئة محلفين من المواطنين الذين يشاركون في الجلسة الرئيسية وخاصة فيما يتعلق بالقضايا الجنائية الخطيرة والقضايا الأسرية.<sup>(1)</sup>

(1) <http://domstol.se/>

## 1- المحاكم العامة

تتعامل المحاكم العامة مع القضايا الجنائية، مثل الفعل المحدد في قانون العقوبات السويدي أو في قانون آخر، والذي ينص على عقوبة مثل السرقة أو السطو. تتعامل المحاكم العامة أيضاً مع بعض نزاعات القانون المدني، على سبيل المثال، النزاعات حول محتويات اتفاقية عمل أو قضايا تتعلق بقانون الأسرة، وعدد من المسائل الأخرى غير الخلافية؛ مثل تبني وتعيين الأوصياء القانونيين. الإجراءات عامة مفتوحة للجمهور، ولكن يمكن تقييد الوصول إليها على سبيل المثال في القضايا المتعلقة بالجرائم الجنسية.

### محاكم المقاطعات

#### • محكمة المقاطعة في Tureberg

توجد 48 محكمة محلية سويدية: tingsrätt محاكم المقاطعات هي المحكمة الابتدائية للمحاكم العامة. في عام 1971، أصبحت tingsrätt محكمة المقاطعة في جميع أنحاء السويد، لتحل محل التمييز السابق بين rådhusrätt في المدن الكبرى و häradsrätt لأجزاء أخرى من البلاد.

#### • محاكم الاستئناف

توجد ست محاكم استئناف سويدية hovrätt، محاكم الاستئناف هي الدرجة الثانية في القضايا المتعلقة بالقضايا الجنائية والقضايا الخلافية وغيرها من القضايا القضائية التي سبق أن نظرت فيها محكمة محلية. ومحكمة الاستئناف قد تتطلب في بعض الظروف إجازة لنداء، وهذا يعني أنها ستمضي قدما فقط مع حالة إذا كان هناك سبب للاعتقاد بأنهم سيصلون في مختلف الاستنتاج إلى أن محكمة المقاطعة.<sup>(1)</sup>

### المحكمة العليا

المحكمة العليا السويدية: Högsta domstolen هي إحدى المحاكم العامة.

#### • المحاكم الإدارية العامة

تتعامل المحاكم الإدارية العامة مع أنواع عديدة من القضايا المتعلقة بالنزاعات بين الأفراد والسلطات. تم إحالة أكثر من 500 نوع مختلف من القضايا إلى المحاكم الإدارية

(1) [https://stringfixer.com/ar/Judiciary\\_of\\_Sweden](https://stringfixer.com/ar/Judiciary_of_Sweden)

العامة، مثل الاستئناف ضد القرارات الصادرة عن مصلحة الضرائب السويدية أو وكالة التأمين الاجتماعي السويدية.

#### • المحاكم الإدارية

هناك 12 محكمة إدارية سويدية: förvaltningsrätt. هم المحكمة الابتدائية للمحاكم الإدارية العامة.

#### • محاكم الاستئناف الإدارية

#### • محكمة الاستئناف الإدارية في ستوكهولم

توجد أربع محاكم استئناف إدارية سويدية: kammarrätt يتعاملون في الغالب مع القضايا والمسائل القضائية الأخرى التي تم التعامل معها بالفعل من قبل المحاكم الإدارية الأدنى، ولكنهم يعملون أيضاً كمحكمة ابتدائية في القضايا المتعلقة بمبدأ وصول الجمهور إلى السجلات الرسمية.

#### المحكمة الإدارية العليا

• و المحكمة الإدارية العليا السويدية: Högsta förvaltningsdomstolen هي إحدى المحاكم الإدارية العامة.

#### • محاكم خاصة

هناك أيضاً عدد من المحاكم الخاصة، والتي ستستمع إلى مجموعة أضيق من القضايا، على النحو المنصوص عليه في التشريع. هذه المحاكم الخاصة لها ولاية قضائية ضيقة كما تحددها قوانين خاصة. على سبيل المثال، قانون الأراضي والمحاكم البيئية، قانون التخطيط والبناء أو قانون الأجانب أو قانون الأجانب. بعض يتم تشغيل هذه المحاكم كأقسام داخل محاكم المحاكم الإدارية العامة أو العامة. عادة ما تحدد المحاكم الخاصة القضايا التي تصل إلى أدنى مستوى في نظام المحاكم أو على مستوى الاستئناف الأول لنظام المحاكم.

• محاكم الأرض والبيئة mark- och miljödomstolar: خمس محاكم مقاطعات

ومحكمة استئناف واحدة، Svea hovrätt

• محاكم الهجرة migrationsdomstolar: ثلاث محاكم إدارية للمقاطعات ومحكمة

استئناف إدارية واحدة، في ستوكهولم.

• المحاكم البحرية: سبع محاكم جزئية

• محكمة العمل Arbetsdomstolen

• محكمة السوق Marknadsdomstolen

• محكمة الاستئناف بشأن البراءات Patentbesvärätten

• محكمة استخبارات الدفاع

يتشابه عدد من السلطات أيضاً مع المحاكم الخاصة في طريقة عملها:

• محاكم الإيجارات الإقليمية hyresnämnder، والتي يوجد منها ثمانية، داخل محاكم

المقاطعات.

• محاكم الإيجارات الإقليمية arrendenämnder، والتي توجد ثمانية منها، في نفس

مواقع محاكم الإيجارات الإقليمية.

• محكمة إصابات المرور Trafikskadenämnden في ستوكهولم.

### الفرع الثاني/ الطبيعة القانونية لوزارة العدل في إقليم كوردستان

مما لا شك ان إقامة العدل يبعث الطمأنينة والثبات في النفوس ويسهم مساهمة فاعلة

عبر ترسيخ أسس الدولة الديمقراطية وحقوق الإنسان فلقد كانت الوزارة تتولى النشاطين

القضائي والعدلي، الا انه بعد انتفاضة (آذار/1991) وبعد إعداد مشروع الدستور الخاص

بإقليم كوردستان، اهتم المشرع باستقلال السلطة القضائية من حيث الإدارة والتشكيل،

حيث نص على أن تشكيل مجلس القضاء يتكون من رئيس المحكمة الدستورية وأحد

نوابه ورئيس محكمة التمييز وأحد نوابه ورئيس هيئة الإشراف العدلي ورئيس الادعاء العام

ورؤساء محاكم المناطق الاستئنافية في الإقليم، وأهم أعماله يتولى مجلس القضاء إدارة

شئون القضاء والإشراف على الهيئات القضائية وضمان استقلاليتها وفقاً للقانون<sup>(1)</sup>.

وتقدم وزارة العدل مجموعة من الخدمات المتباينة عبر دوائرها المختلفة التي هي:

دائرة التسجيل العقاري، دائرة رعاية القاصرين، دائرة الكتاب العدول، دائرة الإصلاح

(1) المادة 131 من مشروع الدستور لإقليم كوردستان - العراق.

العراقية، دائرة التنفيذ، ومجموعة من الدوائر الأساسية الأخرى التي تنظم الأعمال وتشرف على غيرها وتقدم الدعم والإسناد.

### الإدارة في وزارة العدل في إقليم كردستان (الهيكل التنظيمي)

فيما يلي الهيكل التنظيمي لوزارة العدل في إقليم كردستان:

أولاً: الوزير: هو الرئيس الأعلى للوزارة والمسؤول عن أعمالها وتوجيه سياساتها والإشراف والرقابة عليها وتصدر عنه وتنفذ بإشرافه جميع القرارات والأوامر والتعليمات في كل ما له علاقة بمهام الوزارة وتشكيلاتها وصلحياتها وسائر شؤونها القانونية والفنية والمالية والإدارية والتنظيمية وفق أحكام القانون ويكون مسؤولاً أمام مجلس الوزراء باعتباره عضواً متضامناً فيه وله تخويل بعض من صلاحياته إلى وكيل الوزارة أو المدراء العامين أو من يراه مناسباً في الوزارة.

ثانياً: وكيل الوزارة: يساعد الوزير في توجيه الوزارة والإشراف على شؤونها القانونية والفنية والمالية والإدارية والتنظيمية ضمن الصلاحيات التي توكل إليه من قبل الوزير على ان يكون حاصلًا على شهادة جامعية أولية في القانون ومن ذوي الخبرة والممارسة لمدة لا تقل عن خمسة عشرة سنة.

ثالثاً: مكتب الوزير: يديره موظف بدرجة مدير حاصل على شهادة جامعية أولية في القانون ويعاونه عدد من الموظفين.

رابعاً: مكتب وكيل الوزارة: يديره موظف بدرجة مدير حاصل على شهادة جامعية أولية في القانون ويعاونه عدد من الموظفين.

خامساً: مديرية العدل العامة: يتولى إدارتها مدير عام على ان يكون قاضياً من الصنف الثاني على الأقل.

سادساً: المديرية العامة للمعهد القضائي: يتولى إدارتها مدير عام على ان يكون قاضياً من الصنف الأول.<sup>(1)</sup>

### الأدوار الأساسية لوزارة العدل في ضوء قانون إقليم كردستان:

أولاً/ يتمثل الدور الجوهري لوزارة العدل هو تحقيق العدالة في الإقليم وحماية

(1) مادة (3) من قانون وزارة العدل رقم 29 لسنة 2007 لإقليم كردستان.

حقوق المواطنين عن طريق تطبيق وإعداد القوانين واحترام مضامينها بما يحقق الدفاع عن حقوق الإنسان وينسجم مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهود والمواثيق الدولية المتعلقة بها.

- ثانياً/ اما الأدوار الثانوية المنبثقة من الدور الجوهري لوزارة العدل فهي تتمثل بـ:
- 1- التقنين والنظر في المنازعات الإدارية والقضاء الإداري وضمان وحدة التشريع وإبداء الرأي في الأمور القانونية لكوردستان . العراق وأجهزتها.
  - 2- تسجيل التصرفات العقارية والأحكام القضائية على الحقوق العقارية وتنظيم وتوثيق التصرفات القانونية وتثبيت الحقوق الناشئة عنها وإضفاء الصفة الرسمية عليها.
  - 3- رعاية شؤون القاصرين من النواحي الاجتماعية والثقافية والتربوية والإنسانية بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة.
  - 4- حماية مكتسبات حقوق الإقليم وحقوق المواطنين وتبسيط إجراءات تنفيذ الأحكام والقرارات.
  - 5- إعداد الخطط الخاصة بالوزارة ومتابعة تنفيذها.
  - 6- إصدار ونشر وتوزيع الجريدة الرسمية (وقائع كوردستان) باللغتين الكوردية والعربية لتأمين اطلاع أجهزة ومؤسسات الإقليم والمواطنين على التشريعات الصادرة.
  - 7- إعداد وتأهيل القضاة وأعضاء الادعاء العام والكوادر القانونية لمنتسبي الوزارة وأجهزة ومؤسسات الإقليم الأخرى.
  - 8- مراجعة وتدقيق وتفتيش سجلات الوزارة وأجهزتها كافة لضمان العدالة والنزاهة والكفاءة في أداء أعمالها ونشاطاتها.
  - 9- عقد الاجتماعات مع القضاة بما فيهم قضاة محكمة التمييز ومنتسبو أجهزة العدل الأخرى بما يكفل تحقيق أهداف الوزارة.
  - 10- التنسيق مع مجلس القضاء والجهات ذات العلاقة بهدف تطبيق القوانين وتحقيق العدالة وأهداف الوزارة.
  - 11- الإسهام في تقييم القوانين النافذة لمعرفة مدى مطابقتها للواقع المتطور ومساعدتها بالحق العام ومصالح المجتمع الكوردستاني.



- 12- دراسة الظواهر الاجتماعية المختلفة والإسهام في رصد ظاهرة الإجرام والمنازعات وكيفية معالجتها بالتعاون مع الأجهزة الأخرى ذات العلاقة في الإقليم.
- 13- التعاون مع الجهات العدلية في الدولة الاتحادية لتسليم المجرمين وتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية.

### أدوار الدوائر العامة في وزارة العدل وفقاً لقانون الوزارة رقم (29) لعام 2007

أولاً: تتألف أجهزة العدل من:

- 1- المجلس الاستشاري.
  - 2- هيئة الإشراف العدلي.
  - 3- الادعاء العام.
  - 4- مديرية التسجيل العقاري العامة.
  - 5- المديرية العامة للدوائر العدلية: يتولى إدارتها مدير عام حاصل على شهادة جامعية أولية في القانون ومن ذوي الخبرة والممارسة وترتبط بها:
    - أ- مديريات التنفيذ.
    - ب- دوائر كتاب العدول.
    - ج- مديريات رعاية القاصرين.
    - د- مديرية الجريدة الرسمية (وقائع كردستان).<sup>(1)</sup>
- ثانياً: تمارس أجهزة العدل مهامها واختصاصاتها وفق القوانين الخاصة بها بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون.

### النظام القضائي في إقليم كردستان.

القضاء مستقل لا سلطان عليه وهذا ما نص عليه قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان العراق لسنة 2007،<sup>(2)</sup> وللسلطة القضائية ميزانية خاصة تعد من قبل مجلس القضاء وتعرض على المجلس الوطني لكردستان- العراق للمصادقة عليها وتكون ملحقمة

(1) المادة (4) من قانون وزارة العدل رقم 29 لسنة 2007 لإقليم كردستان.

(2) المادة (2) من قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان رقم 23 لسنة 2007.

بالميزانية العامة للإقليم<sup>(1)</sup>. تسري ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في المنازعات والجرائم كافة.

بتاريخ 2007/11/5 تشكلت السلطة القضائية المستقلة من الناحية القضائية والإدارية والمالية عن باقي السلطات العامة في إقليم كردستان، واستناداً إلى قانون السلطة القضائية رقم 23 لسنة 2007 الصادر عن المجلس الوطني الكوردستاني - العراقي تم فصلها عن السلطة التنفيذية انفصلاً تاماً وتجسدت استقلالية القضاء في قانون السلطة القضائية عن باقي السلطات العامة في إقليم كردستان، ويمارس مهامه ومسئولياته بشكل مستقل من أي رقابة، أو إشراف من وزارة العدل، وبموجب هذا القانون تم تأسيس مجلس القضاء<sup>(2)</sup> وقد جاء تشكيل مجلس القضاء بموجب القانون المذكور على أنه "مجلس القضاء هو أعلى سلطة قضائية في الإقليم، ويشكل برئاسة محكمة التمييز إقليم كردستان - العراق، وعضوية نائب الرئيس ورئيس هيئة إشراف القضاء ورئيس الادعاء ورؤساء محاكم الاستئناف في الإقليم، أو من ينوب عنهم، وإذا غاب الرئيس يقوم مقامه أقدم نوابه، وعند غيابهم يتراأس المجلس أقدم الأعضاء من قضاة التمييز"<sup>(3)</sup>.

ويجتمع المجلس مرة واحدة في الشهر وللرئيس دعوته للاجتماع عند الحاجة ولا ينعقد الا بحضور رئيسه أو من ينوب عنه عند غيابه وما لا يقل عن ثلاثة ارباع أعضائه

(1) المادة (4)، قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان رقم 23 لسنة 2007.

(2) مجلس القضاء هو أعلى سلطة قضائية في إقليم كردستان - العراق، وتعتبر السلطة الثالثة إلى جانب السلطة التشريعية (البرلمان) والسلطة التنفيذية (الحكومة)، ولم تكن السلطة القضائية في إقليم كردستان سلطة مستقلة سابقاً إنما كانت تابعة للسلطة المركزية في بغداد، وذلك استناداً إلى قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة (1979)، ثم بعد ذلك بتاريخ (2007/11/5) تشكلت السلطة القضائية المستقلة المتمثلة هذا المجلس من الناحية القضائية والإدارية والمالية، واستناداً إلى قانون السلطة القضائية رقم (23/لسنة 2007) تم فصلها عن السلطة التنفيذية انفصلاً تاماً، وتجسدت استقلالية القضاء في قانون السلطة القضائية، واعتمدت اللغة الكردية في المخاطبات والكتاب الرسمية في المحاكم والدوائر التابعة لهذه المؤسسة واعتبرت هي اللغة الرسمية للتعامل بها في الإقليم. ولنا رأي: هو أن يعتمد اللغة العربية كلغة ثانية. انظر: الموقع الرسمي لمجلس القضاء لإقليم كردستان [www.synisis.com](http://www.synisis.com).

(3) المادة (33) من قانون السلطة القضائية في إقليم كردستان - العراق، رقم (23) لسنة (2007).

وتتخذ القرارات بأكثرية عدد أعضاء المجلس ويكون للمجلس مكتب يرأسه موظف بدرجة مدير عام حاصل على شهادة بكالوريوس في القانون وله خدمة لا تقل عن خمس عشرة سنة ويتم تعيينه بناء على ترشيح من مجلس القضاء ويعاونه عدد من الموظفين يتولى تنظيم أعمال المجلس وتحضير مناهجه وتلخيص القضايا المعروضة وتبليغ قراراته والمهام الإدارية الأخرى.

### اختصاصات مجلس القضاء:

- أولاً: إعداد الخطط لجهاز القضاء ومناقشتها وإبداء ملاحظاته عليها.
- ثانياً: النظر في تعيين وترقية ونقل وإعادة القضاة والتحقق من سلوكهم وكفاءتهم والإشراف على استقلال القضاء.
- ثالثاً: إعداد ميزانية المجلس ورفعها للمجلس الوطني لكوردستان العراق لإقرارها.
- رابعاً: تكون النواحي الإدارية والتنظيمية للمحاكم بما فيها شؤون الخدمة لمنسوبيها وانضباطهم حصراً من اختصاص مجلس القضاء.
- خامساً: تحديد ملاكات المحاكم وتعيين شاغليها من المنتسبين وغيرهم ضمن تخصيصات ميزانية المجلس.
- سادساً: وضع النظام الداخلي للمجلس<sup>(1)</sup>.

### تقسيمات المحاكم

- أولاً: محكمة التمييز: محكمة التمييز هي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم المدنية في الإقليم وتتألف مما لا يقل عن تسعة قضاة بما فيهم الرئيس ونوابه ويكون مقرها في أربيل عاصمة الإقليم.
- ثانياً: محاكم الاستئناف: محكمة الاستئناف هي الهيئة القضائية العليا لمحاكم محافظة واحدة أو أكثر وتتألف من رئيس وعدد من نواب الرئيس والقضاة وتمارس الاختصاصات المعينة لها بموجب القانون، تشكل محاكم الاستئناف على الوجه الآتي:
  - 1- محكمة استئناف منطقة أربيل وتشمل محاكم محافظة أربيل ومركزها مدينة أربيل.
  - 2- محكمة استئناف منطقة دهوك وتشمل محاكم محافظة دهوك ومركزها مدينة

(1) مادة 34 من قانون السلطة القضائية رقم 23 لسنة 2007.

دهوك.

3- محكمة استئناف منطقة كركوك وتشمل محاكم محافظة كركوك ومركزها مدينة السليمانية مؤقتا.

4- محكمة استئناف منطقة السليمانية وتشمل محاكم محافظة السليمانية ومركزها مدينة السليمانية

ثالثا: لمجلس القضاء إحداث محاكم استئناف أخرى عند الحاجة.

رابعا: يجوز إحداث محكمة أو أكثر في محكمة استئناف أو فك ارتباط محكمة أو أكثر من محكمة استئناف وإلحاقها بمحكمة استئناف أخرى بقرار من مجلس القضاء.

ثالثا: محاكم الجنايات: تشكل في مركز كل محافظة محكمة جنايات تنظر في الدعاوي الجزائية المعينة لها وفقا لأحكام القانون، ويجوز تشكيل أكثر من محكمة جنايات في المحافظة بقرار من مجلس القضاء يحدد فيه اختصاصها النوعي والمكاني ومركز انعقادها، ويمكن ان تنعقد محكمة الجنايات خارج مركز المحافظة ببيان يصدره رئيس محكمة الاستئناف بناء على اقتراح من رئيس محكمة الجنايات.

رابعا: محاكم البداية: تشكل محكمة بداية أو أكثر في مركز كل محافظة أو قضاء ويجوز تشكيلها في النواحي ببيان يصدره رئيس مجلس القضاء وله توسيع الاختصاص المكاني للمحكمة إلى أكثر من قضاء أو ناحية. ولرئيس مجلس القضاء بناء على اقتراح من رئيس محكمة الاستئناف تشكيل محكمة بداية للنظر في نوع واحد أو أكثر من الدعاوي.

تنعقد محكمة البداية من قاض واحد وتختص في النظر في الدعاوي والأمور الداخلة ضمن اختصاصها وفقا لأحكام القانون.<sup>(1)</sup>

خامسا: محاكم الأحداث: تنعقد محكمة الأحداث من هيئة برئاسة قاضي محكمة الأحداث وعضوية اثنين من المحكمين الملمين بقضايا الأحداث وتنظر في الجنايات وتصدر أحكامها فيها وفق قانون رعاية الأحداث.<sup>(2)</sup>

(1) المواد ( 21، 22، 23) من قانون السلطة رقم 23 لسنة 2007.

(2) المادة (24) من قانون السلطة القضائية رقم 23 لسنة 2007.

ثانيا: يتم تسمية رئيس الهيئة والمحكمين الأصليين والاحتياط ببيان يصدره رئيس مجلس القضاة بناء على اقتراح من رئيس محكمة الاستئناف  
سادسا: محاكم الأحوال الشخصية: تشكل محكمة الأحوال الشخصية أو أكثر في كل مكان فيه محكمة بداءة، ولرئيس مجلس القضاة بناء على اقتراح رئيس محكمة الاستئناف تشكيل محكمة أحوال شخصية للنظر في نوع واحد أو أكثر من الدعاوي.  
أولا: تنعقد محكمة الأحوال الشخصية من قاض واحد وتختص بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية وفقا لأحكام القانون.  
ثانيا: يعتبر قاضي محكمة البداءة (المسلم) قاضيا لمحكمة الأحوال الشخصية ان لم يكن لها قاضي خاص<sup>(1)</sup>.

#### سابعاً: محاكم الجنج: المادة 28

أولا: تشكل محكمة جنح أو أكثر في كل مكان فيه محكمة بداءة وتختص بالنظر في الدعاوي المعينة لها وفقا لأحكام القانون.  
ثانيا: تنعقد محكمة الجنج من قاض واحد.  
ثالثا: يعتبر قاضي محكمة البداءة قاضيا لمحكمة الجنج ان لم يكن لها قاض خاص.

#### المادة 29

لرئيس مجلس القضاء بناء على اقتراح من رئيس محكمة الاستئناف تشكيل محكمة جنح للنظر في نوع أو أكثر من الدعاوي.

#### ثامنا: محاكم العمل: المادة 30

تشكل محكمة العمل في مركز كل محافظة من قاضي واحد وتختص بالنظر في الدعاوي والأمور الداخلة ضمن اختصاصها وفقا لأحكام القانون.

#### تاسعا: محاكم التحقيق: المادة 31

أولا: تشكل محكمة تحقيق أو أكثر في كل مكان فيه محكمة بداءة ويكون قاضي محكمة البداءة قاضيا للتحقيق ما لم يعين قاض خاص لها.

(1) المواد(25،26،27) من قانون السلطة القضائية رقم 23 لسنة 2007 لإقليم كردستان العراق.

ثانيا: لرئيس مجلس القضاء بناء على اقتراح من رئيس محكمة الاستئناف ان يخصص محكمة تحقيق لنوع أو أنواع معينة من الجرائم.

ثالثا: لرئيس مجلس القضاء وبناء على اقتراح رئيس محكمة استئناف المنطقة ان يشكل هيئة برئاسة أحد القضاة للتحقيق في جريمة أو جرائم معينة وتكون لها سلطة قاضي تحقيق.

عاشرا: محاكم المواد الشخصية للمسيحيين والازديين والديانات الأخرى: المادة 32  
أولا: تشكل في مركز كل محافظة محكمة للمواد الشخصية للمسيحيين والازديين والديانات الأخرى وتنعقد من قاض واحد وتختص بقضايا المواد الشخصية لهم ويجوز تشكيلها في مراكز الأفضية والنواحي ببيان يصدره رئيس مجلس القضاء عند الاقتضاء.  
ثانيا: يعتبر قاضي محكمة البداية قاضيا لمحكمة المواد الشخصية ان لم يكن لها قاضي خاص.

## المبحث الثاني

### آليات عمل القضاة في ظل النظام القضائي السويدي وإقليم كردستان

يعد من أهم ضمانات استقلال القضاء أن يناط الإشراف الإداري على الجهاز القضائي بمجلس قضائي يشكل من كبار القضاة، ويختص بكل شئون القضاة الإدارية؛ حتى لا تترك هذه الأمور للسلطة التنفيذية؛ فتنفذ خلالها للتأثير في القضاة، وتكون وسيلة لإخضاعهم إلى سلطاتها وللاعتداء على استقلالهم وبالإضافة إلى هذه الضمانات تلزم ضرورة تحقيق الاستقلال المالي للسلطة القضائية، من خلال تقرير ميزانية سنوية مستقلة بذاتها.<sup>(1)</sup>

### الفرع الأول/ آليات عمل القضاة في ظل النظام السويدي

يبدأ القضاة حياتهم المهنية من خلال التقدم إلى الوكالة الحكومية بوزارة العدل، والتي تقبل حوالي 30 % من المتقدمين. يبدأون تدريبهم كمساعدين وكتبة محكمة لمدة عامين تقريبا، وبعد اجتياز المرشحين للاختبار المناسب، يتم تعيينهم في محكمة محلية.

(1) فراموش عمر فتح الله، استقلال القضاء كوسيلة لهيئة السلطة القضائية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016، ص 30.

بعد مجموعة واسعة من التعيينات التي قد تصل إلى 8 سنوات، تحدد الحكومة التعيينات وترقية القضاة إلى مناصب دائمة. يتعين على قضاة الاستئناف أحياناً الانتظار حتى يصبح لديهم 20 عاماً من الخبرة قبل تعيينهم. لكي يتم تعيينه كقاضي استئناف، يجب أن يتمتع القاضي بدون دعم حكومي بالتوازن الصحيح بين الدرجات الأكاديمية الجيدة، والأوراق البحثية القوية، وعدة سنوات من ممارسة التقاضي "البارزة" في كل من محاكم المقاطعة ومحاكم الاستئناف، والخدمة التطوعية مثل تقديم المساعدة القانونية مثل بالإضافة إلى أعضاء هيئة التدريس الضيوف الذين يقدمون محاضرات في كليات الحقوق. قد يكون لدى قضاة الاستئناف الذين يتلقون دعماً حكومياً خبرة أقل بكثير، وبعضهم يتمتع بخبرة لا تزيد عن عام واحد في المحكمة ولكن لديه خبرات أخرى مثل عقدين من العمل كسكرتير شخصي لأحد كبار السياسيين في الحزب الحاكم في وقت التعيين.

في السويد، يجلس القضاة العاديين *nämndemän*، المعروف أيضاً باسم المحكمين العاديين جنباً إلى جنب مع القضاة العاملين في محاكم المقاطعات ومحاكم الاستئناف العامة والإدارية. القضاة غير المتخصصين هم دائماً الأغلبية في محاكم المقاطعات، في حين أن القضاة العاملين في الوقت الحاضر هم الأغلبية في محاكم الاستئناف.

• تعين المجالس البلدية قضاة غير عاديين لمحاكم المقاطعات ومجالس المقاطعات تعين قضاة عاديين لمحاكم الاستئناف والمحاكم الإدارية للمقاطعات. يتم تعيينهم لمدة 4 سنوات، ولا يجوز لهم رفض التعيين بدون عذر مقبول مثل سن 60 عاماً. عادة، يعمل القاضي العادي يوماً واحداً في الشهر في المحكمة خلال فترة ولايته.

• من حيث المبدأ، يمكن لأي شخص بالغ أن يصبح قاضياً عادياً. يجب أن يكون القضاة العاديون مواطنين سويديين وأقل من 70 عاماً. الأشخاص الذين لا يمكن أن يكونوا قضاة غير محترفين هم القضاة وموظفو المحاكم والمدعين العامون والشرطة والمحامون والمهنيون الذين يشاركون في الإجراءات القضائية. من الناحية العملية، القضاة العاديون في السويد هم أكثر شيخاً وثراءً وتعليماً. عادة ما يكون القضاة غير المتخصصين سياسيين من السلطة المحلية التي يتم تعيينهم منها، ويتم تعيينهم بما يتناسب مع تمثيل الأحزاب السياسية في الانتخابات المحلية الأخيرة.

• يعود استخدام القضاة غير المتخصصين في السويد إلى العصور الوسطى.

### المحلفين

ليس لدى السويد تقليد لاستخدام هيئات المحلفين في معظم أنواع المحاكمات الجنائية أو المدنية. إن جريمة التشهير هي الأكثر تعرضاً للملاحقة القضائية بموجب هذا القانون، على الرغم من أن إجمالي ثمانية عشر جريمة، بما في ذلك الخيانة العظمى والتجسس، مشمولة. إصدار الأحكام هو من اختصاص القضاة.

يتم تعيين المحلفين لكل مقاطعة من قبل مجلس المحافظة أو البلدية لمدة أربع سنوات، مقسمة إلى مجموعتين من ستة عشر وثمانية محلفين، أو أربعة وعشرين واثني عشر محلفاً لمقاطعة ستوكهولم، حيث يجب أن يكون المحلفون في المجموعة الثانية أو كانوا كذلك وضع القضاة في المحاكم العادية أو الإدارية. يجب أن يكون أعضاء هيئة المحلفين مواطنين سويديين ومقيمين في المقاطعة التي يتم فيها الاستماع إلى القضية، ويجب أن يتمتعوا بحكم سليم ومعروفين باستقلالهم ونزاهتهم، ويجب أن يمثلوا معاً مجموعة من الفئات الاجتماعية والآراء، وكذلك جميع أنحاء المقاطعة. من هذه المجموعة من المحلفين المتاحين تستمع المحكمة وتستبعد أولئك الذين لديهم تضارب في المصالح في القضية، وبعد ذلك يحق للمدعى عليهم والمدعين استبعاد عدد من الأعضاء، متفاوتاً حسب المقاطعة والمجموعة. ثم يتم اختيار هيئة المحلفين النهائية بشكل عشوائي عن طريق سحب القرعة.

### تطبيق القانون

• الهيئة الرئيسية لتطبيق القانون في السويد هي هيئة الشرطة السويدية Polisen حتى منتصف القرن التاسع عشر، كانت الشرطة السويدية غير مركزية وغير مهنية وغير منظمة.  
• وزارة العدل، قسم على مستوى وزاري في حكومة السويد برئاسة وزير العدل هي المعنية، في المقام الأول مع التشريعات المتعلقة بإنفاذ القانون. تقع مسؤولية الإدارة اليومية الفعلية على عاتق هيئة الشرطة السويدية.

### الفرع الثاني/ آليات عمل القضاة في إقليم كوردستان العراق

يتمثل بتعيين القضاة في إقليم كوردستان وفق شروط نص عليه قانون السلطة القضائية رقم لسنة 2007، ومن هذه الشروط:



- 1- ان يكون حاصل على شهادة بكالوريوس في القانون أو ما يعادلها.
  - 2- الممارسة الفعلية بعد التخرج من كلية القانون مدة لا تقل عن عشر سنوات لوظيفة محقق عدلي أو معاون القضاة أو الكاتب العدل أو المنفذ العدل أو مديرية رعاية القاصرين أو في دائرة التسجيل العقاري أو الممارسة الفعلية للمدة المذكورة لمهنة المحاماة أو الموظفين المحققين العاملين في قسم الحقوق في الدوائر والمؤسسات الرسمية الذين مثلوا أمام المحاكم بما لا يقل عن خمسة دعاوي في السنة وتكون مدة الممارسة الفعلية في الوظائف المذكورة خمس سنوات إذا كان قد حصل على شهادة الماجستير في القانون وثلاث سنوات إذا كان قد حصل على شهادة الدكتوراه في القانون سواء كانت الممارسة قبل الحصول على الشهادتين أو بعدهما.
  - 3- أن لا يقل عمره عن ( 30 ) ثلاثين سنة.
  - 4- أن يكون عراقياً.
  - 5- أن يجيد اللغة الكردية والعربية قراءة وكتابة.
  - 6- أن يجتاز اختباراً شفويًا وتحريريًا أمام مجلس القضاء.
  - 7- يجب أن يكون سالماً من العاهات البدنية التي تعيق أدائه لواجبه.
  - 8- أن يتمتع بالسمعة والسيرة الحسنة.
  - 9- أن يتعهد بعدم ممارسة العمل الحزبي بعد تعيينه.
  - 10- أن لا يكون محكوماً عليه بجناية عمدية غير سياسية أو جنحة مخلة بالشرف.
- ثانياً: تحتسب مدة الممارسة في المحاماة والوظائف المذكورة في الفقرة ( أولاً / 2 ) لأغراض الترفيع والعلاوة والترقي<sup>(1)</sup>.

## المادة 36

أولاً: يحدد مجلس القضاء المحكمة التي يباشر القاضي عمله فيها بعد صدور المرسوم الإقليمي بتعيينه.

ثانياً: لا يمارس القاضي أعماله إلا بعد أدائه اليمين التالية أمام رئيس مجلس القضاء ( أقسم الله ان اقضي بين الناس وأن اطبق القوانين بأمانة ونزاهة وحياد )، ويؤدي رئيس

(1) مادة(35)، قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان رقم 23 لسنة 2007.

مجلس القضاء اليمين المذكورة أمام رئيس الإقليم.

ثالثا: يؤدي رئيس وأعضاء محكمة التمييز اليمين أمام رئيس الإقليم

المادة 37

أولا: يعين رئيس محكمة التمييز من بين نواب الرئيس أو من أقدم قضاتها إذا كانت مدة ممارسته خدمته القضائية لا تقل عن خمس وعشرين سنة.

ثانيا: يعين نائب الرئيس من بين قضاة محكمة التمييز إذا كانت مدة ممارسة خدمته القضائية لا تقل عن اثنين وعشرين سنة.

ثالثا: يعين القاضي في محكمة التمييز من بين قضاة الصنف الأول والذين لهم خدمة قضائية لمدة لا تقل عن عشرين سنة وامتدوا مدة لا تقل عن سنتين في المناصب القضائية التالية:

1- رئيس محكمة استئناف.

2- نائب رئيس محكمة الاستئناف.

3- قاضي محكمة الاستئناف.

4- رئيس هيئة الإشراف القضائي.

5- المحامي الذي له ممارسة في المحاماة مدة لا تقل عن ( 25 ) سنة.

رابعا: يعين رئيس محكمة التمييز ونوابه وقاضي محكمة التمييز بمرسوم إقليمي بناء

على ترشيح من مجلس القضاء.

### درجات القضاة وأنواعهم:

من أهم الضمانات التي تؤدي إلى الفصل بين السلطات، عدم ترك ترقية القضاة في يد الحكومة؛ لأن الحكومة تستطيع أن تحول دون ترقية من ترغب في ترقيته من القضاة، وترقي من ترغب في ترقيته، ولا شك أن مثل هذا التصرف يضر باستقلال القضاة وانشغالهم بمحاولة رد حقهم القانوني المهدر جراء تدخل السلطة التنفيذية في شؤونهم الوظيفية<sup>(1)</sup>، ومن أجل هذه الغاية فقد اهتم المشرع في قانون السلطة القضائية بضوابط

(1) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2009، بند 100، ص 165.

ترقية القضاة وجعلها على أساس الأقدمية مع الأهلية.

تكون درجات القضاة أربع درجات ( أ، ب، ج، د ) تبدأ بالدرجة (د)، ويكون ترفيع القاضي من درجة إلى درجة أعلى بقرار من مجلس القضاء بعد قضائه المدة القانونية والبالغة خمس سنوات.

يراعي مجلس القضاء عند النظر في ترفيع القاضي تقارير رؤساء المناطق الاستثنائية والمشرفين القضائيين فيما يتعلق بكفاءته وحسن إدارته وفيما يتعلق بسلوكه، من ثم يصدر مجلس القضاء قراره بترفيع القاضي إذا تأكدت أهليته للترفيع ويحق لمجلس القضاء ان يؤجل بقرار مسبب ترفيع القاضي مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة ولأكثر من مرة واحدة إذا وجد انه غير أهل لذلك.<sup>(1)</sup>

تصنف القضاة إلى أربعة أصناف (الأول، الثاني، الثالث، الرابع) تبدأ بالصنف الرابع، ويرقى القاضي من صنف إلى آخر بقرار من مجلس القضاء بناء على طلب يتقدم به إلى مجلس القضاء بشرط أن يقدم بحثاً قانونياً وان يكون قد نال راتب الحد الأدنى للصنف المراد الترقية إليه وأمضى خمس سنوات في صنفه.<sup>(2)</sup>

(1) مادة (40)، قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان رقم 23 لسنة 2007

(2) مادة (41)، قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان رقم 23 لسنة 2007

## الخاتمة

### أولاً: النتائج

1. وفقاً للنظام الدستوري وأنظمة الحكم في كل من السويد وإقليم كردستان، نجد أن القضاء سلطة مستقلة عن باقي السلطات، وتصدر أحكامها وفقاً للقانون، كما إنها تقف على قدم المساواة مع السلطتين التنفيذية والتشريعية؛ تطبيقاً لمبدأ الديمقراطية في العالم المعاصر، كما إن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم إلا للقانون.
2. السلطة القضائية في إقليم كردستان لها مجالس قضائية، ولكن في الواقع هذه المجالس لا ترقى إلى الصورة الحقيقية التي تتناسب مع استقلال السلطة القضائية؛ لأن فيها نواقص وسيطرة للسلطة التنفيذية على تشكيل المجالس القضائية، ففي إقليم كردستان العراق مجلس القضاء يتكون في ظل غياب جهة القضاء الإداري وفقاً لما يقرره قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان العراق رقم (23) لسنة (2007)، حيث أن القضاء الإداري تابع إلى وزارة العدل بإقليم كردستان العراق بموجب قانون مجلس الشورى لإقليم كردستان العراق رقم (14) لسنة (2008).
3. اهتم المشرع السويدي بالمحلفين الذين يتم تعيين المحلفين لكل مقاطعة من قبل مجلس المحافظة أو البلدية لمدة أربع سنوات، ولا نجد منهم في قانون السلطة القضائية في إقليم كردستان العراق.
4. يتبين لنا أن مسائل الاستقلال الإداري الخاصة بقواعد الترقية والنقل والندب بشأن أعضاء الادعاء العام لإقليم كردستان العراق لا وجود قانوني لها حتى الآن؛ حيث لا يوجد بعد قانون خاص بالادعاء العام في إقليم كردستان العراق، بل يعمل في نطاق الإقليم بقانون الادعاء العام رقم (159) لسنة (1979) المعدل برقم (10) لسنة (2006) العراقي.
5. يعد جهاز الإشراف القضائي في إقليم كردستان وفقاً لقانون السلطة القضائية رقم

(23) لسنة (2007) وتعديلاته، تابعًا إلى وزارة العدل، وهذا مما يمثل إهدارًا لاستقلال السلطة القضائية بصورة واضحة، وتدخلًا من السلطة التنفيذية في شؤونها.

6. نجد أن القضاء الإداري في إقليم كردستان العراق تابع إلى وزارة العدل وهذا مما يتعارض مع مبدأ استقلال القضاء وبذلك يكون ضمن رقابة وهيمنة السلطة التنفيذية، بخلاف القضاء الإداري في السويد، بوصفه جهة قضائية مستقلة قانونياً.

#### ثانياً: التوصيات

1. يقترح على المشرع في إقليم كردستان أن يكون تشكيل مجلس القضاء الأعلى من قبل السلطة القضائية نفسها وبرئاسة أحد الشيوخ القضاة الأقدمين وتحديد الشروط اللازم توافرها فيمن يتولى هذا المنصب على الوجه المبين في القانون، وينتخب هذا الرئيس من قبل أعضاء السلطة القضائية بالاقتراع السري لكل أربع سنوات، وإرجاع كل الجهات القضائية إلى هذا المجلس، سواءً كان إدارياً أم دستورياً أم عادياً أم أية جهة قضائية أخرى، وأن يستقل هذا المجلس إدارياً ومالياً عن السلطة التشريعية والتنفيذية.

2. على المشرع في إقليم كردستان أن ينص على القواعد الحاكمة لإعارة القضاة وأعضاء الادعاء العام خارج الدولة مثلما فعل المشرع المصري حتى يختلط قضاة العراق بالثقافة القضائية الدولية، وتعود السيادة القضائية إلى العراق.

3. إبعاد وزارة المالية عن المشاركة في إعداد الموازنة السنوية للسلطة القضائية في إقليم كردستان العراق، الذي نص عليه المشرع في المادة (4) من قانون السلطة القضائية، لذا لا بد وأن يكون هذا الأمر معقوداً للسلطة القضائية نفسها؛ لأن وزارة المالية - بوصفها أحد فروع السلطة التنفيذية - تمثل تدخلًا في شؤون السلطة القضائية واستقلالها.

4. إرجاع القضاء الإداري في العراق إلى السلطة القضائية وإنقاذه من برائن السلطة التنفيذية، لأن هذه الجهة القضائية تابعة إلى وزارة العدل في الإقليم وفقاً لقانون

- مجلس شورى إقليم كردستان العراق رقم (14) لسنة (2008)، وحتى تنتقص هيمنة السلطة التنفيذية على استقلال السلطة القضائية.
5. نقتراح إرجاع تبعية المعهد القضائي في إقليم كردستان إلى السلطة القضائية، وما كل ذلك إلا توقيراً لاستقلال القضاء وهيئته.
6. نقتراح على كل كليات الحقوق الموجودة في إقليم كردستان العراق أن تضع مادة دراسية ضمن مناهجها باسم قانون السلطة القضائية كإحدى المواد المتطلبة لنيل شهادة بكالوريوس؛ حتى يتم تعريف الأجيال الجديدة بمقومات السلطة القضائية.
7. يقترح تعديل قانون السلطة القضائية وتشريع نصوص خاصة فيما يتعلق بالتقاضي الإلكتروني والذي ينتهجه العديد من الأنظمة القضائية في دول العالم المتقدمة وخاصة في ظل الرقمنة وعالم التكنولوجيا.

## المراجع

### الكتب:

- 1- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2009.
- 2- فراموش عمر فتح الله، استقلال القضاء كوسيلة لهيئة السلطة القضائية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.

### القوانين:

- 1- مشروع الدستور لإقليم كردستان - العراق.
- 2- قانون وزارة العدل رقم 29 لسنة 2007 لإقليم كردستان.
- 3- قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان - العراق رقم 23 لسنة 2007.

### المواقع الإلكترونية:

- 1 - <http://domstol.se/>
- 2 - [https://stringfixer.com/ar/Judiciary\\_of\\_Sweden](https://stringfixer.com/ar/Judiciary_of_Sweden)
- 3- [www.synisys.com](http://www.synisys.com)

### الملخص

تتبنى معظم دول العالم اليوم النظام الديمقراطي كأساس للدولة والحكومة وحياء الفرد، وتسعى بكافة الوسائل لترسيخ النهج الديمقراطي من خلال تبني مبدأ الفصل بين السلطات وحماية الحقوق الأساسية والحريات العامة وتحقيق العدالة وإرساء قواعد القانون، وهذا مما يعكس قدرة مؤسسات الدولة من بناء دولة أساسها العدل والقانون. وتحقيقاً لما تقدم تظهر أهمية دور وزارة العدل، كونها وسيلة لتحقيق مبدأ سيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات الأساسية، وتدعيم الثقة لدى الفرد في شرعية الدولة. تعتبر وزارة العدل السويدية من أهم ركائز المملكة السويدية، فهي متطورة جداً، تواكب الأحداث والتطورات، وتتابع أدق جزئياته، ولهذا فوزارة العدل السويدية من أكثر وزارات العالم تطوراً وليونة في طرح وتقنين وقبول كل الأفكار، لعرضها ومناقشتها والنظر في إمكانية صياغتها في إطار قانوني تحميه الدولة.



### پوخته

زوربهی ولاتانی جیهان لهمر ودا سیستمی دیموکراسی و هک بنه مایهک بۆ دهولتهت و حکومت وژیانی تاک دهگر نه بهر و به ههموو شئو هیه کههولی چه سپاندنی ریبازی دیمو کراسی ددهن به گرتنه بهری بنه مای جیا کردنه وهی دهسه لاتهکان و پاراستنی مافه سه ره تا بیهکان و ناز ادبیه گشتیهکان و گهیشتن به دادپهروهری و دانانی ریساکانی یاسا و ئه مهش ره نگدانه وهی توانای دامه زراوهکانی دهولتهت بۆ بنیاتنانیده ولتهتیک له سه مای بنه مای دادپهروهری و یاسا

بۆ بهدییهنانی ئهوانه ی پیشوو، گرنگی رولی و هزارهتی داد دهه کهوئیت، بهو پییهی ئامرازیکه بۆ بهدییهنانی پرنسیپی سهروهری یاسا و پاراستنی ماف و ناز ادبیه سه ره تا بیهکان و بههیز کردنی متمانهی تاک به شه رعیهت له دهولتهت. و هزارهتی دادی سوید یهکیکه له پایه گرنهکانی شانشینیی سوید، زور گه شه سه ندوو ه، له گه ل رووداو هکان و پیشهاتهکان هاو ناههنگ دهکات، بهدواداچوون بۆ دهقیقهترین ور دهکار بیهکانی دهکات، هه ره بهر ئه م هۆکارهش و هزارهتی دادی سوید یهکیکه له ... گه شه سه ندووترین و نه رمترین و هزارهتهکانی جیهان له ه پیشه که شه کردن و کۆدکردن و قبول کردنی ههموو بیرو که هکان، بۆ پیشه که شه کردن و گفتو گو و رهچاو کردنی هگه ری دارشتنیان له چوار چیه هیهکی یاساییدا که له لایهن دهولتهتوه پا ریزراو بیت.

### Abstract

Today most of countries in the world adopt the democratic system as a basis for the state, government and individual life, and gird on all course to consolidate the democratic approach by adopting the principle of separation of powers, protection of basic rights and public freedoms, achieving justice and establishing the rules of law, which reflects the ability of state institutions to build a state based on justice and law.

In order of that, the importance of the role of the Ministry of Justice indicate, as it is a means to achieve the principle of the rule of law, protect basic rights and freedoms, and strengthen the confidence of the individual in the legitimacy of the state.

The Swedish Ministry of Justice is one of the most important pillars of the Swedish Kingdom. It is very developed, keeps pace with events and developments, and follows up on its most minute details. For this reason, the Swedish Ministry of Justice is one of the most developed and flexible ministries in the world in presenting, codifying and accepting all ideas, for presentation, discussion and consideration of the possibility of formulating them in a legal framework protected by the state.

Keywords: Ministry of Justice, rule of law, balance between powers, independence of the judiciary, system of government, democracy.



## البحوث باللغة الكوردية



نامرازه كانى پيشخستنى كاره كانى فه رمانگه كانى تو مار كردنى خانووبه ره

پيشكه شكراوه له لايهن

دكتور لقمان عمر حسين

راوي ژكار به پلهى بريكارى وهزارهت و  
به ريوه بهرى كشتى تو مار كردنى خانووبه ره  
له وهزارهتى داد

**(وسائل تطوير عمل دوائر التسجيل العقاري)**

الدكتور لقمان عمر حسين

مدير عام دائرة التسجيل العقاري في وزارة العدل

**The Means of Developing the Work of Real Estate Registration Offices**

**Dr. Lukman Omar Hussein**

**General Manager of Real Estate Registration in the Ministry of Justice of  
the Kurdistan Region**



## نامرازه كانى پيشخستى كاره كانى فهريمانگه كانى تومار كردنى خانوبه ره پيشكه شكاروه له لايهن

دكتور لقمان عمر حسين

### الكلمات الفتحية:

التصرفات العقارية ، الممكنة ، الأرشفة ، الفاعلية ، الشفافية ، الجودة ،  
تقليص الروتين

### كليله ووشه:

رهفتاره خانوبه ره بيه كان، ئاميركارى، به ئه رشيف كردن، چالاكيتى،  
روونى، جوريه تى، كه مكر دنه وهى روتين.

**key words:** Estate transactio, Mechanising, Archive, Effectiveness,  
Transparency, Quality, Reducing routine

### پيشه كى

گرنگى بابه تى توپژينه وه كه مان خوئى له وه دا ده بينيته وه كه وا خانوبه ره سه رمايه كى  
ئابوورى گرنگه بو دهوله ت و تاكه كان .

وه ئامانجى سه ره كى تومار كردنى خانوبه ره برتیه له (پاراستنى مافى مولكايه تى و  
لقه كانى په يوه ست به و مافه) ئه م ئامانجه ش نايه ته دى ته نها به جيگير كردن و ديكيومينت  
كردنى ئه و مافانه نه بيته به پى ي كۆمه ليك بنه ما و ريساي ياسايى دروست .

بويه ده بينين ياسادانه رى عيراقى و زۆريه ي ياسادانه ره كانى وولاتانى جيهان بابه خ و  
گرنگى زورىان به خانوبه ره داوه و تومار كردنى سه رجه م ئه و هه لسوكه وته ياسايى و  
مادديانه ي كه له سه ر خانوبه ره دا ده كريت له فهريمانگه ي تومار كردنى خانوبه ره كردوته  
مه رج

ئه گه ر چى فهريمانگه كانى تومار كردنى خانوبه ره له هه ريئى كوردستان له چاو  
فهريمانگه كانى هاوشيوه ي له حكومه تى فيدرالى پيشكه وئنى به رچاويان به خو بانه وه بينيه  
به لام له ئاستى ره زامه ندى ئيمه دا نيه .

بۇيە بەيپى ئىشخستى چەندان سألەمان وەك بەرئوبەرە گشتى تۆمارکردنى خانوبەرە وە لە دەرتەنجامى ئەو سەردانانەى كە كر دوومانە بۇ فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەرەى ھەندىك لە وولاتانى عەرەبى و دەورووبەر و ئەوروپى چەند ئامرازىك و پېشنىارىكمان خستوتە روو بۇ پېشخستى كارەكانى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەرە ، ئەگەر بخزىنە بواری جىيە جىكردن ئەو فەرمانگەكانمان دەچنە رىزى وولاتە پېشكە وتووەكان .

**يەكەم : بەئەلىكترۆنى كردنى كارەكانى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەرە :**

وەك ئاشكرايە بەكارھىنانى تەكنەلۇجىاي پېشكە وتوو و سىستەمى ئەلىكترۆنى كارىگەرەكى يەكجار گەرەى دەبىت لەسەر بەرەو پېشبردنى كارەكانى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەرە و ئەنجامدانىان بە باشتىن شىوہ و لە ماوہىەكى كورت . وە ھۆكارىكە بۇ كەم كردنەوہى رۆتىن و رىگىركردن لە ھەر كارىكى گزى و خىرا راپەراندنى كارەكان و بە ئەنجامگە ياندنى كارىكى زۆر لە ماوہىەكى كورت كە ئەمەش يەككە لە جىيەجى كردنى تەوہرە گرىنگەكانى چاكسازى كابىنەى نۆيەمى حكومەتى ھەرېم و بايەخىكى گرنكى ھەيە بۇ حكومەتى ھەرېمى كوردستان بە گشتى و ھەزارەتى داد بە تايىەتى و دەستكەوتىكى گەرەى دەبىت بۇ گەبىشتى خزمەت بە ھاولاتيان بە شىوہىەكى ئاسان .

بۇ ئەم مەبەستە ئەم خالە دابەش دەكەين بۇ سەر (3) سى تەوہر :

**تەوہرى يەكەم :**

لەرۋوى بەكارھىنانى تەكنەلۇجىا و سىستەمى ئەلىكترۆنى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەرە ئىستا لە كوئىيە .

**تەوہرى دووہم :**

چى پېويستە بكرىت بۇ ئەوہى سەرچەم فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەرە بە ئەلىكترۆنى بكرىن .

**تەوہرى سىيەم :**

ئامانجەكانى پرۆژەكە و چۇنيەتى ئىدارەدانى مەترسىيەكانى سىستەمى ئەلىكترۆنى .



## تەوھرى يەكەم

لەرۋى بەكارھىتلىنىسىستەمى ئەلىكترۇنى و تەكنەلۇجيا فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەره لە كوئىن لە ئىستادا ؟ :

بەريۆبەرايەتى گىشتى تۆمارکردنى خانوبەره و بەريۆبەرايەتى گىشتى تۆمارکردنى خانوبەره ھەولى زۆرى داوھ لە سالانى رابدوو سەردانى وولاتانى پىشكەوتووى وەكو (ئەلمانيا و اسكتلندا و تورکيا و سنگاپورا و ئەردەنى) کردووھ لە گەل كۆمپانىيائى جىھانى دانىشتن و گىفتوگۇ كراوھ لەسەر چۆنەتى جىبەجىي كىردنى سىستەمى ئەلىكترۇنى و سەيرکردنى سىستەمى وولاتە پىشكەوتووهكان لە ئەنجامدانى كارەكانى تۆمارکردنى خانوبەره لەم چوارچىۆبەرهش پىرۆپۆزەلى چەندىن كۆمپانىيائى جىھانى پىشكەشكراوھ و بە نووسراوى فەرمى بۇ سەرۆكايەتى ئەنجومەنى وەزىران فەرمانگەكى (IT) رەوانە كراوھ بۇ نەمۇنە :

- 1- پىرۆپۆزەلى كۆمپانىيائى (ISO) ى ئەلمانى .
- 2- پىرۆپۆزەلى كۆمپانىيائى بەناوبانگى ھافلسانى توركى .
- 3- راپۆرتى سەردانىكردنى وولاتى اسكتلندا تايبەت بە سىستەمى ئەلىكترۇنى بەكارھىنراوى ئەو وولاتە .
- 4- راپۆرتى سەردانىكردنى وولاتى سەنگاپور تايبەت بە سىستەمى ئەلىكترۇنى ئەو وولاتە .
- 5- پىرۆپۆزەلى كۆمپانىيائىكانى نىوخۆيى .

بەلام تاوھكو ئىستا رەزامەندى لەسەر ھىچ يەك لەم پىرۆپۆزەلانە نەدراوھ ، ھەرۋەھا لەم چوارچىۆبەره دا چەندىن ئامىرى سكانەر بە رەزامەندى سەرۆكايەتى ئەنجومەنى وەزىران دابىن كراوھ و زۆرىەى تۆمارە ھەمىشەيەكان بە ئەلىكترۇنى كراون و سكان كراون و ھەرۋەھا كارى (Rename) ى ئەم تۆمارە ھەمىشەيە سكانكراوانەش بەردەوامە لە بەريۆبەرايەتى گىشتى تۆمارکردنى خانوبەره وە ھەرۋەھا سىستەمى كۆمپىوتەر دانراوھ بۇ زۆرىەى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەره بۇ دەركردنى وىنەى تۆمارى ھەمىشەيى بە شىوہى ئەلىكترۇنى بەلام نەگەيشتوين بە ئامانجە گەورەكە ئەويش بە ئەلىكترۇنى كىردنى سەرجمە كارەكانى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەره يە .

## تەوهرى دووهم

چى پېويستە بىكرىت بۇ ئەوھى سەرجم فەرمانگەكانى تۆماركردنى خانووبەرە بە ئەلىكترونى بىكرىن .

لەم چەند خالەى خوارەوھى كورت دەكەينەوھ:

1- دروست كردنى بەرنامە و پروژەيەكى گشتگىر و موحد بۇ ئەنجامدانى كارەكە بە شىوھيەكى متكامل و راست دروست .

2- واژوو كردنى گرئىبەست لەگەل كۆمپانیا پىسپۆرەكانى بوارى تەكنەلۇجىيائى زانىيارى بۇ ئەنجامدانى كارەكە بە ھەماھەنگى لەگەل فەرمانگەكى (IT) لە ئەنجومەنى وەزىران و بەرئۆبەرايەتى گشتى تۆماركردنى خانووبەرە لە وەزارەتى داد و دامەزراندنى تۆرىكى پەيوەندى لە نيوان سەرجم فەرمانگەكانى تۆماركردنى خانووبەرە و بارەگائى گشتى ئەم شەبەكەيە لە بەرئۆبەراتى گشتى تۆماركردنى خانووبەرە بىت و بۇ ئەوھى پىشوازى لەسەرجم زانىيارىكان بىكات و ھەموو فەرمانگەكانى تۆماركردنى خانووبەرە بەم شەبەكەيە بىبەستريتەوھ.

3- داين كردنى شوينى گونجاو و بالەخانە بۇ دانانى ئەو كەل و پەلە ئەلىكترونىيائەى كە پېويستە بۇ دامەزراندنى سىستەمەكە و دروستكردنەكەى بەشىوازيك بىت وە دىزايىنەكەى واىت لەگەل سروشت و ستانداردى كارەكانى بە ئەلىكترونى و سىستەمى يەك پەنجەرەيى رىكخراىت.

4- زيادكردنى كارمەند و نامىزى ھونەرى و ئەلىكترونى پېويست بۇ ئەنجامدانى كارەكە

5- دانانى لىژنەى پىسپۆر و تەكنىكار و باوهرىپىكراو لە فەرمانگەكان بۇ دلتىابوون لە راستى و دروستى ئەو زانىيارىيائەى كە دەخريئە ناو كۆمپىوتەر .

6- زيادكردنى ستاف بە تاكەكانى شارەزا و پىسپۆر لە بوارى تەكنەلۇجىيائى زانىيارى ، ئەمەش بە كردنەوھى خولى راھىيان دەبىت لە ناوھوھ و دەرەوھى ھەرىم .

7- ئەم پروژەيە سەربەرشتى بىكرىت لەلايەن كەسانى ياساناس و تەكنىكار بە شىوھيەكى ھاوبەش بۇ ئەوھى ھەلەى تىدا نەكرىت و مراعاتى ياسا بىكرىت لە كاتى ئەنجامدانى پروژەكە .

8- بايەخدان بە بەرئۆبەردنى مەترسىيەكان و كاركردن پىيان و سپاردنيان بە كەسانى لىھاتوو .

9- پروژەكە فراوان بىكرىت لە ھەموو پارىژگا و قەزا و ناحيەكان ئەنجام بدرىت نەك

تەنھا لە چەند شارێک .

10- بەرزکردنەوێ راپۆرتی دەوری هەفتانە یان مانگانە ، دەربارەی چۆنیەتی بەرێوەچوونی کارەکان و رادەى سەرکەوتنى پرۆژەکە .

11- داوین کردنى دەرمالەى پېویست بۆ ئەو ستافە کە ئەم کارە ئەنجام دەدەن بە مەبەستى هاندانیان و کارکردنیان بە باشترین شیوه .

12- بە ئەلیکترۆنى کردنى تۆمارەکان و دۆکیومینت کردنى زانیاریەکان و تۆمارکردنى گۆرانکاری و پێشکەوتنەکان بە شیوهى بەردەوام .

13- تەرخان کردنى بودجەیهکی باش بۆ ئەنجام دانی ئەو پرۆژەیه .

تەوهرى سێیه م :

ئەم تەوهرە دەکەین بە دوو بەش :

بەشى یەكەم : ئامانجە گرینگەکانى پرۆژەى بە ئەلیکترۆنى کردن .

بەشى دووهم : مەترسیەکانى سیستەمى ئەلیکترۆنى .

ئامانجەکانى پرۆژەى بە ئەلیکترۆنى کردن :

گرینگترین ئامانجە سەرەکیەکانى پرۆژەى بە ئەلیکترۆنى کردن بریتین لە :

1- نەرشیف کردن و دۆکیومینت کردنى تۆمار و دۆسیه و نەخشەکانى خانووبەرە بە شیوهیهکی ئەلیکترۆنى .

2- پاراستنى مافى مولکایهتى .

3- کەم کردنەوێ رۆتین و فەسادى ئیدارى .

4- باش کردن و گەیاندى خزمەتگوزارى بە هاوڵاتیان بە شیوهیهکی کارامەتر .

5- خیراکردنى ئەنجامدانى مامەلەکان و هاوئوچۆى زانیاریەکان و بە فیرو نەدانى کات ، کە ئەمەش دەبێتە هۆى زیادکردنى داھات .

6- بەهێز کردنى متمانەى هاوڵاتیان بە حکومەت .

7- بایەخدان بە کەسانى پسیۆر و شارەزا .

کەواتە پوختەى ئامانجەکان بریتیه لە بەکارهێنانى تەکنەلۆجیای زانیارى لەناو فەرمانگەکانى تۆمارکردنى خانووبەرە بۆ تحقیق کردنى بەرژەوهندى گشتى بە پێى ئەو بوودجەى کە بۆى تەرخان کراوه لە کاتى ديارى کراودا.

بەشى دووهم : مەترسیەکانى پرۆژەى بە ئەلیکترۆنى کردن

1-نەبوونى بەرنامەيەكى موحد (ماستەر پلان) بۆ ئەنجامدانى ئەم كارە لەسەرجم دەزگاكانى تۆمارکردنى خانوبەرە كىشەيەكى گەورە دەنئتەوہ .

2-ناشارەزايى لە ياساي تۆمارکردنى خانوبەرە ژمارە (43) ى سالى 1971 ى ھەمواركاو دەبئتە ھۆى ئەوہى بەرنامەكە يان پرۆژەكە بە نادروستى ئەنجام بدرئت لە ئەنجامدا دەبئتە ھۆى بە ھەدەر دانى مافى مولكايەتى دەولەت و ھاولاتى .

3-نەبوونى كەسانى شارەزا و پىسپۆر و راھئتراو لە بواری تەكنەلۇجىيائى زانبارى دەبئتە ھۆى ئەوہى زانباريەكان بە ھەلە داخلى كۆمپيوتەر بركئىن و متمانى خەلك بە حكومت كەم بئتەوہ .

4-نەبوونى لئژنەيەكى تايبەتمەند لە ھەر فەرمانگەيەك بۆ ووردبئنى كردنى سەرجم زانباريەكان دواى داخلى كردنى زانباريەكان ، دەبئتە ھۆى داخلى كردنى زانباريەكان بە ھەلە و زيان بە بەرژەوہندى ھاولاتيان و دەولەت دەگەيەنئت .

5-نەبوونى ستاف و كەل و پەلى ھونەرى پئويست دەبئتە ھۆى دواخستنى پرۆژەكە و ئەنجام نەدانى .

6-دابئن نەكردنى بودجەيەكى پئويست بۆ ئەنجامدانى پرۆژەكە كارەكە رادەگريئت .

**دوہم: بەكارھئنانى سئستەمى GPS-GIS و بە ئەليكتروئى كردنى كارە ھونەريەكان و نەخشەكانى خانوبەرە .**

لە كارە روويپويەكان و ھونەريەكانى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەرە بە كارھئنانى ئەم (2) سئستەمە كار ئاسانىەكى زۆر بۆ فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەرە دەكات لە رووى ھونەرى و روويپويى كە ئەگەر ئەم سئستەمە بەتەواوى جيگير بئت ئەوا زۆر بە كەمى پئويست بە چوونە دەرەوہى مساح و روويپويەكان دەكات بەلكو ھەر لە ناو فەرمانگە و لە رېگەى ئەم بەرنامانەوہ دەتوانن نەخشە و ابعاد و سنورەكانى مولكئك بە دقەيەكى زۆر وورد دەستنيشان بركريئت ھەرچەندە سالانى پئشوتر لە پارئزگاي ھەولئر بە ھەمامە ھەنگى شارەوانى و فەرمانگەكەمان كارئكى زۆر لەسەر ئەم بابەتە ئەنجام درابوو بۆ سنوورى شارى ھەولئر و بەلام ھۆكار نازانئن بۆچى ئەم پرۆژەيە لەلايەن پارئزگا و شارەوانىوہ نەخراوتە بواری جيئبەجئى كردن لەبەر ئەوہى زۆربەى ئەو وولاتانەى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەرەيان بە ئەليكتروئى كراوہ ئەم سئستەمە پئشكەوتوويەيان ھەيە و بايەخئكى زۆريان پئداوہ وە سەرجم ئاميرەكانى تايبەت بە جيئبەجئى

کردنى (GPS , GIS) يان بۇ دابىن كراوه فەرمانبەرانىان لەسەر ئەم كارە راھىزاون جا چ لە ناوھەى وولات بى يان دەرھەى وولات . ھەرھەك لە نەوونەى وولاتى توركيا بىنرا لە ئەنجامى سەردانمان بۇ بەرئۆبەرايەتى گشتى نەخشەى كادسترو كە ئەم فەرمانگەيە سەر بە بەرئۆبەرايەتى گشتى تۆمارکردنى خانووبەرەيە لە توركيا دەرکەوت ھەموو كارە ھونەرەيەكانى تۆمارکردنى خانووبەرە لەم فەرمانگەيە ئەنجام دراوہ بە شۆھى كاميراي دیجيتالى و بە فرۆكە كارى وينەگرتىيان دەكەن وە سىستەمى (GPS) بەكار ھاتووە كە رۆھى روويووكردن و ھەلە لە روويوويەكەى زۆر زۆر كەم دەرکۆت يان ھەر نە .

**سپيەم :** ھەموارکردنەوھى ئەو ياسايانەى پەيوەستن بە فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانووبەرە

ياساي تۆمارکردنى خانووبەرەى بەركار لە عىراق و ھەريمى كوردستان برىتە لە ياساي تۆمارکردنى خانووبەرە ژمارە (43)ى سالى 1971 ى ھەموارکراو و ھەرھەا ياساكانى تری پەيوەست بە فەرمانگەكان وەكو ياساي خەملاندنى بەھاي خانووبەرە و سوڤەكانى ژمارە (85) ى سالى 1978 ى ھەموارکراو كە ياساي كۆنن و پيويستيان بە گۆرانكارى و ھەموارکردن ھەيە بە مەبەستى گونجاندىيان لەگەل ئەو پيشكەوتنە ئەليكترونى و تەكنەلۆجيانەى ئەم سەردەمە روويانداوہ بۇ ئەوھى چارەسەرى ھەموو ئەو ئاستەنگانە بكات كە دینە پيش ئەو ياسايە و دەبنە لەمبەر لە رى بە ئەليكترونى كردن و بەكارھيئانى تەكنەلۆجيا لە نيش و كارەكانى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانووبەرە و بەتايبەتى چارەسەر كردنى ئەو برگە و مادانەى لە ياساكە ھەن كە رىگن لەبەردەم بە ئەليكترونى كردنى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانووبەرە ، ھەرھەا ھانى حكومەتى فيدرالى و ھەزارەتى دادى عىراقى فيدرالى بەریت بۇ دروستکردنى پرتۆكۆلىك يان ھەر شتىك لەم شۆھيە بيت بۇ ئاسانكارى لە راپەراندىنى كارى ھاولاتيان وە گەرانندنەوھى ئەو دۆكۆمىنتانەى (تۆمارە ھەميشەبيانە) ى كە تايبەتە بە ھەريمى كوردستان و دەگەریتەوہ پيش راپەرينە مەزنەكەى بەھارى سالى 1991 و لە بەرئۆبەرايەتى گشتى تۆمارکردنى خانووبەرەن لە بەغدا .

**چوارەم:** بالەخانەى بەكارھاتوو بۇ فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانووبەرە

دابىن كردنى بالەخانە لە سەر شپواز و ستاندارى تازە بۇ سەرجمە فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانووبەرە زۆر گرنگە وەك لە پيشەوہ باسمان كرد كە يەككە لە پيداويستىەكانى سىستەمى ئەليكترونى فەرمانگەكان و ھەرھەا جۆرى ئەو بالەخانانە زۆر گرینگە لەبەر ئەوھى ئاشكرايە فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانووبەرە وەك بانكىك واپە بۇ پاراستنى مافى مولكايەتى ھاولاتيان و حكومەت ئەويش بە پاراستنى تۆمارە ھەميشەبيەكان

و بەرايىه كانى پەيوەست بە و مافە پەيوەستق بە خاوەندارىه تى مولك واتە ئەركەكەى زۆر نزيكە لە ئەركى بانكە دارايىه كان بەلام بەلەخانەكانى ئەم فەرمانگانە كەمترىن ئاستى ريكارە خۆپاريزيه كانى كە لە بانكە دارايىه كان جيبه جي دەكرىت تيدا نيه و زۆر جار مافى خاوەندارىه تى زۆر جار تووشى تەزوير و دەستكارى كردن و بردن دەبیتەو و لە كاتىكدا بەرايىه كانى مافى مولكايه تى هاوالاتيان و حكومەت لەناو ئەم فەرمانگانە زۆر بە نرختر و زياترە لە و پارانهى لە بانكەكە هەيه ، بۆيه پيوستە بايهخى زياترى پيبدريت .

### پينجەم: دامەزراندنى فەرمانبەر و كردنەوهى خولى بەهيز كردنى بەردەوام

فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەره لە ئىستادا لە رووى ژمارهى فەرمانبەران و لە رووى جۆرى بروانامەكانى فەرمانبەرەكانى كيشەى هەيه بە پي ستاندارى ميلك بەتايبه تى لە رووى جۆرى بروانامەكان بۆ نموونه فەرمانبەرى شارهزاي بوارى كۆمپيوتهرى يان بوارى تەكنەلوجيا وەكو ئەندازيارى كۆمپيوتهر لەلايهكى تر ئەو فەرمانبەرانەى لە ئىستاش كارەكان دەكەن لە فەرمانگەكان تواناكانيان و زانياره كانيان لە رووى ياساي و هونەرى و كارگيرى و ژميريارى نەگەيشتۆتە ئاستى گموجى ئيمە لە بەريۆه بردنى كارەكانى تۆمارکردنى خانوبەره بەلكو پيوستيان بە كردنەوهى خولى بەردەوام هەيه بۆ پيشخستنى تواناكانيان لە هەموو ئەو بوارانەدا .

### بۆيه بۆ زال بوون بەسەر ئەم كيشانە پيوستيمان بە :

1- دامەزراندنى فەرمانبەر لە سەر بنەماى پيوستى جۆرى بروانامەكان بەپي پيوستى ميلكى فەرمانبەرانى سەرجهم فەرمانگەكانمان لە رووى ياساي و هونەرى و لە بوارى تەكنەلوجياى زانيارى و ژميريارى هەيه .

2- كردنەوهى خولى بەردەوام بۆ فەرمانبەرانى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەره لەسەر بنەماى پلانكى گشتگير و پيشكەوتوو كە خۆى بگريتهوه لە خولى راهينان و بەرزکردنەوهى ئاستى راهينانيان لەسەر هەموو بوارهكانى تۆمارکردنى خانوبەره بەم شيوهيهى خوارهوه :

أ- خولى ياساي : مەبەست لە كردنەوهى خولهكە بەهيزکردنى ئاستى ياساي فەرمانبەرانى ياساي و خستنه رووى ياسايه كان و ريكارە ياسايه كانى پەيوەست بە تۆمارکردنى خانوبەره بيت كە ئەم بابەتانه لە خۆ بگريت :

- هەلس و كەوتە رەفتاربه كان لەسەر مولك و جۆرهكانى و مەرجهكانى و بەلگەكانى پيوست و چۆنيه تى تۆمارکردن .

- رېكاره سەرەكیەكانى ھەموو جۆرە مامەلەكان كە لە فەرمانگەكانى تۆماركردنى خانووبەرە جیبه جی دەكریت .
- رېگره كانى تۆماركردن (موانع التسجيل) چين و ئەحكامه كانى چين و جۆره كانى چين .
- زیدەگەرى و رېكاره كانى چين .
- نۆرىن و چۆنیەتى كارەكانى لیژنەى نۆرىن بەپێى یاسای خەملاندنى بەھای خانووبەرە و سوودەكانى ژمارە 85 سالى 1978 ھەموارکراو .
- چۆنیەتى ووردبىنى كردنى مامەلەكانى تۆمارکراو و ئەحكامه كان و كارېگەرېه كانى ووردبىنى چين لە رووى یاساییه وه لەسەر ئەو مامەلانه .
- حوكمه كانى برىكارنامه .
- جۆره كانى تۆماره كان (تۆمارى ھەمیشەى) .
- ب- خولى ھونەرى : تايبەت بە فەرمانبەرانى ھونەرى و كردنەوھى خولى بەھێزكردنیاں لە رووى بەكارھێنانى ئامیرە نوێكانى كە لە بواری ھونەرى و رووبیوى بەكار دەھێنرین و زۆر پېشكەوتوون بۆ نمونە راھێناریان لەسەر ئامیرەكانى (پلۆتەر-سكانەر - كۆمپووتەر - سیستەمى (GIS , GPS) .
- ج- خولى ژمیریاری : تايبەت بە فەرمانبەرانى ژمیریاری و كردنەوھى خولى بەھێزكردنیاں لە رووى بەكارھێنانى تەكنەلۆجیای نوێ و رېكار و تەكنىكى نوێ لە رووى ژمیریاری و بەتايبەتى بابەتەكانى خولەكە خۆى بگرتنەوھە لە :
  - تۆمارەكانى بەكارھاتوو لە ژمیریاری .
  - بودجە و ئامادەكردنى بودجە .
  - شىكردنەوھە و رېكخستنى امانات و جۆرەكانى .
  - ووردبىنى ژمیریاری .
  - دیاری كردنى چۆنیەتى وەرگرتنى برە رەسمى ھەموو جۆرە ھەلس و كەوتە رەفتاركاریه جیاوازه كانى سەر مولك بۆ نموونە (فرۆشتن - میرات - رەھن ...ھتد) .
- د - خولى كارگیزی : تايبەت بە فەرمانبەرانى كارگیزی و كردنەوھى خولى بەھێزكردنیاں و راھێناریان لەسەر ئەو بابەتانه بە پېشكەوتوترین تەكنەلۆجیای رېكارى نوێ .
- ریزبەندى مووچە (سلم الرواتب) .

- مۆلەت و جۆرەكانى (ئاسابى ، نەخۆشى ، بى مويچە ....ھتد) .
- ووردهكارىهكانى مىلاك .
- دەرمانلەي پۆستەكان .
- خانەنشىنى .

### شەشەم: كوالىتى بەرگى تۆمارەكان و دۆسيەكان

(كەل و پەلى بەكار ھاتوو بۇ ھەلگرتنى ئەم بەرايىانە) لە رووى ھەلگرتن و پاراستنى بەرايىەكانى ھەر مولكەك كە لە ناو دۆسيەكەي لە فەرمانگەكانى تۆماركردنى خانوبەرە ھەلگەرت كوالىتى فايەلەكانى خانوبەرە كە بەرايىەكانى مولكى تىدا دەپارزىرت خراپە و زۆر زوو لەناو دەچىت و دەدرپن كە ئەم بەرگەش لەلايەن بەرئوبەرەيەتى چاپەمەنيەكانى سەر بە ھەزارەتى دارايى دابىن دەكرين و ئەمەش دەبيتە ھۆي لە ناو چوونى ئەو دوکوۆمىنتانە و كارىگەريەكى خراپى دەبيت لەسەر پاراستنى مافى مولكايەتى ، بۆيە لە ئەنجامى سەردانكردنمان بۇ وولاتانى پيشكەوتوو ھەكو (المانيا و توركييا و اسكتلندا) دەرکەوتوو جۆريكى زۆر تايبەت لەو فايەلە بەكار دەھيترين بۇ ھەلگرتنى ئەو بەرايىانە و دوکوۆمىنتانە كوالىتيەكەي بە جۆريكە بە ھىچ شيوەيەك لەناو ناچن . ھەرۋەھا لە رووى بەكارھيئانى ئەو دۆلاب و كەرستانەي ئەو دۆسيە و تۆمارى ھەميشەي تىدا ھەلگەرتىن بە جۆريكە و بەشيوەزىك دروستكراو كە زۆر پارزىراو بە شيوەيەك ئەگەر فەرمانگەكانىش توشى كيشەيەك يان ھەر بارىكى نەخوازو ببەو ئەوا ئەو بەرايىانە لە ناو ئەو جۆرە دۆلابانە پارزىراو دەين و بە ئاسانى لەناو ناچن ھەرۋەھا پارزىراو دەين لە دزىنيان يان لە تەزويركردنيان لەبەر ئەوئەي ئەم بەرايىانە مولكايەتى ھاولاتيان دەسەلمىتت بە بردنيان يان تەزوير كردنيان ئەوا ئەو مافانە دەكەونە مەترسى بۆيە ئەم بابەتانە پىويستە بەھەند ھەربىگرتن بەمەبەستى پاراستنى مافى ھاولاتيان و ھۆكارىكە بۇ زياد بوونى متمانەي ھاولاتيان بە فەرمانگەكانى تۆماركردنى خانوبەرە لە پاراستنى مافەكانيان تايبەت بە مولكەكانيان .

### ھەوتەم : ويئەي تۆمارى ھەميشەي

ئەو كاغەزەي بەكار دىت بۇ ويئەي تۆمار لە رووى كوالىتيەو خراپە و ھىچ جۆرە تەكنىك يان شيوەزىكى تايبەت بۇ رىگە گرتن لە ساختە كردنى و ناسينەوئەي كاغەزەكە يان لۆگۆيەك لەناو كاغەزى بەكارھيئراو نيە تاوھكو بە ئاسانى ويئەي تۆمارىكى ساختە لە ويئەي تۆمارى دروست جيا بىكرىتەو ، بۆيە پيشنيار دەكەين جۆرە تەكنىك يان جۆرە كاغەزىكى تايبەت بۇ ويئەي تۆمار دابىن بىكرىت و ھەندىك زانىارى كەسى تايبەت بە خاوەن مولك لە ناو ويئەي تۆمارەكە جي ي بىكرىتەو بۇ نەوونە (پەنجە مۆرى خاوەن مولك ، شوپنى



وینەى كەسى خاوەن مولك ، واژووى خاوەن مولك) وه ههروههها چاپ كردنى كاغەزەكه به شىواژىك بىت وهكو چاپى پاسهپورت بىت يه كسەر بتوانىت وینەى تۆمارى ساخته له وینەى تۆمارى راستهقىنه جيا بكرىتهوه وه ئەم رىكاره له لایهك دەبىته هۆى پاراستنى مافى خاوەن مولك له لایهكى ترهوه به شىوهيهكى بهرچاوبىش رىگه له ساختهكارى (تزویر) يان دەستكارى كردن (تلاعب) كردن به تۆمارهكان دەگىرىت له فهرومانگهكانى تۆماركردنى خانووبهره .

**ههشتهم: گۆرىن و پىشخستنى شىواژى وهگرىتى رسمى مامهلهكان له فهرومانگهكانى تۆماركردنى خانووبهره .**

به پىپى رىنمايه داراييهكان ئەگەر خاوەن مامهله برى رسمهكهى له (200000) دوو سهدهزار دىنار زياتر بىت ئەوا دەبىت رسمهكهى له رىگهى چهكى بانكيهوه بىدات به فهرومانگهكانى تۆماركردنى خانووبهره و ناتوانىت راستهوخۆ برى رسمهكه بىدات به فهرومانگهكانى تۆماركردنى خانووبهره بۆيه له دهرنهجامى ئەم رىكاره هاوولتايان توشى دواكهوتن و ماندوووىونى زۆر دهبهوه به هۆى دوورى بانكهكان له فهرومانگهكان و جاروبارىش كىشه له چهكهكانيان دروست دەبىت كه ئەمەش دهبه هۆى دواكهوتنى مامهلهكان ، بۆيه بۆ زال بوون به سەر ئەم كىشهيه پىشنيار دهكهين :

1- به دابىن كردنى ژوورىك بۆ فهرومانبهرانى بانك له ناو فهرومانگهكانى تۆماركردنى خانووبهره بۆ وهگرىتى رسمى مامهلهكان له لایهين ئەم فهرومانبهرانى بانكهكان هەر له ناو فهرومانگهكانى تۆماركردنى خانووبهره.

2- دابىن كردنى ژوورىك بۆ فهرومانبهرانى باجهكان (باجى خانووبهره ، باجى دهرامهت) بهمهبهستى رايى كردنى پاكانهى فهرومانگهى باجهكان له ناو فهرومانگهكانى تۆماركردنى خانووبهره .

به جىبهجى كردنى ئەم دوو خاله له لایهك رىگهيهكى درىژ بۆ هاوولتايان كورت دهكاتوه وهزامهندى هاوولتايان و خزمهتگوزاران و پارىزهراى بهرجهسته دەبىت و له لایهكى ترهوه له ئىستادا به هۆى ئەوهى پىويسته فهرومانبهرانى ژمىريارى و خهزنهى فهرومانگهكانى تۆماركردنى خانووبهره كارى كۆكردنهوه و رىكخستنى رسوماتهكان و ئىداع كردن له بانك ئەنجام بدن دەبىت له كاتژمىر (12) صندوق دابخرىت كه ئەمەش كار دهكات ه سەر كهمكردنهوهى پىشكەش كردنى خزمهت به هاوولتايان له دواى ئەم كاته بۆيه ئەگەر ئەو پىشنيارانە جىبهجى بكرىت ئەو كات بۆ ماوهيهكى درىژتر صندوق داناخرىت و كارى هاوولتايان و پارىزهراى زۆر خىراتر و رىك و پىكتر جىبهجى دهكرىت .

### كۆتايى

دوای كۆتايى ھېنان بە بابەتى تويژىنەۋەكەمان ، گەشتىن بەم دەرئەنجام و پېشنيارانەى خوارەۋە :-

#### يەكەم: دەرئەنجامەكان

1- بە ئەلىكترونى كردنى فەرمانگەكانى تۆماركردنى خانوبەرە يەككە لە گرنگترىن رېكار كە دەبېتە ھۆى كەمكردنەۋەى رۇتىن و رېگريكرن لە ھەر كارىكى گزى و ھەرۋەھا خېرا راپەراندى كارەكانى ھاۋلاتيان و دام و دەزگاكانى ترى حكومت لە فەرمانگەكانى تۆماركردنى خانوبەرە لە ماۋەيەكى كورت و بە كوالىتەكى بەرز .

2- بەكارھىنانى سىستەمى GIS , GPS دەبېتە ھۆى بەردەست بوونى روويپويەكى ھەۋايى (مسح جوي) يەكى گشتى بۇ سەرجمە مولكەكانى ھەرېم و ھەرۋەھا گۆرىنى سەرجمە نەخشەكان لە شېۋەى كاغەزى بۇ شېۋەى ئەلىكترونى لەيزەرى بەبەكارھىنانى ئامبىرى پېشكەوتوو ھەرۋەھا ئەنجامدانى چەسپاندىنى سنور بە شېۋەيەكى وورد بە كوالىتەكى بەرز بە بى دەرچوونى فەرمانبەرى ھونەرى و ئەمەش يارمەتيدەر دەبېت بۇ بەرئۆبەردىنى مولكى دەولەت و ھاۋلاتيان بە شېۋەيەكى زانستيانە و دىراسەتكراو .

3- لەبەر ئەۋەى ياساى تۆماركردنى خانوبەرە نىكەى (50) پەنجا سالى بەسەر تېپەربوۋە لە سەر دەرچواندى بۇيە ھەمواركردنى ھەندىك لە دەق و ماددەكانى ئەم ياسابە بە پېويست دەزانىن بۇ ئەۋەى رېگە خۆشكەر بېت بۇ جىكردنەۋەى بەكارھىنانى تەكنەلۇجيا پېشكەوتووەكانى ئىستا لە بوارى تۆمارى خانوبەرە .

4- داين كردنى بالەخانە لەسەر شېۋاز و ستاندارى تازە بۇ سەرجمە فەرمانگەكانى تۆماركردنى خانوبەرە يەككە لە پېويستە گرنگەكان كە تواناى ئەۋەى ھەبېت سىستەمى ئەلىكترونى لەو فەرمانگەيە جى بە جى بكرىت و ھەرۋەھا ھۆكارىكى گرنگە بۇ پاراستنى مافى مولكايەتى ھاۋلاتيان و حكومت بە پاراستنى تۆمارە ھەمىشەبەكان و بەرايىەكانى پەيوەست بەو مافە .

5- دامەزراندى فەرمانبەرى پېويست لە رووى جوړى بروانامەكانى پەيوەندار بە فەرمانگەكانى تۆماركردنى خانوبەرە بە پى سى ستانداردى مىلاك لەبەر ئەۋەى لەسەرجمە فەرمانگەكان كىشەى كەمى فەرمانبەر ھەيە بە تايبەتى لە رووى بروانامەكانى كۆمپيوئەر و بوارى تەكنەلۇجيا و ھەرۋەھا كىردنەۋەى خولى بەردەوام بۇ بەرزكردنەۋەى ئاستى شارەزايان ھۆكارىكى كارىگەرە بۇ بەرزكردنەۋەى كوالىتى پېشكەشكردنى خزمەتگوزارى .

6- كوالىتى بەرگى تۆمارە ھەمىشەبەكان و بەرگى دۆسيەكان لە كاتى ئىستادا خراپە و زۆر زوو لە ناو دەچىت و دەدرىت ، بۇيە باشتىركردنى كوالىتى بەرگى ئەم تۆمار و

دۆسيانه ھۆكاريكه بۇ پاراستنى مافي مولكايه تي به شيويه كي زور باشت له بهر نه وهى سهرجه م به لگه فهرمييه كاني خاوه ندرارتي له ناو دوسييه كان و ههروه ها له ناو توماره هه ميشه يه كان هه لده گيريت و تومار ده كرين .

7- سه باره ت به (وينه ي تومار) پالېشت به ياساي تومار كردي خانوبه ره ژماره (43) ي سالي 1971 ي هه مواركراو به تاييه تي له ماده (10) روونكراوه ته وه وينه ي توماري هه ميشه يي به لگه نامه يه كي ياساي به هيزه بۇ سه لماندن خاوه ندرارتي مولك بويه كواليتي نه و كاغزه ي له نيستادا بۇ وينه ي تومار به كارد هه يترت له رووي كواليتيه وه خرايه و هيج جور ته كنكيك يان شيوازيكي تاييه ت بۇ ريگريركرن له ساخته كردي و ناسينه وه ي كاغزه كه ي يان لوگو يه كي تاييه تي له ناو نيه تاوه كو به ناساني وينه ي توماري ساخته له وينه ي توماريكي دروست جيابكرته وه ، بويه به كارهيئاني كاغزه يكي و لوگو يه كي و به كارهيئاني ته كنكيك و شيوازي تاييه ت زور پويسته له كاغزه ي وينه ي توماري هه ميشه يي هه ييت .

8- شيوازي وهرگرتي ره سم به و ريكار و رينمايه كوئانه بوته هوكاري دواكه وتني مامه له ي هاوالتيان له فهرانگه كاني تومار كردي خانوبه ره ، بويه گرتنه به ري ريكار و رينمايه تازه له م بواره ده بيته پالنه ريكي باش بۇ نه وه ي هه م هويه خه زنه (صندوق) بۇ ماويه كي زور زياتر له نيستادا كار بكه ن و ره سم مامه له كان وهرگن له نه نجامي نه وه ش كار ده كاته سهر خيراتر بووني ته واو كردي مامه له ي هاوالتيان و ناسانكاريه بۇ هاوالتيان له چونييه تي داني ره سمه كانيان .

#### دووهم : پيشنياره كان

1- گرييه ست له گهل كومپانيا بسپوره كاني بواري ته كنه لوجياي (IT) نه نجام بدرت به مبه ستي دروست كردي تورنك و سيسته ميكي نه ليكتروني به هيز له رووي كواليتي و پاريزراوي بۇ به يه ك به سته وه ي سهرجه م فهرانگه كاني تومار كردي خانوبه ره و به سته وه يان به به ريويه رايه تي گشتي تومار كردي خانوبه ره .

2- له بواري GPS , GIS پيشنياري كرده وه ي سه نته ريكي (GIS) له ديواني به ريويه رايه تي گشتي تومار كردي خانوبه ره ده كه ين و ههروه ها داين كردي ناميره پيويسته كاني نه م بواره وه كو ناميري (GPS) و پلوتهر و سكانهر و كومپيوته ري جورى گونجاو له بواري سيرقه ر و گابعه ي رهنكاو رهنكي ليزه ري ) و راهيئاني فهرانبه ران له سهر به كارهيئاني نه م پروگرام و ناميرانه .

3- له رووي بيناي فهرانگه كانه وه پيشنيار ده كه ين شيوازي و ستانداردي دروست كرديان بگونجيتريت له گهل سيسته مي نه ليكتروني و به ناستيك پاريزراو بيت له رووي نه منيه وه وه كو بيناي بانكه داراييه كان به مبه ستي پاراستنى مافي مولكايه تي .

4- دامه زراندي فهرانبه ر له فهرانگه كاني تومار كردي خانوبه ره له سهر بنه ماي

ستانداردى مىلاك واته به گۆيرهى پيويستى فەرمانگه كه له رووى بروانامهى ئه و دامه زاندىنانه نهجامبدرت و ههروهها خولى بهردهوام بۆ بهرزكردنه وهى ئاستى شاره زايان له بواره كانى خۆيان بۆ بكرتته وه له سهر بنه ماي بروانامه كانيان وهكو خولى به هيزكردى (ياسايى ، كارگيرى ، ژميريارى ، هونهرى) .

5- دابىن كرىدى جۆرىكى تايبهت له بهرگى تۆمارى هه مېشه يى و بهرگى دۆسيه كان وهكو ئه و جۆرانه ي له وولاته پيشكه وتوووه كان به كار دههيترت بۆ هه لگرتنى بهراييه كان و دۆكيوميته كان كه به جۆرىكه ئه و بهرگانه به هيج شيويهك له ناو ناچن ، وه ههروهها دابىن كرىدى ئه و جۆره دۆلاب و كه رستانه ي كه ئه و تۆماره هه مېشه يى و دۆسيانه ي تيدا هه لده گيرت به جۆرىك بيت وهكو وولاته پيشكه وتوووه كان زۆر پاريزراو بيت به شيويهك ته نانهت بيناي فەرمانگه كهش تووشى كيشه بيت كارىگه رى نه بيت و پاريزراو بيت .

6- سه بارهت به ويته ي تۆمارى هه مېشه يى كاغه زيكي وا دابىن بكرت و ته كنىكى تازه ي تيدا بيت به شيوازيك وهكو چا پى پاسه پورت بيت يان هه ر جۆرىكى پيشكه وتوو ههروهها هه ندىك شوينى تايبهت به زانيارى كه سى خاوه ن مولكه كه تيدا جي بكرتته وه وهكو (په نجه مۆرى خاوه ن مولك، شوينى ويته ي كه سى خاوه ن مولك ، واژووى خاوه ن مولك ) تاوهكو به ئاسانى ويته ي تۆمارى ساخته له ويته ي تۆمارى راست و دروست و ره سه ن جيا بكرتته وه .

7- سه بارهت به ريكارى نوئ بۆ وهرگرتنى ره سم بۆ خيرا راپه راندى مامه له ي هاو لانتيان له رووى دانى ره سم پيشنيار ده كه ين به :

أ- دابىن كرىدى ژووريك بۆ فەرمانبه رانى بانك له ناو فەرمانگه ي تۆماركردى خانوبه ره بۆ وهرگرتنى ره سمى مامه له كان له لايه ن ئه و فەرمانبه رانه هه ر له ناو فەرمانگه كانى تۆماركردى خانوبه ره .

ب- دابىن كرىدى ژووريك بۆ فەرمانبه رانى باجه كان (باچى خانوبه ره ، باچى ده رامهت) به مه به ستى رايىكردى پاكانه ي فەرمانگه ي باجه كان هه ر له ناو فەرمانگه كانى تۆماركردى خانوبه ره .

### پوخته

ئامانجى سەرەكى تۆمارکردنى خانوبەرە برىتتە لە پاراستنى مافى مولكاپەتى و لقه كانى پەيوەست بە و مافە ، ئەم ئامانجەش نايتە دى ئەگەر ئەم مافانە جيگير و دىكيومىنت ئەكرين بە پى ي كۆمەلئىك بنەما و رىساي ياساي دروست . بۆيە دەبينن ياسادانەرى عىراقى و زۆربەى ياسادانەرەكانى وولاتانى جيهان بايەخ و گرنكى زۆريان بە خانوبەرە و تۆمارکردنى هەلس و كەوتەكانى پەيوەست بە خانوبەرە داوہ .

بۆيە لەبەر گرنكى بابەتەكە بە پيوستمان زانى تويژينه وەيەك بكەين بە ناوينشانى (ئامرازەكانى پيشخستنى كارەكانى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەرە) كە لە پيشەكەك و هەشت خال و كوتايى پيكدىت كە دەر ئەنجام و راسپاردەكانمان تيايدا خستۆتە روو كە پى گەيشتووین . لەم تويژينه وەماندا ئامازەمان بە چەند ئامرازىكى گرنكى داوہ بۆ پيشخستنى كارەكانى تۆمارکردنى خانوبەرە و گەيشتنى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەرە بە ئاستى فەرمانگەكانى تۆمارکردنى خانوبەرەى وولاتە پيشكە و تۆووەكان گرينگترين ئەم ئامرازانەش بە كارهيئانى تەكنە لۇجياى پيشكە و تۆو و سيستەمى ئەليكترونى و بە كارهيئانى سيستەمى (GIS) ه لەم فەرمانگانە .

## الملخص

ان الهدف الأساسى للتسجيل العقارى هو حماية الحقوق الناشئة عن التصرفات العقارية . ومما لاشك فيه ان هذه الحماية لا تتحقق الا بثبيت تلك الحقوق وفق أسس وقواعد قانونية سليمة ، وبما ان للعقارات أهمية كبيرة من الناحيتين المادية والمعنوية بالنسبة للدولة والافراد فإن كافة الشرائع و القوانين قد اولت التصرفات العقارية عنايتها وأوجبت تسجيل الحقوق الناشئة عنها في دوائر التسجيل العقارى .

مع ان دوائر التسجيل العقارى في إقليم كردستان شهدت تطورا ملحوظا قياسا بدوائر التسجيل العقارى في الحكومة الاتحادية ، الا ان هذا التطور المنشود بقي دون مستوى طموحاتنا .

ونتيجة لزياراتنا الى دوائر التسجيل العقارى لبعض الدول العربية و الأوروبية و من خلال وقوفنا على سير العمل و ما شهدتها هذه الدوائر من التطورات في هذا المجال . وجدت من الضروري ان اقوم بإعداد هذه الدراسة التي تتضمن أهم الوسائل والأساليب والمقترحات التي تؤدي إلى تطوير وتغيير أساليب العمل في دوائر التسجيل العقارى في إقليم كردستان والتي تجعلها أكثر قدرة على مسايرة أساليب العمل المتقدم من حيث حسن الاداء و سرعة الإنجاز .

### Abstract

The main aim of Real Estate Registration is to protect the rights arising from the Real Estate transactions. Undoubtedly, this protection is not achieved unless those rights are affirmed according to legal and proper principles and foundations. Since the Real Estate has its great significance in terms of material and moral aspects for the state and individuals, all norms & laws have given due regard to Real Estate transactions and necessitated registration rights arising from them in the Offices of Real Estate

As Real Estate Offices in Kurdistan Region witnessed a remarkable development compared to Real Estate Offices in the Federal Government; this desired development, however, remained under the level of our ambitions.

As a result of our visitations to Real Estate Offices to some of Arabic and European states and through getting knowledged about the functioning of the offices and what witnessed developments in this regard, I found it necessary to prepare this study which covers the most important means, ways and suggestions that result in development and change of the working methods in Real Estate Offices in Kurdistan Region and make them more capable to keep up with the advanced work as to good-performance and expeditious process.







## الجزء الثاني

## طاولة مستديرة



طاولة مستديرة حول:

قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 النافذ ومدى مواكبته للواقع  
التجاري في العراق وكوردستان

المنضمّون للطاولة المستديرة:

- الأستاذ الدكتور أكرم ياملكي

- الأستاذ الدكتور فائق الشماع

- الدكتور فاضل الزهاوي

- الدكتور هادي مسلم يونس



## كلمة رئيس مركز البحوث القانونية: الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد:

بسم الله الرحمن الرحيم

نجتمع اليوم في مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان العراق لمناقشة أول موضوعات هذه الطاولة في حلقة نقاشية بين كبار رجال الفقه التجاري في العراق: الأستاذ الدكتور أكرم ياملكي، الأستاذ الدكتور فائق الشماع، الدكتور فاضل الزهاوي، الدكتور هادي مسلم يونس.

إذ يمر العالم وعبر العقدين المنصرمين بتطورات سريعة في مجال التجارة والنقل وتبادل المعرفة والتقنية الحديثة، مما أدى إلى تغيير كبير في منابع رأس المال ومصباته؛ ففي الوقت الذي كانت الشركات المصدرة للسلع هي الأكثر ثراءً، أصبحت اليوم الشركات المنتجة للخدمات هي المتصدرة لهذه القائمة، وبالحقيقة يعكس هذا واقعا غريبا عما كانت عليه الحال في عقدي السبعينات والثمانينات، إذ أضحت الخدمة أكثر أهمية من السلعة في ميدان التجارة. وإذا قسنا على ذلك ما تتضمنه الأعمال التجارية من مواصفات حديثة تثير التساؤلات حول مدى مواكبة قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 النافذ في الإقليم لهذه التطورات التي لفتنا النظر إلى أحد أهم علاماتها في ظل الأسس التي قام عليها، وارتباطه بالمنظومة القانونية التي كانت سائدة في عصر سبته، والمتأثرة بالأفكار الاشتراكية التي كانت تتبناها الدولة وتفرضها على واقع الحياة التجارية. لدرجة انها غلبت العلاقة القانونية على العلاقة التعاقدية تأسيسا على الأفكار ذاتها. واليوم إذ ناقش هذا الموضوع يتصدى له كبار رجال الفقه التجاري في العراق وإقليم كردستان، وهم الأساتذة الكبار كل من الأستاذ الدكتور أكرم ياملكي والأستاذ الدكتور فائق الشماع، الدكتور فاضل الزهاوي، والدكتور هادي مسلم يونس، أترك لهم الحديث عن هذا

الموضوع ضمن المحاور المحددة فيه وشكرا جزيلا لهم مرة ثانية.

- د. هادي مسلم يونس:

أسعد الله مسائكم جميعا، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته. بسم الله وعلى بركة الله  
نففتح محاور النقاش في هذه الجلسة. قبل أن أبدأ أود أن أصحح لما ذكره أستاذنا الدكتور  
محمد بخصوص أساتذة وفقهاء القانون التجاري فأنا لست منهم، بل أنا تلميذ ويشرفني أن  
أكون تلميذا من تلامذتهم، وبالأخص أستاذنا الدكتور فائق الشماع وأستاذنا الدكتور أكرم  
ياملكي.

وبالحقيقة فقد اختلطت المشاعر لدي في هذه الجلسة، فأنا أجد نفسي صغيرا أمام  
هاتين القامتين في مجال القانون وفقه القانون التجاري، وفي ذات الوقت أنا سعيد جدا بأن  
أكون في حضرة أستاذي الكبيرين الأستاذ الدكتور فائق الشماع، الذي علمني الكثير،  
فملكني عبدا وأظل كذلك ما حييت، فقد علمني التفكير القانوني الدقيق وعلمني الدقة  
وعلمني الموضوعية إذ كان مشرفا على رسالتي للماجستير في حينها. وكذلك أستاذنا  
الدكتور أكرم ياملكي، اللذين شرفانا مع الدكتور فاضل الزهاوي في هذه الجلسة التي  
ستكون مفيدة بالتأكيد وستكون غنية وذاخرة، ولو بشذرات من علمهم.

إن المحاور التي اخترناها هي محاور واسعة وذات عمومية كبيرة، ولكن سوف  
نحاول أن نحدد المسائل الأساسية ضمن هذه المحاور لنستمع بخصوصها إلى رأي فقه  
القانون التجاري من خلال الأساتذة الكرام وكالاتي:

المحور الأول يتعلق بالأعمال التجارية والتاجر والمحل التجاري أو المؤسسة  
التجارية. ويتضمن هذا المحور المسائل الثلاثة الآتية:

الأولى هي تقييم منهج قانون التجارة العراقي النافذ في تحديد الأعمال التجارية،  
ومقارنته مع المناهج المتبعة في التشريعات الأخرى، وبخاصة قانون التجارة السابق رقم  
149 لسنة 1970 وقانون التجارة المصري النافذ رقم (17) لسنة 1999 بوصفه تشريعا حديثا  
نسبيا.

ونبدأ ان سمحتم لي بالاستماع إلى شذرات من أفكار أستاذنا الدكتور أكرم ياملكي

فليتفضل ...

## - أ.د. أكرم ياملكي:

السلام عليكم .. أخواني وزملائي الأعزاء .. اشكر أولاً وزارة العدل المتمثلة بالسيد الوزير الأستاذ فرست أحمد عبد الله واشكر خاصة الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد الذي قام بهذه المبادرة وجمعنا على هذه الطاولة لنستمع الواحد إلى الآخر، ويمكن ان يقدم ذلك شيئاً من أجل تحسين كل ما يمكن تحسينه في نظامنا القانوني التجاري. اشكر أيضاً الدكتور هادي على تواضعه وكلماته اللطيفة التي تدل على سمو خلقه. لا أريد ان أبدأ مباشرة، أن تسمحوا لي، بمناقشة الموضوع، لأن عندي كلمة واحدة عامة، وهي قصة أو مسلسل القانون التجاري العراقي. هي في الحقيقة نوع من المأساة أو الدراما كما يقال لأن هذا القانون يعاني من مشكلتين. الأولى القصور أو الخلل في أعداد وتبني أحكامه. والثانية عدم تطبيق أحكامه التطبيق الصحيح، والذي نقوله بالنسبة للسبب الأول أو المشكلة الأولى هو ناتج من عدم كفاءة واضعي أحكام القانون أو عدم مواكبتهم التغييرات الاقتصادية الموجبة لتغيير الأحكام دون تأثير. أما بالنسبة للمشكلة الثانية، وهي مشكلة عدم التطبيق، فهي بسبب عدم كفاءة أو نزاهة مطبقي القانون، بسبب الفساد والرشوة، حتى لو كان القانون لا عيب فيه.

كان القانون المطبق في العراق كولاية من ولايات الدولة العثمانية، هو قانون التجارة البرية العثماني لسنة 1850. وهو منقول من التقنين التجاري الفرنسي لسنة 1807 الذي صدر في زمن نابليون أي قبل أكثر من قرنين، ولم يستطع القائمون بنقل أحكامه ووضعه بشكل يصلح للدولة العثمانية. وجاء بعد ذلك قانون التجارة الوطني الأول لسنة 1943، المنقول في الحقيقة تقريبا بشكل حرفي، ولو بأجزاء متقطعة من قانون التجارة التركي لسنة 1926 وقانون التجارة اللبناني لسنة 1940، والذي وضعه محاسب في وزارة العدل كلف بمهمة وضعه كونه يجيد الفرنسية. ولو رجعنا إلى بعض عباراته لوجدناها غير دقيقة، ومنها استعماله لكلمات غير عربية منها (سيكيولاسيون - Spéculation) تعني المضاربة وغيرها. ثم نأتي إلى قانون التجارة لسنة 1970، إذ فوجئت لما كنت أستاذاً في بداية عهدي في الكلية، في سنة 1965، في حينها قال لي أستاذي المرحوم محمد طه البشير بأنه جاء الدكتور محسن شفيق إلى بغداد لنذهب ونسلم عليه. فذهبنا وسلمنا عليه وعرفنا انه جاء

إلى بغداد لأنه مكلف بوضع مشروع جديد لقانون التجارة. تعاقبت معه وزارة العدل في العراق وعن طريق السفارة العراقية في القاهرة لمدة سنة لوضع مشروع لقانون التجارة. وعندما تحدثنا معه قال أنا أول شيء سأقابل السيد الوزير وأطلب منه الإسراع بتشكيل اللجنة. بعد يومين أقيمت لنا حفلة عشاء من الأستاذ شاكر ناصر حيدر رئيس قسم القانون في الكلية ورأيت الأستاذ محسن وقلت له كيف كانت مقابلتك مع الوزير، قال أنا مظلوم ولن أسلم هذا العمل أبداً، سألته لماذا؟ قال لي أن الوزير قال له لا تأتي باسم اللجنة نحن جئنا بك إلى هنا لكي لا يكون عندنا لجنة، فقال له أنا لا اعرف شيئاً عن القانون العراقي، أجابه الوزير أنا سأعين معك شخص يساعدك ويسهل الأمور. فقلت له من؟ قال (ص م)، فضربت بكفي، فقال لماذا؟ قلت له هذا اختصاصه جنائي، هو من نفس جامعتي وهو عضو بمحكمة التمييز وليس له أي علاقة بالقانون التجاري.

على اية حال، بعد سنة أرسلت لي أول نسخة من المشروع لكي اراه. وكتبت مذكرة طويلة، أظن كانت 32 صفحة أرسلتها عن طريق رئاسة الجامعة إلى وزارة العدل للانتباه إلى النقص والعيوب الموجودة في هذا المشروع. لم يكن هناك أي رد فعل خلال شهر، فعمدت إلى تنظيم ندوة في جمعية المحققين العراقيين ونشرت في العدد الأول من مجلة المحقوقي سنة 1965 - 1966، أيضاً بدون أي رد فعل، فعملت ندوة أخرى في جمعية الاقتصاديين العراقيين وعند ذلك اتصل بي الوزير وقال جئنا لك بالأستاذ محسن شفيق وانظر ماذا تفعل، وكان الأستاذ محسن شفيق قد أتى بزيارة لمدة 15 يوماً فقط لكي يسمع كلامي، ولما تكلمت معه استطعنا تفادي بعض الأمور الصغيرة منها معالجة مصطلح السمسرة واستبداله بالدلالة، وعاد إلى بلده. ثم صادف ان رئيس الجمهورية في حينها السيد أحمد حسن البكر، ومعه الوزير حامد الجبوري، التقى بأساتذة كلية القانون وتحدث في أمور السياسة الداخلية والخارجية وبعدما انتهى قال أنا أحب أن أسمعكم وكنت من المتحدثين حيث عرضت الإشكالات المتعلقة بمشروع قانون التجارة، فقال: (معقول ما في أستاذ من الأساتذة شاركوا!) قلت له ولا أي أستاذ من أساتذة القانون التجاري ما شاركوا في وضع القانون. فقال لحامد الجبوري اكتب كتاباً إلى وزارة العدل، ثم طلب أسماء أساتذة القانون التجاري، فأعطيته الأسماء، وكان وقتها معي الدكتور فائق والدكتور باسم والدكتور طالب والدكتور مرتضى.



بعد شهر من هذا الكلام، رايت العميد رحمه الله، كان الأستاذ علي حسين الخلف فقلت له هل هناك أي اخبار؟ فجاوبني يا دكتور لا تسال ستحزن، فقلت له لماذا، قال لي ذلك هو الكتاب الصادر من وزارة العدل إلى رئاسة الجمهورية وصورة منه إلى كلية القانون، وجاء فيه بأنه أطلعنا على هذا الكتاب ولكن أشراك هذا العدد الكبير من جديد يؤخر صدور القانون فلا مجال لذلك.

وصادف، بعد أشهر أن أصبحت وكيل وزارة الاقتصاد للعلاقات التجارية الخارجية بعد اتفاقية الحادي عشر من آذار 1970، وصدفة أتذكر كان في العشرين من شهر اب قالوا السيد الرئيس يريد رؤيتك، فقلت باي شأن، قالوا ما نعلم هو يحب مقابلتك. فتصورت انه بخصوص قضية قانون التجارة، لكن لما ذهبت تبين لي انه يريد الحديث عن التجارة الخارجية وأنا تحدثت إليه ولم أتطرق إلى قانون التجارة، فسألني ماذا لديك من كلام آخر طالما أتيت إلى هنا، فقلت لا داعي للكلام سيدي الرئيس، فقال ماذا تعني، فتحدثت إليه عن جواب وزارة العدل، فغضب وقال ما معنى كل هذا، فقلت له صار القانون بمطبعة الحكومة وموقعاً عليه من قبل مجلس قيادة الثورة، فاتصل هاتفياً بـ شفيق الدراجي الذي كان أمين السر، وطلب منه إرسال برقية إلى وزارة العدل بإيقاف إصدار قانون التجارة، وبرقية إلى مطبعة الحكومة لإيقاف طبع القانون إلى إشعار آخر.

وبالرغم من كل ذلك في نهاية المطاف فوجئت بنشر القانون في الجريدة الرسمية ورغم محاولات أخرى لاحقة ألا أنه في النهاية أصبح أمراً واقعاً.

- د. هادي مسلم يونس:

حسنا يا دكتور هناك سؤال يطرح نفسه، مع كل ذلك الاستعجال، الا تجد بأن ذلك القانون كان أفضل من قانون التجارة الحالي رقم 30 لسنة 1984؟

- أ.د. أكرم ياملكي:

أجل أفضل بكثير، أكيد فرق كبير، بالعكس، أنا كتبت في كتابي عن كل الجوانب الإيجابية والحسنة في قانون سنة 1970. ومن ضمن العيوب والنواقص في قانون التجارة الحالي أنه جاء حالياً من نصوص لتنظيم أحكام الإفلاس التجاري ولذلك ولمعالجة هذه المسألة تحديدا اقترحت إضافة عبارة إلى نص المادة الأخيرة من قانون 1984 والخاصة

بإلغاء قانون 1970 مفادها (ماعد الباب الخامس منه والمخصص للإفلاس). وفعلا تمت إضافة هذه العبارة إلى النص وبذلك أصبحت أحكام الإفلاس في قانون 1970 نافذة.

#### - د. هادي مسلم يونس:

قبل أن ندخل في الأعمال التجارية، طالما نحن بصدد هذه النقطة، حتى نتحول إلى نقطة أخرى، لو نسال الأستاذ الدكتور فائق أيضاً إذ كان مواكبا لفترة صدور قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984،

#### - أ.د. فائق الشماع:

سمعت الدكتور اكرم ياملكي يتحدث .. وهو كما يقول المثل (لا يُفتى ومالك في المدينة)، فهو اخونا الكبير والأستاذ الأقدم في كلية القانون الأم في بغداد، وقد أعطانا فكرة عن تاريخ حركة التشريع التجاري، أما عن المحور المطلوب الحديث عنه وهو مدى مواكبة التشريع التجاري للواقع التجاري في العراق.

بالنسبة للأعمال التجارية، طبيعي الموجود حاليا في التشريع الحالي يحتاج إلى تطوير، وهذا لا خلاف بشأنه، وركز على كلمة تطوير لأن الصياغة التي جاءت بها المادة الأولى فيها نوع من التضييق للعمل التجاري. خاصة ارتباطه بمسألة النظام الاقتصادي في العراق. بعد أن أصبح نظامنا الاقتصادي نظام الاقتصاد المفتوح، بينما كما تفضلتم في بداية الكلمة الافتتاحية، كان المبدأ الذي يحكم الحركة التجارية نابعا من رحم النظام الاشتراكي. لهذا فإن ما ورد في المادة الأولى من قانون التجارة أصبح صعب التنفيذ حاليا. بالإضافة إلى ان هناك مستجدات جديدة حدثت حتى قبل تغيير النظام الاقتصادي الحالي، وأقصد منذ التسعينات حيث ظهرت نشاطات تجارية جديدة في العراق من الشمال إلى الجنوب. وتبلورت الحالة وتغيرت وتطورت أكثر مع التغير في النظام السياسي. بحيث صارت هناك أعمال كانت غير معروفة وصارت شائعة حاليا. يعني بدون الحاجة إلى ذكر أمثلة، فلم تكن هناك مكاتب صيرفة أو مكاتب نقل فردية. كما أن النشاط الخاص التجاري أخذ يتزايد وبالتالي صارت لدينا نشاطات جديدة بالإضافة إلى النشاطات المذكورة في القانون. وطبيعي أن واقعنا التجاري يختلف عن الواقع التجاري في بلدان

أخرى، ومع ذلك نحن متأثرون بالتشريع المصري مثلما تفضلتم. فقد كان الدكتور المرحوم محسن شفيق هو الذي قاد عملية تحرير قانون سنة 1970. ولكن النشاط التجاري الحالي في العراق، وبضمنه منطقة إقليم كردستان أو في مناطق الجنوب، ابتدعت نشاطات جديدة غير معروفة سالفًا. لذلك ينبغي ان تؤخذ هذه الملاحظة باعتبار تفصيلي وليس مجرد كلمات عابرة. يعني ينبغي ان لا نأخذ بأعمال تجارية محددة على سبيل الحصر. بالإضافة إلى لزوم تطوير هذه النشاطات الجديدة واعطائها ابعادها القانونية. هذا فيما يتعلق بعمومية الأعمال التجارية. وكذلك هناك ثمة ظاهرة أخرى وهي ما يتعلق بالسجل التجاري، وهو عنصر مهم في تحديد التاجر وأعماله التجارية. هذا كان بإيجاز فيما يتعلق بالأعمال التجارية والتاجر. والمحل التجاري أيضاً يحتاج إلى مداخلة جديدة، بالإضافة إلى الاتصالات الإلكترونية والنشاطات التجارية التي تتم عن طريقها.

- د. هادي مسلم يونس:

شكراً جزيلاً لك دكتور اسمح لي بالقول بان هذه المسائل التي ذكرتها هي موجودة ضمن هذا المحور الذي سوف نتناوله. أذن المسألة الأولى كانت تقييم منهج القانون التجاري الذي ذكرته جنابك بخصوص الأعمال التجارية.

المسألة الثانية تتعلق بتنظيم مهنة التجارة ومنها واجبات التاجر والمسألة الثالثة هي المؤسسة التجارية. لكن لا زلنا في المسألة الأولى من هذا المحور واقصد تقييم منهج قانون التجارة العراقي في تحديد الأعمال التجارية.

والسؤال: طالما ان المنهج الحالي المتبع في قانون التجارة الحالي هو ليس بالمنهج الملائم أو المناسب وغير مواكب للتطورات الحاصلة وذلك لظهور أعمال تجارية جديدة، اذن هل البديل هو المنهج الذي كان متبعاً في قانون التجارة السابق لسنة 1970 ومتبع في قانون التجارة المصري النافذ لسنة 1999؟

- أ.د. فائق الشماع:

نعم، فانا ارى انه ليس سيئاً بل هو جيد، لكن مع ذلك لا يغطي التطور التجاري الحاصل في العراق. فالتجارة الآن في العراق هي احدث مما هو عليه في مصر. لأنه لا زالت مصر متأثرة بالتشريعات السابقة، و منها الاشتراكية. بينما نحن خرجنا عن هذا

المحور، فيا ترى هل نعتد على النهج المتبع في التشريعات المصرية؟ فانا لست ضد التشريعات المصرية، بالعكس مفيدة جدا، ولكن اعتقد أن النشاط التجاري في العراق هو أكثر حداثة من النشاط التجاري في مصر. إذ بحسب معلوماتي ان النشاط التجاري في العراق قد أخذ ابعادا تفوق الأفق الذي كان لدينا سابقا. أي أن النشاط التجاري العراقي قد تطور عما كان عليه، وعما تمر به بعض الدول في المنطقة. واترك الموضوع لحضراتكم.

- أ.د. أكرم يا ملكي:

شكرا جزيلاً. في الحقيقة أنا أؤيد الزميل العزيز الدكتور فائق على ان الوضع الاقتصادي العراقي يستوجب تحديثاً لأحكامنا لمواكبة التطورات التي تحدث عندنا، ولكنني ربما أشير إلى نقطة واحدة لم تجر الإشارة إليها هو الدور الرئيسي للدكتور محسن شفيق رحمه الله، في وضع أحكام قانون التجارة المصري لسنة 1999، وهو في وقته اتصل بي هاتفياً يقول ان الذي وضعه بالعراق، تقريبا نقله كليا إلى القانون المصري الجديد.

وبالرجوع إلى قانون التجارة العراقي النافذ فهناك عدة تساؤلات تثار، منها: لماذا القانون العراقي ترك تنظيم الأعمال التجارية التبعية التي كانت منظمة في القانون السابق؟ ولماذا ترك الأعمال المختلطة التي لا يوجد لها أي ذكر إطلاقاً؟ ولماذا لم ينظم الوظيفة القانونية للسجل التجاري؟ ولماذا ربط السجل التجاري بالغرف التجارية والصناعية بينما كانت وزارة التجارة هي الأولى من ان يتم نقله إلى جهة غير رسمية، فانا لا اتق، مع احترامي لها، بجهة غير رسمية في موضوع مهم كالسجل التجاري. فانا أؤيد انه يجب إعادة النظر في أسس الأعمال التجارية بتفصيلها وإضافتها إلى الأعمال غير المذكورة، ومن ضمنها أيضاً تدخل الوسائل الإلكترونية فيها التي هي معيبة في قانون التجارة تقريبا .. صحيح أنه أصبح لدينا قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية فهذا لا يفي بالغرض، لذا يجب ان يعاد النظر في هذا الموضوع.

- د. هادي مسلم يونس:

حسنا دكتور الصيغة التي كانت معتمدة في قانون التجارة لعام 1970 الا تكفي مع إضافة بعض الأمور المتعلقة بالكتابة الإلكترونية وما إلى ذلك من الأمور المتطورة الموجودة الآن؟

## - أ.د. أكرم ياملكي:

شكرا على هذا السؤال دكتور، انا لما كنت طالباً في جامعة جنيف من 1957 إلى 1964 اطلعت على جميع مجلدات لجنة تعديل قانون التجارة الفرنسية. بعد الحرب العالمية الثانية، وجدت الحكومة الفرنسية ان هذه القوانين موضوعة في القرن التاسع عشر، وقبلها قوانين الشركات أقدم أيضاً يمكن 1864 أو 1865، فتم تشكيل لجنة من 32 عضواً، (وكل هذا موجود عندي بالوثائق) 16 منهم من أساتذة القانون التجاري من كبرى جامعات فرنسا و16 منهم من القضاة والمستشارين القانونيين، وقد عملوا ست سنوات وتوصلوا إلى أن تعديل القانون التجاري مع مراعاة ما هو موجود في القانون المدني وما يحتاجه من تعديلات قد يخلق عقبات ومشاكل. وبعد ذلك قدموا مقترحات بما يجب تعديله في القانون المدني ثم ما يجب تعديله في قانون التجارة.

## - د. فاضل الزهاوي:

بسم الله الرحمن الرحيم .. في البداية اود أن أقدم شكري وتقديري إلى الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد على دعوته لنا للمشاركة في هذه الندوة مع أساتذتي الدكتور فائق الشماع والدكتور أكرم ياملكي والزميل العزيز الدكتور هادي. بخصوص الأعمال التجارية حقيقة انا من سنة 1993 تقريبا تركت جامعة صلاح الدين، حيث كنت مدرس القانون التجاري ورئيس قسم القانون في كلية القانون فيها وحالياً أعمل في إحدى جامعات البحرين، حيث تم تكليفي بتدريس مادة القانون البحري والقانون الجوي، فكنت لفترة ما بعيدا عن الأعمال التجارية والشركات وهذه الأمور، حتى انني أصدرت كتابين عن القانون الجوي والقانون البحري، ولكنني لما درست القانون التجاري في جامعة صلاح الدين، هناك رأيت، مثلما تفضل الأساتذة ان الأعمال التجارية فيها نوع من القصور. يعني صحيح مثلا المادة الخامسة من القانون التجاري تتناول العديد من الأعمال التجارية المعروفة، الا أنها لا تواكب التطورات الحديثة الكثيرة كما ذكر الأساتذة أمثلة كاستخدام برامج الكمبيوتر مثلا، حتى هناك مثلا توزيع الغاز والكهرباء وكثير من الأمور الحديثة حقيقة بحاجة إلى إضافتها إلى الأعمال التجارية، عند إعادة النظر في هذه المادة، لكن قبل هذا أرى من الضروري أن يتم تعديل المواد التي تشير إلى سريان قانون التجارة

وأهدافه، أولاً : فيما يخص سريان قانون التجارة

وفقاً لقانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 يسري هذا القانون على :

1 - تنظيم النشاط الاقتصادي للقطاعات الاشتراكي والمختلط والخاص وفقاً لمقتضيات خطة التنمية- 2. جعل دور القطاعين المختلط والخاص مكماً لنشاط القطاع الاشتراكي- 3. الحد من مبدأ سلطان الإرادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية. ( مادة 1 منه ) مادة 2 تعتبر الأعمال التجارية التي تمارسها الدولة من واجباتها الأساس في نطاق توفير السلع والخدمات للمواطنين ( مادة 2 منه ). التجارة نشاط اقتصادي يجب ان يقوم على أساس من الثقة والأمانة والالتزام الدقيق بقواعد القانون، ومن لا يلتزم بذلك يكون معرضاً للمسؤوليتين المدنية والجزائية. ( مادة 3 منه ) أولاً : يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص. ثانياً : يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو أي قانون خاص آخر ( مادة 4 منه ).

أرى ضرورة إلغاء هذه المواد لأنها لا تتناسب مع الظروف الاقتصادية والفكرية التي يمر بها العراق حالياً . واقترح أن تحل محلها الأحكام الواردة في قانون التجارة المصري وقوانين عدد من الدول العربية بهذا الشأن فتكون تلك المواد كالآتي :

1 - تسري أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها شخص ولو كان غير تاجر.

مادة - 2- 1 - تسري على المواد التجارية ما اتفق عليه المتعاقدان ما لم يتعارض اتفاقهما مع نصوص تشريعية أمره، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف التجاري والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجاري أو عادة تجارية وجب تطبيق أحكام القانون المدني.

2- لا يجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين أو قواعد العرف التجاري أو العادات

التجارية متى تعارضت مع النظام العام في العراق .

مادة 3 إذا كان العقد تجارياً بالنسبة لأحد طرفيه تسري أحكام القانون التجاري على

التزامات كلا الطرفين ، ما لم ينص القانون على غير ذلك.

- أ.د. محمد سليمان الأحمد:

إضافات قيّمة دكتور، سنضيفها إلى التوصيات.

- د. هادي مسلم يونس:

اذن حتى ننتهي ونخرج من هذا المحور نقول أن كلا من قانون التجارة العراقي السابق والمصري الحالي حددا الأعمال التجارية، بحيث أورد جملة أعمال تجارية مطلقة لم يشترط فيها الاحتراف و ثم أدرج مجموعة أعمال تعتبر تجارية إذا مورست على سبيل الاحتراف ثم أرفدها بمجموعة أخرى من الأعمال تعتبر هي الأخرى أعمالاً تجارية مطلقة وهي تتعلق بالملاحة التجارية (الربان والسفينة والملاحة وهذه القضايا)، أي أن كلا القانونين قد جاءا بالبداية بأعمال تجارية مطلقة وهي شراء المنقول لأجل البيع أو التأجير والاستئجار من أجل التأجير مرة أخرى، والعمليات المتعلقة بالأوراق التجارية وتأسيس الشركات. هذه عدت أعمالاً تجارية حتى لو وقعت مرة واحدة. ثم جاءت المادة الرابعة من قانون التجارة العراقي بالنص على أنه: (تعتبر الأعمال الآتية تجارية إذا تمت مزاولتها على وجه الاحتراف ...) وذكر مجموعة أعمال وهي ستة عشر. ثم نصت المادة الخامسة على أنه (يعتبر أيضاً عملاً تجارياً كل عمل يتعلق بالملاحة التجارية بحرية كانت أو جوية وعلى وجه الخصوص ...)، وحددت على سبيل المثال بعض هذه الأعمال. ثم أورد في المادة السادسة منه معياراً مرناً لتحديد الأعمال التجارية بحيث يعد عملاً تجارياً كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المنصوص عليها في المواد السابقة لتشابه في الصفات أو الغاية.

- أ.د. محمد سليمان الأحمد:

حسنا دكتور هادي طرح مسألة مهمة، وهي مدى إمكانية تبني هذا المنهج المتبع من قبل ، وهو منهج تبناه قانون التجارة المصري الحديث نسبياً.

- د. هادي مسلم يونس:

ما هو الشيء الذي يمكن ان يضاف إلى هذه المواد (سؤال أو حتى كتوصية)، أستاذنا الدكتور فائق أفصد ما هو محور التغيير الذي نريد أن نحدثه في منهج القانون العراقي

القديم السابق وقانون التجارة المصري الحالي، ما الذي يمكن ان نضيفه عند تشريع قانون جديد للتجارة؟ فيما لو شرع في العراق أو في إقليم كوردستان .. تفضل أستاذي ..

- أ.د. فائق الشماع:

اسمح لي فقط لكي أثبت نقطة، انا أؤكد على أهمية الاستهداء بالقانون المصري لأنه أحدث، لكن ارجو ان لا يهمل الواقع العراقي. لأن معلوماتي عن القانون العراقي أكثر من القانون المصري. فالقانون المصري قد تكون فيه نصوص غير كافية. فانا أويد الاستهداء بقانون التجارة المصري، خاصة نحن الآن أمام اتفاقيات مع مصر والأردن على نشاطات اقتصادية جديدة، فالاستهداء ضروري، ومصر هي أم الدنيا يعني لا ننكر أهميتها بالنسبة للتشريعات. لكن ارجو ان لا يغفل الواقع العراقي الجديد بنظر الاعتبار. مثلما تفضل الدكتور اكرم بأنه هناك أعمال تجارية تبعية ومختلطة وغيرها يجب كلها ان تؤخذ بعين الاعتبار في هذه المسألة.

- د. فاضل الزهاوي:

لو استعرضنا النصوص التي أتى بها قانون التجارة لسنة 1984، وفقا للمادة 5 من قانون التجارة العراقي تعتبر الأعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس:

اولاً : شراء أو استئجار الأموال منقولة كانت أم عقاراً لأجل بيعها أو إيجارها. ثانياً : توريد البضائع والخدمات. ثالثاً : استيراد البضائع أو تصديرها وأعمال مكاتب الاستيراد والتصدير. رابعاً : الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية. خامساً : النشر والطباعة والتصوير والإعلان. سادساً : مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة. سابعاً : خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الأخرى. ثامناً : البيع في محلات المزاد العلني. تاسعاً : نقل الأشياء أو الأشخاص. عاشراً : شحن البضائع أو تفرغها أو إخراجها. حادي عشر : التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية. ثاني عشر : استيداع البضائع في المستودعات العامة. ثالث عشر : عمليات المصارف. رابع عشر : التأمين. خامس عشر : التعامل في اسهم الشركات وسنداتها. سادس عشر : الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل



والدلالة وأعمال الوساطة التجارية الأخرى. وكذلك يكون إنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة القائم بها ( مادة 6 ).

ويلاحظ بان هاتين المادتين رغم أنهما تضمنتا معظم الأعمال التجارية ولكنهما مع ذلك عليهما المآخذ الآتية :

جاء عدد من بنود المادة 5 ناقصة وقاصرة ، وكذلك خلت تلك المادة من ذكر العديد من الأعمال التجارية سيما الحديثة منها . لذلك نقترح تعديل عدد من بنود المادة 5 وإضافة عدد من الأعمال التجارية إليها كالاتي :

تعديل الفقرة أولاً من م 5 إلى ما يأتي :

أولاً - أ : شراء المنقولات أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بذاتها أو بعد تهيئتها في صورة أخرى ، وكذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات . ب - استئجار المنقولات بقصد تأجيرها وكذلك تأجير هذه المنقولات.

تعديل م 5 وجعلها كالاتي :

تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف أولاً : توريد البضائع والخدمات . ثانيا : استيراد البضائع أو تصديرها وأعمال مكاتب الاستيراد والتصدير. ثالثا : الصناعة وعمليات استخراج المواد الأولية .رابعا: النشر والطباعة والتصوير والإعلان. خامسا: مقاولات البناء والترميم والهدم والصيانة .سادسا : خدمات مكاتب السياحة والفنادق والمطاعم ودور السينما والملاعب ودور العرض المختلفة الأخرى .سابعاً: البيع في محلات المزاد العلني. ثامناً: نقل الأشياء أو الأشخاص .تاسعا : شحن البضائع أو تفريغها أو اخراجها .عاشرا : التعهد بتوفير متطلبات الحفلات وغيرها من المناسبات الاجتماعية .حادي عشر : استيداع البضائع في المستودعات العامة .ثاني عشر : عمليات المصارف .ثالث عشر: التأمين .رابع عشر : التعامل في اسهم الشركات وسنداتها .خامس عشر : الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والوكالة بالنقل والدلالة وأعمال الوساطة التجارية الأخرى.

وأرى ضرورة أن تضاف إلى عدد من الأعمال إلى فقرات م 5 وهي : الفقرة ثالثا ) كالمناجم والمحاجر ومنابع النفط والغاز وغيرها (الفقرة رابعا ) والترجمة والإذاعة

والتليفزيون والصحافة ونقل الأخبار والبريد والاتصالات) وكذلك تضاف إلى الفقرة خامسا ( أو طلائها ومقاولات الأشغال العامة) وتضاف إلى الفقرة سادسا ( والمقاهي ).

كما ويتعين أن تضاف الأعمال الآتية إلى المادة 5

سادس عشر: تأسيس الشركات التجارية.

سابع عشر: الاستغلال التجاري لبرامج الحاسب الآلي والبث الفضائي عبر الأقمار الصناعية.

ثامن عشر: مشروعات تربية الدواجن والمواشي وغيرها بقصد بيعها.

تاسع عشر: تشييد العقارات أو شرائها أو استئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها كاملة أو مجزئة إلى شقق أو غرف أو وحدات إدارية أو تجارية سواء كانت مفروشة أو غير مفروشة.

عشرون: توزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء وغيرها من مصادر الطاقة.

الحادي والعشرون: توفير الخدم والأيدي العاملة .

الثاني والعشرون: توفير خدمات الانترنت وتلفون الثابت والنقال .

وكذلك يكون إنشاء الأوراق التجارية والعمليات المتعلقة بها عملاً تجارياً بصرف النظر عن صفة القائم بها ( مادة 6 ).

كما واقتراح إضافة الأعمال الآتية إلى طائفة الأعمال التجارية وكذلك المواد المدرجة

أدناه إلى قانون التجارة :

المادة 7 : يعد أيضاً عملاً تجارياً كل عمل يتعلق بالملاحة التجارية بحرية كانت أو

جوية وعلى وجه الخصوص ما يأتي:- أ- بناء السفن أو الطائرات وإصلاحها وصيانتها - .

ب شراء أو بيع أو تأجير أو استئجار السفن أو الطائرات- ج شراء أدوات أو مواد تموين

السفن أو الطائرات -د النقل البحري والنقل الجوي- هـ عمليات الشحن أو التفريغ- و.

استخدام الملاحين أو الطيارين أو غيرهم من العاملين في السفن أو الطائرات.

مادة 8 : يكون عملاً تجارياً كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة في المواد

السابقة لتشابه في الصفات والغايات.

مادة 9- : الأعمال التي يقوم بها التاجر لشؤون تتعلق بتجارته تعد أعمالاً تجارية - .

2كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقاً بتجارته ما لم يثبت غير ذلك.

مادة - 10-1 - صنع الفنان أعمالاً فنية بنفسه أو باستخدامه عمالاً، وبيعه إياها، لا يعد عملاً تجارياً 2- وكذلك لا يعد عملاً تجارياً طبع المؤلف مؤلفه وبيعه إياه- 3. لا يعتبر عملاً تجارياً بيع المزارع منتجات الأرض التي يقوم بزراعتها سواء كان مالكا لها أو مجرد منافع بها- 4. ومع ذلك إذا قام المزارع بتحويل المواد التي تنتجها الأرض التي يزرعها واستخدم في ذلك آلات ذات قوة محرّكة كبيرة أو عدد قليل من العمال أو أسس متجراً أو مصنعا بصفة دائمة لبيع حاصلاته بحالتها أو بعد تحويلها اعتبر العمل تجارياً.

- أ.د. محمد سليمان الأحمد:

عليه فإن أول توصية تخرج بها هذه الطاولة هو تغيير منحه قانون التجارة في تنظيمه وتعداده للأعمال التجارية، والاستهداء بقانون التجارة المصري النافذ، والذي استهدى بقانون التجارة العراقي لسنة 1970، مع الأخذ بنظر الاعتبار بواقع حال التجارة في العراق وفي الإقليم . لنتقل إلى المسألة الثانية..

- د. هادي مسلم يونس:

المسألة الثانية من المحور الأول هي الأخرى فيها اشكالات، وتتمثل في منحه قانون التجارة في تنظيم مهنة التجارة، وذلك:

هل كان تحديده لمفهوم التاجر ومن يعد تاجراً موففاً ؟ ، وخاصة فيما يتعلق بالشركات مثلاً في القانون السابق والقانون المصري يقول (يعتبر تاجراً: 2. كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات أياً كان الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله)، بينما القانون العراقي الحالي اعتمد على المنهج الموضوعي كما يبدو من خلال احتراف الشركة العمل قد تكون الشركة تجارية وقد تكون مدنية، وكذلك عد المعتمد التجاري تاجراً في ظل القانون السابق وأيضاً في مسائل الشروط والأهلية ومن ثم واجبات التاجر في ظل التطور التكنولوجي المعاصر، ونتطرق إلى ما تفضلتم بالإشارة إليه من موضوعات أيضاً ضمن هذا المحور، فنبداً بمدى كون المشرع الحالي موففاً في تحديد من يعد تاجراً ومن ثم نتحول إلى الواجبات، تفضل أستاذنا الدكتور أكرم.

- أ.د. أكرم ياملي:

شكراً جزيلاً .. في الحقيقة الموضوع واسع جداً من الصعب تغطيته ..

- أ.د. محمد سليمان الأحمد:

يا حبذا لو نركز أكثر على التوصيات ، بمعنى نختار ما يمكن ان يطرح في القانون الجديد فيما لو شرع ..

- أ.د. أكرم ياملكي:

في الحقيقة بالنسبة لتحديد التاجر يجب أيضاً ان ننظر إلى التغييرات التي اجراها الحاكم المدني بريمر، فلم يكن لسلطة الائتلاف أي سلطة أو حق في إجراء أي تعديل في قوانيننا حسب القانون الدولي العام الا فيما يخص الأمن الداخلي وحماية الحدود الخارجية. بالنسبة للأعمال التجارية نعم الكل متفقون على ان يعاد النظر في الصياغة، لكن انا لا اريد انه مثلاً يعتبر تأسيس الشركات كلها تجارية، فهذا مستحيل حتى في الدول الأوروبية الشركة اما مدنية واما تجارية، والشركات منظمة بعقد الشركة ضمن العقود المسماة في القانون المدني، الا أن نصوص القانون المدني الخاصة بالشركات قد ألغيت بموجب قانون الشركات السابق بعد أن اقتبس منها تعريف الشركة، وألغيت بقية النصوص بما فيها تلك النصوص المتعلقة بأشكال الشركات المدنية كشركات الأعمال وشركة الأموال وإلى اخره....

مؤخراً صدر تعديل لقانون المحاماة في إقليم كوردستان أجاز بموجبه تأسيس شركات للمحاماة وهذه الشركة الخاصة بالمحاماة مدنية، يعني شركات مدنية مهنية وكانت موجودة بشكل شركات محاصة منها مكاتب الهندسة والعيادات الطبية التي فيها مجموعة اطباء هي بالواقع عبارة عن مؤسسات مهنية طبية أو هندسية يعني مؤسسات مهنية لأصحاب المهن الحرة ..

وبالرغم من أننا لا ننكر ان أحكام قانون الشركات يفترض أن تطبق على جميع الشركات المدنية والتجارية ولكن قد لا تنسجم أحكامه مع طبيعة هذه الشركات المدنية.

- د. هادي مسلم يونس:

حسنا دكتور نرجع إلى موضوع التاجر، ماذا يمكن ان نضيف للقانون الجديد من أفكار حول مفهوم التاجر؟

- أ.د. أكرم ياملكي:

هذه نقطة مهمة جداً. فنحن في قانوننا، فيما يتعلق باكتساب صفة التاجر أنا أتصوره جيد جداً لأنه يعتمد على الأهلية وعلى الاحتراف - احتراف عمل من الأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون هذا لا يوجد فيه عيب إطلاقاً، العيب موجود بالنسبة لتحديد مشروعات القطاع العام، وقطاع الدولة الذي كان يسموه القطاع الاشتراكي، إذ يوجد غموض في هذا القانون.

- د. هادي مسلم يونس:

صحيح المادة العاشرة..

- أ.د. أكرم ياملكي:

نعم، كان النص سابقاً لا يعتبر هذه المشروعات والشركات تاجراً، ولا ينطبق عليها أحكام القانون التجاري، الآن وبموجب نص المادة (10) من القانون الحالي أصبح الوضع غامضاً، فيجب ان نعرف إذا إذا مارست شركة من شركات القطاع العام العمل التجاري فهل تصبح تاجراً؟ أو فقط يطبق عليها قانون التجارة؟ ولماذا يطبق عليها القانون التجاري إذا كانت لا تعتبر تاجراً، هذه المسألة يجب ان تحسم وهذه هي النقطة الأساسية.

- د. هادي مسلم يونس:

حسناً دكتور فاضل إذا كانت لديك إضافات على موضوع التاجر وهل من الممكن ان نضيف فيما لو شرع قانون جديد إلى المادة (7) من قانون التجارة الحالي؟ أم يكفي هذا التعريف؟

- د. فاضل الزهاوي:

فيما يخص بتعريف التاجر عرفه قانون التجارة العراقي بأنه (يعتبر تاجراً الشخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق أحكام هذا القانون).

أرى من الأفضل فصل الشخص الطبيعي عن الشخص المعنوي في هذا التعريف لأن

الدولة ومؤسساتها تعتبر أيضاً شخصاً معنوي ولكنها إذا زاولت التجارة فإنها لا تصبح تاجراً. لذا اقترح تعديل تعريف التاجر إلى ما يلي :

9- يعتبر تاجراً 1- :- كل شخص يتمتع بالأهلية التجارية يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً.

2 - كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية أياً كان الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله.

مادة 10 : لا تثبت صفة التاجر للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام. ومع ذلك تسري أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية التي تزاولها إلا ما يستثنى بنص خاص. وأرى ضرورة حذف الفقرة ثانياً من المادة 7 من قانون التجارة لانتفاء الحاجة إليها. بخصوص المادة 8 من قانون التجارة الخاصة بالشرط الواجب توافره فيمن يعتبر تاجراً أرى ضرورة تعديلها كالآتي :

1- يشترط في التاجر ان يكون عراقياً بلغ الثامنة عشر سنة، ولم يقم به مانع قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها يكون  
2- أهلاً لممارسة التجارة.

2- مع عدم الإخلال بما ينص عليه قانون الشركات التجارية لا يجوز لغير العراقي مزاوله التجارة في العراق إلا إذا كان له شريك عراقي لا تقل حصته في رأس المال عن 51%. ويمنح غير العراقيين من التجار المقيدة أسمائهم في السجل التجاري وقت نفاذ هذا القانون مهلة قدرها سنتان لتسوية أوضاعهم وفقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة، وإلا شطبت أسمائهم من السجل التجاري.

وأرى ضرورة إضافة المواد الآتية إلى قانون التجارة :

مادة : إذا زاول التجارة أحد الأشخاص المحظور عليهم الاتجار بمقتضى التشريعات النافذة عد تاجراً وسرت عليه أحكام القانون التجاري .

مادة : تثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو مستترا وراء شخص آخر فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر.

مادة : تفترض صفة التاجر فيمن يتحلها بالإعلان عنها في الصحف أو في منشورات أو في الإذاعة أو التلفزيون أو بأي وسيلة أخرى، ويجوز نفي هذه القرينة بإثبات أن من

انتحل الصفة المذكورة لم يزاول التجارة فعلا.

- د. هادي مسلم يونس:

بالنسبة لي لا اعتقد أن الأمر بحاجة ان نضيف إليه شيئاً آخر، يعني هو فعلا يعد تاجر  
أكل من يزاول مهنة خاصة (عمل تجاري على وجه الاحتراف) سواء كان شخصاً طبيعياً  
أو معنوياً فماذا أضيف على المادة؟  
هل نحول السؤال للدكتور فائق؟

سؤال: بخصوص هذا المحور وهو منهج القانون العراقي في تنظيم مهنة التجارة من  
حيث تحديد مفهوم التاجر ومن يعد تاجرا في القانون العراقي وواجبات التاجر في ظل  
التطور المعاصر؟ وتحديد مسائل الدفاتر التجارية والسجل التجاري .. أستاذنا الدكتور  
فائق..

- أ.د. فائق الشماع:

من الصعب إعطاء حلول جوهرية الآن .. لكن بشكل عام التاجر اما ان يكون شخصا  
طبيعيا واما ان يكون شخصا معنوياً. وتحديد شروط التاجر وارد في القانون الحالي، لكن  
الخلط الذي حدث مع دخول النشاط التجاري العمومي، اقصد الدولة. هذا أثار غموضاً  
في تحديد صفة التاجر، هل الدولة تعتبر تاجراً؟ هل المؤسسة التي يتم تأسيسها وتعطى لها  
الاستقلالية بالعمل تعتبر تاجراً؟ فهذه تحتاج إلى تنظيم. لكن عموماً الشروط الواردة في  
القانون الحالي غير معيبة إلى حد انه يمكن تبنيها مع إيضاحات إضافية.

- د. هادي مسلم يونس:

شكراً جزيلاً أستاذنا ، كلمة واحدة أيضاً اريد ان أضيفها، وهي أن القانون الحالي لم  
ينظم أحكام التاجر المستتر والتجارة باسم مستعار وهو أمر يجب أن نتداركه، في حين  
كانت هذه الأمور موجودة في القانون السابق، وقد فعل خيراً الدكتور فاضل في اضافته ...  
فيما يخص المسألة الثالثة الخاصة بالمؤسسة التجارية (المحل التجاري)، نحن ليس  
لدينا في القانون غير إشارة واحدة إلى المحل التجاري .. بينما القانون السابق كان ينظم

400 قانون التجارة العراقي لسنة 1984 النافذ ومدى مواكبته للواقع التجاري في العراق وكوردستان

المحل التجاري الذي يعد من أهم أنواع حقوق الملكية الفكرية .... (انا بالمناسبة رسالتي في الماجستير كانت في بيع المتجر مع أستاذنا الدكتور فائق، لكنني استخدمت مصطلح المؤسسة من باب العموميات)

- أ.د. فائق الشماع:

نعم أنا اتفق معك .

- أ.د. محمد سليمان الأحمد:

وماذا عن واجبات التاجر؟

- د. فاضل الزهاوي:

بخصوص واجبات التاجر يلاحظ أن قانون التجارة في مواده من 9 إلى 38 عالج هذه الواجبات بطريقة مماثلة إلى حد كبير في قوانين التجارة للدول الأخرى ، ولكن بعض مواده وفقراته بحاجة إلى تعديل وهي :

المادة 12 التي أوجبت على التاجر الذي لا يقل رأس ماله عن (ثلاثين ألف دينار) ان يمسك الدفاتر التي تستلزمها طبيعة تجارته. وأرى ضرورة تعديل هذا المبلغ إلى ثلاثين مليون دينار .

المادة 26 التي حولت الغرف التجارية والصناعية المهام المتعلقة بالسجل التجاري المنصوص عليها في قانون التجارة ، أرى ضرورة إناطة المهام المتعلقة بالسجل التجاري المنصوص عليها في قانون التجارة بوزارة التجارة .

المادة 38 التي تنص على معاقبة التاجر، شخصاً طبيعياً \_\_\_\_\_ او معنوياً، بغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على ألف دينار إذا خالف ايا من الأحكام الخاصة بمسك الدفاتر التجارية واتخاذ الاسم التجاري والقيود في السجل التجاري، أرى ضرورة تغيير المبلغ إلى : لا تقل عن خمسة مائة ألف دينار ولا تزيد عن أربعة مليون دينار .

- أ.د. محمد سليمان الأحمد :

لنتقل إلى المحور الثاني..



**- د. هادي مسلم يونس:**

نعم دكتورنا، المحور الثاني مخصص للعقود والالتزامات التجارية، إذا سمحتم مناقش فيه ما يأتي:

أولاً/ مدى الحاجة إلى وضع أحكام عامة للالتزامات والعقود التجارية، أم ان أحكام القانون المدني العراقي تغني عن وضع أحكام عامة للالتزامات والعقود التجارية؟ هذه هي المسألة الأولى، يعني هل نحتاج إلى أحكام خاصة بالعقود التجارية؟ أو يمكن أن نعتمد على الأحكام الواردة في القانون المدني العراقي لتطبق على العقود التجارية.

**- أ.د. أكرم ياملي:**

في الحقيقة كان القانون السابق ينظم الالتزامات التجارية، بخلاف القانون الحالي، صحيح أن جزءاً كبيراً من أحكام الالتزامات في القانون المدني، يصلح للتطبيق في القانون التجاري ولكن انا في رأيي يكون من المستحسن أن يكون هناك فصل للالتزامات التجارية بما فيها من خصوصية. لا تنسوا أيضاً أنه من المشاكل الكبرى هو توحيد أحكام الإثبات بدون مراعاة لمتطلبات التجارة وفيما يتعلق بالدفاتر التجارية والمراسلات التجارية، ولذلك في رأيي يجب إعادة النظر في الأحكام الخاصة بالإثبات التجاري أيضاً.

أما بالنسبة للعقود في القانون المدني لدينا نوعان من الأحكام، لكون القانون المدني شريعة عامة للقانون التجاري، لدينا الأحكام العامة (النظرية العامة)، فهذه لا تقبل التخصيص لأنها تتناول أموراً لا يمكن أن يتناولها القانون التجاري، حتى القانون المدني لا يكررها ضمن أحكام العقود المسماة. ومن قبيل ذلك، انعقاد العقد مع الإيجاب والقبول والبطلان والفسخ والمسؤولية ...

نعم، فهذه تشمل كل العقود بما فيها العقود الإدارية، حتى العقود الدولية. تبقى الأحكام الخاصة بالعقود المدنية، مثلاً شراء سلعة لغرض بيعها مرة ثانية بربح، هو بالأصل يبرم عقد بيع، فأحكام البيع تنطبق عليه، منها العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق سوف تطبق تلقائياً على هذا النوع من البيع حتى وان كان العقد تجارياً، لكن ما تبقى من أحكام ممكن ان ينظمها قانون التجارة فيما لو شرع الآن، لأنه مثلاً، الشراء لغرض البيع ثانية بربح، ما هو الممكن تنظيمه في هذا العقد التجاري؟ أو عقد الحساب الجاري المنظم

الآن في قانون التجارة، ما هو الممكن أن ينظمه القانون التجاري فيما يتعلق بخصوصية العقد التجاري، ماذا تبقى من تنظيم حتى ندخله في هذا القانون؟ ولعل من عيوب قانون التجارة أيضاً أنه لا يتضمن تنظيمًا للوكالة التجارية والوكالة بالعمولة التي كانت موجودة في القانون السابق. وأن أحكام الوكالة الموجودة في القانون المدني لا تصلح لتغطية كل الجوانب الخاصة بالوكالة التجارية وأنواعها المختلفة والتمثيل التجاري والمعتمدين التجاريين وإلى آخره. فلتصور أن العقود التي لها خصوصية أكبر في ميدان التجارة نخصص لها أحكاماً خاصة بها، وأريد أن أذكر لكم أنه في سنة 1965 كنت عضواً في لجنة مشروع القانون البحري العراقي، وكملناه تقريباً، تصوروا من سنة 1969 وضع على الرف ولم يشرع لحد الآن والعراق دولة بحرية وليس لدينا قانون بحري، وأن أحكام قانون النقل غير كافية لتغطية جميع المشاكل فيما يتعلق بالسفن والقبطان وجميع المشاكل الأخرى المتعلقة بالقانون البحري. فهناك نقائص كثيرة في مجال العقود التجارية.

- أ.د. محمد سليمان الأحمد:

إذا تسمح لي دكتور بمداخلة على الذي تفضلت به ، إن الشراء لأجل البيع بالنتيجة هو عبارة عن عقد بيع ومنظم في لقانون المدني، ماذا يحتاج هناك أيضاً لو كان العقد تجارياً، ماهي الجوانب الأخرى أيضاً التي تحتاج إلى تنظيم؟ فهذا هو السؤال..

- أ.د. أكرم ياملي:

بشكل عام العقود والالتزامات التجارية فيها مسائل مختلفة عن المسائل المدنية. في بعض التفاصيل منها الفوائد، والتضامن المفترض، منها أن التصرف هو بعوض كافتراض عام في التجارة، ومنها أن العرف والاتفاقات الخاصة في التجارة لها دور أكثر من القانون، مثلاً. وسأقرأ الآن لكم نص المادة 89 من قانون التجارة السابق على سبيل المثال (إذا عين لتنفيذ العقد أجل معين، وانقضى دون ان يقوم المدين بالتنفيذ فلا يجوز بعد ذلك إجبار الدائن على قبوله) هذا النص، لم يرد في القانون المدني.

- د. هادي مسلم يونس:

هل يمكن، بناءً على ما تقدم، أن نجمع هذه الخصوصيات كلها ضمن باب للعقود والالتزامات التجارية يتضمن في البداية الأحكام العامة ثم تورد الأحكام الخاصة بكل عقد من العقود التجارية؟

- أ.د. أكرم ياملي:

نعم ضروري.. لنسمع رأي د. فاضل..

- د. فاضل الزهاوي:

يلاحظ بأن قانون التجارة قد نظم في الباب الرابع منه تحت عنوان العقود التجارية والعمليات المصرفية من المواد 186 إلى 283. عدد من العقود التجارية والعمليات المصرفية .

فالعقود التجارية التي نظمها اقتصرت على ثلاثة عقود فقط وهي:

أولاً: الرهن التجاري

ثانياً الإيداع في المستودعات العامة من مادة 202 إلى 216

ثالثاً الحساب الجاري

ملاحظتي على هذه العقود هي أولاً أرى حذف موضوع المستودعات العامة من مادة 202 إلى 216 من قانون التجارة لأن هذه المستودعات ليست لها تطبيقات في العراق وغير مستعملة من قبل التجار وغير التجار . وثانياً : هناك عدد من العقود الحديثة والمهمة يتعين تنظيمها بموجب قانون التجارة كما فعل العديد من المشرعين في الدول الأخرى نظراً لزيادة استعمال هذه العقود من قبل المتعاملين في السوق العراقية من هذه العقود مثلاً :

- عقد نقل التكنولوجيا

- البيع التجاري

- البيع بالتقسيط

- عقد التوريد

- الوكالة التجارية

- الوكالة بالعمولة

- وكالة العقود

- السمسرة

- النقل أحكام عامة نقل الأشياء نقل الأشخاص الوكالة بالعمولة بالنقل.

لا شك أن كل هذه العقود تحتاج إلى قواعد عامة مشتركة لحكمها.

- د. هادي مسلم يونس:

اقتراحات جيدة في هذا المحور، لكن ما مدى أهمية العقود الثلاثة التي نظمها القانون الحالي وهي كما تعلمون حضراتكم الرهن التجاري والإيداع في المستودعات العامة والحساب الجاري مقارنة مع عقود أخرى أكثر أهمية وأكثر وقوعاً كالوكالة والدلالة وعقود نقل التكنولوجيا وغيرها.

- أ.د. أكرم ياملكي:

نعم من الضروري أن تحظى بتنظيم ضمن القانون الجديد.

- د. هادي مسلم يونس:

من المسائل الملفتة للنظر، أن القانون العراقي يعتبر الحساب الجاري ضمن العقود التجارية وليس ضمن العمليات المصرفية!

- أ.د. أكرم ياملكي:

اسمح لي فقط أضيف أن هذا كان بناءً على طلبي ، لأن الحساب الجاري يمكن أن يكون بين شخصين من غير التجار وفي غير الأمور التجارية بين طبييين بين أستاذين بين تلميذين بين امرأتين من ارباب البيوت، ولذلك نعطيه الصفة التجارية ولكن لا نعتبره من الأعمال المصرفية، لأن الناس يتصورون الحساب الجاري يجب أن يكون أحد الطرفين فيه مصرفاً، لأن هذه حالات خاصة.

- د. هادي مسلم يونس:

هذه وجهة نظر واضحة وواقعية أنه يمكن أن يكون هناك حساب جاري بين أطراف ليس من بينهم مصرف، وحتى لا ننسى، لو كان الحساب الجاري بين طبييين مثلاً هل

يصح ان نعتبره عقدا تجاريا؟

انا في رأيي نعم، باعتبار أنه تم تنظيمه ضمن الفصل الأول من الباب الثالث وتحت عنوان (العقود التجارية). ونأخذ بمعيار المشرع في تحديد طبيعة العقد أهو مدني أم تجاري، يعني قانون التجارة إذا اعتبر الحساب الجاري عقدا تجاريا، وبالفرضية التي ذكرناها، ممكن أن يصبح بين شخصين مدنيين أو مستهلكين، نعم، ولقضايا مدنية، ويبقى عقدا تجاريا.

- أ.د. أكرم يا ملكي:

اذا تسمح لي، لا علاقة لنا بالأشخاص، فالشخص عندما يمارس عملاً تجارياً لا يصبح تاجر تلقائياً، فلما يكون هناك حساب جاري بيني وبين جنابك مثلاً، نحن الأثنان شخصان موظفان مدنيان هذا لا يؤدي إلى أن نقلب نحن الأثنين أن نصبح تاجرين.

- أ.د. محمد سليمان الأحمد:

وإن كنت أتحنظ بعض الشيء على مصطلح العقد التجاري، من زاوية أن أغلبية الأحكام المطبقة على العقد هي أحكام مدنية، مثل التراضي وعيوب الرضا وعوارض الأهلية والمحل والسبب والبطلان ووقف العقد ولزومه وعدم لزومه والفسخ والمسؤولية، إذ سيبقى الشيء القليل الذي يخص الصفة التجارية للعقود، فهل يمكن أن نجعلها ضمن أطر عامة يتناولها القانون التجاري؟

- د. هادي مسلم يونس :

بالتأكيد يمكن ذلك بلا شك، إذ الغاية من تعديل القانون أن نعطي خصوصية لهذه العقود تجعلها متميزة من العقود المدنية. لكن ماذا عن الالتزامات التجارية؟ هل هناك مقترحات؟

- د. فاضل الزهاوي:

يلاحظ بأن قانون التجارة العراقي جاء خالياً من أي تنظيم لبعض الموضوعات التجارية رغم أهميتها في الحياة التجارية والتي تناولتها بالتنظيم العديد من التشريعات التجارية العربية والدولية ومن هذه الموضوعات:

- المتجر أو المحل التجاري

- سوق الأوراق المالية البورصة
- البيع التجاري
- الالتزامات التجارية
- ولأهمية هذه الموضوعات التي هي جوهر المعاملات التجارية استعرض هنا على سبيل المثال المواد التي خصصها قانون التجارة المصري لمسألة الالتزامات التجارية وهي:
- مادة 47: - يكون الملتزمون معاً بدين تجاري متضامنين في هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك-2. ويسري هذا الحكم في حالة تعدد الكفلاء في الدين التجاري.
- مادة 48: - لا تعتبر كفالة الدين التجاري عملاً تجارياً إلا إذا نص القانون على ذلك أو كان الكفيل بنكاً أو كان تاجراً. وله مصلحة في الدين المكفول 2-لا يجوز في الكفالة التجارية أن يطلب الكفيل - ولو كان غير متضامن - تجريد المدين ما لم يتفق على غير ذلك.
- مادة 49: إذا قام التاجر لحساب الغير بأعمال أو خدمات تدخل في نشاطه التجاري افترض أنه قام بها بعوض ما لم يثبت عكس ذلك ، ويقدر العوض طبقاً للعرف، فإذا لم يوجد عرف قدر القاضي العوض.
- مادة 50 : -تعتبر تجارية القروض التي يعقدها التاجر لشئون تتعلق بأعماله التجارية 2-. إذا اقتضت مهنة التاجر أداء مبالغ أو مصاريف لحساب عملاءه أجاز له مطالبتهم بعائد عنها من يوم صرفها ما لم يتفق على غير ذلك 3-. يحسب العائد وفقاً للسعر الذي يتعامل به البنك المركزي، ما لم يتفق على مقابل أقل 4-. يؤدي العائد في نهاية كل سنة إذا كان الدين مؤجلاً لأكثر من سنة وفي يوم الاستحقاق إذا كان لأجل سنة أو أقل ما لم يتفق أو يجري العرف على غير ذلك.
- مادة 51 : الطلبات والتفويضات الصادرة من التاجر في شئون تتعلق بنشاطه التجاري لا تنقضي بوفاته، ومع ذلك يجوز لورثته إلغاؤها إذا قرروا عدم الاستمرار في التجارة، في هذه الحالة لا يستحق عليهم أي تعويض إذا اخطروا المتعاقد مع المورث برغبتهم في الإلغاء في ميعاد مناسب.

- مادة 52 : لا يجوز بسبب الاستغلال أو الغبن أن يطلب التاجر إبطال العقود التي يبرمها لشئون تتعلق بأعماله التجارية أو انقاص الالتزامات التي تترتب عليه بمقتضاها.
- مادة 53 : -إذا كان محل الالتزام التجاري تسليم شيء خلال موسم معين أو فصل من فصول السنة وجب الرجوع إلى العرف السائد في مكان التسليم لتعيين الوقت الذي يجب أن يتم فيه. فإذا لم يوجد عرف وجب أن يتم التسليم في وقت مناسب قبل نهاية الموسم أو الفصل 2- . يعتبر العرف السائد في مكان التسليم فيما يتعلق بكيفية قياس البضائع أو وزنها أو عددها أو كيلها متمماً للعقد ما لم يتفق على غير ذلك
- مادة 54: إذا كان محل الالتزام التجاري أداء عمل وجب أن يبذل فيه المدين عناية التاجر العادي.
- مادة 55: إذا عين للبدء في التنفيذ أجل معين وانقضى هذا الأجل دون أن يبدأ المدين التنفيذ، فلا يجوز له بعد ذلك إجبار الدائن على القبول.
- مادة 56: إذا احتفظ أحد المتعاقدين بحق فسخ العقد خلال مدة معينة فقيامه خلال سريانها بتنفيذ ما يفرضه عليه العقد من التزامات أو قبوله قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته يسقط عنه حق الفسخ
- مادة 57 : لا تجوز المطالبة بوفاء الالتزامات التجارية إلا في ساعات العمل التي يحددها القانون أو اللوائح التي يجري عليه العرف.
- مادة 58 : يكون إعدار المدين أو إخطاره في المواد التجارية بإنذار رسمي أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، ويجوز في أحوال الاستعجال أن يكون الإعدار أو الإخطار ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصالات السريعة.
- مادة 59 : لا يجوز للمحكمة منح المدين بالتزام تجاري مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا عند الضرورة وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن.
- مادة 60: لا يجبر الدائن على قبول مبلغ التعويض المتفق عليه بدلاً من التنفيذ إلا إذا اتفق على خلاف ذلك.
- ماده 61: 1-الوفاء بدين تجاري لمن يحوز سند الدين مؤشراً عليه بالتخالص أو لمن يحمل مخالصة من 1-الوفاء بدين تجاري لمن يحوز سند الدين مؤشراً الدائن أو من نائبه يبرئ ذمة المدين إلا إذا أثبت للدائن أن المدين لم يقم بالتحري الكافي للتحقق من

صحة الوفاء-2. وجود سند الدين في حيازة المدين قرينة على براءة ذمته من الدين ما لم يثبت خلاف ذلك.

- مادة 62 : في المواد التجارية يجوز للدائن أن يطلب دفع الدين بشيك إذا جاوز مقدار الدين مائه ألف جنيه.

- مادة 63 : 1- إذا كان الدين مؤجلاً وكان المدين مأذوناً في الوفاء به قبل حلول الأجل فليس له عند استعمال هذا الحق أن يخصم جزءاً من الدين إلا بموافقة الدائن ما لم يوجد نص في القانون أو عرف يقضي بغير ذلك . 2- إذا كان المدين غير مأذون في الوفاء بالدين قبل حلول الأجل، فله أن يجبر الدائن على قبول هذا الوفاء إذا دفع له العائد المستحق على الدين حتى انتهاء الأجل أو إبراءه من رده إن كان قد دفع مقدماً، ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو نص في القانون يقضي بغير ذلك.

- مادة 64 : يستحق العائد عن تأخير في الوفاء بالدين التجاري بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. ولا يجوز في أية حال أن مجموع العائد الذي يتقاضاه الدائن أكثر من مبلغ الدين الذي احتسب عليه العائد إلا إذا نص القانون أو جرى العرف على غير ذلك.

- مادة 65 : - كل صك يكون محله دفع مبلغ من النقود أو تسليم بضائع يجوز تداوله بالتظهير إذا كان لأمر الدائن أو بالمناولة أن كان لحامله. - 2 يترتب على التظهير الناقل للملكية أو المناولة انتقال جميع الحقوق الناشئة عن الصك إلى حامله الجديد3- . وفي حالة التظهير الناقل للملكية يضمن المظهر الوفاء بالحق الثابت في الصك في ميعاد الاستحقاق ما لم يتفق على قصر الضمان على وجود الحق وقت التظهير. - 4 إذا أنشئ الصك بمناسبة عملية تجارية التزم الموقعون عليه بالتضامن بينهم ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. - 5 لا يجوز للمدين أن يحتج على حامل الصك بالدفع المبنية على علاقات شخصية خاصة بمنشئ الصك أو بحامله السابقين ما لم يكن قصد حامله - وقت حصوله على الصك - الإضرار بالمدين أو كان الدفع يتعلق بنقص أهلية المدين . عليه بالتخالص. 6- يجوز للمدين أن يمتنع عن الوفاء بالصك إذا لم يرد إليه مؤشراً. 7- تسري على ضياع الصكوك المشار إليها في هذه المادة الأحكام الخاصة بضياع الأوراق التجارية ما لم ينص القانون على غير ذلك.



- مادة 66 : -يعتبر منافسة غير مشروعة كل فعل يخالف العادات والأصول المرعية في المعاملات التجارية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الاعتداء على علامات الغير أو على اسمه التجاري أو على براءات الاختراع أو على أسراره الصناعية التي يملك حق استثمارها، وتحريض العاملين في متجره على إذاعة أسراره أو ترك العمل عنده وكذلك كل فعل أو ادعاء يكون من شأنه إحداث البس في المتجر أو في منتجاته أو إضعاف الثقة في مالكة أو في القائمين على إدارته أو في منتجاته. 2- كل منافسة غير مشروعة تلزم فاعلها بتعويض الضرر الناتج عنها. وللمحكمة أن تقضي - فضلاً عن التعويض - بإزالة الضرر ونشر ملخص الحكم على نفقة المحكوم عليه في إحدى الصحف اليومية.

- مادة 67 : -يسأل منتج السلع أو موزعها قبل كل من يلحقه ضرر بدني أو مادي يحدثه المنتج إذا أثبت هذا الشخص أن الضرر نشأ بسبب عيب في المنتج. 2- يكون المنتج معيماً - وعلى وجه الخصوص - إذا لم تراعى في تصميمه أو صنعه أو تركيبه أو إعداده للاستهلاك أو حفظه أو تعبئته أو طريقة عرضه أو طريقة استعماله الحيطه الكافية لمنع وقوع الضرر أو للتنبيه إلى احتمال وقوعه 3- . وفي حكم هذه المادة : -أ يقصد بلفظ المنتج صانع السلع الذي أعدها في هيئتها النهائية التي عرضت بها في التداول سواء أكانت جميع الأجزاء التي تتركب منها السلعة من صنعه أم استعان بأجزاء من صنع الغير، ولا ينصرف اللفظ إلى تابعي المنتج . ب - يقصد بلفظ الموزع مستورد السلعة للتجار فيها وتاجر الجملة الذي يقوم بتوزيعها في السوق المحلية على تجار التجزئة ولو قام في الوقت نفسه بعمليات بيع بالتجزئة. كما يشمل النص تاجر التجزئة إذا كان يعلم أو كان من واجبه أن يعلم وقت بيع السلعة بالعيب الموجود بها، والعبرة في ذلك بما كان يفعله تاجر عادي يمارس بيع سلعة من النوع نفسه لو وجد في الظروف ذاتها. 4- يجوز للمدعي توجيه دعوى المسؤولية إلى المنتج أو إلى الموزع أو إليهما معاً دون تضامن إذا كان مركز أعمال المنتج أو الموزع موجودة بخارج مصر جازت مقاضاته أمام المحكمة المصرية التي يوجد له بدائرتها فرع أو مصنع أو وكالة أو مكتب. - 5تتقدم دعوى المسؤولية بمضي ثلاث سنوات من تاريخ علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه وتسقط هذه الدعوى بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع. - 6يقع باطلا

كل شرط أو بيان يكون من شأنه إعفاء المنتج أو الموزع من المسؤولية أو تحديدها أو تخفيض مدة تقادمها.

- مادة 68 : تتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهما البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضي سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وكذلك تسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى.

- مادة 69 : -يجوز إثبات الالتزامات التجارية أياً كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ما لم ينص القانون على غير ذلك 7- . فيما عدا الحالات التي يوجب فيها القانون الإثبات بالكتابة في المواد التجارية يجوز في هذه المواد إثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابي أو إثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة الطرق 8- . تكون الأوراق العرفية في المواد التجارية حجة على الغير في تاريخها ولو لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، ما لم يشترط القانون ثبوت التاريخ. ويعتبر التاريخ صحيحاً حتى يثبت العكس.

- مادة 70 : يجوز قبول الدفاتر لتجارية للإثبات في الدعاوى المقامة من التجار أو المقامة عليه متى كانت متعلقة بأعماله التجارية، وذلك وفقاً للقواعد الآتية: - أ تكون البيانات الواردة بالدفاتر حجة على صاحبها. ومع ذلك يجوز لمن يريد أن يستخلص من هذه الدفاتر المطابقة لأحكام القانون دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد به من بيانات. - ب تكون البيانات الواردة بالدفاتر المطابقة لأحكام القانون حجة لصاحب هذه الدفاتر على خصمه التاجر، إلا إذا نقضها الخصم ببيانات واردة بدفاتره المطابقة لأحكام القانون أو أقام الدليل بأي طريق آخر على عدم صحتها. - ج إذا كانت دفاتر كل من الخصمين مطابقة لأحكام القانون وأسفرت المطابقة بينها عن تناقض بياناتها، وجب على المحكمة أن تطلب دليلاً آخر. - د إذا اختلفت البيانات الواردة بدفاتر الخصمين وكانت دفاتر أحدهما مطابقة لأحكام القانون ودفاتر الآخر غير مطابقة، فالعبرة بما ورد بالدفاتر المطابقة إلا إذا أقام الخصم الدليل على خلاف ما ورد بها. ويسري هذا الحكم إذا قدم أحد الخصمين دفاتر مطابقة ولم يقدم الآخر أية دفاتر.

- مادة 71 : يجوز في المواد التجارية الاتفاق على التحكيم قبل قيام النزاع أو بعد قيامه مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في القوانين الخاصة

فكل هذه المواد تؤكد خصوصية الالتزامات التجارية، وأنا أوصي المشرع بتبنيها.  
- د. هادي مسلم يونس:

نعم، وأنا أؤيد ضرورة تنظيم أحكام تفصيلية للالتزامات والعقود التجارية .  
الان نتحول إلى المحور الأخير هو محور العمليات المصرفية في القانون الحالي، هي مسألة واحدة لأنه موضوع واحد مفاده: هل العمليات المصرفية التي نظمها قانون التجارة العراقي الحالي كافية وتغطي كل العمليات المصرفية أم كان يفترض إضافة عمليات أخرى إلى قائمة العمليات المصرفية السبعة التي نظمها قانون التجارة العراقي؟

- أ.د. محمد سليمان الأحمد:

إن القطاع المصرفي في بلدنا متخلف، فنحن كلنا نراجع البنوك في بلادنا، ولنا تعاملات مع بنوك في الخارج، بحكم عملنا خارج البلد في فترات معينة، ونلاحظ الفجوة الكبيرة في التطور. فهناك خلل في التطبيق ثم في التشريع..

- أ.د. أكرم يامليكي:

الخلل ليس في السبب الأول فقط، بل بالاثنين معا، يعني التشريع والتطبيق!  
التشريع فيه نقص وفي التطبيق أيضاً هناك إشكالات، وأنا في السنوات الأولى من تدريسي في كلية الحقوق كان مصرف الرافدين قد كلفني بأن أدرس العمليات المصرفية لموظفي مصرف الرافدين وأقمت عدة دورات لهذا الغرض ورأيت مستواهم ومشاكلهم.

اولا الموظفون غير مهيين تهيئة كاملة لفهم القانون، كما أن القانون لا يعالج جميع المسائل أو يهملها ويتركها إلى الاجتهادات. وفي كثير من الأحيان فإن موظفو المصاريف يمتنعون عن إجراء المعاملة بزعم أنه ممنوع أو غير جائز بناءً على اجتهادات خاطئة من عندهم، وحتى على صعيد المسائل العلمية فكثيرا ما تمتنع المصاريف (وحتى دائرة السجل التجاري) عن تزويد الباحثين بالمعلومات العلمية بزعم أنها غير متاحة للغير أو أن القانون اشترط للحصول عليها دفع الرسوم عنها.

في فصل العمليات المصرفية، لماذا تركوا أهم عملية وهي إيداع الأوراق المالية،

إيداع الأوراق المالية ليست منظمة في القانون، مع العلم انها عمليات مصرفية كبيرة جدا.  
- أ.د. فائق الشماع:

اتفق معك دكتور، معظم القصور الموجود في بنوكنا هو في الموظفين، لأن معظمهم لا يعرفون القانون بدليل انه نحن ندرس الطلبة ونسبب لهم وجع الرأس بان الأوراق التجارية قابلة للتداول، ففي إحدى المرات سحب أحد أبنائي شيك باسمه وهو موقع بظهره، قالوا له لا يجوز، فلم يقبله البنك، حتى نادوا على المدير ولم يقبله أيضاً وقالوا يجب أن يأتي هو بنفسه، يعني هذا مثال بسيط انه هناك جهل بالقانون.

بشأن العمليات المصرفية، أرغب الإشارة إلى أن التشريع الحالي بحاجة إلى تطوير وتفعيل أكثر لتنظيم ظواهر جديدة في التطبيق المصرفي وحسم نزاعات طرحت أمام القضاء. وعلى سبيل المثال أذكر ما يلي:

- 1- الفرق بين الحساب والحسابات النقدية الأخرى كحساب الشيكات وحساب وديعة النقود لدى الطلب
- 2- تقادم الحسابات المصرفية النقدية
- 3- الطبيعة القانونية لإجارة الخزائن (بين الإجارة والوديعة)
- 4- مدى مسؤولية البنك المؤجر للخزانة عن محتويات الخزانة
- 5- حساب الأوراق المالية المودعة في ضوء التعامل الإلكتروني
- 6- التسليم النقدي والتسليم القيدي
- 7- القرض المصرفي بين العينية والرضائية
- 8- المفهوم القانوني لاعتماد السحب على المكشوف (قرض أم وعد بالقرض)
- 9- بطاقة الاعتماد المصرفي وتطبيقاتها الإلكترونية
- 10- تنفيذ الاعتماد المالي من خلال الحساب الجاري والحساب العادي
- 11- واجبات البنك تجاه طالب القرض المصرفي
- 12- المفهوم القانوني للخصم (حوالة، شراء، تظهير)
- 13- أثر الغش على التزام البنك مصدر خطاب الاعتماد المستندي
- 14- تعليمات الأمر بفتح الاعتماد المستندي (الشروط والجزاءات)
- 15- الالتزام بفحص المستندات في الاعتماد المستندي (الطبيعة والجزاء)

- د. فاضل الزهاوي:

اتفق مع رأي الأستاذين الفاضلين.

- د. هادي مسلم يونس:

انا مع الرأي القيم لأستاذينا، بالحقيقة هناك خلل في التشريع، لكن الخلل الأكبر في التطبيق، لأن التشريع كما يعلم أستاذنا الدكتور اكرم ياملكي مأخوذ مما استقرت عليه الأعراف الدولية التجارية، لذلك تلاحظون أن أحكام العمليات المصرفية وتنظيمها القانوني في القانون العراقي تتشابه مع أحكامها في كل من القانون الأردني والإماراتي والمصري والفرنسي، لكن الواقع يختلف لسببين: اولاً: أن البنوك تحولت إلى دوائر، فتذهب إلى البنك يقولون لدينا تعليمات نسير عليها كأية دائرة حكومية وليست مؤسسة تجارية تبحث وراء الربح والمنافسة. ثانياً: التعليمات طاغية على القانون يعني حتى إدارة البنك والمصدر الرئيسي أو مركز الإدارة الرئيسي لا يرجعون إلى قانون التجارة، بل يعملون بالتعليمات الموجودة لديهم، فمهما تحاججهم بالقانون يذكرون التعليمات، ويقولون لك، نحن نقتيد بما ورد في التعليمات.

- أ.د. محمد سليمان الأحمد:

إذا سمحتم لي أدلو بدلوي في هذه المسألة المهمة، إذ لا بد من وضع حلول قاطعة لهذه المسألة، إذ نشعر في كثير من القطاعات في الدولة، ولا سيما البنوك، أن التعليمات تعلقو على القانون، وهي في كثير من الأحيان تخالف القانون، وفيما يتعلق بالبنوك تخالف القانون والأعراف التجارية السائدة، فهذه معضلة لا بد من وجود حلول قوية وقطعية لها تنزعها من جذورها، إن قطاع البنوك هو من العلامات المهمة للدول المدنية، فهو يدخل في جوهرها، صحيح أن المفهوم الدارج للدولة المدنية مكانه القانون العام، لكنني أرى أن لهذه الدولة جوهر ومضمون متصل تمام الاتصال بالقانون الخاص، فمظاهر هذه الدولة تقوم على وجود ثقة عامة بين الشعب والسلطة، وهذه الثقة تتأتى من أحكام المعاملات وتعزيز ائتمانها والثقة فيها، بحيث يستطيع المواطن أن يعيش مطمئناً معزراً مكرماً، يشارك في تمويل مؤسسات الدولة، ويأمن على نفسه وماله ومدخراته، لذا فإن أي نظام قائم على

أسس الدولة المدنية، يجب أن تكون فيه أربعة أمور متينة التنظيم، هي: حماية المستهلك، والتأمين بكل أشكاله، ونظام متطور للبنوك، وضريبة قائمة على أسس عادلة، تعزز مفهوم المشاركة لدى الفرد.

إن البنك المركزي وبحجة مكافحة الفساد وغسيل الأموال، يصدر تعليمات غريبة بين الفينة والأخرى، منها تقييد الإيداع بأكثر من عشرة ملايين، إلا بإقرار يقر فيه العميل لدى البنك عن مصدر الأموال التي يريد ادخارها، وعادة ما يكون الادلاء بالمعلومات دون أدلة، كل ما هنالك أن هذا الأمر يثير العراقيين ومضيعة الوقت دون فائدة أو جدوى. ما أريد قوله أن قطاع البنوك في العراق بحاجة إلى ثورة تشريعية وإدارية أيضاً، إذ ما زال موظفو هذا القطاع غير مطلعين على التطورات الحاصلة في هذا القطاع في العالم.

- أ.د. أكرم يامليكي:

انا اؤيدك مئة بالمائة، فكما قمنا في وقتها بدورات لمصرف الرافدين وكانت مفيدة لما كنت وكيل وزارة الاقتصاد ودورات في المفاوضات التجارية لأنه كانوا يتفاوضون مع الغير وأكثر المفاوضات كانت نتائجها فاشلة. كنت اقوم بدورات أقسم الموظفين في كل وجبة إلى قسمين القسم الاحمر والقسم الأخضر فهؤلاء بائعون واولئك مشترون، فأعطي هؤلاء تعليمات كيف انهم يبيعون، وأولئك تعليمات كيف أنهم يشترون. وكنت أجمع بينهم بعد ساعة ليتفاوضوا فيما بينهم أمامي، فكنت أعطي ملاحظات ، فأتمنى أنتم أيضاً تتبنون نفس الفكرة وسوف تقدمون خدمة كبيرة.

- أ.د. محمد سليمان الأحمد:

سنعدها توصية، وإن كانت تخرج عن التوصيف القانوني.

- أ.د. أكرم يامليكي:

إن الخلل الجوهري يكمن في ضعف الثقافة القانونية ، إذ منذ خمسين سنة أوصي بإضافة مادة دراسية في جميع الثانويات في العراق في القانون، (المدخل لدراسة القانون أو مبادئ القانون) ، لتعزيز هذه الثقافة، فهناك جهل واضح بالقانون، فالمواطن يعرف الجغرافيا والتاريخ والنخ، وحتى هناك أشياء أقل أهمية، ولا يعرف شيئاً عن القانون، ولا

يعرف شيئاً عن حقوقه. ولا يعرف ما هو الدستور ما هو قانون العقوبات، ما هو القانون المدني ما هو القانون التجاري، ما هو التاجر ماهي الشركة؟؟

- د. فاضل الزهاوي:

إسمحوا لي أن أضيف بعض الملاحظات على قانون التجارة فيما يتعلق الأوراق التجارية والبيوع الدولية:

إذ يلاحظ بأن قانون التجارة خصص الباب الثالث للأوراق التجارية حيث عرف في المادة 39 الورقة التجارية بأنها (محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاه شخص أو يأمر شخصاً آخر فيه بأداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلاً للتداول بالتظهير أو بالمناولة). ثم بعد ذلك خصص الفصل الأول من هذا الباب إلى الحوالة التجارية (السفنتجة) من المواد 40 إلى 132.

وأرى ضرورة إلغاء هذا الفصل بمواده 92 ( من 40 إلى 132 ) ذلك لأن الحوالة التجارية والمواد التي خصصت لها والتي أخذت من القانون التجاري الفرنسي القديم أصبحت شيئاً من الماضي ولا يتعامل بها أحد في أي دولة. كما وإنني أزعم بأن لا أحد في العراق سواء كان فرداً تاجراً أم غير تاجر أو شركة أو مصرف أو أية جهة قد تعامل بهذه الورقة أبداً لانتفاء الحاجة إليها في المعاملات التجارية. كما وسبق لي أن أجريت بحثاً في البحرين عن هذه الورقة حيث كلفت طلاب شعبتين لمقرر الأوراق التجارية بإجراء استبيان في عدد كبير من بنوك البحرين ، وكانت النتيجة أن أي بنك بحريني لم يتعامل قط مع هذه الورقة ولم يسمعوا عنها أبداً.

أما بخصوص الورقتين التجاريتين المتبقيتين : الأولى السند للامر (الكمبيالة) والذي خصص قانون التجارة أربعة مواد من 133 إلى 136 والثانية الشيك مادة 137 والذي خصص قانون التجارة له المواد من 137 إلى 179 ، فبالإمكان بقائهما على حالهما على أن تضاف اليهما المواد ذات العلاقة بهما والمخصصة للحوالة التجارية (السفنتجة).

كما وأرى ضرورة تعديل المبلغ الوارد في المادة 179 والتي نصت على أنه ( للدائن في المسائل التجارية ان يلزم المدين بدفع الدين بشيك إذا جاوز مقدار الدين عشرة آلاف دينار) ورفع المبلغ عشرة مليون دينار.

أما فيما يخص الفصل الرابع والخاص بالأحكام المشتركة في الأوراق التجارية من مادة 180 إلى المادة 185 فبالإمكان الإبقاء عليها مع ملاحظة حذف اية فقرة فيها ذات العلاقة بالحوالة التجارية ( السفتجة ).

أما بخصوص البيوع الدولية فيلاحظ أن قانون التجارة خصص الباب الخامس منه للبيوع الدولية وهي البيع (فوب) والبيع (سيف) والبيع بشرط نقل البضاعة دون التأمين عليها (سي. اند. اف) والبيع بشرط التسليم على عربة قطار (فور) أو مرآبة (فور).

ملاحظتي على ذلك أرى أن تضمين قانون التجارة مواد لتنظيم هذه العقود هو أمر غير ضروري لأن قواعد هذه العقود هي منظمة ومستقرة على المستوى الدولي ويلجأ إليها جانب من المشتريين والبائعين لبضائع تنقل بين دولتين بحرا. كما ويلاحظ بأن معظم التشريعات العربية والأجنبية لم تعطى حق هذه البيوع في النصوص التشريعية فضلاً عن تخصيص قانون مستقل عن القانون التجاري ، فعلى سبيل المثال فإن قانون التجارة المصري لسنة 1999 في الفقرة 2 من المادة 88 قد اكتفت بالنسبة إلى هذه العقود النص فقط على أنه ( تسري على البيوع التجارية الدولية أحكام الاتفاقيات الدولية بشأن هذا البيوع والنافذة في مصر وكذلك الأعراف السائدة في التجارة الدولية والتفسيرات التي أعدتها المنظمة الدولية للمصطلحات المستعملة في تلك التجارة إذا أحال إليها العقد ). وهذه البيوع لم يلقَ الجزء البسيط في استقلاله كقانون له كيانه القانوني المستقل الا في قانون التجارة العراقي الذي نظمها بشكل مفصل حيث لم يكتفَ بتنظيم القواعد الكلية كما فعل المشرع الفرنسي وإنما أورد قواعد وأحكام تفصيلية لهذه البيوع.

كما وأرى في حالة اتفاق البائع والمشتري على سريان أي من أنواع البيوع الدولية على العلاقة بينهما فإن القاضي عند عرض أي نزاع بين الطرفين أمامه بشأن أحد هذه العقود يمكنه أن يطلب من طرفي النزاع أن يقدموا بنود البيع الذي اتفقوا عليها لكي يطبقها استناداً إلى المادة 1/2 التي تنص على ( تسري على المواد التجارية ما اتفق عليه المتعاقدان ) لذا اقترح حذف الموضوع البيوع الدولية من قانون التجارة.

- أ.د. فائق الشماع:

في النهاية نرى أنه من الضروري سن قانون تجارة في العراق، يأخذ بعين الاعتبار هذه



الملاحظات والمدخلات، لكني لا أحبذ أن يتم الاعتماد كلياً على القانون المصري، بل نأخذ بعين الاعتبار خصوصية الواقع التجاري في العراق، والتطورات التي شهدتها، خاصة في السنوات الأخيرة.

- أ.د. أكرم ياملي:

وأنا بدوري أؤيد رأي الزميل العزيز أ.د. فائق الشماع.

- د. فاضل الزهاوي:

سنعمل جاهدين على اشباع القانون بالأفكار القانونية التي تخدم واقع الحياة التجارية.

- د. هادي مسلم يونس:

عليه فإننا نوصي باعتماد ما تضمنته هذه الطاولة المستديرة من توصيات بالغة الأهمية لقانون تجارة عصري في العراق أو في إقليم كردستان، والله الموفق ، وبارك الله في جهودكم جميعاً.

- أ.د. محمد سليمان الأحمد:

أضم صوتي إلى صوت أستاذنا الفاضل أ.د. فائق الشماع في أن تكون للتشريع المسن في العراق وفي إقليم كردستان أيضاً بصمة تشريعية خاصة. وفي نهاية لقائنا هذا لا يسعني إلا أن أشكركم جميعاً على مداخلاتكم التي أشبعت الموضوع وأعطته حقه ، سائلاً المولى عز وجل أن يوفقكم، ويوفقنا في الاستمرار بعقد ندوات علمية تثري بها الفكر القانوني ، وإلى اللقاء في طاولة مستديرة قادمة إن شاء الله. والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته..

عُقدت هذه الطاولة في يوم الاثنين الموافق: 2021/4/5 في مبنى وزارة العدل في

أربيل

